
**REVISTA
DE LA
FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS
Y SOCIALES**

**Universidad
Nacional
de La Plata**

ANALES

DIRECTOR

JUAN CARLOS CORBETTA

**AÑO 13
/ N° 46
2016**

ISSN 0075-7411

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Abog. Vicente Santos ATELA
Decano

Abog. Rita Marcela GAJATE
Vicedecana

Secretario de Asuntos Académicos: Dr. José ORLER
Secretario de Investigación: Dr. Adalberto Luis Busetto
Secretaria de Posgrado: Abog. Valeria HUENCHIMAN
Secretario de Extensión Universitaria: Abog. Rodolfo BROOK
Secretario de Asuntos Estudiantiles: Abog. Joaquin ELISECHE
Secretario de Económico Financiero: Cdor. Hernán NAVAMUEL
Secretario de Relaciones Institucionales: Abog. Javier MOR ROIG

Consejeros Directivos

Titulares

Claustro docente

Hernán Rodolfo GÓMEZ
Marcelo Adolfo KRİKORIAN
Juan Carlos MARTÍN
Rita Marcela GAJATE
Amos Arturo GRAJALES
Gilda Isabel MALTAS
Marcelo Cristian SENA

Claustro de Graduados

Adolfo Eduardo BROOK

Jefe de Trabajos Prácticos

Juan Manuel HITTERS

Auxiliares Docentes

Sandra Silvina PARIS

Claustro No Docente

Vilma Edith SANDE

Claustro Estudiantil

Bernardo WEBER
Florenia FERNÁNDEZ
Nazareno TERMINIELLO
Juan Ignacio JACOB
Julieta VISCONTI

ANALES

DIRECTOR

Prof. Juan Carlos CORBETTA

CONSEJO EDITORIAL

EDITORA: Lic. María Luciana ALI

ASISTENTES DE EDICIÓN: Abog. Silvina Laura SARTELLI
Fabián AMARILLO

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof. Juan Carlos CORBETTA

Abog. Rita M. GAJATE

Dr. Ricardo Sebastián PIANA

Lic. María Luciana ALI

CONSEJO HONORABLE EDITORIAL

Prof. Dr. Jorge Horacio ALTERINI (Prof. Extraordinario Emérito, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Prof. Dr. Jorge Reinaldo VANOSI (Prof. Extraordinario Honorario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Prof. Dr. Roberto Omar BERIZONCE (Prof. Extraordinario Emérito, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Prof. Dr. Juan Carlos HITTERS (Prof. Extraordinario Emérito, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Prof. Dr. Roberto H. LAVIGNE (Prof. Extraordinario Emérito, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

CONSEJO CONSULTIVO EXTRAORDINARIO

Giorgio ALBERTI (Universidad de Bologna, Italia)

Pierre BIRNBAUM (Universidad Sorbonne, Francia)

Alessandro CAMPI (Universidad de Perugia, Italia)

Giuseppe DE VERGOTTINI (Universidad de Bologna, Italia)

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (Universidad Complutense de Madrid, España)

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (Real Academia Española)

David HELD (London School of Economics, Inglaterra)

Antonio LA PERGOLA (Consejo de Europa, Francia)

Jerónimo MOLINA (Universidad de Murcia, España)

Ramón MONTERO (Universidad Autónoma de Madrid, España)

Dalmacio NEGRO PAVÓN (Real Academia de Ciencias Políticas, España)

Ada PELLEGRINI GRINOVER (Universidad de Sao Paulo, Brasil)

Francisco RUBIO LLORENTE (Universidad Complutense de Madrid, España)

PRESENTACIÓN

Homenaje al Nonagésimo Aniversario de la creación de ANALES de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - UNLP

En las primeras décadas del siglo XX, quienes se interesaban en que nuestra Facultad tuviera una publicación que expresara los conocimientos especializados de nuestro ámbito de estudios decidieron fundar en 1923, bajo la dirección del Profesor Dr. Salvador Oría, una publicación, que se denominó “Revista” siendo sus Directores los Profesores Dres. Alfredo Lorenzo Palacios y César Díaz Cisneros.

El 28 de junio de 1926 una Ordenanza del Decano, Dr. Ángel M. Casares, modificó la “Revista” y fundó *ANALES* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que el paso del tiempo y la costumbre llevó a que profesores, docentes, graduados y alumnos la denominaran sencillamente: Anales.

Han transcurrido noventa años y en este número 46 de 2016 deseamos realizar un homenaje a todos aquellos que colaboraron con nuestra publicación académica, a los sucesivos Decanos que la hicieron posible, aun en épocas difíciles; pero muy especialmente a sus Directores a través de tantos años, Profesores Dres.: Enrique Ruíz Guiñazú (1926, 1927 y 1928); Alfredo L. Palacios (1929, 1930); Enrique V. Galli (1933, 1934, 1935/1937, 1939, 1940, 1941 y 1942); César Díaz Cisneros (1944, 1948); Amilcar Mercader (1958); Acdeel E. Salas (1959, 1960 y 1961); Bartolomé Fiorini (1962, 1963); Augusto M. Morello (1964, 1965, 1966, 1967/1971); Pascual Cafasso (1978, 1980); Pedro Luis Soria (1987, 1988); Osvaldo Máximo Bezzi (1996, 1997) y desde 2002, Juan Carlos Corbetta.

Una fecha de trascendencia resulta ser el año 2002, pues se inaugura la “Nueva Serie” mediante un convenio con la Editorial La Ley, con la que hemos publicado hasta el 2016 doce números ordinarios y un número extraordinario (2015): *Aportes sobre el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Actualmente en preparación un segundo número extraordinario en Homenaje al Bicentenario de nuestra Independencia.

Anales es una revista académica que tiene como propósito presentar la producción científica de sus profesores y docentes y difundir los resultados de los proyectos de investigación de esta Casa de Estudios. Asimismo, mantiene abierta su convocatoria a toda la comunidad académica nacional e internacional que estudia las ciencias jurídicas y sociales.

En este número se presentaron cuarenta y cinco trabajos, de los cuales veintisiete pertenecen a esta Facultad. Los autores externos han sido dieciocho (cinco de universidades argentinas y trece de universidades del exterior). Todos los trabajos fueron evaluados por veintitrés especialistas de nuestra unidad académica y veintidós externos. Como resultado, treinta y siete trabajos fueron aceptados para su publicación. Estos datos resultan relevantes a fin de ajustar el formato y contenido al cumplimiento de las pautas requeridas por LATINDEX (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal).

Agradecemos a todas las revistas jurídicas pertenecientes a diversas universidades argentinas que participaron en la mesa debate sobre el “Aporte de las publicaciones periódicas a la enseñanza del derecho”, en el marco del Congreso Nacional sobre la Enseñanza del Derecho: “Camino a lo nuevo”, realizado

en esta Facultad el 20 de octubre del corriente año, espacio que sirvió para la reflexión y acercamiento de nuestras experiencias.

Deseo expresar mi agradecimiento muy especialmente a todos los que con sus aportes han hecho posible este nuevo número, sin dejar de destacar la constancia, voluntad y dedicación al trabajo de los integrantes de nuestra pequeña redacción.

Muchas gracias.

Juan Carlos Corbetta

Director

ANALES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

PAUTAS EDITORIALES

Anales es una revista académico-científica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Se publica desde el año 1926 con algunas interrupciones y desde el 2004 en forma continua con una periodicidad anual.

Tiene como propósito presentar la producción científica de sus docentes y difundir los resultados de los Proyectos de investigación de esta Casa de Estudios. Asimismo tiene abierta su convocatoria a toda la comunidad académica nacional e internacional abocada al estudio de las ciencias jurídicas y sociales.

La presentación de trabajos para publicarse en Anales implica la aceptación expresa del autor de las normas editoriales que se detallan a continuación.

I. NATURALEZA DE LOS TRABAJOS PARA PUBLICAR EN *Anales*

Se podrán publicar en Anales artículos originales e inéditos, ponencias o comunicaciones a congresos (no publicados), artículos de revisión, reseñas y estados del arte.

II. REGLAS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

La presentación de los trabajos se hará de acuerdo con las siguientes reglas generales:

- Para publicar en Anales se requiere pertenecer al cuerpo docente ordinario o extraordinario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, de otra Facultad o Escuela de Derecho de Universidad nacional o extranjera, o ser investigador en el área de las ciencias jurídicas con pertenencia a un Instituto, Centro de investigaciones u Organización Científica reconocida.

- Los autores podrán publicar en un mismo número **solamente** un artículo en forma individual o en coautoría.

- Los trabajos serán cargados dentro del plazo establecido en cada llamado, en el sitio web de la Revista, a través del formulario: <http://www.jursoc.unlp.edu.ar/135-informacion-secretaria-de-investigacion/497-revista-anales>

III. PROCESO DE EVALUACIÓN

Los textos enviados a Anales para su publicación tendrán una doble evaluación. Este proceso determinará la idoneidad académica del trabajo, la posibilidad de publicación, o la necesidad de solicitar modificaciones a los autores para someterlo a una nueva evaluación.

- **Evaluación interna o preliminar:** el Consejo de Redacción de Anales determinará si el contenido del artículo recibido corresponde a la línea temática de la Revista y si responde a sus políticas editoriales. Podrá sugerir la realización de algún cambio antes de iniciar la fase de evaluación externa. Además exigirá el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en estas pautas.

- **Evaluación externa o revisión por pares** (sistema doble ciego y confidencial). Se reserva tanto la identidad de los autores como la de los árbitros que participan en la evaluación de los artículos). La función de los árbitros consistirá en evaluar, previamente a su publicación: la relevancia del tema elegido, la calidad del contenido de los trabajos presentados, la originalidad del enfoque y la metodología empleada. La evaluación considerará: el nivel académico, la claridad y el orden del desarrollo de cada sección, la calidad y adecuación a las pautas de la presentación. El evaluador deberá completar un Formulario de evaluación y dictaminar conforme las siguientes opciones: 1) aprobación sin observaciones; 2) aprobación con observaciones menores; 3) devolución para revisión y corrección de su contenido; 4) rechazo. El autor será debidamente notificado. En caso de opiniones encontradas entre el arbitraje interno y externo si se considera oportuno, el Consejo de Redacción podrá solicitar un tercer dictamen.

El Comité de Redacción se reservará el **derecho de introducir las modificaciones pertinentes**, en cumplimiento de las normas descritas anteriormente y de resolver **sobre lo no** previsto en estas normas. Asimismo, se reservará el **derecho de publicar o no** un artículo en función de los espacios editoriales, pluralidad de líneas temáticas y calidad científica.

IV. ACEPTACIÓN DE LOS ARTÍCULOS

La presentación de los artículos deberá ajustarse:

- A los plazos que el Consejo de Redacción establezca, los que se difundirán a través de la página web de la Facultad y por correo electrónico.

- A los aspectos formales: configuración de página, formato, fuente, notas al pie, citas, referencias bibliográficas, los cuales deberán ceñirse a las pautas establecidas en la **Instrucción para los autores**.

- A los dictámenes emitidos por las dos evaluaciones: interna y externa.

- A la decisión del Consejo de Redacción respecto de su publicación.

V. DERECHOS Y RESPONSABILIDADES DEL AUTOR

Al enviar un artículo a Anales, los autores reservarán su derecho de propiedad, pero otorgarán a la Revista los derechos de publicación y aceptarán la difusión vía internet en aquellos indizadores y bibliotecas virtuales de las cuales la revista forma parte y considere apropiados.

Las opiniones expresadas en los trabajos serán responsabilidades de los autores. No necesariamente reflejarán las opiniones de la Universidad, de la Facultad o del Consejo de Redacción de Anales.

VI. ORIGINALIDAD DE LOS ARTÍCULOS

- El artículo no debe haber sido incluido en otra publicación científica. Tampoco podrá haber sido enviado simultáneamente a evaluación a otra revista.

- En caso de haber sido presentado a una Reunión científica se deberán especificar los datos de la Reunión.

- No se considerarán aquellos artículos que ya fueron publicados en Actas de Congresos.

- Los artículos derivados de un mismo proyecto de investigación no serán considerados “redundantes” en la medida en que la pregunta de investigación sea diferente. Es decir, la forma de abordar los

datos obtenidos, aun utilizando el mismo sentido, no deberá ser idéntica. En el caso de existir trabajos previos derivados del mismo proyecto, deberán ser citadas y explicitarse claramente las diferencias existentes, con respecto al artículo presentado a evaluación.

VII. BUENAS PRÁCTICAS

La *Revista Anales* promueve la honestidad intelectual por tanto se opone a: la falsificación, la fabricación de datos, la manipulación de citas o el plagio de obras o partes de ellas y al envío simultáneo de un mismo artículo a evaluación a dos o más revistas.

Anales entiende como original de acuerdo a la definición de la Real Academia Española: “aquella obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género, que resulta de la inventiva de su autor”. Y por plagio, “la acción de copiar obras ajenas atribuyéndose maliciosamente la autoría”. En caso de comprobarse estas situaciones, Anales podrá rechazar el envío del artículo si todavía no fue publicado, o publicar con o sin el conocimiento del autor, advirtiendo sobre el plagio ya publicado.

INSTRUCCIÓN PARA LOS AUTORES

Todo trabajo a ser publicado en Anales deberá ajustarse a la siguiente estructura:

- Título del artículo —centrado, en mayúsculas y en negrita, sin subrayar— (hasta 15 palabras).
- Resumen en español (hasta 150 palabras).
- Palabras claves (3 como mínimo, 5 como máximo).
- Título, resumen y palabras clave traducidas a uno de los siguientes idiomas: inglés, francés, portugués, alemán o italiano.
- Introducción, desarrollo (organizado a criterio del autor en las secciones que correspondan), conclusiones, bibliografía, legislación consultada (si la hubiera), jurisprudencia consultada (si la hubiera) y otros documentos consultados.

ASPECTOS FORMALES

En todos los casos, **sin excepción**, los artículos presentados para publicar deberán seguir los aspectos formales que a continuación se describen:

1. EXTENSIÓN

Para artículos científicos, de revisión, estado del arte, ponencias o comunicaciones a congresos, la extensión deberá estar comprendida entre **15 (mínimo) a 27 (máximo)** páginas —**hasta 8.500 palabras**—.

Para reseñas de libros la extensión deberá ser de hasta 3 páginas (1.000 palabras).

Sólo en casos excepcionales el Consejo de Redacción autorizará la publicación de artículos más extensos a lo pautado.

2. FORMATO

Los artículos deberán ser redactados de acuerdo con las siguientes pautas:

- Hoja A4.
- Tipografía Times New Roman.

- Tamaño de fuente 12.
- Interlineado 1,5 líneas.
- Texto sin sangría y paginado en el ángulo superior derecho.

3. RESUMEN

• Los textos deberán ser acompañados de un **resumen en español** y su correspondiente traducción a uno de los siguientes idiomas: **inglés, francés, portugués, alemán o italiano**.

• La extensión del resumen tendrá **no más de 15 líneas (150 palabras)**, continuas, separadas por punto seguido, texto sin sangría.

• Cada resumen deberá orientar al lector sobre el contenido del artículo de forma rápida y precisa y la relevancia del mismo, por tanto su contenido deberá expresar en forma clara y breve los objetivos, el alcance del estudio, la metodología aplicada y las conclusiones.

4. PALABRAS CLAVES

• Se deberán agregar al final del texto de cada uno de los resúmenes, **3 palabras clave como mínimo o 5 como máximo**, en sus respectivos idiomas, a efectos de facilitar la recuperación del artículo.

- Deberán escogerse términos específicos, representativos del contenido temático del artículo.
- Las palabras clave se transcribirán en letra minúscula, separadas una de otra por guiones.

5. NOTAS AL PIE DE PÁGINA

• La utilización de las notas al pie de página se limitará a ampliaciones, aclaraciones o precisiones de asuntos elaborados en el cuerpo del texto. Deberán reducirse al mínimo posible y por tanto serán redactadas en forma breve y concreta (**hasta 100 palabras**).

• No deberán usarse para transcribir referencias bibliográficas. Estas últimas se enlistarán en la Bibliografía.

• La redacción de las notas al pie se hará en tipografía Times New Roman y tamaño de fuente 10, con interlineado simple.

6. CITAS BIBLIOGRÁFICAS

Existen diferentes tipos de citas bibliográficas que responden a la forma en que se transcriba el texto de la cita: citas textuales, citas parafraseadas o contextuales y citas de citas.

Las opiniones tomadas de otros autores y mencionadas en un trabajo de investigación, **siempre deberán ser documentadas de manera precisa**, haciendo referencia a la/s fuente/s original(es).

Citas textuales: una cita es textual cuando un autor transcribe en su trabajo de manera exacta, aportes o ideas extraídas de una fuente correspondiente a otro autor. Las citas textuales integradas al cuerpo del texto que tengan una extensión mayor a 5 líneas se destacarán transcribiéndose en párrafo aparte, con sangría derecha e izquierda de 1 cm., en cuerpo 10, texto entre comillas e interlineado simple.

- Las frases o palabras que se omitan serán reemplazadas por puntos suspensivos (...).

• A continuación de la transcripción de la cita se indicará entre paréntesis la referencia a la fuente de donde se la extrajo, con el siguiente formato: (Apellido del (los) autor(es), **coma**, año de edición **dos puntos:** página/s). La referencia bibliográfica **completa** de la obra se transcribirá en la Bibliografía.

Ejemplo:

“Qué cosa es el pasado, qué contiene y qué es lo que la ciencia histórica busca en él, es un interrogante que los historiadores han considerado ajeno a su misión intelectual y han transferido a los filósofos, exactamente a aquellos que se conocerían, por eso, como filósofos de la historia. A ellos parecía corresponderles esa indagación, porque se sobreentendía que discurrir sobre ese enigma constituía un ejercicio teórico más próximo a la metafísica que a una ciencia empírica” (Romero, 1988: 15).

En la Bibliografía se transcribirá:

ROMERO, José Luis (1988). *La vida histórica*. Buenos Aires: Sudamericana.

Cita parafraseada o contextual: se considera cita parafraseada o contextual a aquella que sintetiza o resume las aportaciones de un autor, o bien expresa la idea con otras palabras. En este tipo de cita solo deberá indicarse el apellido del (los) autor(es) y año de edición de la obra entre paréntesis, sin indicación de página.

La referencia bibliográfica **completa** de la obra consultada se transcribirá en la Bibliografía.

Ejemplo:

Como sostiene Vacchino (1983), condiciones particulares favorecieron la irrupción de la integración latinoamericana después de la Segunda Guerra Mundial.

En la Bibliografía se transcribirá:

VACCHINO, Juan Mario (1983). *Integración Latinoamericana. De ALAC a la ALADI*. Buenos Aires: Depalma.

Cita tomada de una obra de más de tres autores: en este caso se procederá a mencionar entre paréntesis solamente el primer autor agregando a continuación **y otros**.

Ejemplo:

En la década 1965 a 1975 surge la primera tipología del maltrato infantil, conformada por cinco subtipos básicos, tales como, maltrato físico, abandono físico, maltrato emocional, abandono emocional y abuso sexual, agregándose en los últimos años, entre otras, las siguientes formas: maltrato prenatal, explotación laboral, mendicidad, corrupción, prostitución infantil (Abad y otros, 2008).

En la Bibliografía se transcribirá:

ABAD, Susana y otros (2008). *La violencia cotidiana en el ámbito escolar: Algunas propuestas posibles de prevención e intervención*. Buenos Aires: editorial.

Cita de cita: es la cita de una obra que a su vez está citada en otra obra; el autor al citar no consulta la fuente original sino que el contacto con ella es a través de la obra que la cita. En este caso se deberá aclarar el autor y título de la obra original como así también el autor y título de la obra que la cita.

APELLIDO, Nombre del autor de la obra original. *Título de la obra original*. Citado en: Apellido, Nombre del autor de la obra en que está citado (año de publicación). Título de la obra en que está citado. Lugar: Editorial.

Ejemplo:

BASS, Bernard. *Organizational decision making*. Citado en: Harrison, Ernest (1987). *The managerial decision making process*. Boston: Houghton Mifflin.

7. TABLAS, CUADROS, GRÁFICOS

- Las tablas, cuadros y gráficos se insertarán en el cuerpo del texto.
- Deberán estar enumerados consecutivamente con números arábigos.
- Tendrán que llevar título, que de cuenta del contenido al cual el texto haya hecho referencia, y al pie se indicará la fuente de donde se extrajo la información utilizada para su elaboración.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Deberá incluirse al final del texto del artículo y estará conformada por las referencias bibliográficas de cada una de las fuentes documentales que el autor ha consultado para fundamentar su trabajo.
- Se ordenarán alfabéticamente por apellido del (los) autor (es), en el caso de personas físicas o por el nombre si se tratara de personas jurídicas y en el caso de existir varias obras de un mismo autor con diferentes años de edición se ordenarán cronológicamente comenzando por la obra más antigua.

Referencias de libros:

Persona física:

APELLIDO, Nombre del (los) autor(es) (año de edición). *Título del libro (en cursiva)*, lugar de publicación: Editorial.

Ejemplo:

BORDA, Guillermo (1998). *Manual de contratos*. 18a. ed. Buenos Aires: Perrot.

Persona jurídica:

NOMBRE DE LA/S ENTIDAD/ES (año de edición). *Título del libro (en cursiva)*, lugar de publicación: Editorial.

Ejemplo:

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS –ONU- A/RES/ 3201 (S-VI). Asamblea General, sexto período extraordinario de sesiones, mayo. *Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional*. Estados Unidos: ONU.

- Si no se tuviera la fecha de publicación se indicará entre paréntesis con la abreviatura (s.f.); en caso de no encontrarse el lugar de edición, se indicará entre paréntesis con la sigla (s.l.) y, si fuera el nombre de la editorial el dato faltante, se reemplazará por la abreviatura (s.n.) entre paréntesis.

- Si una obra tiene más de tres autores en la referencia bibliográfica se mencionará solo APELLIDO, Nombre del primer autor y a continuación **y otros**.

Ejemplo:

ARENAS, Norma y otros (2004). *Comprensión de textos y resolución de problemas*. Mendoza: EDIUNC.

- Si se indicara el número de edición a la que corresponde la obra, el dato se volcará a continuación del título, en números ordinales y a continuación la sigla ed., como se describe en el primer ejemplo.

- En los casos en los que se tenga más de una referencia bibliográfica de un mismo autor, se indicarán los datos del autor sólo en la primera; en las siguientes los mismos se reemplazarán **por una línea** y,

a continuación, los restantes datos se volcarán en el siguiente orden: Entre paréntesis (año de edición). *Título (en cursiva)*, separados por dos puntos lugar de edición: editorial.

Ejemplos:

QUIROGA LAVIÉ, Humberto (1995a). *Estudio analítico de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

— (1995b). *Lecciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma.

— (1995c). *Constitución de la provincia de Buenos Aires: Comentario a las reformas y notas de jurisprudencia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

- En el caso de que en el cuerpo del texto se haga referencia a distintas obras de un mismo autor publicadas en el mismo año, la distinción entre cada uno de los títulos se hará mediante una letra del alfabeto, minúscula, que se ubicará a continuación del año de edición y facilitará el ordenamiento de sus respectivas referencias bibliográficas en la Bibliografía.

Ejemplos:

(Quiroga Lavié, 1995a: 17-20); (Quiroga Lavié, 1995b: 35-48); (Quiroga Lavié, 1995c: 123)

- Si las obras de un mismo autor correspondieran a distintos años de publicación, las referencias se confeccionarán de igual forma, citando al autor sólo en la primera referencia, pero serán ordenadas cronológicamente, comenzando por los títulos más antiguos.

Ejemplos:

MORELLO, Augusto Mario (1987). *El recurso extraordinario*. La Plata: Platense.

— (1995). *Juicios sumarios*. 3a. ed. La Plata: Platense.

Referencias de capítulos de obras colectivas

Una obra colectiva está constituida por aportes de varios autores los cuales se funden en una obra única y autónoma, creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una o más personas físicas o jurídicas que la editan y difunden bajo su nombre. La referencia bibliográfica a alguno de sus capítulos se hará en el siguiente orden y con los signos de puntuación que se detallan:

APELLIDO, Nombre completo del autor del capítulo (año de edición). “Título del capítulo” (entre comillas), en: Nombre y Apellido del (los) compilador/es, coordinador/es o editor/es (grado de responsabilidad entre paréntesis y en forma abreviada, por ej. comp., coord., ed.) *Título del libro (en cursiva)* Lugar de publicación: Editorial, páginas que abarca el capítulo citado (Lugar de publicación y Editorial se separarán con dos puntos).

Ejemplo:

FALCONE, Roberto (2007). “La disponibilidad de la acción penal pública: Cuestión procesal o sustancial”, en: Joaquín Da Rocha (coord.). *La balanza de la justicia*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 27-33.

Referencias de partes de libros (volumen o capítulo) en obras de autoría individual

APELLIDO, Nombre del autor de la obra (año de edición). “Título de la parte”, en: *Título de la obra*. Lugar: Editorial, localización de la parte, páginas.

Ejemplo:

LEDESMA, Carlos (1991). “Introducción a la economía internacional”, en: *Principios de comercio internacional*. Buenos Aires: Macchi, cap. 1, pp. 7-39.

Referencias de artículos de revista

APELLIDO, Nombre completo del autor (entre paréntesis año de publicación del tomo o volumen de la revista en la que fue publicado el artículo). "Título del artículo" (entre comillas), en: *Título completo de la revista (en cursiva)*. Lugar de edición, número ó letra del volumen o tomo, páginas del artículo.

Ejemplo:

MORELLO, Augusto Mario (2006). "La enseñanza del derecho en el pensamiento de Carlos Cossio y su recepción por el derecho procesal", en: *Revista de derecho procesal*. Buenos Aires, pp. 1, 501-509.

Referencias de información contenida en prensa

1. Con autor:

APELLIDO, Nombre del autor. Título del artículo. *Fuente (en cursiva)*, fecha (dd/mm/aaaa), sección, página/s.

Ejemplo:

OBARRIO, Mariano. Más gestos entre el gobierno y Macri. *La Nación*, 12/11/2011, Política, p. 8.

2. Sin autor: Título del artículo. *Fuente (en cursiva)*, fecha (dd/mm/aaaa), sección, página/s.

Ejemplo:

Alarmante presencia de menores de corta edad en hechos de naturaleza penal. *El Día*, 02/11/2011, Opinión, p. 4.

Referencias de tesis

APELLIDO, Nombre del autor (año de publicación). *Título de la tesis (en cursiva)*. (Grado que se opta entre paréntesis). Lugar: Institución en la que fue presentada.

Ejemplo:

PETTORUTI, Carlos Enrique (2002). *La validez del derecho*. (Tesis de doctorado). La Plata: UNLP.

Referencias de actas emanadas de congresos, jornadas, reuniones

NOMBRE COMPLETO del congreso, jornada o reunión (entre paréntesis número de la conferencia: año y si los hubiere mes y día/s en que se realizó el evento, lugar del evento). *Título de la publicación (en cursiva)*. Lugar de publicación: Editor o Institución/es patrocinante/s, año de publicación. ISBN (lugar de publicación y editorial deberán separarse por dos puntos).

Ejemplo:

CONGRESO IBEROAMERICANO DE INFORMÁTICA Y DERECHO (III: 1992 septiembre 21-25, Mérida, España). *Informática y derecho: Actas*. Mérida: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional de Extremadura, 1994. ISBN 8488861028, 9788488861023.

Referencias de ponencias presentadas en congresos, jornadas, reuniones

APELLIDO, nombre del autor (año). "Título de la ponencia" en: *nombre del Congreso, Jornada, o Reunión* y entre paréntesis (número: año mes día/s, lugar del evento). Título de la obra emanada del evento y en la cual se encuentra publicada la ponencia. Lugar de publicación: Editor o Institución/es patrocinante/s (separados por dos puntos).

Ejemplo:

ALENDE, Jorge Oscar (1985). "Flujo de datos transfronterizas y subdesarrollo", en: *Jornadas Internacionales de Informática al Servicio del Derecho* (1ª: junio 6-9, Mercedes, Argentina). Actas de la Jornada. La Plata: Dirección de Impresiones del Estado y Boletín Oficial.

Referencias de sitios web

Título de la página web. Editor (fecha de publicación). Disponibilidad. [Fecha de consulta: dd/mm/aaaa].

Ejemplo:

IAPG. Instituto Argentino del Petróleo y del Gas (2012). Disponible en: www.iapg.org.ar [Fecha de consulta: 23/11/2011].

Referencias de documentos publicados en Internet

• Libro electrónico

APELLIDO, Nombre del autor (año de publicación). *Título del libro* [on line]. Lugar de publicación: Editorial. Disponible en: dirección de la página web. [Fecha de consulta: dd/mm/aaaa].

Ejemplo:

ORLANDO, Marcela y OZOLLO, Fernanda (2005). *Formulación de proyectos culturales* [on line]. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo. Disponible en: <http://bdigital.uncu.edu.ar/1098>. [Fecha de consulta: 23/11/2011].

• Artículo de revista

APELLIDO, Nombre completo del autor (año de publicación). "Título del artículo", en: *Título de la revista* [on line], Lugar de publicación, número del volumen y/o número de entrega. Disponible en: dirección de la página donde se localiza el artículo [Fecha de consulta: dd/mm/aaaa].

Ejemplo:

VEGA ALMEIDA, Rosa Lidia (2006). "La relación dialógica entre la planificación estratégica y el aprendizaje organizacional", en: *ACIMED* [on line], La Habana, 14(6). Disponible en: http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol14_6_06/aci09606.htm [Fecha de consulta: 04/11/2011].

• Tesis

Ejemplo:

BRUCKMAN, Amy Susan (1997). *MOOSE Crossing: Construction, community, and learning in a networked virtual world for kids* (Tesis de Doctorado) [on line]. Disponible en: <http://www-static.cc.gatech.edu/~asb/thesis/> [Fecha de consulta: 21/11/2011].

• Ponencia

Ejemplo:

ABDO FERREZ, María Cecilia (2008). *Los procesos de individuación en Spinoza y Leibniz: Cuerpos, representaciones y organización*, en: *Jornadas de Investigación en Filosofía* (7ª, 2008 noviembre 10-12, La Plata, Argentina) [on line]. La Plata: FAHCE-UNLP. Disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar> [Fecha de consulta: 23/11/2011].

• Legislación

La legislación se citará a continuación de las referencias bibliográficas.

Tipo de norma, N° de norma (si fuera un decreto o una resolución, a continuación del n° se coloca una barra y luego el año), título oficial de la norma si lo tuviere, título de la publicación oficial en la que fue publicada, lugar, fecha de publicación utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Ejemplos:

Ley nº 26600. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 07/07/2010.

Decreto 1224/2007. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 11/09/2007.

Resolución 309/2009. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 30/04/2009.

• Jurisprudencia

Las citas de fallos se harán a continuación de las referencias de legislación.

Los datos de los fallos se citarán en el siguiente orden:

Sigla del tribunal del que emanó el fallo, lugar (si fuera un fallo de cámara provincial), sala (si correspondiera), fecha del fallo con el formato dd/mm/aaaa, carátula entre comillas. *Título completo de la revista en la que se encuentra publicado (en cursiva)*, año **guión** letra y/o número del tomo **guión** página.

Los fallos localizados en bases de datos on line, se citarán con el siguiente formato:

Sigla del Tribunal, sala (si correspondiera), fecha del fallo dd/mm/aaaa, Carátula [on line]. Disponible en: dirección del sitio donde se localizó el fallo [Fecha de consulta: dd/mm/aaaa].

Ejemplos:

CNCiv., sala K, 30/09/2003, "Piazzolla, Daniel c/ Telefónica Argentina S. A. s/ daños". *La Ley*, 2003-F-582.

CCiv., Lomas de Zamora, sala I, 10/03/2011, "Celelier, Dora Alicia c/ Parra, Juan Carlos s/ escrituración" [on line]. Disponible en: <http://www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is>. [Fecha de consulta: 21/11/2011].

Citas de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se citarán con la voz Fallos (que significa Colección de Fallos), seguida de un espacio y del tomo y página separados por dos puntos.

Ejemplo:

Fallos 301:423

Si la sentencia no se encontrara incorporada a la Colección de Fallos, podrá citársela indicando la publicación jurídica de la que se la hubiera tomado. Si el fallo no estuviera publicado, se lo citará con la sigla o abreviatura CSJN (sin puntos intermedios), seguida de una coma, la identificación utilizada por la Corte, el nombre completo del caso entre comillas, una coma y la fecha de la sentencia.

Ejemplo:

CSJN, S. 79. XXIV. "Sanatorio Otamendi y Miroli S.A. s/impugnación de actas", 4-5-95.

• Otros documentos consultados

Bajo este epígrafe se enlistarán las referencias correspondientes a aquellos documentos que no se incluirán en la Bibliografía, como por ejemplo obras de referencia (diccionarios, enciclopedias), sitios web consultados en general (no documentos en particular tomados del sitio).

Se ordenarán alfabéticamente por título, siguiendo las pautas establecidas en el presente anexo para cada tipo de documento.

SUMARIO

DERECHO ADMINISTRATIVO

Panorama actual sobre servidumbres administrativas POR ÁLVARO FLORES.....	1
--	---

DERECHO AGRARIO

La protección jurídica de la reforestación en Cuba POR ALEXEY BERENGUER SÁNCHEZ E IRLIET MATOS REY.....	19
--	----

DERECHO CIVIL

La ética dialógica en el Código Civil y Comercial POR LUIS ALBERTO VALENTE	39
---	----

El nuevo Código Civil y Comercial y la responsabilidad civil (de intenciones, realidades, concreciones y mitologías) POR MARCELO J. LÓPEZ MESA	57
---	----

Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español POR AURELIO BARRIO GALLARDO	74
--	----

A valorização do dano moral e aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no direito civil POR FRANCISCO CARVALHO CORRÊA.....	88
--	----

Derecho de alimentos derivados de la responsabilidad parental en el nuevo Código Civil POR FLORENCIA BURDEOS.....	102
--	-----

El interés superior del niño en la filiación por adopción POR RUBÉN M. GARATE.....	116
---	-----

La responsabilidad civil: la verdadera semántica de la Caja de Resarcimientos POR JUAN CARLOS MENDOZA PÉREZ, ELAYNE CASTILLO TORRES Y RICHARD HECHAVARRIA CASTILLO	127
---	-----

Las servidumbres prediales en el Código Civil cubano de 1987. Breve acercamiento al tema desde una perspectiva crítica POR SISSY SÁNCHEZ GUEVARA Y ANA MARÍA PEREDA MIRABAL.....	142
---	-----

La hipoteca y sus caracteres en el Código Civil y Comercial de la Nación POR LUANA ALBERDI IMAS	152
--	-----

DERECHO CONSTITUCIONAL

El número de jueces de la Corte Suprema y un debate institucional recurrente POR JUAN PAULO GARDINETTI	168
El Estado argentino: ¿un Estado confesional o laico? POR MARIANA GUADALUPE CATANZARO ROMÁN	177
La división o separación de poderes (de la teoría clásica a lo que ocurre en la realidad) POR VALERIA L. ANSELMINO	188

DERECHO COMERCIAL

Derecho contractual bancario. Necesidad de un replanteo del estudio de los contratos bancarios POR JUAN JOSÉ ZANDRINO.....	204
---	-----

DERECHOS HUMANOS

El “secreto de las fuentes” en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos POR ALEJANDRO CÓRDOBA SOSA Y MIRTA LUISA JURIO.....	221
Tutela del agua y del ambiente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos POR MARÍA DE LAS NIEVES CENICACELAYA.....	235
El precepto <i>pro-homine</i> y la globalización jurídica POR GASTÓN L. MEDINA	249
Corte Interamericana de Derechos Humanos y derechos territoriales de los pueblos indígenas. Estudio de impacto de sentencias POR FABIÁN MURÚA	260
Principio de mínima intervención, jurisdicción indígena y derechos humanos: el encarcelamiento como verdadera <i>ultima ratio</i> POR LISANDRO OZAFRAIN.....	273

DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Integración regional y estructura productiva venezolana. Entre luces y sombras POR EUGENIA C. PARDO Y CARMEN R. SCHAPOSNIK.....	288
--	-----

DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

Los puertos en la provincia de Buenos Aires a 20 años de la “provincialización” POR MATÍAS BARONE	304
La contaminación por hidrocarburos. El caso “Magdalena” POR MAURO FERNANDO LETURIA Y SOLANGE CAROLINA NUGOLI	319

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La forma de los actos jurídicos en el Derecho Internacional Privado argentino POR LILIANA E. RAPALLINI.....	334
--	-----

DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

Hacia una consolidación de la Teoría General del Derecho Notarial <i>justo</i> POR SEBASTIÁN JUSTO COSOLA.....	346
---	-----

DERECHO PENAL

De sentencias y sentimientos. Ideas para la construcción de sentencias
POR ERNESTO E. DOMENECH 358

La ximente del miedo insuperable en el ordenamiento jurídico penal cubano
POR LIUVER CAMILO MOMBLANC Y ERNESTO ORTIZ IMBERT 384

Conteo de la prisión preventiva: unificación de cómputos por sobreseimiento, absolución y pena en exceso
POR NATALIA LORENA ARGENTI..... 399

Estado, educación y cárceles
POR FRANCISCO SCARFÓ Y JUAN CASTRO 409

DERECHO POLÍTICO

De la República oligárquica a la República democrática. Discusión en torno a la estrategia del Presidente Roque Sáenz Peña para asegurar el éxito de su reforma política
POR MARIO JUSTO LÓPEZ..... 426

1916-2016. Centenario de una “nueva” legitimidad (por legitimación del *sistema* y de los *elementos* del sistema)
POR MARÍA CRISTINA LINCHETTA 444

DERECHO PROCESAL CIVIL

La doctrina del absurdo en la experiencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires
POR LEANDRO J. GIANNINI 464

DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL Y MUNICIPAL

Independencia del Poder Judicial. Punto final al peligroso mecanismo de designación de jueces subrogantes
POR GONZALO FUENTES..... 499

DERECHO SOCIAL

Direitos sociais da pessoa com deficiência no Brasil: trabalho, previdência e assistência social
POR MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR Y JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA..... 515

Capacidad jurídica y protección de los ancianos y discapacitados en Cuba
POR ORIS PALENCIA SERRANO..... 526

Aportes para el estudio de la tutela sindical en el régimen jurídico vigente
POR ADOLFO NICOLÁS BALBÍN 543

FILOSOFÍA DEL DERECHO

La dimensión sociológica de la juridicidad originaria del Código Civil y Comercial
POR MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI 568

Panorama actual sobre servidumbres administrativas

POR **ÁLVARO FLORES** (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Concepto. Nociones previas. — III. Fundamento. Características. — IV. Régimen jurídico. Creación. Constitución. — V. La indemnización en materia de servidumbres administrativas. — VI. Clases de servidumbres administrativas. — VII. Bibliografía.

Resumen: las servidumbres administrativas representan una de las modalidades típicas de las limitaciones al dominio por razones de interés público. Su finalidad, las distingue de las tradicionales servidumbres privadas, sin perjuicio de la aplicación analógica del derecho civil. Si bien su constitución o creación implica un desmembramiento del derecho de propiedad, al afectar el carácter exclusivo del dominio, las servidumbres administrativas se caracterizan por no ocasionar la extinción de la propiedad de los particulares. La dinámica propia del interés público, determinó la proliferación de una gran variedad de servidumbres administrativas en nuestro ordenamiento jurídico. Debido a ello, esta tipología de servidumbres fueron (y son) concebidas como una herramienta indispensable para el desarrollo de servicios públicos (acueductos, electroductos, gasoductos, transporte ferroviario) y de actividades económicas estratégicas (oleoductos, actividades mineras), o para el cumplimiento de funciones esenciales del Estado (seguridad de fronteras, y demás).

Palabras claves: servidumbre administrativa - derecho de propiedad - interés público

Actual review about the administrative servitude

Abstract: *utility easement is one of the typical ways to apply limitations in the right to property for reason of public interest. Its purpose distinguishes it from traditional private servitude, but with no effect in its analogue application in Civil Law. Even if its constitution implicates maiming the right to property, as it affects the specific nature of private property, the administrative servitude are characterized for not extinguishing the owner's right over it. Public interest's own dynamics led to a proliferation of a wide variety of the administrative servitude in our legal system. Because of that, the servitude categorization has been (and is) conceived as an indispensable tool for the development of public services (water, electric and gas pipelines, along with rail transport) and the strategic economical activities (oil pipes and mining activities), or to enforce State's essential functions (border security and others).*

Keywords: *the administrative servitude - right to property - public interest*

I. Introducción

La consecución del bienestar de la comunidad y la armonización de los intereses privados de los habitantes que la componen, con las exigencias emergentes del interés público, obligan al Estado —en su carácter de gestor por antonomasia del bien común— a adoptar las regulaciones correspondientes, en aras de compatibilizar posiciones que —*a priori*— resultarían contrapuestas.

(*) Prof. Adscripto a la Cátedra N° II Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

El reconocimiento expreso del derecho de la propiedad en los respectivos ordenamientos constitucionales, indispensable para el desarrollo de la personalidad humana, se encuentra sujeto —como toda especie de prerrogativa conforme a la relatividad de los derechos— a las reglamentaciones que el Estado considere necesarias (artículo 14 Primera Parte Constitución Nacional Argentina —CN—), respetando el estándar de razonabilidad que exige nuestro ordenamiento constitucional (conf. artículo 28 CN).

En el contexto reseñado es donde se asientan las limitaciones al dominio (propiedad) por razones de interés público. Al encontrarse comprometidas las potestades estatales en función de las requisitorias colectivas —trascendiendo los meros intereses particulares— su regulación le compete preponderantemente al derecho administrativo.

En este marco introductorio corresponde destacar que las limitaciones a la propiedad trasuntan un concepto genérico, dentro del cual quedan incluidas diversas especies, entre éstas las llamadas restricciones administrativas, las servidumbres administrativas, las requisiciones, el decomiso la ocupación temporánea, y la expropiación. Las distinciones entre las clases de limitaciones estarán dadas fundamentalmente por el grado de intensidad con el que se manifiestan en la propiedad privada, afectando —según los casos— a algunos o a todos los caracteres inherentes al dominio.

Bajo el contexto reseñado aparecen las servidumbres administrativas, que —como se intentará reflejar en estas breves líneas— se erigen como una de las típicas limitaciones al dominio por razones de interés público. En este trabajo abordaremos los diversos tipos de servidumbres que se encuentran actualmente legisladas a nivel nacional, tratando de destacar sus aspectos salientes, el régimen jurídico aplicable y la utilidad que poseen para el cumplimiento del interés público, entre otras cuestiones.

II. Concepto. Nociones previas

Como lo indicáramos en la introducción, las servidumbres administrativas constituyen otra de las modalidades clásicas de las limitaciones al dominio por razones de interés público.

Desde otra perspectiva, la servidumbre administrativa también se erige como una especie dentro del esquema de los derechos reales administrativos, para el sector de la doctrina que postula la existencia de dicha categoría (Botassi, 2006; Revidatti, 1991).

A partir de esta doble vertiente de análisis podremos comenzar a desentrañar la noción y los alcances del instituto bajo estudio. Adoptando la posición esgrimida por Villegas Basavilbaso (1956), cabe aclarar que la servidumbre debe ser entendida como una institución jurídica, y que por tal motivo, el concepto que se adopte no le pertenecerá exclusivamente al derecho privado o público.

Con este punto de partida, para la construcción de su concepto se ha recurrido a las soluciones propuestas por el derecho privado para abordar la noción de las servidumbres públicas. Esto ocurre debido a que el surgimiento de las servidumbres administrativas tiene suceso en un momento posterior a las servidumbres civiles, atento a que su nacimiento se encuentra vinculado con la propia evolución de la ciencia del derecho administrativo, junto con el progreso social y las necesidades de la comunidad. Anteriormente, los artículos 2503 (*ex numerus clausus*), 2970 y ss. del Código de Vélez Sarsfield desarrollaban el derecho real de servidumbre, los cuales sirvieron para perfilar la configuración de los extremos de las servidumbres administrativas. Actualmente, con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial la servidumbre ha quedado definida en el artículo 2162.

No es ociosa ni meramente académica la mención efectuada respecto de la regulación en materia de servidumbres en la esfera del derecho civil. Las afinidades entre ambos tipos de institutos pueden avizorarse específicamente —por ejemplo— con la utilización de las distintas clasificaciones

en materia de servidumbres (conforme a sus características), así como también en el contenido y los alcances de las obligaciones que engendra la constitución de servidumbres.

Si bien la definición consagrada en el derecho privado deviene útil para proporcionar la conceptualización de la servidumbre administrativa, aquella —por cuestiones ontológicas— no alude a la finalidad pública que se encuentra inexorablemente presente en este tipo de servidumbres.

Con sustento en las consideraciones que anteceden, entendemos que las servidumbres administrativas pueden definirse como el derecho real administrativo constituido por el Estado *lato sensu* sobre un bien de dominio privado o público, con el objeto de que tal bien sea usado o destinado a servir al público.

III. Fundamento. Características

Sin perjuicio de la afinidad existente entre las servidumbres públicas y las regidas por el derecho privado, en el terreno de las características es donde resulta pasible de contemplar —con mayor nitidez— las sustanciales divergencias entre ambos tipologías de servidumbres.

El fundamento de éste tipo de limitaciones al dominio por razones de interés público radica en la necesidad de lograr el normal desenvolvimiento de los servicios públicos nacionales, provinciales o municipales (ejemplo: electroducto, gasoducto, ferroviaria), posibilitar la concreción y fomentar el desarrollo de actividades declaradas de interés público (*v. gr.*: oleoducto), preservar la historia de los pueblos y su labor cultural (ejemplo: servidumbre de ruinas y yacimientos arqueológicos/paleontológicos; monumentos históricos), o para dar cumplimiento a funciones esenciales e indisponibles del Estado (como sucede en materia de servidumbres de protección de fronteras). En suma, cumplir —de manera mediata o inmediata— con las exigencias que impone el bien común, que han de ser esencialmente dinámicas y variables.

Al erigirse el “interés general” como el objeto de la servidumbres administrativas, en el ámbito del derecho público, no es teóricamente indispensable la existencia de un fundo “dominante”, como si ocurre en el campo del derecho privado. La comunidad en su conjunto (sea en forma mediata o inmediata, de acuerdo a la finalidad específica comprometida) es quien reviste la calidad de sujeto “dominante”, sin que sea necesaria la individualización concreta del inmueble dominante. Es quizás en este punto donde se exteriorizan las diferencias sustanciales entre las servidumbres públicas y privadas.

Este tipo de servidumbres pueden recaer tanto en bienes de dominio público como de dominio privado, y asimismo, pueden constituirse sobre bienes inmuebles, muebles e inclusive bienes inmateriales, conforme al concepto *lato* del término propiedad acuñado en el derecho constitucional argentino, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (“Bourdieu”, Fallos 145:307, entre muchos otros).

Como se adelantara anteriormente, la servidumbre administrativa comporta afectar el carácter *exclusivo* del dominio, limitando con intensidad el ejercicio de las prerrogativas de las que goza el propietario. Al constituirse una servidumbre administrativa, no se extingue el derecho de propiedad, debido a que se verifica la coexistencia del uso del bien por parte del propietario y del titular de la servidumbre (conf. artículos 2180 y 2181 del Código Civil y Comercial; Fallos 330:5404, “Lagos”).

La alteración que se produce en la *exclusividad* se manifiesta a partir del contenido y los alcances de las obligaciones impuestas por la constitución de la servidumbre pública que se trate. En tal entendimiento, las servidumbres administrativas pueden consistir —respecto del titular de dominio— en obligaciones de no hacer, de dejar hacer, e inclusive, en obligaciones de hacer. En relación a las dos primeras modalidades, ha existido un pleno consenso a nivel doctrinario, debido a que el

comportamiento pasivo del titular del derecho de propiedad representa —en la gran mayoría de los supuestos— la actitud indispensable para contribuir con la satisfacción del interés público comprometido. Distinta ha sido la cuestión acerca de si las servidumbres administrativas implican la imposición de obligaciones de hacer. Invocando al texto del artículo 3036 del anterior Código Civil, Villegas Basavilbaso (1956) sostenía que la constitución de servidumbres administrativas no podía configurar la imposición de realizar determinadas acciones, debido a que son extrañas al contenido de la servidumbre.

En sentido contrario, Marienhoff (1987) sostuvo que las obligaciones de hacer pueden ser impuestas en forma accesoria a las cargas principales que se desprenden de la consolidación de servidumbres, las cuales residen en la imposibilidad de interferir con la finalidad pública comprometida. El ordenamiento jurídico pareciera adoptar este criterio, tal como lo veremos posteriormente al abordar los principales aspectos de las servidumbres de yacimientos arqueológicos y paleontológicos, y de monumentos históricos, al exigir labores de conservación en cabeza de los titulares de dominio.

IV. Régimen jurídico. Creación. Constitución

Las servidumbres administrativas pueden ser creadas o impuestas tanto por la Nación como por las provincias. Ello depende de la ubicación del respectivo bien y de la finalidad a que responda la servidumbre, de acuerdo a la distribución de competencias establecidas en la Constitución Nacional, confrontadas a su vez, con el carácter preponderantemente local de las regulaciones del derecho administrativo. Como lo contemplaremos luego, si estamos en presencia de servicios públicos interjurisdiccionales (artículo 75 inc. 13 de la CN) la regulación, creación y constitución de servidumbres públicas será competencia de la jurisdicción federal.

Por la entidad e intensidad que revisten esta tipología de limitaciones al dominio, y de acuerdo a los alcances de la tutela del derecho de propiedad que dimana del sistema constitucional (convencional) nacional y provincial, son las leyes en sentido formal el instrumento por antonomasia para determinar la creación de servidumbres administrativas. La exigencia de “*ley previa*” estipulada por nuestro ordenamiento constitucional hace indispensable la necesidad de una ley formal emanada del Poder Legislativo nacional o provincial según el caso, específica o general. Nos animamos a decir en principio, atento a que, en el caso de que los organismos administrativos correspondientes cuenten con la competencia específica para el caso, y cumplieren con el debido procedimiento previo, aquellos podrán celebrar contratos o convenios de naturaleza pública por conducto de los cuales se creen y constituyan servidumbres administrativas. Entendemos que esto será posible al no encontrarse vulnerada la protección al derecho de propiedad, por mediar la participación y el consentimiento del titular del dominio.

Los medios principales por los cuales opera la constitución de servidumbres administrativas son los siguientes:

A) **Ley formal:** al erigirse como un desmembramiento del derecho de propiedad, la exigencia de una ley de estas características deviene insoslayable para determinar la validez de la imposición de cualquier tipo de servidumbre pública. Podrá ser genérica (como es el caso de la Servidumbre de electroducto), o ser efectuada a través de una ley particular, en la cual se constituya —por ejemplo— el fundo sirviente y sus alcances.

B) **Acto administrativo fundado en ley:** con sustento en la ley formal genérica, las autoridades administrativas designadas en la ley sancionada (o en su reglamentación), serán las competentes para determinar la ubicación, los alcances, y demás aspectos de las servidumbres administrativas. Las servidumbres con sustento en esta modalidad son denominadas usualmente como “servidumbre de origen o base legal”.

C) Por contrato: la constitución de servidumbres administrativas (con o sin basamento legal previo) podrá tener cabida mediante la celebración de contratos de naturaleza pública entre el Estado y los titulares de dominio.

D) Por acto de liberalidad: a partir de un testamento o donación, efectuada por el titular dominial.

E) Por accesión: tiene lugar cuando una servidumbre existente sobre un bien privado se hace pública porque la cosa en la cual se sirve se convierte en pública.

F) Por prescripción: esta causal se erige —a nuestro juicio— como la modalidad más discutida en materia de constitución de servidumbres. Aquí, la constitución se daría a partir del uso ininterrumpido de los beneficios derivados de la servidumbre por el lapso de veinte años o más. Para aquellos que postulan la admisión de este instituto jurídico señalan que si la legislación que las crea no veda dicha posibilidad, no existe razón alguna para negar a la prescripción como una modalidad válida para consolidar la constitución de las servidumbres administrativas (Moran, 2012). En caso de admitirse la viabilidad de esta forma de constitución, creemos que deberían aplicarse en forma analógica —a nivel federal— las disposiciones de la ley 20.396 (referida a la usucapión administrativa).

Para otro sector de la doctrina (Gordillo, 1996; Vivot, 2011), la usucapión no constituye un medio idóneo para configurar la constitución de servidumbres administrativas (siempre y cuando la legislación que disponga su creación no prevea lo contrario), debido a que, por la intensidad que reviste este tipo de limitación al dominio, únicamente su constitución sería posible por conducto de un acto administrativo fundado en ley, o por acuerdo o voluntad de las partes involucradas.

La improcedencia de esta modalidad de constitución de servidumbres también ha sido recalcada tanto por la Procuración del Tesoro de la Nación —en dictámenes 258:400—, como por la Asesoría de Gobierno de la provincia de Buenos Aires (2403-459/05 dictamen 123.939 - 7).

V. La indemnización en materia de servidumbres administrativas

El grado de intensidad que revisten las servidumbres administrativas, al alterar el carácter “exclusivo” del derecho real de dominio, generan, en principio, un sacrificio especial en el derecho de propiedad. Si bien el titular de dominio conserva las facultades inherentes al ejercicio del derecho de propiedad, al constituirse la servidumbre, y por añadidura, al afectarse el bien para cumplir con la finalidad requerida, trae aparejado una privación del derecho mencionado.

La protección que recibe el derecho de propiedad tanto en la Constitución Nacional como en la Provincial, justifica la procedencia, como regla general, de la indemnización en materia de servidumbres administrativas. Como ocurre con la expropiación, la pretensión indemnizatoria emergente, constituye un típico ejemplo de responsabilidad extracontractual por actividad lícita, y por ello, la extensión de los rubros que componen la indemnización se encontrará alcanzada —sin perjuicio de las críticas al respecto— por la llamada fuerza expansiva de la expropiación, limitando la procedencia de ciertos rubros indemnizatorios (*v. gr.*: lucro cesante).

VI. Clases de servidumbres administrativas

VI.1. Servidumbre de electroducto

VI.1.1. Objeto

La energía eléctrica, cuyo transporte y distribución han sido calificados como servicios públicos (conf. artículo 3, ley 15.336; artículo 1, ley 24.065; artículo 2, ley 11.769 pcia. de Bs. As.), constituye

un elemento indispensable para posibilitar el desarrollo y sostenimiento de la sociedad, de la familia, y de los individuos que integran una comunidad determinada.

Para garantizar la regularidad y continuidad de los servicios públicos comprometidos, resulta imprescindible contar con la infraestructura física necesaria para cumplimentar con los cometidos asumidos. Es aquí donde comienza a advertirse la importancia de los electroductos, atento a que permiten que la energía fluya desde los centros de generación de energía hasta los de consumo.

La legislación vigente ha definido como *electroducto* a “todo sistema de instalaciones, aparatos o mecanismos destinados a transmitir, transportar y transformar energía eléctrica” (conf. artículo 2, ley 19.552; artículo 3, ley 8.398). Las características inherentes y particulares de la energía eléctrica (considerada como cosa en los términos del artículo 16 del Código Civil y Comercial) justifican la existencia de los electroductos, y a consecuencia de ello, el desarrollo de la servidumbre administrativa bajo tratamiento.

VI.1.2. Régimen jurídico

El ordenamiento legal aplicable para la creación, constitución y afectación de servidumbres administrativas de electroductos dependerá del lugar en el cual se encuentra situado el inmueble sujeto a gravamen, o de los intereses comprometidos en la prestación de los servicios públicos de transporte y distribución de energía eléctrica.

El decreto-ley 19.552 de servidumbre administrativa de electroducto se encuentra destinado a regular la afectación y constitución de servidumbres que estén sujetas a jurisdicción nacional. Con asidero en la cláusula del comercio interjurisdiccional (artículo 75 inc. 13 de la CN), la ley 15.336 determinó los supuestos en los cuales, los servicios públicos referidos a la energía eléctrica quedaban englobados bajo la jurisdicción nacional (conf. artículo 6).

Por su parte, la ley 24.065 (marco regulatorio para la energía eléctrica) y su decreto reglamentario N° 1.398/1992 complementan el marco normativo. Asimismo, también devienen aplicables las resoluciones emitidas por el ENRE, entre las cuales pueden destacarse la N° 589/2015 referida al cálculo de las indemnizaciones.

En la provincia de Buenos Aires, la ley 8.398 se encarga de legislar sobre la servidumbre administrativa de electroducto, y por otra parte, la ley 11.769 regulará las cuestiones vinculadas con la generación, transporte y distribución de energía eléctrica en la provincia y sus municipios. Asimismo, vale decir que la Constitución Provincial reflejó desde antaño la importancia de esta temática, haciendo expresa mención del término “usina” al contemplar las potestades de los municipios bonaerenses (conf. artículo 192 inc. 8).

VI.1.3. Sujetos intervinientes

Para comprender el esquema bajo el cual se afectan y constituyen las servidumbres de electroducto, es indispensable discriminar los distintos sujetos que habrán de participar en los procedimientos administrativos correspondientes, y eventualmente, en los procesos contenciosos que se originen.

Los “Titulares de la Servidumbre” son aquellos sujetos a favor de los cuales se constituye la servidumbre. Serán quienes gocen en forma directa de los beneficios que emanen de la constitución de la servidumbre, y asimismo, quienes deberán cargar con los costos de la indemnización.

Entre los regímenes de Nación y la provincia de Buenos Aires pueden advertirse algunas diferencias. A nivel federal, se establece que los titulares de las servidumbres serán los concesionarios de subestaciones eléctricas, líneas de transporte de energía eléctrica, y distribuidores de energía

eléctrica (conf. artículo 1 decreto-ley 19.552; artículos 7 y 9 de la ley 24.065). En suma, únicamente podrán erigirse como titulares aquellos sujetos que revistan la calidad de concesionarios en los términos de la ley 24.065, de los servicios públicos de transporte y distribución de energía eléctrica (conf. artículo 18 de la ley 24.065).

El régimen provincial posibilita —además de los concesionarios de transporte y distribución de energía eléctrica— constituir servidumbres a favor del Estado provincial y de los municipios (conf. artículo 1, ley 8.398; artículo 38, ley 11.769).

Estos sujetos, una vez efectuada la intervención de las autoridades administrativas, serán los encargados de realizar las anotaciones en los Registros de Propiedad del derecho real impuesto al inmueble del titular dominial (conf. artículo 4 decreto-ley 19.552; artículo 5 ley 8.398).

Las labores referidas a la traza del proyecto, el estudio de factibilidad técnico-económico-financiero y la confección de los planos de la obra que tengan como objeto a los electroductos deberán ser realizados por el Órgano Concedente: el Ministerio de Energía y Minería (o el que en el futuro lo reemplace) a nivel nacional y la Dirección Provincial de Energía en la Provincia de Buenos Aires. Por su parte, será atribución de los Organismos Reguladores (el ENRE y el OCEBA respectivamente) la autorización y/o aprobación de las servidumbres administrativas, de oficio o a pedido de los titulares (conf. artículo 4 decreto-ley 19.552 y 56 inc. i de la ley 24.065; artículo 30 de la ley 8.398; artículo 62 inc. m de la ley 11.769).

En estos procedimientos podemos discriminar nítidamente a dos tipos de actos. La afectación es el acto que origina y por el cual se establece la servidumbre administrativa y por el cual el titular de la misma puede exigir todos los derechos contemplados en la normativa vigente (ej.: artículo 7, ley 8.398). El acto de aprobación, se encuentra configurado por las resoluciones emitidas por el ENRE, o por el OCEBA (de acuerdo al procedimiento regulado por la resolución N° 563/99 del Ex Ente Provincial de Energía Eléctrica). Por otra parte, la constitución de la servidumbre se consolida mediante el acuerdo entre el propietario del fundo y el titular de la servidumbre, o cuando se produce el dictado de la sentencia que fija la correspondiente indemnización.

Finalmente, encontramos a la figura del propietario o titular del predio sometido a servidumbre. Este sujeto será aquel que reviste el carácter de titular registral del bien, de acuerdo a lo informado por el Registro de la Propiedad correspondiente. Ante el propietario, los titulares de la servidumbre deberán cursar las notificaciones de la afectación y constitución de la servidumbre (conf. artículos 5, 6 y 7 decreto-ley 19.552; artículos 6 y 7 de la ley 8.398), y a su vez, revestirán la calidad de parte necesaria en los procedimientos administrativos o procesos contenciosos que se originen a consecuencia de la afectación autorizada por los entes competentes.

VI.1.4. Características

A) Son continuas, debido a que su uso no requiere necesariamente de algún hecho actual del hombre.

B) Aparentes, atento a se revela por conducto de signos exteriores (torres de transmisión, equipamientos, etc.).

C) Son al mismo tiempo negativas y positivas, por cuanto el titular del predio afectado asume obligaciones de dejar hacer (ej.: artículo 16 decreto-ley 19.552; artículo 30 de la ley 8.398), y de no hacer (conf. artículo 17 decreto-ley 19.552; artículos 9 y 31 de la ley 8.398).

VI.1.5. Régimen indemnizatorio

La afectación realizada por las autoridades administrativas, trae aparejada la obligación de indemnizar de forma justa y razonable el desmembramiento ocasionado, junto con los daños y per-

juicios que en forma directa se generen. La jurisprudencia ha sostenido que para resarcir los sacrificios impuestos a causa de la imposición de servidumbres administrativas, son de aplicación los mismos fundamentos que dimanarían del instituto expropiatorio (conf. SCBA Ac. 57.047; Ac. 62.357; A. 69.793).

Para garantizar la adecuada protección al derecho de propiedad que exige el texto constitucional, la indemnización deberá ser *previa*. Cuando no es posible alcanzar un acuerdo respecto del monto de la indemnización (o avenimiento aplicando por analogía el régimen expropiatorio), el titular de la servidumbre deberá efectuar la consignación judicial de la suma ofrecida (conf. artículo 24 ley 8.398). El decreto-ley 19.552 omite regular un procedimiento que resguarde la garantía de la indemnización previa, quedando al arbitrio del titular de la servidumbre y de los Organismos Administrativos la satisfacción de esta garantía.

Actualmente, se encuentra obsoleta la polémica que generaba el anterior texto del decreto-ley 19.552, el cual preveía que la mera afectación de la servidumbre no generaba el derecho a ser indemnizado, y que por tal motivo, era imprescindible acreditar los perjuicios invocados (doctrina de Fallos 304: 1606; 308: 930; 311: 809; 313: 1469). El nuevo texto del artículo 9 de la normativa nacional pareciera inclinarse por la solución contraria, que asimismo, es la que guarda relación con la tutela del derecho de propiedad que incardina la CN.

La determinación de la indemnización se efectúa —preponderantemente— teniendo en consideración el valor de la tierra en condiciones óptimas, y la aplicación de coeficientes de restricción de acuerdo al grado de limitaciones impuestas por la servidumbre (conf. artículo 9 decreto-ley 19.552; artículo 11 de la ley 8.398). En el orden nacional, se ha emitido la resolución conjunta N° 589 y 56 del 3 de diciembre de 2015 del ENRE y el Tribunal Nacional de Tasaciones, en virtud de la cual se estableció el cálculo de la valuación de las servidumbres de electroducto.

La integración de la indemnización se efectúa distinguiendo entre el “precio” (por el ejercicio de la servidumbre y por el desmembramiento que afecta a la exclusividad del dominio) y los “daños” que se originen a causa de la imposición de la servidumbre, atento a que los mismos no se excluyen (Marienhoff, 1992). El pago de la indemnización se efectúa en un único pago, sin que se encuentre hasta el momento reconocida la posibilidad de efectuar pagos periódicos.

Al igual que el régimen de la expropiación, la legislación nacional y provincial excluyen el reconocimiento del lucro cesante (conf. artículo 9 *in fine* decreto-ley 19.552; artículo 11 de la ley 8.398). Asimismo, al resultar directamente aplicables los principios de la indemnización expropiatoria, el monto del resarcimiento no estará alcanzado por regímenes de consolidación (conf. SCBA C. 62.357; y A 69793).

VI.2. Servidumbre de gasoducto

VI.2.1. Objeto

La servidumbre administrativa de gasoducto puede ser definida como el derecho real administrativo, por el cual el propietario de un inmueble particular o del dominio privado del Estado nacional, provincial o municipal se ve obligado a soportar en su propiedad el paso de un gasoducto o sus instalaciones complementarias, en virtud de la prestación del Servicio Público de Gas, y a respetar las restricciones al dominio que dichas instalaciones implican y que surgen de la reglamentación (conf. artículo 1 del Anexo I de la resolución 3562/2015).

El traslado del fluido proveniente de las cuencas gasíferas hasta los puntos de consumo, para su óptimo desarrollo, necesitan de la imposición de restricciones al dominio y de la instalación de gasoductos para cumplir con las exigencias referidas a la regularidad y continuidad del servicio público.

La normativa vigente ha definido al gasoducto como “la cañería de transporte o distribución de gas que genere una servidumbre o una restricción al dominio, teniendo en cuenta la normativa técnica aplicable” (conf. artículo 1 párr. tercero del Anexo I de la resolución 3562/2015).

VI.2.2. Régimen jurídico

En el orden federal, no existía una regulación específica que se encargue de puntualizar los aspectos fundamentales de este tipo de servidumbre. Para desentrañar su régimen, debíamos acudir e integrar una serie de leyes, decretos y resoluciones que a continuación mencionaremos.

La ley 24.076 estipula en su artículo 22 que los transportistas y distribuidores de gas gozan de los derechos de servidumbres previstos en los artículos 66 y 67 de la ley 17.319. Cabe recordar que, según la normativa vigente, la actividad de transporte y distribución de gas es calificada como servicio público (conf. artículos 1, 4 y cc. de la ley 24.076). Dicha normativa, se complementa con los decretos 1738/1992 (reglamentario del Marco Regulatorio del Gas), 2255/1992 (Reglas Básicas de Distribución) y 2256/1992 (Reglas Básicas de Transporte).

Recientemente, la resolución ENARGAS 3562/2015 aprobó la Reglamentación integral de afectaciones al dominio derivadas de instalaciones gasíferas, estableciendo las definiciones, características y procedimientos referidos a la servidumbre administrativa de gasoducto.

Si bien la actividad gasífera —por regla— es de carácter nacional, la provincia de Buenos Aires (mediante la ley 10.540) ha regulado sobre esta tipología de servidumbres. La aplicación de la normativa bonaerense se efectúa a partir de las funciones de la Sociedad Anónima con Participación Estatal mayoritaria, Buenos Aires Gas S.A. (BAGSA), creada por conducto del decreto 28/2004, posteriormente ratificado por ley 13.358.

VI.2.3. Sujetos intervinientes

Los titulares de las servidumbres de gasoducto podrán ser los transportistas y distribuidores de gas. Las empresas licenciatarias, podrán instalar los gasoductos que resulten autorizados por el Ente Regulador en los inmuebles afectados por las trazas, y deberán inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente, la limitación dominial efectuada. Serán los respectivos Titulares quienes deberán afrontar el costo de los daños que acarree la servidumbre, y el abono del canon fijado.

Los titulares de dominio, u ocupantes por cualquier título, de los predios afectados por la traza de gasoductos serán los sujetos pasivos de la relación (superficiarios), y quienes resulten acreedores de la indemnización (conf. artículo 22 inc. 4 del Anexo I del decreto 1738/1992).

El artículo 52, inc. k e inc. m, atribuye al ENARGAS la función de autorizar las servidumbres para el cumplimiento de las necesidades del servicio de transporte y distribución. Los Capítulos II, III y IV de la resolución 3562/2015 reforzaron las prerrogativas del ENARGAS en la materia. Tal como surge de los considerandos de la Resolución, “la competencia otorgada al ENARGAS, por mandato legal, contempla dos aspectos: uno, de naturaleza reglamentaria, cual es el de establecer la normativa que regirá la relación entre el prestador y el superficiario, derivada de la afectación producida por instalaciones destinadas al servicio público de gas y, otro, resolver las controversias entre ambas partes, en su caso, fijando los cánones por servidumbre”.

VI.2.4. Características

A) Es continua, ya que no requieren del hecho actual del hombre.

B) Es perpetua, mientras mantengan vigentes los fines de utilidad pública para los cuales se las constituyen, lo cual puede coincidir o no con la extensión del plazo de la licencia.

C) Es onerosa o gratuita, en función de las limitaciones impuestas al inmueble, y a la condición jurídica del mismo.

D) Puede ser o no aparente, según las instalaciones se manifiestan a través de signos exteriores visibles.

E) Es positiva y negativa por cuanto impone al superficiario afectado obligaciones de “dejar hacer” —como son la ejecución de las obras y mantenimiento de las instalaciones— y de “no hacer” —en cuanto se le prohíbe al propietario realizar determinadas construcciones y plantaciones—, y de “hacer” —vinculadas a medidas de seguridad.

VI.2.5. Régimen indemnizatorio

La cuantificación de la indemnización ocasionada a partir de la imposición de servidumbres de gasoducto se rige en la actualidad —a nivel federal— por la ya mencionada resolución ENARGAS 3562/2015. Como aspecto relevante, se estipula la modalidad de pago mediante la fijación de un canon, por pagos periódicos, específicamente mensuales, según lo plasmado en el artículo 20 del Anexo I de la resolución ENARGAS 3562/2015.

En los supuestos en que el titular de la servidumbre y el superficiario no arriben a un acuerdo respecto de su fijación, el ENARGAS establecerá el canon “provisorio”, que servirá para cumplimentar con la exigencia de la “previa indemnización”.

Los montos allí establecidos no incluyen los daños y perjuicios derivados de las tareas de construcción, operación, reparación, inspección o ampliación de los gasoductos o instalaciones. Lo expuesto, no excluye la posibilidad del superficiario de entablar las acciones judiciales correspondientes enderezadas al resarcimiento de los perjuicios ocasionados y debidamente comprobados.

La obligación del pago del canon se dispara desde el momento en el cual se ingresa al predio para la construcción de las instalaciones (conf. artículo 20 del Anexo I de la resolución 3562/2015). Desde la perspectiva del Titular de la Servidumbre, el nuevo texto normativo aclara que el cumplimiento del canon constituye un costo operativo. Este tópico es de suma importancia, en lo que respecta a la repercusión que puedan llegar a tener estos rubros en las Tarifas de los servicios.

El establecimiento del canon provisorio y/o su eventual revisión podrá ser discutido ante el Juzgado Federal competente, en los términos de las previsiones de los artículos 35 y cc. de la resolución mencionada.

En lo que concierne a los rubros y valores que compondrán el monto del canon provisorio, se tendrá en consideración en valor fiscal del inmueble, las características del mismo, el tipo de instalaciones construidas a consecuencia de la imposición de la servidumbre, las actividades económicas realizadas en los predios (ej.: forestal o agropecuaria), e inclusive, el grado de productividad. Debido a las circunstancias desarrolladas, en el caso de las servidumbres de gasoducto el rubro lucro cesante —por aplicación de las formulas indicadas en la normativa— no se encontraría excluido.

VI.3. Servidumbre de oleoducto

VI.3.1. Objeto

Este tipo de servidumbre tiene como objetivo contribuir con la expansión y el desarrollo referido a la a exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos.

A diferencia de lo que acontece con las anteriores servidumbres caracterizadas, la actividad hidrocarbunífera ha sido declarada de “interés público” por el legislador nacional (conf. leyes 17.319 y 26.741), que implica un grado menor de intensidad regulatoria.

VI.3.2. Régimen jurídico. Indemnización

El sustento normativo para la imposición de esta servidumbre se constituye por los artículos 66, 67 y 100 de la ley 17.319, los cuales prevén que los permisionarios y concesionarios de las franquicias previstas por la citada normativa, gozarán de los derechos previstos en el Código de Minería (servidumbre minera).

El organismo competente para la afectación de este tipo de limitación será la autoridad de aplicación en la materia (en la actualidad, el Ministerio de Energía y Minería).

Con relación al sistema indemnizatorio, resulta de aplicación de los decretos 860/1996 y 861/1996, los cuales establecen los montos que corresponden abonar en concepto de lucro cesante y daños inherentes a la actividad hidrocarbunífera por la ocupación y uso de tierras de secano, en función de las distintas zonas a las que hace alusión la norma. Sendos decretos han sido recientemente complementados por las resoluciones 392/2014, 391/2014, 687/2008, y demás de la Secretaría de Energía.

VI.4. Servidumbre minera

Se encuentra regulada en los artículos 146 y ss. del Código de Minería y constituye una de las principales prerrogativas con las que cuentan los actores de la industria minera para el desarrollo de sus actividades.

Sus disposiciones devienen de aplicación para delimitar los contornos de las servidumbres de gasoducto y oleoducto. En particular, el Código minero estipula los derechos con los que cuentan los titulares de las servidumbres, que a saber, son: A) la ocupación de la superficie; B) la apertura de vías de comunicación y transporte; C) uso de aguas naturales; D) uso de pastos.

VI.5. Servidumbres ferroviaria y aeronáutica

Tal como se adelantara con anterioridad, según destacada doctrina nacional (Marienhoff, 1987; Diez, 1969 y Villegas Basavilbaso, 1956) las llamadas “servidumbres” ferroviarias y aeronáuticas en realidad no son sino “restricciones” a la propiedad, pues ellas no contemplan la posibilidad de que “terceros” —el “público”— utilicen la propiedad del administrado: sólo limitan el derecho de éste respecto a la realización de ciertas construcciones dentro de su propio fundo.

La servidumbre ferroviaria (denominada así por su propio marco normativo) se encuentra contemplada por la ley 2.783 (con las modificaciones realizadas por la ley 18.374) en su artículo 60 y ss. y tiene su razón de ser en garantizar la seguridad y conservación del servicio de pasajeros y de cargas ferroviario. Las limitaciones aquí previstas constituyen verdaderas restricciones, conteste a las prohibiciones que se fijan en las zonas lindantes a las vías. El nuevo impulso de la política ferroviaria con el dictado de las leyes 26.352 y 27.132 puede dotar de vitalidad a este tipo de restricciones, máxime si se produce una extensión de las líneas férreas.

Adhiriendo a la tesis de la doctrina nacional mayoritaria (Marienhoff, Diez y Villegas Basavilbaso) el mismo temperamento es aplicable a las restricciones que fija el Código Aeronáutico (ley 17.285) en sus artículos 6 y 30 a 35, conforme a que afectan únicamente el carácter absoluto del dominio.

VI.6. Servidumbre de ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos

La protección del patrimonio arqueológico y paleontológico justifican el interés estatal en su tutela, y por añadidura, la imposición de limitaciones al dominio para cumplir con aquella finalidad.

Actualmente, la ley 25.743 es el instrumento normativo mediante el cual se dispone la preservación, protección y tutela del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico como parte integrante del Patrimonio Cultural de la Nación, para el aprovechamiento científico y cultural del mismo. Como esbozamos anteriormente, al erigirse como bienes pertenecientes al dominio público del estado nacional, provincial o municipal según en lugar en el que se hallen (conf. artículo 235 inc. h del CCiv. y Com.; artículos 9 y 10 ley 25.743).

Específicamente, el artículo 37 de la ley 25.743 establece una servidumbre “perpetua” sobre los terrenos en los cuales se encuentren dichos bienes. En estos supuestos, el Estado nacional o provincial en sus respectivas jurisdicciones deberá establecerla mediante ley especial e indemnización a los propietarios de los terrenos. El decreto 1022/2004 —reglamentario de la ley— aclara que en aquellos casos que se necesite recurrir a la imposición de servidumbres, en primer término, se intentará alcanzar a un acuerdo con los propietarios del inmueble, y en caso de fracasar dichas tratativas, deberá efectuarse la sanción de la ley que determine la constitución de la servidumbre.

De lo expuesto, surge que la ley citada no basta para afectar un inmueble a una servidumbre (en los casos de no existir consenso con el propietario), sino que será necesaria la sanción de una ley en sentido formal, en el lugar donde se encuentre el bien. Esta cuestión tendrá efectos prácticos relevantes, debido a que determinará la competencia jurisdiccional en la cual se dirimirá el alcance de la indemnización a fijarse.

VI.7. Servidumbre de protección de monumentos históricos

La ley 12.665 —por la cual se crea la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos— centra su razón de ser en la preservación, protección y tutela de los monumentos históricos —calificados como tales— existentes en el territorio de la República Argentina. El patrimonio cultural de una nación preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad (CSJN “Zorrilla”, de fecha 27/8/2013).

Esa normativa prevé que el Poder Ejecutivo, a propuesta de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos (organismo descentralizado que se encuentra actualmente en la órbita del Ministerio de Cultura), podrá declarar de utilidad pública los lugares, monumentos, inmuebles y documentos de propiedad de particulares que se consideren de interés histórico o histórico-artístico a los efectos de la expropiación; o se acordará con el respectivo propietario el modelo para asegurar los fines patrióticos de la ley. Asimismo, se establece que si la conservación del lugar o monumento implicase una limitación del dominio, el Poder Ejecutivo indemnizará a su propietario en su caso (conf. artículo 3 de la ley 12.665). A los efectos de garantizar la preservación de los inmuebles históricos, se dispone que éstos no podrán ser sometidos a reparaciones o restauraciones, ni destruidos en todo o en parte transferidos, gravados o enajenados sin aprobación o intervención de la citada comisión (conf. artículo 4 de la citada ley). La misma limitación se impone para las reparticiones públicas que deseen refaccionar o reacondicionar edificios históricos (conf. decreto 1063/1982).

El decreto 2525/2015 —reglamentario de la ley 12.665— entiende por “limitación al dominio”, aquellos casos en que se produzca una restricción al dominio privado en el interés público que, por su entidad, impida al propietario del bien las facultades de usar, gozar y disponer del mismo, en cuyo caso, el Ministerio de Cultura, previo dictamen no vinculante de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos, fundamentará la procedencia de la limitación.

VI.8. Servidumbre de protección de fronteras

La protección de la seguridad en zonas representa sin duda una de las funciones esenciales e ineludibles del Estado, la cual se encuentra íntimamente vinculada con la noción de soberanía. Con sustento en el actual artículo 75 inc. 15 de la CN, la ley 14.027 se encarga de regular las cargas a las que se encuentra sometidos los inmuebles sitos en las abundantes y extensas fronteras con las que cuenta nuestro país.

Esta normativa estipula que los propietarios de heredades limítrofes con las fronteras de la Nación están obligados a permitir que las autoridades públicas tengan el acceso libre a los lugares de comunicación internacional existentes en sus inmuebles, y al libre tránsito o pasaje de los agentes públicos a lo largo de la frontera, y a consentir la instalación o construcción de edificios requeridos por los destacamentos que la Administración Pública considere indispensables para la vigilancia de los pasos no habilitados al tránsito internacional en dichos inmuebles.

A consecuencia de ello, el artículo 3 *in fine* de la ley prevé que "(...) las disposiciones del presente artículo deberán ser entendidas sin menoscabo de las indemnizaciones de carácter civil que pudieran resultar en favor de los particulares, por daños y perjuicios".

VI.9. Servidumbre de Sirga

El "Camino de Sirga" es un instituto tendiente a promover, desarrollar y satisfacer las necesidades inherentes a la navegación, cuyos orígenes se remontan a la antigüedad (existen antecedentes históricos en las Institutas de Justiniano, y una regulación específica en las VII partidas de Alfonso el Sabio). El texto del nuevo Código Civil y Comercial ha efectuado sustanciales modificaciones a este instituto (Flores, 2012), estipulando en su artículo 1974 lo siguiente: "Camino de sirga. El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de QUINCE (15) metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad. Todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos de los actos violatorios de este artículo".

La regulación actual adscribe al concepto de navegación en sentido lato o legal, a los efectos de dotar de mayor aplicación a este tipo de limitación. Dicho criterio fue sostenido con antelación a la entrada en vigencia del nuevo cuerpo normativo, en la causa "Las Mañanitas" (Fallos 332: 1704).

Cabe señalar que en el nuevo artículo 1974 ha desaparecido la alusión en torno improcedencia de indemnización en estos supuestos. Al respecto, debido a la inclusión en el texto anterior de la frase "sin ninguna indemnización" —y por situarse el Camino de Sirga en el título de limitaciones y restricciones—, la doctrina civilista clásica (*u. gr.* Lafaille, Segovia) y la jurisprudencia de la CSJN (Fallos 23: 430; 35: 430; 43: 403; 96: 86; 128: 296; 332: 1724) consideraron que el instituto bajo análisis importaba una restricción a la propiedad. En contra de esta tesis, se han enrolado Bielsa (1947), Villegas (1956), Marienhoff (1987) y Diez (1969) postulando que la naturaleza jurídica del Camino de Sirga es el de una servidumbre administrativa, debido a que afectan el carácter exclusivo del dominio. En referencia a la imposibilidad de resarcir la pérdida de la exclusividad para sustentar que se estaba en presencia de una restricción al dominio, se sostuvo que esta circunstancia no era óbice a que se considere al instituto como una servidumbre administrativa, en virtud de que el carácter no indemnizable ha tenido raigambre histórico en el país (la improcedencia de la indemnización ya contaba con antecedentes en la Legislación Indiana, y en los decretos en el período de Bernardino Rivadavia).

Sin embargo, creemos que por la ubicación de éste artículo dentro de la metodología seguida por el Código, el mismo debería interpretarse en consonancia con el artículo 1971, en donde se estipula como principio general que el daño no es indemnizable.

VI.10. Servidumbre de acueducto

El agua, en su carácter de bien colectivo, se erige como un elemento indispensable e insustituible para la propia existencia de la vida humana. Constituye un “bien colectivo”, y por la significancia que posee, se ha comenzado a reconocer el llamado “derecho humano al agua potable” (conf. CSJN “Kersich”, 2/12/2014).

En fecha reciente, la provincia de Buenos Aires (por conducto de la ley 14.782) ha definido al derecho mencionado como aquel que poseen todas las personas a disponer oportunamente de agua suficiente, salubre, aceptable y accesible para el consumo y el uso personal y doméstico.

Emulando la regulación que disponía el extinto artículo 3082 del derogado Código Civil, el cuerpo normativo vigente contempla a este tipo de limitaciones al dominio en su artículo 2166. El mismo, intitulado como “Servidumbres Forzosas”, consagra lo siguiente:

“Nadie puede imponer la constitución de una servidumbre, excepto que la ley prevea expresamente la necesidad jurídica de hacerlo, caso en el cual se denomina forzosa. Son servidumbres forzosas y reales la servidumbre de tránsito a favor de un inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública, la de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población, y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulta perjuicio grave para el fundo sirviente o, de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías. Si el titular del fundo sirviente no conviene la indemnización con el del fundo dominante, o con la autoridad local si está involucrada la población, se la debe fijar judicialmente. La acción para reclamar una servidumbre forzosa es imprescriptible”.

Sin perjuicio de la regulación del Código Civil y Comercial, la servidumbre de acueducto —en los términos que a continuación veremos— es de naturaleza administrativa, y por ello, se encuentra regida por principios de derecho público (Marienhoff, 1987; Villegas Basavilbaso, 1956).

El criterio para determinar la presencia de un régimen teñido por disposiciones de derecho público va a estar atado a la finalidad que posea esta servidumbre; si la beneficiaria —o fundo dominante— es “la población” estaremos en presencia de una servidumbre administrativa de acueducto. El nuevo articulado no se expide sobre la utilidad que deberá contener esta servidumbre, debido a que se borra la alusión *“en favor de un pueblo que las necesite para el servicio doméstico de sus habitantes”*, ampliándose las finalidades de esta servidumbre.

Otra de las variantes que se introducen es la expresa mención a la “autoridad local”, cuando estamos en presencia de este tipo de servidumbres, a los efectos de fijar la indemnización, y los aspectos referidos a su constitución. En este orden de ideas, vale recordar una añeja jurisprudencia de la CSJN respecto a que “el derecho para adquirir una servidumbre de acueducto, en los términos del artículo 3082, y siguientes, CCiv., no equivale a la adquisición misma de la servidumbre” (conf. Fallos 67: 417).

En el caso de no existir cuestiones federales o interjurisdiccionales comprometidas, la regulación de esta materia por la conexidad a las coyunturas vernáculas, les compete a las autoridades locales. En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, la imposición de servidumbres administrativas de acueducto se rige por el Código de Aguas (ley 12.257). Las limitaciones al dominio con sustento en la normativa citada serán impuestas por la Autoridad Provincial de Aguas (conf. decreto 549/2004), a favor de los concesionarios, con el fin de velar por la protección, conservación y manejo del recurso hídrico.

La ley mencionada expresa que las Limitaciones al Dominio que puedan imponerse, consisten en obligaciones de no hacer o dejar hacer para proveer al mejor aprovechamiento, preservación del agua y protección del medio ambiente contra su acción dañosa (conf. artículo 136). Para el caso de

las servidumbres, las mismas podrán ser peticionadas por los concesionarios o efectuadas por el propio Estado provincial para satisfacer alguno de estos extremos: a) construir y operar obras y mecanismos de captación, regulación, avenamiento, embalse, derivación, conducción, distribución, aducción, descarga, fuga, elevación y depuración de agua y generación, transformación y distribución de energía hidroeléctrica, edificios, depósitos y vías de comunicación; b) remover su suelo y subsuelo y extraer materiales pétreos o terrosos para incorporarlos a las obras conforme al Código de Minería; c) inundarlos periódica o permanentemente.

En lo que respecta a la indemnización, el artículo 141 alude únicamente al resarcimiento del daño emergente, sin excluir en forma expresa la posibilidad de incluir al lucro cesante.

Posteriormente, la provincia sancionó la ley 14.540 por la cual creó la “Servidumbre de Ocupación Hídrica”, con un régimen propio para la constitución de este tipo de servidumbre, que consiste en la ocupación hídrica de todo inmueble del dominio privado situado en cualquier lugar de la provincia, que como consecuencia directa de obras expresamente aprobadas por la Autoridad de Aplicación, a los fines de mitigar los efectos de las crecidas de los cursos y/o cuerpos de agua, resultara ocupado parcial o totalmente mediante el almacenamiento temporario de una masa de agua proveniente de excedentes hídricos. A diferencia de lo que ocurre con el Código de Aguas, el único titular de esta servidumbre podrá ser el Estado provincial.

VI.11. Servidumbre de seguridad de la navegación

Con la finalidad de salvaguardar la seguridad del tráfico naval generado por las instalaciones portuarias a las cuales se hallan asociadas, se fijan determinadas servidumbres que vinculan tanto a las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias como a los particulares, que ven limitado el contenido subjetivo de sus respectivos derechos de propiedad como consecuencia de esas servidumbres.

En tal contexto, por conducto de la ley 19.922 atinente al Servicio de Hidrografía Naval, establece en su artículo 4 la posibilidad de constituir servidumbres administrativas para la fijación de marcas o construcciones especiales o complementarias.

VII. Bibliografía

BIELSA, Rafael (1947). *Derecho Administrativo*. Tomo 3. Buenos Aires: Editorial El Ateneo.

BOTASSI, Carlos A. (2006). “Dominio y Jurisdicción”, en: *Ensayos de Derecho Administrativo*. La Plata: Editora Platense, pp. 113 y ss.

DIEZ, Manuel M. (1969). *Derecho Administrativo*. Tomo 3. Buenos Aires: Editorial Omeba.

FLORES, Álvaro B. (2012). “La regulación de las limitaciones al dominio en razón del interés público en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en: *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, -III-1336/1348.

GORDILLO, Agustín (1996). “Excepción —sin reconvencción— de usucapión de servidumbre de electroducto en un juicio de desalojo”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 1996-B, 447.

MARIENHOFF, Miguel (1987). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

— (1992). “Servidumbre de Electroducto. Su régimen jurídico”, en: *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 1 y ss.

MASSIMINO, Leandro F. (2009). “Servidumbres Administrativas de Gasoducto”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2009-D,1189.

— (2009). “La revisión judicial del canon provisorio de servidumbre de gasoducto”, en: *Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Derecho Administrativo del 11/11/2009*. Buenos Aires.

MORAN, Marcos (2012). “Constitución de servidumbres administrativas de electroducto por medio de prescripción adquisitiva o usucapión: Una cuestión no resuelta”, en: *La Ley, Suplemento Actualidad*, 26 de junio. Buenos Aires: La Ley.

POZO GOWLAND, Héctor (1992). “Servidumbre Administrativa de Electroducto”, en: *Revista de Derecho Administrativo* N° 11. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

— (2010). “Servidumbres Administrativas”, en: *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires. 2010-III, fascículo 13, p. 77.

REVIDATTI, Gustavo (1991). *Los Derechos Reales Administrativos*. Corrientes: Paralelo 28.

SALABERREN, Roberto (2002). “La servidumbre administrativa de electroducto y gasoducto en la Provincia de Buenos Aires”, en: *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires. 2002-II fascículo n. 1, pp. 44-55.

VALIENTE NOAILLES, Luis M. (h.) (1979). “Derecho Real de Servidumbre administrativa de electroducto”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 1979-B, 1036.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín (1956). *Derecho Administrativo*. Tomo VI. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

VIVOT, Hugo (2011). “El régimen federal de la servidumbre de electroducto. Una mirada crítica”, en: *El Derecho* 3 y 4 de febrero. Buenos Aires: El Derecho.

Legislación

Leyes nacionales

Ley N° 2.873, publicada en “Registro Nacional”, Tomo II, p. 543.

Ley N° 12.665, Boletín Oficial, 15/10/1940.

Ley N° 14.027, Boletín Oficial, 06/07/1951.

Ley N° 15.336, Boletín Oficial, 22/09/1960.

Ley N° 17.319, Boletín Oficial, 30/06/1967.

Ley N° 18.374, Boletín Oficial, 06/10/1969.

Ley N° 19.552, Boletín Oficial, 13/04/1972.

Ley N° 19.922, Boletín Oficial, 02/11/1972.

Ley N° 20.396, Boletín Oficial, 28/05/1973.

Ley N° 24.065, Boletín Oficial, 6/01/1992.

Ley Nº 24.076, Boletín Oficial, 12/06/1992.

Ley Nº 25.743, Boletín Oficial, 26/06/2003.

Ley Nº 26.352, Boletín Oficial, 27/03/2008.

Ley Nº 26.741, Boletín Oficial, 07/05/2012.

Ley Nº 27.132, Boletín Oficial, 21/05/2015.

Decretos

Decreto Nº 1.063/1982, Boletín Oficial, 31/05/1982.

Decreto Nº 1.398/1992, Boletín Oficial, 11/08/1992.

Decreto Nº 1.738/1992, Boletín Oficial, 28/09/1992.

Decreto Nº 2.255/1992, Boletín Oficial, 07/12/1992.

Decreto Nº 2.256/1992, Boletín Oficial, 09/12/1992.

Decreto Nº 860/1996, Boletín Oficial, 31/07/1996.

Decreto Nº 861/1996, Boletín Oficial, 31/07/1996.

Decreto Nº 1.022/2004, Boletín Oficial, 12/08/2004.

Decreto Nº 2.525/2015, Boletín Oficial, 02/12/2015.

Resoluciones

Resolución ENARGAS Nº 584/1998, Boletín Oficial, 30/03/1998.

Resolución Secretaría de Energía Nº 687/2008, Boletín Oficial, 24/07/2008.

Resolución Secretaría de Energía Nº 391/2014, Boletín Oficial, 12/05/2014.

Resolución Secretaría de Energía Nº 392/2014, Boletín Oficial, 12/05/2014.

Resolución ENARGAS Nº 3562/2015, Boletín Oficial, 2/12/2015.

Resolución conjunta Nº 589 y 56 del 3 de diciembre de 2015 del ENRE y el Tribunal Nacional de Tasaciones, Boletín Oficial, 22/12/2015.

Leyes provinciales

Ley Nº 8.398, Boletín Oficial, 21/05/1975.

Ley Nº 10.540, Boletín Oficial, 04/08/1987.

Ley Nº 11.769, Boletín Oficial, 05/02/1996.

Ley Nº 12.257, Boletín Oficial, 09/02/1996.

Ley N° 13.358, Boletín Oficial, 10/08/2005.

Ley N° 14.540, Boletín Oficial, 23/09/2013.

Ley N° 14.782, Boletín Oficial, 21/12/2015.

Decretos

Decreto N° 28/2004, Boletín Oficial, 08/01/2004.

Decreto N° 549/2004, Boletín Oficial, 18/05/2004.

Jurisprudencia

Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala III “EDESUR S.A. c/ Consorcio de Propietarios Sarmiento 2992 s/ proc. de conocimiento”, del 29/12/2010. *La Ley, Suplemento Actualidad* de fecha 26 de junio de 2012.

Fallos 23: 430.

Fallos 35: 430.

Fallos 43: 403.

Fallos 67: 417.

Fallos 96: 86.

Fallos 128: 296.

Fallos 145: 307.

Fallos 304: 1606.

Fallos 308: 930.

Fallos 311: 809.

Fallos 313: 1469.

Fallos 330: 5404.

Fallos 332: 1724.

CSJN 42/2013 (49-K) “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerense S.A. y otros s/ amparo”, de fecha 2/12/2014.

CSJN Z. 39. XLVI. R.O. “Zorrilla, Susana y otro el E.N. - P.E.N. s/ expropiación - servidumbre administrativa”, de fecha 27/8/2013.

SCBA Ac. 57.047, “Villegas”, sent. del 2-VII-1996.

SCBA Ac. 62.357, “Provincia de Buenos Aires (E.S.E.B.A)”, sent. del 12-VIII-1997.

SCBA Ac. 69.793, “Servipetro Bahía S.R.L. c/ Provincia de Buenos Aires”.

Fecha de recepción: 30-04-2016

Fecha de aceptación: 22-06-2016

La protección jurídica de la reforestación en Cuba

POR ALEXEY BERENGUER SÁNCHEZ (*) E IRLIET MATOS REY (**)

Sumario: I. Notas introductorias. — II. Instrumentos jurídicos que rigen actualmente la Política Forestal y su protección. — III. Aplicación y concreción en las vías administrativa y judicial. — IV. A modo de conclusión. — V. Bibliografía.

Resumen: la protección al medio ambiente constituye un punto esencial y fundamental de las agendas de los gobiernos hasta que la humanidad adquiera la conciencia de la necesidad de desarrollar las actividades económicas de forma tal, que degrade lo menos posible el medio, ya que todo lo que hagamos contra la naturaleza, a corto, mediano o largo plazo se reflejará en contra de nosotros mismos, para ello deben utilizarse adecuadamente los instrumentos jurídicos que se poseen al respecto, para de esta forma mitigar las infracciones y crear en la razón humana una cultura ambiental, logrando conductas de respeto y protección al entorno natural. Por tal razón haremos un análisis del marco jurídico vigente, los mecanismos de protección y las vías de solución de los posibles conflictos que su suscitan en el marco de la sociedad cubana actual y que requieren una actuación consciente del Estado y de la población en general.

Palabras claves: forestal - contravenciones - administrativa - judicial - recursos

The legal protection of reforestation in Cuba

Abstract: *protecting the environment is an essential and fundamental point of the agenda of governments until humanity acquire awareness of the need to develop economic activities in such a way that degrades the environment as little as possible, because everything we do against nature, short, medium or long term will be reflected against ourselves, for it must be used appropriately legal instruments have to respect, to thereby mitigate violations and create an environmental culture in human reason, making behaviors of respect and protection of the natural environment. For this reason we will analyze the existing legal framework, protection mechanisms and ways of solving their potential conflicts arise in the context of Cuban society and require a conscious action of the state and the general population.*

Keywords: *forest - contraventions - administrative - judicial - resources*

I. Notas introductorias

Los recursos naturales necesitan de una regulación jurídica que garantice su utilización racional y sostenible a fin de proteger estos bienes que forman parte del dominio público y que además son de interés para toda la sociedad. Por esta razón para el Gobierno cubano esta temática reviste gran importancia y ha tomado diversas medidas, tales como planes de forestación y reforestación, para garantizar la rehabilitación del patrimonio forestal cubano, mediante el desarrollo de una política forestal que ha servido de ejemplo para los demás países de América Latina y el Caribe. Sobre este particular señaló Francisco Arias, representante de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) que “su política forestal, Cuba es un referente para la región y el mundo. La calidad del programa cubano contribuye a enfrentar el actual cambio climático del

(*) Prof. de la Facultad de Derecho, Universidad de Guantánamo, Cuba.

(**) Prof. de la Facultad de Derecho, Universidad de Guantánamo, Cuba.

planeta, disminuye los niveles de deforestación y aporta seguridad a la biodiversidad de la flora y fauna autóctonas” (1).

El ordenamiento jurídico nacional ha visto crecer, poco a poco, el conjunto de disposiciones normativas referidas al bosque, su explotación, conservación y, más recientemente, su uso sostenible (2). En una fecha tan lejana como el año 1513 se suceden disposiciones que de una forma u otra tienen incidencia ambiental, al concederse la facultad a los cabildos de repartir las tierras realengas, mediante Real Cédula (3) de 18 de junio de ese año (Cánovas González, 2011).

Ya en la etapa republicana se dictan una serie de decretos encaminados a la protección de diversos ecosistemas, entre los que cabe citar el decreto 753 del 24 de mayo de 1923, Reglamento para el régimen de los montes protectores y de los recursos forestales (4). En este ordenamiento jurídico se regulan instituciones que, con otros matices, encontramos en la legislación forestal vigente:

- **Reservas forestales**, que tienen por objeto conservar en el país masas de árboles que impidan la extinción de los montes (5).
- **Repoblación forestal**, consistente en la obligación de plantar árboles de rápido desarrollo en los alrededores de los manantiales.
- **Guía forestal**, que es el documento que contiene la autorización concedida al propietario para transportar los productos forestales por cualquier lugar de la isla.

Con el triunfo de la Revolución Cubana el 1º de enero de 1959 y desde los primeros meses en el poder, el nuevo gobierno promulgó leyes encaminadas a salvaguardar y fomentar las riquezas forestales del país. Dentro de ellas, la ley 100 del 23 de febrero del 1959 que promulgaba la creación del Departamento de Repoblación Forestal del Ejército Rebelde, adscrito al entonces Ministerio de Defensa. Para el 10 de abril del propio año se dictó la ley 239 denominada “Plan de repoblación Forestal por el Ejército Rebelde”, que daba la misión de planificar la recuperación, conservación, fomento y aprovechamiento de los recursos naturales renovables del país. Durante los años 1962 y 1963 el Instituto Nacional de Reforma Agraria emitió diversas disposiciones relacionadas con el

(1) Vid. Arias, Francisco. *Bosques de Cuba: un aporte a la campaña mundial*, Disponible en: <http://www.tiempodecuba.com/node/1376> [Fecha de consulta: 06/04/2014].

(2) Durante la seudorepública se emitieron un total de 402 normas que de una forma u otra estaban dirigidas a la conservación de un componente de la naturaleza, lo que representa una cifra muy superior a las 43 emitidas durante la colonia y a las 10 de la intervención norteamericana. De las 402 disposiciones jurídicas referidas a medio ambiente dictadas, sus categorías legislativas fueron las siguientes: 51 leyes; 48 leyes decretos; 14 decretos leyes 5 acuerdos leyes; 1 acuerdo, 275 decretos; 4 decretos presidenciales y solo 4 resoluciones, o sea, los rangos eran bastantes elevados. De todas ellas 77 se referían a flora y fauna, 64 a sanidad vegetal, 57 eran ordenanzas sanitarias, 14 a caza, 5 a pesca; 5 a sanidad vegetal y 4 a salud pública (González Novo y García Díaz, 1998). En la Revolución y hasta 1997 se promulgaron 78 leyes; 39 decretos leyes; 67 decretos, 4 acuerdos, 129 resoluciones, 8 instrucciones y 2 resoluciones. De todas ellas, 50 referidas a flora y fauna, 11 a sanidad vegetal, 10 a suelos, 7 a medicina veterinaria y 5 a caza.

(3) El Real Decreto de 23 de mayo de 1879 que hacía extensivo a Cuba el Código Penal Español de 1870 introducía las multas y correcciones de carácter administrativo y el Código de Defensa Social de 1936, trataba las infracciones administrativas, incluyendo la privación de libertad, además de aparecer las primeras contravenciones sobre la pesca, caza, el aprovechamiento, la reserva forestal, la explotación y tala de bosques, etcétera.

(4) Por decreto presidencial de 24 de marzo de 1923 se dictó el Reglamento para la conservación y repoblación de los montes cubanos, complementándose con distintos decretos promulgados en 1924, disposiciones que fueron ratificadas mediante la ley del 3 de marzo de 1926, en la que se implanta una política protectora de los montes existentes y se establecen las bases para el fomento de otros nuevos mediante una serie de preceptos que tienden a crear las reservas forestales y a fomentar la repoblación de los montes, así como fijando diversas medidas prohibitivas en relación con los bosques.

(5) Esta obligación de hacer reservas particulares cuando se traten de bosques se establece en una extensión del 5 al 15% de su área total que es el espacio destinado a la formación de la masa forestal permanente.

tema (6). Como muestra tangible de voluntad estatal se continuaron dando pasos que perfeccionaron el trabajo y se promulgaron nuevas leyes, decretos y resoluciones que dieron el espaldarazo a la naciente institución al definir sus facultades y normar el uso social de los recursos forestales y de la fauna silvestre. Seguirían como pasos posteriores la ley 1204/67 que dejó creado el Instituto Nacional de Desarrollo y Aprovechamiento Forestal con el mandato de ejercer la vigilancia necesaria para la conservación de los montes y la fauna silvestre y se constituyeron los cuerpos de vigilancia y protección forestal adjuntos a dicho instituto (Pérez Cruz, 2009).

Para 1992, año en que se celebra la Cumbre Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo en Río de Janeiro, de la cual se derivan una serie de instrumentos jurídicos, como la denominada Declaración de Río, la Agenda 21, así como la “Declaración de Principios sobre bosques”, concebidos como una “declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial, respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo (...)”, cita de la cual se derivaron para Cuba una serie de compromisos ineludibles en el orden internacional, que reclamaban cambios en la legislación interna. Un primer paso en ese sentido se da con la reforma constitucional de 1992 que, entre otros aspectos, vino a reformular el artículo 27 de la Constitución, que consagra el deber del Estado y de todos los ciudadanos de la preservación del Medio Ambiente.

En 1993 se dicta el decreto-ley N° 136 (7) del Patrimonio Forestal y Fauna Silvestre y sus contravenciones, y el decreto N° 180 sobre Contravenciones en las Regulaciones Forestales. No obstante, el decreto-ley 136 trató en forma muy general aspectos importantes como la clasificación de los bosques, el manejo forestal, la conservación y el aprovechamiento, siendo insuficiente para contener los innumerables actos depredatorios contra el patrimonio forestal. Unido a esto, ocurrieron en el país, en el período posterior a la aprobación del decreto-ley, profundas transformaciones y cambios en la organización y explotación forestal, en la política ambiental, y en las estructuras de la tenencia de tierra, que aconsejaron el estudio y la propuesta de una nueva Ley Forestal.

II. Instrumentos jurídicos que rigen actualmente la Política Forestal y su protección

La Ley 81 de Medio Ambiente, aprobada en 1997, actualiza principios, objetivos y conceptos básicos de la política ambiental cubana, el marco institucional y los instrumentos para su materialización, las atribuciones, funciones y deberes de los órganos y organismos estatales y en general, los derechos y obligaciones de las personas naturales y jurídicas. La misma cubre un amplio espectro que incluye 163 artículos (Jaula Botet y Mayra Casas, 2002). Es por ello que desde el punto de vista técnico-jurídico constituye una ley marco, lo cual significa que necesita de otras legislaciones que complementen sus regulaciones para lograr su real aplicación. Requiere de leyes que regulen esferas específicas del medioambiente, por ejemplo, de la ley 75: Ley de Minas del 21 de septiembre del 1994, para garantizar la protección, el desarrollo y el aprovechamiento racional de los recursos minerales y de la ley 85/1998: “Ley Forestal” para la protección, el incremento y desarrollo sostenible del patrimonio forestal de la nación (8).

(6) Entre las que estaban la ley 289/62 “Sobre la conservación, mejora, fomento y protección de los montes”; y la ley 412/63 “Sobre la declaración como reservas naturales de áreas del patrimonio forestal”.

(7) Decreto-ley N° 136/1993 del Patrimonio Forestal y Fauna Silvestre y sus contravenciones. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición extraordinaria, La Habana, Año XCI. 2/3/1993. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu>

(8) La protección jurídica del medio ambiente en Cuba y la regulación del uso racional de los recursos naturales como vía de alcanzar el desarrollo sostenible, se encuentra en un gran número de disposiciones normativas; en la esfera internacional el Estado cubano es signatario de más de 95 instrumentos jurídicos vinculantes y no vinculantes, de los cuales 32 corresponden a aspectos referentes a la contaminación marina y la pesca y 6 a tratados internacionales cuyo objeto jurídico es la protección de la flora y la fauna silvestre, destacándose entre estos la “Convención sobre el Comercio Internacional de especies de Flora y Fauna Silvestre” (CITES), Washington 1973 y su Protocolo del 3 de diciembre de 1982, ratificados por Cuba en 1990 y el “Convenio sobre la Diversidad Biológica”, Río de Janeiro 1992, ratificado por nuestro Estado en el mismo año.

La precitada Ley Forestal en su artículo 114 establece de forma expresa la prohibición de reducir las áreas forestales, con la excepción de cuando esta acción está amparada en una necesidad del desarrollo económico y social del país y siempre bajo la autorización del Consejo de Ministros y por consiguiente el artículo 115 establece cual es el órgano facultado de dirigir y controlar el cumplimiento de estas disposiciones, que expresamente designa al Ministerio de la Agricultura, así como también faculta a este órgano de la Administración Central del Estado para adoptar las medidas necesarias encaminadas a la protección y uso racional de los recursos forestales. Por último es necesario destacar como la ley en la primera de sus Disposiciones Finales propone que se dicten, por los órganos y organismos competentes, las disposiciones complementarias que pudieran requerirse para su mejor aplicación. Esta reserva de ley posibilita a los organismo rectores de la actividad en el ámbito de su competencia regular los más favorable en cuanto al uso, explotación y conservación de los recursos forestales.

En 1998 se promulga la ley 85, Ley Forestal, con su reglamento y decreto 268 en fecha 8 de septiembre de 1999 de las Contravenciones de las Regulaciones Forestales, actualmente vigentes. Esta ley elaborada bajo los principios más novedosos contó con el asesoramiento de la FAO y tuvo en cuenta la experiencia de muchas legislaciones forestales contemporáneas. En ella se establecen los principios de manejo forestal sostenible, los deberes y derechos de los tenedores de recursos forestales o de las tierras con vocación forestal y deja bien claro los derechos y obligaciones de los habitantes del bosque y de las comunidades en ellos existentes. A partir de la formulación de esta ley se crea la Dirección Nacional Forestal con la misión de dirigir técnica y metodológicamente al Servicio Estatal Forestal, como entidad responsable del cumplimiento de la Ley Forestal y la aplicación a todos los niveles de la política forestal del Estado. El marco institucional establecido en la propia ley, declara qué organismos son los encargados de trazar, dirigir y controlar la política forestal cubana. En ese sentido el artículo 6 designa al Ministerio de la Agricultura (MINAG) como el encargado de dirigir, ejecutar, en el marco de sus atribuciones y controlar además la política del Estado y del Gobierno en materia forestal.

En el artículo 8 de la precitada Ley Forestal se reconocen las funciones del Ministerio de Ciencias Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) (9), como organismo de la Administración Central del Estado rector de la política ambiental del país y en el último de los artículos dedicados al marco institucional expone las funciones y atribuciones del Ministerio del Interior (MININT), al cual se subordina el Cuerpo de Guardabosques, encargados de proteger el patrimonio forestal y la fauna silvestre, así como la actividad de la lucha contra incendios. Con relación a esta regulación que la Ley Forestal realiza sobre el marco institucional, claramente se puede vislumbrar una diferenciación entre las funciones correspondientes al Ministerio de Agricultura, al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, del Ministerio del Interior, que dirige el Cuerpo de Guardabosques (10).

La clasificación de los bosques que contiene es tripartita, al distinguir entre bosques de producción, de protección y bosques de conservación (11). Regula asimismo la ordenación forestal y el

(9) Se ha caracterizado por una actividad muy dinámica y de ello dan fe entre otras acciones llevadas a cabo su papel protagónico en la iniciativa e impulso de la labor legislativa de nuestro país en materia de conservación de la diversidad biológica, sobre todo por el alcance de las normas jurídicas puestas en vigor. A modo de ejemplo tenemos la resolución N° 111 del 14 de octubre de 1996, del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente; Regulaciones sobre la Diversidad Biológica; la ley N° 85 del 21 de julio 1998 Ley Forestal; decreto-ley N° 190 del 28 de enero de 1999 de la Seguridad Biológica; resolución N° 77 del 28 de julio de 1999. Reglamento del Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental que sustituyó a la resolución N° 168 del mismo Ministerio, del 15 de septiembre de 1995, Reglamento para la Realización y Aprobación de las Evaluaciones de Impacto Ambiental y el otorgamiento de las Licencias Ambientales; y el decreto-ley N° 201 del 23 de diciembre de 1999, del Sistema Nacional de Áreas Protegidas y el decreto-ley N° 212 Gestión de la Zona Costera.

(10) Un guardabosque o agente forestal es una persona dedicada a la protección y conservación de áreas naturales como bosques o parques forestales, así como también los recursos naturales de esas zonas y sus espacios culturales.

(11) Persiguiendo el objetivo de destacar el uso sostenible dentro de la conservación, es frecuente utilizar la expresión "conservación y uso sostenible" de forma tal que ha adquirido vida propia, mas no debemos perder de

procedimiento para la aprobación de los planes de manejo; se reconocen también una serie de derechos y deberes con relación al bosque. Derivados de esta ley, en la actualidad están vigentes un gran número de instrumentos legales, tales como: su reglamento y el decreto de contravenciones.

- La Licencia Ambiental

La Licencia Ambiental es el “instrumento oficial que, sin perjuicio de otras licencias, permisos y autorizaciones que de conformidad con la legislación vigente corresponda conceder a otros organismos estatales. Es otorgada por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente para ofrecer el debido control al efecto del cumplimiento de lo establecido en la legislación ambiental vigente. Contiene la autorización y permite realizar una obra u otra actividad”. Lo relativo a este acápite está reglamentado jurídicamente en la Ley 81 del Medio Ambiente, en sus artículos 8, y 24 al 26. En la resolución N° 168/95 del CITMA de fecha 15 de septiembre de 1995 se establece el Reglamento para la realización y aprobación de las Evaluaciones de Impacto Ambiental y el otorgamiento de la Licencias Ambientales.

En consonancia con la Ley Forestal en su artículo 25 dispone que los Bosques Recreativos son los que están situados en ciudades, pueblos, complejos industriales, centros e instalaciones turísticas y sus periferias, las franjas a lo largo de autopistas y carreteras y las áreas pertenecientes al ornato público. Su función principal es recreativa y de saneamiento ambiental. En estos bosques sólo se permiten cortas de mejora que contribuyan a incrementar su función.

En correspondencia a ello por la resolución conjunta N° 1 del 19 de mayo de 1999 emitida por los Ministerio de Turismo (MINTUR), el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) y el Ministerio de la Agricultura (MINAG), se autorizó en su resuelto segundo la utilización comercial con fines de naturaleza para la explotación de senderos, caminatas y recorridos, las áreas cuya relación se establece en el ANEXO I de esta Resolución. Cuyas características se detallan en la documentación aprobada, y que a nombre del Grupo Nacional de Evaluación, está bajo la custodia del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente. Donde para la realización de estas actividades, las áreas contarán con una Administración que será la responsable de la conservación y gestión ambiental de dichas áreas. Así como la Administración establecerá las disposiciones que normarán su uso, en correspondencia con la Licencia Ambiental y las Regulaciones Generales que se describen en el ANEXO II que integra esta Resolución. Cuando se trate de un Área Protegida se tendrá en cuenta, además, el Plan de Manejo del Área en cuestión, según se dispone en los resuelto tercero y cuarto respectivamente.

Por último, en el Título Decimoprimer Desarrollo Sostenible del Turismo de la Ley del Medio Ambiente en los artículos desde 139 al 141 expone que, el desarrollo sostenible del turismo se fundamenta en que éste se efectúe de modo tal que armonice el empleo eficaz de las potencialidades estéticas, recreativas, científicas, culturales y de cualquier otra índole de los recursos naturales que constituyen su base, con la protección de éstos y la garantía de que puedan proporcionar iguales o superiores beneficios a las generaciones futuras. Se basa, además, en el respeto a la cultura nacional y sus expresiones territoriales y en la integración de las poblaciones locales al desarrollo de sus actividades, contribuyendo así a la elevación de la calidad de vida de los seres humanos.

El desarrollo de actividades turísticas en las áreas protegidas se regirá por lo establecido para sus distintas categorías de manejo. Si las áreas en que se practica la actividad turística no estuvieran declaradas como protegidas, la institución a cargo de estas actividades estará obligada a establecer

vista que la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica es un elemento esencial cuando a conservación de los mismos nos estamos refiriendo. La conservación ha dejado de ser una actitud contemplativa, pasiva, idílica para convertirse en un concepto que expresa la interrelación constante dinámica, armónica entre el hombre y el medio natural en el cual esta insertado (Glowka, 1996: 10).

planes para la protección de los recursos naturales del área y a velar por su cumplimiento. En tal sentido el Ministerio del Turismo, en coordinación con el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, el Ministerio de Economía y Planificación y demás órganos y organismos competentes, desarrollará estrategias para garantizar el desarrollo sostenible del turismo.

- El Sistema de Inspección Ambiental Estatal

Aparece como un régimen jurídicamente en la ley 81, en los artículos 8 y 39 al 45; en la resolución N° 130/95 del CITMA, en el Reglamento para la Inspección Ambiental Estatal; en el decreto N° 100 del 20 de enero de 1982, en el Reglamento General de la Inspección Estatal; y en la Estrategia Ambiental Nacional, en su páginas 22 y 23. El artículo 8 de la ley 81 define la Inspección Ambiental Estatal como una "actividad de control, fiscalización y supervisión del cumplimiento de las disposiciones y normas jurídicas vigentes en materia de protección del medio ambiente, con vista a evaluar y determinar la adopción de las medidas pertinentes para garantizar dicho cumplimiento". Es propósito del sistema establecer un programa efectivo de seguimiento y examen de los resultados de las inspecciones; propiciar mecanismos autorregulatorios y otros instrumentos de concertación voluntaria para su aplicación por los potenciales destinatarios de la inspección ambiental, así como fortalecer el papel de los territorios en esta actividad.

En la resolución N° 103/2008 del 10 de junio de 2008 se aprueba el Reglamento de la Inspección estatal de la actividad reguladora ambiental, relacionando en su artículo 5 las autoridades responsables, las que están facultadas para imponer las medidas correspondientes ante la infracción cometida y en correspondencia con la magnitud de tal infracción. Precizando en su artículo 18 la clasificación de las inspecciones así como todo lo relacionado con la organización y el desarrollo de las inspecciones en los articulados restantes.

En la doctrina administrativa relacionada con el Control Público en la materia ambiental están presentes la función inspectiva y ahora se incorpora en la nación cubana la auditoría ambiental, que tiene incidencia en el control a la biodiversidad por las Entidades Fiscalizadoras Superiores, tendencia que aparece a partir de la segunda década del siglo XXI y que en la región de América Latina se reflejan los avances.

La problemática ambiental en la actualidad es compleja pues no se ha logrado alcanzar el equilibrio necesario entre el desarrollo económico y la explotación racional de los ecosistemas donde se encuentran los recursos naturales. Los impactos ambientales producidos afectan al medio ambiente e inciden en el desarrollo socioeconómico, en especial en los países en vías de desarrollo, ya que sus economías de exportación dependen de las materia primas, debido a las limitaciones en el desarrollo tecnológico, que no permite su procesamiento como productos terminados. Es por ello indispensable la aplicación de una gestión ambiental organizacional que permita planificar y administrar el uso racional de los recursos naturales. El sistema de gestión ambiental es una vía expedita para la consecución de la misma. Dentro de las etapas que lo conforman, según contempla la NC ISO 14001, "Sistema de Gestión Ambiental. Especificaciones y directrices para su uso", se encuentra la verificación y la auditoría ambiental asegura su ejecución. Existen diversas metodologías para la aplicación de la auditoría ambiental, dentro de las que se destacan las Normas Cubanas de Auditoría Ambiental de la Contralora General de la República de Cuba (12), la NC ISO

(12) Por la ley N° 107, aprobada el 1° de agosto del 2009 por la Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba se crea la Contraloría General de la República, órgano subordinado al presidente de la República de Cuba. En uso de las facultades dadas por la ley, a la Contralora General de la República, es aprobada en octubre del año 2012, por la resolución 340 de dicho órgano, las denominadas: Normas Cubanas de Auditoría. En la Norma 100. Objetivos y principios generales de la auditoría, que aparece en el tema I de dicha Resolución se establecen los tipos de auditoría y sus objetivos. Al referirse a la auditoría ambiental expresa: es el proceso para verificar el uso, administración, protección, preservación del medio ambiente y de los recursos naturales, con el objetivo de evaluar el cumplimiento de las normas y principios que rigen su control y cuando proceda, cuantificar el impacto

19001 “Directrices para la Auditoría de los sistemas de gestión” y la utilización del EMAS aplicado por la Unión Europea. Es imprescindible que las empresas de producción y servicios logren la implantación de la NC ISO 14001, ya que su aplicación permitirá la mitigación y/o eliminación de los impactos ambientales y la inserción competitiva en el mercado, la aplicación de la verificación, mediante de la auditoría ambiental.

- Aspectos más significativos de las legislaciones vigentes

La **Constitución de la República** del 24 de febrero de 1976 reconoce en su artículo 27 al Estado como máximo órgano de la protección al medio ambiente.

El **decreto-ley N° 147** del 21 de abril de 1994 de la Reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado crea el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente y transforma el Instituto Nacional de Turismo en Ministerio de Turismo.

La **Ley 81 del Medio Ambiente** del 11 de julio de 1997 expone los “principios que rigen la política ambiental y las normas básicas para regular la gestión ambiental del Estado y las acciones de los individuos y la sociedad en general, a fin de proteger el medio ambiente y contribuir a alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible del país”.

LPCALE (procedimiento para ir a través de la sala a demandar), actualmente, con la promulgación del decreto-ley 241 quedó modificada la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, entrando en vigor a partir del día 27 de octubre del 2006, el nuevo procedimiento continuando el conocimiento a los procesos medioambientales atribuidos a la sala mediante el decreto-ley 223, en tanto por imperativo del artículo 741, en su último párrafo, quedó redactado de la siguiente forma: son del conocimiento de las Salas de lo Económico de los Tribunales Provinciales Populares las acciones resarcitorias o de cumplimiento para la preservación del medio ambiente y protección de los recursos naturales, que se promuevan por personas jurídicas o naturales cubanas o en su caso por el Ministerio de Ciencias Tecnología y Medio Ambiente. La Fiscalía General de la República o el Ministerio de la Agricultura, éste último en Materia de Patrimonio Forestal. Así como para el control público ambiental se encuentra la Contraloría General de la República de Cuba (13), la que la ejecutará a través de la auditoría ambiental. Aunque no está aún reconocida ni

por el deterioro ocasionado o que pueda producirse. La auditoría ambiental debe ejecutarse de conformidad con las leyes ambientales, normas y políticas, tanto en el ámbito nacional como internacional y deberá observar lo siguiente: a) Iniciativas para prevenir, disminuir o remediar daños al medio ambiente. b) La conservación y el uso de los recursos sostenibles y no sostenibles. c) Las consecuencias de la violación de leyes y regulaciones medioambientales. Asimismo, Cuba implementa a partir del año 2012 la aplicación de la NC ISO 19011, Directrices para la auditoría de los sistemas de gestión, Norma Internacional que modifica la NC ISO 19011 del 2012, que proporciona orientación sobre la auditoría de los sistemas de gestión, incluyendo los principios de la auditoría, la gestión de un programa de auditoría y la realización de auditorías de sistemas de gestión, así como orientación sobre la evaluación de la competencia de los individuos que participan en el proceso de auditoría. Al analizar las experiencias internacionales en la aplicación de la auditoría ambiental es importante estudiar las experiencias en la aplicación de la Unión Europea del EMAS (Eco-Management and Audit Scheme, o Reglamento Comunitario de Ecogestión y Ecoauditoría). *Cfr.* Rodríguez, Roberto Guillermo (2016). “Fundamentos básicos para la ejecución de la auditoría ambiental”, en: *Revista trimestral, Ciencias Holguín*. Cuba: Centro de Información y Gestión Tecnológica de Holguín, Vol. 2 enero-marzo, pp. 1-10. Disponible en: <http://www.ciencias.holguin.cu/index.php/cienciasholguin/article/view/928/1029>

(13) *Vid.* Ley N° 107 de la Contraloría General de la República del 1° de agosto de 2009 dispone en sus artículos 3.1 y 3.2 que este órgano posee autonomía orgánica, funcional y administrativa respecto a las demás instituciones del Estado y orienta su actuación a dirigir, regular, organizar, controlar y ejecutar de manera directa y reglada, las acciones de auditoría, supervisión y control que se requieran, según lo que al respecto se regule en esta ley y sus disposiciones complementarias, y que las acciones de auditoría, supervisión y control, se realicen con la debida discreción, conforme a los principios de imparcialidad, objetividad y unidad de actuación, a fin de salvaguardar los intereses del Estado y de las demás personas naturales y jurídicas sometidas a sus acciones. Gaceta Oficial N° 029 Extraordinaria del 14 de agosto de 2009. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu/>

en la Constitución ni en el decreto-ley N° 241 que modifica la ley N° 7 de 1979. Existen además otras normas de interés para el Estado y en específico para el turismo (14).

En materia de contravenciones fue promulgado el 8 de septiembre de 1999 el decreto-ley 268 denominado Contravenciones de las Regulaciones forestales, el cual junto al reglamento complementa la Ley Forestal. De este modo se da cumplimiento a la Disposición Final segunda de la Ley Forestal, la cual establece la obligación para el Ministerio de la Agricultura, de presentar dentro del término de sesenta días, al Consejo de Ministros, la propuesta para la sustitución y adecuación de las contravenciones establecidas en el decreto 180 del 4 de marzo de 1993 de acuerdo con lo regulado en la nueva ley. Ello responde a la necesidad que siempre surge ante la promulgación de una nueva disposición normativa, de atemperar las regulaciones legales que se derivan o relacionan con ella.

Así, para garantizar la correspondencia entre las nuevas regulaciones para los recursos forestales que la Ley Forestal establecía surge el imperativo de dictar un nuevo decreto de contravenciones. Lo cual significó un paso de avance para el desarrollo de la política forestal del país, ya que era necesario establecer nuevas conductas contraventoras y elevar la cuantía de las multas a las establecidas en el decreto que le precedía con el fin de contar con un sistema de medidas que protegiera el desarrollo sostenible del patrimonio forestal de la nación.

III. Aplicación de la legislación forestal. Su concreción en las vías administrativa y judicial

Luego de haber analizado la legislación forestal vigente y los principales postulados que establece, es meritorio ponderar que los recursos naturales, dentro de los que se encuentra los bosques están sujetos a la forma de propiedad socialista, reconocida en la Constitución de la República de Cuba (24 de febrero de 1976) y le corresponde al Estado cubano, el ejercicio de los derechos soberanos sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país, premisas que han permitido promover y aplicar un activo y sistemático proceso de protección de estos recursos, garantizando que la utilización de los mismos en las actividades socioeconómicas se realice de manera que satisfaga integralmente las necesidades materiales, educacionales, culturales y estéticas del hombre, manteniendo el principio de sostenibilidad y la necesidad de integral a toda la sociedad a la atención de la problemática ambiental.

Sin embargo, en el proceso de protección de los recursos naturales encontramos varios momentos donde se manifiesta la voluntad política del Estado para lograr la protección del medio ambiente y en especial la de los recursos naturales, entre estos momentos sobresalen y se hace palpable la voluntad política de apoyo al desarrollo del sector forestal, en Cuba, por parte del Gobierno, lo cual no es nuevo, sino que siempre ha estado presente, incluido el mejoramiento de las condiciones laborales del humilde trabajador forestal, la protección de la flora y la fauna silvestre, la prevención y lucha contra los incendios forestales, la realización de la ordenación forestal, que son, entre otros, aspectos a los cuales se les ha brindado especial atención en los últimos 40 años. Sin embargo, aun no es suficiente y la situación en la que se encuentran los bosques demanda un urgente accionar que viabilice el manejo integrado y sostenible de los recursos forestales.

En este sentido el derecho juega un papel protagónico (Kolbasov, 1980), ya que éste regula la conducta de los individuos en la sociedad y establece límites a este actuar, para lograr un equilibrio y una estabilidad, a través de normas que regulen las relaciones que en el entramado social se desarrollan. De modo tal que a través de los patrones de conductas que las normas jurídicas establecen

(14) *Vid.* Ley N° 1 del 4 de agosto de 1977. Ley de Protección del Patrimonio Cultural. Ley N° 2 del 4 de agosto de 1977. Ley de los Monumentos Nacionales y Locales. Ley N° 27 del 8 de enero de 1980. Gran Parque Nacional Sierra Maestra. Ley N° 73 del 4 de agosto de 1994. Ley del Sistema Tributario. Ley N° 77 del 5 de septiembre de 1995. Ley de la Inversión Extranjera. Decreto N° 21 del 28 de febrero de 1978. Reglamento sobre la Planificación Física. Decreto N° 179 del 2 de febrero de 1993. Protección, uso y conservación de los suelos.

se pueda guiar a la sociedad a no acometer hechos que dañen el medioambiente. Mas no basta con la sola consecución de una norma legalmente concebida, desde el punto de vista técnico jurídico, acorde a la Teoría del Derecho, pues se requiere además de una aplicación adecuada del contenido preceptivo de las mismas.

En este sentido la ley 85, Ley Forestal, cuenta con una acertada regulación, donde el legislador cubano tuvo muchos aciertos y expuso de modo eficiente los principios y regulaciones para manejo sostenible del patrimonio forestal. Además se trata de una ley relativamente nueva, en comparación con otros cuerpos normativos vigentes en Cuba, tal como el Código Civil que data de 1987, lo cual contribuye a que la mayoría de sus disposiciones tengan plena vigencia y estén acorde con la realidad socioeconómica que atraviesa el país.

La ley 81 en sus artículos 67 al 69 establece el régimen de sanciones administrativas en materia de protección del medio ambiente, incluyendo a las personas naturales y jurídicas que incurran en las contravenciones establecidas en la legislación complementaria. El artículo 68 establece que las contravenciones se sancionarán con multas cuyas cuantías se fijan para cada caso, sin perjuicio de las demás sanciones accesorias aplicables de conformidad con la legislación vigente, con medidas tales como retención, sacrificio, destrucción, decomiso, reembarque, prohibición de descargar, reparación de daños u otras.

Asimismo, en sus artículos 70 al 74 establece la responsabilidad civil para toda persona natural o jurídica que por su acción u omisión dañe el medio ambiente, estando obligada a cesar en su conducta y a la reparación de los daños y perjuicios que ocasione. Están facultados para reclamar la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios: la Fiscalía General de la República; el CITMA; y quien haya sufrido personalmente el daño o perjuicio. La Fiscalía General de la República y el CITMA podrán actuar en defensa del interés social en la protección del medio ambiente. En disposición administrativa, le corresponderá a la Contraloría General de la República cuantificar los daños ocasionados al ambiente, esto constituirá una prueba en sede judicial (15).

El artículo 75 de esta la Ley del Medio Ambiente establece que “las acciones u omisiones socialmente peligrosas prohibidas por la ley bajo conminación de una sanción penal, que atenten contra la protección del medio ambiente, serán tipificadas y sancionadas a tenor de lo que dispone la legislación penal vigente”. Lo dispuesto anteriormente es aplicable a las personas naturales y jurídicas del sector turístico, tanto nacionales como extranjeras. La legislación penal prevé algunas conductas antijurídicas lesionadoras del medio ambiente, relativas a la protección de la salud, los bienes de las personas y la economía nacional.

Sin embargo nuestro Código Penal (ley 62/87), al que nos remite la ley 81, no prevé la penalización del llamado delito ambiental, solo plantea algunas conductas antijurídicas lesionadoras del medio asociadas a la protección de la salud, bienes de las personas y la economía nacional, como son: la salud humana, los bienes de los hombres y la economía nacional, pero no al medio ambiente en general. De tal forma podemos constatar que el capítulo V del Código Penal, denominado “Delitos contra la salud pública”, recoge la mayor parte de las conductas ilícitas.

En la Parte Especial de nuestra norma sustantiva penal no aparece el medio ambiente en sus títulos y por ende es sus capítulos o secciones dejando al medio ambiente totalmente desprotegido —como bien jurídico—. No existiendo una concomitancia entre el precepto establecido en el artículo 27 de la Carta Magna, donde se establece una obligatoriedad tanto para personas naturales como jurídicas, de cuidar y preservar el Medio Ambiente, y allí donde fallen los mecanismos administrativos, civiles y otros que puedan existir, se debe contar con la debida protección penal como instrumento coercitivo de última fila que tiene el Estado para proteger sus bienes.

(15) *Vid.* Ley N° 107 de la Contraloría General de la República del 1° de agosto del 2009.

El Código Penal cubano vigente recoge afectaciones al medio ambiente en los conocidos delitos de infracción de normas para prevenir y combatir enfermedades y plagas de animales y plantas —artículo 237—, contaminación de las aguas —artículo 238—, la explotación ilegal de las zonas económicas de la república —artículo 241—, la pesca ilícitas —artículo 242— y la contaminación de las aguas y la atmósfera —artículo 194— reguladas en los tradicionales títulos de delitos contra la Economía Nacional y la Salud Colectiva.

La temática del delito ecológico tiene hoy en día en Cuba una dimensión constitucional amparada en su artículo 27, que contrasta con la insuficiencias existente en nuestro ordenamiento punitivo en cuanto a la sistemática y las diferentes áreas de protección, así como no se corresponde con la respuesta demandada por la doctrina científica penal y por amplios sectores, sensibilizados con la defensa del medio ambiente. Si analizamos el Derecho Penal partiendo de su carácter preventivo y teniendo en cuenta que los delitos medio-ambientales hay un adelantamiento de la conducta delictiva. El Derecho Penal debe proyectarse para evitar la lesión, lo que no se evidencia en los tipos penales que actualmente tipifica nuestro Código Penal.

En fin estos delitos abarcan tanto situaciones en que se pone en riesgo o peligro el medio ambiente como la producción de daños. La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económica recoge la posibilidad de la demanda cuando se ha vulnerado la importante protección que se le brinda al medio ambiente en nuestro país.

- Aplicación administrativa de la legislación forestal

La exigencia de responsabilidad administrativa en materia ambiental no está supeditada a la existencia de un daño, sino que, de manera general, se activa el sistema de responsabilidad administrativa siempre que se violen las disposiciones de las normas administrativas en las que se impone la realización o abstención de determinados actos. Así en la Ley Forestal a partir del artículo 66 se establece que este tipo de responsabilidad es exigible tanto a personas naturales y jurídicas que incurran en las contravenciones que se indican en el decreto 268, como complemento de las disposiciones de esta ley, las cuales se sancionarán con multas cuyas cuantías están fijadas para cada caso. Estas disposiciones son las que cuentan con una aplicación más evidente en la práctica, cuestión que quizás esté dada por “la inmediatez y constancia del procedimiento administrativo”. En este supuesto es necesario analizar el decreto-ley 268 denominado Contravenciones de las regulaciones forestales, que junto al Reglamento complementa la Ley Forestal.

El decreto-ley 268 fue aprobado el 8 de septiembre de 1999. De este modo se daba cumplimiento a una de las disposiciones de la Ley Forestal, para garantizar la correspondencia entre las nuevas regulaciones para los recursos forestales que esta establecía. Ello significó un paso de avance para el desarrollo de la política forestal del país, ya que era necesario establecer nuevas conductas contraventoras y elevar la cuantía de las multas a las establecidas en el decreto que le antecedía, con el fin de contar con un sistema de medidas que proteja el desarrollo sostenible del patrimonio forestal de la nación. Como se expresa en el propio decreto, en el segundo de sus *Por Cuanto*.

Partiendo de la regulación forestal, se puede advertir como la función judicial brinda las garantías necesarias para proteger no sólo intereses individuales, sino también aquellos que afectan a toda la sociedad como lo es la protección del medioambiente. Sin embargo, en muy pocas ocasiones se acude a la búsqueda de la justicia ambiental, entendido por tal, la posibilidad de obtener una solución judicial completa y expedita de un conflicto jurídico.

Pocas son las causas que se siguen en los tribunales sobre delitos ambientales, si tenemos en cuenta las investigaciones realizadas por la MsC Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez, Presidenta del Tribunal Provincial de La Habana, y profesora adjunta del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de la Habana, reflejadas en su tesis de maestría realizada en el año 2000.

Según el Profesor Narciso Cobo Roura, Presidente de la Sociedad cubana de Derecho Económico y Financiero de la UNJC. En su trabajo “La justicia ambiental ante las salas de lo Económico en Cuba” publicado en la Revista Cubana de Derecho N° 15 (2000), los jueces de lo Económico han podido constatar la necesidad de contemplar en el nuevo ordenamiento procesar por el que hayan de regirse en su día las salas de justicias, normas expresamente diseñadas para la justicia ambiental y claramente orientadas a dar respuesta a las situaciones de legitimación, practica de pruebas, medidas cautelares y ejecución de fallos, que hoy día adolecen con falta de precisión y obligan a acudir a construcciones integradoras con las que no siempre se alcanza a allanar las omisiones presentes hoy en la normativa procesar.

Ahora bien, indudablemente, la prevención constituye el medio ideal para proteger el ambiente. Ello nos ha llevado a descuidar las medidas represivas, aquellas que intervienen una vez producido el hecho dañoso y, por consiguiente, una vez comprobado que la prevención tuvo fallas. No obstante, el papel de las medidas represivas es fundamental, aun cuando sólo fuera porque ellas van a asegurar las medidas preventivas. Por una parte, la reglamentación más detallada y las precauciones más extremas no eliminarán el riesgo de los daños al ambiente, sobre todo tratándose de un tipo de daño estrechamente ligado a los avances tecnológicos, en permanente evolución. Por otra parte, es preciso contar, así pudieran preverse todas las situaciones, con la existencia de acciones ejecutadas en violación de las normas establecidas. Luego nos enfrentamos a una realidad: aun cuando la prevención permanece siempre como el medio más adecuado y más deseable para proteger el ambiente, se hace necesario, en caso de fracaso de la prevención, sanciones penales con el tratamiento adecuado.

Esto desemboca en dos vertientes: si bien es necesaria la norma penal, nos encontramos ante el principio de intervención mínima, esto es sólo debe recurrirse a ella en caso de resultar todos los otros mecanismos jurídicos insuficientes o inadecuados. En consecuencia, los mecanismos de tutela penal serán aplicables cuando las otras herramientas que ofrece el Derecho resultaren incapaces para prevenir la agresión ambiental o no acorde con la gravedad de la agresión.

Consideramos entonces que la Ley Forestal cubana contiene disposiciones que brindan la posibilidad de acudir a la vía judicial. En ese sentido se puede remitir a los artículos 69 y siguientes, los cuales están destinados a regular lo concerniente a la responsabilidad civil, que sólo es exigible ante los tribunales y que para el Derecho Ambiental reviste vital importancia pues, la exigencia de responsabilidad, ha devenido en un mecanismo para hacer efectiva la protección del medio ambiente. En el primero de ellos se establece que toda persona natural o jurídica, que por su acción u omisión dañe el patrimonio forestal está obligada a cesar en su conducta y a reparar los daños y perjuicios que ocasione. Para su exigencia varios son los órganos que con la promulgación de la Ley Forestal cogieron auge con el objetivo de hacer más efectivo el cumplimiento de los objetivos propuestos por la novedosa ley. Cada uno con sus respectivas competencias que hacen que sus funciones no sean afectadas por las de otros órganos.

El Servicio Estatal Forestal (SEF), al que la ley definió como autoridad encargada de ejercer el control estatal sobre el patrimonio forestal, se encuentra presente y funcionando en las 14 provincias y 169 municipios del país. Este órgano cumple las funciones dadas en la ley en cuanto a la expedición de autorizaciones de talas y otras acciones sobre el patrimonio forestal, la aprobación de proyectos de formato y otros, la certificación y validación de los trabajos forestales para su financiamiento y bonificación, el conocimiento de las infracciones, la aplicación de multas y el custodio de los decomisos, la asesoría, etcétera.

Por consiguiente, por varios años la carencia de un esquema de incentivos o estímulos diseñado coherentemente en correspondencia con las particularidades del país, trajo como consecuencia un alto grado de subutilización de la tierra, donde grandes extensiones no encuentran un aprovechamiento productivo adecuado. Como resultado de estas dificultades, se tomaron medidas ten-

dentes al fomento de la producción agropecuaria. Se dictó el decreto-ley 259 “Sobre la entrega de tierras ociosas en usufructo” (10 de julio de 2008 en la Gaceta Oficial N° 95). Amparado en este cuerpo legal se autorizaba la entrega de tierras estatales ociosas por concepto de usufructo tanto a las personas jurídicas como naturales, para el desarrollo de actividades agropecuarias. Este se fundamentaba en la necesidad de recuperar las tierras inutilizadas, hacerlas producir y contribuir con el resultado no solo a la satisfacción de necesidades particulares y la posibilidad de empleo, sino a coadyuvar a la producción de alimentos; a las demandas de la sociedad y a la economía del país.

A partir de la implementación de la nueva política económica y social, se potencia la acción incentivadora e la esfera agrícola, derogándose el decreto-ley 259 por el 300 del 20 de septiembre de 2012. Éste, a diferencia del primero, amplía el espectro de las labores que pueden desarrollarse en las tierras entregadas bajo este rubro, en estos términos hablamos de actividades agropecuarias, forestales y frutales; permite ampliar de 40 a 67 hectáreas el área permitida a usufructuarios vinculados a granjas estatales, Unidades Básicas de Producción Cooperativa (UBPC) y Cooperativas de Producción Agropecuaria (CPA); se autorizó la construcción de viviendas en calidad de bienhechurías en las nuevas fincas, con ello se facilita en primer lugar, las condiciones de vida de los usufructuarios, y a la vez estimula su permanencia y el asentamiento de nuevas familias a las labores agrícolas. De igual forma, fueron aprobadas medidas para facilitar la gestión de las cooperativas agropecuarias; a la vez que propicia que todas las formas productivas en los campos cubanos, con independencia del tipo de propiedad, se desenvuelvan bajo las mismas condiciones.

Por otras el Fondo Nacional de Desarrollo Forestal (FONADEF) quedó establecido por la resolución conjunta N° 1-2000 del 28 de abril de 2000 del Ministerio de Economía y Planificación y el Ministerio de Finanzas y Precios. Se nutre, además de la asignación del presupuesto estatal para el financiamiento de la silvicultura y de las actividades de fomento y protección a la flora y la fauna, del valor de las multas y de los decomisos aplicados por el decreto N° 268, del importe de las indemnizaciones por daños causados al patrimonio forestal, del valor de las áreas desmontadas y de los costos de su reposición, de donaciones, de los ingresos de las campañas a favor del bosque de las recaudaciones por autorizaciones, permisos y licencias para actividades forestales y de fauna, y de los ingresos de proyectos internacionales que así procedan (16).

El capítulo IV, dedicado a los bosques y su clasificación incluye los bosques de conservación y define las categorías de los bosques de protección y conservación. El Reglamento Forestal estableció la metodología y el procedimiento para reclasificar y categorizar todos los bosques del país. La ordenación forestal, los planes de manejos y los proyectos técnicos son tratados tanto en la ley (17) como en su reglamento e incluso en el decreto de Contravenciones. Esta importante actividad, imprescindible para el buen manejo forestal, se ha dotado de la jerarquía legal y reglamentaria que permite y promueve su reencauzamiento y despegue. Después de los avances logrados en la década del 80, cayó en un estancamiento que es necesario rescatar e impulsar sobre las bases de las nuevas técnicas universales aplicadas.

La ley declara que la forestación y reforestación son de interés social y encarga al Ministerio de la Agricultura la dirección y coordinación de estos trabajos señalando las áreas en que la forestación y reforestación son obligatorias, así como la obligación de dictar y cumplir las normativas técnicas correspondientes. El reglamento regula específicamente el ancho de las fajas forestales en embalses, es decir las Cuencas Hidrográficas, por su relación con la dimensión económica y ambiental, que claro está, como ya hemos venido reseñando tienen un control público a través de la función inspectora y la auditoria. Además de los cauces naturales, zonas que circundan manantiales y a lo largo de cárcavas y barrancas, estableciendo limitaciones en cuanto a cultivos, viviendas o instalaciones que pueden afectar la función hidrorreguladora de dichas fajas. Estas disposiciones refuer-

(16) *Vid.* Ley 85. Ley Forestal Capítulo III, sección segunda Fondo Nacional de Desarrollo Forestal.

(17) *Ídem.*

zan jurídicamente la política de reforestación y de protección de las cuencas hidrográficas que lleva a cabo el Estado.

En el capítulo VI por primera vez la legislación forestal cubana reconoce derechos y deberes de las personas con relación al bosque, y en especial concede derechos de uso a los habitantes de los bosques, o sea a las personas que viven permanentemente en esas zonas montañosas, siempre que el ejercicio de tales derechos no afecten su integridad ni la biodiversidad asociada a ellas. Esos derechos consisten en la recogida de frutos, leña seca, plantas medicinales, naturaleza muerta y otros, así como efectuar silvopastoreo con animales de su propiedad. También incluyen la posibilidad de adquirir productos madereros para las necesidades personales, así como la posibilidad de aprovechar recursos forestales en peligro de deterioro para las necesidades de las comunidades forestales. Estos derechos fueron dados a las personas con el objetivo de que las personas que viven en tan apartados lugares puedan recibir determinados beneficios que sin dañar los bosques, los incentiven también a su cuidado y preservación con evidente respaldo jurídico constitucional (18).

Los capítulos VII de la ley y VIII del Reglamento tratan de la protección y de la conservación de los bosques. La sección primera de ambos capítulos se refiere a la protección fitosanitaria y en la misma se establecen las obligaciones de los tenedores (poseedores legales de tierra) y administradores de bosques y las acciones a tomar por estos para la preservación la detección y el combate de las plagas que afectan a los árboles. Se definen las responsabilidades del Servicio Estatal de Protección de plantas y del Instituto de Investigaciones Forestales en el muestreo, la señalización, el pronóstico y el diagnóstico de las plagas y en el inventario Patológico Forestal que permita recomendar y aplicar las medidas para el combate y la eliminación de las plagas. Guardando relación con la implementación de las Normas Técnicas en materia ambiental, con la aplicación de la auditoría ambiental y la implementación de la Norma ISO 26 000 sobre la Responsabilidad Social Empresarial.

La ley dispone la determinación de áreas para la preservación de los fondos genéticos forestales, encargados al MINAG y al CITMA dictar regulaciones para la reproducción, el manejo y la conservación de las especies, las procedencias, los individuos o los genes comprendidos en los recursos genético forestales del país. Otro de los aspectos regulados en esta ley se refiere a la protección de áreas del patrimonio forestal para actividades no forestales que no impliquen cambio en su uso, y la evaluación previa por parte del Ministerio de la Agricultura de cualquier obra o inversión capaz de perjudicar al patrimonio forestal, cuya evaluación y autorización corresponden al Servicio Especial Forestal en siglas (SEF) según el procedimiento establecido en el Reglamento. Ello guarda relación con los principios del Derecho Administrativo Ambiental —precaución, prevención, responsabilidad, legalidad, información, cooperación— y que también es visible desde las Ciencias Ambientales, con los alimentos transgénicos, las agroecologías, la implementación de la etiqueta ambiental, etcétera.

La protección contra incendios forestales mereció un tratamiento preferencial en la legislación dadas las grandes afectaciones y pérdidas que originan los siniestros en el patrimonio forestal y que se han incrementado considerablemente en el presente decenio con relación a períodos anteriores. La ley definió a la protección contra incendios forestales como un sistema de actividades de prevención, control y extinción, así como la investigación y capacitación en esta materia, y dispuso que dichas actividades se regulan en un programa nacional proyectado por el Ministerio del Interior, con la colaboración del MINAG, del CITMA y del Estado Mayor de la Defensa Civil, y aprobado por el Consejo de Ministros.

Otros aspectos regulados fueron la prohibición del uso de fuego en las áreas de bosques y sus colindancias, salvo casos excepcionales expresamente autorizados por el Cuerpo de Guardabosques,

(18) *Cfr.* Artículo 11, 27 de la Constitución de la República de Cuba del 24 de febrero del 1976, actualizada Gaceta oficial Extraordinaria N° 7 del 1 de agosto de 1992.

estableciendo las obligaciones a cumplir por los tenedores (poseedores legales de tierra) y administradores de bosques en materia de prevención y combate, y también de recuperación y restauración de áreas afectadas, así como las limitaciones en la circulación y el estacionamiento de vehículos y de personas en los bosques y sus colindancias en periodos de alta peligrosidad de incendios.

El decreto de Contravenciones establece una fuerte multa (500 pesos moneda nacional en CUP) a quien ordene o haga fuego sin autorización, y de 200 pesos a cualquier otra infracción. Además el Cuerpo de Guardabosques ha dictado, puesto en vigor y dado a conocer ampliamente las metodologías con relación a los planes de protección, las medidas de seguridad, la investigación de incendios, etc. Por su parte, las empresas forestales y de flora y fauna han elaborado y ejecutan desde diciembre del 2002, los Planes de Protección contra Incendios Forestales.

La Ley Forestal ratifica la prohibición del desmonte para evitar la reducción de los bosques. El Decreto de Contravenciones elevó la multa por infracción de 50 a 200 pesos y estableció la obligación de reforestar el área desmontada sin autorización. Por otro lado, las regulaciones del Fondo Nacional de Desarrollo Forestal (FONADEF) (19) instrumentaron que la entidad autorizada a efectuar el desmonte está obligada al pago del valor de los productos forestales y el costo para restaurar el área desmontada, todo lo cual se ingresa en dicho fondo. Estas regulaciones complementarias van convirtiendo la prohibición del desmonte en letra muerta por falta de procedimiento en respeto a dicha prohibición.

El Reglamento Forestal, por último, regula el tratamiento forestal en áreas urbanas, la responsabilidad por daños y perjuicios al patrimonio forestal, y el Consejo Consultivo para el Desarrollo Forestal Sostenible, el que ha estabilizado su trabajo, en las que se han informado y discutido importantes temas sobre el desarrollo forestal. Hoy en día se aboga por los organismo internacionales y especialistas la proliferación de una forestaría análoga (20) en la diferentes regiones del planeta, bajo la rectoría de los Estados.

La Forestaría o Silvicultura Análoga (FA) (21) es una técnica que intenta crear una estructura física y una serie de relaciones ecológicas análogas al estado natural del bosque usando árboles y plantas similares al bosque natural en sus dimensiones, función ecológica y estructura, que son a la vez útiles para el ser humano. Por lo tanto estas son prácticas agroforestales ya que se enfoca explícitamente en la identificación e incorporación de la diversidad biológica que implique una retribución económica para los pequeños productores, especialmente para los campesinos de las provincias cercanas garantizando el desarrollo económico de las comunidades.

La economía cubana ha entrado en un intenso proceso de actualización y reorganización con el objetivo de hacerla más eficiente y sostenible en el tiempo; se llevan a cabo estos procesos de seguridad alimentaria para los trabajadores forestales, la restauración de la biodiversidad en parcelas de distintas localidades, la evaluación participativa del proceso de extensión agrario para la

(19) Creado por la resolución conjunta N° 1-2000 del 28 de abril de 2000 del Ministerio de Economía y Planificación y el Ministerio de Finanzas y Precios. Se nutre, además de la asignación del presupuesto estatal para el financiamiento de la silvicultura y de las actividades de fomento y protección a la flora y la fauna, del valor de las multas y de los decomisos aplicados por el Decreto N° 268, del importe de las indemnizaciones por daños causados al patrimonio forestal, del valor de las áreas desmontadas y de los costos de su reposición, de donaciones, de los ingresos de las campañas a favor del bosque de las recaudaciones por autorizaciones, permisos y licencias para actividades forestales y de fauna, y de los ingresos de proyectos internacionales que así procedan. *Cfr.* Ley 85. Ley Forestal Capítulo III, sección segunda Fondo Nacional de Desarrollo Forestal.

(20) Es una herramienta muy efectiva para rehabilitar los bosques, conservar sus recursos genéticos y aumentar la biodiversidad. Inmerso en esta se halla el proyecto "Restauración de la biodiversidad y desarrollo comunitario que se está llevando a cabo en nuestra provincia, como parte de la colaboración entre *Falls Brook Centre*, Canadá y el Instituto de Investigaciones Forestales de Cuba. *Cfr.* La forestaría análoga: una oportunidad para reforestar ecosistemas forestales. Orlidia Hechavarría Kindelan, Cuba. Resumen V Congreso Forestal de Cuba de 2008.

(21) *Ídem.*

restauración de la biodiversidad con enfoque de género, obteniéndose resultados en la floricultura en fincas forestales integrales basados en los principios de la Forestaría Análoga, la cual es además, objeto de diferentes proyectos de Reforestación (22) como los que se está llevando a cabo en todo el territorio nacional.

IV. A modo de conclusión

La protección del patrimonio forestal en Cuba encuentra su fundamento legal en la Ley de Medio Ambiente, como ley marco, y en la legislación Forestal, integrada por el conjunto de disposiciones jurídicas que regulan el manejo integrado y sostenible de los recursos forestales.

La aplicación eficiente y eficaz de la normativa jurídica forestal cubana, así como el resto de las disposiciones jurídicas de carácter punitivo que establecen las regulaciones típicas contravencionales al respecto, requieren de una integración de conformidad con las exigencias actuales, y debido a su función deben ser claras, previas e integrales a los efectos de cumplir el principio de legalidad y uniformadas en un sola disposición de estricta legalidad.

La legislación ambiental-forestal reclama aún más del apoyo de la población para el logro de sus objetivos, pues esta es la principal actora de las infracciones cometidas, aunque en la última década las personas han tomado cierto grado de conciencia del peligro por el que el mundo ha estado pasando producto del uso irracional de los recursos naturales.

V. Bibliografía

ACOSTA RAMOS, Zenia; JIMÉNEZ MARIÑA, Liudmila y CASTRO PALACIO, Juan C. (2006). *El árbol, los bosques y su entorno*. La Habana: Ediciones Loynaz.

ALZAMORA VALDEZ, M. (1977). *Los derechos humanos y su protección*. Lima: EdiDili.

ARIAS MILLA, Francisco. *La FAO política forestal de Cuba*. Disponible en: <http://argentina.indymedia.org/news/2007/04/508085.php> [Fecha de consulta: 11/11/2014].

BIDART CAMPOS, Germán J. (1969). *Filosofía del derecho constitucional*. Buenos Aires: Ed. Ediar.

— (1983). *Valor Justicia y Derecho Natural*. Buenos Aires: Ed. Ediar.

BORN, Sigrid (1995). *Leyes Ambientales*. Bonn: Editorial Internationes, p. 8.

BORRERO, José María (2002). “Promesas y Límites del Derecho Ambiental”, en: *La transición hacia el desarrollo sustentable: perspectivas de América Latina y el Caribe*. Revista N° 35. Bogotá. Disponible en: www.joseborrero.com/publicaciones [Fecha de consulta: 11/06/2015].

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1996). “La responsabilidad civil por inmisiones y daños al medio ambiente”, en: *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIX, fascículo I. CAFFERATTA, Néstor A. (1983). “Daño ambiental colectivo: régimen legal”, en: *La Ley* 1983- A- 786. Disponible en: www.iadaweb.com.ar/.../Dano%20Ambiental%20Colectivo-Prof.%20Caf [Fecha de consulta: 11/06/2015].

(22) *Vid.* Proyecto piloto de Reforestación en el Valle de Caujerí, Municipio San Antonio del Sur, provincia de Guantánamo, Cuba, desarrollado hasta el 2015. Esta magnífica y preciada parcela silvestre, está ubicada en el municipio de San Antonio del Sur, al noroeste de la ciudad cabecera tiene entre sus *principales asentamientos* poblacionales a Guaibanó, Manguito, Corojo, Puriales, El Mije, Jagüeyes, Centeno, Lajas, Los Letreros y Mariana, contando con los servicios sociales mínimos, dotada de una variada vegetación, es rico en la productividad de sus siembras y famoso por sus extraordinarios cultivos, ya sean sus frescos vegetales como lo son: el tomate, el ají, la berenjena, entre ortos y sus exquisitas frutas; que respondan además al acopio de frutas frescas para la industria.

CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar (2011). *Estudios Sobre Derecho Ambiental*. Caracas: Editorial Vadell Hermanos Editores, C.A.

CITMA (1995). *Ponencias y Consideraciones Generales para el Trabajo de los Grupos*. Taller para la Implementación Jurídica del Programa Nacional de Medio Ambiente y Desarrollo, 13 al 17 de noviembre. La Habana: CITMA.

COLECTIVO DE AUTORES (2000). *Derecho Ambiental Cubano*. La Habana: Editorial Félix Varela.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO (2008). Río de Janeiro, República Federativa del Brasil, junio de 1992. Material proporcionado por la AGNU de Cuba para el desarrollo del primer Modelo de las Naciones Unidas de la Universidad de Pinar del Río, ONUPINAR.

COBO ROURA, Narciso (2000). “La justicia ambiental ante las salas de lo Económico en Cuba”, en: *Revista Cubana de Derecho* N° 15, enero-junio. La Habana: Facultad de Derecho.

DEL RISCO RODRÍGUEZ, Enrique (1995). *Los bosques de Cuba. Su historia y características*. La Habana: Editorial Científico-Técnica, p. 9.

DI CAGNO, Vittorio (2005). *La Protección del Medio Ambiente en Cuba*. La Habana: Editorial Ciencias Sociales.

EXPÓSITO, Pascual y RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Liliberth (2004). “La protección del ambiente como un derecho humano”, ponencia presentada en el *II Simposium Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Universidad Central Martha Abreu de Las Villas. Disponible en: <http://derecho.sociales.uclv.edu.cu/PONENCIAS2.htm> [Fecha de consulta: 11/06/2010].

FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, Ángel (1995). “El Derecho Ambiental Internacional y su complementación con la legislación interna de la República de Cuba”, en: *PNUMA-CITMA Ponencias y Consideraciones Generales para el Trabajo de los Grupos*, 13 al 17 de noviembre. Taller para la Implementación Jurídica del Programa Nacional de Medio Ambiente y Desarrollo. La Habana, Cuba.

FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, Ángel (1991). *Instrumentos Jurídicos Internacionales*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 2 tomos.

FUNES-MONZOTE, Fernando R. y FREYRE ROACH, Eduardo F. (2009). *Transgénicos Textos para un debate en Cuba*. Cuba: Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela.

GLOWKA, Lile; BURHENNE-GUILMIN, Françoise y SYNGE, Hugh (1996). *Guía de Convenios sobre la Diversidad Biológica*. Centro de Derecho Ambiental de la UICN, Programa de la Biodiversidad de la UICN, UICN, 10. Disponible en: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/.../EPLP-030-Es.pdf> [Fecha de consulta 20/11/2015].

GONZÁLEZ NOVO, Teresita y GARCÍA DÍAZ, Ignacio (1999). *Cuba, su Medio Ambiente después del Medio Milenio*. La Habana: Editorial Científico-Técnica, p. 47.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Rufina de la Caridad (2000). *Tesis de maestría* de la Universidad de la Habana.

HECHAVARRIA KINDELAN, Orlidia (2008). *Cuba. La forestaría análoga: una oportunidad para reforestar ecosistemas forestales*. Resumen V Congreso Forestal de Cuba.

JAULA VOTE, José A. y CASAS VILARDELL, Mayra (2002). "Cuba, medio ambiente y desarrollo". Universidad de Pinar del Río "Hermanos Saíz Montes de Oca" en: *III Convención Internacional de Educación Superior*. Cuba: Ministerio de Educación Superior.

JORDANO FRAGA, Jesús (2003). "El Derecho Ambiental del siglo XXI", en: *Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, N° 09, julio. Disponible en: www.cica.es/aliens/gimadus/09/dcho_amb2_XXI.htm [Fecha de consulta: 11/11/2014].

KOLBASOV, O. (1980). "*Papel del Estado y del Derecho en la solución de los problemas ecológicos de la sociedad contemporánea*". La Habana: Editorial Progreso.

LINEAMIENTOS de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución (2012).

LÓPEZ RÍOS, Pedro (1995). "La responsabilidad patrimonial del Estado y de los servidores públicos", en: *Memoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México, Toluca*, N° 9, mayo-junio. México: Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México.

MARTÍN MATEO, Ramón (1991). *Tratado de Derecho Ambiental*, Volumen I. Madrid: Editorial Trivium S. A.

MARTIN MATEO, R. (1991). *Tratado de Derecho Ambiental*. Madrid.

MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor M. (1994). *La Responsabilidad Administrativa de los Servidores Públicos y el Medio Ambiente*. México.

MOSSET ITURRASPE, Jorge (1999). "El daño ambiental en el derecho privado", en: *Tratado de Daño Ambiental*. Argentina: Rubinzal- Culzoni.

MADRIGAL CORDERO, P. (2000). *Derecho Ambiental en Centroamérica*. San José: Centro de Estudios y Capacitación Judicial Centroamericano.

ORTEGA ÁLVAREZ (1998). *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*. Valladolid: Lex Nova.

PEÑA CHACÓN, Mario (2000). *La transversalidad del Derecho Ambiental y su influencia sobre el instituto de la propiedad y otros derechos reales*. Disponible en: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista...id [Fecha de consulta: 11/11/2014].

PÉREZ CRUZ, Jorge (2009). *Cuerpo de Guardabosques, cinco décadas defendiendo la naturaleza*. Disponible en: http://www.periodico26.cu/noticias_tunas/abril2009/gusrdabosques100409.html [Fecha de consulta: 06/04/2015].

RANGEL, Raúl (2007). "Indicadores del desarrollo sostenible. Un acercamiento desde la perspectiva económica ambiental para Cuba", *Tesis en opción del grado de Máster en Economía*. La Habana: Facultad de Economía, Universidad de La Habana.

REVISTA JURÍDICA (2004). Número 17. Ecuador: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

DE LOS RÍOS, Isabel (1994). *Derecho del Ambiente. Especial referencia a las disposiciones penales*. 2ª ed. Venezuela: Isabel de los Ríos.

REY, Rosa Nélica y RINESSI, Antonio (1996). "Daño ambiental: factor de atribución", en: *Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 1996-D, pp. 1012-1018.

RODRÍGUEZ, Roberto Guillermo (2016). "Fundamentos básicos para la ejecución de la auditoría ambiental", en: *Revista trimestral, Ciencias Holguín*. Cuba: Centro de Información y Gestión Tecnológica de Holguín, Vol. 2 enero-marzo. Disponible en: <http://www.ciencias.holguin.cu/index.php/cienciasholguin/article/view/928/1029>.

RODRÍGUEZ, R.; CIRA, L. y GODINEZ, I. (2012). *Manual de Gestión Ambiental Organizacional*. Barquisimeto: Universidad Politécnica Territorial Andrés Bello Blanco.

TRIGO REPRESAS, Félix A. (1998). *La defensa del ambiente en la Provincia de Buenos Aires, JA, -IV-1048*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina.

UNIÓN DE JURISTAS DE CUBA (1994). *Conferencia del curso de post-grado "Sobre Derecho Ambiental Internacional"*. Cuba.

VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia (2000). *Derecho Ambiental Cubano*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación.

Fuentes normativas consultadas

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre cambio Climático 1992.

Carta Mundial de la Naturaleza, Resolución aprobada por la Asamblea General 37/7 del 28 de octubre de 1982.

Constitución Política de la República de Cuba (reformada en 1978, 1992 y 2002). Editorial del Ministerio de Justicia. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu> 24/2/1976

Ley N° 81/1997 del Medio Ambiente. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición Extraordinaria, Año XCV. La Habana: Editorial del Ministerio de Justicia. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu> 11/07/1997

Ley N° 7 /1977 de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral en Cubana. Gaceta Oficial de la República de Cuba Ordinaria Editorial del Ministerio de Justicia. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu>

Ley 289/62 "Sobre la conservación, mejora, fomento y protección de los montes".

Ley 412/63 "Sobre la declaración como reservas naturales de áreas del patrimonio forestal".

Ley N° 85/1998 "Ley Forestal". Gaceta Oficial de la República de Cuba Edición Ordinaria, AÑO XCVI. La Habana: Editorial del Ministerio de Justicia. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu/>

Ley N° 1 del 4 de agosto de 1977. Ley de Protección del Patrimonio Cultural.

Ley N° 2 del 4 de agosto de 1977. Ley de los Monumentos Nacionales y Locales.

Ley N° 27 del 8 de enero de 1980. Gran Parque Nacional Sierra Maestra.

Ley N° 75 Ley de Minas del 21 de septiembre del 1994. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu/>

Ley N° 62, Código Penal Cubano. 29 de diciembre de 1987. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu/>

Decreto-ley N° 201/1999 del Sistema Nacional de Áreas Protegidas Compendio de Normas Agrarias Forestales para Delegado Municipales, del Ministerio de la Agricultura 1era Edición. Cuba. 23/12/1999.

Decreto-ley N° 99/1987 de las Contravenciones Personales. Compendio de Normas Agrarias Forestales para Delegado Municipales, del Ministerio de la Agricultura 1era Edición. Cuba. 25/12/1987.

Decreto-ley N° 212. Gestión de la Zona Costera. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu/>

Decreto-ley N° 136/1993 del Patrimonio Forestal y Fauna Silvestre y sus contravenciones. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición extraordinaria, La Habana, Año XCI. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu/2/3/1993>

Decreto-ley N° 200/1999 de las Contravenciones en materia de medio ambiente en Cuba. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición extraordinaria. La Habana. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu>

Decreto-ley N° 190 de la Seguridad Biológica, de 28 de enero de 1999. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu>

Decreto N° 268/2019. Contravenciones de las Regulaciones Forestales. Compendio de Normas Agrarias Forestales para Delegado Municipales, del Ministerio de la Agricultura 1era. edición. Cuba, 08/09/1999.

Decreto N° 21 del 28 de febrero de 1978. Reglamento sobre la Planificación Física.

Decreto N° 179 del 2 de febrero de 1993. Protección, uso y conservación de los suelos.

Resolución 17/2011 Reglamento del Registro Forestal. Compendio de Normas Agrarias Forestales para Delegado Municipales, del Ministerio de la Agricultura 1era Edición. Cuba. 18/01/2011.

Resolución conjunta N° 1 del 19 de mayo de 1999 emitida por los Ministerio de Turismo (MINTUR), el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) y el Ministerio de la Agricultura (MINAG).

Resolución N° 168/95 del CITMA del 15 de septiembre de 1995.

Resolución conjunta N° 1-2000 del 28 de abril de 2000 del Ministerio de Economía y Planificación y el Ministerio de Finanzas y Precios.

Resolución N° 77 del 28 de julio de 1999. Reglamento del Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental que sustituyó a la resolución N° 168 del mismo Ministerio, de fecha 15 de septiembre de 1995, Reglamento para la Realización y Aprobación de las Evaluaciones de Impacto Ambiental y el otorgamiento de las Licencias Ambientales.

Resolución N° 330/99. Reglamento de la Ley Forestal. Compendio de Normas Agrarias Forestales para Delegado Municipales, del Ministerio de la Agricultura 1era Edición. Cuba. 07/09/1999.

Resolución N° 111 del 14 de octubre de 1996, del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente; Regulaciones sobre la Diversidad Biológica.

Resolución N° 103/2008, "Reglamento de la Inspección Estatal de la Actividad Reguladora Ambiental". Gaceta Oficial Ordinaria N° 041 02/07/2008. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu/10/06/2008>

Resolución N° 60 (2011). CGR Normas del Sistema de Control Interno.

Instrucción N° 161 sobre la competencia de las salas de lo económico de los tribunales populares para conocer de los conflictos medio ambientales, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular del 14 de septiembre del 2000.

Normas Cubanas de Auditoría (2012). Contraloría General. República de Cuba.

NC-ISO 14001:2004. Sistemas de Gestión Ambiental. Especificación y directrices para su uso. Oficina Nacional de Normalización, CITMA. La Habana.

NC-ISO 19011:2012. Directrices para la auditoría de los Sistemas de Gestión. Oficina Nacional de Normalización, CITMA. La Habana.

Fecha de recepción: 21-12-2015

Fecha de aceptación: 29-06-2016

La ética dialógica en el Código Civil y Comercial

POR **LUIS ALBERTO VALENTE** (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Marco investigativo. — III. Las variables observables. — IV. Planteamiento del problema. — V. Análisis del problema. — VI. Conclusión. — VII. El informe final. — VIII. Bibliografía.

Resumen: ante la necesidad de brindar soluciones, el Código Civil y Comercial remite a la opinión de los propios sujetos involucrados en la controversia. En el presente estudio analizamos la cuestión sosteniendo que el cuerpo legal se apoya en una ética procedimentalista basada en el discurso y en la reflexión.

Palabras claves: derecho civil - ética - comunicación - argumentación

The dialogical ethics in the Civil and Commercial Code

Abstract: due to the need to provide solutions, the Civil and Commercial Code refers to the opinion of the proper subjects involved in the controversy. In the current study, we have analyzed the matter arguing that the legal body should be underpinned on procedural ethics based on discourse and reflection.

Keywords: civil law - ethics - communication - argumentation

I. Introducción

La ley 26.994 aprobó el Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) y con él ocurrió un sustancial cambio en la forma de entender determinadas cuestiones.

El paradigma protectorio a los débiles, por ejemplo, se erige en un fin que inexorablemente debe ser tenido en cuenta a la hora de resolver la cuestión jurídica. Sin embargo, es de rigor observar que ese ambicionado objetivo sólo será posible a través de un marco ético que de manera apropiada ubique la problemática jurídica en sus pertinentes moldes.

De allí que la letra del Código Civil y Comercial admite implícitamente a una ética procedimentalista que de forma efectiva y razonada conduzca prudentemente a la justicia.

Debe advertirse que muchos conflictos (vinculados sobre todo a persona y a familia) no admiten una solución jurisdiccional absoluta y determinante y que a su vez esté distante de la efectiva dimensión humana. Tampoco el legislador actual admite una solución de laboratorio.

Señala Dworkin que muchas veces la jurisprudencia ha fracasado por una razón básica: ha ignorado el hecho crucial de que muchos conflictos en el fondo son morales, de allí que en lo más profundo no son ni legales ni de estrategia (1999: 51).

(*) Prof. Titular Derecho Civil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Profesor Titular de Derecho Civil I, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UCALP.

De esa forma, el nuevo Derecho Civil hunde sus elementales conclusiones en el imperativo ético, pero a su vez, requiere un ajustado procedimiento que conduzca a sus más preciadas aspiraciones.

Consecuentes con esa idea y en los desarrollos venideros daremos cuenta de una solución legal que deposita su confianza en los justiciables y lo hace enalteciendo al diálogo como estrategia indicativa del procedimiento adecuado.

II. Marco investigativo

Sin perjuicio del pertinente control de legalidad, se ha optado en ciertas oportunidades porque el mismo sujeto proceda a la búsqueda de aquella solución que satisfaga el interés que lo moviliza (artículo 26 del CCiv. y Com., párrafo 3 y siguientes; artículo 31, letras d y e; artículo 35 del CCiv. y Com.; etcétera).

Se trata de analizar de manera adecuada el marco jurídico bajo análisis, y así, se debe precisar el mecanismo apropiado a fin de alcanzar ese objetivo en una sociedad democrática y pluralista.

En otros términos, el Derecho no impone las soluciones sino que el mismo individuo origina y desenvuelve la resolución a sus propios conflictos, y ello, a través de un razonamiento crítico y en un contexto adecuado, debiendo razonar e implementar la solución que busca, respondiendo también a sus exigencias y a sus propios puntos de vista.

Bajo la égida del Derecho nada debe ser dejado al azar, y además, ante conflictos que en el fondo permiten ver que estamos ante problemas compartidos que suponen una intersubjetividad ética. La manera de solucionarlos es allanando las bifurcaciones que desunen y explorando aquella senda común que solidifique o permita congeniar posiciones encontradas.

Esto último puede ocurrir buscando los afectados aquellos principios éticos compartidos, es decir, aquellos valores que justifican y solidifican la misma intersubjetividad sin caer en relativismos ni en subjetivismos.

A su vez, puede vislumbrarse a una ética normativa —que como ética fundamentadora— facilita una orientación, coincide con la búsqueda de los principios superiores, y así, para que las capacidades morales de los mismos justiciables les permitan, a ellos mismos, asumir compromisos responsables y definitivos para la solución de sus propios conflictos.

Desde una perspectiva fundamentadora consideramos cuestiones de validez y ésta es una *quaestio juris*. Se trata de la búsqueda de los principios. En cambio desde la óptica de la ética aplicada, se trata, obviamente de la aplicación o implementación de los principios buscados.

Como dice Adela Cortina (1996) si es “aplicada” lo es en forma mediata pues se limita a aplicar un marco reflexivo para la concreta toma de decisiones.

Se trata de una actividad interdisciplinaria ya que no puede ser entendida desde una perspectiva única sino que requiere un intercambio constante de información con otros ámbitos de conocimiento.

Es decir, no basta saber *qué* se aplica sino también establecer criterios acerca de *cómo* aplicarlos.

Algunos autores observan una tercera parte de la ética que se diferencia de la ética fundamentadora y aún de la aplicada. Es que si la ética aplicada trata de resolver los casos concretos; puede discernirse también una parte de la ética que de forma inmediata se ocupa justificar la toma de decisiones de los agentes morales en esos casos concretos (Cortina).

De lo expuesto puede inferirse que hay una ética que busca acompañar, orientar e iluminar el proceso de la toma de decisión y de acuerdo a las circunstancias de la situación concreta. Esto implica advertir que toda dimensión apriorística debe ser contemporizada en función de situaciones concretas, re interpretadas a la luz de contextos, experiencias y vivencias personales del sujeto moral autónomo.

No se puede confundir los diferentes aspectos. Justamente el nuevo ordenamiento, en general, evita caer en el puro casuismo para volcarse —más exactamente— en un situacionismo, vale decir, las situaciones no son casos a resolver sino problemáticas que encuentran solución en el exhaustivo tratamiento y en el meduloso análisis de las características propias de la situación misma. En función de lo expuesto, el problema radica en el criterio con que se aplican los principios.

Más exactamente, se trata de que el agente pueda reordenar su vida práctica contribuyendo a que pueda hacer posible la aplicación del principio.

A su vez y por la variables observables, llegaremos a la conclusión de que sin salir de la argumentación es posible concebir ésta instancia como una etapa dialógica, es decir, momentos donde acontece un intercambio argumentativo y que se subsume en actos del habla, vale decir, en discursos prácticos que se erigen en factor decisivo a la hora de resolver determinadas cuestiones.

III. Las variables observables

A tono con la necesidad de legislar acerca de las decisiones que puede tomar el menor y referidas al cuidado de su propio cuerpo; el legislador fija parámetros sobre cuya base se presume los alcances que tiene aquella aptitud.

La rigurosidad que pudiera sugerir del reconocimiento legal de una puntual edad a partir de la cual se es mayor de edad (artículo 25 del CCiv. y Com.), cede parcialmente ante la idea de *capacidad progresiva* reconocida ésta por el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que como se sabe, goza de jerarquía constitucional (artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional —CN—). Asimismo véase la ley 26.061 denominada Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (artículo 3 letras c y d; entre otros). El mismo Código acepta ésta idea (artículo 24 b. y concordantes del Código), sólo que en ciertas hipótesis, lo hace bajo una preceptiva cerrada que pareciera dejar poco margen hermenéutico al juzgador (artículo 26 párrafos 4, 5 y 6 del Cód. ritual).

De allí que debe leerse con precaución los postulados normativos. Cuando la ley se refiere a *madurez suficiente* lo hace en función a cualidades psicológicas, sociales, educativas, culturales, etc.

En líneas generales, el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes debe interpretarse en consonancia con la evolución de sus efectivas facultades y respetando los derechos y deberes de los padres (o de los representantes legales) de guiar al niño en el ejercicio de sus derechos (artículo 14. 2 de la Convención). Nos parece que toda presunción dogmática y apriorística debe ceder ante el riguroso dato de hecho.

La problemática vinculada a menores nos impone (de forma medular) discernir acerca de las propias características del sujeto débil, que por ser tal merece protección jurídica, y de allí, que es de rigor oírlo y respetarlo, procurando concretizar en la especie su interés superior (artículo 3 y conc. de la Convención de los Derechos del Niño que como se sabe ostenta jerarquía constitucional —artículo 75 inciso 22 de la CN—; a su vez, no puede omitirse la referencia al artículo 3 —y conc.— de la ley 26.061 y que se refiere a la protección integral de las niñas, niños y adolescentes).

En definitiva, una nueva dinámica obliga indagar acerca de la subjetividad moral de los afectados, como así, su aptitud para discernir acerca de las posiciones que adopta. Sin embargo, el problema no radica en juzgar la decisión en sí; sino en mensurar sus facultades para adoptar esa decisión, es

decir, sus habilidades para juzgar y valorar determinaciones, internalizando de forma acabada los riesgos, con pleno entendimiento de los cursos de acción posibles, y todo, de manera coherente con su proyecto de vida.

A tono con ello debe aplicarse la dogmática relativa al consentimiento informado (artículos 55, 56, 59, etc., del CCiv. y Com.).

En función de elucubraciones subsiguientes es de rigor detenerse en la Sección 3º (Restricciones a la capacidad) del Título I (Persona Humana) del Libro Primero (Parte General).

Desde el artículo 31 del Código el mismo se destaca como regla general que la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial, como también, a recibir toda la información que resulte conveniente a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión (artículo 31 incisos d y e del CCiv. y Com.). Es más, la misma persona puede solicitar la declaración pertinente, si siendo consciente de su estado mental decide adoptar los medios necesarios para resguardar sus intereses (artículo 33, letra a del Código).

De lo expuesto se deduce que se reserva al sujeto un rol activo en el proceso, y bajo ese entendimiento, la persona en cuyo interés se lleva adelante el mismo es parte esencial. Eventualmente puede aportar todas las pruebas que hagan a su defensa (artículo 36 CCiv. y Com.).

A su vez la sentencia debe procurar restringir la autonomía de la persona en la menor medida de lo posible e incluso la revisión de aquella puede ser solicitada por el interesado en cualquier momento (artículos 37, 40 y conc. del Código).

Asimismo, bien se ha dicho que la sentencia que recaiga en éste tipo de actuaciones debe mensurar el equilibrio entre la libertad de la persona que padece una enfermedad mental y la necesidad de su adecuada protección, de manera que ésta no sea una forma de impedirla, sino de protegerla, ya que entre la capacidad total y la incapacidad total existen infinitos grados, matices y circunstancias (CNCiv.: 20/08/2015).

Bajo tal entendimiento, el juez deberá estimar si procede la declaración de capacidad restringida o incapacidad. Y a su vez, en su caso, teniendo como norte la regla general según la cual las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona (artículos 32 y 31 inc. b. del Código).

Y para ello deberá entablar una entrevista, y con ella un diálogo que le permita arribar a una conclusión conveniente. Se trata de un dimensionamiento de la aptitud y a fin de procurar el ajustado ejercicio de los derechos, mensurando a su vez la puntual actuación del mismo interesado.

De esa forma se reconoce y respeta la autonomía de las personas con discapacidad, propiciando su plena y efectiva inclusión en la sociedad; removiendo los obstáculos que les impiden desarrollar su proyecto de vida; evitando estigmatizarlas y procurando medidas de apoyo a fin de que puedan ejercer su capacidad jurídica (CNCiv.: 20/08/2015).

Todo lo expuesto es reafirmado por el artículo 35 del Código Civil y Comercial cuando expresamente prevé que el juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso, como así, entrevistarlo personalmente antes de dictar cualquier tipo de resolución (no sólo la sentencia) y promoviendo los ajustes razonables en un todo de acuerdo a la situación de aquel (artículo 35 del Código).

Hay que reconocerle al juez un amplio margen de decisión para establecer la entrevista, como así, es del caso suponer que pueden asistir a ella peritos y consultores técnicos.

En definitiva y como bien lo destaca la jurisprudencia, la inmediatez en éste tipo de procedimiento no se agota con el conocimiento formal de la persona. Obsérvese que el citado artículo 35 del Código se refiere a la inmediatez que debe imperar en todo el proceso. El conocimiento directo no sólo permite al juez la comprensión de la situación de la persona y de sus habilidades y necesidades, sino que también permite que pueda ser oída, desde una escucha directa y con apoyos pero sin intermediarios (Cám. Apelaciones Trelew, Sala B: 12/11/2015).

En torno al artículo 35 del Código, ha sido elocuente la influencia de la Convención de los Derechos de la Personas con Discapacidad (CDPD). A su vez, el modelo social de discapacidad no se concentra sólo en las limitaciones individuales de la persona sino también en cuestionar todas las barreras que puedan entorpecer la accesibilidad de la persona a su entorno (artículo 9 de la CDPD). Y de allí las estrategias tendientes a procurar los ajustes razonables, y también, el diseño universal a fin de que los entornos y herramientas puedan ser utilizados por todos y de igual forma.

Ya no se duda entonces del rol que la ley reserva al verdadero interesado en el proceso. En lo pertinente el análisis recaerá sobre la base de la participación activa del sujeto enfermo. Esto nos lleva a dilucidar acerca de la faz procedimental del mandato legislativo, que en esencia, se subsume en la facultad del juez de ajustar la decisión pertinente, según lo requieran las circunstancias y modalidades, y ello en un todo de acuerdo a la efectiva situación del sujeto. Ello requiere un fecundo diálogo entre todos los interlocutores válidos.

El Código Civil y Comercial regula la posibilidad de disponer de los derechos personalísimos en tanto ello no sea contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Se destaca que el mismo no se presume, es interpretación restrictiva y libremente revocable (artículo 55 del CCiv. y Com.). De similar forma es dable destacar la posibilidad de disponer sobre el propio cuerpo (artículo 56 Cód.) aún cuando implique el mejoramiento de la persona pues casi siempre acaece cierto costo frente al innegable beneficio.

La gravedad que puede significar la decisión la ubica a tono con la necesidad de suficiente comunicación e información acerca de las consecuencias prácticas de aquella.

Algo similar ocurre respecto a la posible investigación en seres humanos que sólo puede ser realizada si caecen los requisitos que señala ley, uno de los cuales —obviamente— es el del consentimiento de la persona que participa de la investigación (artículo 58 letra f del ritual) y que supone un cuidadoso análisis de los riesgos y de los beneficios previsibles (letra e).

Desde luego, no puede omitirse mencionar lo relativo al consentimiento informado para actos médicos regulado por el artículo 59 del CCiv. y Com. Dicha norma destaca las características que deben tener la información que recibe y la declaración de voluntad expresada por el paciente. Interesante es lo dispuesto en tono al consentimiento que debe brindar la persona con discapacidad a la cual se le deben garantizar el acceso a los apoyos necesarios (artículo 59 *in fine* CCiv. y Com.).

En definitiva y como dice Romero Coloma (2002: 72) el consentimiento del paciente es el pilar esencial en el que ha desenvolverse la actividad médica, pues sin contar con ese consentimiento, no será dable ni lícito al médico actuar sobre el cuerpo del enfermo. Sin embargo la sagacidad de la autora le permite efectuar otros abordajes relativos a la misma cuestión: partiendo de la base de cada paciente es único puede negarse a recibir información, y con respecto a él hasta habrá que medir las palabras; o bien y ante puntuales circunstancias, también el médico puede negarse a atender al enfermo (Romero Coloma, 2002: 67 y ss.). Ello supone, en definitiva, a una actitud empática que los obliga a ubicarse desde la perspectiva del otro, un intercambio de razones entre los interlocutores de la problemática, y todo, en un diálogo paradigmático y racional.

De forma que nadie duda de que en tales cuestiones se debe obtener el consentimiento. El problema es *cómo* lo obtenemos, vale decir, el camino que nos permita alcanzar los fines de la ley. Ello nos persuade de que lo será a través de una puntual ética procedimental.

En ese sentido se ha visto al consentimiento informado como un proceso de comunicación respetuoso de la autonomía del paciente, y que a su vez, debe favorecer al diálogo propiciando el respeto y reconocimiento no sólo de los deseos y expectativas de aquel, sino de sus valores y de su proyecto existencial. Habilidades comunicativas que no sólo deben considerar al paciente sino también al personal de salud que tiene contacto con aquel y también con sus familiares (Ovalle Gómez, 2009).

En otro orden, y como bien señala el artículo 104 del Código Civil y Comercial la figura jurídica de la tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes del niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil y cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.

El aludido cuerpo normativo destaca que quien ejerce la tutela es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas las cuestiones de carácter patrimonial y es responsable del daño causado al tutelado por su culpa, acción u omisión en ejercicio o con ocasión de sus funciones (conf. artículos 117 y 118 del Código).

Ello no significa, sin embargo, que el propio tutelado no tenga una actitud activa y decisiva en la mecánica propia de la tutela. El artículo 113 del CCiv. y Com. claramente determina que el juez debe oírlo y tener en cuenta sus manifestaciones en función de la edad y grado de madurez, debiendo finalmente decidir atendiendo primordialmente a su interés superior. Y ello no sólo para el discernimiento de la tutela en sí, sino también, para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad (conf. artículo 113. a, b, y c, del CCiv. y Com.).

En línea directa con lo establecido por el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño es una interpretación auténtica de este Documento que “la escucha” no se reduce a una escucha formal sino a una verdadera participación activa del menor y que se resume en la idea de aptitud para exponer y desarrollar sus puntos de vista debiendo evitarse toda influencia o presión indebida sobre el menor. Esto obliga a focalizar la problemática en la ética misma que subyace al acto argumentativo.

Incluso no se descuenta la actuación del tutelado y el progresivo reconocimiento de su capacidad aún en cuestiones de carácter patrimonial, y si es del caso, se lo debe escuchar o atender de forma personal.

A su vez, se ha derogado la tutela legal pues se ha entendido que tamaña designación no depende del arbitrio del legislador sino que debe ser discernida por el juez y de acuerdo a las peculiaridades del caso.

Bien se destacara entre los Fundamentos del entonces Anteproyecto, que carece de todo sentido práctico que la ley “en abstracto y *a priori*” realice una enumeración desconectada con la concreta casuística. No siempre los parientes más cercanos son las personas adecuadas para el cuidado del menor prefiriendo conferir al juez la oportunidad de evaluar y decidir, sin condicionamientos, acerca de la concreta situación de aquel.

Es decir, la mecánica legal apunta a un ajuste y sinceramiento del decisorio y en función de las concretas circunstancias de hecho. Se puede concluir entonces que el parámetro legal no tolera decisiones judiciales alejadas de la realidad. Este dimensionamiento del problema exigirá un procedimiento adecuado y acode a la *mens* de la norma la que no podrá estar alejada de una escucha activa a todos los interlocutores válidos de la situación.

En materia de adopción, también es un principio visceral que el niño tenga el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, y a su vez, es obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años (artículo 595, f. CCiv. y Com.).

Las múltiples miradas desde la que puede ser vista la adopción, no prescinde de explicitarla desde la óptica de los derechos humanos y de allí que por imperativo supralegal, se otorga una fisonomía propia a la figura.

La realidad impone que los adoptantes respeten el derecho del adoptado a conocer sus orígenes y en tanto éste último haya alcanzado la edad y grado de madurez suficiente (artículo 596 del CCiv. y Com.). No se descarta que la familia adoptante requiera asesoramiento técnico a fin de cumplimentar el mandato legal, sobre todo, si se recuerda que más allá de lo formal se trata de dar a conocer de manera completa y sincera información al menor.

A su vez el procedimiento judicial tendiente a declarar la situación de adoptabilidad, exige al juez (es obligatorio) una entrevista personal con los padres y con el niño cuya situación de adoptabilidad se tramita (artículo 609 letra b del Código). Obsérvese que esta puntual circunstancia es independiente de la madurez del menor y de su forma de expresarse (palabras, gestos, dibujos, etc.).

En un decisorio se desprende que las decisiones que se adopten en la especie deben procurar en lo posible no borrar la historia personal de las partes ni sus vínculos afectivos, sino que se trata de re-encauzar la relación propiciando un régimen de comunicación que procure la mayor satisfacción de los intereses en juego —artículo 3 ley 26.061, y artículos 627 b y 652 CCiv. y Com.— (conf. CCiv. y Com.: Necochea, 20-11-2015).

Es que la extinción del vínculo jurídico no implica necesariamente la pérdida de los personales o afectivos, pues puede pensarse en una separación no completa sino ajustada a la puntual casuística.

En otro orden, se ha sostenido que a fin de considerar el estado de abandono y adoptabilidad debe tenerse en cuenta la opinión de la progenitora en tanto no responde a los abordajes, miente y se muestra temerosa (C. Familia de Mendoza: 14-08-2015). Es que la “opinión”, muchas veces, se subsume en toda una actitud que (a su vez) permite un fecundo análisis de toda la situación involucrada.

En la adopción de integración los progenitores de origen deben ser escuchados, salvo causas graves debidamente fundadas (artículo 632 a, Cód.).

A su vez, y del mismo modo, durante el juicio de adopción el juez debe oír personalmente al pretense adoptado (con asistencia letrada), y su vez, debe tener en cuenta su opinión (según su edad y grado de madurez) debiendo prestar su consentimiento expreso si el pretense adoptado tiene más de diez años (artículo 617, b y d, CCiv. y Com.).

De ello se deduce que el pretense adoptado siempre debe ser oído, y debe expresar su consentimiento expreso si es mayor de diez años. De negarse a esto último, se deberá trabajar acerca de los vínculos entre el menor y el pretense grupo adoptivo, y para ello, es prioritario trabajar sobre la base del diálogo y la reflexión.

Consecuentemente puede concluirse que nuevos parámetros obligan a otorgar un perfil al procedimiento basado en la inmediatez y la sinceridad. Las implicancias de éste procedimiento (y su posible conflictividad) supone una escucha productiva a todos los intervinientes en el proceso dimensionando su situación y ajustando prudentemente el decisorio a la situación de marras.

En línea con lo expuesto, el Código se ha hecho eco de la metamorfosis operada en la relación padres e hijos. En tal sentido, es de vital trascendencia referirnos al Título VII (Responsabilidad Pa-

rental) del Libro Segundo (Relaciones de Familia). La noción de “patria potestad” (potestad, poder) ha dejado paso a la noción de “responsabilidad”.

Como se sabe, la responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado (artículo 638 del Código Civil y Comercial).

La responsabilidad parental, en suma, implica colaborar, orientar, acompañar, e incluso, contener al menor y a efectos de formarlo y brindarle una protección integral. Uno de los aspectos medulares que hacen a la comprensión del ejercicio y cuidado del menor en la responsabilidad parental, es el respeto de la autonomía progresiva de hijo.

En línea con la idea de autonomía progresiva, la capacidad estimada como dinámica o variable exige que deba ser visualizada atendiendo a las progresivas características psicofísicas, la aptitud y el paulatino desarrollo del menor. Según ésta mirada y como bien lo destaca el artículo 639 letra b): “A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”. Lo expuesto es radicalmente exacto. Pero, también lo es demostrarle al mismo menor que su decisión no responde a un razonamiento autónomo, sino tal vez, al medio en el cual se desenvuelve o a un típico impulso de su edad. Y ello sólo se logra sobre la base del entendimiento. El interés superior del niño es la cerca que se erigirá a fin de limitar cualquier autodeterminación desmesurada, y es de comprender que aquel estará en fina sintonía con sus aptitudes para evaluar y razonar acerca de puntuales cuestiones.

Interesante es vislumbrar desde la norma la cuestión en que el adolescente, a su vez, es progenitor. En este caso el propio padre del adolescente no permanece marginado por la normativa. De esa forma, puede oponerse a la realización de actos que según su parecer puedan ser perjudiciales para el niño. El artículo 644 del Código determina que el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de los progenitores. En caso de conflicto deberá decidir el juez. Es más, la plena capacidad de uno de los progenitores no modifica éste régimen (artículo 644 del Código Civil y Comercial).

A su vez, en muchos supuestos que hacen al ejercicio mismo de la responsabilidad parental la ley requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores (artículo 645 del CCiv. y Com.). Y si el acto involucra a hijos adolescentes es necesario inclusive su consentimiento expreso. En última instancia deberá resolver el juez atendiendo al interés familiar (artículo 645 del Código).

La edad y la opinión del hijo son exigidas incluso en el supuesto en que acaezca el cuidado personal unilateral, es decir, en el caso en que el cuidado personal del hijo sea asumido por un progenitor (artículo 648 y siguientes y sobre todo artículo 653 letras b y c).

De lo expuesto (en forma muy escueta) se puede inferir la participación productiva de todos los interlocutores válidos en el proceso. Ello puede vislumbrarse —incluso— de lo dispuesto por el Código respecto al plan de parentalidad (artículo 655 del CCiv. y Com.).

El artículo 707 del Código Civil y Comercial destaca la participación de la persona mayor pero con capacidad restringida, y también de los niños, niñas y adolescentes, en todos los procesos que los afecten directamente. En efecto, deben ser oídos y su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su discernimiento y considerando la cuestión debatida en el proceso (artículo 707 del Código Civil y Comercial). De la hermenéutica y razón de la norma se desprende que el niño debe ser escuchado de forma personal y en una escucha directa por el juez.

A su vez, el ser oídos implica que sean escuchados, y ésta como acción compleja implica preguntar, y en su caso, repreguntar, valorar y discernir lo latente y patente en cada discurso práctico.

Escuchar al menor no implica hacerlo ubicándolo en un plano de inferioridad sino reconocer su subjetividad plena y considerándolo en la toma de decisiones y tras informarlo con un lenguaje claro y asequible. El derecho a ser oído procede siempre, sea que el menor sea parte del proceso, es decir, en el ejercicio de sus derechos fundamentales, o bien, cuando sin ser parte la decisión lo pueda afectar de alguna forma.

Además, la fecunda dinámica intelectual impone una mesurada apreciación. Así, se puede avizorar de un decisorio, según el cual, la manifestación efectuada por el menor de edad en el sentido de no querer tener contacto con su abuelo no impide que éste no pueda tener comunicación difiriendo la modalidad de cumplimiento hasta tanto se avance en la respectiva terapia de vinculación. Más aún si no conoce a su abuelo (conf. Cám. 2º de Apelaciones de Mendoza). La dinámica comunicativa impone que los interlocutores estén en condiciones de abordar el diálogo ello hace no sólo a su posibilidad de éxito sino al efectivo acceso a la justicia.

A su vez, bien se ha dicho que los límites a la comunicación están en línea directa con el posible peligro a la seguridad o salud del menor, pues es inalienable e irrenunciable en tanto tiende a la subsistencia de un lazo familiar y afectivo de particular importancia en su formación (CNCiv., Sala B: 15/12/2014).

Consideramos la especial relevancia que el Código Civil y Comercial propina a una ética comunicativa basada en acuerdos y consensos pero para ello deben re-diseñarse las estrategias para alcanzar un diálogo fecundo y productivo.

Siendo así, no es prematuro afirmar que en ocasiones muy puntuales el espíritu del nuevo Derecho Civil se asienta en una ética basada en el entendimiento. En los lineamientos que a continuación se exponen daremos cuenta de ello, pues constituyen el eje alrededor del cual focaliza y adquiere especiales proyecciones el planteamiento del problema.

IV. Planteamiento del problema

De lo expuesto se infiere que ante puntuales hipótesis la ley deja abierta la posibilidad de que el dato empírico sea lo relevante a fin de hallar la solución pertinente. Es decir, la justificabilidad de la norma jurídica se halla en la racionalidad práctica, la que a su vez, debe ser evaluada en función del conflicto.

Los indicadores observados dan cuenta de que el problema es mensurar la *competencia*, es decir, la aptitud del sujeto moral autónomo para discernir y valorar la trascendencia de la decisión que adopta, y ello, en referencia a una puntual cuestión. Siendo así, la pregunta central pasa por vislumbrar cómo se determina la competencia del sujeto, es decir, cómo se llega a la convicción de que es competente para arribar a la decisión de adoptar.

Tal como lo dijéramos, y ante muchos supuestos, la dimensión exacta del problema no radica en juzgar la decisión en sí, sino en si es o no correcta la manera en que se llega a esa decisión; si la estimativa que el sujeto efectúa de la problemática es la apropiada a la luz de los principios morales.

Aduna lo expuesto, la solución brindada por el artículo 404 del Código Civil y Comercial en orden a la dispensa judicial para casarse en relación al menor de dieciséis años y que no cuenta con la autorización de sus representantes legales.

En su literalidad el precepto ordena que el juez deba tener en cuenta el grado de madurez del menor, y tras una entrevista personal debe especialmente referirse a comprensión que los menores efectúan en torno a las consecuencias jurídicas del acto matrimonial. En su caso, debe evaluar también la opinión de los representantes.

Ahora bien, ¿cómo determina el juez el grado de madurez del menor?, ¿cómo se persuade de que el mismo ha comprendido las consecuencias jurídicas del acto matrimonial? Y si se quiere, ¿cómo se evalúa la opinión de los representantes?, ¿cómo sabe el juez cuál es la opinión que está en lo cierto y cuál no?, ¿cuáles son los parámetros para aseverar esto último? En definitiva, todo resultará de un diálogo fecundo y racional de todos los interlocutores válidos y como éstos mensuran el conflicto.

Parafraseando a Maliandi (2010: 105), a veces se trata de *evitar* el conflicto; otras en *resolver* el conflicto soluble; otras, en *regular* el conflicto insoluble; o bien, fijar normas de convivencia. En definitiva, se trata de minimizar la conflictividad.

En la *ratio* de las normas subyace la idea de que la solución del problema debe ser resuelta sobre la base del entendimiento y del diálogo, en otros términos, procurar administrar la conflictividad.

De esa forma, se trata de dimensionar la óptica con que el afectado observa el conflicto que lo tiene como interlocutor, lo que conduce a que el dispositivo sea estimado a la luz de una puntual ética y con las limitaciones propias del respeto que impone la autonomía del agente moral.

En función de todo lo expuesto, el Código parece aludir a una ética procedimental que conduzca a un resultado valioso y cuyo justificativo se halla en la manera de auscultar y medir los efectivos intereses involucrados, las posibles repercusiones de la decisión de que se adopta, y todo ello bajo la égida del discurso intersubjetivo, con la consideración y la comprensión que del caso los mismos afectados realicen.

En otros términos, se trata de vislumbrar el vínculo que mantienen quienes poseen competencia comunicativa y que son interlocutores válidos en la discusión. A tono con lo expuesto, debe comprenderse que hay cuestiones que permiten considerar que la norma jurídica es justa si la solución puede ser aceptada por todos los afectados y tras un diálogo racional. De allí que debe vérselos a éstos últimos como seres dotados de aptitud para discernir y valorar acerca de las consecuencias de la acción.

Sin embargo, bien puede pensarse que una dimensión pragmática y contextualista no podrá desentenderse de una ética fundamentadora y orientadora de compromisos responsables. La normativa propone establecer bases para el diálogo sin pretender imponer la solución, sino más bien justipreciar jurisdiccionalmente la que se estima correcta, en una hipótesis concreta, en determinado tiempo y lugar, y —fundamentalmente— con la activa y sincera intervención de todos los afectados.

V. Análisis del problema

V.1. De la dimensión normativa a la dimensión práctica de la ética del diálogo

Los indicadores apuntados y la naturaleza de los temas aludidos nos persuaden de una hermenéutica superadora de la clásica mirada jurídica, según la cual, la cerrada *mens* normativa indicaba de manera rigurosa el camino a seguir. Era una solución fundamentada en la moral impuesta por el legislador, la que a su vez y por imperativo fáctico, tendía a diluirse en los hechos.

En ciertos supuestos, no parece ser esa la actual lógica normativa ya que el mismo dispositivo jurídico remite inexorablemente al dato de hecho. En otros términos, el juez resolverá dimensionando rigurosamente el dato empírico y es posible sostener que éste último se fundamenta en el diálogo entre todos los afectados.

A su vez, al delegarse en el juez la contemplación de problemáticas sumamente complejas el legislador parte por entender el carácter conflictivo del *ethos*, considerando a su vez, la dimensión pragmática del lenguaje.

El norte fundamental de la ética del discurso responde a la exigencia de que los conflictos sean resueltos a través de discursos prácticos, es decir, un diálogo entre todos los afectados y ello por los efectos mismos que puede generar la discusión.

El discurso práctico debe diferenciarse del discurso meramente teórico pues en tanto éste último solamente contiene una verdad; el discurso práctico no sólo está en juego la verdad sino también la autenticidad, sinceridad y la rectitud inmersa sólo en el del dato de hecho.

En definitiva, es posible que los conflictos de intereses se puedan resolver a través de un intercambio argumentativo en búsqueda de consensos, y a su vez, se trata de la participación en el diálogo de todos los posibles afectados por las consecuencias de la acción.

El análisis recae no sobre la antinomia sino sobre la conflictividad y la problemática se focaliza en la forma de abordarla.

Dice García Marzá que la ética discursiva se presenta como una ética cognotivista, al sostener que las pretensiones de validez de nuestras acciones tienen un contenido racional, por lo que va más allá que la simple expresión de preferencias o decisiones subjetivas. En definitiva, al apoyarse en el contenido normativo de nuestra capacidad de comunicación, de establecer diálogos y alcanzar acuerdos, la ética discursiva nos proporciona una buena plataforma para definir una metodología apropiada para la ética aplicada (2003: 170).

El ámbito dialógico (es decir no monológico, aunque el monólogo puede ser tomado como un diálogo internalizado cuestión extraña a éstos desarrollos) está fundado en una actitud reflexiva en el acto de argumentar. A su vez, la teoría del discurso presupone que los participantes (con su carga histórica) estén en condición de comunicar sus puntos de vista, y como sujetos autónomos la ley presume que están en condiciones de participar en el diálogo contando con suficiente discernimiento e imaginación. De no acontecer ésta circunstancia deberán activarse los mecanismos para que en un pie de igualdad sea posible la sincera actitud de escucha.

En tal sentido, puede imaginarse al que escucha colocarse dentro de la experiencia del que es escuchado, y ello observando una actitud activa, abierta y por momentos inquisitiva, pues las más las veces predominan sobre una misma cuestión miradas absolutamente distantes.

Entonces, los mismos interesados reorientan el sentido de la acción implementando sus ideas morales al campo jurídico, sacando a la luz sus propias competencias como protagonista de la sociedad civil y permitiendo la implementación de aquellos mecanismos que autoricen la búsqueda cooperativa de soluciones.

De acuerdo a lo expuesto, el juez lejos de ser un pasivo espectador del diálogo debe ocuparse (entre otras cuestiones) de garantizar que en la especie no se vea menguada ni se vea deslucida la necesaria paridad de fuerzas entre (posibles) estructuras desiguales de poder. De allí que debe cerciorarse de que estén dadas las condiciones para el diálogo pudiendo hacer uso en su caso de medidas de apoyos o representación necesaria (artículos 43, 100 y concordantes del CCiv. y Com.).

Es que pensar en una ética dialógica supone que estén dadas las condiciones para el diálogo, y ello, a fin de que naturalmente puedan llevarse a cabo los actos discursivos. De allí que pensarse que necesariamente debe existir sinceridad entre los interlocutores, y ello se puede lograr si aquellos tienen la oportunidad de justificar sus decisiones en un marco donde negarse a hablar puede ser decididamente pernicioso para sus intereses.

A veces se ha intentado desintegrar artificialmente al conflicto olvidando que la dimensión humana de aquel no tardará en sublevarse contra el necio acto de autoridad.

Debe entenderse que ante determinados supuestos, no es conveniente que se niegue derechos, sino más bien que se trata de compatibilizar los intereses contrapuestos y sobre la base del diálogo y la reflexión. Alcanzar el consenso es la meta ideal en búsqueda de la sinceridad y de la verdad.

V.2. Acerca de la norma jurídica y la ética discursiva

Siguiendo en lo pertinente las elucubraciones de Alexy, y desde un abordaje empírico-descriptivo, se trata de describir y establecer la prognosis de la praxis de los tribunales tratando de auscultar la voluntad fáctica de legislador. A su vez, y si es del caso, desde una dimensión práctico-normativo se trata de fundamentar la hermenéutica de la norma o de una nueva institución (2007: 241).

De lo expuesto se infiere que allí donde la norma jurídica deja abierto el conflicto a la decisión del juez, debe éste hacer uso de una ética procedimental que allane el camino. Y en ese sentido, el discurso (como solución lógica) actúa como procedimiento de corrección práctica de la norma jurídica.

Lo cierto es que cada uno de los involucrados en la problemática mantiene su punto de vista acerca del conflicto en cuestión y de acuerdo a sus posibilidades de análisis. En la dimensión humana puede aseverarse que nadie ostenta la verdad absoluta del problema, sino que cada uno mantiene su visión del conflicto y tras un enfoque sesgado por la realidad vital.

Por discurso ha de entenderse una forma de diálogo en la que se cuestionan *pretensiones de validez* y en la que se emplean *argumentos y contra argumentos racionales*. Bajo la faz práctica, puede vislumbrarse la pretensión de veracidad y rectitud y su criterio de solución es el *consenso*. Esa búsqueda implica un procedimiento, de allí, que puede decirse que estamos ante una *ética procedimentalista*.

Lo importante en la teoría del discurso es que los participantes tengan suficiente aptitud de juicio e imaginación (Alexy, 2007: 294). El mismo procedimiento permitirá la apertura de diferentes canales de comunicación.

El juez podrá decidirse por el camino que las mismas partes proponen o el que entiende conveniente considerando los actos del lenguaje y la comunicación, que a su vez, parecen convertirse en un eje visceral alrededor del cual gira la materia jurídica comprometida. Ésta última puede ser vista desde las frías fojas de un expediente, o bien, desde lo humano auscultando la realidad en la que afloran los intereses comprometidos.

Sobre la base de lo expuesto, la novel normativa propone un paradigma intersubjetivo basado en el lenguaje, la comunicación y la comprensión de los sujetos inmersos en una situación jurídica determinada. Sólo bajo tal entendimiento, por ejemplo, podemos evaluar la madurez de un menor para un acto determinado, verbigracia para contraer matrimonio, o los actos que puede o no realizar un sujeto con capacidad restringida.

En el diálogo es factible que ocurra la autoreflexión y la autoconsciencia del sujeto auténtico y autónomo.

V.3. Acerca de las pretensiones de validez de la ética procedimentalista

En función de lo expuesto, el discurso debe ser visto un procedimiento adecuado por razones heurísticas (Alexy, 2007: 295).

A su vez, puede avizorarse una dimensión pragmática del lenguaje ya que todo acto lingüístico puede resolver los conflictos de intereses que se suscitan. Éstos pueden ser resueltos a través de

discursos prácticos, es decir, de diálogos argumentativos en los que se busca el consenso de todos los afectados por las consecuencias de la solución práctica que se pretende implementar.

Al decir esto último (la participación activa de todos los afectados por las consecuencias de la acción) se reconstruye el principio de igualdad elaborado esta vez desde la óptica comunicativa. Según éste ningún interlocutor válido debe ser excluido *a priori* de la argumentación, y ello, en la medida en que ésta versa en cuestiones que le afectan o en que sus intereses deben ser tenidos dialógicamente en cuenta. Desde la óptica comunicativa todos somos iguales y todos pueden efectuar valiosos aportes que permitan la solución del conflicto.

De allí que cualquier actividad o institución que pretenda ser legítima debe reconocer que los afectados por las normas de ese ámbito son interlocutores válidos, y esto exige considerar que tales normas serán justas únicamente si pudieran ser aceptadas por todos ellos tras un diálogo racional. Toda argumentación moral se apoya en esa regla básica según la cual, todo discurso práctico supone el intercambio de razones, libre e ilimitado, entre todos aquellos a los que la acción afecte o pueda afectar en sus intereses.

Sin perjuicio de ello (y tal como se dejara traslucir en desarrollos precedentes), la dinámica comunicativa impone que con sumo cuidado se consideren las bases para un fecundo entendimiento. De allí que es plausible los decisorios que establecieron que no procede la revinculación coercitiva de una menor con su madre debiendo en su lugar posponer la toma de contacto hasta que esté plenamente de acuerdo con ello (Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A: 21/08/2015).

V.4. Dimensión intersubjetiva del discurso

Al dimensionar el fenómeno de la argumentación puede señalarse que se trata de pasar del “yo pienso” al “nosotros argumentamos”. Es que la ética del discurso, en definitiva, es un esfuerzo por superar el egocentrismo.

En función a esto último, Karl-Otto Apel citando a Jürgen Habermas se ha referido a las pretensiones de validez de todo acto argumentativo si pretende ser tomado en serio.

Según esa óptica, las pretensiones se clasifican de manera sistemática distinguiendo:

- 1) la pretensión de *sentido o comprensibilidad*,
- 2) la pretensión de *sinceridad*,
- 3) la pretensión de *verdad*,
- 4) la pretensión de *corrección* (moral).

A su vez, parafraseando a Apel puede decirse que la corrección referida a la dimensión intersubjetiva del discurso admite como pretensiones de validez los siguientes puntos:

- Que todos los miembros (actuales o posibles) de una comunidad discursiva e ilimitada tienen los *mismos derechos*.
- Las normas morales, es decir las normas generales a seguir, tienen que ser aceptables —y en tal medida consensuales— por parte de todos los afectados.
- Sus resultados deben ser *aplicados* en el mundo real, lo que supone corresponsabilidad en el descubrimiento y solución discursiva. De ese modo, por ejemplo, los conflictos deben resolverse en un discurso libre de violencia (Apel, 2011: 276 y ss.).

Estamos entonces ante una ética de la responsabilidad en la que se busca el consenso como solución a los problemas morales, y de no ser ello posible, las estrategias deben estar orientadas al establecimiento de relaciones dialógicas a largo plazo.

V.5. La teoría argumentativa

Basada en la idea de armar modelos de racionalidad que tengan como fin orientar la toma de decisiones jurídicas ha surgido la teoría de la argumentación jurídica que es concebida como una actividad lingüística que trata de la corrección de los enunciados normativos (Alexy, 2007: 34).

Parte por sostener que la fundamentación de una postura no se agota en la consecuente respuesta sino en el argumento que sirve de defensa a la postura que se adopta. De allí que lo relevante pasa por la necesidad de un intercambio de argumentos y contra argumentos.

La teoría de la fundamentación, a su vez, debe diferenciarse de la teoría de la decisión si consideramos que lo relevante pasa por sopesar la formación de la voluntad. Si se trata de problemas prácticos derivados de intereses divergentes la solución puede buscarse o bien en la transacción o bien en el contexto de una común formación de voluntad.

El discurso jurídico es una hipótesis especial del discurso práctico, limitado obviamente por la ley o las normas procedimentales.

Cuando la argumentación jurídica está referida a cuestiones prácticas deben éstas mantenerse en la órbita del Derecho vigente, pero a su vez, como discurso práctico debe atender a los intereses de las partes.

De allí se desprende que la argumentación empírica es necesaria a fin de alcanzar una fundamentación jurídica.

La ética del consenso, a su vez, justifica la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad. La primera, implica que más allá del resultado alcanzado se presupone la convicción o disposición de ánimo de que la solución adoptada justifica la acción. Constituye la *intentio animi*, vale decir, el designio íntimo de la voluntad dirigido al principio moral (Maliandi, 2010: 57).

La ética de la responsabilidad, en tanto, toma en consideración la asunción por el sujeto de las consecuencias predictibles que implica la realización de la acción.

Ello exige que a través del diálogo se pueda vislumbrar que el sujeto es responsable y está convencido de las decisiones que adopta. De allí que puede dimensionar las razones por las cuales acepta o rechaza una solución; no descartándose incluso que la actividad comunicativa se limite a sentar las bases de un diálogo que de primera no es posible.

V.6. La actividad dinámica del lenguaje

En tanto es una clave fundamental para comprender los fenómenos humanos, al lenguaje se lo debe interpretar como generativo y no meramente descriptivo. Es que el lenguaje crea realidades, es decir, dota de acción, modela la identidad del sujeto y permite ganar el dominio de su propia vida. El lenguaje puede confluir sobre nuestras estructuras de pensamiento.

Dice Echeverría: la forma como operamos en el lenguaje es el factor más importante para definir la forma como seremos vistos por los demás y por nosotros mismos. Descubriremos cómo nuestra identidad personal y la del los demás son producto de una construcción lingüística. Y a su vez, nuestro mundo se constituye en el lenguaje y los diferentes mundos emergen según el tipo de dis-

tinciones lingüísticas que seamos capaces de realizar, las maneras en que las relacionemos entre sí y de acuerdo al tipo de juegos de lenguaje con los que operemos (2006: 36).

Desde la ontología del lenguaje se afirma que no es la vida la que nos permite descubrir como somos, sino que es el ser humano el que recrea y se reinventa a sí mismo sin perjuicio de permanecer sujeto a condicionamientos biológicos y naturales; históricos y sociales. Los individuos poseen aptitud de crearse a sí mismo, y ello es así, a partir de la capacidad generativa del lenguaje. La interpretación que hacemos sobre nuestras propias vidas nos permite ganar dominio sobre ella y jugar un papel activo en el diseño de ser en que queremos convertirnos.

Siendo un fenómeno social nace de un dominio consensual, ya que los participantes de la interacción social pueden compartir sonidos, gestualidad, etc., y al fin de coordinar acciones, designar objetos o aludir a acontecimientos.

El individuo se constituye en el lenguaje, y atento a que nace del dominio consensual puede decirse que permite coordinar acciones y de esa forma regenerar o redireccionar el sentido de la propia vida, dándole al sujeto la posibilidad de transformarla o modificarla.

Puede haber ajustes al lenguaje que estarán en íntima relación con la competencia lingüística que exhiba el interlocutor. A ello se le suma la significación que se le dé a las palabras, en un contexto dado y en un ambiente sociocultural determinado.

En fin, se trata de comprender los actos lingüísticos sea que impliquen compromisos sociales y avistando que la realidad puede ser vista desde las afirmaciones, o bien, desde las declaraciones o relatos. Éstas últimas son realidades lingüísticas que deben ser sopesadas de forma diferente.

Al fin, debe entenderse que no es la realidad la que está en juego, sino más bien cómo interpretamos esa misma realidad, y ello, desde nuestra estructura biológica y en un todo coherente con nuestras emociones. La interpretación de la vida abre y cierra posibilidades, posibilita o inhibe posibilidades de acción. Ella genera poder en la medida en que incide sobre nuestra capacidad de acción transformándonos y modificando la realidad en que vivimos.

VI. Conclusión

Lo expuesto nos conduce a sostener que existen en el Código Civil y Comercial reglas abiertas que dan pie a una ética del discurso y de la argumentación. Nada en la letra de la ley puede quedar marginado ni inconcluso ya que ello fluirá al momento de aplicar ese dispositivo, el que a la vez corre el riesgo de no ser interpretado coherentemente. Y el consenso sólo debe entenderse bajo la égida de la auténtica convicción y responsabilidad por la decisión que se adopta.

Así, por ejemplo, y tal como se tuvo oportunidad de apreciar en lineamientos anteriores, en materia de responsabilidad parental el artículo 639 del Código Civil y Comercial sostiene que a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores (artículo 639 letra b). La solución es lógica. Sin embargo y ante la concreta casuística, podemos cuestionarnos cómo medimos la progresividad de la autonomía si no es sobre la base del diálogo y la comunicación inteligente y productiva, que a su vez, conduzca al consenso y referida siempre a una puntual situación.

Si admitimos esa faz procedimental la pregunta es cómo encaramos ese diálogo. Y en ese sentido no debe olvidarse que la preocupación mayor de la ética del diálogo es hallar una fundamentación apropiada que ayude a hacer posible el fenómeno de la convivencia, y ello, en el marco de una situación determinada. Y aquella sólo es posible desde la consideración y respeto hacia la postura de cada interlocutor válido.

Es que ninguna argumentación debe quedar marginada sino que todas deben sumarse si se desea obtener una mirada amplia y sincera del conflicto, y ello en función de congeniar intereses, que por otra parte y las mas de las veces, hacen a los más caros sentimientos del justiciable. En función de todo ello, el discurso jurídico deberá efectuar una labor de corrección y justificación jurídica del discurso práctico.

A su vez, en lo expuesto subyace la idea de que ciertos conflictos pueden ser entendidos desde su dinámica interna, de allí que se trata de ajustar las posiciones encontradas procurando la evolución de la conflictividad a través de soluciones creativas emanadas de los mismos afectados.

Situación conflictiva no necesariamente implica contradicción de intereses, y de allí, que es muy posible que creyendo que lo primero se condensa en lo segundo terminemos por no dimensionar acabadamente al conflicto en sí.

A fuerza de comprenderlo, sabiamente el legislador ha dejado en manos del diálogo la solución inteligente y creativa, pero a su vez, está en el operador jurídico aplicar correctamente ese dispositivo.

O resolvemos sin salirnos de la antinomia, o bien, elevamos la antinomia al plano de la conflictividad, y en ella, adaptamos o ajustamos aquella antinomia a través de un enfoque creativo, que sin eludir la conflictividad procure al menos administrarla.

Tal vez la solución no pase por encontrar falsos (y no menos débiles) acuerdos sino en aprender a focalizarlos desde la convivencia inteligente y más allá del desacuerdo de fondo.

El conflicto no es el problema sino que éste se focaliza en saber abordar la conflictividad. A su vez, debe comprenderse que administrar apropiadamente la conflictividad es una forma de resolverla.

VII. El informe final

Ante puntuales problemáticas el Código Civil y Comercial promueve soluciones basadas en el diálogo y el consenso de todos los interlocutores válidos. Debe partirse por el absoluto respeto hacia el sujeto autónomo, y así, el diálogo debe ir encaminado a vislumbrar las aptitudes para discernir y contemplar los diferentes puntos de vista que justifican al conflicto.

Auscultar la perspectiva desde la que cada interlocutor válido observa y sufre el conflicto, permite integrar, sincerar y justipreciar los diferentes ángulos desde los cuales se lo padece. De allí la importancia de no permanecer fuera de su abordaje y considerar que la problemática pasa por la hermenéutica que cada uno hace de ese conflicto. No hablamos de verdades parciales pues se supone que todas responden a valores superiores de quien las argumenta. Esa visión responde más bien a lo que cada uno entiende que es, por ejemplo y ante una puntual casuística, el interés del niño o adolescente; o bien, porque es maduro o no lo es; o hasta donde llega la razonabilidad del ajuste del que habla el artículo 32 del Código y en relación a quien padece una restricción a su capacidad. Al fin, debe entenderse que por sostener erróneamente que en la especie acaece una verdad absoluta pueden dilapidarse perspectivas, o bien, puede caerse en un reduccionismo mental y emocional que cierra posibilidades de resolución en lugar de diversificarlas.

Enfocar la problemática desde el punto de vista de la ética nos permite diferenciar dos aspectos: por un lado hallar el principio mismo que fundamenta la decisión, y segundo, diseñar aquel procedimiento que permita aplicar aquel fundamento. En éste último aspecto la cuestión presenta un viraje interesante, dado por la ética de la responsabilidad en la aplicación del principio fundamentador, cuestión que adapta el principio al contexto, a la situación y a las consecuencias que genera la aplicación del principio. Eso implica, a su vez, la elección responsable del principio escogido. Es muy posible que deba acudir a la interdisciplinariedad.

Allí donde la ley remite implícitamente al diálogo subyace una ética procedimentalista, que a la manera de ética comunicativa, permite que los intervinientes revean sus puntos de vista, en una tarea de contrarrestar argumentaciones válidas pero susceptibles de ser revisadas en función de otras argumentaciones, y todo ello, acorde con los parámetros de una ética basada en el lenguaje. El gran desafío está en hallar los mecanismos que permitan encontrar aquellas estrategias que conviertan en productivo al diálogo, y ello, a fin de cubrir esa necesidad interna que justifica al conflicto.

El legislador actual observa que ciertos conflictos exceden los estrictos lineamientos de la norma jurídica. De ser el caso, se tratará de compaginar intereses divergentes y para ello es de rigor que se parta por considerar cómo los interlocutores ven el conflicto. En el diálogo puede vislumbrarse la realidad oculta y los efectos jurídicos que esa visión genera.

El orden jurídico tiene una misión decisiva: establecer aquellas pautas que legitimen legalmente el diálogo y la consecuente decisión. La tarea del juez será —desde luego— que los juicios de la argumentación se puedan subsumir en el marco normativo vigente y esté razonablemente fundada. Es un juicio de corrección. Es que desde siempre está la misión de salvaguardar los postulados máximos de la ley y de los valores inmersos en ella y en función de una sociedad debidamente ordenada.

VIII. Bibliografía

ALEXY, Robert (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción: Manuel Atienza - Isabel Espejo. 2º ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALTERINI, Jorge y otros (2015). *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires: La Ley. T. 1.

APEL, Karl-Otto (2011). *Paradigmas de filosofía primera*. Buenos Aires: Prometeo.

CORTINA, Adela (1996). *El estatuto de la ética aplicada. Hermenéutica crítica de las actividades humana*. Isegoría N° 13: 119-127. Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es>

DWORKIN, Ronald (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho.

ECHEVERRÍA, Rafael (2006). *Ontología del lenguaje*. 8ª ed. Buenos Aires: Granica.

GARCÍA-MARZÁ, Domingo (2003). "Responsabilidad por la praxis: la ética discursiva como ética aplicada", en: Adela Cortina y Domingo García-Marzá, *Razón Públicas y Éticas aplicadas*. España: Tecnos.

LORENZETTI, Ricardo Luis y otros (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

MALIANDI, Ricardo (2010). *Ética y convergencia. La ética discursiva de Karl-Otto Apel y el laberinto de los conflictos*. Buenos Aires: Olmos.

OVALLE GÓMEZ, Constanza (2009). *Práctica y significado del consentimiento informado en hospitales de Colombia y Chile*. Universidad de Manizales. CINDE. Disponible en: www.bieticaunbosque.edu.co [Fecha de consulta: 29/02/2016].

ROMERO COLOMA, Aurelia M. (2002). *La medicina ante los derechos del paciente*. Madrid. España: Montecorvo.

Jurisprudencia

CNCiv., sala D, 20/08/2015 “G. M. E. s /art. 152 ter C.Civ.” Cita: MJJ95525.

C. Apel. Trelew, Sala B, 12/11/2015 “Asesoría de Familia s/ declaración de incapacidad J. E. M.” Cita: La Ley on line, AR/JUR/50424/2015.

C. Apel. Trelew, Sala A, 21/08/2015 “Asesoría de Familia e Incapaces s/ medidas de protección” ED 28/10/2015, 5. DFyP, 2015 noviembre. 94.

CCiv. y Com., Necochea, 2015/11/20 “F. J. C. y L. A. s/ privación de patria potestad”. Publicado en el Dial.com AA946-B (19/04/2016).

C. Flia de Mendoza, 14/08/2015 “C., N. E y S. C., P. E. s/ medida cautelar”. Cita online: AR/JUR/36034/2015.

C2ªCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 25/08/2015 “F, P. R. c/ C., A. F. s/ Régimen de visitas provisorio”. La Ley on line, AR/JUR/36039/2015.

CNCiv., sala B, 15/12/2014, “T., R. E. y otros c/ B., C. R. s/ autorización”. Sup. Doctrina Judicial Procesal, 2015 abril 27; cita online: AR/JUR/66526/2014.

Fecha de recepción: 13-04-2016

Fecha de aceptación: 08-08-2016

El nuevo Código Civil y Comercial y la responsabilidad civil (de intenciones, realidades, concreciones y mitologías)

POR **MARCELO J. LÓPEZ MESA** (*)

Sumario: I. Proemio. — II. Los jueces y la responsabilidad civil. — III. La asistematicidad del tratamiento de la responsabilidad civil en el nuevo Código. — IV. La regulación de la responsabilidad civil en el nuevo Código y los necesarios ajustes a practicarle interpretativamente. — V. La responsabilidad civil tallada por el nuevo Código. — VI. Comprobaciones provisorias. — VII. Bibliografía.

Resumen: el nuevo Código Civil y Comercial no ha logrado conformar en materia de responsabilidad civil un sistema cerrado, coherente, uniforme, completo. Ello, porque si bien es cierto que en los artículos 1708 a 1780 del Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) se encuentran las principales normas dedicadas a esta temática, no es menos cierto que subsisten numerosas normas sueltas en otros segmentos del nuevo Código, las que contemplan supuestos puntuales y particulares de responsabilidad. En tal situación, como no puede permitirse que tales normas dispersas jueguen como engranajes sueltos, es imperativo vertebrar los numerosos elementos inconexos en un sistema integrado, amalgamado interpretativamente. Se requiere de una formulación heterodoxa que parta de elementos ortodoxos, que pueden iluminar las nuevas normas, allí donde finquen sus mayores oscuridades y darles un criterio de unidad, que las haga colectivamente mejor de lo que cada una es en su individualidad.

Palabras claves: responsabilidad civil - daño - nuevo Código Civil

Le nouveau Code Civil et Commercial argentin et la responsabilité civile. (Des intentions, des réalités, des concrétions et des mythologies)

Resumé: le nouveau Code Civil et Commercial argentin n'a pas réussi à conformer en matière de responsabilité civile un système fermé, cohérent, uniforme, complet. Cela, parce que bien qu'il est certain que dans les arts. 1708 à 1780 CCC se trouvent les normes principales dédiées à cette thématique, il n'est pas moins certain que de nombreuses normes libres subsistent dans d'autres segments du nouveau Code, celles qui contemplent des suppositions ponctuelles et particulières de responsabilité. Dans telle situation, comme il ne peut pas être permis que telles normes dispersées jouent comme engrenages libres, il est impératif de coordonner les nombreux éléments sans connexion dans un système intégré, interprétativement amalgamé. On requiert d'une formulation hétérodoxe qu'il parte des éléments orthodoxes qui peuvent illuminer les nouvelles normes, là où finquent sa plus grande obscurité et leur donner un critère de unité, qui les fait collectivement meilleures que chacune est dans son individualité.

Mots clef: responsabilité civile - dommage - le nouveau Code Civil

(*) Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Galicia, España) y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Co-Director de la Diplomatura en Derecho Civil de la Universidad Austral. Prof. visitante de varias Universidades extranjeras. Juez de la Cámara de Apelaciones de Trelew.

I. Proemio

Ya no sirve llorar sobre leche derramada, ni pontificar de *lege ferenda* soluciones maravillosas, cuando el 1° de agosto de 2015 entró a regir un nuevo Código Civil y Comercial, que en solo ocho meses por sus efectos ya ha dejado claro que está lejos de ser la maravilla o el “*monumento legislativo*”, que declamaban entusiastamente sus autores y propagandistas.

Sin cargar las tintas sobre el nuevo ordenamiento, pero sin dejar de hacer notar que su implementación requerirá de un ingente y denodado trabajo de los operadores judiciales, es patente que el desafío actual es interpretar, integrar y explicitar ese texto normativo del mejor modo posible, para darle por vía hermenéutica la lógica, coherencia y profundidad de la que carece en origen.

El imperativo de estas horas es formular una exégesis razonable, inteligente, equilibrada del nuevo ordenamiento sancionado por ley 26.994, que posibilite su aplicación sustentable, racional y valiosa a los casos concretos, de modo de conformar una doctrina legal que esté a la altura del derecho del país y no sea una caricatura del mismo. Ya lo hemos hecho en materia de obligaciones (1) y nos disponemos a hacerlo seguidamente en lo concerniente a la responsabilidad civil.

Claro que tratar de explicar hoy coherentemente los fundamentos de la responsabilidad en el derecho privado argentino vigente puede ser, en algunos casos, una labor ímproba. Iremos despacio.

II. Los jueces y la responsabilidad civil

El nuevo Código presenta severas falencias y disonancias en el cuadrante de la responsabilidad; ello, porque es una de las temáticas donde la ideología de la reparación —*apenas disimulada*— de sus redactores ha quedado más expuesta y en la que la asistematicidad y desequilibrio de todo el régimen es más tangible.

Un enjambre de normas y de criterios jurisprudenciales receptados por ellas, buscando corregir supuestos vicios y vacíos de la responsabilidad civil en la doctrina y jurisprudencia tradicionales, ha dejado plasmado un régimen peculiar, que sobresale no por su profundidad ni precisión, sino por su textura abierta, que terminará dejando en manos de los jueces la determinación no ya del cómo de la responsabilidad civil, sino incluso del qué de ella, que es lo más preocupante.

Tal resultado no es casual, sino que parte de un preconceito sobre la figura reglada: la responsabilidad civil que algunos ven como una herramienta maravillosa; un prodigio de ingeniería social destinada a corregir toda injusticia, de reparar el daño —o *supuesto daño*— que alegue toda víctima —*lo sea o no*—; una herramienta que algunos usan implícitamente como un factor de redistribución de ingresos y de posibilidades, incluso, ya que sus fallos y teorías terminan por colocar a las víctimas en mejores condiciones de las que estaban antes de sufrir el percance.

A tenor de estas ideas y de las nuevas normas sancionadas, la responsabilidad ha dejado de ser una pequeña superficie del derecho civil para avanzar hasta ocupar, cuantitativa y cualitativamente, un importante segmento de éste.

Entonces, ya no puede compararse a la responsabilidad civil con una laguna de planicie, de superficie quieta, sin olas ni remansos. En la actualidad, en ocasiones, se parece más a un mar, donde oleadas imprevisibles —y, a veces, *furiosas*— se empeñan en devastar las superficies con que entran en contacto (López Mesa, 2008: 23).

(1) Cfr. López Mesa, M. (2015). *Derecho de las Obligaciones. Análisis exegético del nuevo Código Civil y Comercial*. Montevideo-Buenos Aires: Edit. B. de F, 2 tomos, 2223 páginas; ídem (2015). *Derecho de las Obligaciones. Manual*. Montevideo-Buenos Aires: Edit. B. de F, 2 tomos, 1302 páginas, en ambos, véase Capítulo I.

En un magnífico párrafo Gérard Charollois dice agudamente que “la responsabilidad civil es el dominio más rico de nuestro derecho privado y es el que ofrece a la doctrina y jurisprudencia un vasto campo de desarrollo, donde el razonamiento y la búsqueda de la equidad se libran de la, a menudo estéril, pesquisa de ‘la intención del legislador’” (1995: 315).

Este campo de aplicación de normas se ha visto ensanchado por una interpretación inteligente en varios casos de la jurisprudencia francesa, que ha hecho decir a un autor que:

“a finales del siglo XIX, la revolución industrial provocó a la Corte de Casación audaces interpretaciones. ¡A finales del siglo XX, las nuevas ‘tecnologías’ la incitan a refinamientos suplementarios ya que (...) la ‘máquina’ moderna sería capaz de infligir directamente un sufrimiento moral!” (Lapoyade Deschamps, 1992: 409).

Claro que este activismo jurisprudencial no ha estado exento de críticas (2) y ha anidado en una regulación normativa que habrá —incluso— de hacerlo exponencialmente.

La máquina, el maquinismo, la tecnología y hasta las guerras han movido las aguas quietas de la vida de comienzos del siglo XX y han retado al derecho a asumir realidades para las que no estaba preparado, debiendo muchas veces tomar medidas urgentes, por conducto de decisiones judiciales que iban marcando tendencias, que recién mucho tiempo después el legislador receptaba.

El problema es que el legislador de la ley 26.994 ha pretendido ser heraldo de la realidad, procurando conducir a ésta hacia determinados sitios, que él juzga correctos; para peor, la falta de determinación de requisitos, presupuestos y precisiones de aplicación de las nuevas normas sancionadas ha dejado de hecho en manos de los jueces la toma de decisiones centrales y gravitantes, en esta y en otras materias.

Llegado este punto cabe recordar que un sutil magistrado y jurista capitalino, el Prof. Ricardo A. Guibourg, bien ha dicho que el legislador del nuevo Código “(...) se siente más próximo del Sermón de la Montaña que de la descarnada precisión del Código Napoleón, y que, al reservarse una función moralmente rectora, renuncia a la función de establecer criterios operativos para cederla, en la práctica, a los jueces” (2015: 3).

La opción es clara, entonces: o los jueces conformamos inteligente y laboriosamente —*a partir de normas sueltas*— un régimen que acoja debidamente a los supuestos concretos de responsabilidad e integre en ellos —por vía de interpretación— las precisiones regulatorias que faltan en la materia y lo hacemos con alcances claros; o, directamente, la práctica cotidiana de nuestros foros va a cobrarle a los justiciables y operadores jurídicos un altísimo precio, el que se pagará en moneda de seguridad jurídica, certidumbre y falta de inversión y desarrollo empresarial, que suelen ser las connaturales consecuencias de los primeros disvalores.

O, peor aún, la falta de racionalización judicial ante la extrema amplitud y vaguedad de los textos normativos que conforman el “sistema de responsabilidad civil” (artículos 1708 a 1780 CCiv. y Com.), sumado a la dispersión de normas de responsabilidad civil por todos los Libros y por numerosos Capítulos del nuevo Código, además de incertidumbre puede engendrar frutos más amargos todavía, como notorias arbitrariedades judiciales, al ser aplicados los textos conjeturalmente a los casos concretos, según predilecciones personales de algunos jueces, resultando imprevisible en sus alcances.

(2) Véanse las críticas y las agudas ironías que le dedica a la intervención creadora de la magistratura el maestro Alain Bénabent, en un artículo cuyo título lo dice todo: “Un nuevo instrumento jurisprudencial: la goma de borrar” (Cfr. Bénabent, Alain (2008). “Un nouvel instrument jurisprudentiel: la gomme à effacer”, en *Libre droit. Mélanges en l’honneur de Philippe le Tourneau*. Paris Edit. Dalloz, pp. 81-83).

Una verdadera “justicia del Cadí”, esto es, no una doctrina legal coherente, plausible, elaborada inteligentemente en base a textos que se elevan interpretativamente, sino todo lo contrario, una doctrina conformada de improviso, al calor del momento, sin suficiente racionalización, en base a tajantes criterios ideológicos, que juzga heréticas a óbices y opiniones racionales y que se apoya, en el fondo, en sentimientos de “equidad” e “inclusión”, es otro de los frutos que cabe esperar de la implementación de tales criterios a los casos; en vista de los primeros frutos judiciales del nuevo Código, no es descabellado mirar este horizonte como posible y hasta probable.

En cualquier caso, menuda tarea nos ha dejado el legislador a los jueces, dada la proliferación de definiciones en el nuevo texto, sobre todo tipo de figuras jurídica, las que —*para peor*— no son —*en general*— definiciones normativas, sino doctrinarias, al punto de que el nuevo texto legal más parece un texto inicial de doctrina, antes que un ordenamiento de derecho privado.

No dudamos sobre la agudeza de una frase de un distinguido profesor colombiano:

“(…) es palmario que la misión de la ley no es la de agotar la temática propia de la responsabilidad, por cuanto aún la más elaborada y refinada perdería celeremente su carácter omnicomprensivo, arropador y regulador del todo. Es entonces necesario que, como complemento insustituible, con fuerza y carácter orientador, irrumpa la jurisprudencia, preciado instrumento al servicio de la sociedad y de la ciencia del Derecho, en particular, sin la cual muchos de nuestros ordenamientos estarían confinados a un museo, o a ser considerados como parte inactiva de nuestra historia remota. No en balde, la jurisprudencia tiene el acerao don de vivificar la ley, de hacer que el derecho se considere vivo y no cadavérico. Por ello, en buena hora, ha sido superada la exégesis, y con ella, esa avara y apocada visión del juez, de quien se decía, sin rubor, que era la boca de la ley. Hoy, felizmente, esa óptica ha cambiado, y sin que abogemos por un activismo judicial ciego y desbordado, no puede dejarse de reconocer el sitial reservado al *iudex* moderno, cauto y prudente, como corresponde, pero sintonizado con la realidad imperante; un juez que no sea un espectador indolente, sino un ciudadano de carne y de hueso, preocupado por las necesidades de los justiciables, garante de sus derechos fundamentales. Nos referimos, en una concepción bifronte, a que su noble labor se enmarque en el equilibrio, y no en el desequilibrio, so pretexto de la desenfrenada protección de unos, en desmedro de otros, olvidando que no es prototípico redentor o mesías, sino un juzgador, con todo lo que ello responsablemente entraña. Por ello es por lo que el apellidado ‘juez descontrolado’ es un actor que, antes que equilibrar, desajusta y erosiona la actividad judicial, y de paso, contribuye a la desestabilización jurídica e institucional” (Jaramillo, 2008: 18).

En una de esas brillantes agudezas que suelen deslizar los doctrinarios realistas norteamericanos, en especial, los realistas americanos que a la vez son jueces, uno de los más lúcidos de ellos —*Julius Stone*— dijo que “la ley no siempre es el camino del derecho, pero siempre debe servir de poste indicador de ese camino”.

Por ende, sin duda la ley debe contener precisiones que eviten la sensación de andar a campo traviesa, inaugurando sendas que perfectamente puedan terminar en precipicios insondables, si no en ciénagas profundas.

Es así que la innegable contribución de la magistratura en el avance de la responsabilidad civil tiene, como el Dios Jano, dos rostros diferentes: uno es el rostro feliz, confiado, limpio, del progreso, de la evolución, del mejoramiento. Este rostro se ve en las innovaciones felices, en las construcciones sutiles, en las verdades evidentes de algunos fallos señeros que han hecho adelantar décadas a la responsabilidad civil.

El otro es un rostro atribulado, crispado, pletórico de preocupación, es el rostro de la chapucearía técnica, de la declamación insustancial, de la ideología de la reparación, de la beneficencia con dinero ajeno, del encastillamiento en una ideología no explicitada, pero evidente en el nuevo Có-

digo (3), que sus redactores parecen reservarse para sí, como si se tratara de arcanos que no pueden frecuentar otros que no pertenezcan a su círculo.

También este rostro es mostrado a veces, muchas más de las que nos gustaría, por la magistratura argentina. Y creemos que el nuevo Código, por todas las particularidades que lo definen en materia de responsabilidad, habrá de mostrar mucho más de lo conveniente esta faceta. Ella genera inseguridad jurídica encarece las primas de los seguros, torna más onerosa la práctica médica al generar una medicina a la defensiva, fomenta la incertidumbre, la falta de inversión productiva, la desconfianza, etc.

III. La asistematicidad del tratamiento de la responsabilidad civil en el nuevo Código

No han faltado autores que pretendan que el nuevo Código Civil y Comercial es una estructura sistemática, incluso superior al Código de Vélez en este aspecto y que ha unificado completamente el régimen de la responsabilidad en un solo régimen, en los artículos 1708 a 1780 (CCiv. y Com.), borrando las diferencias entre la responsabilidad contractual y la aquiliana.

Incluso, en el Nro. XIII) “La responsabilidad civil como sistema”, de la nota de presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial, firmada por Ricardo Lorenzetti, se lee textualmente que “La responsabilidad civil es regulada como un sistema que admite tres funciones (artículo 1708), función preventiva (artículo 1710 y ss.), disuasiva (artículo 1715) y resarcitoria (artículo 1716 y ss.). Este diseño es novedoso dentro del derecho comparado”.

Frente a la contemplación del piélago de normas de responsabilidad que se hallan desparramadas por todos los Libros, y hasta por el Título Preliminar del Código, las preguntas surgen nítidas: *¿el nuevo Código contiene un sistema de responsabilidad civil?, ¿o solo posee un título con ese nombre y luego deshilacha normas sueltas por doquier?*

La sistemática, si es que se la ha buscado, no ha quedado plasmada en la realidad. Aclaremos que la sistemática es la estructuración racionalmente optimizada de elementos diversos, de modo de hacer previsible la ubicación y búsqueda de ellos en un ordenamiento coherente.

El problema es que eso no ha quedado plasmado en la realidad. Si bien es cierto que se han dado pasos en esa búsqueda en el nuevo ordenamiento, no lo es menos que él ha quedado conformado como un edificio conceptual de perfiles bastante peculiares en materia de responsabilidad civil y que se destaca por su marcada asistematicidad, tanto en esta materia, como en varias otras del proyecto (4).

(3) Nos referimos a la llamada “ideología de la reparación”, de la que nos hemos ocupado en un artículo anterior (véase López Mesa, M. (2008). “La ideología de la reparación y la concesión de resarcimientos porque sí”, en: *La Ley* 2008-B-270/272; *vid* también a su respecto: Mazeaud, Denis (2001). *Réflexions sur un malentendu*, Recueil Dalloz, sec. Jurisprudence, p. 332; Le Tourneau, Philippe y Cadiet, Loïc (1998). *Droit de la responsabilité*. Paris: Dalloz, p. 232, N° 724; Cadiet, Loïc (1999). “Sur les faits et les méfaits de l’idéologie de la réparation”, en: *Mélanges en l’honneur de Dr. Paris: Dalloz*, p. 495 ss.). Esta ideología consiste en dar al damnificado alguna solución —a veces simplemente algún premio consuelo o acto de beneficencia con dinero ajeno—, aunque sea al precio de desvirtuar el funcionamiento del sistema de responsabilidad civil o plasmar una sentencia arbitraria. Y si aún así no es posible hacerlo, liberar al reclamante de su responsabilidad por las costas, imponiéndolas por su orden.

(4) El Prof. Arturo Caumont escribe un interesante artículo, a propósito del dictado de la ley 26.994, titulado “La recodificación contemporánea del derecho privado argentino. El valor del sistema central y de las reglas jurídicas de anticipación”, publicado en una nueva revista de Infojus, titulada *Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial*, año 1, n° 1, dirigida por Juan Martín Alterini, pp. 9-14. Coincido con todo lo que dice el distinguido jurista en abstracto, pero verdaderamente no puedo compartir afirmaciones suyas, al menos en lo que a aplicarlas al nuevo Código Civil y Comercial concierne. Puntualmente, hay un párrafo, obrante a fs. 11 *in fine*/12, de ese estudio, donde se afirma que “frente al disvalor técnico de la creciente dispersión legislativa, se impone el valor de la completitud racional de la recodificación como reconstrucción de la centralidad sistémica, organizada sobre ejes armónicos erigidos a partir de la consistencia y la

No es que el Código de Vélez no tuviera disonancias: de hecho había bifurcado en dos regímenes el tratamiento de la responsabilidad; responsabilidad contractual, en los artículos 519 y 522 (CC) y concordantes y en los artículos 1066 y subsiguientes, la responsabilidad aquiliana. Es más, hasta contenía dos conceptos diferentes de daño, en cada una de ambas parcelas.

Pero el nuevo ordenamiento privatista no solo ha mantenido de hecho —*pese a declamar lo contrario*— esta disociación, sino que ha atomizado el régimen de responsabilidad, conforme párrafos abajo se podrá comprobar.

Por ende, no es exacto que la responsabilidad civil conforme ahora un sistema cerrado, coherente, uniforme, completo en el nuevo Código.

Ello, porque si bien es cierto que en los artículos 1708 a 1780 (CCiv. y Com.) se encuentran las principales normas dedicadas a esta temática, no es menos cierto que subsisten numerosas normas sueltas, en otros segmentos del nuevo Código —para peor—, las que contemplan supuestos puntuales y particulares de responsabilidad.

No cabe soslayar dos datos trascendentes:

1. Existen al menos 47 normas individuales o, peor aún, conjuntos o ensambles normativos aplicables a supuestos particulares de responsabilidad, por fuera del “sistema de responsabilidad civil” del nuevo Código.

2. Vista la cantidad de supuestos que quedan fuera del “sistema de responsabilidad civil”, en verdad, dicha tentativa unificatoria de los regímenes de responsabilidad parece poco lograda o no cierta.

Las principales normas regulatorias de supuestos de responsabilidad fuera del “sistema” son las que siguen:

1. Artículo 10 (indemnización por abuso del derecho).
2. Artículos 118 y 129 inc. c) CCiv. y Com. (responsabilidad del tutor por el daño causado al tutelado por culpa, acción u omisión, en el ejercicio o en ocasión de sus funciones).
3. Artículos 143, 2º párrafo, 144, 2º párrafo, 160, 167 *in fine* y 177 CCiv. y Com. (responsabilidad de los socios, directivos y administradores de personas jurídicas).
4. Artículos 181 y 177 (responsabilidad asociados de una asociación civil).
5. Artículo 192 CCiv. y Com. (responsabilidad miembros de una simple asociación).
6. Artículo 200 CCiv. y Com. (responsabilidad de los fundadores y administradores durante la etapa de gestación de una fundación).
7. Artículo 211 CCiv. y Com. (responsabilidad de los integrantes del consejo de administración de un fundación).

sustentabilidad derivadas de la cohesión y de la congruencia trazable entre sus elementos y el conjunto por ellos formado con normas racionalmente estructuradas y organizadas en sistema, la totalidad de los fenómenos respecto de los cuales posee aptitud regente y que son el objeto de su incumbencia”. A fuerza de sinceros, no advertimos valores como sistematicidad, consistencia y sustentabilidad, cohesión y congruencia “entre sus elementos y en el conjunto” del nuevo Código, y la sola contemplación de los 47 supuestos de responsabilidad que encontramos fuera del “sistema” de responsabilidad civil, alguna dosis de razón nos adjudican, ¿no?

8. Artículo 275 CCiv. y Com. (responsabilidad por los daños causados por quien actúa con dolo).
9. Artículo 278 CCiv. y Com. (responsabilidad por los daños causados por quien actúa con violencia o intimida a otra persona).
10. Artículo 337 *in fine* CCiv. y Com. (responsabilidad en la simulación).
11. Artículo 340 *in fine* (responsabilidad en el fraude).
12. Artículo 376 (responsabilidad del representante por inexistencia o exceso en la representación).
13. Artículo 391 (responsabilidad en los actos nulos).
14. Artículo 587 CCiv. y Com. (reparación del daño causado al hijo por la falta de reconocimiento paterno).
15. Artículo 752 (ausencia de responsabilidad por mejora natural de una cosa).
16. Artículo 774 (obligaciones de medios y de resultado y responsabilidad respectiva).
17. Artículo 787 CCiv. y Com. (responsabilidad en la extinción de la obligación facultativa).
18. Artículos 793 y 794 CCiv. y Com. (responsabilidad contractual por incumplimiento e indemnización pactada por las partes en una cláusula penal).
19. Artículo 819 CCiv. y Com. (responsabilidad de cada codeudor en las obligaciones indivisibles).
20. Artículo 838 (responsabilidad de los deudores solidarios).
21. Artículo 899 inc. d) (extinción de la deuda por daño moratorio, ante un pago recibido sin reserva a su respecto).
22. Artículo 991 CCiv. y Com. (responsabilidad por frustración injustificada de tratativas preliminares).
23. Artículo 1009 CCiv. y Com. (el que de mala fe contratare sobre bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares, como si estuviesen libres, debe reparar los daños causados a la otra parte si ésta ha obrado de buena fe).
24. Artículos 1033/1043 (responsabilidad por saneamiento de títulos).
25. Artículos 1044 a 1050 (responsabilidad por evicción).
26. Artículos 1051 a 1058 (responsabilidad por vicios ocultos).
27. Artículo 1082 (responsabilidad por extinción del contrato).
28. Artículo 1243 (*leasing*).
29. Artículos 1273 a 1277 (responsabilidad derivada de obras y servicios).
30. Artículos 1288 y 1291 (responsabilidad en el transporte).

31. Artículos 1309 a 1317 (responsabilidad transporte de cosas).
32. Artículo 1328 (responsabilidad en el mandato).
33. Artículos 1370 a 1375 (responsabilidad del hotelero).
34. Artículo 1414 (caja de seguridad).
35. Artículo 1459 (agrupaciones de colaboración).
36. Artículos 1476/1477 (responsabilidad en consorcios de cooperación).
37. Artículos 1520/1521 (responsabilidad en la franquicia).
38. Artículo 1563 (responsabilidad donatario por los cargos).
39. Artículos 1786 a 1788 (responsabilidad en la gestión de negocios).
40. Artículo 1826 CCiv. y Com. (responsabilidad por los títulos valores).
41. Artículo 1846 CCiv. y Com. (responsabilidad del endosante de un título valor).
42. Artículo 1936 CCiv. y Com. (responsabilidad por destrucción de la cosa según la buena o mala fe del poseedor).
43. Artículo 2096 CCiv. y Com. (responsabilidad administradores de un tiempo compartido).
44. Artículo 2250 CCiv. y Com. (acciones reales y resarcimiento complementario del daño provocado por la turbación).
45. Artículos 2317 y 2321 CCiv. y Com. (responsabilidad del heredero por las deudas del causante).
46. Artículo 2517 CCiv. y Com. (responsabilidad por pérdida o deterioro de la cosa legada por culpa de uno de los herederos).
47. Artículo 2527 CCiv. y Com. (responsabilidad del albacea por los daños que el incumplimiento de sus deberes cause a herederos y legatarios); etc.

Y tal cantidad de normas o ensambles normativos sueltos, por fuera del sistema de responsabilidad, sin contar los artículos 2656 y 2657 (CCiv. y Com.), que estructuran a su vez un “sistema” de responsabilidad civil en materia de derecho internacional privado.

Una auténtica “confesión” de asistematicidad puede encontrarse en el texto del inicio del artículo 1082 CCiv. y Com.: “Reparación del daño. La reparación del daño, cuando procede, queda sujeta a estas disposiciones: a. el daño debe ser reparado en los casos y con los alcances establecidos en este Capítulo, en el Título V de este Libro, y en las disposiciones especiales para cada contrato (...)”.

En dicho texto, amén de remitir a todo el Título V, que incluye tanto la responsabilidad civil, como los cuasicontratos —*que nada tienen que ver en la regulación de la responsabilidad contractual, lo que constituye un serio error*—, se reconoce que la responsabilidad civil se rige, en cuanto al incumplimiento contractual, por normas de tres fuentes normativas diversas, lo que da una muestra de la carencia de asidero de la pretensión de los propagandistas del nuevo Código sobre la sistematicidad regulatoria del mismo.

IV. La regulación de la responsabilidad civil en el nuevo Código y los necesarios ajustes a practicarle interpretativamente

No habiéndose logrado en la nueva regulación la virtud de la sistematicidad, pese a que coincidimos en general que ella era deseable, en imperativo vertebrar los numerosos elementos sueltos, dispersos por el nuevo Código, en un sistema integrado, lo más coherente posible, de modo de amalgamar interpretativamente un sistema que no es tal en su formulación originaria.

Pero, somos jueces y los jueces no tenemos derecho a la abstracción, pues nuestro trabajo, nuestra contribución es resolver cuestiones concretas de modo previsible, apegándonos a la ley, aunque a veces racionalizándola en una formulación más elaborada.

Se requiere, entonces, de una formulación heterodoxa, a la medida del nuevo Código, pero partiendo de elementos ortodoxos, las ideas fuerza aceptadas como pilares del sistema de responsabilidad civil por nuestra magistratura y doctrina, que pueden iluminar las nuevas normas, allí donde finquen sus mayores oscuridades y darles un criterio de unidad, que las haga colectivamente mejor de lo que cada una es en su individualidad.

Si se ha repasado con detalle y detenimiento el listado de cuarenta y siete supuestos de responsabilidad que se hallan fuera del sistema de los artículos 1708 a 1780 CCiv. y Com. habrá podido apreciarse que, en general se trata de supuestos muy peculiares, que el legislador se limita a mencionar dentro de las regulaciones específicas del tema y en el mejor de los casos les asigna algunos elementos o requisitos particulares, los que empero no alcanzan para una regulación autónoma, por lo que para completar la mayoría de la regulación se debe recurrir a los contenidos pertinentes para el caso concreto, que contienen los artículos 1708 a 1780 CCiv. y Com.

Sin embargo, existen una serie de supuestos —*no casualmente todos ellos surgidos del incumplimiento de algún contrato*— que contienen una regulación más extensa y detallada que los demás supuestos, que podría denominarse proto-regulación y que se ubican en los numerales 24 a 37 del listado de normas fuera de lugar que consignamos supra en el acápite anterior.

Tales, los casos principalmente de los artículos 1243 (*leasing*); 1273 a 1277 (responsabilidad derivada de obras y servicios); 1288 y 1291 (responsabilidad en el transporte); 1309 a 1317 (responsabilidad transporte de cosas), 1328 (responsabilidad en el mandato); 1370 a 1375 (responsabilidad del hotelero) y 1414 (caja de seguridad).

Señaladamente son estos los principales casos de proto-regulaciones de responsabilidad civil, las que deben prevalecer por sobre los contenidos generales del “sistema” del código, dada su especificidad.

De tal modo, debe trazarse una línea divisoria entre las diversas normas de responsabilidad que el legislador de la ley 26.994 ubicó fuera del sistema general. Todas ellas deben relacionarse con ese sistema, de modo de no significar una desarmonía o contradicción con él. Pero tal diferenciación a trazar advertirá en dichas normas o conjuntos de normas sueltas las que contienen un proto régimen autónomo de responsabilidad, por fuera del sistema de las que no lo poseen.

Las que lo tienen, como los supuestos contractuales recién especificados, los que enumeramos en los numerales 24 a 37 del listado brindado supra y algún otro que se pueda hallar luego, deberán ser objeto de una aplicación preferente de las normas específicas, las que prevalecerán sobre los contenidos generales de los artículos 1708 a 1780 CCiv. y Com., régimen del que tomarán lo que pudiera faltarles, como algunos requisitos de la responsabilidad civil que no se detalla en cada caso, como la relación de causalidad adecuada que es un requisito básico e indiscutible de responsabilidad o las reglas de imputación de consecuencias jurídicas indemnizatorias, que tampoco se especifican en cada caso.

Pero, cuando el *proto-régimen* o regulación autónoma contractual contenga normas especiales que se contrapongan a las normas generales del sistema serán las primeras las que serán de aplicación prioritaria, quedando las normas generales deferidas solo para el caso que no sean desplazadas por las primeras, sino que a ellas las complementen.

Así, la asistematicidad del nuevo ordenamiento exigirá a los jueces un trabajo adicional al que realizaban hasta ahora.

No solo deberán encontrar la norma directamente aplicable al caso concreto a resolver, sino que habrán de verificar si ella se encuentra fuera del sistema respectivo, cómo juega con él, de modo de armar la “norma total” o el ensamble normativo completo, para así poder aplicarlo al caso, sin contradicciones ni soslayamientos. Será una labor nada fácil, en especial en los primeros años de aplicación del nuevo Código.

Pero debe quedar claro que refugiarse en facilismos como aplicar normas generales, para no lidiar con las específicas, implica una desvirtuación del mandato normativo, dado que por la llamada “Ley de Robinson”, la norma especial o específica debe prevalecer sobre la general y, más todavía, sobre las normas abiertas o principios generales, que no pueden transformarse por vía interpretativa en comodines para hacer a un lado normas concretas y vigentes, que no se quiere aplicar.

V. La responsabilidad civil tallada por el nuevo Código

Ya no es posible discutir, al ser un dato de la realidad circundante, la objetivación que se ha ido operando —para bien y para mal— en el derecho de daños del siglo XXI, al influjo de los constantes progresos científicos y tecnológicos, y del incremento de los riesgos, que ha sido su efecto no deseado (López Mesa, 2011: 227).

Pero dicha objetivación se había producido, al menos hasta el año pasado, sin un apartamiento total del principio básico de la culpa que sigue siendo fundamento y requisito de la responsabilidad civil. Así parece haberlo entendido el nuevo Código Civil y Comercial, en su artículo 1721 *in fine*, el que edicta: “Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”.

Sin embargo, se trata de una norma engañosa. Para no adjudicar al legislador que la sancionó la intención de confundir con ella, y presumiendo su buena fe, diremos que el problema radica en que se trata de una norma ilusoria, que no tendrá prácticamente aplicación, a tenor del claro y rotundo texto del artículo 1757 CCiv. y Com., que de hecho produce una ultraobjetivización de la responsabilidad civil, por su propio texto y por las varias normas que a él remiten: artículos 1757 *in fine*, 1769, 1243, 1286 y 1685 CCiv. y Com.

El nuevo Código, pese al *in fine* de su artículo 1721 ha hecho casi desaparecer la culpa, la que ha quedado confinada a escasos supuestos, en especial, el de la responsabilidad profesional (artículo 1768 CCiv. y Com.) y alguno de menor significación, que no merece la pena enfocar aquí.

Es innegable que ha existido, en el nuevo ordenamiento, un repliegue o retroceso de la responsabilidad de base subjetiva, la que ha cedido espacio a la responsabilidad objetivizada, presuntamente solidarista.

No se duda que existe una declinación de la responsabilidad individual, es decir de la responsabilidad civil como fue diseñada en 1804; o, en otras palabras, que la responsabilidad civil ha pasado a ser en buena medida un fenómeno de solidaridad y colectivización (Delebecque y Pansier, 2008: 7).

Pero ello no implica el fin de la responsabilidad civil sino una mutación dolorosa, aunque necesaria. Debe concederse sí que el nuevo Código ha tomado una decisión extrema, que no era inevitable

y que tampoco es conveniente: la ultraobjetivización de la responsabilidad, al punto de volverla casi una especie de causalidad material, volviendo a tiempos pretéritos, persiguiendo quimeras como borrar el daño del mundo (5).

Somos devotos confesos, desde hace veinte años, de la idea de que la culpa no puede ni debe desaparecer del firmamento jurídico como factor de atribución de responsabilidad no subsidiario sino principal.

Coincidimos con el maestro Pena López sobre que el principio de la culpa debe estar dotado de un ámbito operativo indefinido o universal, con vocación de aplicarse a cualquier supuesto, salvo disposición contraria, agregando Pena López en un párrafo de antología:

“Expansividad del principio, que no es incompatible con la posible naturaleza de Derecho normal de los supuestos que estén animados por otros principios, como tales susceptibles de interpretación extensiva y analógica, aunque carezcan de la fuerza expansiva del principio de la culpa, que por esta expansividad opera como supletorio y complementario en todo el campo de la responsabilidad civil, como norma de cierre de todo el sistema de la responsabilidad civil extracontractual, que por eso es denominada, por Busnelli, como ‘regola finale’, y por eso Le Tourneau la juzga como ‘d’application universelle’” (1998: 39).

Claro que, frente a la solución contraria adoptada por el legislador de la ley 26.994, la realidad cotidiana habrá de ser otra, muy distinta.

VI. Comprobaciones provisorias

Las normas jurídicas que regulan la responsabilidad civil por daños se ven constantemente puestas a prueba por nuevos acontecimientos sociales, que son consecuencia del incesante avance tecnológico y científico.

Puede decirse hoy como entonces, que el individuo ha perdido el control de su voluntad y de su acción en las cotidianas actividades que desarrolla bajo la presión de circunstancias externas que lo exponen a causar y a sufrir daños sin culpa alguna. El apuro y la congestión de la vida moderna exponen a muchos riesgos a las personas. Los automatismos conductuales, también.

Obviamente era imperiosa una revisión del sistema de la responsabilidad civil, tomando como punto de partida el daño y la necesidad de repararlo, por un lado, pero también la posibilidad de costearlo, sin generar mayores daños todavía, por otro.

El nuevo Código Civil y Comercial, en materia de responsabilidad al menos, recorre una línea intermedia, plausible, entre lo deseable y lo posible, aunque la ultraobjetivización de la responsabilidad ya descripta y convertir en eje del motor de la responsabilidad al artículo 1757 CCiv. y Com. es una decisión cuestionable.

Claro que, felizmente, el nuevo Código Civil y Comercial no ha llegado al extremo de hacer seguridad social travestida de responsabilidad civil.

Con todo, en vez de haber tomado el legislador de la ley 26.994 un partido tan definido y rotundo por el riesgo creado, debió haber comprendido mejor que se trataba en definitiva de dos enfoques diferentes pero complementarios: el tradicional, de indagación de la autoría del hecho dañoso para hallar al responsable y el superador, de atribuir las consecuencias del perjuicio a quien generó un riesgo inaceptable o innecesario, para imponer a éste de deber de reparar, fundado en razones de política legislativa; ambos planos, sin embargo, no deben contraponer ni resultan incompatibles o excluyentes entre sí.

(5) *Vid.* artículo 1740 CCiv. y Com. y la curiosa definición de reparación integral que allí se consagra.

Como sea, consideramos un acierto del nuevo régimen la demarcación clara del terreno de la responsabilidad civil respecto del que debe ocupar la seguridad social, pues ninguna debe invadir el área correspondiente a la otra ni convertir por artes de birlibirloque a la primera en la segunda, quitándole su esencia, al relajar sus presupuestos.

Fundamentalmente creemos que la responsabilidad civil, por conducto de ideas deformantes e invasivas se ha desnaturalizado, al punto de ser hoy un cómodo sucedáneo de la seguridad social, al ser indiferente la existencia de culpa de la víctima del siniestro, o la inexistencia de culpa del elegido a priori como victimario.

Y es dable remarcar que ambas herramientas para abordar el daño son radicalmente diversas: a diferencia de la responsabilidad civil, en la seguridad social no se exige que la conducta dañosa sea antijurídica, ni que sea atribuible a un autor sindicado como responsable, el cual puede no estar identificado; y es dable que la propia víctima sea culpable de su daño (Alterini, 1987: 35).

En cambio, en la responsabilidad civil el hecho antijurídico de la víctima no es neutro (artículo 1719 CCiv. y Com.), su culpa o dolo lo es menos aún, y si no existe relación de causalidad adecuada entre la actuación del presupuesto dañador o su esfera de garantía y el daño causado, éste no puede ser condenado a resarcir daño alguno.

Patrice Jourdain ha dicho certeramente que “la responsabilidad civil evoca la idea de un daño y de su reparación, y también la de la indemnización de las víctimas (...). La responsabilidad civil responde a una legítima esperanza de indemnización de las víctimas (...). La responsabilidad civil debe ser distinguida del seguro (...)” (2003: 1) y de la seguridad social, porque reposa en fundamentos distintos y tiene una lógica y unos requisitos y presupuestos divergentes a los de las otras formas mencionadas de abordar el daño.

Por tanto, al ser tan diversas, no deben ser confundidas ni subsumirse casos de una, en otra. El Prof. Pantaleón escribió:

“Tengo la convicción de que una causa fundamental de la tan cacareada ‘crisis de la responsabilidad civil extracontractual’ se halla en haber pretendido transformar una institución elemental del Derecho Civil, nacida con la modesta finalidad de realizar la justicia conmutativa entre dañantes y dañados, en un polivalente instrumento de Ingeniería Social (...) la responsabilidad civil extracontractual no es, no debe concebirse como un polivalente (preventivo, redistributivo) instrumento de Ingeniería Social, sino como una institución elemental del Derecho Civil, que contempla el daño como un problema interindividual entre dañante y dañado y obliga al primero a indemnizarlo al segundo, cuando existe una razón de justicia conmutativa (ante todo ‘culpa’, pero también ‘actividad lucrativa especialmente peligrosa’ y ‘sacrificio en interés ajeno’), que así lo exige” (2000: 175-179).

A lo largo del siglo XX y comienzos del XXI se pudo observar una evidente desnaturalización de la responsabilidad civil, tanto por la adopción de criterios extraños y sin base cierta, como la pretensión de solucionar problemas gigantescos o macroeconómicos —como la desprotección de importantes sectores— con herramientas modestas e inadecuadas para ello, como la responsabilidad civil, lo que obviamente no conduce a buenos resultados (6).

Esperamos que los criterios interpretativos que se apliquen al nuevo Código Civil y Comercial sean plausibles, atinados y no que pretendan desvirtuar sus fórmulas con ocurrencias y conje-

(6) Cuando se lee a algunos autores que hacen de la indemnización plena de todo daño una premisa indiscutible, parece estar uno contemplando un derecho civil maravilloso, despojado de límites, de imposibilidades, de escasez; un derecho de daños idealizado, perfecto, que se corresponde con un mundo perfecto, el “Derecho de Alicia en el país de la maravillas”. Quienes hemos ejercido activamente la profesión de abogado y otras funciones de asesoramiento público primero y luego la magistratura sabemos bien que este tipo de esquemas son ilusorios, imposibles de sostener en el tiempo y, por tanto, falaces.

turas de toda clase o realizar a su alrededor cabriolas hermenéuticas de nulo equilibrio y menor tino.

Y nos parece que la solución a la desnaturalización de la responsabilidad civil que venía produciéndose —y a la frustración que lleva aparejada su impotencia ante la realidad— se basa justamente en la vuelta a sus cauces. La responsabilidad civil debe volver a ser lo que fue, cuando era genuinamente un sistema de asignación de la obligación resarcitoria entre dos sujetos (7).

Esperemos que una visión realista de los problemas y una hermenéutica atinada del nuevo texto legal permitan una vuelta a los cauces normales o corrientes de la responsabilidad civil.

Las consideraciones macroeconómicas y las finalidades no resarcitorias deben ser consideradas marginal o secundariamente por el derecho de daños.

Lógicamente, a la par de esta vuelta de la responsabilidad civil a su cauce natural deben rediseñarse dos mecanismos, para ocupar el espacio que ella deja: tales, el seguro obligatorio y la disminución efectiva de la causación de daños, a través de penalidades criminales duras a quienes utilizan vehículos como si fueran armas o con total desaprensión. Un par de sujetos que fueran a dar con sus huesos a una cárcel común por delitos de tránsito y una correcta difusión de tales ejemplos, tendría una fuerza inusitada para disuadir a los conductores de conductas peligrosas, hoy consideradas más que normales, habituales.

La coordinación de estas tres herramientas es el único mecanismo que nos dará una satisfacción más o menos tangible. Persistir en el intento actual, patético en sus resultados y carente de seriedad técnica y consistencia económica, de extender ad infinitum el sistema de responsabilidad civil, seguramente, nos conducirá a aguas embravecidas.

La población está empezando a manifestar cada vez más ruidosa y violentamente su hartazgo de un sistema judicial que requiere de varios años —de cinco a siete, en promedio— para solucionar un litigio, período en el que el demandado pudo insolventarse, quebrar, etc.; y el accionante, morir-se, perder el interés en el litigio, o padecer enormes necesidades mientras tanto.

Establecer condenas, impresionantes en los montos pero imposibles de pagar de un modo consistente con la marcha de la economía o con el mantenimiento de una fuente de trabajo, implica subvertir el marco social y económico en que debe insertarse el sistema de responsabilidad civil.

Hay que llamar a las cosas por su nombre: responsabilidad civil no es seguridad social, ni es conmiseración con el dañado, ni es beneficencia con dinero ajeno.

Como dice Pantaleón, es fundamental, para un correcto entendimiento de la responsabilidad civil extracontractual, diferenciarla radicalmente de los sistemas de seguridad social, o de ayudas y asistencia a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual (Pantaleón, 2000: 181).

Yzquierdo Tolsada ha ubicado la cuestión en sus coordenadas correctas, al decir que:

“El que el papel protagónico de la culpa se atenúe y hayan ido surgiendo diferentes y variados criterios de imputación de corte objetivista más o menos basados en ideas como el riesgo o la garantía nunca podrá significar que se puedan atenuar los restantes elementos de la responsabilidad civil. Y ¡vaya si se atenúan! Tanto que se presentan ya como algo irreconocible, y nos muestran una respon-

(7) En el mismo sentido ha considerado Barbero que la técnica y la finalidad de la seguridad social son enteramente distintas a las del Derecho Privado y, por supuesto, a esa parte del Derecho Privado que es la responsabilidad civil, por lo que el Derecho Civil no debe intentar cumplir funciones que ya asumió la seguridad social hace más de un siglo (cfr. Barbero, Ariel Emilio (2001). *La responsabilidad civil. Volver a los límites del Código Civil*. Buenos Aires: La Ley, pp. 212-213).

sabilidad civil convertida lisa y llanamente en una institución de beneficencia (...). Una responsabilidad civil en la que haya siempre, en fin, alguien a quien denominar responsable de un suceso desgraciado, aunque se trate sólo de un chivo expiatorio cuya única intervención en el daño consistió en tener la desgracia de ser solvente, o de tener detrás a un asegurador o a una Administración pública de la que dependía su quehacer profesional” (2001: 233).

La responsabilidad civil es un sistema que focaliza prioritariamente la relación dañante-dañador y que se basa en atribuir una obligación indemnizatoria a quien no ha actuado correctamente, sea por obrar con culpa o dolo, o por ejercer una actividad especialmente peligrosa, que lo hace responsable a título de incrementador de riesgo o creador de un riesgo extraordinario.

Lo que exceda de ello, y que extienda ad infinitum el deber indemnizatorio, prescindiendo de todo reproche al pagador del siniestro —que ya no podría ser técnicamente llamado responsable— podrá ser otra cosa, pero no un sistema de responsabilidad civil, ya que claramente desborda sus notas esenciales.

Pero, peor que la desnaturalización de la responsabilidad civil es la indefinición acerca de sus actuales confines, extremo que resulta gravemente perturbador y que debe ser revertido, de modo que los justiciables cuenten con bases ciertas para conducirse con certidumbre.

Además, no es ocioso recalcar que la abogacía consiste precisamente en poder profetizar o adelantar los criterios que los tribunales adoptarán en el futuro, en determinada materia, de manera de estar en condiciones de orientar al cliente del modo más conveniente a sus intereses, y aconsejarlo sobre si le conviene o no introducir tal o cual pretensión en sede judicial (8).

Y, es obvio y no requiere demostración, que en el estado actual de nuestra jurisprudencia sobre responsabilidad civil, todavía no consolidada alrededor del nuevo texto vigente, es difícil acertar al pretender aconsejar a un cliente sobre su caso, puesto que existe un amplio abanico de decisiones que pueden finalmente adoptarse.

Por ello hacemos aquí votos para la decantación de las ideas fundamentales en esta materia, dejando a un lado extremismos y trasplantes foráneos inconvenientes e inaplicables a nuestra realidad, de modo de conformar una teoría general consistente, razonable y satisfactoria en derredor del nuevo Código.

Y sobre todo, esperamos que tanto la doctrina como alguna magistratura advierta que no existen verdades absolutas, aplicables a todos y cualquier caso, por más que se aprecie a simple vista el absurdo resultado que produce. La magistratura tiene el deber de concreción; el mandato legal general, abstracto e impersonal, debe ser convertido por el juez en una norma individual, concreta y personalizada (9).

Como dijimos en un par de votos, la ley es normalmente general e impersonal, por lo que el juez debe convertirla en su aplicación a cada caso en concreta y personal, so pena de tornarse ilegítima, pues a los justiciables no se los puede juzgar sobre la base de abstracciones inasibles (10).

(8) Hace muchas décadas, Oliver Wendell Holmes enunció con toda claridad y agudeza que “Las profecías de lo que harán efectivamente los tribunales y no otra cosa con más pretensiones, constituye lo que yo entiendo que es el derecho”. Holmes, Oliver Wendell (1920). “The path of the law”, en: *Collected legal papers*. New York, p. 171.

(9) Cám. Apels. Trelew, Sala A, 17/4/2012, “Llompert, Edna Haydee y Otra c/ Trama Construcciones S.R.L. y otro s/ Daños y perjuicios” (Expte. 425 - año 2011 CAT) e ídem, 23/3/2016, “A. K., P. c/ Prov. del Chubut- Dir. de Aeronáutica Provincial s/ Acción de Amparo” (Expte. N° 107 - año 2016 CAT), ambos según mi voto, en sist. Eureka y elDial.com.

(10) Cám. Apels. Trelew, Sala A, 17/4/2012, Llompert c/ Trama Construcciones S.R.L e ídem, 23/3/2016, “A. K., P. c/ Prov. del Chubut- Dir. de Aeronáutica Provincial s/ Acción de Amparo”.

A una persona concreta, a un justiciable, no puede resolverse un planteo o reclamo, si el mandato legal, abstracto e impersonal, no es traducido a otra clave, esta vez personal y concreta y amoldada a los hechos comprobados en la causa.

La labor del juez al fallar consiste en devolverle a la ley todo el contenido casuístico y concreto que ha perdido al ser elevada a norma general por el legislador (11).

Como genialmente indicara el maestro Puig Brutau, “si generalizar es omitir, y legislar es generalizar, juzgar es volver a añadir parte, cuando menos, de lo omitido” (s/f: 179).

Es por ello que un juez no cumple su función cuando falla sobre la base de generalidades, muletilas o cartabones, ya que si así actúa no concreta la ley general al caso particular, sino que dicta un pronunciamiento igualmente genérico e inasible. El juez debe, al fallar, traducir la norma general a un registro particular, cercano a los hechos del caso resuelto y confeccionado teniéndolos en mira especialmente (Puig Brutau, s/f: 179).

El magistrado debe explicitar en los hechos de ese caso, el alcance y el significado de la norma general, de modo de demostrar que ella es aplicable a los hechos de esa causa, porque ellos encuadrarán sin forzamientos ni torsiones en su ámbito de aplicación legítima. Y debe hacer una hermenéutica razonable, lógica, no forzada.

El cambio de clave de la norma —de general y abstracta a particular y concreta— es claramente el rol insustituible de un buen juez; éste, en caso de no cumplir tal labor de conversión, no cumple cabalmente su función. Un juez no es un sacador de sentencias sino un solucionador de conflictos.

En esa particular labor de traducción o adaptación, el juez debe verificar las consecuencias que produce en el caso concreto su propuesta hermenéutica a priori de la regla general. Si los resultados que produce son absurdos, ello quiere decir que el trabajo judicial es incompleto, erróneo o arbitrario (López Mesa y Trigo Represas, 2011: 239).

Cuando uno lee soluciones jurídicas alambicadas, difíciles de explicar, que trasiegan cansinamente los arcanos del derecho para explicar situaciones que el buen sentido no logra comprender, ello significa normalmente que ha fallado la faena hermenéutica y que el resultado a que se ha arribado es ineficaz (Puig Brutau, s/f: 179).

Y no debe olvidarse algo que brillantemente dejó sentado en un discurso el Prof. Carlos Ignacio Jaramillo:

“(…) la responsabilidad civil, o el derecho de daños, como prefiere tildársele, es una disciplina móvil, y en ningún caso inmóvil o pétrea, gobernada por rígidos conceptos. Una mirada a lo acaecido en la pasada centuria, y en lo corrido de la presente, pone de relieve el referido carácter flexible y dinámico que la estereotipa. Desde esta perspectiva, no se equivocó al Profesor Jossierand, cuando sentenció hace un representativo número de lustros, que lo que hoy se muestra y proyecta como válido en el campo de la responsabilidad, bien puede mañana no serlo, pues como también lo historió el profesor igualmente galo, René Savatier, es dable en este terreno aludir a una constante ‘metamorfosis’ (...)” (2009: 18).

La responsabilidad civil hoy requiere de reflexión y perspectiva. Declamar verdades inconmovibles y eternas en este sector del derecho es no haber comprendido siquiera el funcionamiento del sistema de responsabilidad. Como con los viejos edificios de las ciudades históricas se requiere de labores de remozamiento que, sin destruir lo venerable, quiten lo obsoleto y mantengan en pie lo permanente (López Mesa y Trigo Represas, 2011: 240).

(11) Cám. Apels. Trelew, Sala A, 17/4/2012, Llopart c/ Trama Construcciones S.R.L e ídem, 23/3/2016, “A. K., P. c/ Prov. del Chubut s/ Acción de Amparo”.

VII. Bibliografía

- ALTERINI, Atilio A. (1987). *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 35.
- BARBERO, Ariel Emilio (2001). *La responsabilidad civil. Volver a los límites del Código Civil*. Buenos Aires: La Ley, pp. 212-213.
- BÉNABENT, Alain (2008). “Un nouvel instrument jurisprudentiel: la gomme à effacer”, en: *Libre droit. Mélanges en l’honneur de Philippe le Tourneau*. París: Dalloz, pp. 81-83.
- CADIET, Loïc (1999). “Sur les faits et les méfaits de l’idéologie de la réparation”, en: *Mélanges en l’honneur de Draï*. París: Dalloz, p. 495.
- CHAROLLOIS, Gérard (1995). “Qui a la garde des locaux en réfection d’une clinique?”, en: *Recueil Dalloz*, t. sec. Jurisprudence, p. 315.
- DELEBECQUE, Philippe y PANSIER, Frédéric-Jérôme (2008). *Droit des obligations*. París: Litec - Lexis Nexis, T II, p. 7.
- GUIBOURG, Ricardo A. (2015). “El sincero ocaso del derecho”, en: *revista La Ley*, 14 de agosto. Buenos Aires: La Ley, p. 3.
- HOLMES, Oliver Wendell (1920). “The path of the law”, en: *Collected legal papers*. New York, p. 171.
- JARAMILLO, Carlos Ignacio (2009). “Discurso de apertura del Congreso. Introducción”, en: *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana y Edit. Diké, p. 18.
- JOURDAIN, Patrice (2003). *Les principes de la responsabilité civile*. 6ª ed. París: Dalloz, p. 1.
- LAPOYADE DESCHAMPS, Christian (1992). “Responsabilité quasi délictuelle d’un magasin libre-service et réparation du préjudice moral causé par la sonnerie intempestive d’un portique de contrôle situé à la sortie du magasin” en: *Recueil Dalloz*, t. sec. Jurisprudence, p. 409.
- LE TOURNEAU, Philippe y CADIET, Loïc (1998). *Droit de la responsabilité*. París: Dalloz, p. 232, N° 724.
- LÓPEZ MESA, Marcelo (2008). “Balance y perspectivas de la responsabilidad civil en el derecho moderno”, en: *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Edit. Diké, p. 23.
- (2008). *La ideología de la reparación y la concesión de resarcimientos porque sí*. Buenos Aires: La Ley. B-270/272.
- (2015). *Derecho de las Obligaciones. Análisis exegético del nuevo Código Civil y Comercial*. Montevideo-Buenos Aires: B. de F.
- LÓPEZ MESA, M. y TRIGO REPRESAS, F. (2011). *Tratado de la responsabilidad civil*. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley. T. I, pp. 227, 239, 240.
- MAZEAUD, Denis (2001). “Réflexions sur un malentendu”, en: *Recueil Dalloz 2001*, sec. Jurisprudence, p. 332.

PANTALEÓN, F. (2000). "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual", en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* N° 4. Madrid, pp. 175-179-181.

PENA LÓPEZ, José María (1998). *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos, p. XXXIX.

PUIG BRUTAU, José (2006). *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Barcelona: Bosch, p. 179.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001). "La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate", en: *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al Profesor Roberto López Cabana*. Madrid: Dykinson, p. 233.

Jurisprudencia

Cámara Apelaciones Trelew, Sala A, 17/4/2012, "Llompart, Edna Haydee y otra c/ Trama Construcciones S.R.L. y otro s/ daños y perjuicios" (Expte. 425 - año 2011 CAT) e ídem, 23/3/2016, "A. K., P. c/ Prov. del Chubut- Dir. de Aeronáutica Provincial s/ acción de amparo" (Expte. N° 107 - Año 2016 CAT), ambos según mi voto. Disponible en: sistema Eureka y elDial.com

Cámara Apelaciones Trelew, Sala A, 17/4/2012, "Llompart c/ Trama Construcciones S.R.L." e ídem, 23/3/2016, "A. K., P. c/ Prov. del Chubut- Dir. de Aeronáutica Provincial s/ acción de amparo".

Cámara Apelaciones Trelew, Sala A, 17/4/2012, "Llompart c/ Trama Construcciones S.R.L." e ídem, 23/3/2016, "A. K., P. c/ Prov. del Chubut s/ acción de amparo".

Fecha de recepción: 13-04-2016

Fecha de aceptación: 15-07-2016

Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español (*)

POR **AURELIO BARRIO GALLARDO** (**)

Sumario: I. Introducción. — II. Desarrollo. — III. Conclusiones. — IV. Bibliografía.

Resumen: en los países de tradición latina, el negocio jurídico típico destinado a regir la situación post matrimonial ha sido el convenio regulador. En la actualidad y por influencia del Derecho norteamericano se han comenzado a recibir los pactos en previsión de una futura ruptura. Son contratos por ahora atípicos, pero cuya validez se ha admitido al amparo de la autonomía privada en la creencia de que nadie puede disciplinar mejor las consecuencias de su divorcio que los propios interesados. Esta nueva modalidad contractual despertó recelos en la doctrina tradicional, sin embargo, muchos de sus problemas pueden resolverse acudiendo a los remedios generales del Derecho patrimonial. La anulabilidad por vicios del consentimiento o la cláusula *rebus sic stantibus* evitan inequidades sin necesidad de estimar tales pactos contrarios al orden público, solución demasiado drástica y poco respetuosa con el principio de conservación del negocio y la voluntad de los particulares.

Palabras claves: contrato rector de la crisis - acuerdos prematrimoniales - divorcio - autonomía privada

Prenuptial agreements in contemplation of marital crisis: problems and solutions under Spanish law

Abstract: *in Civil Law countries the typical legal transaction to govern post-marital status has always been the marital settlement agreement. At present time and due to the influence of American law, prenuptial agreements have started to be spread in Spain. They are atypical contracts for the time being, but whose validity has been admitted under private autonomy in the belief no one better than spouses themselves to discipline the consequences of their matrimonial crisis. This new contractual arrangement aroused suspicions among traditional scholars. However, many problems can be solved by general remedies based on Contract Law. The voidability motivated by defective consent or the application of “rebus sic stantibus” clause can prevent inequities without the need of declaring the agreement null and void for being against public policy. This last solution is too drastic, against the general principle of contract conservation and is not corresponding with the will of the parties.*

Keywords: *contracts regulating matrimonial crisis - prenuptial agreements - divorce - private autonomy*

I. Introducción

I.1. Panorama de Derecho comparado

Cada vez son más los ordenamientos proclives a admitir los pactos adoptados por los cónyuges en previsión de una futura ruptura matrimonial. Esta clase acuerdos prematrimoniales cuenta

(*) Este trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación consolidado “Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado” (AUDEPRIV S-110) y del Proyecto de Investigación “Análisis de las fronteras de la autonomía privada en el Derecho civil” (DER2014-52252-P) de los que es IP la Dra. María Ángeles Parra Lucán, Catedrática de Derecho Civil

(**) Prof. de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España.

con una trayectoria consolidada en los Estados Unidos de Norteamérica que se inició en la década de los setenta merced a los precedentes judiciales (“Posner v. Posner, In re Marriage of Dawley”). Los *prenuptial agreements in contemplation of divorce* fueron finalmente objeto de *Restatement* y la propuesta realizada por el “American Law Institute” (*Principles of the Law of Family Dissolution*) ha contado con gran éxito, pues a su texto se han ido adhiriendo un número importante de Estados cuya cifra en la actualidad sigue en aumento (García Rubio, 2003; Anguita, 2009).

En Europa la repercusión de los “*prenups*” ha tenido una acogida bastante desigual; en Italia la Corte casacional ha optado por negarles validez e interpretar con apoyo en el artículo 169 del *Codice civile* que se trata de contratos con causa ilícita; a tal nulidad contribuye además el hecho de que la renuncia anticipada a la pensión compensatoria, contenido típico de esta clase de convenios, tampoco se entiende lícita debido a su naturaleza asistencial. Esta doctrina jurisprudencial que se inició con timidez se ha venido manteniendo con fuerza desde principios de los años 80 (Giné Castellet, 2011).

La ausencia de regulación movió, en el caso de Reino Unido, a no ver con buenos ojos los pactos en previsión de una futura ruptura hasta la resolución del caso “Radmacher v. Granatino”. Tras el año 2010, fecha de resolución del pleito, son los tribunales quienes, a falta de norma expresa, han ido precisando los diversos criterios para permitir que esta clase de acuerdos despliegue eficacia (Gaspar, 2011; Anderson, 2012; Gaspar, 2012).

En otros países de nuestra órbita cultural, como por ejemplo Alemania, es la tolerancia hacia la renuncia anticipada a la compensación por el desequilibrio económico que origina el divorcio, la que ha propiciado la admisión de los pactos en previsión de futura ruptura. No obstante, la interpretación más reciente del parágrafo (§) 1408.2 del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) parece avanzar en una dirección algo más restrictiva distanciándose de la permisión inicial. Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) del 6 febrero de 2001, se estableció la necesidad de revisar los acuerdos prematrimoniales si se producían determinadas circunstancias —que el Tribunal Supremo (TS) ha ido concretando después— para evitar que uno de los cónyuges tuviera que pechar con una distribución desproporcionada de las cargas derivadas de la separación o el divorcio.

1.2. Validez de los pactos prematrimoniales en el Derecho español

1.2.1. Postura de la doctrina

En España, al igual que sucede con otros países europeos, la regulación de los acuerdos preruptura es prácticamente inexistente, al menos en lo que concierne a los matrimonios regidos por el Código Civil (CC). En un principio la jurisprudencia no se mostró favorable a los pactos en previsión de una eventual ruptura matrimonial. En particular se acostumbraba a negar validez a los acuerdos prenupciales, sobre todo, a aquellos pactos en cuya virtud, y antes de que se sobreviniera la crisis, se restringían o se renunciaba a eventuales derechos. Tal era el caso de un número nada desdeñable de resoluciones provenientes de las Audiencias Provinciales en las que se entendió que no procedía la exclusión anticipada de la prestación compensatoria establecida en el artículo 97 CC (García Rubio, 2003).

La doctrina tradicional se oponía además a que estos pactos pudieran formar parte de las capitulaciones dado que su contenido y estipulaciones debían haberse realizado con miras al matrimonio y no a su extinción. Por tanto, la disolución matrimonial acaecida tras el divorcio, determinaba que lo pactado en capitulaciones dejara ya de producir efectos; incluso hoy, el hecho de que las capitulaciones se otorguen *causa matrimonii* y presupongan la vigencia de la institución lleva a algunos autores a excluir posibles acuerdos cuya eficacia se proyecte más allá de la pervivencia del vínculo conyugal (Cabezuelo, 2004). A diferencia de esta visión minoritaria, la mayoría de la doctrina española que se ha ocupado de la materia se muestra favorable a otorgar validez a esta clase

de convenios (García Rubio, 2003; Pastor Vita, 2003; Rebolledo, 2008; Pérez Hereza, 2008; Martínez Escribano, 2009; Gaspar, 2011; Parra, 2012; Roca i Trías, 2014; Aguilar Ruiz, 2014).

Pese a la ausencia de un reconocimiento legal expreso favorable al acuerdo pre-ruptura, la validez de este negocio jurídico atípico ha encontrado apoyo en diversos preceptos; entre ellos pueden citarse los artículos 1255, 1323 o 1325 CC. Aunque suelen ser novios quienes celebran este convenio, y por ende no estén aún casados, es común argumentar su admisión en virtud del principio de libre contratación entre cónyuges (artículo 1323 CC) o tomar como premisa el más general artículo 1255 CC que sanciona la libertad contractual, donde además tiene anclaje, según la doctrina española, el principio de autonomía de la voluntad. Si nada de lo estipulado se opone a la ley, a la moral o al orden público, no hay razón para privar de efectos a lo pretendido por las partes.

En última instancia, los pactos celebrados en atención a una eventual separación o divorcio encuentran también acomodo en la amplia dicción del artículo 1325 CC, dedicado a esbozar un concepto de capitulaciones matrimoniales. La última referencia *in fine* facilitaría la aceptación de este negocio innominado y atípico. La tesis restrictiva que interpretaba como antecedente de “mismo”, el régimen económico, y no el matrimonio, ha ido perdiendo fuerza con el devenir del tiempo. En el presente, predomina una exégesis más flexible conforme a la realidad de nuestro tiempo; ha triunfado la postura posibilista hasta asentarse en el artículo 1325 CC un concepto amplio de capitulaciones (Rebolledo, 2008). Dicho negocio puede incluir entonces un contenido atípico, referido a cualquier cuestión relativa a la vida conyugal, donde caben los contratos con ocasión de una crisis matrimonial (Roca, 2006).

1.2.2. Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo

A la vista de la postura mantenida por el TS español acerca de los convenios reguladores no ratificados judicialmente (De la Iglesia, 2012) existían bastantes indicios que hacían presagiar una decisión proclamando con carácter general la licitud de esta clase de acuerdos en nuestro sistema jurídico. Dicho pronunciamiento se produjo con la STS el 31 marzo de 2011 (Repertorio de Jurisprudencia (1) (RJ) 3137), a la que ha seguido la más reciente STS del 26 junio de 2015 (RJ 2657), sentando doctrina favorable acerca de la validez de estos convenios en el Código Civil. Pueden existir así pactos referidos a las consecuencias de las crisis matrimoniales en las propias capitulaciones a los que se reconoce plena validez y eficacia, aunque esta última limitada sólo a las partes si no cuenta con homologación judicial (STS 19 octubre 2015 [RJ 4869]).

En la primera resolución —STS del 31 marzo de 2011 (RJ 3137)— se reafirma la validez de los pactos conyugales realizados al margen del convenio regulador si en ellos concurren los requisitos del artículo 1261 CC. Se concede además eficacia al pacto atípico en virtud del cual los cónyuges acuerdan imponer al marido una serie de obligaciones unilaterales a favor de su mujer para el caso de que se produzca una nueva separación y con independencia de quien la haya provocado. El Tribunal Supremo no entiende que el acuerdo deba ser nulo por generar obligaciones que no son recíprocas, sino asumidas en solitario por el marido ni tampoco interpreta que la validez o eficacia de este pacto quede a iniciativa de la esposa, que puede reclamar el cumplimiento de las prestaciones, aunque sea ella misma quien interponga la demanda. En la segunda —STS 26 junio 2015 (RJ 2658)— se califica el convenio entre las partes como pacto prematrimonial en previsión de una crisis conyugal, cuyo objeto es una renta mensual vitalicia acordada de nuevo en beneficio exclusivo de la esposa. La ausencia de reciprocidad no atenta contra el criterio de protección de los cónyuges y, por consiguiente, tampoco es obstáculo a juicio del TS para la validez de este pacto atípico que encuentra perfecto encuadre en el artículo 1323 CC.

Entre ambas resoluciones no se aprecian a primera vista diferencias sustanciales. En las dos se configura una renta mensual, en contemplación a la separación o el divorcio, con sus debidas ac-

(1) Hace alusión al número de marginal de la base de datos “Aranzadi digital”, la de uso más extendido en España.

tualizaciones, que el TS entiende válida al margen de que concurra o no el requisito de desequilibrio económico, que da origen a la prestación compensatoria. El hecho de que la prestación tenga naturaleza convencional, y no se produzca por efecto del artículo 97 CC, parece independizarla de ese requisito objetivo asociado al empobrecimiento patrimonial. Sin embargo, existe una diferencia esencial en cuanto a las estipulaciones que contiene el pacto en previsión de una ruptura y es que en el primer pronunciamiento, además del pago de una pensión mensual, el acuerdo incluía la donación de una vivienda, de entre las varias propiedad del marido, a libre elección de la mujer, mientras no excediera de un determinado valor, también convenido por las partes.

El TS niega validez a dicha estipulación, que aparecía documentada en escritura pública, por constituir una promesa de donación de cosa futura e indeterminada; para ello toma como pretexto el artículo 635 CC. Este pronunciamiento ha generado desconcierto entre la doctrina y merecido fundadas críticas. En este sentido, “no puedo menos que preguntarme —dice Anderson— si no será que en el fondo no son tan libres las partes de pactar lo que tengan por conveniente al margen de las medidas derivadas de un pleito matrimonial”. Para añadir en su comentario a la sentencia: “¿qué diferencia práctica hay entre la obligación de pagar una renta mensual (quizá durante toda la vida) y la de entregar un inmueble elegido por la esposa que no exceda de un determinado valor, llegado el caso de nueva separación?” (Anderson, 2012: 404). Según voces muy autorizadas, la interpretación del TS es bastante restrictiva, y quizás no del todo justificada, admitida la licitud de la renta “no se ve la razón por la que se excluye la validez de la obligación de entregar un inmueble a elección de la esposa: se trata de una obligación alternativa y se cumple el requisito de la forma (escritura pública)” (Parra Lucán, 2012: 275).

En el caso de la renta mensual, vitalicia o temporalizada, de origen convencional la causa de la atribución patrimonial parece estribar en paliar el desequilibrio económico que a una de las partes le haya podido ocasionar el divorcio; en otros casos, podría estimarse, si se ha dado separación en vez de divorcio, que resulta sustitutiva de una prestación en concepto de contribución a las cargas matrimoniales, de un vínculo, que aunque relajado todavía subsiste, interpretándose incluso que se atribuye en calidad de la cuota tocante a la esposa en la sociedad de gananciales simplificándose así la liquidación.

En la donación del apartamento a elección de la mujer el TS no acierta, sin embargo, a hallar la causa de la obligación de donar contenida en el pacto prematrimonial ni que dicha promesa obedezca a una conexión directa con la extinción del matrimonio. Parece tratarse de un pacto adicional, demasiado oneroso para el marido, al que no se encuentra paralelismo en regulación legal de carácter dispositivo. Dicha desconexión entre la liberalidad comprometida, respecto al modelo que representan los artículos 90 y ss. CC, mueve a privar de eficacia a la liberalidad, sobre la base discutible del artículo 635 CC, cuando en verdad sobrevuela el temor de que pueda esconder un ánimo punitivo.

Tal cláusula represora, si llega a dificultar sobremanera o impedir el acceso al divorcio —configurado en la legislación española como un concepto más próximo al derecho subjetivo— habría de tenerse por no puesta. No obstante, aunque la validez de las penas convencionales sea harto dudosa en nuestro país (Martínez Vázquez-Castro, 2014) y hasta pueda contravenir el orden público, debe tenerse en cuenta que quien finalmente da inicio al proceso de crisis es la propia esposa. En pureza, no nos encontramos tampoco ante el supuesto de una estipulación que encubra una multa económica por romper la convivencia y solicitar el divorcio. El orden público familiar no se habría visto así lesionado.

II. Desarrollo

II.1. Pros y contras de los acuerdos prematrimoniales

II.1.1. Marco general

Los pactos en previsión de una futura ruptura se asocian, desde una perspectiva sociológica, a personas que ya han atravesado los costes emocionales y financieros de un divorcio, o a otros sujetos

que han visto de cerca las consecuencias traumáticas de una ruptura, por vivencias de parientes y amigos; ello les lleva a adoptar precauciones frente a una experiencia amarga que no se desean repetir o vivir en carne propia. Asimismo, la existencia de descendencia no común, fruto de una unión anterior hace que se arrastren cargas familiares, como por ejemplo: pensiones compensatorias o de alimentos. En tales casos, la prudencia y una visión realista de los recursos hacen de esta clase de acuerdos una necesidad sentida y acuciante (De la Cámara, 1985). En otras ocasiones, su perfección puede tener lugar tras un desencuentro salvable en el que los interesados se conceden un período de reflexión, durante una separación de hecho libremente consentida, y sólo bajo ciertas “condiciones” desean restablecer la convivencia marital (caso de la ya citada STS del 31 marzo de 2011 [RJ 3137]).

Pero los acuerdos en previsión de una futura ruptura no son un instrumento jurídico reservado solamente a *escarmentados* que continúan arrastrando el pago de pensiones provenientes de un matrimonio anterior. Aunque la práctica evidencia esa voluntad de proteger el propio patrimonio en beneficio de los hijos procedentes de un enlace anterior frente al nuevo cónyuge, el contrato rector de una crisis es idóneo en otros escenarios distintos de las familias reconstituidas. Puede resultar útil en patrimonios de cierta entidad que cuenten con algún factor de singularización, y así por ejemplo: dejar a salvo la empresa familiar de los avatares que pueda padecer la relación sentimental o de pareja (Paz Ares, 2008); si no puede salvarse el matrimonio al menos que el negocio quede intacto y pueda asegurarse su continuidad. Estas previsiones, en contemplación a un futuro divorcio suelen ser materia integrada en los protocolos familiares, siguiendo el consejo de algunos profesionales. Sin embargo, al igual que sucede con el compromiso de otorgar capitulaciones obligándose a pactar separación de bienes, es bastante dudoso que pueda imponerse la perfección de un acuerdo prematrimonial entre los miembros de la familia empresaria y sus consortes.

Todavía pesan algunos atavismos y prejuicios en la sociedad española que disuaden de la conclusión de este tipo de contratos, por la desconfianza que generan entre los novios; su celebración levanta suspicacias acerca de la solidez y seriedad del compromiso matrimonial, pues “estos pactos emiten, *ab initio*, señales negativas a la otra parte cuando ni siquiera se ha formalizado un proyecto de vida en común” (Allueva, 2013). No obstante, una sana desconfianza no se compadece tan mal con la falta de estabilidad institucional del matrimonio español, y hasta podría tomarse como una práctica natural, tras haberse instalado una cultura divorcista, iniciada en 1981 y que ha adquirido su máxima expresión al descausalizarse la disolución unilateral del matrimonio, con la ley 15/2005, del 8 de julio. Algunos sectores de opinión culpan a la citada norma, bautizada coloquialmente como “Ley del divorcio exprés”, de esa generalización de capitulaciones con pacto de separación de bienes y acuerdos en previsión de una futura ruptura que se han dado en llamar “capítulos de derribo”.

II.1.2. Ventajas

La facultad de autorregular las relaciones en estos ámbitos está reconocida inequívocamente tanto por la jurisprudencia (STS del 22 abril de 1997 [RJ 3251] y del 21 diciembre de 1998 [RJ 9649]) como por la doctrina registral (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) del 31 marzo de 1995 [RJ 2669] y del 1 septiembre de 1998 [RJ 6593]). Sustituir y acomodar las consecuencias del divorcio, desplazando las previstas por el legislador, es una de las virtudes del poder privado de reglamentación. La doctrina ha puesto de relieve la ventaja que supone para los cónyuges poder corregir convencional y anticipadamente resultados injustos o no queridos que, en otro caso, vendrían determinados por la ley. Ya no es preciso contender acerca de las medidas definitivas de la crisis porque han sido acordadas de antemano; son los mismos cónyuges y no los jueces, quienes establecen el régimen por el que se gobernará la situación postruptura. Se trata de una alternativa beneficiosa puesto que agiliza los trámites procesales y supone un ahorro no sólo en cuanto al acortamiento de los tiempos, sino también económico al reducirse los costes de litigación.

Se dice, además, que prever *ex ante* las consecuencias del divorcio protege las inversiones o aportaciones realizadas por cada cónyuge al matrimonio (Pérez Hereza, 2012). El hecho de pactar la indemnización por dedicación al trabajo doméstico o al cuidado de los hijos y del hogar es sinónimo de garantía en su percepción, por efecto del *pacta sunt servanda*, frente a una demanda judicial cuyo éxito nunca se puede garantizar. Asimismo, el no tener que contender y demostrar la existencia de desequilibrio patrimonial o la concurrencia de los requisitos legales de un enriquecimiento injusto para exigir el cobro de una pensión, aporta seguridad jurídica frente al desenlace siempre incierto de un pleito matrimonial.

El pacto reduce la imprevisibilidad ante la ausencia de una interpretación judicial uniforme, denunciada por algunos autores (Aguilar y Hornero, 2006) y contribuye a minimizar los efectos perjudiciales de la crisis (económicos, emocionales etc.). Es probable que alcanzar un acuerdo, una vez que ha sobrevenido la ruptura, con los consiguientes sentimientos de rechazo, resulte más complicado. Los reproches constantes obstaculizan una solución consensuada a la crisis. Por el contrario, “un acuerdo de guerra, firmado en tiempos de paz” (Anguita, 2009) puede a la postre proporcionar una solución mucho más ponderada y equitativa al conflicto.

II.1.3. Inconvenientes

En contra de los pactos previsores de la crisis se alega que la perfección de estos acuerdos tiende a proteger a las grandes fortunas y evita el acceso a su propiedad por parte de extraños. La suscripción de estos acuerdos prematrimoniales responde a la defensa del vínculo consanguíneo, a favor de la descendencia, y en general de la parentela, frente al vínculo conyugal, en detrimento del intrusismo de quien sólo ingresa en el seno de la familia merced al casamiento. Los abogados matrimonialistas norteamericanos explican la historia de los pactos antenuptiales como la de los ricos buscando mantener el control de su patrimonio después del matrimonio (Katz, 2003), una fortuna que por regla general ha sido recibida del tronco familiar por título de herencia o legado. La tendencia a beneficiar al cónyuge en la sucesión, muy extendida en la actual cultura occidental, no tiene por qué contraponerse necesariamente con esta idea en tanto que la conservación del estatus conyugal depende de la subsistencia del matrimonio; extinguido éste, tras el divorcio, ya no queda consorte al que beneficiar, como no se trate de una persona diferente.

Los detractores de la figura suelen presentarla como instrumento de opresión sobre aquella parte cuyos condicionamientos de partida (medios económicos, habilidades negociadoras, etc.) lo limitan a la hora de obtener un acuerdo más ventajoso. Se aduce, en suma, que el acuerdo prematrimonial perjudica al miembro de la pareja “más necesitado de protección” que se identifica, todavía hoy aunque sólo por parte de algunos autores, con la mujer, en una suerte de percepción estereotipada, que siempre la concibe en su papel de esposa y madre, a quien parece quedar reservado el cometido, dentro del matrimonio, del cuidado del hogar y la crianza de los hijos.

La desregulación de cualquier sector, aquí el concerniente a las consecuencias del divorcio, y su remplazo por la autonomía privada suele ser aliado, casi siempre, de la parte más fuerte en la negociación en detrimento de aquella más débil o peor informada. El acuerdo prematrimonial tiende a blindar la situación económica del cónyuge con mayor patrimonio en perjuicio del más desfavorecido negándole todo derecho económico una vez producida la crisis. Algunos cultivadores del sistema anglo-americano hicieron ver, al poco de su admisión, que estos pactos podían propiciar situaciones de manipulación del cónyuge fuerte sobre el cónyuge débil, que ve incrementada su vulnerabilidad y puede ser arrastrado, tras la renuncia de derechos patrimoniales, a una situación de penuria o necesidad (García Cantero, 1982).

La “*clean-break clause*” en EE.UU. implica asumir el compromiso de que, en caso de separación o divorcio, ninguno de los cónyuges interpondrá frente al otro demanda alguna de naturaleza patrimonial —entiéndase ninguna reclamación más allá de aquellas prestaciones que expresamente

se hubiera convenido—. En España no siempre se dan tales circunstancias y el contenido de los acuerdos prematrimoniales puede, y de hecho suele ser con frecuencia, más comedido. Bastaría, en realidad, con prefiar una cantidad, incluso a tanto alzado, previamente acordada, antes de celebrar matrimonio, que liquidara la situación de convivencia marital y compensara los derechos que pudieran corresponder a cada parte en la relación que ahora toca a su fin. Si el montante es equitativo, e incluso se hace uso de tablas orientativas, semejantes a las establecidas por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) para las pensiones alimenticias, permitiría que cada cónyuge siguiera su camino, y rehiciera su vida lo antes posible que, en el fondo, no deja de ser en muchos casos una aspiración compartida por ambas partes.

II.2. Problemas específicos que plantean

En realidad, el contenido de los pactos en previsión de una futura ruptura no difiere sustancialmente de aquello que puede ser materia de convenio regulador. El artículo 90 CC permite —y aun estimula— a los cónyuges para, en aras de pacificar el conflicto, llegar a acuerdos sobre materias de índole diversa: desde la guarda y custodia de los hijos menores hasta la compensación por desequilibrio económico que haya podido originar la ruptura. En uno de los trabajos de investigación recientes en nuestro país, se ha afirmado que en el caso del acuerdo prematrimonial se está ante una figura conceptualmente cercana, cuando no análoga, a la del convenio regulador (Castilla Barea, 2011).

A imitación del Derecho norteamericano, de donde proviene esta figura, el contenido típico consiste en prefiar, temporalizar o suprimir la prestación compensatoria, pero se ha ido extendiendo más allá de las compensaciones exigibles a otros contenidos de naturaleza extrapatrimonial, por ejemplo: relativo a los hijos, donde hoy cabe también la mediación, frente a la obsolescencia del artículo 1814 CC. La particularidad estriba en que mientras el convenio regulador se celebra *a posteriori*, una vez acontecida la crisis, en el pacto en previsión de una futura ruptura, la separación o el divorcio todavía no se han producido; es más, muchas veces ni siquiera se ha contraído aún matrimonio, pero se adoptan provisiones para la eventualidad de que la crisis llegue a producirse. El acuerdo prematrimonial es profuturo, tiene valor prospectivo y despliega una eficacia preventiva (García Rubio, 2003), se trata de un negocio jurídico de familia sometido a condición suspensiva, al modo de un convenio regulador anticipado.

Aunque en un principio pudiera resultar discutible, en la actualidad los pactos prematrimoniales pueden asimilarse a un convenio regulador que no ha sido ratificado judicialmente, siendo su tratamiento prácticamente idéntico, sobre todo en lo concerniente a las estipulaciones de naturaleza patrimonial. Este planteamiento deja abierta de forma implícita la posibilidad de que para que el acuerdo despliegue plenos efectos, sobre todo en el caso particular de algunas cláusulas, como *v. gr.* las que afecten a los hijos menores, o con la capacidad de obrar judicialmente modificada, requerirá superar un previo examen judicial. Dicha aproximación nos devuelve al control judicial semejante al de cualquier convenio regulador, a tenor del artículo 90.II CC, una idea omnipresente que ya se atisbaba en los primeros escritos de autoridades doctrinales en la materia (Roca Trías, 1984: 256-258; De la Cámara, 1986: 48-49). La supervivencia de efectos del pacto prematrimonial queda sujeto así a un control idéntico al del convenio regulador, siendo sintomático del avance en esta misma dirección, que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria haya excluido el divorcio notarial en presencia de sujetos vulnerables (artículos 82 y 87 CC).

Si bien es cierto que ambos instrumentos —convenio regulador y acuerdos en previsión de futura ruptura— son manifestaciones de la autorregulación privada, y contratos rectores de la crisis matrimonial, el riesgo de padecer vicios volitivos es muy superior en los acuerdos prematrimoniales frente a la figura tradicional. No cabe duda de que ese distanciamiento temporal, entre el momento de perfección del pacto en contemplación al divorcio y su eventual exigibilidad, trae importantes consecuencias. Su celebración, a diferencia del convenio regulador, deja más expuesta a la parte

que por ejemplo: efectúa una renuncia anticipada a un determinado derecho, aun antes de poder comprobar si el hecho generador (*v. gr.* el desequilibrio económico) de la prestación ha tenido lugar. Como explica el notario Paz Ares (2008), las probabilidades de eficacia son mayores cuanto mayor es a su vez la proximidad cronológica que existe entre el pacto y el supuesto de hecho que regula, caso por ejemplo: de la renuncia preventiva a la pensión ex artículo 97 CC.

Esa imprevisibilidad y alejamiento en el tiempo pueden llevar a minimizar los riesgos que entraña una renuncia o a que no se asimile correctamente el alcance de semejante manifestación de voluntad, pues se fijan aspectos en vista a una situación hipotética, más o menos lejana, que puede llegar a no producirse nunca. La contingencia de ese suceso aproxima el pacto en previsión de una futura ruptura a un contrato con un cariz aleatorio. Roca i Trías sostiene que el acuerdo prematrimonial “podría equiparse a un seguro de daños: nadie quiere el daño, aunque el contrato viene a prevenir el desastre si ocurre” (Aguilar, 2014). En contrapartida, ese distanciamiento temporal no exento de peligros para la adecuada formación del consentimiento, conlleva una gran ventaja: evitar verse contaminado por las secuelas psicológicas e incluso el ánimo vengativo que a veces acompaña al divorcio; las decisiones serán, por regla general, más razonables y equitativas si se adoptan en un contrato prematrimonial.

II.3. Dos posibles soluciones a la disociación temporal

II.3.1. Anulabilidad negocial

II.3.1.1. Vicios del consentimiento

La protección que existe frente a un acuerdo prenupcial es de la misma naturaleza que la aplicada a los contratos; así sucede también en los EE.UU. Entre esos remedios generales que se ofrecen a las partes se cuenta la impugnación por falta de capacidad y una eventual invalidez por la concurrencia de vicios del consentimiento. Al tratarse de auténticos negocios jurídicos de familia (STS del 22 abril de 1997 [RJ 3251]), los pactos prematrimoniales quedan sometidos a las reglas de formación de los contratos y, muy especialmente, a aquellas que garantizan la integridad del consentimiento. Cabe puntualizar, con Egea Fernández (2002), que las partes no suelen ser tan críticas en este contrato como lo serían en otros; desde luego, el grado de confianza entre quienes están unidos por vínculo matrimonial es sin duda mayor en este escenario que en otras hipótesis.

A pesar de esa especial relación de cercanía entre las partes, que se profesan un afecto singular, tal circunstancia no debe llevar a presumir un abuso de confianza en todos los acuerdos preruptura, so pena de dejar completamente inoperante la figura (Gaspar, 2012). Ese automatismo, que ha sido alegado ante los tribunales, debe ser contenido y reconducido a los casos de error espontáneo o inducido. La ocultación maliciosa de información acerca de los medios de fortuna, *v. gr.* silenciar bienes cuantiosos que conforman el patrimonio así como omitir la existencia de cuentas corrientes en el extranjero, sería ejemplo de un dolo negativo. Tal dolo por omisión muy bien podría hacer nula la renuncia a la prestación compensatoria por quien ignorara circunstancias tan relevantes al concluir el acuerdo prematrimonial.

Con esta misma orientación, Díaz Martínez considera que la renuncia no será vinculante si se tenía un conocimiento equivocado de las circunstancias económicas de la otra parte, es decir, del cónyuge o futuro cónyuge; si se renuncia a la pensión compensatoria ignorando tales elementos, que concurrirían al tiempo de la ruptura de la convivencia conyugal, siendo el cambio relevante y de imposible previsión en el momento del acuerdo, se ha de entender que el consentimiento se prestó sobre bases erróneas y, en consecuencia, se debería poder analizar el desequilibrio libremente, sin vinculación judicial por el pacto previo de renuncia (Díaz Martínez, 2013). La ausencia de información puede ser sintomática de estar en presencia de una anomalía consensual, en cuyo caso, queda expedita la aplicación de los artículos 1300 y ss. CC al pacto preruptura.

Contractualizarlos efectos del divorcio, escindiendo el acuerdo prematrimonial del Derecho de familia, para aplicarle reglas y remedios propios del Derecho patrimonial está en la filosofía de la decisión estadounidense “Simeone v. Simeone” y quizá es el criterio natural al que se debe propender una vez conquistada la igualdad no sólo formal, sino real o efectiva entre cónyuges. “Los acuerdos prematrimoniales son contratos, y, como tales, deberían ser evaluados bajo el mismo criterio que se aplican a otros tipos de contratos. En ausencia de fraude, error, intimidación, los esposos deberían estar obligados por los términos de sus acuerdos” (581 A.2d. 165 [Pa. 1990], trad. Anguita Villanueva, 2009).

Se aleja la resolución estadounidense de esa idea de proteccionismo estatal de uno de los miembros de la unión matrimonial para dispensar, en este caso a la esposa, idéntico tratamiento que si contratara con cualquier otro sujeto distinto de su marido. Esta orientación parece acertada y reproducible en cualquier país moderno:

“La sociedad ha avanzado (...) hasta el punto en el que las mujeres no pueden ser consideradas por más tiempo como la parte “débil” del matrimonio, o de la sociedad en general. No hay ninguna validez en la presunción de que la mujer está desinformada, que carece de educación, y que está fácilmente sometida a las injustas desventajas de los acuerdos matrimoniales. (...) Las presunciones paternalistas y las protecciones que surgieron como refugio de las mujeres motivadas por sus inferioridades e incapacidades que se perciben en épocas anteriores han, apropiadamente, sido descartadas” (581 A.2d. 165 [Pa. 1990], trad. Anguita Villanueva, 2009).

II.3.1.2. Capacidad de obrar

En cuanto a la capacidad para perfeccionar estos negocios jurídicos, está extendida la opinión que defiende aplicar la regulación de las previsiones capitulares. Regiría, por tanto, la sempiterna regla “*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*” y el juego del artículo 1329 CC sería pleno. Los menores de edad podrían convenir anticipadamente sobre los extremos de su futuro divorcio; si les estaba permitido, mediando oportuna dispensa, casarse con 14 años, igualmente podían negociar las consecuencias de la crisis. Para otros, esta regla se contraería únicamente a las consecuencias patrimoniales de la disolución, que puede sobrevenir a los tres meses de haber celebrado la boda, mientras que la trascendencia de algunos pactos de naturaleza personal, aconsejaría exigir la mayoría de edad (Martínez Escribano, 2009), amén seguramente de escritura pública notarial frente al principio de espiritualidad que se viene aplicando a falta de una norma expresa.

La ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha suprimido la dispensa del requisito de edad, y la nueva redacción dada al artículo 48 CC elimina semejante posibilidad aunque el artículo 1329 CC permanece inalterado y no se ha visto afectado por tal reforma. Así pues, para contraer matrimonio es necesario, si se es menor de edad, estar emancipado. La discusión se centra entonces en si debe requerirse los dieciocho cumplidos o si bastarían dieciséis una vez obtenida la emancipación para concluir un acuerdo prematrimonial. La modificación es reciente, data del año pasado, y el debate continúa abierto casi en sus mismos términos.

II.3.2. Cláusula “*rebus sic stantibus*”

La doctrina de la excesiva onerosidad (*hardship*) oriunda del mismo país que es cuna de los acuerdos prematrimoniales (*prenuptial agreements*) encuentra su homólogo en la cultura jurídica continental en la cláusula “*rebus sic stantibus*”. No se ve obstáculo a que remedios de esta naturaleza puedan aplicarse por igual al contrato rector del futuro divorcio. Es más, puede afirmarse que es hoy un lugar común entre la doctrina española entender implícita la cláusula *rebus*, equivalente continental al *hardship* angloamericano, en todos los acuerdos pruruptura. La práctica totalidad de los autores contemporáneos la acogen sin reservas (Marín, 1995; García Rubio, 2003; Aguilar y Hornero, 2006; Martínez Escribano, 2009; Gaspar Lera, 2011; Parra Lucán, 2012; Berrocal, 2015) y también el TS ha hecho un uso reciente de ella. En la STS del 24 junio de 2015 (RJ 2657) niega el

Alto Tribunal que quepa la moderación de la renta mensual vitalicia con base en la regla *rebus sic stantibus* al mantener los cónyuges, al tiempo de producirse la crisis, la misma situación financiera que en el momento de celebrar el acuerdo prematrimonial.

En otras ocasiones ciertos hechos, como por ejemplo la obtención de un trabajo remunerado, pueden suponer una alteración sustancial de las circunstancias. Cabe no obstante que estos elementos, que por regla general extinguen la prestación patrimonial, hayan sido excluidos en virtud del pacto (STS del 25 marzo de 2014 [RJ 2489]), y convenir las partes, en el propio acuerdo prematrimonial, que la pensión no se extinguirá por realizar una prestación laboral sea por cuenta propia o ajena. Se conceden así los cónyuges libertad para iniciar vida laboral o negociarsin que ello afecte la percepción de la pensión (STS del 20 abril de 2012 [RJ 5911]); dicha cláusula incorporada al acuerdo elimina el factor sorpresivo, propio de la doctrina *rebus sic stantibus*, al haber sido especialmente previstas esas circunstancias dentro del margen legal que establece el artículo 1255 CC (Paniza Fullana, 2014).

Es de interés subrayar cómo la primera resolución de nuestro Tribunal Supremo se dirigía a admitir la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial, mientras que la segunda, que llamaba ya a las cosas por su nombre, lo fue para desestimar el intento de frustrar la eficacia de lo acordado, una vez superado el control de legalidad y acogida esta figura con carácter principista. Se evidencia así que la cláusula *rebus sic stantibus* no es una cuestión de validez intrínseca del acuerdo sino que se orienta a mantener, restringir o eliminar sus consecuencias, materia objeto de valoración judicial caso por caso. La finalidad de esta doctrina estriba en declarar la ineficacia, por causas exógenas e imputables al sujeto, de un negocio jurídico que es inicialmente válido a la luz del artículo 1255 CC.

Para impedir el despliegue de efectos debe producirse una variación radical del *statu quo* que es tenido en cuenta por las partes al tiempo de la perfección contractual; resulta difícil ejemplificar en este ámbito qué situaciones darían lugar a autorizar que lo acordado, por dos personas adultas y capaces, dejara de cumplirse. Según García Rubio, el juez debería sopesar la aparición de una enfermedad importante, quizá incurable o terminal, o el nacimiento o la adopción de hijos comunes cuando no se pensaba inicialmente tenerlos (García Rubio, 2003), lo que haría preciso un pacto en este sentido. Si la alteración de las circunstancias (por ej. enfermar) no se da antes de dar ejecución a lo pactado, sino después, es posible discutir si cabe una demanda tendente a la modificación las medidas convenidas (ex artículo 91 *i.f.* CC).

La teoría de la alteración de las bases objetivas del negocio, trasladada a los pactos prematrimoniales, presenta en mi opinión alguna singularidad respecto a cómo es aplicada al común de los contratos. Frente a las cautelas tradicionales, la cláusula *rebus sic stantibus* es mirada aquí con cierta benevolencia y se tiende a ser comparativamente algo más liviano en la exigencia de sus requisitos frente a su operatividad en el tráfico ordinario (STS del 10 febrero de 1997 [RJ 665] o del 21 mayo de 2009 [RJ 3187]) hasta el punto de constituir casi una verdadera especialidad. No parece que se sea demasiado estricto al exigir que la alteración de las circunstancias sea extraordinaria, aunque sí que dé lugar a una cierta desproporción entre las prestaciones cuando esa modificación debería asociarse únicamente a un cambio radical, como corresponde aun remedio excepcional que deja sin efecto aquello que libremente se acordó entre ambos contratantes.

Se extiende además a vicisitudes que cabría calificar como circunstancias subjetivas, es decir, referidas a las partes (por ejemplo: enfermedad) en vez de objetivas, concernientes al negocio, que quizá no serían tenidas en cuenta en ámbitos diferentes de la contratación matrimonial. En la práctica suele operar además casi siempre en única dirección: se solicita que se active la doctrina *rebus sic stantibus* para dejar sin efecto la renuncia, muy anticipada —por ejemplo: 20 años anterior a la demanda de divorcio— a la prestación compensatoria, realizada sin conocimiento efectivo del patrimonio del futuro pagador. No es tan frecuente, por el contrario, que la doctrina reclame acudir a ella cuando se ha establecido una determinada compensación —por ejemplo: prefijando una

prestación de naturaleza similar a la del artículo 97 CC— y quien asumió tal deuda gozaba de una saneada posición económica-empresarial al tiempo de celebrar el contrato, que no mantiene al pretenderse la efectividad de lo convenido, por encontrarse su negocio al borde del concurso de acreedores.

Si una situación es digna de protección y controlable por el juez merced a un cambio radical de circunstancias, tenidas por ciertas en el momento de la perfección negocial, pudiéndose conceder o privar de eficacia al pacto prematrimonial en beneficio de una parte, no es comprensible por qué no puede hacerse lo propio en favor de la otra, debiendo abocar ambos supuestos a un mismo resultado. Frente al cónyuge, pobre y desamparado, que no parecía ser consciente del patrimonio del deudor de la futura pensión, se opone quien se comprometió a satisfacer una elevada prestación económica, en concepto de compensación por desequilibrio patrimonial, y más tarde se ve arruinado sin culpa en el mundo de los negocios; o quien, habiendo pactado una prestación más modesta, contaba con un empleo boyante en la construcción, y tras el estallido de la burbuja inmobiliaria, ya ha consumido la totalidad de su subsidio por desempleo. Si la cláusula *rebus sic stantibus* introduce un matiz de discrecionalidad, frente a la rigidez del *pacta sunt servanda*, no se ve razón por la que estos dos escenarios deben merecer un trato diferente.

III. Conclusiones

El pacto prematrimonial no deja de ser un instrumento jurídico al alcance de cualquier interesado, que se tenga por previsor, cuyo contenido queda a la libre decisión de las partes, que son las encargadas de precisarlo. El control que debe realizar la autoridad pública sobre los acuerdos en previsión de una futura ruptura matrimonial no debe efectuarse *ex ante*, sino más bien *ex post*, es decir, situarse más próximo al plano de la eficacia que al de la nulidad. El solo hecho de acudir a esta clase de negocios atípicos no puede abocar de forma apriorística e inmediata a la invalidez de lo convenido, frustrando el deseo de los futuros cónyuges de acomodar el régimen dispositivo predispuesto por el legislador a su situación particular en caso de sobrevenir una crisis, dentro de la actual tendencia a desinstitucionalizar el matrimonio y privatizar parte de sus consecuencias. Pese a la especial relación de confianza que media entre esposos, lo más apropiado es que ambos sean tratados como iguales, sin favoritismos, y que a ninguno se le haga legislativamente acreedor de una sobreprotección, que es más propia de las relaciones verticales que horizontales en el Derecho de familia. Entre dos personas adultas y capaces parece más razonable aplicar las normas propias de los contratos, donde la única preocupación de naturaleza pública, más allá de proteger una adecuada génesis del consentimiento, es garantizar que el compromiso se cumple en sus justos términos. El sujeto ha de quedar, por tanto, obligado por su propia declaración de voluntad, aunque se trate de la renuncia unilateral y anticipada a una prestación, como la compensatoria, que carece de naturaleza alimenticia en el ordenamiento español.

Las estipulaciones de este negocio jurídico atípico se habrán de presumir, como normas generales, válidas y vinculantes a expensas de cumplir con los requisitos estructurales de cualquier contrato, centrados en la correcta formación de la voluntad negocial. Si no concurre ninguna anomalía consensual, por ejemplo: dolo por parte de un contratante, que oculta su situación financiera al tiempo de concluir el pacto, no habrá obstáculo suficiente para impedir su validez. El pacto prematrimonial es un instrumento aséptico para ordenar la situación postruptura que no prejuzga la justicia de su contenido que basculará ajustado a las necesidades concretas de cada caso particular. El juicio que lleva a cabo la autoridad estatal, encarnada normalmente en la persona del juez, se situará casi siempre en un momento posterior, y no habrá de resolver *a priori* sobre el contenido del negocio jurídico. En esa ponderación *ex post*, que presupone la validez del acuerdo, la autoridad pública debe pronunciarse de forma exclusiva sobre su eficacia y, sólo en el caso excepcional de que un cambio radical de las circunstancias haga excesivamente oneroso el cumplimiento de lo pactado, podrá el juez evitar que surta las consecuencias que le son propias y con independencia de a quién favorezcan.

IV. Bibliografía

- AGUILAR RUIZ, L. y HORNERO MÉNDEZ, C. (2006). “Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial”, en: *Revista Jurídica del Notariado*. Madrid, 57, pp. 9-44.
- AGUILAR RUIZ, L. (2014). “Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia”, en: L. Díez-Picazo (coord.). *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, t. I. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 105-124.
- ALLUEVA AZNAR, L. (2013). “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, en: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 1, pp. 1-19.
- ANDERSON, M. (2012). “Sentencia de 31 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3137)”, en: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Madrid, 88, pp. 379-405.
- ANGUITA VILLANUEVA, L. A. (2009). “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos a la realidad española”, en: J. J. Rams Albesa (coord.). *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. Madrid: Dykinson, pp. 273-330.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2015). “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, en: *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*. Las Rozas (Madrid), 5, pp. 48-67.
- CABEZUELO ARENAS, A. L. (2004). “¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?”, en: *Aranzadi Civil*. Navarra, 18, pp. 2375-2394.
- CASTILLA BAREA, M. (2011). “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (I)”, en: M. Yzquierdo y M. Cuena (dir.). *Tratado de Derecho de la familia*, II. Pamplona: Thomson-Aranzadi, pp. 295-380.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1985). “En torno a la llamada pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil”, en: *Estudios jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, pp. 109-124.
- (1986). “La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la Familia”, en: *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*. Granada, 65, pp. 5-186 (separata nº 9).
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2012). “Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador”, en: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 730, pp. 1037-1047.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). “Artículo 97”, en: R. Bercovitz (dir.). *Comentarios al Código Civil*, t. I. Arts. 1 a 151. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1017-1038.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. (2002). “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en: A. Cabanillas Sánchez (coord.). *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, III. Madrid: Civitas, pp. 4551-4574.
- GARCÍA CANTERO, G. (1982). “Artículos 42 a 107 del Código civil”, en: M. Albaladejo (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, II. Madrid: Edersa.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (2003). “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil”, en: *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, LVI, pp. 1653-1674.

- GASPAR LERA, S. (2011). “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, en: *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, 64 (3), pp. 1041-1074.
- (2012). “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés: Validez, eficacia y discrecionalidad judicial”, en: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 3, pp. 1-25.
- GINÉS CASTELLET, N. (2011). “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: los pactos preruptura en el libro II del Código Civil de Cataluña”, en: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Madrid, 727, pp. 2577-2620.
- KATZ, S. N. (2003). *Family Law in America*. Oxford: Oxford University Press.
- LALANA DEL CASTILLO, C. (1993). *La pensión por desequilibrio económico en caso de separación o divorcio*. Barcelona: J. M. Bosch.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1995). *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación o divorcio*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2009). *Pactos prematrimoniales*. Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ-CASTRO, L. (2014). “Pactos prematrimoniales, cláusulas penales y daños morales”, en: L. Díez-Picazo (coord.). *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, t. I. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 1863-1874.
- PANIZA FULLANA, A. (2014). “Autonomía privada y pensión compensatoria: ¿redefinición o establecimiento de límites?”, en: *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*. Pamplona, 7, pp. 53-63.
- PARRA LUCÁN, M. A. (2012). “Autonomía de la voluntad y Derecho de familia”, en: L. Prats Alben-tosa (coord.). *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. I. Madrid: WoltersKluwer, pp. 97-454.
- PASTOR VITA, F. J. (2003). “La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales”, en: *Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*. Valladolid, 19, pp. 25-55.
- PAZ ARES, I. (2008). “Previsiones capitulares”, en: Asociación Española de Abogados de Familia, *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia. Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga*. Madrid: Dykinson, pp. 99-145.
- PÉREZ HERESA, J. (2009). “La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales”, en: *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Madrid, XLVIII, pp. 547-602.
- PINTO ANDRADE, C. (2010). *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*. Barcelona: Bosch.
- REBOLLEDO VARELA, A.L. (2008). “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: (reflexiones a la luz del código civil, del código de familia y del anteproyecto de ley del libro II del código civil de Cataluña)”, en: F. J. Gómez Gállego (coord.). *Homenaje al Profesor M. Cuadrado Iglesias* t. I. Navarra: Thomson-Aranzadi, pp. 735-755.
- ROCA I TRIAS, E. (1984). “El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad”, en: *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*. Pamplona: Eunsa, pp. 175-263.

— (2006). “Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de la crisis”, en: J. M. Abril y M. E. Amat (coords.), *Homenaje al Profesor Puig i Ferriol*. Valencia: Tirant lo Blanch, II, pp. 2107-2140.

— (2014). *Libertad y familia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

SERRANO DE NICOLÁS, A. (2011). “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, en: R. Barrada, M. Garrido Melero y S. Nasarre (coords.). *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro II del Código civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, pp. 327-400.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L. (2013). “La pensión compensatoria, hoy”, en: *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Pamplona, p. 868.

Fechas de recepción. 18-04-2016

Fecha de aceptación: 13-6-2016

A valorização do dano moral e aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no Direito Civil

POR FRANCISCO CARVALHO CORRÊA (*)

SUMARIO: I. Introdução. — II. Responsabilidade civil. — III. Dano moral. — IV. Funções do dano moral. — V. Dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade nas indenizações por danos morais. — VI. Da valorização do dano moral. — VII. Conclusão. — VIII. Referências.

Resumo: o presente trabalho busca inicialmente conceituar a responsabilidade civil, apresentando suas espécies, bem como, seus elementos. Em seguida, é feita uma abordagem acerca do dano moral, matéria de estudo, estabelecendo sua importância no Direito Brasileiro, juntamente com a fixação do quantum indenizatório. Mais a frente, são apresentadas as funções do dano moral, seja compensatória ou punitiva. Logo em seguida, é analisado a importância do princípio da razoabilidade e proporcionalidade e suas aplicações nas indenizações por danos morais. Por fim, é trazido à baila a valorização do dano moral, nas ações indenizatórias no dias atuais.

Palavras chaves: responsabilidade civil - dano moral - princípios da razoabilidade e proporcionalidade

The appreciation of the moral damages and application of the reasonableness and proportionality principles in Civil Law

Abstract: *this study aims do initially conceptualize liability, presenting its species and its elements. Then na approach about the moral damage, the area of study is made, establishing its importance in Brazilian law, along with the establishment of indemnity quantum. Later on, the functions of moral damages are presented, either compensatory or punitive. Soon after, it is analyzed the importance of the principles of reasonableness and proportionality and its applications in compensation for moral damages. Finally, it is, brought into the dande appreciation of moral damages in compensation claims, today.*

Keywords: *civil responsibility- moral damage- principles of reasonableness and proportionality*

I. Introdução

A Responsabilidade Civil nasceu a partir da necessidade da reparação de um dano como forma de ressarcir os prejuízos dele decorrentes, sendo que tal reparação seria efetivada por meio de uma compensação pecuniária para a vítima que sofresse o dano.

Tal instituto possui raízes no Direito Romano e Francês, e no Direito Brasileiro começou a ser positivado com a promulgação do Código Civil de 1916 e, posteriormente com a vigência do Código Civil de 2002.

Na doutrina, examinamos a Responsabilidade Civil baseando-se na conduta do agente, o dano e o nexo causal.

(*) Prof. de Derecho Procesal Civil, Prof. Práctica Jurídica II, Prof. de Introducción al estudio del Derecho, Prof. de Derecho Constitucional, Faminas, Campus Muriaé, Muriaé, Minas Gerais, Brasil.

O presente artigo almeja abordar o conceito e do que se trata a Responsabilidade Civil, assim como suas espécies, com foco no dano moral, os titulares da ação de reparação e sua natureza jurídica para em seguida tratar da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade no momento da quantificação do dano moral.

É sabido que o dano moral caracteriza-se como ofensa ou violação de bens de ordem moral de determinada pessoa, o que se encontra respaldado no nosso ordenamento jurídico em seu artigo 5, incisos V e X da Constituição da República Federativa de 1988 e em seu artigo 186 do Código Civil de 2002.

Entretanto, embora seja introduzido, admitido e reconhecido em nossa legislação, é motivo de grande discussão entre juristas e doutrinadores que divergem quanto aos limites e efeitos do dano moral, por se tratar de um bem imaterial sendo impossível a sua valoração.

Neste contexto, a principal contenda acerca do assunto, depara-se no que tange aos efeitos negativos causados pela possibilidade da não aplicabilidade do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade no momento da quantificação do dano moral, podendo acarretar um desequilíbrio entre os pólos da ação, proporcionando a vítima um enriquecimento ilícito, como também ao ofensor uma sanção pecuniária ínfima, ao ponto do mesmo interpretar ser mais interessante continuar na prática lesiva, retirando o foco do caráter precípuo da indenização em educar o ofensor para desestimulá-lo da prática delituosa para com a vítima.

II. Responsabilidade civil

II.1. Conceito de responsabilidade civil

A responsabilidade civil advém da violação de determinada norma jurídica já existente, a qual gera certa obrigação àquele causador do dano de reparar ou indenizar o lesionado.

O Código Civil, em seu artigo 186 resta demonstrado tal responsabilidade ao mencionar que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O ilustre doutrinador Sergio Cavalieri apresenta seu conceito para a responsabilidade civil, vejamos:

“A responsabilidade civil parte do posicionamento que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato lícito ou ilícito, tem o dever de reparar, pois todos temos um dever jurídico originário o de não causar danos a outrem e ao violar este dever jurídico originário, passamos a ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado. O ato jurídico é espécie de fato jurídico” (2008: 2).

Em síntese, nos dizeres de Maria Helena Diniz:

“A responsabilidade civil é a aplicação das medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal” (2006: 40).

Assim, surge a responsabilidade civil, quando há a necessidade da reparação de um dano causado por uma pessoa a outra, existindo a obrigação de ressarcimento dos prejuízos causados à vítima que sofreu o evento danoso.

II.2. Espécies de responsabilidade civil

Conforme explica a doutrina especializada, a responsabilidade civil é dividida em subjetiva e objetiva, em razão da existência de culpa do agente, que será ou não considerada elemento obrigatório de reparar o dano.

II.2.1. Responsabilidade civil objetiva e subjetiva

II.2.1.1. Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva transcorre de um ato praticado pelo agente, de forma culposa ou dolosa. Isto significa que, caberá a vítima, para que obtenha a indenização, demonstrar o nexo causal entre a conduta do ofensor e o dano, bem como a culpa deste.

Essa culpa se caracteriza no momento em que o agente causador do dano age com imprudência ou negligência, conforme artigo 186 do Código Civil.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz:

“Na responsabilidade subjetiva o ilícito é o seu fato gerador, de modo que o imputado, por ter-se afastado do conceito de “bônus pater famílias” deverá ressarcir o prejuízo, se provar que houve dolo ou culpa na ação. Sua responsabilidade será individual, podendo ser direta ou indireta. Será direta, quando o agente responder por ato próprio. Será indireta, apenas nas situações previstas em lei, nas quais se admite culpa presumida “*juris et de jure*”, operando-se, conseqüentemente, conforme o caso, a inversão do “*onus probandi*”, ou ainda, gerando responsabilidade civil objetiva (CC, art. 933)” (2007: 53).

Vale ressaltar que, no instituto da responsabilidade civil subjetiva, o dever de indenizar é em regra, do agente causador da conduta danosa, porém, em casos em que ocorra culpa exclusiva da vítima, não há que se falar em reparação por parte do causador do dano.

II.2.1.2. Responsabilidade civil objetiva

Consiste em reparar um dano sem que haja necessidade de análise de culpa, bastando apenas que exista um dano, da conduta humana e o nexo de causalidade.

Sua base se encontra na teoria do risco, onde todo aquele que exercer alguma atividade que cause risco de dano a terceiros, se o dano ocorrer de fato, deve ser reparado, mesmo que a culpa não seja concorrente.

Diz Carlos Roberto Gonçalves:

“A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*, isto é, que aufera os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos ou riscos), ora mais genericamente, como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo, em razão de uma atividade perigosa, ora, ainda, como “risco profissional”, decorrente da atividade ou profissão do lesado, como ocorre nos acidentes de trabalho” (2005: 73).

A responsabilidade civil objetiva se faz presente no artigo 927, e em virtude de sua amplitude, resta configurada somente nos casos previstos em lei conforme parágrafo único do Código Civil que esclarece que:

“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

II.3. Elementos da responsabilidade civil

São elementos necessários da responsabilidade civil: a conduta humana, seja ela negativa ou positiva; nexos de causalidade entre a conduta praticada e a lesão causada e o dano, conforme palavras de Mari Helena Diniz:

“Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois o lado da culpa, como fundamento da responsabilidade temos o risco. Ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado á vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculada. Nexos de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano” (2007: 37).

II.3.1. Conduta humana

A conduta humana corresponde ao primeiro elemento da responsabilidade civil e é todo e qualquer comportamento praticado por um indivíduo, seja de forma positiva, em forma de uma ação, ou negativa, como sendo uma omissão.

Quando se trata de ação ou omissão praticada por uma pessoa, deverá a mesma ser praticada de forma voluntária, sem que haja qualquer vício de consentimento. Sobre esse tema Pablo Stolze explica:

“Por isso, não se pode reconhecer o elemento “conduta humana”, pela ausência do elemento volitivo, na situação do sujeito que, apreciando um raríssimo pergaminho do século III, sofre uma micro-hemorragia nasal e, involuntariamente, espirra, danificando seriamente o manuscrito. Seria inadmissível, no caso, imputar ao agente a prática de um ato voluntário. Restará, apenas, verificarmos se houve negligência da diretoria do museu por não colocar o objeto em um mostruário fechado, com a devida segurança, ou, ainda, se o indivíduo violou normas internas, caso em que poderá ser responsabilizado pela quebra desse dever, e não pelo espirro em si” (2014: 73).

Nesse sentido, conclui-se que a o primeiro elemento da responsabilidade civil deve ser observada a conduta humana, devendo ser voluntária e ilícita para que haja a imputação e a reparação do dano.

II.3.2. O dano

O Dano está sempre ligado à ideia de prejuízo suportado pelo agente, podendo ser coletivo ou individual, moral ou material. É necessário a presença de algum dano ou prejuízo para que a responsabilidade civil se configure, pois caso contrário, não seria necessário indenização para reparação de um dano. Nas palavras de Pablo Stolze, citando Sérgio Cavalier Filho:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento —risco profissional, risco proveito, risco criado etc.—, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa o até dolosa” (2014: 81).

Desta forma, a lesão ou prejuízo a um bem tutelado juridicamente, pode se dar de forma extrapatrimonial (dano moral) ou patrimonial (dano material).

Carlos Roberto Gonçalves sustenta que “material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. Moral é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio” (2012: 359).

Conforme a doutrina, o dano material ou patrimonial, pode ser subdividido em lucro cessante e dano emergente. O dano emergente está pautado no artigo 402 do Código Civil, e traduz aquilo que a vítima perdeu efetivamente, correspondendo ao dano avaliado mais facilmente. Já o lucro cessante, na dicção legal, é o que a vítima deixou de lucrar, razoavelmente.

Por fim, o dano moral ou extrapatrimonial é aquele prejuízo que afeta o ânimo intelectual, moral e psíquico da vítima, ferindo, principalmente, os direitos da personalidade.

II.3.3. Nexo de causalidade

É a conexão que une o dano a conduta do agente. Trata-se de um elemento indispensável para concluirmos quem foi o causador do dano. Se a vítima que sofreu o dano não identificou o nexos de causalidade que leva o ato danoso sofrido ao responsável, não haverá como ser ressarcido, o que no caso concreto, nem sempre é fácil de estabelecer uma relação de causa e efeito.

Caso Fortuito ou Força Maior, Fato Exclusivo da Vítima e Fato de Terceiros são as excludentes de responsabilidade, impedindo que se materialize o nexos causal.

II.3.3.1. Caso fortuito ou força maior

Conforme previsão legal, o caso fortuito ou força maior são definidos como sinônimos, em seu artigo 393, parágrafo único do Código Civil: “O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.

Ambos podem ser entendidos como uma força externa a conduta humana, alheia a vontade e de natureza inevitável, o que não quer dizer que apesar de ser inevitável não possa ser imprevisível.

A característica principal da força maior é a inevitabilidade, mesmo sendo conhecida a sua causa (um terremoto, por exemplo, que pode ter sua previsão pelos cientistas), ao passo que, no caso fortuito, tem a sua distinção na imprevisibilidade.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz:

“na força maior conhece-se o motivo ou a causa que dá origem ao acontecimento, pois se trata de um fato da natureza, como, p. ex., um raio que provoca um incêndio, inundação que danifica produtos ou intercepta as vias de comunicação, impedindo a entrega da mercadoria prometida, ou um terremoto que ocasiona grandes prejuízos etc.” Já “no caso fortuito, o acidente que acarreta o dano advém de causa desconhecida, como o cabo elétrico aéreo que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, explosão de caldeira de usina, e provocando morte” (2002: 346).

II.3.3.2. Fato exclusivo da vítima

O exclusivo desempenho culposo da vítima tem o condão de romper o nexos de causalidade, o que não gera responsabilidade civil ao agente.

Vale ressaltar que somente se houver atuação exclusiva da vítima ocorrerá à quebra do nexos causal. Se houver fato concorrente, a indenização deverá ser mitigada, na proporção da atuação de cada sujeito, conforme esclarece o artigo 945 do Código Civil: se a vítima concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

II.3.3.3. Fato de terceiro

O fato de terceiro ocorre pela conduta realizada por um terceiro envolvido na situação e não pelo agente causador do dano.

Deve-se entender por terceiro, aquele mais além do causador do dano e da vítima, onde nessas situações em que incida fato de terceiro, o mesmo deve ser identificado para que o agente que causou o dano não seja responsabilizado, pois não foi através de sua conduta que o fato ocorreu e sim nas mãos de um terceiro, mas como este não pode ser identificado, o estado será de caso fortuito.

No caso do transportador, conforme Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal que esclarece que: “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

Neste caso, cabe ao transportador indenizar a vítima e ingressar com uma ação de regresso em face de terceiro que agiu de forma a ocorrer o dano, conforme dispõe o artigo 735 do Código Civil: a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

III. Dano moral

III.1. Conceito

O dano moral corresponde àquela lesão que atinge o indivíduo no que tange aos seus direitos da personalidade (dignidade, honra, imagem, intimidade), e não em seu patrimônio.

O surgimento do dano moral ocorre quando o princípio da dignidade da pessoa humana é ferido, causando algum dano a vítima. Nos dizeres de Paulo Nader:

“O dano moral é quando alguém atenta contra a constituição física da pessoa natural ou atinge em sua composição incorpórea, como o nome, a honra, a liberdade em diversas manifestações, a psique. O efeito que o dano moral provoca é a dor física ou psíquica, ambas não mensuráveis por padrões matemáticos ou econômicos” (2009: 82).

Segundo Maria Helena Diniz “o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo” (2006: 92).

Gagliano e Pamplona Filho trazem o conceito do dano moral da seguinte maneira:

“O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente” (2006: 55).

Já o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves sustenta o que vem a ser o dano moral e suas consequências, bem como ressalva que, o dano moral não é propriamente o sofrimento tolerado pelo ofendido, mas sim a consequência do dano:

“Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., (...), e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano” (2012: 379).

Conforme mencionado, o dano moral não atinge a esfera patrimonial da vítima, tanto que a indenização satisfaz o pagamento de determinada quantia em dinheiro, destinada a uma satisfação compensatória para amenizar o sofrimento da vítima.

III.2. A reparação do dano moral no Direito brasileiro

O Código Civil de 1916 foi à primeira legislação brasileira a prever a indenização por danos morais, e somente haveria tal ressarcimento se estivesse expresso no referido Código, conforme exemplifica Gonçalves:

“O Código Civil de 1916 previa algumas hipóteses de reparação do dano moral, como quando a lesão acarreta aleijão ou deformidade, ou quando atinge mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar (art. 1 538); quando ocorresse ofensa à honra da mulher por defloramento, sedução, promessa de casamento ou rapto (art. 1 548); ofensa à liberdade pessoal (art. 1 55); calúnia, difamação ou injúria” (art. 1 547) (2005: 576).

Logo após, com a vinda Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é que se começou a falar na ampla reparação por danos morais em nosso ordenamento jurídico, trazendo uma maior dimensão e nova feição ao dano moral, conforme dizeres de Sergio Cavalieri:

“A Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade da pessoa humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos” (2007:76).

Já o artigo 5 da nossa Carta Magna, trás o direito à reparação por danos morais como “Direitos e Garantias Fundamentais”, conforme *caput* do referido artigo e seus incisos V e X, *in verbis*:

“Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V — é assegurado o direito a resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (...)”.

Mas foi somente com a chegada do Código Civil de 2002, que a norma existente passou a ser representada e adequada, através dos artigos 186 e 927 do mesmo diploma legal, *expressis verbis*:

“Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

III. 3. A Fixação do *quantum* indenizatório

Diante da dificuldade existente para que seja realizada a quantificação e apuração do valor do dano moral, criaram-se critérios doutrinários e legais para que seja fixado o *quantum* indenizatório.

Quando tratada da referida fixação por danos morais, a equação a ser feita não é simples e nem exata, uma vez que o tema gira em torno da incerteza, considerando que a dignidade da pessoa é personalíssima. Nesse sentido, opina Gonçalves:

“O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimativa. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula “danos emergentes — lucros cessantes”, a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado” (2009: 378).

Vale ressaltar que devido à complexidade da reparação do dano moral, não basta que o magistrado aplique apenas o que se encontra disposto no artigo e na Constituição, é necessário que se faça a análise de dois critérios para alcançar o valor compensatório.

O primeiro, trata-se da extensão do dano sofrido, correspondendo a qual bem jurídico foi lesionado, uma vez que existe uma escala de valores que diferencia no momento da quantificação do dano moral. Por exemplo, em primeiro lugar, a vida, em segundo, a liberdade, a honra, conforme se pode observar o artigo 5 da Constituição Federal. Deste modo, para cada bem jurídico ofendido, existe um tratamento diferenciado, quando, por exemplo, de um homicídio, ou ofensa à honra da pessoa, ou até uma inscrição indevida no cadastro de inadimplentes.

Já o segundo, refere-se à condição pessoal da vítima, a lesão sofrida, devendo o magistrado ao estabelecer o valor da recompensa, verificar o status da vítima. Quanto a isso opina Clayton Reis:

“E quando se tratar de danos morais? Como será possível aferir o estado de espírito da pessoa antes e depois da lesão para valorar o *pretium doloris*? Será possível concluir que a pessoa lesionada apresentará um estado diverso do anterior à ofensa” (2010: 74).

IV. Funções do dano moral

Boa parte da doutrina brasileira entende que o dano moral possui duas forças, quais sejam, compensatória para a vítima, e punitiva para o autor do dano. Sobre o tema, Caio Mário opina da seguinte forma:

“Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido” (Pereira, 2001: 338).

IV.1. Função compensatória

A natureza compensatória nas ações indenizatórias consiste no *quantum* de caráter indenizatório, ou seja, com o objetivo de compensar a vítima pela lesão sofrida, proporcionando uma reparação pelo dano sofrido.

A respeito do tema, Moraes assevera:

“Aquele que sofre um dano deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz—se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; ‘indenizar’ é palavra que provém do latim, ‘in dene’, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências — o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é compensável, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5, X, se refira à indenização do dano moral” (2009: 145).

Nesse sentido, conclui-se que a função compensatória da responsabilidade civil é de natureza pecuniária, de atenuar o sofrimento daquele que foi lesado, tendo em vista que, o dano moral não pode ser reparado efetivamente, em face da impossibilidade de retorno ao *status quo ante* (estado anterior a referida ofensa).

IV. 2. Função punitiva

A função punitiva é aquela através da qual o dano moral proporciona caráter punitivo ao ofensor ou causador daquele dano ou lesão à vítima. Tem por finalidade desestimular o ofensor, de forma inibitória e pedagógica, a praticar novamente o ato lesivo.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “o caráter punitivo é puramente reflexo, ou indireto: o causador do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva” (2012: 401).

Para a ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz, a natureza punitiva consiste:

“(…) uma sanção imposta ao ofensor, visando à diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa —integridade física, moral e intelectual— não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis” (2006: 108).

Marcus Oliveira aduz que para a reparação do ato ilícito não há limites para o *quantum* indenizatório, importando somente a punição:

“Se entender que a reparação deva ser fixada como punição a situação inverte-se completamente. Não há limites para o estabelecimento do valor. (...) o que importa neste caso é a punição, o exemplo dado para que agente não repita o ato” (2001: 55).

A função punitiva tem inspiração no *punitive damages*, teoria adotada nos Estados Unidos, “onde indenizações milionárias enriquecem vítimas de ofensas morais, constituindo-se em verdadeira loteria jurídica” (Oliveira, 2001: 56).

No entanto, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, faz uma ressalva as diferenças encontradas no direito norte-americano e no direito brasileiro, afirmando:

“É preciso considerar as diferenças decorrentes das condições econômicas, raízes históricas e dos costumes, bem como o conteúdo e os limites dos poderes de que se acham investidos os seus juízes e ainda o sistema de seguros dos estados Unidos da América do Norte. Diversamente do direito norte-americano, inspira-se o nosso sistema jurídico na supremacia do direito legislado, expressa no preceito constitucional de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (2012: 402).

Também o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves estabeleceu críticas referentes ao caráter punitivo na doutrina brasileira:

“A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das *punitive damages*, do direito norte-americano, é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico constitucional da legalidade das penas (...). Ademais, pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo a indenização em proveito do lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento. Se a vítima já estiver compensada com determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito” (2012: 403).

Assim, conclui-se que a função punitiva do dano moral é de punir o ofensor/causador do dano a outrem, fixando um valor superior a uma simples compensação, para atingir de forma específica o seu patrimônio.

V. Dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade nas indenizações por danos morais

A tarefa do magistrado em estabelecer um valor que proporcione o desestímulo ao ofensor a praticar novamente o ato ilícito, e ao ofendido de que não sofra um enriquecimento ilícito, não é tão simples quanto parece, sendo neste momento em que o magistrado se atenta aos critérios de natureza subjetiva, quais sejam, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, analisados no caso concreto.

Nos dizeres de Nelson Nery Júnior:

“O princípio da proporcionalidade pode ser entendido como uma lei de ponderação, devendo ser sopesados os interesses e direitos em jogo para que se alcance a solução concreta mais justa. A razoabilidade, pois, deve ser entendida como uma “proibição do excesso”, objetivando aferir a compa-

tibilidade entre o fato ocorrido, a gravidade do dano, as condições sócio-econômicas do ofensor e ofendido e o fim a ser alcançado com a indenização, de modo a evitar restrições desnecessárias ou incorrer em excessos” (2002: 161).

Assim, fica demonstrado que o magistrado, no momento da quantificação do dano moral, deverá fazer uso dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que seja razoável nas decisões, fazendo prevalecer o bom senso, afastando excessos.

Conforme comenta Sérgio Cavalieri Filho:

“Não é fácil, como se vê, estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Nessa tarefa penosa deve o juiz valer-se de um juízo de razoabilidade, de um juízo causal hipotético, que, segundo Larenz, seria o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito gerador da responsabilidade civil. Deve o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência do normal desenrolar dos fatos; se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito” (2000: 73).

O valor quantificado pelo dano moral depende dos critérios relacionados à razoabilidade e proporcionalidade entre o dano causado e o fato lesivo. Tal evento, advém de análise feita pelo julgador acerca: da avaliação das circunstâncias do fato, como o tempo em que a vítima esteve em sofrimento, os reflexos que o dano causará no presente e futuro, as partes envolvidas no conflito e as condições físico-psicológicas do ofendido e do ofensor, respeitando, as peculiaridades de cada caso.

Tais princípios estão intimamente ligados à quantificação do valor conferido ao dano moral, visto que são os princípios norteadores do ordenamento jurídico, determinando um justo equilíbrio entre, o dano que a vítima experimentou e o prejuízo que foi causado pelo autor do dano.

Quanto a este assunto, opina Venosa da seguinte forma:

“Embora possam ser estabelecidos padrões ou faixas indenizatórias para algumas classes de danos, a indenização por dano moral representa um estudo particular de cada vítima e de cada ofensor envolvido, estados sociais, emocionais, culturais, psicológicos, comportamentais, traduzidos por vivências as mais diversas. Os valores arbitrados deverão ser então individuais, não podendo ser admitidos padrões de comportamento em pessoas diferentes, pois cada ser humano é um universo único” (2010: 345).

V.1. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade nas indenizações por danos morais

Com o propósito de chegar a um senso comum, é livre arbítrio do magistrado, aplicar a reparação com os poderes que lhe foram atribuídos, tornando-o justo a cada caso concreto. Mas, é sabido que para o magistrado utilizar-se apenas do critério do arbitramento estariam ferindo os princípios básicos, quais sejam, princípios da legalidade e da isonomia. Por esta razão, o magistrado tem a faculdade de poder aplicar o critério da tarifação.

Assim, ficam existindo dois sistemas que servem de parâmetro para que seja fixado o *quantum* indenizatório nas reparações por danos morais sofridos pela vítima.

No sistema da tarifação, existe uma predeterminação legal ou jurisprudencial com relação ao valor a ser arbitrado na indenização, devendo, o magistrado, analisar cada caso concreto, observando os limites estipulados em cada ocasião.

Este critério de tarifação é discutido pela doutrina para a sua não utilização, uma vez que é quase impossível prever as situações em que ocorram tais eventos lesivos, bem como a sua gravidade. Nos dizeres de Rodrigo Mendes Delgado:

“Seria impossível criar uma tabela que abrangesse, não apenas todos os eventos possíveis de ocasionar danos morais, mas também que pudesse prever um valor específico para cada dano” (2004: 111).

Assim, para aqueles que entendem da não aplicação deste critério, os sofrimentos morais decorrentes de uma lesão não podem ser medidos, economicamente.

Já o arbitramento, corresponde ao poder inerente outorgado ao magistrado, para decidir o caso concreto, com base em seus conhecimentos, mantendo-se apenas nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Vale ressaltar que, o livre arbítrio do magistrado possui preceito legal conforme artigo 371 do novo Código de Processo Civil, qual seja:

“O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Sobre o tema, opina Castro:

“O arbitramento não tem como objetivo pagar ou indenizar, na feição etimológica (in+damnum), de retirar o dano. Não se trata de aferir o preço da dor: o objetivo é trazer algum bem a quem sofreu o mal já consumado, que não se pode desfazer. Cuida-se de conceder benefício apto a, de certo modo, permitir um alívio à vítima, ajudando-a a desligar-se do sofrimento ou da ofensa à dignidade e à honra” (2007: 160).

O magistrado não ficará preso às provas que lhe são apresentadas, exclusivamente, podendo usar-se de seu conhecimento e livre arbítrio para proferir uma decisão, razão pela qual é adotado no nosso ordenamento jurídico o critério da arbitragem. Sobre o tema, Cavalieri Filho aduz:

“Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral” (2008: 91).

Desta forma, resta demonstrado que, apesar das dificuldades do magistrado no momento da quantificação da indenização por danos morais, é palpável que exista uma decisão de forma justa, no sentido de punir o ofensor pelo dano causado, como satisfazer o ofendido em face da lesão sofrida, sem que o primeiro não se exima da responsabilidade de reparar seu erro compensando o lesado, e também do segundo de não obter como resultado do seu pleito indenizatório um enriquecimento sem causa.

VI. Da valorização do dano moral

Em se tratando de matéria complexa, a valoração do dano moral, na maioria dos casos, não é tratada com a merecida e necessária atenção. Isto porque se acredita ser de cunho puramente subjetivo do lesado, o que tornaria impossível mensurar sua extensão.

Verdadeiramente, é indiscutível de que a dor não tem preço, tornando assim, o tema essencialmente complicado. Mas, o direito é ciência viva, e em constante evolução, buscando soluções cada vez mais concretas para valorar o dano moral.

A sociedade tornou-se consciente em relação aos seus direitos, ligada ao amparo jurídico e atenção, que foram dispensados à matéria, a partir do ano de 1988, e vem se observando que, no decorrer dos anos, houve um grande volume de ações que buscam indenizações por danos morais ou cumuladas ao dano moral. Para esse tipo de demanda, observam-se que, muitos dos casos, as ações são ajuizadas de forma forçada, fundadas em fatos que não as justificam, restando bem clara as intenções de enriquecimento fácil, o que pode ser somado a isso, os valores que são exigidos, que não guardam proporcionalidade com o dano alegado, tendendo a serem sempre altos.

Ao passo em que casos possuem o pleito legítimo, existem inúmeros outros casos abusivos, degradando as relações sociais.

De um parâmetro geral, as pessoas são estimuladas a buscar o Poder Judiciário para reparar supostos danos morais abrangidos em razão de qualquer e banal desavença (como por exempli, um descumprimento contratual), ao invés de recorrerem ao litígio processual quando de fato vivenciam situações que atentem ao dano moral.

Por essa razão, muito se tem falado em uma “indústria do dano moral”, na qual, as pessoas procuram o Judiciário como um jogo de loteria, num anseio desenfreado por alcançar ganhos fáceis.

A facilidade de se postular em juízo sem gasto financeiro, sobretudo no que se refere aos Juizados Especiais, nos quais em determinadas condições, não é necessário o patrocínio processual do advogado, além de serem impuníveis as ações infundadas, o que acabam por incentivar o número crescente de ações.

Necessário se faz que se tornem pacíficas a doutrina e jurisprudência acerca da quantificação e caracterização do dano moral, que haja conscientização social sobre o assunto e, inclusive, que os magistrados enquadrem os comportamentos indevidos como litigância de má-fé (ocasião em que a parte que utiliza indevidamente o Judiciário terá que indenizar a outra parte e arcar com as devidas custas processuais e honorárias advocatícias, conforme o previsto nos artigos 79 à 81 do novo Código de Processo Civil) a fim de que seja reduzido o acentuado número de ações abusivas buscando o enriquecimento ilícito com suporte em infundados pleitos de reparação por danos morais que abarcam o nosso Judiciário.

Vale ressaltar que, o abuso da máquina do Judiciário tem gerado demora na prestação jurisdicional, prejudicando aqueles que efetivamente possuem direitos devidos a serem apreciados, os quais foram lesados, além dos gastos, que para o Estado, representam desgastes psicológicos daqueles envolvidos na lide, incluindo o magistrado, que deve fazer uma análise subjetiva do fato a ser analisado.

Assim, conclui-se que, a procura pela vantagem indevida acaba banalizando um instituto de suma importância e que levou tanto tempo em ser reconhecido pelo nosso ordenamento jurídico.

VII. Conclusão

O presente estudo possui o desígnio de demonstrar a inquietação no que se refere à aplicação do *quantum* indenizatória nas ações de reparação por danos morais, levando em consideração as condições econômicas tanto do ofensor quanto do ofendido.

Concluimos que existem várias funções atribuídas às ações de indenização por danos morais, sendo que as mais importantes são a compensatória e a punitiva. Entendendo-se por compensatória, aquela que fixa um determinado valor a indenização de modo a compensar a vítima pela lesão sofrida. Enquanto a punitiva, busca arbitrar o valor da indenização com a finalidade de punir o causador do dano, evitando que este reincida na prática danosa.

Para que seja aplicado o *quantum* indenizatório, foi oferecido ao magistrado ferramentas para que o mesmo possa chegar a uma decisão satisfatória e ao mesmo tempo justa. Estas ferramentas foram divididas em critérios representados pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, com aplicação da tarifação e arbitramento.

No Brasil, o sistema mais adotado é o do arbitramento, em que o magistrado, utilizando-se de seus conhecimentos e analisando cada caso concreto, faz uso do seu livre arbítrio para aplicar uma pena equitativa ao ofensor.

Tal decisão proferida pelo magistrado, para que seja justa, deve respeitar alguns limites para que, ao mesmo tempo que o ofendido seja ressarcido e que sua dor seja amenizada, o ofensor não seja sobrecarregado de forma a não suportar o valor do prejuízo.

Desta forma, resta demonstrado a importância da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade feitos pelo magistrado no momento da quantificação das ações de indenizações por danos morais. O que em caso contrário, pode ocorrer a possibilidade de haver um valor exacerbado, ao ponto da vítima ultrapassar em grande valor o seu ressarcimento, vindo a incidir em enriquecimento sem causa, abrindo assim, precedentes para que várias pessoas possam fazer uso do judiciário como “trampolim para alcançar a riqueza”, transformando assim, a indenização por danos morais em um bilhete de loteria.

Ressalta-se que, a valorização do dano moral, no decorrer dos anos, tem sofrido um grande aumento de ações que buscam, na maioria dos casos, o enriquecimento fácil.

Portanto, após extensa discussão sobre o tema, resta demonstrado a imprescindibilidade da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na busca de uma decisão justa, a fim de ressarcir a vítima/ofendido, amenizar a sua dor e da mesma forma punir o ofensor, desencorajando-o da reincidência da prática lesiva.

VIII. Referências

CAVALIERI FILHO, Sérgio (2007). *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas.

— (2008). *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas.

CASTRO, Guilherme (2007). *Couto de Direito Civil: Lições*. Niteróio, RJ. Impetus.

CÓDIGO CIVIL (2002). Lei nº 10.406, 10 de Janeiro. Brasil.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988). Brasília: DF, Senado.

DELGADO, Rodrigo Mendes (2004). *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 2ª ed. São Paulo: Mizuno.

DINIZ, Maria Helena (2002). *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, p. 346-7.

— (2006). *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva.

GONÇALVES, Carlos Roberto (2005). *Responsabilidade Civil*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva.

— (2009). *Direito Civil Brasileiro*. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, v. IV.

— (2012). *Direito Civil Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva.

VENOSA, Silvio de Santos (2004). *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 4ª ed. Atual. São Paulo: Editora Atlas, Vol. IV.

MORAES, Maria Celina Bodin (2010). *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil e constitucional*. São Paulo: Renovar.

NADER, Paulo (2009). *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. RJ: Forense, v. 7.

NERY JÚNIOR, Nelson (2002). *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto y SILVEIRA, João José Custódio da. (2001). *Dano Moral: proteção jurídica da consciência*. 2ª ed. São Paulo: LED.

PEREIRA, Caio Mário da Silva (2001). *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. RJ: Forense.

REIS, Clayton (2000). *Avaliação do Dano Moral*. 3ª ed. RJ: Forense.

— (2010). *Dano Moral*. 5ª ed. atual. e ampl. RJ: Forense.

VENOSA, Sílvio de Salvo (2006). *Direito Civil*. 6ª ed. São Paulo: Atlas.

Sites pesquisados

<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1053055/o-principio-da-razoabilidade-como-parametro-de-mensuracao-do-dano-moral-lorena-pinheiro-barros-e-danielle-borgholm> [Fecha de consulta: 05/04/2016].

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132982,61044-+banalizacao+do+dano+moral> [Fecha de consulta: 05/04/2016].

<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/6408/1/Quadro%20comparativo%20-%20CPC%20-%20Caputo,%20Paulo.pdf> [Fecha de consulta: 07/04/2016].

Fecha de recepción: 08-04-2016

Fecha de aceptación: 05-07-2016

Derecho de alimentos derivados de la responsabilidad parental en el nuevo Código Civil

POR FLORENCIA BURDEOS (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Regla general. — III. Alimentos provisionales para el hijo no reconocido. — IV. Obligación alimentaria de otros parientes. — V. Alimentos impagos y medidas ante el incumplimiento. — VI. Deber alimentario del progenitor afín. — VII. Conclusiones. — VIII. Bibliografía.

Resumen: en el presente trabajo se realizó un análisis de las normas que regulan los alimentos derivados de la responsabilidad parental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, a través del estudio de las soluciones que los distintos criterios jurisprudenciales habían brindado para los principales conflictos existentes en esta temática, valorando su incidencia en las nuevas normas proyectadas. Se tuvo en consideración las implicancias de la sanción de la ley 26.579, que estableció la mayoría de edad a los 18 años y creó un régimen de alimentos especial para los hijos mayores de edad hasta los 21 años.

Palabras claves: alimentos - responsabilidad parental - hijos mayores de edad

The right to food derived from parental responsibility in the new Civil Code

Abstract: in this paper an analysis of the right to food derived from parental responsibility in the new Civil Code was made, through the study of the solutions that jurisprudence criteria had provided to the main conflicts in this matter, assessing their impact on the new rules. It was also considered the implications of the law 26.579, which established the age of majority at 18 and created a special regime for the right to food for adult children up to the age of 21 years old.

Keywords: right to food - parental responsibility - adult children

I. Introducción

Los alimentos derivados de la responsabilidad parental están regulados en el Capítulo 5, del Título VII Responsabilidad Parental, en los artículos 658 a 670.

La regla de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración, con respecto al hijo “la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (artículo 5, de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Según los fundamentos de los redactores del proyecto, el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por lo que se consideró necesario reemplazar la expresión “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos.

(*) Prof. Adjunta Interina Derecho Civil V, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

El vocablo “responsabilidad” implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente.

En este sentido, el artículo 638 del nuevo Código Civil define a la “Responsabilidad parental” como el “conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

Según los fundamentos de los redactores del nuevo ordenamiento civil “La obligación alimentaria es uno de los deberes a cargo de los progenitores que ha tenido una importante evolución doctrinal y jurisprudencial gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27), hoy con rango constitucional”.

Veremos a continuación cómo se plasmaron las soluciones que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia proponían para los vacíos legales que el Código Civil contenía en esta materia.

II. Regla general

El artículo 658 mantiene la obligación alimentaria sobre ambos progenitores y la limitación referida a la *condición y fortuna* de los obligados, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

También extiende la obligación hasta los 21 años, excepto que el obligado pruebe que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

Dentro de los fundamentos del anteproyecto se consideró que “uno de los temas más debatidos después de la sanción de la ley 26.579 (que establece la mayoría de edad a los 18 años) es el relativo a la extensión de la obligación alimentaria hasta los 21 años, en particular, cuando los hijos continúan conviviendo con uno de los progenitores”.

II.1. Obligación alimentaria para los hijos mayores entre los 18 y los 21 años

Al respecto, cabe recordar que la ley 26.579 redujo la mayoría de edad, de veintiún a dieciocho años, siendo su aspecto principal haber incorporado un régimen especial de alimentos de los padres respecto de sus hijos mayores de edad, dentro de esa franja etaria.

La ley había agregado un segundo párrafo al artículo 265 del Código Civil que establece: “La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en el artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”.

Según los fundamentos del proyecto de ley, el agregado se basó en la necesidad de aquellas personas que —habiendo alcanzado la mayoría de edad— no tienen hasta los veintiún años medios propios para satisfacer sus necesidades; de ahí que esta última condición es esencial a los fines del mantenimiento de la obligación alimentaria de los padres hasta que sus hijos mayores cumplan los veintiún años.

Esta ley creó un particular régimen alimentario para los hijos mayores de edad, entre 18 y 21 años, pues no obstante reducir la mayoría de edad a los 18 años, mantuvo la obligación alimentaria de los padres, bajo ciertas circunstancias, hasta que el hijo mayor de edad cumpla los 21.

Tal es así, que algunos autores —como Solari (2010)— entendieron que la obligación alimentaria de los padres hacia sus hijos mayores, en los términos del segundo párrafo del artículo 265,

tenía una *naturaleza especial*, distinta a la patria potestad y al parentesco, consistente en el vínculo paterno-filial, dando nacimiento a una nueva fuente legal en la materia (a la que él llamó *vínculo filial*). Ello, porque la nueva disposición presentaba características especiales que la diferenciaban de los alimentos derivados de la patria potestad o del parentesco.

Así, el agregado final de la norma condicionaba la prestación alimentaria de los padres a la circunstancia de que los hijos no tuvieran recursos suficientes para proveérselos por sí mismos.

Entonces, se asimilaba al régimen derivado de la patria potestad en cuanto el hijo mayor, al igual que el menor de edad, podría no trabajar y exigir a sus padres la obligación alimentaria hasta los 21 años; también en que en ambos casos la obligación era solamente de los padres hacia los hijos. Pero se diferenciaba en cuanto el hijo mayor, si tuviera medios propios, ya no podía exigir alimentos a sus padres.

Sobre la base de dicha modificación, el nuevo Código Civil estableció —como regla— que el deber alimentario se extiende hasta los 21 años de edad; nada debe probar el hijo que los reclama: es el padre que intenta liberarse el que debe demostrar que el hijo mayor de edad puede procurárselos.

Y teniendo especial consideración en que que los alimentos deben cubrir algunos gastos del hogar, el nuevo Código concede legitimación al progenitor conviviente para obtener la contribución del otro al sostenimiento de dichos gastos pues de lo contrario ellos recaerían exclusivamente sobre el progenitor conviviente (1).

Así, el artículo 662 otorga *legitimación* al progenitor que convive con el hijo mayor de edad para obtener la contribución del otro hasta que el hijo cumpla 21 años; aclarando que puede *iniciar* el juicio alimentario o *continuar* el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor. Además, le otorga derecho a *cobrar y administrar* las cuotas alimentarias devengadas.

Otra solución consiste en que las *partes de común acuerdo*, o el *juez a pedido de parte*, fije dos sumas: una para ser percibida por el progenitor conviviente para cubrir los referidos gastos, la otra para ser percibida por el hijo para solventar sus gastos personales (la norma habla de desembolsos de su vida diaria, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que estime pertinentes).

Esta norma ya ha merecido críticas, así, Solari (2012) sostuvo que la posibilidad de que el progenitor conviviente reciba y administre el monto de los alimentos resultaba una limitación que no era acorde con la plena capacidad que se otorga al sujeto mayor de edad, implicando un regreso a su condición de menor, de manera encubierta. Asimismo, señaló los inconvenientes prácticos que su aplicación podría aparejar al destinar una suma de dinero para los gastos personales del hijo y que el resto tenga que ser administrado por el progenitor conviviente, complicando la relación familiar.

II.2. Contenido

En cuanto al contenido, además de mantener los contemplados por el artículo 267 del Código Civil (manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enferme-

(1) En el mismo sentido, la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza (en la causa “S.C.M. c/ S.R.M. por Solicita Medida”, sentencia del 31/10/2013), confirmó el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa de la madre para el reclamo del crédito por alimentos impagos, con fundamento en que la legitimada era la hija mayor de edad. Para decidir así, el Tribunal se basó en que, en el caso, la actora reclamaba el cobro de una suma que no era propiamente la cuota alimentaria, sino los dineros que ella tuvo que sacar de su peculio para afrontar los pagos de los gastos necesarios para la manutención de su hija, que el importe de aquella estaba destinado a cubrir. El fallo citó también como fundamento el artículo 662 del Código Civil y Comercial proyectado, todavía no sancionado a la época de la sentencia.

dad), el artículo 659 agrega “los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio,” con la intención de que los padres colaboren con sus hijos en la inserción laboral para alcanzar su autosustento y en consonancia con los alimentos que luego prevé el artículo 663 para el hijo mayor que se capacita.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 270 del Código Civil eximía a los padres de dar a sus hijos los medios para formar un establecimiento o dotar a sus hijas. Esto es, los padres no estaban obligados a proporcionarles a sus hijos los medios para que desarrollen una actividad, o una donación de capital para que formen un establecimiento de cualquier índole.

El artículo 659 también establece las formas de cumplir con la prestación alimentaria, enumerando *las prestaciones dinerarias o en especie* y que serán acordes a las *posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado*.

El artículo 265 del Código Civil disponía que los padres debían asistir a sus hijos *de acuerdo a su condición y fortuna*, esto es, en función de la situación económica en que se encontraban, determinándose de esta forma los límites de la prestación.

No obstante, era un criterio doctrinario y jurisprudencial sostenido que cuando la fortuna de los padres o sus ingresos resultaban muy superiores a las necesidades de sus hijos menores, la medida o límite del deber alimentario de aquéllos estaba determinado por esta pauta.

El texto actual, entonces, recoge dicha postura y establece como límite de la obligación alimentaria no sólo las posibilidades económicas de los obligados sino también las necesidades del alimentado.

Relacionado con las formas de cumplir la obligación alimentaria, dentro de lo que sería una *prestación en especie*, el nuevo Código le reconoce valor económico al *cuidado personal del hijo*, considerándolo un *aporte* para su manutención (artículo 660), en consonancia con el criterio doctrinario y jurisprudencial que le asignaba un valor a dichas tareas.

Así, se sostenía que sin desconocer la igualdad jurídica de ambos cónyuges, en las particulares circunstancias de padres no convivientes debía atenderse al *aporte que efectúa el que ejerce la tenencia*, generalmente la madre cuando los hijos son de corta edad, recayendo sobre el no conviviente una mayor contribución material que compense la actividad cotidiana realizada por el otro progenitor. Ello, teniendo en consideración que aquel que ejerce la tenencia debe afrontar los *pequeños gastos cotidianos* que generan los menores y que el rol que ejerce el progenitor conviviente atendiendo las necesidades cotidianas y los cuidados personales que debe prodigarles a sus hijos, *disminuye su capacidad para generar recursos* mediante alguna actividad remunerada (Campos, 2009: 157).

Por todo ello, se aconsejaba *eleva estas tareas a la categoría de aportes*, criterio que fue considerado especialmente por los redactores del Código e incorporado al artículo 660 antes mencionado.

También se regula la particular situación de la obligación alimentaria en los casos de *custodia personal compartida en su modalidad alternada* (2), estableciéndose que si los recursos de am-

(2) El nuevo Código Civil establece reglas propias para lo que denomina “cuidado personal” (antes denominada “tenencia” en el Código Civil), que son los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo. Permite distintas modalidades de cuidado personal: cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos. El cuidado personal compartido, a su vez, puede ser alternado o indistinto. En el *cuidado alternado*, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el *indistinto*, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado. La regla general es que, ya sea a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el

bos progenitores son equivalentes, cada uno se hace cargo de la manutención del hijo durante el tiempo que permanezca con cada uno de ellos; de lo contrario, se deberá tener en cuenta el caudal económico de cada uno.

Así, el artículo 666 establece que en el caso de *cuidado personal compartido en la modalidad alternada*, si ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquél que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del *mismo nivel de vida en ambos hogares*. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 658.

A su vez, el artículo 667 contempla el supuesto del *hijo que vive en el extranjero* o en un lugar alejado dentro del país y tenga necesidad de recursos para su alimentación u otros rubros urgentes, estableciendo que puede ser autorizado por el juez del lugar o por la representación diplomática de la República, según el caso, para contraer deudas que satisfagan sus necesidades. Si es adolescente no necesita autorización alguna; sólo el asentimiento del adulto responsable, de conformidad con la legislación aplicable.

II.3. Hijos mayores que se capacitan

Por un lado, entre los fundamentos dados por los redactores del proyecto en el título de “parentesco”, se señaló que por razones prácticas, no era metodológicamente incorrecto regular el derecho alimentario del hijo mayor de edad que continúa estudiando en el título relativo a la responsabilidad parental.

Sin embargo, su ubicación ha merecido críticas. Así, se ha señalado que lo lógico hubiese sido por una cuestión de prolijidad, y en homenaje a una necesaria coherencia sistemática, legislarlos en el título del “parentesco”. Ello es así toda vez que resulta contradictorio imponer la vigencia del deber para quienes tienen paradójicamente extinguida a la mentada “responsabilidad parental”, precisamente en razón de la mayoría de edad de sus hijos. No es técnicamente correcto el criterio, ni transmite con seguridad la claridad conceptual que un Código merece, con el acople perfecto de sus normas, para que sea orgánico y exenta de contradicciones.

En otros términos, extinguida de pleno derecho la responsabilidad parental, mal se puede tratar de un deber —derecho derivado de ésta—. Además porque al considerarse así se distorsiona la nítida naturaleza jurídica de la institución, que al imponer deberes, correlativamente concede derechos inherentes a la función a sus titulares. Los mismos siempre se fundan en algún grado de inmadurez de los hijos y la consiguiente necesidad jurídica de protección. Ninguna de las dos notas aparece en éstos supuestos, ya que “la ratio” se sostiene excluyentemente en el valor supremo de *solidaridad familiar* (Jáuregui, 2013).

No obstante las críticas respecto de la ubicación, el nuevo Código Civil regula el caso de los alimentos a los hijos mayores de 21 años que prosiguen sus estudios, supuesto especial que ya había sido reconocido por la jurisprudencia en algunas oportunidades, dentro del título relativo a la responsabilidad parental.

Así, se había sostenido que los jóvenes requieren cada vez mayor capacitación para insertarse en el mercado laboral y para esto necesitan del apoyo familiar para continuar sus estudios en edades que tradicionalmente ya habían ingresado en su etapa productiva, fenómeno al que se suma una mayor permanencia en el hogar paterno. En consecuencia, los padres no pueden negarle a sus hijos mayores el apoyo y la ayuda necesaria para instruirse y capacitarse y poder ingresar de esa forma

juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.

al mercado laboral. Sobre la base de este criterio algunos fallos habían admitido la prosecución del deber alimentario de los padres respecto de los hijos mayores de edad cuando éstos se encuentran cursando estudios universitarios y siempre que demuestren que mantienen en forma continua y regular la actividad académica. En estos casos, la cuota alimentaria subsistirá hasta la finalización —se entiende en un plazo razonable— de los estudios universitarios o hasta el momento en que éstos fueran abandonados o dejen de ser regulares.

El derecho comparado conoce varias soluciones; en algunos países se otorgan sin límite de edad, como en Francia, Italia, Suiza, España; en otros, se fija un tope etario como en Panamá, Chile, Nicaragua, Perú, San Salvador, Costa Rica, Ecuador, etc. El nuevo Código sigue esta última tendencia a los fines de lograr un equilibrio entre los derechos en pugna y el posible abuso en el mantenimiento de los hijos mayores de edad.

Así, el artículo 663 establece: “La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de 25 años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido”.

Esta norma ha sido cuestionada por Jáuregui (2013), pues entiende que sería un despropósito obligar a los progenitores a solventar los gastos de los hijos hasta los 25 años, esto es, siete años después de haber alcanzado la mayoría de edad. A lo que se ha agregado que mantener este deber hasta los 21 años sería lo más acertado, porque muchas familias son incapaces de mantener a los hijos hasta los 25 años sin que éstos desarrollen una actividad laboral y que además, si no se capacita laboralmente, el hijo tendría inconvenientes para conseguir trabajo al tener 25 años y carecer de experiencia. A todo evento, concluye, propondría que luego de los 21 años el contenido de la obligación alimentaria sea en los términos de los alimentos entre parientes.

También Solari y Belluscio (2012) criticaron que no se haya contemplado el supuesto de continuación de la cuota alimentaria para el hijo mayor de edad incapacitado para proveerse los alimentos por sus propios medios. Al respecto, también existían criterios jurisprudenciales que admitían la prolongación de la cuota en este supuesto.

En un fallo de fines del año 2012, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, se fijó una cuota alimentaria para un hijo mayor de edad que se encontraba cursando una carrera universitaria.

La sentencia de grado había establecido una cuota alimentaria a favor del hijo mayor de edad en el equivalente al 12% del total de los haberes netos que percibía el padre y hasta los 28 años del alimentado en tanto continúe la carrera universitaria. El progenitor demandado apeló dicha decisión y la Cámara admitió parcialmente el recurso limitando la obligación alimentaria hasta los 25 años de edad del alimentado.

Para arribar a esa decisión, el Tribunal tuvo en consideración que este había sido el criterio seguido por el Proyecto de reformas al Código Civil de la comisión designada por decreto 468/1992, por el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, y el Proyecto original del Senador Giustiniani, en el que se basó la ley 26.579, que no contempló esa posibilidad.

Todos esos antecedentes reglaban que la obligación alimentaria hacia los hijos se prolongaría hasta los 25 años en el caso de prosecución de estudios o preparación profesional que les impidiera proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente. También destacó que este era la solución adoptada por el entonces Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, que establece una suerte de prórroga automática de la cuota alimentaria para

garantizar su continuidad a los hijos mayores de edad que prosigan estudiando con regularidad y citó el texto del artículo 663.

La tendencia jurisprudencial actual a la que adhiere el fallo —en consonancia con el derecho proyectado y comparado— se inclina por estirar la vigencia de los derechos alimentarios de los hijos mayores. Los concede o reconoce en caso de que por vocación estudien o se capaciten hasta una edad en la cual el legislador supone que alcanzará una preparación laboral o profesional suficiente para afrontar con un aceptable grado de probabilidades de éxito en forma autónoma o independiente el ingreso al mercado laboral, afianzando y favoreciendo de esa forma su inserción social y realización personal.

Consecuentemente con las planificaciones curriculares vigentes al finalizar la educación media o secundaria a los 18 años, se otorgan siete años como máximo para que las personas se dediquen a proyectar, ejecutar y finalizar su futura preparación laboral.

III. Alimentos provisorios para el hijo no reconocido

El nuevo Código también responde a los avances doctrinales y jurisprudenciales al reglar la posibilidad de solicitar alimentos provisorios a favor del hijo no reconocido en el marco de un proceso de reclamación de paternidad, o aún antes cuando se acredita la verosimilitud del derecho.

Así, el artículo 664 establece que “el hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado. Si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota alimentaria mientras esta carga esté incumplida”.

Por su parte, en el capítulo 7, de las Acciones de reclamación de estado, el artículo 586 establece que “durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor, de conformidad a lo establecido en el título ‘De la responsabilidad parental’ de este Libro”.

Otro supuesto contemplado en varias legislaciones del moderno derecho comparado es el de los alimentos a favor de la mujer embarazada, a quien se legitima para solicitar esa prestación al presunto padre. Esta es la línea legislativa que siguen, entre otros, el Código Civil francés (artículo 371-4), el Código Civil suizo (artículo 274); el Código de Familia de El Salvador (artículo 217) y el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (artículo 148).

El artículo 665 lo establece de la siguiente manera: “la mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada”.

Este derecho fue reconocido en un fallo dictado por el Juzgado de Familia 2 Nominación de Córdoba, del 25/02/2013, en el que se tuvo especialmente en cuenta la regulación del nuevo Código Civil y Comercial, en ese momento en estudio.

Así, se fijaron alimentos provisorios a favor del presunto hijo, por un valor equivalente al 15% de los ingresos del demandado y se instó a la actora a proseguir con el trámite de reclamación de la filiación extramatrimonial iniciado, bajo apercibimiento de hacer cesar la cuota fijada. Para llegar a dicha decisión, el juez esgrimió los siguientes fundamentos:

1) que si bien la fijación de alimentos durante la tramitación de un juicio de reclamación de la filiación extramatrimonial no se encuentra prevista de manera explícita en el Código Civil, el sistema normativo vigente debe interpretarse armónicamente con los principios generales de protección

de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes previstas en la Convención de los Derechos del Niño y en la ley 26.061;

2) se encuentra en juego el derecho a la igualdad de todos los hijos —artículos 2 de la CDN y 28 de la ley 26.061—, por lo que si los hijos nacidos de una unión matrimonial, que quedan automáticamente emplazados en su filiación materna y paterna, tienen de manera inmediata la posibilidad de percibir alimentos por parte de ambos progenitores, no puede sostenerse el diferimiento en el tiempo para que los niños nacidos de una unión extramatrimonial comiencen a percibirlos;

3) los alimentos provisorios previos a la sentencia son reconocidos específicamente en el proyecto de Código Civil y Comercial, en dos normas diferentes: el artículo 586 y el artículo 664 y pese a que al momento del fallo no se encontraba sancionado, se tuvo en consideración que las normas proyectadas demostraban la tendencia de la legislación argentina, que al habilitar concretamente la posibilidad de los alimentos previos a la sentencia de filiación —y en una interpretación armónica de todo el sistema jurídico vigente—, centra y afianza de manera acabada la protección de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes.

IV. Obligación alimentaria de otros parientes

El carácter subsidiario de la obligación alimentaria de los abuelos, establecido por el artículo 367 del Código Civil ha ido evolucionando en los criterios doctrinarios y jurisprudenciales, pasando desde una postura absoluta a una postura integradora de todas las normas en juego. Así, se pueden mencionar tres interpretaciones o soluciones jurídicas distintas:

1) Postura clásica: una primera, que puede ser llamada clásica, se basa en la interpretación literal del artículo 367 del CC, por lo que la obligación es de neto corte *subsidiario*, costado que se presenta como *ilimitado o absoluto*; la obligación de los parientes más lejanos nace en forma efectiva cuando no existe pariente más cercano en condiciones de satisfacerla. Por lo tanto, la falta de prueba acerca de la imposibilidad del padre del menor de cumplir con su obligación alimentaria impide el progreso de la ejecución contra el abuelo.

2) Aplicación de la CDN: una segunda, surge de la aplicación operativa de la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional; especialmente, el artículo 27.4° que establece “los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimentaria por parte de los padres u otras personas que tengan responsabilidad financiera por el niño (...)”. Para esta postura, la prevalencia de la Convención justifica la *acción directa* y no subsidiaria y hace que el artículo 367 del CC no sea oponible al menor titular del derecho fundamental y personalísimo que lo legitima a proponer directamente (no de modo sucesivo o subsidiario) la acción por alimentos contra sus abuelos, obligados sin más a su cumplimiento, acreditados los requisitos de procedencia.

3) Intermedia: la tercera —que cuenta con la adhesión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— es la que se conoce como intermedia e impulsa una *hermenéutica compatibilizadora e integradora* del ordenamiento, en especial las normas en aparente colisión. Si bien es conteste con el carácter subsidiario de la obligación que le incumbe a los ascendientes, a tenor de lo establecido en la CDN señala que cuando los beneficiarios son menores de edad, tal subsidiariedad debe estar desprovista de formalidades que desnaturalicen esa obligación. Sin perjuicio de la observancia del orden de los obligados a la prestación alimentaria debe evitarse el rigorismo formal, en cuanto a las pruebas y las exigencias, para dar lugar al aspecto sustancial y primordial de la cuestión: las necesidades básicas del niño.

En el nuevo Código Civil, los alimentos por ascendientes cuando involucra a niños, niñas y adolescentes están regulados de manera especial en el título relativo a la responsabilidad parental y

se receptan las modificaciones y observaciones que varias voces doctrinales y jurisprudenciales habían desarrollado en torno a los alimentos entre abuelos y nietos.

Así, dentro de las posturas antes reseñadas el nuevo Código Civil parece recoger la denominación *intermedia* o de *subsidiariedad relativa*, pues el artículo 668 establece la posibilidad de que los alimentos a los ascendientes sean reclamados en el *mismo proceso* en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso, exigiendo que se acrediten verosímelmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado.

Requiere para su procedencia además del cumplimiento de los recaudos previstos en el título del parentesco (Título IV, artículos 529 a 557), acreditar “verosímelmente” (o sea que tenga para el juez que lo aprecia apariencia de verdadero) las “dificultades” —término que es utilizado como sinónimo de inconveniente o contrariedad—, del actor para percibir los alimentos del obligado. Téngase que en cuenta —según Jáuregui (2013)— ello no implica probar las *imposibilidades*, ni menos aún que éstas sean *absolutas*.

Cuando quien reclama alimentos es un niño —dado que sus necesidades alimentarias se presumen— no debe probar que le faltan los medios económicos suficientes ni la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, cualquiera que sean las causas que haya generado tal estado (como si sería para los otros supuestos conforme el artículo 545).

Por otra parte, se modifica parcialmente el contenido de la obligación alimentaria derivada del parentesco al incluir *educación*, si se trata de personas menores de edad y se agrega que deben tenerse en cuenta las posibilidades económicas del alimentante (artículo 541).

En un fallo reciente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualaguaychú se estableció una forma muy particular de obligar al abuelo paterno al cumplimiento de la obligación alimentaria, que merece ser comentada.

Así, la sentencia de primera instancia había decretado de oficio la inconstitucionalidad del artículo 367 del CC, y había condenado a los codemandados, padre y abuelo paterno, a cumplir en forma *solidaria* la cuota alimentaria en favor del hijo. La Cámara revocó parcialmente la decisión, elevando el monto de la cuota alimentaria y considerando improcedente la declaración de inconstitucionalidad. Asimismo, dejó sin efecto la solidaridad impuesta entre el progenitor y el abuelo paterno, decretando el *carácter subsidiario* de la obligación alimentaria del abuelo. Por lo cual, frente al incumplimiento del obligado principal y una vez verificada la mora de la cuota mensual, automáticamente el abuelo deberá afrontar la obligación alimentaria, cargando con un 50 % de la cuota que corresponda a su hijo. Para llegar a esta solución, se esgrimieron los siguientes fundamentos:

1) Interpretación dinámica y finalista de la obligación subsidiaria de los abuelos: si bien se desprende de la norma de fondo (artículo 367 CC), que la obligación alimentaria de los abuelos tiene un carácter subsidiario respecto del obligado principal, esa subsidiariedad —al ser aplicable la Convención sobre los Derechos del Niño— merece una interpretación dinámica y finalista, en miras a la efectiva tutela del menor alimentado. Este ángulo tornaba innecesaria la censura constitucional realizada en el fallo apelado, teniendo en cuenta fundamentalmente que es esa una medida extrema. Así, el ordenamiento vigente analizado desde la Convención, permite acumular las acciones contra el padre y los abuelos, si por incumplimiento o falta de recursos fuera necesario el reclamo a éstos, en cuyo caso, en lo procesal, el trámite debería estar desprovisto de toda exigencia formal que pudiera desnaturalizar la obligación, o descuidar necesidades básicas del menor.

2) Criterio de la CSJN: en el caso “F, L. c. L., V.” del 15/11/2005 (Fallos: 328:4013), quien al efecto remarcó que el artículo 27, apartado 4, de la Convención de los Derechos del Niño, establece que “los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión

alimentaria por parte de los padres u otras personas que tengan responsabilidad financiera por el niño (...)", por lo cual el derecho al sustento alimentario de los reclamantes, no puede quedar desvirtuado por la interpretación que se haga del artículo 367 del Código Civil, cuando el interés superior de los menores (artículo 3, ap. 1 de la referida convención), es pauta que debe orientar y condicionar la decisión de los tribunales en el juzgamiento de casos como el sub examine (3).

3) Criterio mayoritario en doctrina y jurisprudencia: ese criterio intermedio, adoptado ya con anterioridad por el mismo Tribunal, es el que reúne mayor consenso en el ámbito jurisprudencial y académico, y ha sido definido como de *subsidiariedad relativa*, pues importa la flexibilidad en la acreditación de la imposibilidad de asistencia de los primeros obligados en aras de la satisfacción de las necesidades ineludibles de los niños reclamantes.

4) Incumplimiento reiterado: no se trata de un padre que no pueda cumplir (a lo sumo podría afrontar momentáneas dificultades a tenor de su relato), pero que sí ha exhibido una actitud proclive al incumplimiento, por lo cual la condena al abuelo es correcta, pero debe ser claramente subsidiaria. Esto importa que frente al incumplimiento del obligado principal, verificada la mora de la cuota mensual, automáticamente deberá afrontar su obligación alimentaria el abuelo, quien debe cargar con un 50% de la cuota que corresponde al obligado principal, abonándola dentro de los cinco días siguientes a los concedidos para el pago a aquél.

5) Proyecto de reforma al Código Civil: lo dicho se encuentra en consonancia con la regulación propuesta en el Proyecto de reforma al Código. En cuanto al reclamo de alimentos a los abuelos, el artículo 668, contempla que los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso, estableciendo como recaudos que "además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímelmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado".

Como se ha señalado en un comentario a este fallo, se evidencia que la solución que propone es original y creativa, exhibiendo un oportuno sentido práctico, al establecer la subsidiariedad automática de la obligación del abuelo, solución que permite evitar innecesarias dilaciones originadas por cuestionables excesos rituales y deja abierta una vía ágil y expeditiva de ejecución (Jáuregui, 2013).

Cabe destacar que el nuevo Código Civil modifica la regla de la irrepitibilidad en materia alimentaria del artículo 371, al establecer en el artículo 549 que "en caso de haber más de un obligado al pago de los alimentos, quien los haya prestado puede repetir de los otros obligados, en proporción a lo que cada uno le corresponde".

El artículo 371 del Código Civil establecía que "el pariente que prestase o hubiese prestado alimentos voluntariamente o por decisión judicial, no tendrá derecho a pedir a los otros parientes cuota alguna de lo que hubiere dado, aunque los otros parientes se hallen en el mismo grado y condición que él".

Cabe señalar que Wagmeister entiende que "se estaría proponiendo la derogación del vigente artículo 371 CC, que consagra el principio de irrepitibilidad de los alimentos pagados por un pariente

(3) Si bien es conteste con el carácter subsidiario de la obligación que le incumbe a los ascendientes, a tenor de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño señala que —cuando los beneficiarios son menores de edad— tal subsidiariedad debe estar desprovista de la exigencia de formalidades que desnaturalicen esa obligación. Sin perjuicio de la observancia del orden de los obligados a la prestación alimentaria debe evitarse el rigorismo formal, en cuanto a las pruebas y exigencias, para dar lugar al aspecto sustancial y primordial de la cuestión: las necesidades básicas del niño. En consecuencia, no cabría exigir que se agoten una serie de actos procesales, si las propias circunstancias del caso demuestran que serían inútiles, bastando con arrimar elementos a la causa que lleven a la convicción del juez, de que no existe otro remedio que hacer efectiva la obligación alimentaria que atañe a los abuelos.

obligado contra otros parientes también obligados en razón de que no se trata de una obligación solidaria". Asimismo, destaca que "algunos autores han criticado la norma por este motivo, mientras que otros entendieron que era la mejor solución a fin de evitar que se planteen desagradables situaciones familiares" (Wagmaister, 2012: 29).

En este sentido podría interpretarse que en un caso como el mencionado en los párrafos precedentes, en que el abuelo resulte obligado al pago de alimentos a favor de los nietos en virtud del incumplimiento del progenitor, eventualmente podrá repetir de éste lo que le correspondiera.

V. Alimentos impagos y medidas ante el incumplimiento

Según el artículo 669 los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los SEIS (6) meses de la interpelación.

Por el período anterior, el progenitor que asumió el cuidado del hijo tiene derecho al reembolso de lo gastado en la parte que corresponde al progenitor no conviviente.

Según los fundamentos de los redactores del Anteproyecto, éste "se preocupa también de la eficacia de la sentencia y autoriza al juez a ordenar 'medidas razonables' para asegurarla".

Según el artículo 670: "Las disposiciones de este Código relativas al incumplimiento de los alimentos entre parientes son aplicables a los alimentos entre padres e hijos".

Se critica la ubicación de las medidas para asegurar el cumplimiento de la cuota alimentaria, porque podría considerarse que cuando el incumplimiento está relacionado con el derecho a alimentos derivados del matrimonio, por ejemplo, las citadas medidas no serían de aplicación, extremo que no debe ser el deseado por el legislador, por lo que deberían agruparse en un solo lugar y que conste que se aplican a todos los supuestos de incumplimiento de la cuota alimentaria (Otero, 2012).

Las normas a las que remite el artículo 670 son los artículos 550 al 553. Como primer medida, se establece la posibilidad de disponer la *traba de medidas cautelares* para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos. El obligado puede ofrecer en sustitución otras garantías suficientes (artículo 550).

En caso incumplimiento de órdenes judiciales, se establece la *responsabilidad solidaria del responsable del pago* de la deuda alimentaria que no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor (artículo 551).

Otra medida para asegurar el incumplimiento es la *aplicación de intereses*, estableciendo que la tasa de interés será la equivalente a la *más alta* que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso (artículo 552).

Finalmente, en el artículo 553 se establece que el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria *medidas razonables* para asegurar la eficacia de la sentencia. Esta norma fue criticada por ser demasiado amplia la potestad que otorga al juez, cuando bien podrían haberse limitado las medidas aplicables (4) o por lo menos, fijar cuáles no pueden

(4) Entre las que podrían incluirse, Otero menciona: a) la imposición de sanciones conminatorias; b) la comunicación al Registro de Deudores Alimentarios Morosos; c) la suspensión de trámites de expedientes o incidentes conexos, aunque su aplicación debería ser excepcional y limitada para cuando no exista ningún otro medio para obtener la satisfacción de la obligación alimentaria (2012).

dictarse, mencionándose que debió incluirse una norma que prohíba expresamente la posibilidad de suspender el derecho de comunicación ante el incumplimiento de la cuota alimentaria (5).

En materia de incumplimiento alimentario, según Solari y Belluscio (2012), el nuevo Código adolece de un régimen integral y completo —que debió contemplar—, incurriendo en una fórmula ambigua, al establecer que el juzgador puede imponer “medidas razonables”, ante dichos incumplimientos.

VI. Deber alimentario del progenitor afín

En el artículo 672, el nuevo Código Civil define al *progenitor afín* como “al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”.

Dentro de las normas que regulan todo lo atinente al progenitor afín, el artículo 676 establece la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, con carácter *subsidiario*.

Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con *carácter transitorio*, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de convivencia.

Quien reclame al cónyuge o al conviviente deberá demostrar que ni él mismo, ni el otro progenitor como obligados principales, están en condiciones de suministrarlos en la cantidad suficiente para atender las necesidades, por eso el afín tiene *responsabilidad subsidiaria*.

Por regla, cesa el llamamiento de la ley para cubrir los mentados alimentos en casos de disolución del vínculo conyugal o ante la ruptura de la convivencia. Más cuando el reclamado asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo. Si bien en principio es de carácter “*transitorio*” como contrario a “*permanente*”, a la duración la debe definir el magistrado de acuerdo a su sana crítica, teniendo en cuenta las variables particulares de cada caso que trae la norma: condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de duración de los vínculos.

Sobre este tema, un fallo reciente —de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo, San Francisco, Córdoba— estableció la obligación alimentaria del “*padre de crianza*”.

Se trataba del caso de una madre, que en nombre y representación de sus dos hijas menores de edad, promovió una demanda de alimentos contra el padre biológico de una de ellas y padre de crianza de la segunda niña. La madre había convivido con el demandado por siete años integrando el grupo familiar la hija de ambos y la hija de la actora, quien había recibido por parte del demandado el trato de hija, durante la convivencia y una vez cesada la misma.

El juez de primera instancia rechazó la demanda de alimentos en favor de la niña hija afín del demandado, entendiendo que quedaba a criterio de las partes cualquier tipo de asistencia o contacto entre ésta y el demandado como si se tratara de una obligación natural. La madre apeló tal

(5) No obstante ello, cuando se regula del “derecho de comunicación” (antiguo régimen de visitas) se sustituye la referencia a los parientes que se deben recíprocamente alimentos contenida en el Código vigente por la enumeración concreta de las personas a las que se les reconoce el derecho de comunicación, con la finalidad de evitar toda especulación e intento de sujeción del derecho de comunicación a la obligación alimentaria.

resolución y la Cámara aceptó parcialmente la apelación, revocando la sentencia de grado en lo que respecta a los alimentos en favor de la hija afín. Los argumentos del fallo de Cámara pueden sintetizarse así:

1) Concepto de familia: señaló que no podemos hablar de “la familia” en forma singular, sino que corresponde hablar de “las familias”, reconociendo derechos y protección jurídica a los distintos tipos de familias que encontramos en nuestra sociedad: familia tradicional o nuclear, monoparental, ensambladas, escalonadas, recompuestas, etc. La aparición de estas estructuras familiares es acompañada por una terminología nueva, como “padre afín” o “padre de hecho” o “padre social”. Destacó que en el caso el vínculo que unió a las partes es de una “familia recompuesta” y que se encontraba probado el “vínculo afectivo” o “parentalidad doméstica” creado entre ambos.

2) Identidad dinámica e interés superior del niño: el trato de padre a hija, que vincula al demandado con la niña, se relaciona con la faz dinámica del derecho a la identidad, la que se encuentra tutelada por el artículo 75, inc. 22, CN, que al incorporar la Convención Internacional de los Derechos del Niño, obliga a interpretar el derecho de familia bajo nuevas premisas, entre ellas el “*favor minoris*”, el cual exige que el derecho a la “identidad” de los niños sea entendido en un sentido amplio que comprenda tanto la faz estática como dinámica.

3) Progenitor afín en el proyecto de Código Civil: en esta tesitura se alinea el proyecto de Código Civil y Comercial (ahora nuevo Código Civil), en cuanto incluye como nueva figura familiar, al padre “afín o solidario” (artículos 536 y 538) en referencia a la pareja del progenitor que está a cargo de un menor, imponiéndole a él obligación alimentaria respecto del niño, solidariamente con su pareja.

Si bien Jáuregui (2013) ha destacado que este fallo adquiere un claro rumbo para posibilitar que los sujetos se responsabilicen afectiva y materialmente de sus propios actos, se le ha criticado que no tuvo en cuenta algunas cuestiones que están reguladas en el nuevo Código Civil (al momento del fallo, proyecto de Código), porque, por un lado, no se mencionó si la niña que no era hija biológica del demandado estaba emplazada como hija de un tercero ajeno a la litis ni se lo citó, lo que debió haberse hecho dado que la obligación del progenitor afín es *subsidiaria*.

Por otro lado, en el fallo no se estableció el plazo de duración de la condena de alimentos, el que —según el texto del entonces proyecto— debe fijarse en función del tiempo de convivencia.

VII. Conclusiones

El desarrollo de las nuevas normas en materia de alimentos derivados de la responsabilidad parental efectuado en los párrafos que anteceden, permite concluir que han sido elaboradas en concordancia con lo dispuesto por los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional y con los criterios mayoritarios en doctrina y jurisprudencia.

Así, se ha pretendido brindar soluciones expresas y concretas para todas aquellas cuestiones que habían quedado fuera del articulado del Código y que eran planteadas en las instancias judiciales, receptando los avances que en doctrina y jurisprudencia se habían logrado, principalmente gracias a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y teniendo en mira —en palabras de los propios redactores— que “la prestación alimentaria es siempre motivo de gran preocupación”.

VIII. Bibliografía

CAMPOS, Roberto D. (2009). *Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores*. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi.

JÁUREGUI, Rodolfo G. (2013a). “Un fallo de Gualeguaychú que recrea el polémico tema de los alimentos de los hijos mayores que se capacitan”, en: *La Ley Litoral* 2013 (julio), 01/07/2013, p. 607.

— (2013b). “Las características especiales de la subsidiariedad de la obligación alimentaria de los ascendientes y una equitativa solución práctica”, en: *La Ley Litoral* 2013 (mayo), 01/05/2013, p. 377.

— (2013c). “La obligación alimentaria del progenitor afín: Un valiente y moderno fallo señero que marcará la tendencia jurisprudencial de los próximos tiempos”, en: *DFyP* 2013 (marzo), 01/03/2013, p. 66.

OTERO, Mariano C. (2012). “Los alimentos en el proyecto”, en: *La Ley* 17/07/2012, 1. Buenos Aires: La Ley 2012-D, p. 995.

SOLARI, Néstor (2010). “Alimentos debidos a los hijos entre los 18 y 21 años. La Nueva ley 26.579”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2010-C, p. 749.

SOLARI, Néstor y BELLUSCIO, Claudio A. (2012). “Los alimentos en el proyecto de Código”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2012-E, p. 703.

WAGMAISTER, Adriana M. (2012). “Los alimentos en el Anteproyecto de Código Civil”, en: *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina, 2012-II, fascículo n. 12, p. 29.

Legislación consultada

Ley 26.579. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 22/12/2009.

Jurisprudencia consultada

Trib. Fam., Formosa, 2/10/96, “M., S. M. c. M., J. R.”. *Revista jurídica argentina La Ley Litoral*, 1997, 416.

CCiv., Com. y Laboral, Gualeguaychú, 11/11/2012, “V. R. E. c. V. C. A. s/alimentos”. *Revista jurídica argentina La Ley Litoral*, 2013 (julio), 01/07/2013, 607.

Juzgado de Familia, 2 Nominación de Córdoba, 25/02/2013, “B.Y.M. c. L.D.A. s/ Acciones de Filiación-Contencioso”. Disponible en: ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/152/2013. [Fecha de consulta: 01/03/2015].

CCiv., Com. y Lab., Gualeguaychú, 28/08/2012, “V. F. c. V. O. F. y otros s/ alimentos y litis expensas”. *Revista jurídica La Ley Litoral*, 2013 (febrero), 81.

CCiv., Com. y Cont., San Francisco, Córdoba, 13/12/2012, “G., S. C. c. L., D. s/ alimentos-abreviado”. Disponible en: Abeledo Perrot N°: AP/JUR/3993/2012. Fallos 328:4013. [Fecha de consulta: 01/03/2015].

Fechas de recepción: 18-04-2016

Fecha de aceptación: 13-07-2016

El interés superior del niño en la filiación por adopción

POR RUBÉN M. GARATE (*)

Sumario: I. Introducción. — II. La argumentación jurídica. — III. Algunas cuestiones conceptuales. — IV. Principio superior. — V. Algunos aspectos jurisprudenciales. — VI. Aspectos normativos. — VII. Algunas precisiones. — VIII. Conclusión. — IX. Bibliografía.

Resumen: el derecho de familia se ha visto fuertemente transformado, en temas referidos al derecho matrimonial, la filiación y la adopción, por solo nombrar algunos ejemplos. En nuestro caso, intentaremos profundizar las modificaciones que se produjeron con relación al tema de la adopción; teniendo en cuenta la incorporación de conceptos determinantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el instituto de la adopción es donde más claramente podemos observar la coherencia que la reforma pretendió establecer entre el derecho internacional y el derecho privado. Logrando una interacción exitosa, de tal forma que el Código se ve enriquecido con la incorporación derechos y principios. Se incorporaron el derecho a vivir en familia; privilegiar la familia de origen; el derecho a la identidad; el reconocimiento de la capacidad progresiva; la tutela judicial efectiva; la protección de la familia; el derecho a ser oído y el interés superior del niño y cómo entender y comprender los principios jurídicos. El interés superior del niño, conforme los estándares propuestos por el derecho internacional, es lo que trata el presente trabajo, teniendo por objetivo pensar los criterios de aplicación, desde la perspectiva de los abogados, los jueces y los funcionarios.

Palabras claves: interés superior - principios - derechos humanos - argumentación

The interests of the child in filiation by adoption

Abstract: family law has been greatly transformed in the matrimonial law Referrals Issues, filiation and adoption by lone adj Name some examples. In our Case, we try to deepen the changes that occurred regarding the issue of adoption; given the incorporation of determinants Concepts of International Law of Human Rights. At the Institute of adoption it is most clearly can see the consistency that the reform sought to establish between international law and private law. Achieving a successful interaction, so that the code is enriched with the rights incorporation and principles were incorporated as: the right to family life, privileging the family of origin, the right to identity, recognition of progressive capacity, guardianship effective judicial protection of the family, the right to be heard and the best interests of the child. How to understand and understand legal principles, the interests of the child, taking into account those proposed by international aw standards is what this present work, taking as an aim to the application criteria, to be considered by lawyers, judges and officials.

Keywords: higher interest - beginnings - human rights - argumentation

I. Introducción

Podemos afirmar que la reforma del Código Civil y Comercial, entre las distintas modificaciones que presenta a simple vista, presenta una visión unificada de los temas civiles y comerciales con la finalidad de garantizar cierta coherencia normativa. No obstante, también podemos destacar la

(*) Prof. Introducción al Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

sistematización de los grandes temas, bajo un criterio metodológico y organizativo dinámico, que pretende lograr rigurosidad en el tratamiento de los temas propuestos. Se produjeron cambios que afectan favorablemente los distintos institutos del derecho civil, incluyendo aspectos considerados oportunamente por la jurisprudencia, como así también aquellos que la doctrina solicitaba modificar desde hacía tiempo. Uno de los cambios más significativo se produjo es la adecuación de las normas civiles, a las necesidades y condiciones impuestas por los estándares internacionales que proponen las distintas Convenciones de Derechos Humanos, entre las cuales no podemos dejar de incluir la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente.

En este último sentido, el derecho de familia se ha visto fuertemente transformado, por la reforma en cada uno de sus capítulos, como el derecho matrimonial, la filiación y la adopción, por solo nombrar algunos ejemplos.

En nuestro caso intentaremos profundizar las modificaciones que se produjeron con relación al tema de la adopción; teniendo en cuenta la incorporación de conceptos determinantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Es en el instituto de la adopción donde más claramente podemos observar la coherencia que la reforma pretendió establecer entre el derecho internacional y el derecho privado. Logrando una interacción exitosa, de tal forma que el Código se ve enriquecido con la incorporación de derechos y principios tales como: el derecho a vivir en familia, privilegiar la familia de origen, el derecho a la identidad, el reconocimiento de la capacidad progresiva, la tutela judicial efectiva, la protección de la familia, el derecho a ser oído y el interés superior del niño.

Al considerar estos dos últimos principios nos parece destacable tener en cuenta que la normativa vigente menciona en el título VI referido a la adopción, el cual se encuentra contenido en el libro segundo sobre las relaciones de familia, y hace referencia a lo largo sus 44 artículos, unas cuatro veces al interés superior del niño.

Esta insistencia literaria no hace más que revelar la importancia jurídica de ambos conceptos. Porque creemos que la norma, entendida como una modalidad de acción, refleja un criterio de racionalidad específico, que será utilizado por los distintos operadores del derecho, para echar luz sobre las cuestiones concretas. En la redacción normativa el codificador pone de relieve, en función de su insistencia, los aspectos legales que deben ser tenidos en cuenta en la dinámica del derecho.

II. La argumentación jurídica

Consideramos que el derecho tiene una manifestación concreta que se hace perceptible en su aplicación. Una visión integral del fenómeno jurídico tiene que tener en cuenta su aspecto coercitivo, caracterizado por el sentido sancionador de las normas jurídicas en general, como así también su aspecto correctivo, que se vislumbra en la exigencia de racionalidad de las decisiones jurídicas.

En este intento por alcanzar cierto grado de corrección, los caminos procedimentales tienden a la conjugación de las normas, las conductas y los valores. Resulta que no se puede dejar de tener en cuenta el sentido axiológico que conlleva una decisión jurídica (Herrera Figueroa, 1955: 133). En este sentido, este tipo de decisiones requieren esencialmente de un discurso que exponga los fundamentos que sostiene su racionalidad. El discurso práctico, producido por el jurista, debe estar atado a estrictas reglas procedimentales, a fin de condicionar la racionalidad de su argumentación a los principios que se encuentran consagrados de forma expresa en el derecho positivo o en los pronunciamientos judiciales (Alexy, 2008: 136).

En este sentido, el criterio de identificación utilizado por los distintos operadores jurídicos, para referirse a los principios, depende de la fundamentación discursiva y del criterio valorativo que se aplique para explicar las situaciones.

La vida del derecho consiste en un intercambio de argumentos, que ofrecen interpretaciones alternativas sobre lo que es el derecho en cada caso (Rodríguez César, 1997: 62).

Nos interesa descubrir, en primer lugar, los fundamentos filosóficos que pueden servirnos para dar fundamento a la reflexión que pretendemos realizar. En tal sentido, procuramos analizar la propuesta de Robert Alexy, para comprender la importancia de los Derechos Humanos y su interrelación con los ordenamientos jurídicos nacionales. Para el jusfilósofo la interpretación del derecho constitucional tiene un carácter discursivo, en el que deben predominar los mejores argumentos (Alexy, 1995: 33), en el cual debe entenderse como una actividad creadora del derecho.

Reconoce que existe una inescindible relación entre interpretación, aplicación y creación del derecho. Toda decisión judicial, que se precie de estar lógicamente construida, posee necesariamente una fundamentación racional, si pretende ser reconocida como una decisión correcta (Alexy, 1995: 40).

Una de las principales características de todo discurso racional tiene que ver con la coherencia, en tanto que le otorga unidad sistémica. Desde esta perspectiva, la interpretación se entiende desde un holismo jurídico, porque las premisas están contenidas en el mismo sistema jurídico o se encuentran ocultas y solo necesitan ser descubiertas.

La teoría discursiva propuesta por Robert Alexy se desarrolla sobre la base de la discusión racional de problemas prácticos, que tienen por finalidad una pretensión de rectitud. Como en todo discurso, encontramos reglas que determinan su construcción, entre las que podemos distinguir aquellas que se infieren de la estructura de los argumentos y, aquellas cuyo objeto inmediato tienen que ver con el proceso discursivo.

Si bien las reglas no contienen ninguna disposición relativa al punto de partida del proceso y tampoco establecen todos los pasos que deben tenerse en cuenta para desarrollar una argumentación. Esto no significa justificar cualquier sistema jurídico, sino solo aquel que llene las exigencias de la razón práctica, en la medida que responda a las exigencias de un Estado de derecho, tenga en cuenta a los derechos humanos y respete los procedimientos institucionalizados. Sólo podemos hablar de un discurso racional, cuando se conjuguen legalidad y legitimidad. Por eso se dice que la teoría del discurso es una teoría procesal que intenta formular criterios de corrección práctica (Alexy, 1995: 68).

Alexy considera que la validez del discurso depende que, los argumentos utilizados posean pretensión de generalidad, tiendan a la maximización de la utilidad individual y tengan interés en la corrección (Sieckmann, 2006: 209).

Las reglas del discurso no definen una forma de vida, sino aquello que puede resultar común y plausible desde un sentido racional. Esta perspectiva lleva a reconocer que las reglas dependen del interés que exista en observarlas. Si quisiéramos formular estas reglas en las que se basa el discurso jurídico, diríamos que son las siguientes:

- 1) aseverar algo implica elevarlo a una pretensión de corrección;
- 2) toda pretensión debe ser fundamentada;
- 3) la pretensión de igualdad de derechos resulta ser una obligación “prima facie” y por lo tanto el eje de toda fundamentación.

Todas ellas, responden a un mismo objetivo “la maximización de utilidades e interés en la corrección”. El cumplimiento de esta premisa, permite una validación objetiva del discurso. Sin embargo, también podemos reconocer la necesidad de una validez institucional, que se ve explicitada, cuando se incorporan los derechos humanos en el discurso, porque ellos por sí mismos imponen una forma de corrección y deben ser llevados a su máxima posibilidad. Esto sucede cuando se encuentran incorporados como parte del derecho obligatorio en el catálogo de derechos fundamentales de una constitución (Alexy, 2003: 21).

III. Algunas cuestiones conceptuales

El interés superior del niño puede ser tenido en cuenta de múltiples maneras, todas ellas válidas según la fundamentación que se dé al respecto. Particularmente nos interesa tomar al interés superior como un principio que determina una *ratio legis* en un sentido estrictamente interpretativo, ya que constituye un argumento de peso dentro del discurso técnico jurídico. Para algunos este concepto del interés superior resulta ser totalmente indeterminado y por lo tanto de difícil concreción, por encontrarse dentro de la esfera de la subjetividad, haciendo depender su contenido de la valoración que realiza el operador jurídico. No obstante la existencia de distintas posiciones, podemos reconocer un sentido multifacético que dificulta su apreciación, porque depende de la consideración de las circunstancias del caso (aspecto material) y la formulación del interés, lo que implica determinar a futuro la mejor posibilidad para el desarrollo integral del niño, realizando una valoración sobre lo que conviene y debe realizarse (aspecto formal).

No podemos dejar de pensar que las cuestiones de derecho intentan dar respuestas a los conflictos humanos. En definitiva, los operadores jurídicos pretenden resolver cuestiones específicas en las que se ponen en juego los intereses de las distintas partes, los que en muchos casos, su defensa asume una configuración de lucha, en los que cada interesado mantiene una contienda tratando de sacar el mejor provecho. Estos conflictos de intereses dan fundamento a la existencia de conflictos. No cabe duda de que desde esta perspectiva la preocupación del sistema normativo en reconocer y preferir el interés de los menores, por sobre el de las personas mayores tiene un sentido funcional y operativo, en tanto que delimita líneas de acción.

Debemos tener en cuenta que este principio surge de lo enunciado por las convenciones internacionales, como también por la normativa vigente a nivel nacional y provincial. Lo que hace que este concepto tenga un valor agregado, a la hora de establecer un criterio de procedimental.

El concepto del interés superior del niño parecería ser un concepto tan amplio e indefinible que todo puede ser incluido en su designación. Sin embargo, hay dos temas que se entrecruzan en su análisis, por un lado aquello que fácticamente hace a su interés y por el otro los derechos del niño. Esto nos lleva a contemplar al derecho general y abstracto, con la intención de realizar un análisis desde la lógica jurídica (Belandro, 2011).

El objeto de la ley 26.061 es, según el artículo 1 "(...) la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina (...)"; bajo la expresa intención de garantizar el ejercicio y disfrute *pleno, efectivo y permanente* de todos los derechos que se encuentren reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales que hayan sido ratificados por el Estado Nacional; por eso, como lo subraya la ley, la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia.

Toda medida o decisión administrativa y judicial utiliza como criterio de los actos jurisdiccionales, la protección del interés superior del niño como principio rector. La ley provincial 13.298 establece que el interés superior del niño es una máxima, que posee una proyección concreta cuando se asegura la satisfacción integral de sus derechos, como así también el despliegue integral y armónico de su personalidad. Por lo tanto, para propender a la mejor tutela de sus derechos se debe considerar un conjunto de aspectos, que enlazan y fundamentan una respuesta del órgano jurisdiccional.

Estos tienen que ver con:

- a) La condición, situación y/o características personales del niño.
- b) Tener en cuenta su opinión, según su desarrollo psicofísico y grado de madurez alcanzado, a fin de asegurarle el derecho a ser oído.

c) Establecer un equilibrio entre los derechos, garantías y deberes, de modo que se vean asegurados la mayor cantidad de ellos y llegado el caso, unos pocos se vean afectados. Algo que implica necesariamente una acción ponderativa, determinando en cada caso, los que deben prevalecer con relación a otros que se encuentran en juego.

d) Buscar un necesario equilibrio con las exigencias sociales, de tal modo que la decisión adoptada pueda ser llevada a la práctica.

Estos criterios que hemos señalado tienen su fundamento en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) la resolución N° 40/33 de la Asamblea General; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, la resolución N° 45/113 de la Asamblea General, las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD) y la resolución 45/112.

El interés superior debe formularse teniendo en cuenta la problemática planteada y la situación particular del niño, encontrándose muy alejada de categorías ideales o preestablecidas que pretendan lograr estándares uniformes.

En cuanto Uruguay, el Código de la Niñez y la Adolescencia expresa en el artículo 4 que:

“(…) para la interpretación de este Código se tendrán en cuenta las disposiciones y principios generales que informan la Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, leyes nacionales y demás instrumentos internacionales que obligan al país. En caso de duda, se deberá recurrir a los criterios generales de interpretación y, especialmente, a las normas propias de cada materia” (Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley 17.823, 2004: 1).

Y, para el “caso de vacío legal o insuficiencia, se deberá recurrir a los criterios generales de integración, especialmente a las normas propias de cada materia” (artículo 5).

La operatividad del concepto “interés superior” tiene una construcción dinámica, ya que intervinen distintos elementos como son el económico, el habitacional, las condiciones de vida, las relaciones con el entorno familiar y el desarrollo psicológico.

Nos resulta interesante reconocer que de un modo sustancial, la formulación de este interés se relaciona concretamente con el derecho a ser oído, porque mal se podría concebir éste, si la persona más interesada en su propio futuro, no pudiera expresar su opinión y no fuera escuchado, a fin de expresar sus gustos, preferencias y preocupaciones, como así también sus estados de ánimo y emociones. La misma escucha, le permite al operador reconocer distintos intereses que se encuentran en juego y establecer un criterio de prioridades.

Sabemos que la eficacia de la Convención de los Derechos del Niño depende no solo de la ratificación que los Estados realicen, sino también de la adecuación de las normas del derecho interno. En América Latina, casi la totalidad de las legislaciones mencionan y destacan al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Cuando afirmamos que resulta ser un principio jurídico y no un derecho o una cuestión de orden público familiar, estamos considerando su imposición en todos los ámbitos de la vida familiar como una máxima de satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley.

El 11 de marzo de 2013 la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en un tema de adopción dictó un fallo que hace referencia a la consideración del interés superior y su relación con la resolución judicial. En la causa C. 115.103, “O. J. D. Guarda con fines de adopción”, se dice que el artículo 21 en concordancia con el 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción deben cuidar que

el interés superior del niño sea el interés primordial. La jerarquía de los derechos vulnerados, que interesan sin duda alguna al interés público, y la consideración primordial del interés del menor deben guiar la solución del caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible —entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales—, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces (Ac: 56.535, sent. del 16-03-1999 y Ac. 84.418, sent. del 19-06-2002, del voto del Pettigiani). En aras de ese interés superior, el proceso debe estar despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, que se encuentra incorporada de forma específica a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (artículo 75 inc. 22).

En este mismo sentido también ha dicho la Corte que en la práctica, la apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. De este modo, puede definirse al “interés del menor” como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31-03-1998; Ac. 73.814, sent. del 27-09-2000; Ac. 79.931, sent. del 22-10-2003). Máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, sent. del 26-10-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-04-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-02-2002. Voto Pettigiani 16 de marzo de 2016, en la causa C. 119.647, “M., S.A. Guarda”).

IV. Principio superior

Recordemos que la Convención marcó un cambio de paradigma con relación a la mirada sobre la infancia y adolescencia que pasaría a considerar al niño como un sujeto de derechos, dejando de lado la visión que se mantuvo durante gran parte del siglo XX, que entendía que los menores eran solo objetos que debían ser disciplinados, tutelados, protegidos y controlados.

Esto significó comprender que los niños no son seres inacabados, sino personas con iguales derechos que los adultos y merecedores de respeto. Personas con total dignidad y capaces de decidir sobre su propia vida, ejerciendo su libertad, con necesidades y cuidados especiales, teniendo en cuenta el desarrollo progresivo de sus capacidades, según el estadio evolutivo en el cual se encuentre.

Esta cuestión supone, por un lado, comprender su situación particular y por el otro reconocerle derechos específicos; el niño y el adolescente deja de tener un rol pasivo. Desde la Convención, la infancia adquiere entidad normativa, reconocida y valorada desde su propia singularidad. En ella se destaca el “interés superior del niño”, porque resulta ser el eje sobre el cual deben promoverse políticas públicas y tomarse las decisiones administrativas o judiciales, con el fin de hacer plenamente efectivos sus derechos.

El artículo 3.1 de la Convención señala que toda medida de institución pública a privada, tiene que tener en cuenta este interés a la hora de tomar cualquier decisión. Esto implica según el artículo 3.2 asegurar el cuidado y protección, teniendo en cuenta el juego de todos los derechos, los de los niños y adolescentes, y los derechos y deberes de los padres.

La ley 26.061 en su artículo 3 establece una definición del interés superior diciendo que es la máxima satisfacción de los derechos y garantías, reconociendo que estos derechos universales funcionan como principios jurídicos, que debe alcanzar su máxima realización y que esto depende de

su aplicación integral, de modo que se tenga en cuenta la totalidad de los derechos, aun cuando se logre solamente una aplicación incompleta de alguno de ellos. Pero también la forma de aplicación debe ser simultánea, lo que impela a aplicarlos en un mismo tiempo, sin dilaciones y en toda su extensión.

El concepto de interés superior del niño se conecta con la idea de bienestar en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida (Grosman, 1998: 23).

Si bien, la sociedad suele observar perpleja el enfrentamiento entre el bienestar, el interés del menor y el interés personal de padres desavenidos, esta lucha de intereses no puede tener como resultado más que el predominio del interés superior del niño (Basz y Feldstein de Cárdenas, 1996: 1).

Recordemos que los niños y adolescentes no tienen plena capacidad para ejercer por sí mismos todos los derechos. Sin embargo, esto no quita que tengan plena aptitud para ser titulares de derechos. La Convención no protege la colectividad o el grupo social, sino a cada niño en particular reconociéndolo como el sujeto de estos derechos.

La intervención judicial en la vida de un joven o un niño debe estar motivada en una situación de posible o total desprotección de esa persona en particular. Dicha intervención no representa un fin en sí mismo, sino que debe procurar el restablecimiento del equilibrio jurídico afectado dentro del menor tiempo posible.

En el caso de la provincia de Buenos Aires, la ley 13.298, cuando en su primera parte enuncia los objetivos y finalidades, explicita en su artículo 4 que debe tenderse a la máxima satisfacción de los derechos, coincidiendo en muchos de sus aspectos con la ley nacional, sobre las condiciones de su aplicación. Si bien hay que hacer la salvedad, que esta última establece que el principio del interés superior rige para las siguientes materias: patria potestad, filiación, restitución, adopción, emancipación y toda otra circunstancia vinculada con éstas.

No obstante, la ley provincial en su artículo 10 complementa la actividad interpretativa con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, también llamadas Reglas de Beijing, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD), todas ellas referidas al ámbito penal juvenil, las que dan a la Convención Internacional una importante proyección en relación a la vigencia y protección de los derechos del niño y adolescente.

Asimismo, el artículo 11 se encarga de explicar que los derechos enunciados en la ley deben ser leídos desde el contexto que nos presentan los Derechos Humanos, por más que no se los enuncie en la ley. En tanto que el artículo 12 se destaca que estos derechos son inherentes a toda persona, lo que nos permite inferir que todos ellos son de orden público, irrenunciables, interdependientes e indivisibles. En este sentido la normativa vigente tiene una clara finalidad, asegurarle al niño todos sus derechos, brindándole una clara protección impidiendo cualquier vulneración de sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta sus capacidades progresivas. Por lo que no puede dejarse de asegurar el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan su interés, en función de la edad y madurez (Kemelmajer de Carlucci, 1994: 167).

El problema surge cuando la participación del niño en los procesos judiciales en los que está implicado resulta escasa o nula. En tanto que no se da el lugar para su participación, limitándose de esta forma sus derechos, al no garantizar la defensa de los intereses del niño. No puede ser marginado cuando su interés se pone en juego, ni puede ser dejado a un lado cuando su participación es vital para dar a conocer sus problemas. No se puede resolver una cuestión dando la espalda a quien va a sufrir las consecuencias. Lejos ha quedado la Ley 10.903 de Patronato, en la cual estaba desdibujada la intervención del Estado.

V. Algunos aspectos jurisprudenciales

En el Acuerdo 2078 del 7 de julio de 1998, en la causa Ac. 70.180 “B. P. A. Adopción”, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires sostuvo la importancia de la Convención, y resaltó la obligatoriedad de sus principios, en una causa sobre abandono, diciendo que la cuestión planteada debe resolverse a la luz de los principios que surgen de la Convención de los Derechos del Niño, que adquirió jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994, circunstancia que impone la adecuación de todo acto estatal —legislativo, jurisdiccional o administrativo— a tales postulados (artículo 75 inc. 22, Constitución Nacional).

El interés primordial del niño se erige como principio primordial para decidir los conflictos que se presenten, conforme lo establece el artículo 3.1:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (Convención de los Derechos del Niño, 1998: 14).

Por tanto, el andarivel de marras, que se reitera en numerosos artículos del aludido instrumento legal (artículos: 9.1, 9.2, 18.1, 20.1, 21, 40.2. III), constituye la clave de bóveda para resolver el presente pleito. En tal orden de ideas destaco especialmente el deber que impone el artículo 21 de la Convención, al estipular que “los Estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...)”.

Así pues, y aunque resulte una obviedad ponerlo de relieve, por encima de la ley está la Carta Magna (artículo 31 de la Constitución Nacional) y desde la reforma del año 1994, también al lado de la Constitución y con su misma jerarquía, los instrumentos internacionales revestidos de ese nivel supremo por el artículo 75 inc. 22. Como enseña Bidart Campos “en esa cúspide, la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos son ‘derecho’, tienen juridicidad y fuerza normativa, y deben recibir aplicación, con descarte de toda norma inferior que les resulta incompatible” (2001: 3).

En la acordada 66.519 dictada en 1999 se ha definido al interés del menor como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizando en concreto, ya que no cabe concebir un interés del menor puramente abstracto, máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad: lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente.

El espíritu que anima el derecho a ser oído del menor es fundamentalmente proteger su interés, mas ello no es sinónimo de aceptar su deseo. De allí que sus opiniones deberán ser evaluadas por el sentenciante en conjunto con los demás elementos obrantes en el proceso y deberán ser meridadas en relación con el grado de evolución y madurez que presente el niño, datos que surgirán de los informes que puedan obrar en autos (conf. C.N.C., Sala “B”, 7-07-1999 en *El Derecho*, 186-499).

El 31 de octubre de 2012 el Acuerdo 2078 de la Suprema Corte de Justicia en la causa C. 116.673, “Z. V. contra R. D. Medida cautelar”, especifica que el interés superior del niño, se encuentra consagrado en el artículo 3 de la CDN que señala que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Se ha señalado, reiteradamente, que cuando se encuentran en pugna intereses de niños y adultos deben prevalecer el del niño (conf. Ac. 84.418, sent. del 19-06-2002; Ac. 87.832, sent. del 28-07-2004; C. 115.080, sent. del 28-03-2012; CS, 12-06-201, LL 26-06-2012, p. 7). A su vez, el artículo 4 *in fine* de la ley 13.298 expresa: “En aplicación del principio del interés superior del niño, cuando exista

conflicto entre los derechos e intereses de todos los niños, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (id. artículo 3 *in fine*, ley 26.061).

El interés superior de estos niños es crecer en un espacio en donde se respeten sus derechos —siempre— y no a conveniencia de los adultos.

VI. Aspectos normativos

Para comenzar nada mejor que remitirnos al primer artículo del Código Civil y Comercial que nos habla de las fuentes del derecho, entre las que enumera la Constitución y los tratados de derechos humanos que hayan sido ratificados por nuestro país.

Este mismo artículo se refiere a que un correcto análisis tiene que tener en cuenta su finalidad. Complementándose con lo que indica el artículo segundo sobre este tema, explicitando que debe hacerse una interpretación gramatical, teleológica y axiológica de la ley. Sin embargo, como bien señala el artículo, cuando se quiere explicar y darle un sentido a la ley, hay que ser coherente, a fin de evitar las contradicciones en el análisis. Esto implica entender que el Código solo es una parte de un todo, o mejor dicho que una norma no es más que una parte del ordenamiento jurídico.

El sistema normativo puede presentar cierta complejidad si queremos tener un conocimiento acabado de todos los temas. No obstante, observamos que existe de una relación ineludible entre el Código, la Constitución y los Tratados Internacionales. Por lo tanto, quien aplica la ley o la interpreta, establece un diálogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado. Toda decisión judicial debe verificar la coherencia del ordenamiento, de un modo suficientemente razonable.

Cabe destacar que en el Código Civil y Comercial existe comunicabilidad de principios públicos y privados, que se proyectan en el derecho de familia. De tal forma que existe un conjunto de nulidades que pueden ser aplicados a aquellos hechos contrarios al orden público familiar. Cuando el codificador recepta los tratados de derechos humanos, reafirma el respeto a los derechos constitucionales, que para algunos conforman un bloque de constitucionalidad. No hace más que constitucionalizar el derecho privado, en tanto que la coherencia interpretativa que exige el propio Código permite ampliar la consideración a los derechos constitucionales y a los principios convencionales, cuando en las decisiones se ponen en juego valores jurídicos.

VII. Algunas precisiones

Anteriormente habíamos afirmado que el Código Civil y Comercial, en materia de adopción, se refiere en distintas partes al interés superior del niño. Una buena exégesis del texto normativo nos obliga a detenernos en aquellos artículos que hacen una mención explícita a nuestro tema de interés.

La simple lectura de la norma nos lleva a preguntarnos sobre aquello que nos quiere decir el codificador. El texto claramente resalta al interés superior como uno de los principios generales de la adopción que enuncia el artículo 595 en su inciso a). Si bien, el artículo solo lo menciona sin establecerse ningún tipo de precisiones, de esta forma la consagra como un principio de optimización, colocándolo como lineamiento para la resolución de problemas, tal como lo reconoce el derecho convencional. En este artículo se enuncian un conjunto de directrices que sirven tanto para descubrir el sentido de la ley, como para valorar las conductas normadas. Esta pauta interpretativa, proporciona un elemento objetivo a la decisión jurídica.

El derecho a ser oído también resulta ser una de los principios que opera en el instituto de la adopción. El artículo 595 inc. f) lo reconoce como un derecho que poseen los niños, las niñas y los adolescentes, es decir, durante todas las etapas previas a llegar a la vida adulta. Se explicita que se tiene que tener en cuenta la edad de la persona que debe ser escuchada (aspecto objetivo), como así también la madurez que haya alcanzado (aspecto subjetivo). Especificando que cuando el niño

posea la edad de 10 años resulta obligatorio requerir su consentimiento, sin aclarar para qué momentos, por lo que puede entenderse que es en todos aquellos que tengan algún grado de relevancia para la persona del niño.

Es cierto que siguiendo este criterio se produzcan sentencias contradictorias. Sin embargo, esto no tiene nada de malo, no indica la imposibilidad de aplicar este principio, sino la necesidad de proporcionar una fundamentación suficientemente motivada en las constancias de autos, sobre los cuales construir una línea argumental que consolide la decisión (Herrera; Carmelo y Picaso, 2016: 372). Un ejemplo cabal se produce en el caso de la adopción, por las pujas de intereses entre la familia de origen y los pretensos adoptantes. Esto nos lleva a entender a la sentencia como una decisión razonada, que encuentra su fundamento en los hechos y las pruebas aportadas, suficientemente valoradas a la luz de las normas.

Por último nos parece que para agotar de alguna forma la relación entre el interés superior del niño y de la adopción se requiere comentar los otros dos artículos —621 y 627—, que mencionan específicamente el interés superior como criterio de análisis de la posible situación. En el primer caso se refiere a la adopción conjunta entre personas divorciadas o que se encuentran separadas luego de haber vivido en unión convivencial. Casos en los que iniciada la guarda durante la convivencia se produce con el tiempo de disolución de la relación sentimental, situación que amerita que se tenga en cuenta el vínculo creado entre el niño y los adoptantes. Dándose esta posibilidad se puede otorgar una adopción simultánea, conjunta o dual de los excónyuges o exconvivientes. La norma obliga al juez a valorar la incidencia de la ruptura en la vida de los cónyuges. Por lo que se deberá considerar especialmente el tipo de relación que mantienen las partes, en vista, a dicho interés, ya que el artículo 604 permite adoptar de forma conjunta a quienes se encuentren divorciados o hayan cesado su unión convivencial. Esto implica que al juez le compete evaluar la situación socio familiar de los pretensos adoptantes, en pos de resguardar el interés del niño.

Podemos observar que cualquiera sea el tipo de adopción, el juez cuenta con atributos suficientes para otorgarla o denegarla. Bajo las condiciones que establece la propia norma, de modo que la resolución que se dicte debe estar fundada en las circunstancias del caso (aspecto material) y el interés superior del niño (aspecto formal). Situación que se ve claramente, cuando en la adopción simple se le permite al juez, mantener el vínculo jurídico con uno o varios familiares del adoptante.

El segundo caso que describe el artículo 627 inc. b) se produce en la adopción simple, por cuanto que la comunicación con la familia de origen va a depender de la conveniencia de ésta según el interés superior. Esta situación ha cobrado relevancia a partir del caso “Forneron”, en el que la Corte IDH afirmó: “(...) que el disfrute mutuo en la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar”. En caso contrario, se está coartando el derecho a la identidad consagrado como otro de los principios en materia de adopción. Éste solo puede ser limitado en la medida que el mantenimiento de las relaciones con la familia de origen, sea perjudicial para el niño o adolescente, en tanto que resulta ser contrario a su mejor desarrollo socioafectivo.

VIII. Conclusión

Luego del análisis que hemos realizado, podemos concluir que, por un lado el codificador ha realizado un importante esfuerzo proyectando una nueva ley que reflejara en su contenido el tema de los derechos humanos que por vía convencional nuestro país había suscripto y conforman una parte importante de nuestro ordenamiento. Por otro lado, podemos observar que esta actualización implica una nueva mirada sobre el derecho de familia en particular, en el que se ha producido un cambio trascendente, no solo por la inclusión de un conjunto de temas nuevos, sino también por la inclusión de otros, que como en el caso de la adopción se regulaba por una norma específica, con las dificultades propias de ser una ley, que no formaba parte del mismo cuerpo normativo. Lo que implica que hoy podamos tener una nueva mirada orgánica y sistemática sobre la adopción, que se consolida y complementa con una visión integral de los derechos humanos.

IX. Bibliografía

ALEXY, Robert (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 33.

— (2003). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, p. 136.

BASZ, Victoria y FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. (1996). *El derecho internacional privado y la restitución internacional de menores*. Buenos Aires: La Ley. LL 1996-B, 610.

BIDART CAMPOS, Germán (2001). *La ley no es el techo del ordenamiento jurídico*. Buenos Aires: La Ley, 1997-F, 145. AR/DOC/15203/2001.

BELANDRO, Rubén Santos (2011). *El interés superior del menor en el derecho internacional privado*. Disponible en: www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulo-juridico/?hid=28 [Fecha de consulta 12/03/2016].

GROSMAN, Cecilia (1998). *Los derechos del niño en la familia*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, p. 23.

HERRERA, Marisa; CARMELO, Gustavo y PICASSO Sebastián (2016). *Código Civil y Comercial. Comentado*. Disponible en: www.infojus.gov.ar [Fecha de consulta 20/03/2016].

HERRERA FIGUEROA, M. (1955). *Justicia y sentido*. Tucumán: Ministerio de educación de la Nación. Universidad Nacional de Tucumán, p. 133.

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (1994). “El derecho constitucional del menor a ser oído” en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 7. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 167.

RODRÍGUEZ, César (1997). “Teoría del derecho y decisión judicial”, en: *La decisión judicial. El debate Hart. Dworkin*. Bogotá: Universidad de los Andes, p. 62.

SIERCKMANN, Jan (2006). *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 209.

Legislación

Ley provincial 13.298. Disponible en: www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13298.html [Fecha de consulta: 02/02/2016].

Ley 26.061. Disponible en: www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Nuevo/26061.pdf [Fecha de consulta: 15/02/2016].

Ley 10.903 de Patronato. 23118. Disponible en: www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/...de.../Ley%2010903_patronato.pdf [Fecha de consulta: 27/03/2016].

Jurisprudencia

Caso “Forneron e hija” (2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf [Fecha de consulta: 22/12/2015].

Causa C. 115.103, “O. J .D.” (2013). Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en: www.scba.gov.ar [Fecha de consulta: 27/12/2015].

Causa Ac. 70.180, “B. P. A. Adopción” (2000). Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en: www.scba.gov.ar [Fecha de consulta: 27/12/2015].

Causa C. 116.673, “Z. V. contra R. D. Medida cautelar” (2012). Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en: www.scba.gov.ar [Fecha de consulta: 2/02/2016].

Fecha de recepción: 01-04-2016

Fecha de aceptación: 12-08-2016

La responsabilidad civil: la verdadera semántica de la Caja de Resarcimientos

POR **JUAN CARLOS MENDOZA PÉREZ (*)**, **ELAYNE CASTILLO TORRES (**)** y **RICHARD HECHAVARRIA CASTILLO (***)**

Sumario: I. A modo de introducción. — II. Enfoques teóricos de la responsabilidad civil derivada de delitos. — III. Análisis jurídico-práctico de la responsabilidad civil ex delicto. — IV. Reflexiones finales. — V. Bibliografía.

La responsabilidad civil derivada del delito, tan relegada de las agendas de las investigaciones y estudios jurídicos se niega a quedar en el cofre de la indiferencia, el olvido está lleno de memoria, de todos aquellos que un día han sido víctimas de un delito con el que se le ha causado un daño; la meta no sólo fue destaparlos, sino sobre todo proponer soluciones, que en definitiva es el sentir que pulsa esta investigación.

Myrna Méndez, 2009 (1).

Resumen: si bien Cuba se diferencia en muchos aspectos del resto del mundo, también aquí es urgente y necesario debatir el tema de la responsabilidad civil derivada de delitos, porque el país debe responder a muchos aspectos de esta problemática que ineludiblemente impacta en el pueblo cubano a pesar de haber sido provocada por la comisión de un delito, de un sujeto culpable que determina la responsabilidad penal y por ello la sujeción del trasgresor a las consecuencias que son indicadas por el orden jurídico que es la pena. En tal sentido proponemos la instrumentación de un mecanismo que ofrezca un efectivo control, cumplimiento y aplicación de las normas jurídicas referidas a la responsabilidad civil ex delicto, en aras de proteger la consiguiente garantía de los derechos lacerados a las víctimas de delitos, que le han causado daño.

Palabras claves: responsabilidad civil - daño - caja de resarcimiento - instrumentación - mecanismo

Civil liability: the semantic true compensation box

Abstract: while Cuba differs in many ways from the rest of the world, there is an urgent need to debate the issue of civil liability offense because the country must address many aspects of this problem that inevitably has an impact on the Cuban people despite it has been caused by the commission of an offense, guilty of a subject that determines the criminal liability and therefore the subject the offender to the consequences which are indicated by the legal order which is worth. In this regard they propose the implementation of a mechanism to provide effective control, enforcement and application of legal rules relating to civil liability former crime, in order to protect thereby ensuring the violated rights of victims of crime who have it caused damage.

Keywords: civil liability - indemnification - damage box - instrumentation mechanism

(*) Prof. Derecho Notarial y Obligaciones, Departamento de Derecho, Universidad de Guantánamo, Cuba.

(**) Prof. Adjunta Derecho Ambiental y Derecho Financiero, Universidad de Guantánamo. Fiscal Provincial de Guantánamo, Cuba.

(***) Prof. Deontología Jurídica y Derecho informático, Universidad de Guantánamo, Cuba.

(1) Méndez López, Myrna Beatriz (2009). *La Responsabilidad Civil Derivada del Delito de las personas naturales en Cuba*, Tesis presentada en opción al grado científico de Doctorado en Ciencias Jurídicas.

I. A modo de introducción

La vida en sociedad exige determinados comportamientos que se imponen a través de los diversos mecanismos del control social, brindando una especial protección para algunos mediante la instancia formal y dentro de ésta cuando implica una singular trascendencia, debido al valor de la expectativa que se resguarda se le ofrece tutela punitiva; al producirse una actuación que atenta contra éstos se genera un conflicto social que altera significativamente el orden y por ello se castiga al infractor mediante una pena. Al unísono estos hechos en no pocos casos provocan un daño que afecta al sujeto pasivo del delito o de otras personas a él ligadas, que son las víctimas directas de ese actuar y en consecuencia deben ser resarcidas, se genera entonces la responsabilidad civil derivada del delito.

Ahora bien, en Cuba el estudio de la responsabilidad civil derivada del delito (2) no puede considerarse de controversial, por el hecho de que esta institución del derecho carezca de importancia en el ordenamiento jurídico cubano, sino porque su asiento en la legislación sustantiva civil se ha convertido en un equívoco bastante generalizado de qué es el Derecho Civil, quién debe encargarse de su estudio, configuración teórica y sistemática jurídica, acreditando que en la actualidad, han escrito el tema tanto civilistas como penalistas, no obstante sigue siendo poca por su valoración sistémica e integral (3).

Desde la perspectiva de la materialización del derecho disímiles son los problemas que pueden derivarse en la aplicación de las normas que instrumentan la institución y de cara a la protección jurídica que debe propiciar el derecho al afectado por el actuar antijurídico de otro, constituye una institución de obligada apreciación para cualquier referencia sobre este tópico, ya sea el ente afectado una persona jurídica o natural. En fin otras tantas razones podrían enunciarse a favor de su relevancia dentro de los variados aspectos del acontecer jurídico que ameritan su objeto de revisión y atención permanente por su impacto social.

Pero, ha de notarse que además de la pena pueden surgir otras consecuencias de la comisión de un delito o en ocasión del mismo, como son las consecuencias civiles que derivan del hecho catalogado como delito. Precisamente motivados por la actualidad del tema y el poco tratamiento dado en el ámbito doctrinal y legal, así como la necesidad de perfeccionar las normas que regulan la responsabilidad civil en el país, desarrollamos el presente artículo.

Aunque existen diversas propuestas de clasificación de las formas de la responsabilidad jurídica, generalmente, desde la perspectiva de la Teoría del Derecho se parte de la brindada por Kelsen. Éste sostiene que la estructura, a partir de dividirla de acuerdo al sujeto que se le exige responsabilidad, en directa o indirecta o vicaria, y según la intervención o no de la culpabilidad, en subjetiva y objetiva; es la que utilizaremos porque fija elementos cardinales en lo referente a la responsabilidad civil derivada del delito (4).

No es desacertado expresar que la bibliografía relacionada con el tema es escasa y se encuentra dentro de textos básicos, de una u otra rama del derecho implicada; en las obras civiles, a la responsabilidad civil nacida del delito se le ofrecen unas escasas líneas; por su parte los penalistas, al final de sus obras, cuando abordan otras consecuencias del delito, sólo hacen unos efímeros comentarios sobre ella (5).

(2) Denominada además como responsabilidad extracontractual o *Aquiliana*.

(3) Cfr. Méndez López, Myrna Beatriz (2009). *La Responsabilidad Civil Derivada del Delito de las personas naturales en Cuba*, Tesis presentada en opción al grado científico de Dr. en Ciencias Jurídicas.

(4) *Ídem*. Méndez López y Myrna Beatriz (2009).

(5) En la arista nacional: los autores penales que la incluyen en sus obras son: Ramos Smith, G. (1983). *Derecho Penal. Parte General*, T-II. La Habana: Ediciones ENPES, pp. 295-296; González Alcantul, D. (1986). *Manual de Derecho Penal*.

Pocos autores han dedicado artículos independientes para tratar la responsabilidad civil derivada del delito (6), y si bien existen investigaciones anteriores que han realizado importantes valías, sin embargo, directamente no se formularon como objetivo la institución en asunto, abordándola desde la perspectiva escogida (7), o por sus características no incluyen una exposición acabada, señalando incluso como recomendación en el orden académico, la necesidad de continuar un estudio de la institución (8).

La regulación de la responsabilidad civil derivada del delito en nuestro país se encuentran en diversas normas legales, e incluso está presente la llamada cadena de reenvío, que complejiza aún más la situación de esa dispersión legal, provocando la existencia de contradicciones axiológicas y normativas, duplicidades y lagunas legales, lo que implica dificultades en su interpretación y consecuente aplicación (9).

Máxime si acreditamos que los mecanismos de información, control y conciliación entre las entidades que tienen a su cargo la instrumentación del cumplimiento de la responsabilidad civil aún son deficientes lo que conlleva al incumplimiento de esta obligación con la consiguiente afectación a las víctimas de los delitos.

II. Enfoques teóricos de la responsabilidad civil derivada de delitos

La acción civil por su nombre, por su contenido mismo, es de índole civil; pero, por su nacimiento, ejercicio y depuración es netamente penal, por cuanto el hecho originador es la infracción de este tipo, y sin la existencia del delito mismo o ante la eventualidad de una sentencia absolutoria, carece de viabilidad el ejercicio del tal acción civil, ya que para que exista la responsabilidad civil precisa, en todo caso, que previamente se haya declarado la criminal.

Tomando como base los criterios ofrecidos en el orden doctrinal foráneo y jurisprudencial nos percatamos de que la legislación cubana y la práctica judicial reflejan la no definición exacta entre los límites de una jurisdicción u otra para alcanzar la reparación de los daños o perjuicios causados por actos ilícitos en tanto es notorio que en ocasiones las personas cuando sufren daños de menor cuantía acuden indistintamente a una u otra vía, y tomando como ejemplo aquellos casos en que el perjudicado fue afectado por el deterioro causado a sembrados, animales u otros bienes se observa eligen una u otra jurisdicción siendo aceptado por los órganos policiales y judiciales o en instancias civiles de los tribunales lo que da el curso legal a la tramitación del asunto hasta alcanzar la resolución definitiva. A nuestro juicio el elemento peligrosidad social como parte del delito deberá ser tenido en cuenta especialmente para determinar si la responsabilidad del culpable debe ser exigida en lo penal o en lo civil.

Parte General, T-II. La Habana: Imprenta Central de la FAR, pp. 117-119; Baquero Vernier, U. (1984). *Derecho Penal General II*, ENPES. Santiago de Cuba: Universidad de Oriente, pp. 155-171.

(6) *Vid.* artículos: 1. D'Estefano Pisani, M. (SF). *La responsabilidad civil*. La Habana: Editorial Escuela Penitenciaria Nacional; 2. Goite Pierre, M. (2000). "Ejecución de la Responsabilidad Civil derivada del delito" en: *Selección de Lecturas de Derecho Penal General*. La Habana: Editorial Félix Varela; 3. Jerez Marimón, S. (2007). "Responsabilidad civil proveniente del delito" en: *Justicia y Derecho Revista Cubana del Tribunal Supremo Popular* N. 8, año 5, junio.

(7) *Vid.* Tesis en opción del grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas de: Rodríguez Corría, R. (2003). *El daño moral. Concepto y Resarcimiento*. La Habana: Universidad de la Habana, mayo y la de Goyas Céspedes, L. (2004). *El resarcimiento de los daños contractuales patrimoniales en el ámbito jurídico civil cubano*. La Habana: Universidad de La Habana.

(8) Las investigaciones comprendidas en este extremo son Trabajos de Diplomas y Tesis en opción al grado de especialistas, entre las que se pueden citar: 1. Antúnez Rodríguez A. (2005). *La responsabilidad civil derivada del delito. Principales problemática en su ejecutoria*, Granma; 2. Haber Méndez, C. (2006). *La responsabilidad civil derivada del delito en Cuba*. Santiago de Cuba; 3. Rodríguez Massó, J. (2006). *La ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito*. Santiago de Cuba; 4. Arjona López, M. E. (2004). *La jurisdicción sobre la responsabilidad civil subsidiaria de delito*. Santiago de Cuba.

(9) *Cfr.* Op. cit. Méndez López y Myrna Beatriz (2009).

En principio responden civilmente quienes han realizado el hecho que genera responsabilidad penal. El responsable penalmente, igualmente responde civilmente y si concurren en el hecho varias personas, todas quedan solidariamente obligadas por el daño causado. La responsabilidad civil proveniente de un delito se realiza directamente al perjudicado, no a favor de un tercero que indirectamente resultó “perjudicado”, ya que la asistencia médica en nuestro país es gratuita, no procede indemnizar a un hospital en gastos de curación. En nuestro ordenamiento jurídico existen excepciones en cuanto a la responsabilidad civil derivada de la pena. En este caso el Código Penal fija diversas reglas de acuerdo a las cuales en algunos casos el irresponsable penal responde civilmente. De la misma forma fija la legislación supuestos de responsabilidad civil subsidiaria en que responde otra persona en lugar de otro obligado directamente. Máxime si se acredita que existen varias modalidades entre las que encontramos las siguientes:

a) Responsabilidad principal o directa: en esta, la responsabilidad ha de hacerse efectiva en el patrimonio del obligado o responsable criminalmente (10).

b) Responsabilidad subsidiaria: se verifica cuando la satisfacción la realiza, no el responsable criminalmente, sino un tercero que resulta civilmente responsable, es decir, la que se refiere al sujeto obligado “solo en el caso de que la obligación principal no se cumpla”, como acertadamente lo señala Puig (11).

c) Responsabilidad civil supletoria: en este caso, la responsabilidad civil no está condicionada a la de la responsabilidad penal que no existe, y se le impone al tercero no como consecuencia de una responsabilidad penal preexistente, sino, cabalmente, en ausencia de ésta (12).

d) Responsabilidad civil solidaria: en este supuesto, responden civilmente por igual, tanto el responsable criminalmente, como los que no lo son (13).

El resarcimiento de la responsabilidad civil comprende:

- a. La restitución del bien.
- b. La reparación del daño material.
- c. La indemnización del perjuicio.
- d. La reparación del daño moral (14).

Es obligatorio referirnos primero al concepto de resarcimiento al que hace mención la ley, entendiendo como función de éste la restauración del patrimonio del lesionado en su persona o bienes, este vuelve a tener valor, compréndase el patrimonio, por su parte, el resarcimiento se puede pro-

(10) A ella se refiere el Código Penal en el artículo 70.1 cuando anuncia que “el responsable penalmente lo es también civilmente por los daños y perjuicios causados por el delito (...)”.

(11) Tamayo Rodríguez, J. L. en: *La Responsabilidad Civil derivada de Delito, con Especial Referencia a su Tratamiento en la Reforma del Código Penal*, Editado por el Poder Judicial hace referencia a Puig Ferriol L.

(12) Se trata de un responsable tan directo como el principal del artículo 113. La encontramos en el artículo 114 del Código Penal, el cual se refiere a los supuestos de enajenación minoridad, sordomudez, estado de necesidad o miedo insuperable, en los cuales, al haber ausencia de la responsabilidad criminal por manifestaciones de eximentes, no se da el requisito general del artículo 113, exigido para la responsabilidad civil la existencia de un responsable penal.

(13) V.gr. de este tipo de responsabilidad la encontramos en el artículo 95.1: “Las personas jurídicas están obligadas a reparar los daños y perjuicios causados a otros por actos ilícitos cometidos por sus dirigentes, funcionarios y demás trabajadores en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio del derecho que les asiste de repetir contra el culpable”.

(14) La ley N° 59 o Código Civil cubano, en los artículos del 81 al 88, establece el contenido de la responsabilidad civil, determinando en cada caso, el alcance de su pronunciamiento.

ducir a través de diferentes formas, como pueden ser la reintegración específica del bien, el equivalente en dinero de éste, en algunos casos una renta vitalicia, hasta la mayoría de edad e incluso puede ser hasta permanente en los casos de incapacidad laboral permanente o decrecimiento del poder adquisitivo a consecuencia de la incapacidad producida por el acto ilícito penal.

La *restitución*, según lo previsto en la legislación, procede cuando el bien objeto del delito previamente ha sido ocupado o encontrado durante el desarrollo del proceso y se procede a su entrega al perjudicado, extendiéndose también la misma en los casos necesarios a exigir una cantidad en dinero adecuada según las tarifas correspondientes, para abonar al dueño por el deterioro o menoscabo que haya podido sufrir el bien como consecuencia de la acción. Es decir, que esta restitución no es puramente la entrega del objeto, sino que también lleva consigo en determinados casos una compensación material, cuando el bien objeto de restitución ha sufrido algún daño.

La legislación civil, en materia de restitución, prevé que la misma no puede efectuarse en los casos en los que el bien ha sido adquirido por un tercero de buena fe, en centros destinados a la comercialización o por una subasta pública.

La *reparación del daño material* no ofrece duda alguna, toda vez que se fundamenta en el pago del valor del bien que no puede ser entregado al perjudicado o el valor dispuesto en compensación por el menoscabo sufrido por el bien.

Es importante en este aspecto señalar que la ley N° 5 o Ley de Procedimiento Penal cubana modificada por el decreto-ey 151 de 1994 en su artículo 149 estableció la participación del perjudicado en la determinación del valor de la reparación del daño material causado o el perjuicio ocasionado, pues en este caso para fijar el valor del bien objeto del delito o el importe del perjuicio se tendrá en cuenta el dicho del perjudicado, sin excluir la facultad que tendrían en su día las partes y el tribunal para valorar lo más ajustado a derecho. Al respecto el Tribunal Supremo de Cuba emitió el dictamen 353 de 1994, donde señala que la cuantía del daño material se determina en base a la valoración que se admita como racionalmente justa según los medios de prueba obrantes en las actuaciones, esto es, el dicho del perjudicado, la evaluación pericial, las declaraciones de testigos y el juicio racional que al respecto pueda hacer el actuante considerando nuestra realidad social, conforme al citado artículo 149.

La *indemnización de los perjuicios* comprende los desembolsos que deban realizar las personas perjudicadas por el delito, que puede coincidir o no con la víctima del mismo, que además abarca las posibles obligaciones alimenticias del que resultara fallecido, el abono del dinero como compensación ante la imposibilidad de continuar percibiendo los ingresos laborales que obtenía la víctima hasta el momento del delito. En caso de que la acción se produzca contra la integridad corporal, comprende los gastos de curación que como es lógico decir no incluye los servicios médicos, hospitalarios y de estancia en centros asistenciales y de rehabilitación, pues la medicina cubana es totalmente gratuita, pero si comprende todos aquellos desembolsos posteriores que realiza el perjudicado hasta obtener su total curación, así como el salario correspondiente a los días dejados de trabajar y cualquier otro ingreso que la víctima dejó de percibir o erogación realizada por el afectado y sus familiares o un tercero, como sería, a modo de ejemplo, los costos de los medicamentos, los gastos del funeral, gastos de transportación. Relacionado con ello el Tribunal Supremo se pronunció en los siguientes términos a través del Acuerdo 37 de 1989:

“si se tratase de la muerte de una persona los gastos funerales se fijaran acorde a las regulaciones y tarifas establecidas por servicios comunales. Con respecto a los lesionados, los gastos en que incurran las personas a que se refiere dicho precepto que sean indispensables para alcanzar la sanidad de los mismos, todo lo cual deberá estar debidamente acreditado”.

Algo muy significativo de esta legislación es la mención expresa que se realiza por el legislador para abonar los daños causados al medio ambiente, en los que se exigen los gastos necesarios para

su rehabilitación total, lo que es una muestra de la atención que se presta en este sentido a la protección ambiental (15).

La reparación del daño moral obliga al autor del delito a prestar una satisfacción pública al ofendido según los casos procedentes.

Como se aprecia el Código Penal cubano, en lo fundamental, es declarativo de la exigencia para conocer en un único proceso las consecuencias derivadas y exigidas en razón de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil, sin embargo todo el contenido y alcance de esta última es potestativo de la legislación civil que recoge los fundamentos principales de esta institución, en tal sentido, el Código Civil se refiere en su formulación a la responsabilidad de las personas naturales o responsabilidad subsidiaria cuando puedan concurrir las mismas en ocasión de los daños o perjuicios que causen las personas por quienes deben responder y la posible responsabilidad de las personas jurídicas también relacionadas éstas con actos ilícitos que constituyen delitos y sean cometidos por los dirigentes y funcionarios. Esta regulación debe ser revisada en la actualidad a tenor de las regulaciones establecidas por el decreto-ley 175/97 donde se introduce en el Código Penal la responsabilidad directa de las personas jurídicas.

El Código Penal vigente, además de la declaración de obligatoriedad del ejercicio en común de las acciones penales y civiles, cometidas en ocasión del delito, también regula las garantías para exigirles a quienes sean declarados responsables civil por la comisión de un delito y que no cumplan con la misma, aspecto éste al que nos referiremos al abordar la ejecución de la responsabilidad civil en Cuba.

No obstante todo ello, es imperioso decir que no toda ejecución de un hecho descrito en la ley como delito lleva aparejado la obligación de resarcimiento, pues, desde el prisma de la autoría, no será exigible cuando el sujeto haya actuado en función o amparado por una causa de justificación que extenderá sus efectos eximentes a la responsabilidad tanto civil como penal; también quedan fuera de toda exigencia indemnizatoria fijadas por esta legislación los casos de hechos ocasionados por fuerza mayor o caso fortuito, o cuando la conducta del autor hubiera sido provocada por la víctima del daño o perjuicio.

En algunos supuestos de exclusión de la responsabilidad penal por la concurrencia de determinadas eximentes, se mantiene latente la posibilidad de exigir la responsabilidad civil ante la Sala correspondiente. Fundamentalmente aquellas eximentes relacionadas con la imputabilidad por la carencia de aptitudes mentales para valorar el alcance de la acción que se realiza como son: el estado de enajenación mental, el trastorno mental transitorio, el desarrollo mental retardado o las que afectan directamente el nexo psicológico del autor con su acto relacionadas con la culpabilidad como son: el error o el miedo insuperable, en cuyos casos se mantienen la responsabilidad civil o la obligación de pagar por los daños o perjuicios ocasionados por el acto realizado y que tuvo consecuencias posteriores exoneradas en lo penal, pero no en lo civil, por la propia naturaleza de estas instituciones.

Con independencia de lo antes expuesto es necesario hacer referencia a las principales características que identifican la institución estudiada.

La acción para reclamar la responsabilidad civil que se derive del delito se ejercita conjuntamente con la penal (16). La legislación penal sustantiva y procesal no contiene ninguna mención expresa a la posibilidad de que el perjudicado con el actuar del acusado del que se derive una responsabili-

(15) El Código Civil cubano de 1987 determina las reglas mediante las cuales se precisa cómo proceder en los casos de que el acto delictivo se cometa por varios partícipes y otros aspectos relativos a la forma de satisfacer el pago.

(16) *Cfr.* artículo 275 de la Ley de Procedimiento Penal cubana.

dad civil, pueda renunciar a la reparación o indemnización que de los daños y perjuicios le corresponde, lo que sí aparece en los textos legales como la Ley de Enjuiciamiento Criminal española que lo establece en sus artículos 108 y 109 (17).

Lográndose a través de las regulaciones legales, una clara definición de que el órgano judicial que conozca del delito y se pronuncie en su relación condenatoria sobre la responsabilidad civil que se derive del mismo, tiene que hacer este pronunciamiento en toda su magnitud fijando los responsables, la cuantía y la forma de satisfacción a la víctima, en correspondencia con la extensión determinada por las disposiciones civiles sustantivas. Cumplimentando también lo preceptuado en el artículo número 44 apartado 3, inciso ch) de la Ley de Procedimiento Penal, de consignar en el considerando de la sentencia los fundamentos de derecho de la calificación de los hechos que se hubiesen estimados probados con relación a la responsabilidad civil en que hubiesen incurrido los acusados o las personas sujetas a ella que fueron oídas en la causa.

Desde la perspectiva de la materialización del derecho, disímiles son los problemas que pueden derivarse en la aplicación de las normas que instrumentan la institución, y de cara a la protección jurídica que debe propiciar el derecho al afectado por el actuar antijurídico de otro, constituye una institución de obligada apreciación para cualquier referencia sobre este tópico, ya sea el ente afectado una persona jurídica o natural, en fin otras tantas razones podrían enunciarse a favor de su relevancia dentro de los variados aspectos del acontecer jurídico que ameritan su objeto de revisión y atención permanente por su impacto social.

III. Análisis jurídico-práctico de la responsabilidad civil ex delicto

En el decreto-ley 175, modificativo del Código Penal, que entró en vigor el 27 de septiembre de 1997, en su artículo 15 modificó los apartados 1 y 2 del artículo 71 del Código Penal; y en tal contexto, entre otras cosas quedó redactado como se indica: “La Caja de Resarcimiento es la entidad encargada de hacer efectivas las responsabilidades civiles consistentes en la reparación de los daños materiales y la indemnización de los perjuicios, a estos efectos, exigirá el pago a los obligados y abonará a las personas naturales que resulten víctimas del delito las cantidades que les son debidas”.

Se mantiene además en el inciso 2, de lo cual se nutre la Caja de Resarcimiento, que realmente es lo mismo que se instituye en el artículo 71.2 del Código Penal, es decir:

a) Los descuentos de las remuneraciones por el trabajo de los reclusos, para abonar las partes no satisfechas por concepto de responsabilidad civil.

b) El dinero decomisado como efecto o instrumento del delito, y el que se haya ordenado devolver y no se reclame dentro del término de un año a partir de la firmeza de la sentencia.

c) El valor de los bienes decomisados que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43, apartado 3, hayan sido destinados, por su utilidad a una entidad determinada.

(17) “La acción civil ha de entablarse conjuntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables”. Artículo 109: “En el caso de recibirse declaración al ofendido que tuviese capacidad legal necesaria, se le instruirá del derecho que tiene para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible (...)”. Por tal motivo, la Ley de Procedimiento Penal en su artículo 279 señala que, cuando se sostenga la acción civil, se expresará siempre en el escrito de solicitud de apertura a juicio oral realizado por el fiscal o el acusador particular, además de las conclusiones precisas y numeradas: La cosa que haya de ser restituida o la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios causados por el delito; el modo en que ha de procederse para la reparación del daño moral al perjudicado o perjudicados. La persona o personas que están obligadas a la restitución de la cosa o a la reparación de los daños y perjuicios de que aparezcan responsables y el hecho o circunstancia en virtud de los cuales haya contraído esa obligación.

- d) Las responsabilidades civiles no reclamadas por sus titulares dentro del término legal.
- e) Los recargos que se impongan en los casos de demora en el pago de la responsabilidad civil.
- f) El importe de las fianzas decomisadas en los procesos judiciales.
- g) Los descuentos a beneficios.
- h) Cualquier otro ingreso que determine la ley.

Con independencia de lo antes expuesto, en el año 1997 el Tribunal Supremo Popular cubano emitió indicaciones para los Tribunales Populares sobre aplicación del decreto-ley 175, modificativo del Código Penal, en el que establecía que el tribunal mantendrá en las sentencias que dicte los pronunciamientos sobre responsabilidad civil, como lo ha realizado hasta el presente, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 70 del Código Penal, así como el artículo 71 del propio cuerpo legal, tal y como quedó modificado por el artículo 15 del decreto-ley antes enunciado.

Resultando preciso apuntar que aun cuando quizás no sea apreciado producto de un rápido examen, el ordenamiento jurídico cubano contempla perfectamente diferenciadas las responsabilidades antes referidas, ya sea por la redacción del Código Penal de la responsabilidad proveniente del delito o por el tratamiento general que reciben los actos ilícitos en el Código Civil, fijándose la extensión de la responsabilidad civil en el artículo número 83 sin perjuicio de la utilización de este propio numeral en los casos de responsabilidad civil contractual, tal y como se infiere del contenido de los artículos 293 y 294 de la propia norma sustantiva al establecer el tratamiento del incumplimiento de las obligaciones.

La ejecución de la *reparación del daño material* y de la *indemnización de perjuicios*, como hemos apuntado se ejecutan a través de la Caja de Resarcimientos. Esta caja está destinada a pagar los gastos en que incurrió la víctima del delito y cobrar los mismos al sancionado, sus antecedentes se encuentran en Las Cajas de Multas de los Consejos de Patronato del proyecto de Ferri, en la Caja de Multas creada en Italia por la ley del 9 de mayo de 1932, en la Caja Nacional de Resarcimientos del proyecto de Tejera, y se introdujo en Cuba mediante la ley-decreto 802 de 1936, conocida como Código de Defensa Social.

Las posteriores reglamentaciones sobre el tema se encuentran contenidas en las disposiciones siguientes:

- Decreto 379 del 18 de febrero de 1939, que estableció el Reglamento para la Caja de Resarcimientos, delimitando el funcionamiento interno de la misma, la manera de tramitar las reclamaciones y demás particularidades que complementan el Código.
- Ley-decreto 1178 del 13 de noviembre de 1953, publicada en la Gaceta Oficial 267 de 1953 mediante la cual se absorbe la Caja de Resarcimientos establecida por el artículo 121 del Código de Defensa Social, por el Ministerio de Justicia, pues la misma se encontraba adscripta al Ministerio de Hacienda.
- Ley-decreto 1258 del 28 de enero de 1954, publicado en la Gaceta Extraordinaria N° 2 del 30 de enero de 1954, que regula la relación entre los Tribunales y la Caja de Resarcimientos, los pagos que debía realizar la Caja y los que debían hacerse a la misma, el procedimiento a seguir en los casos de sentencias dictadas por los Tribunales. Establece el procedimiento para hacer efectivas las fianzas. Modifica además los artículos 121, 125, 126 y 127 del Código de Defensa Social o la ley-decreto 802 de 1936.
- Ley-decreto 1870 del 22 de diciembre de 1954, publicada en la Gaceta Ordinaria 303 del 54, que autoriza al Ministro de Justicia para que pueda ordenar a la Caja de Resarcimientos el

pago de indemnizaciones sin ajustarse al orden establecido en la ley-decreto 1258, cuando el pago deba hacerse a una institución benéfica o en casos especiales de alta conveniencia en el orden internacional debido fundamentalmente a la reciprocidad.

- Decreto 2076 del 19 de junio de 1958, publicado en la Gaceta Ordinaria 141 del 23 de julio de 1958. Mediante él se promulga el Reglamento para el servicio central de la Caja de Resarcimientos del Ministerio de Justicia.
- Ley 597 del 7 de octubre de 1959, en la Gaceta Extraordinaria 47 del 13 de octubre de 1959, por la que se modifican los artículos 1, 4, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 17, 22, 25, 30, 36, los apartados a) y d) del artículo 19 y el título de la sección segunda del capítulo cuarto de la ley-decreto 1258 de 1959 para el pago de Indemnizaciones a la Caja de Resarcimientos.
- Decreto-ley 47 del 1 de septiembre de 1981, publicado en la Gaceta Extraordinaria del 29 de septiembre de 1981, modificó parte del artículo 4 de la ley-decreto 1258 del 54, disponiendo que las personas con derecho a cobrar indemnización de los perjuicios o de reparaciones de los daños materiales, deberán reclamar dicho pago mediante escrito presentado a la Caja de Resarcimiento dentro de los 90 días naturales, contados a partir de la fecha en que le haya sido notificada la sentencia, dichas modificaciones serán aplicables a los casos de sentencias que hayan quedado firmes antes de entrar en vigor el decreto-ley, quedando sometidas las mismas al artículo que se modifica.

El Tribunal Supremo de la República de Cuba en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución de la República y el artículo 15, inciso 2 de la ley 82, Ley de los Tribunales Populares (18), ha emitido acuerdos sobre esta materia de los que tomaremos el contenido de algunos de ellos.

Sin embargo durante un diagnóstico realizado en la sucursal de la Caja de Resarcimiento del Ministerio de Justicia de Guantánamo, concebida para la mejor protección a las víctimas de hechos delictivos, con una muestra de obligados (19) a resarcir y de víctimas de delitos advertimos que es ineficaz la vía utilizada para reparar los daños derivados de la comisión de un hecho delictivo debido a las insuficiencias que en el orden de las instituciones que tienen que ver con su cumplimiento hoy se suscitan como las siguientes, *v. gr.* Ministerio de Justicia (Caja de Resarcimiento), Sistema de Tribunales Populares de Cuba y Sistema de Prisiones, todo lo cual fue acreditado mediante la aplicación de las técnicas de encuestas, criterio de expertos y revisión que se realizaron de conjunto con el órgano de la Fiscalía Provincial de Guantánamo a los expedientes con cargo de responsabilidad civil (20):

III.1. Ministerio de justicia (Caja de Resarcimiento)

La Caja de Resarcimiento no cuenta con un mecanismo de despacho con los Tribunales que permita cumplir lo dispuesto en la ley-decreto N° 1258 de 1954(21), sobre la obligación de los tribu-

(18) Esta ley entró en vigor en enero de 1998, derogando así los pronunciamientos que en materia orgánica realizaba la ley anterior de los Tribunales.

(19) Asciende a 784 internos, aunque existen más de esta cifra que no se muestreó ya que no han cumplido con su obligación.

(20) Compuesto por: cinco jueces de ejecución del Tribunal Municipal Popular de Guantánamo; cuatro presidentes de tribunales. Dos de la Sala de lo Penal del Tribunal Municipal Popular de Guantánamo y dos de la sección municipal. Así como tres expertos que radican en la sucursal de la Caja en la provincia.

(21) Ley-decreto 1258 del 28 de enero de 1954, publicado en la Gaceta Extraordinaria N° 2 del 30 de enero de 1954, que regula la relación entre los Tribunales y la Caja de Resarcimientos, los pagos que debía realizar la caja y los que debían hacerse a la misma, el procedimiento a seguir en los casos de sentencias dictadas por los Tribunales, establece el procedimiento para hacer efectivas las fianzas. Modifica además los artículos 121, 125, 126 y 127 del Código de Defensa Social o la ley-decreto 802 de 1936.

nales que dicten sentencias de carácter penal con cargo a la caja de resarcimientos, entregue una copia certificada de dicha sentencia en el término de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de firmeza de ésta, para poner al pago al deudor. Todo lo cual conlleva a que en ocasiones se presenten deudores y no puedan hacer efectivo dicho pago al no constar la certificación de sentencia en la Caja de Resarcimiento.

La Caja no realiza conciliaciones periódicas con las Unidades del Sistema Penitenciario del territorio guantanamero, en aras de establecer la forma y cuantía en que los reclusos van a satisfacer sus responsabilidades.

No existe coincidencia entre los sistemas automatizados nacional y provincial: RESAR E INGRESAR (22) diseñados para controlar los reclusos que tienen adeudos con la caja, pues en muchos casos aparecen en un sistema y en el otro no (en el sentido de que todas las provincias tributan al sistema nacional y aparecen las responsabilidades en el sistema de la provincia y en el nacional no o viceversa).

La Caja no tiene implementada la forma en que se van a realizar los descuentos a favor de los deudores con cargo a personas jurídicas. Incumpléndose de esta forma con lo establecido en la resolución N° 102 del 26 de junio del 2009 de la Ministra de Justicia, la que establece el procedimiento a seguir para el pago de la deuda por responsabilidad civil proveniente de delitos a favor de personas jurídicas.

No se cumple con la entrega de la constancia cuando se presenta el deudor y éste no reza en los archivos de la Caja, conforme lo establece la Circular N° 16 del 8 de diciembre del 2005, sobre la concurrencia del deudor para efectuar el pago y no poseer copia certificada de sentencia, que norma los procedimientos al respecto.

No existe un sistema de conciliación entre la Caja y el Registro Central de Sancionados con el objetivo de informar el estado de cumplimiento de la responsabilidad civil por los deudores, a los efectos de tenerse en cuenta para la cancelación de los antecedentes penales.

III.2. Sistema de Tribunales Populares de Cuba

Los jueces de ejecución no ejercen un debido control sobre los beneficiados a su cargo que deben responsabilidades civiles una vez que egresan de prisiones o en los casos de imposición de sanciones subsidiaria de la privativa de libertad.

Los órganos jurisdiccionales, cuando el perjudicado objeto del resarcimiento por los daños derivados del acto delictivo resulta ser una *persona jurídica*, incorrectamente se pronuncian en la sentencia por dejar expedita la vía civil para la posterior reclamación que el representante de la entidad en cuestión pueda realizar; no observándose lo estipulado en el artículo 275 de la Ley de Procedimiento Penal que refiere: “la acción para reclamar la responsabilidad civil que se deriva del delito se ejercita conjuntamente con la penal, excepto en el caso en que exista un lesionado respecto del cual la sanidad estuviere pendiente de atestarse”. Además de no tenerse en cuenta que constituye una práctica contable que las entidades cancelen sus deudas a finales de cada año fiscal, por lo que estas deudas resultan incobrable, haciéndose inefectivo el pago por los deudores que la

(22) Son los sistemas empleados por la Caja de resarcimientos instituidos desde la ley-decreto 1258/1954 del 28 de enero 1954, Manual para las oficinas de la caja de resarcimiento, la que fue modificada en algunos de sus articulados por la ley N° 597/1959 del 7 de octubre. El RESAR E INGRESAR eran los dos sistemas por lo cual se cobraba la responsabilidad civil el Ingresar era de las Oficinas Provinciales y el Resar Nacional es decir los cobro que eran de otras provincias que no fueran del Tribunal Provincial Guantánamo. A raíz de que existían diferencias entre los dos sistemas se unificaron quedando solo el sistema RESAR. Desde este año es el Sistema nacional y en el viene la causa, el importe, la fecha de firmeza y un número de expediente por cada sancionado que recibe el nombre de deudor; también las personas a las cuales le ocasionan los daños que reciben el nombre de acreedor.

presentan, afectándose de esta forma las arcas del estado. Dejándose de cumplir con lo dispuesto en la ya citada resolución N° 102 del 26 de junio del 2009 de la Ministra de Justicia.

III.3. Sistema de prisiones

El frente de Finanzas de las unidades del sistema penitenciario no realizan conciliaciones periódicas con los representantes de la Caja de Resarcimiento del Ministerio de Justicia, para evitar descuentos innecesarios a los internos, y/o viceversa, casos de internos que se encuentren registrados en la Caja como deudores, y el sistema penitenciario no lo tiene reconocido como tal.

Utilización de una cuenta corriente inamovible para pago por concepto de responsabilidad civil de reclusos que no han entrado al sistema de la Caja de Resarcimiento, que trae como resultado de que permanezcan por largas estadías de tiempo sin depuración oportuna por parte de Finanzas.

No existe coincidencia en muchos de los casos de las cuantías y conceptos de las responsabilidades civiles de los internos que tienen registrado el sistema RESAR (23) de la Caja de Resarcimiento con lo que realmente muestran las sentencias del órgano jurisdiccional (en los sistemas tienen una causa con responsabilidad y en el expediente aparecen más y/o viceversa).

No coincide lo reflejado en la tarjeta de descuento del recluso y lo que aparece en la sentencia del tribunal, al no reflejarse todas las responsabilidades civiles y de otra índole dispuesta por los tribunales.

Se observa un mecanismo ineficiente entre los departamentos Finanzas y Control Penal para la acreditación de las distintas responsabilidades civiles provenientes de sentencias penales.

No se tiene en cuenta de forma adecuada como cantera para la ubicación al trabajo socialmente útil aquellos internos que por sentencia tienen determinadas responsabilidades civiles, conforme lo dispone el artículo 70 del Reglamento del Sistema Penitenciario, concerniente a que “la incorporación al trabajo se organiza (...) priorizando la incorporación de los internos jóvenes, los que tengan apremio personal (...)”.

Las finanzas y la Caja no han implementado un mecanismo eficiente para hacer efectiva la responsabilidad civil de aquellos reclusos que se encuentran en el sistema desde años atrás (24) y jamás se les han realizado descuento, manteniéndose vigente en la actualidad aun cuando en mucho de los casos los internos se encuentran vinculados al trabajo socialmente útil y devengando salario.

La principal dificultad observada durante el estudio efectuado estuvo determinada por la *falta de conciliación* entre los organismos responsabilizados con el tema, elemento necesario para lograr eficiencia y eficacia en la exigencia de la responsabilidad civil derivada de la comisión de hechos delictivos a sus responsables. Todo lo que trae como consecuencia de que salgan del sistema de prisiones reclusos sin habersele efectuado descuento alguno, y otros que aun cuando se les han descontado no están en el sistema de la caja, por lo que este dinero no reza como pago de sus responsabilidades civiles, que finalmente no podrán cancelárseles sus antecedentes penales por deudas contraídas con la Caja según lo regulado en el artículo 67.4.b) del Código Penal, que dispone que la cancelación de los antecedentes penales del sancionado sólo procederá luego de haber satisfecho totalmente la responsabilidad civil.

Para solucionar esta problemática creada y ante la necesidad de lograr la indemnización por concepto de responsabilidad civil ex delicto de las personas tanto naturales como jurídicas en razón de

(23) Es el sistema hoy acogido por la Caja.

(24) Aproximadamente 15 años.

perjuicios causados proveniente de delito, afirmamos que al cometer un delito la persona conoce que está transgrediendo normas preestablecidas donde asume los riesgos y las consecuencias que de tal actuar se derivan y por tanto debe responder en toda su extensión, no sólo penalmente, sino también civilmente.

En tal sentido podemos expresar que el estudio histórico, doctrinal y exegético, realizado de manera general, y finalmente la valoración de la normativa jurídica vigente en Cuba, referida a la responsabilidad civil derivada del delito y su correspondiente aplicación, nos permitió fijar los aspectos puntuales en la conformación de la perspectiva a tener en cuenta para la instrumentación de un mecanismo en el ordenamiento jurídico cubano que ofrezca un efectivo control y cumplimiento de las normas jurídicas referidas a la responsabilidad extracontractual o ex delito, el cual conllevara a una mayor satisfacción de la sociedad y facilitará con ello el actuar de los operadores jurídicos y de las instituciones encargadas de su ejecución.

Después de haber diagnosticado las deficiencias antes mencionadas, nos proponemos el siguiente *mecanismo* que mitigue las insuficiencias en la Caja de Resarcimientos como órgano receptor del cobro de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad civil.

Realización de evaluaciones periódicas con los organismos afines con la Caja de Resarcimientos, que ofrezca un efectivo control y cumplimiento de las normas jurídicas referidas a la responsabilidad extracontractual o ex delito, que tribute a una mayor satisfacción de la sociedad y facilitara con ello el actuar de los operadores jurídicos y de las instituciones encargadas de su ejecución.

Que se implemente en la estadística judicial de los tribunales, la información de la deuda de la responsabilidad civil de los sancionados, al poner en desventaja al sistema informativo utilizado por la Caja y elimine las quejas de la población al respecto.

Que se implemente por parte del sistema penitenciario, que al realizarse las propuestas de libertades anticipadas, se anexe el estado de la deuda del interno respecto a la responsabilidad civil que el mismo pueda tener a cargo con la Caja de Resarcimiento, con vista a que sea evaluada y controlada por el juez de ejecución.

Establecer las coordinaciones entre los representantes del Tribunal, la Dirección Provincial de Justicia y el Órgano Provincial de Prisiones, para instituir un sistema de conciliación periódica, con vista a evaluar problemáticas para hacer más efectivo y eficaz el sistema de responsabilidad civil a los internos que extinguen sanción privativa de libertad en las unidades del sistema penitenciario de la provincia Guantánamo.

En atención al impacto que significa en el orden económico para las personas naturales y jurídicas víctimas de hechos delictivos, así como para las finanzas y presupuesto del Estado, se propone la coordinación con la Dirección de Justicia en la provincia a los efectos de instar a la Ministra de Justicia, que se inicie proceso de estudio sobre el tema, que conlleven en el futuro inmediato promover iniciativas legislativas que permitan dictar nuevas normas atemperadas a las condiciones actuales que vive el país y permita recoger dinero a cargo de las personas jurídicas, las que en estos momentos no cuenta con respuesta legal.

IV. Reflexiones finales

La ley-decreto 1258 de 1954, sobre el procedimiento a seguir por los tribunales cuando dicten sentencias de carácter penal con cargo a la Caja de Resarcimientos, además de no atemperar con la realidad socioeconómica actual, resulta ambigua en cuanto a la regulación de este tipo de procedimiento. Lo que trae consigo que los mecanismos de información, control y conciliación entre las entidades que tienen a su cargo la instrumentación del cumplimiento de la responsabilidad

civil aún son deficientes, lo que conlleva al incumplimiento de esta obligación con la consiguiente afectación a las víctimas de los delitos.

Se hace necesario erradicar las deficiencias que se observan en la regulación de la responsabilidad ex delicto e incrementar la sensibilidad jurídica respecto a la persona del afectado, de manera que en el orden legal favorezca que toda decisión judicial otorgue primacía al interés de la víctima, tanto en los niveles de acceso al proceso, con todo lo que ello supone, como en la justa compensación, retribución o reparación por el mal causado y el adecuado procedimiento, según el caso, para la rápida materialización de los derechos indemnizatorios reconocidos.

Se constató que una de las causas que más incide según el estudio efectuado estuvo determinada por la falta de conciliación entre los organismos responsabilizados con el tema, elemento necesario para lograr eficiencia y eficacia en la exigencia de la responsabilidad civil derivada de la comisión de hechos delictivos a sus responsables.

Se proyecta un conjunto de acciones a tener en cuenta por los organismos afines con la Caja de Resarcimientos, que ofrezca un efectivo control y cumplimiento de las normas jurídicas referidas a la responsabilidad extracontractual o ex delicto, que tribute a una mayor satisfacción de la sociedad y facilitará con ello el actuar de los operadores jurídicos y de las instituciones encargadas de su ejecución.

V. Bibliografía

ALBADEALEJO, M. (1989). *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*. Barcelona: Boch, vol. II.

ALEXANDROV, N. G. y otros (1962). *Teoría del estado y del Derecho*. México DF: Ciencias Económicas y Sociales.

ANTÚNEZ RODRÍGUEZ, A. (2005). *La Responsabilidad civil derivada del delito. Principales problemática en su ejecutoria*. (Tesis en opción al grado de Especialista en Derecho Penal). Gramma.

ARIAS MADRIGAL, D. M. (2004). *Sustitutivos penales con especial referencia a la reparación del daño*. (Tesis Doctoral). España: Universidad de Alcalá de Henares.

ARJONA LÓPEZ, M. E. (2004). *La jurisdicción sobre la Responsabilidad civil subsidiaria de delito*. (Tesis en opción al grado de Especialista en Derecho Penal). Santiago de Cuba.

BAQUERO VERNIER, U. (1984). *Derecho Penal General*. Santiago de Cuba: ENSPES, Universidad de Oriente, T. I y II.

BARATTA, A. (2004). *Criminología y Sistema Penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editores B de F.

BERNAL VALLS, J. (1998). "La responsabilidad civil derivada de los delitos y de las faltas", en: *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Fase de ejecución en el proceso penal*. Madrid: s/e.

BONESANA, C. (Marqués de Beccaria) (1993). *Tratado de los delitos y de las Penas*. Argentina: Heliasta S. R. L.

CEREZO MIR, L. (2002). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Tecnos. T. I.

CREUS, C. (1985). *La acción resarcitoria en el proceso penal*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni.

CUTIÉ MUSTELIER, D. (1999). *El sistema de garantía de los Derechos Humanos en Cuba*. (Tesis en opción al grado científico de Dra. en Ciencias Jurídicas). Santiago de Cuba.

D'ESTEFANO PISANI, M. (sf). *La responsabilidad civil*. La Habana: Escuela Penitenciaria Nacional.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1976). *Sistema de Derecho Civil*. 6. ed. Madrid: Tecnos. V. I, II, III.

GHERSI, C. A. (2000). *Teoría General de la Reparación de Daños*. Buenos Aires: Astrea.

GOITE PIERRE, M. (2002). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas). Ciudad de La Habana.

GOYAS CÉSPEDES, L. (2004). *El resarcimiento de los daños contractuales patrimoniales en el ámbito jurídico civil cubano*. (Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas). Universidad de La Habana.

GRACIA MARTÍN, L. y otros (2006). *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.

— (1996). “Las consecuencias jurídicas del delito”, en: *El nuevo Código Español*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GRILLO LONGORIA, J. A. (1998). *Sanciones y Medidas de Seguridad*. La Habana: Universidad de La Habana, Facultad de Derecho.

GRISPIGNI, F. (1949). *Derecho Penal Italiano*. Buenos Aires: De Palma, V. I. II.

HABER MÉNDEZ, C. (2006). *La Responsabilidad civil derivada del delito en Cuba*. (Tesis en opción al grado de Especialista en Derecho Penal). Santiago de Cuba.

RUIZ VADILLO, E. (1994). “La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjurio y valoración del daño corporal”, en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 18, Madrid.

— (2002). *Derecho Civil Parte General*. La Habana: Félix Varela.

VERA TOSTE, Y. (2005). *La participación en los delitos de sujeto especial*. (Tesis presentada en Opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas). La Habana: Escuela Militar Superior “Comandante Arides Estéves Sánchez”.

VIAMONTE GUIBEAUX, E. (1998). *Compendio de Legislación Ambiental*. La Habana: Félix Varela.

— (1997). *Sistema de responsabilidad civil*. (SE). Madrid.

ZAFFARONI, E. R. y SLOKAR, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Legislación

Constitución de la República de Cuba, 1976.

Ley N° 62 “Código Penal”, 1987, entró en vigor el 30 de abril de 1988.

Decreto-ley 140, Modificaciones al Código Penal, Gaceta Oficial, Extraordinaria, N° 4, 13 de agosto de 1993.

Decreto-ley 150, Modificaciones al Código Penal, Gaceta Oficial, Extraordinaria, N° 6, 10 de junio de 1994.

Decreto-ley 175, Modificaciones al Código Penal, Gaceta Oficial, Extraordinaria, N° 6, 26 de junio de 1997.

Ley 87, Modificaciones al Código Penal, Gaceta Oficial, N° 1, 15 de marzo de 1999.

Ley N° 72, "Ley Electoral", 1992.

Ley N° 88, "De Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba", 1999.

Ley N° 5, "Ley de Procedimiento Penal", 1977.

Decreto-ley N° 87, Modificaciones a la Ley de Procedimiento Penal, Gaceta Oficial Extraordinaria, N° 7, 22 de julio de 1985.

Decreto-ley N° 151, Modificaciones a la Ley de Procedimiento Penal, Gaceta Oficial, Extraordinaria, N° 6, 10 de junio de 1994.

Ley N° 1289, "Código de Familia", 1975.

Ley N° 7, "Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral", 1977.

Ley N° 83, "De la Fiscalía General de la República", 1997.

Ley-decreto N° 1258, "Caja De Resarcimiento", de 28 de enero de 1954. Gaceta Oficial, 30 de enero de 1954. Edición extraordinaria N° 2.

Ley N° 597, "Caja de Resarcimiento", 7 de octubre de 1959.

Decreto-ley N° 47, "Caja de Resarcimiento", 1 de septiembre de 1981.

Ley 105 de 2008, Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ministerio de Justicia, N° 4. Extraordinaria, 22 de enero de 2009.

Decreto 283 del Consejo de Ministro, 6 de abril de 2009, Reglamento de la Ley N° 105 de 2008.

Fecha de recepción: 28-01-2016

Fecha de aceptación: 06-06-2016

Las servidumbres prediales en el Código Civil cubano de 1987. Breve acercamiento al tema desde una perspectiva crítica

POR **SISSY SÁNCHEZ GUEVARA** (*) y **ANA MARÍA PEREDA MIRABAL** (**)

Sumario: I. Introducción. — II. Desarrollo. — III. Conclusiones. — IV. Bibliografía.

Resumen: las servidumbres prediales pueden ser entendidas como derechos subjetivos patrimoniales. Específicamente derechos reales en cosa ajena de aprovechamiento que ostenta el titular del predio sirviente y como limitaciones que debe soportar el titular del predio dominante. Tienen en la actualidad una notable importancia por los beneficios que gracias a ellas pueden recibir los predios tanto rústicos como urbanos. En el presente artículo se pretende valorar la regulación del vigente Código Civil cubano de 1987 en sede de servidumbres prediales, tomando en cuenta para ello la raigambre romanística de la institución, y la vigencia actual del legado romano al respecto. De esta forma, teniendo como base las concepciones que sobre el tema consagra la doctrina actual —nacional y foránea—. Se exponen brevemente sus criterios respecto al deficiente tratamiento legal que de éstas hace dicho cuerpo normativo, con el ánimo de contribuir desde la academia, al perfeccionamiento de la regulación jurídica de las servidumbres prediales en el actual Código Civil cubano.

Palabras claves: servidumbres - predios - limitaciones - inmuebles

The predial servitudes in the Cuban Civil Code of 1987. Brief approach to the topic from a critical perspective

Abstract: *the servitudes predial experts on one hand as patrimonial subjective rights, specifically real rights in thing unaware of use that the holder of the property servant shows; and on the other hand experts as limitations that the holder of the dominant property should support, have remarkable importance at the present time for the benefits that you/they can receive the properties so much thanks to them rustic as urban. Presently article is sought to value the regulation of the effective Cuban Civil Code of 1987 in headquarters of predial servitudes, taking into account for it the Roman root of the institution, and the current validity of the Roman legacy in this respect. This way, having like base the conceptions that it has more than enough the topic consecrate the —national and strange current doctrine—, the authors expose their approaches shortly regarding the faulty legal treatment that of these he/she makes this normative body, with the spirit of contributing from the academy to the improvement of the artificial regulation of the predial servitudes in the current Cuban Civil Code.*

Keywords: *servitudes - property - limitations - properties*

(*) Prof. Principal y Prof. Asistente de la Licenciatura en Derecho, Disciplina Derecho Civil y de Familia, Derecho sobre Bienes y Derecho Registral, Departamento de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Pinar del Río “Hermanos Saíz Montes de Oca”, Pinar del Río, Cuba.

(**) Prof. Asistente y Prof. Principal de la Licenciatura en Derecho, Disciplina Derecho Civil y de Familia, Derecho Agrario y Derecho de Autor, Departamento de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Pinar del Río “Hermanos Saíz Montes de Oca”, Pinar del Río, Cuba.

I. Introducción

Las servidumbres prediales son un derecho real de naturaleza inmobiliaria, en cosa ajena y de goce, que aunque su surgimiento es histórico se justifica hoy su existencia de igual forma, debido a las necesarias utilidades o influencias que se ven precisadas a obtener unas fincas de otras para su mejor aprovechamiento, especialmente las que se encuentran próximas geográficamente entre sí. Son servicios que se prestan entre fincas, sean rústicas o urbanas, sin contar que puedan crearse también por mera conveniencia y comodidad de éstas.

El presente artículo tiene como objetivo valorar la regulación del vigente Código Civil cubano de 1987 en sede de servidumbres prediales, tomando en cuenta para ello, la raigambre romanística de la institución y la vigencia actual del legado romano en dicha institución jurídica. De esta forma, teniendo como base las concepciones que sobre el tema sostiene la doctrina actual tanto nacional como foránea se exponen sus criterios respecto al tratamiento legal que hace dicho cuerpo normativo, con el ánimo de contribuir desde la academia al perfeccionamiento de la institución en la norma civil cubana actual, la cual adelantamos, no cuenta con un adecuado tratamiento.

II. Desarrollo

II.1. Consideraciones generales

Los derechos subjetivos son la situación jurídica de poder que se reconoce y protege por el ordenamiento jurídico, integrados por un conjunto de facultades unitariamente agrupadas, que son asignadas a su titular para la satisfacción de determinados intereses, dejando a la voluntad de este su ejercicio y su defensa (Valdés Díaz, 2006: 86). Teniendo en cuenta la diversidad de contenido de estos derechos, la doctrina señala tres tipos fundamentales de derechos subjetivos: los derechos de la personalidad, los derechos personales de familia y los derechos patrimoniales.

Dentro de la categoría de los derechos subjetivos patrimoniales, que implican por consiguiente facultades de contenido económico, conjuntamente con los derechos de créditos, descansan los derechos reales o sobre bienes, cuya denominación se debe a su característica distintiva de recaer directamente sobre bienes o cosas, donde no hay un sujeto pasivo individualmente determinado y donde ellos dan lugar a una acción eficaz contra cualquier poseedor del bien.

La propiedad es el derecho real paradigmático, pues confiere a su titular el uso, disfrute, posesión y disposición del bien, y a partir de ella se construyen figuras derivadas, denominadas por la doctrina como derechos reales limitados, derechos reales fraccionarios o derechos reales en cosa ajena (*iura in re aliena*), siendo esta última denominación la que se utilizará en el presente estudio.

Las servidumbres se ubican dentro del grupo de los derechos reales en cosa ajena, aunque su naturaleza jurídica aún genere debates entre los estudiosos del tema en el país y en el mundo. De forma general, al decir de Díez-Picazo y Gullón (1997), las servidumbres ostentan igual fundamento que las limitaciones del dominio, es decir, determinadas razones de utilidad y necesidad —tales como obtener mayor aprovechamiento de los bienes, unido a la indiscutible conveniencia de evitar la desintegración perpetua del derecho de propiedad y de mantener los elementos activos del patrimonio en una situación de independencia y de productividad, que faciliten y propicien la libre contratación y el comercio seguro de bienes inmuebles— imponen la existencia de derechos limitativos de la propiedad.

Las servidumbres prediales, como una modalidad de las servidumbres, encuadran en los llamados derechos reales de aprovechamiento. Estas se constituyen como un gravamen impuesto sobre un inmueble (predio sirviente) en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño (predio dominante). Constituyen un derecho real de naturaleza inmobiliaria en cosa ajena y de goce, que

surgieron históricamente, y se justifica en la actualidad su uso de igual manera debido a los inevitables beneficios que los predios próximos se ven obligados a obtener para su mejor utilización y provecho.

Las servidumbres prediales generan la existencia de un predio dominante —que se beneficiará aprovechándose directamente del predio vecino o imponiendo a su titular determinada conducta activa—, así como de un predio sirviente que tendrá que soportar los poderes inmediatos del titular del predio dominante o incluso asumir determinada conducta activa.

Entrañan por su propia naturaleza una inmisión que ha de tolerar el titular del predio sirviente en beneficio del dominante, sin tener efectivamente la posibilidad de reciprocárselo. Es debido a esto que generalmente el predio sirviente recibe una indemnización de parte del dominante, en un intento quizás de buscar una cierta compensación o equilibrio distributivo.

II.2. Evolución histórica de las servidumbres prediales

Para realizar una mínima valoración de las servidumbres prediales en nuestro Código, se hace necesario analizarla brevemente desde el Derecho Romano, donde surgieron y se perfilaron la mayoría de las características que presenta la figura en la actualidad y que debieran ser respetadas en los ordenamientos jurídicos acogidos a nuestro sistema de derecho romano-latino.

Señalan los romanistas, de los cuales se hacen eco Díez-Picazo y Gullón (1997) que el Derecho Romano no conoció la idea abstracta de servidumbres sino tipos determinados, de modo semejante a lo que ocurrió con las figuras genéricas del contrato y del delito, que tampoco fueron conocidos como fenómenos abstractos sino como tipos particulares, de manera que la construcción teórica, en sentido amplio fuera obra posterior.

En el Derecho Romano lo que ocurrió probablemente fue que en determinadas ocasiones, la propiedad de un fundo se encontraba limitada y sometida en una situación de sujeción, a favor de la propiedad de otro fundo, de forma tal que este último recibía un incremento de su utilidad y aquel experimentaba una restricción que lo comprimía más allá de lo que se consideraban sus naturales o normales límites.

Las servidumbres más antiguas fueron las que trataron de cumplir una función de circulación o de paso entre fundos rústicos de personas, animales, vehículos o agua. Posteriormente esta tipología originaria se vio ampliada dando paso a nuevas necesidades de los fundos rústicos y de los urbanos. Es sobre la base de esta casuística que los compiladores justinianos construyeron un concepto genérico de servidumbres, instituyendo una serie de características abstractas de la categoría.

La servidumbre se configuraría entonces como un derecho real que recaía sobre una cosa ajena, y consistiendo en la facultad de utilizar dicha cosa y de servirse de ella de una manera más o menos plena. En otros supuestos era la facultad de impedir determinados actos que el dueño de la cosa podría llevar a cabo en ella en el uso de su libertad. Por tal motivo tales situaciones recibieron el nombre de *servitus*, porque implicaban una función de servicio y una pérdida de la libertad. Del mismo modo que una persona podía ser sierva de otra, un fundo podía serlo de persona distinta de su propietario (Díez-Picazo y Gullón, 1997).

En las servidumbres más antiguas había siempre una relación entre dos predios o fundos (sirviente y dominante), de manera que eran derechos reales, subjetivamente reales, en la medida en que el derecho no pertenecía tanto a una persona como al fundo. Sin embargo los compiladores justinianos colocaron al lado de las servidumbres prediales, a las que denominaron servidumbres personales, entre las que estaban el usufructo, el uso y la habitación (Díez-Picazo y Gullón, 1997).

Las servidumbres prediales podían constituirse en forma directa (“*translatio servitutis*”) como cuando se vendía un fundo y se le imponía la servidumbre en beneficio del que nos quedaba. La constitución de una servidumbre predial podía hacerse pura y simplemente, o estar suspendida por una modalidad, de manera que la servidumbre fuese creada únicamente a la llegada de un término o a la realización de una condición o que se originara de inmediato para después extinguirse.

Las servidumbres reales o prediales podían extinguirse por la renuncia, para que operara debía ser hecha por *in iure cessio*; por la confusión o reunión de los dos fundos en un mismo propietario; por la regla *nulli res sua servit* (no hay servidumbre sobre cosa propia); por el no uso de dos años en la época clásica y bajo Justiniano de diez y de veinte años; por la pérdida completa del fundo dominante o del sirviente cuando eran definitiva o habían pasado el plazo de la extinción. La extinción de la servidumbre hacía desaparecer la restricción impuesta a la propiedad del fundo sirviente, que recobraba su libertad natural.

II.3. Caracteres actuales de las servidumbres prediales

En la actualidad todos son contestes en considerar que las servidumbres prediales gozan de una notable importancia, de tal forma que ni en los países más avanzados y modernos los predios, tanto rústicos como urbanos pueden prescindir de este tipo de institución. Sin embargo aún persisten criterios opuestos en cuanto a la naturaleza jurídica de las servidumbres. En el presente estudio, sin pretender adentrarse en tan azaroso camino, se asumen la postura de que las servidumbres deben ser vistas desde dos aristas: como derecho real en cosa ajena, de aprovechamiento que ostentará el titular del predio dominante, y desde otro lado como limitación que tendrá que soportar el titular del predio dominante.

Nótese que nos referimos a una limitación y no a un límite, precisamente por ser la primera más gravosa y exceder el sentido y alcance del límite. Las limitaciones gozan de cierta excepcionalidad, requieren de un acto especial para ser impuestas, tienen que ser aprobadas, y constriñen para casos puntuales ese poder que normalmente tiene el dueño de un bien. Es por ello que cuando nos referimos a servidumbres prediales creemos que estamos en presencia de una limitación, y no un mero límite a los derechos reales.

Dentro de las características de las servidumbres prediales podríamos sistematizar las siguientes:

- Su fundamento descansa en razones de utilidad y necesidad que un predio se ve obligado a obtener o suplir a cargo de otro.

- Son derechos reales en cosa ajena de aprovechamiento por lo que se colige que es imposible establecerla sobre una cosa propia aplicando el principio romano *nemini res sua servit iure servitutis*. Es por eso que los titulares de los respectivos predios (sirviente y dominante) tienen que ser distintos, ya que el propietario tiene facultades para obtener o utilizar todas las ventajas de la cosa.

- Desde su aspecto pasivo constituyen un gravamen que ha de soportar el titular del predio sirviente, debiendo asumir una conducta meramente pasiva y omisiva por regla general, implicando una obligación de no hacer a cargo del dueño de la finca sirviente o de soportar una actividad del titular de la servidumbre, sin embargo podría incluso excepcionalmente este último obligarle a hacer algo al titular del predio sirviente.

- Son una limitación al derecho de propiedad de lo que se colige que no pueden presumirse, sino que su constitución tiene que ser probada; toda interpretación que se haga de ellas tiene que ser restrictiva; siempre tienen que representar una ventaja o mejora para un inmueble y el ejercicio de ellas siempre debe amoldarse al objeto y necesidades para las que fue creada.

- Recaen siempre sobre bienes inmuebles y específicamente sobre bienes inmuebles por naturaleza o por incorporación, los cuales deben estar en una situación geográfica de cercanía o vecindad relativa, y no obligatoriamente de colindancia o contigüidad.

- Son inseparables o inherentes al inmueble al que pertenecen, ya sea activa o pasivamente, y por tal sentido son inalienables por sí mismas por tanto no pueden ser enajenadas sino con el fundo dominante, cualquier traslado o cesión no puede concebirse sino como constitución de una nueva servidumbre y exige el consentimiento del propietario del fundo sirviente.

- Implican la afectación de determinadas utilidades, concretas y limitadas de un inmueble a favor de otro del cual se deriva también el rasgo de predialidad que las caracteriza, debido a que la utilidad que recibe el titular de la finca dominante a cuyo favor está establecida la servidumbre, se la presta otra finca y no una persona.

- Generalmente son perpetuas debido a que su surgimiento se fundamenta en la utilidad o beneficio que generan ellas para los inmuebles y esta prerrogativa generalmente es por tiempo indefinido, pero nada obsta a que puedan configurarse de forma temporal.

- Las servidumbres confieren un derecho de indemnización al propietario de la finca gravada para lograr una especie de compensación o equilibrio distributivo.

- Son indivisibles, por lo que si el predio sirviente se divide, la servidumbre no se modifica y cada uno de los propietarios de las fincas divididas tiene que soportarla en la parte que le corresponda, y si por el contrario lo que se divide es el predio dominante cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre sin que se altere el lugar de uso o se agrave de otra forma.

- Al ser derechos que recaen sobre bienes inmuebles pueden ser objeto de publicidad a través del Registro de la Propiedad. Para que surtan efectos frente a terceros y gocen de la seguridad jurídica que este garantiza deberán constar en la inscripción de la finca sobre la que recaen y además nominarse en la inscripción del predio dominante como cualidad del mismo.

II.4. Formas de constitución, modificación y extinción de las servidumbres prediales

Las formas de constitución de las servidumbres prediales actualmente pueden ser varias según las regulen o no los ordenamientos jurídicos. Se pueden constituir por voluntad de los interesados, manifestada a través de un negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa*, por lo tanto podría ser mediante contrato, testamento o cualquier otro negocio adecuado a tal fin. También las servidumbres continuas o aparentes pueden constituirse por usucapión. Pueden incluso llegarse a constituir de forma forzosa, lo cual implica la celebración de un contrato entre el dueño de la finca dominante y el de la sirviente, contrato que en cuanto se impone al último hay que calificar de forzoso. Si el dueño de la finca sirviente se niega a constituir la servidumbre la misma podrá ser decretada por el juez o autoridad competente (Torralba, 1989).

Luego de constituidas las servidumbres a lo largo de su existencia pueden pasar por circunstancias en las que sea oportuno y aconsejable su modificación. Dentro de las posibles causas señala la doctrina las siguientes (Moreno, 1999):

- La voluntad de los interesados, cuando los titulares de ambos predios así lo acuerden.

- El *ius variandi* que tiene a su favor el titular del predio sirviente, para variar el lugar de la finca por donde obtiene el beneficio el titular del predio dominante.

- Los efectos del tiempo y la posesión también pueden jugar su papel en este sentido, con lo cual cabe que por prescripción extintiva quede disminuido el contenido de una servidumbre al usarse con una intensidad menor que la concebida en su constitución.

- La modificación física de los predios.

Por último sería importante referirnos a los modos de extinción de las servidumbres ya que aunque son previstas inicialmente como perpetuas o al menos de larga duración, inevitablemente

determinados sucesos pueden conducirlos a su extinción. Díez-Picazo y Gullón (1997) los analiza desde lo preceptuado en el artículo 546 del Código Civil español que señala dentro de estos modos los siguientes:

- La consolidación, al reunirse en una misma persona el titular del predio dominante y el del sirviente.
- El no uso durante el plazo establecido en la ley, contado a partir de que la servidumbre hubiera dejado de usarse si fuese discontinua, o desde que haya tenido lugar un acto contrario si fuese continua.
- La pérdida de la cosa, al percibirse un cambio en el estado de los predios que haga imposible el uso de la servidumbre.
- El vencimiento, en el caso de que la servidumbre fuese temporal o condicional y llegara el día o se diera la condición respectivamente.
- La renuncia por parte del dueño del predio dominante, la cual puede ser expresa, tácita o presunta.
- El convenio extintivo entre los titulares de ambos predios.

II.5. Tratamiento de la figura en la ley número 59 de 1987 “Código Civil cubano”

En el escenario cubano el tema se complejiza cuando en medio de las relaciones jurídicas sobre bienes se generan conflictos de intereses, inmisiones no permitidas, excesos, etc., y el Derecho Civil no cuenta con las normas jurídicas que den una respuesta adecuada ante este tipo de situaciones, por no encontrarse regulada la institución de las servidumbres adecuadamente, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, la estructura del derecho, el contenido de este, con los derechos y obligaciones de las partes, o simplemente las formas en las que se puede constituir, modificar o extinguir dicho derecho real.

Inevitablemente las grietas y vacíos legislativos traen como consecuencia la inseguridad jurídica, la injusticia y por consiguiente la arbitrariedad en la aplicación de la norma por parte de los operadores del derecho. Apostar por los derechos subjetivos es apostar de cierta forma por la libertad, aunque en la actualidad cada vez más los ordenamientos jurídicos van cercenando la libertad de la persona, van obligando a que se mueva a través de las pautas marcadas por las normas, sobre todo cuando quiere desplazarse por el ámbito patrimonial. Apostar por las servidumbres prediales, es querer contribuir con el desarrollo de los derechos reales, es querer impulsar figuras e instituciones jurídicas que se usan desde tiempos inmemorables, y que aún hoy en día, en los países más desarrollados persisten. Apostar conscientemente por ellas es lo pretendido por en este estudio.

El Código Civil español, predecesor decimonónico del nuestro, tiene una regulación minuciosa y prolija, fuertemente dominada por la tradición jurídica. Sin embargo, es de resaltar el amplio poder de acción que en él tiene la autonomía de la voluntad, a pesar de dedicarse la mayor cantidad de artículos a regular servidumbres concretas, determinadas y por consiguiente típicas. Dicho cuerpo legal admite un amplio campo de acción a la autonomía privada y un ilimitado número posible de servidumbres, a pesar de que la construcción de servidumbres atípicas no resulta nada fácil.

En Cuba, una vez consolidado el proceso de institucionalización y promulgada la Constitución de 1976 se concretaron las acciones encaminadas a la elaboración de un nuevo Código Civil. Las fuentes utilizadas fueron variadas pero sin abandonar las tradiciones jurídicas del país y los cambios que se habían introducido en la práctica por la revolución. Los estudios comparados se acometieron con mayor énfasis sobre textos traducidos de los códigos civiles de los estados socialistas, entre ellos los de Checoslovaquia, Bulgaria, Hungría, Polonia, Rusia, Alemania Democrática. También,

Códigos Civiles de países capitalistas de Europa y Latinoamérica como: el BGB alemán, el de Perú, el *Codice Civile* de 1942, el suizo, el Código argentino, el chileno y el mexicano como referente de consulta; asimismo, el Código de Comercio español y el Código Civil español vigente en Cuba y su Ley de Base N° 3 de 1973 para modificar el Título Preliminar.

Nuestro Código Civil dedica su Libro Segundo al “Derecho de Propiedad y otros Derechos sobre Bienes”. En el Título II “Derecho de Propiedad”, en su Capítulo I “Disposiciones Generales” recoge las bases del sistema económico-social del país en la que se fundamenta todo nuestro derecho de propiedad. El artículo 129 define la propiedad a partir de las facultades, derechos y acciones del titular y en los siguientes preceptos, mezclando límites y limitaciones en interés público de carácter específicos de este derecho configura su contenido.

Después de regular en diferentes Secciones de su Capítulo II las “Formas de propiedad” y en el Capítulo III a la “Copropiedad” aparecen en la sistemática de este cuerpo legal las normas sobre las relaciones de vecindad definitivamente ubicadas en el Libro II, Título II, Capítulo IV “Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad” en ocho artículos que van desde el 170 al 177.

Nuestro Código Civil de 1987 no adoptó la postura más adecuada al regular la institución de las servidumbres. Parece que en un intento de no cometer el mismo error doctrinal que su antecesor, el Código Civil español de 1889 —que reguló las relaciones de vecindad dentro del título dedicado a las servidumbres, confundiendo ambas figuras— terminó haciendo lo mismo pero a la inversa: reguló bajo la rúbrica de “limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad”, algunas servidumbres prediales conjuntamente con las propias relaciones de vecindad, cuyo producto final fue una amalgama de unas y otras en detrimento de la regulación jurídica de ambas instituciones en suelo patrio (Rivero Valdés, 2003).

Al parecer de muchos autores puede ser que la institución de referencia se entendió como inaplicable a la nueva realidad cubana, quizás por la carga peyorativa del vocablo servidumbre y la asociación que pudiera atribuírsele con cualquier forma de explotación o injusticia, aunque ello jurídicamente no guarda relación con el derecho real referido (Rivero Valdés, 2003); sin embargo, lo que sí resulta evidente es que no se tuvo en cuenta por los legisladores cubanos que esta institución antiquísima, de raíz romanista, que gozó de notable importancia para el desarrollo de los bienes inmuebles en el tráfico jurídico de ahí su papel en el Derecho Romano; tenía plena vigencia en nuestra realidad jurídica y social, y que su valor en nuestros días seguía siendo innegable.

Una lectura simplista de dicho cuerpo legal podría hacerle pensar a muchos que en Cuba no se reconocen legalmente las servidumbres prediales, y que el legislador del Código Civil de 1987, voluntaria o intencionalmente las olvidó. Sin embargo, lo cierto es que realmente no han desaparecido y que nuestra ley sustantiva civil sí las reconoce, aunque con muchos desaciertos.

En la actualidad, la materia se encuentra regulada en una mezcla indistinta de límites y limitaciones a la propiedad inmobiliaria con motivo de las relaciones entre vecinos, en los artículos del 170 al 177 de la ley N° 59 de 1987, Código Civil cubano, sin embargo, destacan entre ellas y bajo esa denominación, algunas disposiciones que inevitablemente recuerdan las típicas servidumbres prediales con arraigo en el milenario Derecho Romano, las cuales mencionábamos anteriormente. Tal es el caso del derecho de paso a través de inmuebles ajenos (artículo 171).

El insuficiente tratamiento doctrinal del asunto desde la promulgación del Código Civil vigente ha reforzado el interés por el estudio de esta figura, a fin de contribuir a su esclarecimiento y develar en lo posible la necesidad de un cambio en la normativa existente.

Es el criterio de este trabajo que el Código Civil vigente en Cuba no consagró la figura de la servidumbre en su carácter de derecho real, excluyó las de origen voluntario y confundió algunas espe-

cies de servidumbres forzosas con los derechos nacidos de las típicas relaciones de vecindad. Sin embargo, esta ley sustantiva no contiene prohibición expresa que limite la constitución de derechos reales en virtud del principio de autonomía de la voluntad, por ello, ¿ha de admitirse —como de hecho acontece en la práctica— que nuestro Código Civil asume el sistema de *numerus apertus* para la constitución de los derechos reales? De ser afirmativa la respuesta igual suerte correrían las servidumbres prediales si las entendemos como modalidad de derecho real, y entonces habría que reconocer que a la luz de nuestro vigente Código Civil éstas pueden constituirse por voluntad de las partes, dando lugar a servidumbres típicas.

En este trabajo se sostiene que la ubicación que tienen las servidumbres prediales dentro del Código, que no se corresponde con su naturaleza jurídica, impide el conocimiento de los fundamentos teórico-doctrinales en los que se sustenta la institución que se analiza. La falta de precisión y concreción de los términos empleados, la carencia normativa que se evidencia al respecto, así como la no remisión y desarrollo adecuado en disposiciones normativas complementarias sobre la materia que pudieran solventar un poco la situación, frena considerablemente la configuración jurídica de las servidumbres prediales tanto legales como voluntarias, en el tráfico jurídico, conllevando en la práctica a situaciones donde se configura este instituto y no se cuenta con un adecuado respaldo legal que brinde seguridad jurídica en primer lugar a los involucrados en dicha relación jurídica y en última instancia también, al sistema jurídico. De ahí la importancia de perfeccionar los preceptos legales que en nuestro Código Civil de 1987 regulan someramente el instituto que se analiza.

Los presupuestos teórico-doctrinales que debe contener una adecuada regulación jurídica de las servidumbres prediales en el Código Civil cubano, para lograr la eficacia jurídica que como norma legal debe caracterizarle —en pos de contribuir con la seguridad del sistema jurídico— son: su naturaleza jurídica, su estructura, su contenido, las formas de constitución, modificación y extinción de estas, así como una adecuada denominación y ubicación dentro de la sistemática del Código Civil.

Por fortuna y en contraste con lo anteriormente expuesto, otros textos legales vigentes como las Ordenanzas de Construcción de 1861 y 1963, las Ordenanzas Sanitarias o las legislaciones de minas y ferrocarriles hacen referencia al tema en nuestro actual ordenamiento jurídico, lo que sirve de apoyo ante el desamparo con el que nos deja nuestro Código Civil en esta sede. Por su parte la ley N° 65 de 1988, la Ley General de la Vivienda en los artículos 24 y siguientes relativos a la cesión de uso de azoteas para la construcción de viviendas, regula de forma expresa la constitución de las servidumbres de paso y de acueducto necesarias para la vivienda que se construirá en la azotea, debiéndose obligatoriamente consignar este derecho en la propia escritura pública de cesión de azotea, a favor del predio dominante que sería el que estará en el piso superior.

Empero, lo cierto es que la realidad socio-jurídica cubana está llena de situaciones o conflictos vecinales que ven su solución jurídica en las llamadas por el legislador del Código “limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad”, siendo evidente que esta intención de preceptuar algunas de las manifestaciones de las servidumbres, sin considerar las diferencias sustanciales entre las propias servidumbres y las relaciones de vecindad que en realidad son límites generales a los derechos reales, está dejando sus huellas negativas al no resultar la vía más loable para muchos asuntos que se ventilan en nuestros tribunales.

Ello causa serias dificultades a los operadores jurídicos, sobre todo a los jueces a la hora de resolver conflictos que han llegado a su jurisdicción y dictar el fallo, conminados a emplear estos mismos preceptos para ambas instituciones por respecto a la ley sin poder invocar la carencia o la laguna en la regulación de la institución adecuada, resolviendo muchas veces a tenor de la jurisprudencia o por analogía, a pesar de que éstas en nuestro ordenamiento jurídico no constituyan fuentes de derecho.

La ausencia de una adecuada regulación en la legislación civil patria del derecho de servidumbres, es a juicio de este estudio, la causa de insatisfacción en los destinatarios finales de las regu-

laciones que intenta ordenar el entramado ámbito de las relaciones entre predios vecinos. Pues además de resultar escuetas las disposiciones en relación con las servidumbres, se cercena de cierta forma la posibilidad de su constitución, las que podrían dar solución a disímiles problemáticas que en el ámbito práctico se desencadenan entre titulares de fundos próximos o colindantes, sin que hoy las partes cuenten con suficiente estabilidad y garantía jurídica para el disfrute pacífico de sus derechos sobre su finca.

Es de destacar que el cuerpo normativo civil que analizamos no recoge ni una mínima definición de las servidumbres, no utiliza este vocablo siquiera en los pocos tipos que regula, en cierto sentido no respeta sus características, que son tan antiguas como el propio Derecho Romano que las creó —pues de lo contrario no hubiesen estado juntas éstas y las relaciones de vecindad, cuando en realidad aunque tienen algunas semejanzas, sus naturalezas jurídicas son completamente diferentes, de tal forma que bajo ningún concepto podrían estar juntas y además entremezcladas bajo la rúbrica de “limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad”—. Tampoco nos refiere mucho sobre sus formas de constitución, modificación y extinción, al menos expresamente hace mutis al respecto.

Nuestra legislación no determina normativamente las pautas a tomar en consideración para conceder razón a una u otra parte en sede de servidumbres, con lo que la solución queda completamente a la subjetividad del juzgador en caso de un conflicto.

En cada caso el juez que conoce el asunto tendrá a su cargo la solución del conflicto, lo que genera sin dudas, un gran nivel de inestabilidad jurídica que atenta contra la garantía y la realización de un mejor derecho, si tenemos en cuenta que nuestros jueces solo deben obediencia a la ley, y en este caso ella está sumamente defectuosa, o para ser más exactas, casi ni existe.

Otra de las secuelas que ha dejado esta desregulación y la desaparición de una adecuada sistemática del Código Civil cubano en el tema de las servidumbres es que, los operadores han utilizado erróneamente otros supuestos de la ley, que nada tienen que ver con el derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes para darle solución a conflictos entre predios que tienen su origen en las servidumbres y no en otras instituciones como las obligaciones y los contratos, sin tener en consideración que las servidumbres son derechos reales y que entre los derechos reales y los derechos obligaciones existen notables diferencias, signados desde su propia naturaleza jurídica.

III. Conclusiones

Las servidumbres prediales surgieron en el Derecho Romano clásico a través de tipos determinados y fijos, muchos de los cuales se mantienen en la actualidad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, pero su configuración teórica abstracta fue obra de los compiladores bizantinos en la etapa postclásica.

Las servidumbres en Cuba a través de la historia tuvieron su primer y mayor respaldo desde el Derecho Administrativo, a excepción del Código Civil español de 1889 que sí las reguló con amplitud. En la actualidad, la regulación mayor y mejor de ellas se da desde la sede administrativa, pese a las deficiencias que pudiéramos señalar al respecto; sin embargo, no se justifica que un derecho real, una institución de carácter civil, no cuente primero con un regulación adecuada desde el Código de su tipo, así como a través de disposiciones civiles complementarias a él.

En el Código Civil cubano aún existen las servidumbres prediales —si tomamos en cuenta los artículos 171 y 172 reguladores de servidumbres de paso y nos acogemos a la postura de que en nuestra ley sustantiva civil opera el sistema abierto de creación de los derechos reales—, pese a los señalamientos negativos que hacemos al respecto a nuestra ley sustantiva y las propuestas de mejoras urgentes.

En la práctica, donde se materializa realmente el Derecho, las situaciones relativas a las servidumbres prediales, sobre todo las que se dan en interés de los particulares (civiles) no cuentan con un adecuado amparo legal que brinde la seguridad jurídica requerida para los titulares de los predios.

La falta de precisión y concreción de los términos jurídicos utilizados por el legislador en la ley sustantiva civil, la insuficiencia normativa que se evidencia al respecto, así como la no remisión y desarrollo adecuados en disposiciones normativas civiles complementarias sobre la materia frenan considerablemente el desarrollo de las servidumbres en el tráfico jurídico y ponen en jaque la seguridad jurídica de los derechos reales.

Los presupuestos teórico-doctrinales que servirán de sustento de las servidumbres prediales en el Derecho Civil cubano para garantizar la seguridad jurídica de los derechos reales son: su naturaleza jurídica basada en considerar a las servidumbres prediales como un verdadero derecho real en cosa ajena, de goce o aprovechamiento que ostenta el titular del predio dominante, y al mismo tiempo una limitación o gravamen a los derechos reales, que tendrá que soportar el titular del predio sirviente; una adecuada ubicación dentro de la sistemática del Código Civil que esté acorde con dicha naturaleza jurídica; su estructura como derecho subjetivo y dentro de ella específicamente su contenido, el cual tendrá que estar debidamente determinado en la ley y en el título de constitución, para que de esta forma los sujetos de la relación jurídica de servidumbre conozcan con certeza sus derechos y correlativos deberes y las formas de constitución, modificación y extinción de las servidumbres, como dinámica del derecho.

IV. Bibliografía

- DE RUGIERO, Roberto (1929). *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Reus S. A, vol. 1, pp. 666-690.
- DÍAZ CRUZ, Mario (1937). *Propiedad y otros Derechos Reales*. La Habana: Alfa.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (1997). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, vol. 2, pp. 434-462.
- (1998). *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, vol. 2/1, pp. 293-316.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio (2008). *Siete Milenios de Estado y Derecho*. La Habana: Ciencias Sociales, vol. 1, pp. 470-474.
- GONZÁLEZ ROMÁN, Héctor (2002). *Derecho Romano. Su influencia en la vida de las personas, la familia, las cosas y las sucesiones*. México: Universidad Autónoma de Nuevo León.
- MORENO QUESADA, Bernardo, y otros (1999). *Curso de Derecho Civil III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- RAPA ÁLVAREZ, Vicente (1990). *Propiedad y otros Derechos Reales sobre bienes*. La Habana: Ministerio de Educación Superior.
- RIVERO VALDÉS, Orlando (2005). *Temas de Derechos Reales*. La Habana: Félix Varela.
- TORRALBA, Vicente (1989). *Derecho Civil*. Barcelona: Promociones y Publicaciones S.A, vol. 1, pp. 333-340.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad, y otros (2006). *Derecho Civil. Parte General*. La Habana: Félix Varela.

Legislación

- Código Civil del Reino de España, 6 de octubre de 1888 (1993). Madrid: Ed. Civitas S.A.
- Ley N° 59/1987, Código Civil de la República de Cuba, de 16 de julio de 1987. Divulgación del MINJUS, (s.f).
- Ley N° 65/1988, Ley General de la Vivienda, 23 de diciembre de 1988 (2004). La Habana: Ed. del Ministerio de Educación.

La hipoteca y sus caracteres en el Código Civil y Comercial de la Nación

POR LUANA ALBERDI IMAS (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Ubicación de los derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación. — III. Definición analítica del derecho real de hipoteca. — IV. Caracteres esenciales de la hipoteca. — V. Concepto de hipoteca abierta. — VI. Innovación legislativa. — VII. Utilización de la hipoteca abierta y sus ventajas. — VIII. *Numerus clausus*. — IX. Extensión del privilegio. — X. Alcance del monto del gravamen. Aplicación práctica. — XI. Hipotecas abiertas y su aplicación. — XII. Conclusión. — XIII. Bibliografía.

Resumen: el Código Civil y Comercial de la Nación ha innovado en diferentes aspectos en materia de derechos reales de garantía. De acuerdo al crédito que garantice la hipoteca, ya sea determinado o indeterminado, serán aplicables diferentes reglas para su eficaz constitución. Lo mismo ocurre con la extensión de la garantía y el privilegio del que gozan.

Palabras claves: hipoteca - hipoteca abierta o de máximo - hipoteca cerrada - garantías reales

Mortgage and characters in the Civil and Commercial Code of the Nation

Abstract: *the Civil and Commercial Nation Code has innovated in different aspects in the field of real rights of guarantee. According to the credit that guarantees the mortgage, whether determined or undetermined, will apply different rules to the effective constitution. The same happens with the extension of the warranty and the privilege they enjoy.*

Keywords: *mortgage - open or maximum mortgage - close mortgage - real guarantee*

I. Introducción

Transcurrido el primer año de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, merece un estudio particular el análisis de cómo sus normas operativas han sido interpretadas y puestas en práctica hasta este momento.

Como toda regulación nueva, algunos aspectos han suscitado cierta incertidumbre en cuanto a su aplicación. Tarea fundamental realizan los doctrinarios y abogados al estudiar y razonar el nuevo Código. A su vez, los jueces como intérpretes de la ley, colaboran a la hora de disipar dudas, sentando las bases de una nueva jurisprudencia.

La intención de este trabajo es aportar un análisis de la regulación de los derechos reales de garantía, en cuanto respecta especialmente a la hipoteca y dar a conocer los mayores cambios realizados en sus caracteres y cómo se están aplicando en la vida práctica.

(*) Prof. Facultad de Derecho, UCALP. Adscripta al Instituto de Derecho Notarial y Registral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

II. Ubicación de los derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCiv. y Com.) aporta una innovadora técnica legislativa a la hora de regular los derechos reales. Estos se ubican en el Libro Cuarto, el que se divide en trece Títulos diferentes. El primero de ellos contiene una parte general de todos los derechos reales, en donde se regulan las disposiciones y principios comunes de la materia. En el segundo Título, se regulan la posesión y la tenencia. Los restantes se dedican en particular a cada derecho real, hasta llegar al Título XIII donde se encuentran las disposiciones acerca de las acciones reales.

Es importante destacar que, antes de comenzar con la regulación de cada derecho real, se han redactado disposiciones generales de acuerdo a la clasificación de los mismos. Esto ha servido para simplificar la codificación de cada derecho real y evitar repeticiones innecesarias. En cuanto a los derechos reales de garantía se observa que de los artículos 2184 al 2204 del CCiv. y Com. se encuentran veintiún artículos de disposiciones comunes que anteceden a la regulación en particular de los derechos de hipoteca, anticresis y prenda.

El primer artículo del Título XII, dedicado a los derechos reales de garantía es el 2184, el cual expresa: "Disposiciones comunes y especiales. Los derechos reales constituidos en garantía de créditos se rigen por las disposiciones comunes de este Capítulo y por las normas especiales que corresponden a su tipo". De esta manera, por un lado debe entenderse que existen normas comunes a la clasificación de derechos reales de garantía, y por el otro, que cada derecho tendrá su regulación específica de acuerdo a su estructura.

Si se detiene el estudio en la hipoteca, es interesante apreciar cómo han sido comprimidas las disposiciones de este derecho, por cuanto en la legislación anterior se le dedicaban 103 artículos, mientras que en la actual, propiamente a este derecho se lo regula en siete. Por supuesto, si se sumaran las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía, este número ascendería, pero tampoco alcanzaría a la cantidad de artículos en que Vélez la reguló. Esta reducción es entendible, puesto que actualmente a través de más de un centenar de años de aplicar e interpretar el derecho se conoce qué acontece frente a determinada circunstancia y la postura de la jurisprudencia. Mientras que el legislador del siglo XIX, no solamente codificaba el derecho, sino que también hacía escuela, al enseñar a través de los diferentes casos especiales que podían darse en esta materia.

II.1. Clasificación de los derechos reales

Los derechos reales se clasifican según sean sobre cosa propia o ajena (artículo 1888 CCiv. y Com.), principales o accesorios (artículo 1889 CCiv. y Com.), sobre cosas registrables (artículo 1890 CCiv. y Com.) y no registrables y según se ejerzan o no por la posesión (artículo 1891 CCiv. y Com.).

A su vez, dentro de la primera clasificación, cuando el derecho real recae sobre una cosa ajena existe una subclasificación según sean derechos de disfrute o de garantía. La hipoteca, la prenda y la anticresis son los derechos reales sobre cosa ajena, de garantía (y por lo tanto accesorios) legislados en el Código Civil y Comercial.

En este trabajo se analizará concretamente a la hipoteca, sin embargo es importante tener presente que los caracteres esenciales que se desarrollarán en los próximos acápite son comunes a los tres derechos reales de garantía.

III. Definición analítica del derecho real de hipoteca

El artículo 2205 define a la hipoteca como "(...) el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acree-

dor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado” (Código Civil y Comercial).

Al realizar un análisis del concepto se puede decir:

a) La hipoteca es un derecho real por el cual una persona asegura el cumplimiento de una obligación (derecho personal) constituyendo en garantía la hipoteca que grava su inmueble.

b) Debe tenerse en cuenta que las partes serán al menos dos o tres personas distintas. Por un lado, está el titular del derecho real de hipoteca, el cual puede ser una persona humana o jurídica y nada impide que sea más de una. A esta persona se la llamará acreedor o coacreedores, visto desde la órbita del derecho personal. Por otro lado, se encuentra el constituyente, que es quien grava con la hipoteca, un inmueble de su propiedad a favor del acreedor. No siempre el deudor es el constituyente, pues puede serlo un tercero.

c) El constituyente ve limitada su facultad de disposición, tanto material como jurídica, por el gravamen que pesa sobre su inmueble.

d) El titular del derecho real, cobra su crédito de acuerdo a lo estipulado en el contrato. Éste, de acuerdo a las formalidades exigidas por la ley debe hacerse por escritura pública (artículo 1017 CCiv. y Com.).

e) Ante el incumplimiento del deudor, el acreedor debe iniciar un juicio de ejecución hipotecaria, donde se subastará el inmueble y con el producido de éste podrá cobrar su crédito.

f) Como todos los derechos reales, la hipoteca otorga a su titular las facultades de persecución y preferencia (*ius perseguendi - ius preferendi*) esto es, podrá cobrarse del inmueble sin importar en manos de quien esté y lo hará con preferencia a otros acreedores.

g) Recae sobre cosa ajena. Esto es así pues el principio romano *nemini res sua servit* se aplica a todos los derechos reales sobre cosa que no sea propia.

h) El derecho real de hipoteca no se ejerce por la posesión, pues la misma la detentará el constituyente, por lo tanto es de fundamental importancia su registración en el Registro de la Propiedad Inmueble, para dar publicidad al derecho del acreedor y consecuentemente, ser oponible a terceros.

i) La hipoteca puede garantizar un crédito presente y determinado (hipoteca cerrada o propiamente dicha) o garantizar un crédito futuro y determinable (hipoteca abierta o de máximo). Debe tenerse en cuenta que esta no es una clasificación de la hipoteca. El derecho real es siempre el mismo, varía la modalidad del crédito que se garantiza.

IV. Caracteres esenciales de la hipoteca

Debido a que el estudio de este trabajo se centra en la hipoteca, se hará mención en especial a este derecho. Sin embargo, no debe olvidarse que el análisis que se hará a continuación es aplicable a la anticresis y la prenda, por cuanto estos caracteres surgen del capítulo dedicado a las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía. A continuación se detallan los caracteres esenciales que hacen a la eficaz constitución. Estos son la convencionalidad, la accesoriedad, la especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito, y la publicidad registral.

IV.1. Convencionalidad

El carácter de la convencionalidad está plasmado en el artículo 2185 del CCiv. y Com. que reza “(...) los derechos reales de garantía sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con las formas que la ley indica para cada tipo”

Por lo tanto, la hipoteca reconoce como única fuente la convención o contrato. Así se elimina la posibilidad de constituir hipotecas judiciales, legales o tácitas. Es un criterio acertado el que ha adoptado el legislador, puesto que aporta mayor seguridad jurídica.

IV.2. Accesoriedad

La función de la hipoteca es garantizar un derecho creditorio. Entonces, se dice que el crédito es el principal y su accesorio es la hipoteca, que le procura seguridad. La suerte del derecho real está ligada a la obligación a la que accede. En consecuencia, si ésta nace, se transmite o se extingue, la hipoteca sigue el mismo cambio.

El crédito principal al cual accede la hipoteca nace de una obligación. “(...) la prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser (...) determinada o determinable (...)” (artículo 725 CCiv. y Com.). “No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico” (artículo 726 CCiv. y Com.).

“Los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía. Son accesorios la hipoteca, la anticresis y la prenda” (artículo 1889 CCiv. y Com.). “(...) son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal (...). La extinción de la garantía por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito” (artículo 2186 CCiv. y Com.).

Señala el Dr. Boretto, que en nuestra legislación no puede existir hipoteca sin crédito al cual garantice. Ésto no implica consentir que la hipoteca sólo sea válida si la obligación asegurada es preexistente o concomitante, pues ello implicaría negar que este derecho real pueda garantizar obligaciones futuras (2002).

No ha traído inconveniente la aplicación de este carácter en la hipoteca cerrada, ya que el crédito que asegura la misma es presente y determinado. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando la hipoteca es abierta. Se ha sostenido que la hipoteca abierta afecta el carácter de accesoriedad, porque no cumpliría con el carácter de ser accesorio a un crédito, por ser éste futuro y no existir al momento de la constitución del gravamen. Así, lo ha entendido el Tribunal Superior de Córdoba, en el año 2009 en la causa “Pirelli Neumáticos S.A.I.C. c/ Gómez Ángel Alberto”, “(...) es improcedente la ejecución hipotecaria, pues dicha garantía, al garantizar un cúmulo de obligaciones completamente imprecisas, configura una hipoteca abierta que resulta nula en nuestro derecho por violar el principio de accesoriedad” (TS Córdoba Sala Civil y Comercial).

No obstante, debe entenderse que sí existe una relación jurídica entre las partes, la que quedará explicitada en el contrato fuente al cual accede la hipoteca, y ésta será la base sobre la que el crédito se generará. En otras palabras, existe una relación causal de la cual se debe dejar constancia en el acto constitutivo, de donde se derivarán obligaciones, las cuales son determinables. En el contrato, deberán fijarse ciertos parámetros que sirvan para determinar cuáles son las obligaciones que quedarán resguardadas.

De la misma forma lo ha entendido el Profesor Alterini, al decir:

“(...) así como hay cosas que nos parecen poco discutibles, como este descarte de las hipotecas globales (1), hay otras que igualmente nos parecen indiscutibles y tienen una cuota de permisión. No podemos discutir si se pueden garantizar hipotecas eventuales, que puede haber hipotecas en garantía de contratos de apertura de crédito, porque el otro requisito que se le podría determinar es el contrato fuente, y ahí está, es el contrato de apertura de crédito, aunque la apertura de crédito se haga con el mecanismo de cuenta corriente” (1981).

(1) Se llaman hipotecas globales a las que garantizan globos de crédito, que pueden ser presentes, pasadas, o futuras, sin ninguna individualización ejemplificativa de los créditos que aseguran. Se diferencian de la hipoteca abierta, que sí señala los posibles créditos que pueden nacer.

Actualmente, con la posición del código vigente, la polémica acerca de si la falta de individualización de la causa del crédito es motivo de invalidez de la hipoteca abierta, queda resuelta. El Código contempla en el artículo 2189 la especialidad en cuanto al crédito, y dispone una excepción para las garantías de créditos indeterminados. Por ser motivo de análisis del próximo acápite se profundizará lo dicho más adelante.

IV.3. Especialidad

El carácter de la especialidad debe entenderse en su doble faz, especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito.

IV.3.1. Especialidad en cuanto al objeto

La especialidad en cuanto al objeto es una característica común a todos los derechos reales. El objeto debe ser una cosa cierta y estar individualmente determinada.

No obstante, el gran cambio en materia de derechos reales es la ampliación del objeto, el cual no sólo recae en cosas sino también en bienes. Así se ve reflejado en el artículo 2188 que dice que "(...) cosas y derechos pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía. Ese objeto debe ser actual, y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo".

Esto es coherente con la regulación de otros derechos reales, como la superficie, donde el superficiario goza de la facultad de hipotecar la superficie sobre la cual recae su derecho.

Lo importante a la hora de determinar el objeto, es aportar los datos del inmueble sobre el cual recaerá la garantía. Así puede nombrarse como requisitos, el individualizar la provincia a la cual pertenece, puesto que los registros inmobiliarios son locales; partido donde está radicado el inmueble, número de folio real y nomenclatura catastral; ubicación, superficie, medidas y linderos.

IV.3.2. Especialidad en cuanto al crédito

La concepción tradicional, considera que la garantía debe alcanzar a determinado crédito, señalando la fecha y naturaleza del contrato a que accede y también la indicación del monto del crédito (artículo 3131 inc. 2 y 4 del Código derogado).

En contra del alcance tradicional, la Dra. Highton (2015) (2) sostiene que la especialidad en cuanto al crédito consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria, es decir el monto por el que la finca responde hipotecariamente. Mientras que la determinación de la obligación garantizada en cuanto a su causa está vinculada con el carácter de accesoriedad.

En 1982, se realizaron las Primeras Jornadas de Derecho Civil sanjuaninas donde se agruparon los basamentos de la doctrina tradicionales de la siguiente manera:

"IV. Para satisfacer la exigencia de determinación del crédito garantizado es menester precisar los sujetos, el objeto y la causa fuente de la obligación, incluso para los créditos eventuales. V. La indeterminación de los créditos garantizados por la hipoteca vulnera los principios estatutarios de los derechos reales. VI. Los principios señalados (...) rigen aunque se interpretara —alternativa no aceptable— que la determinación de la causa del crédito atañe a la accesoriedad y no a la especialidad".

Hasta aquí la postura clásica, la cual se fue flexibilizando en pocos años. Da cuenta de ello lo dispuesto en el año 1992 por los tribunales de Trenque Lauquen en la escritura pública que do-

(2) "Comentario al artículo 2186 del Código Civil y Comercial", en: *Código Civil y Comercial - Comentado, anotado y concordado por Escribanos*, Clusellas, Eduardo Gabriel (coord.) (2015). Buenos Aires-Bogotá: Astrea y FEN Editora Notarial.

cumenta la constitución de la hipoteca se debe precisar: el monto del gravamen, el crédito que se garantiza con indicación de su causa fuente, entidad y magnitud, y el inmueble con cuya realización se satisfará el crédito en caso de incumplimiento del deudor.

“Las disposiciones formales contenidas en el artículo 3131 del Código Civil deben ser interpretadas con una cierta laxitud; en tanto, el mismo Código expresa que la constitución de la hipoteca no se anulará por falta de alguna de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falta, correspondiendo a los tribunales decidir el caso” (Cám. Civ. Com. Trenque Lauquen, “Banco Edificador de Trenque Lauquen v. Electricidad Los Vascos SRL y otro”).

El Proyecto de Código Civil unificado del año 1998, plasmaba finalmente un criterio más amplio: regular un régimen para los créditos determinados y otro para los indeterminados, siempre considerando que se enmarcan en el carácter de especialidad en cuanto al crédito. Se proponía que “(...) en la constitución de los derechos reales de garantía debe individualizarse el crédito garantizado, indicándose los sujetos, el objeto y la causa” y de ser créditos indeterminados, se considera satisfecho el principio de especialidad en cuanto al crédito, cuando el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto, que conste que la garantía que se constituye es de máximo y el plazo al que se sujeta no puede exceder los diez años” (artículo 2093).

El Código Civil y Comercial de la Nación, toma al Proyecto de 1998 como fuente directa en este tema y regula que el ámbito propio para analizar la determinación o la indeterminación del crédito, corresponde a la especialidad en cuanto al crédito, y que no hace a la accesoriedad.

Dispone el Código en el primer párrafo del artículo 2189 que “(...) la especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen”.

De acuerdo a la lectura del Dr. Alterini (2015), este concepto debe entenderse de dos maneras diferentes según el crédito sea determinado o indeterminado. Así para el primer caso, esta fijación de la responsabilidad hipotecaria del inmueble, sería provisoria, pues debe conjugarse esta disposición con el artículo 2193. El mismo prevé la extensión del crédito, y fija que la garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento. Así las cosas, para la hipoteca cerrada esa fijación del gravamen es provisoria, pues la misma aumentará en caso de incumplimiento y posterior ejecución. Será en el marco del proceso ejecutorio donde se actualice y se fije de forma definitiva el monto del gravamen que fue asegurado.

Por el contrario, cuando el crédito es indeterminado (abierto) el monto que se previó en la constitución del gravamen como máximo, será de carácter definitivo. Cualquier suma que exceda el tope fijado será indiferente para la cuantía del gravamen, la cual se cristaliza en la individualización que se haya realizado en el contrato.

Tal límite protege a otros acreedores del deudor hipotecante, que se verían relegados en su cobro por un privilegio especial sobre un inmueble determinado, pero en pretendida garantía de cualquier relación entre acreedor y deudor. Por ser el monto máximo una exigencia legal de orden público, es indisponible por las partes.

En cuanto a la determinación de la obligación, el artículo 2189 sólo se aplica para el caso en que el crédito es indeterminado, pues la regla general se consignó en el artículo 2187 con la siguiente redacción: “Al constituirse la garantía el crédito debe individualizarse adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa, con las excepciones admitidas por la ley”.

Entonces bien, la manera de especificar el crédito, es consignando de forma precisa quiénes son los sujetos intervinientes, el objeto y la causa. Esto claro está, es la regla siempre y cuando el crédito esté determinado desde un principio.

El artículo 2189 establece la excepción a la regla, en el párrafo segundo, pues la misma no puede cumplirse en caso de tratarse de un crédito indeterminado (abierto). Así dispone que “(...) el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto (...)”.

En efecto, de no poder individualizarse el objeto por ser indeterminado a la hora de la constitución de la hipoteca, se permitirá que pueda hacerse posteriormente, sin embargo se le añade un requisito a la estructura del derecho real de hipoteca en caso de asegurar créditos futuros: el monto de la garantía valdrá como máximo del gravamen, sin poder éste ser aumentado bajo ningún concepto.

Se observa la influencia de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2007 sobre los codificadores. En dicha Jornada se postuló que “(...) en una futura reforma legislativa sería conveniente flexibilizar el carácter de especialidad en cuanto al crédito, estableciéndose, alternativamente: a) Una suma máxima y un plazo máximo o b) Una suma máxima y una determinación suficiente de la causa” (XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil).

IV.4. Publicidad registral

Para que sea eficaz la constitución de la hipoteca, es necesario que una vez constituido el derecho de acuerdo a las formalidades del acto (artículo 1017 CCiv. y Com.), es decir, plasmarse en escritura pública, el mismo sea inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble. Recuérdese, que al no ejercerse este derecho real por la posesión, es indispensable para que sea oponible a terceros interesados, se realice la publicidad registral.

A través de esta publicidad, el acreedor podrá dar a conocer su derecho, logrando el efecto de oponibilidad frente a terceros que tengan interés en el acto. De acuerdo a la ley registral 17.801, el plazo de la inscripción del gravamen es de veinte años, y puede ser renovado. Luego de pasado tal plazo, la inscripción caduca de pleno derecho sin necesidad de efectuarse un contra asiento de cancelación.

En cuanto a la hipoteca abierta y su publicidad, por el momento, no se ha dictado ninguna disposición técnico registral que contemple los requisitos que deberán cumplimentarse. Sin embargo, es recomendable que en el asiento registral del folio real se consigne el monto máximo y el tiempo máximo al cual las partes sujeten la vigencia del gravamen. Esto es, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 2189 que estipula el plazo máximo de 10 años, el cual debe entenderse como plazo excepcional y sólo para el caso de garantía de créditos indeterminados, mejor será publicitar el plazo convenido en el contrato y no el legal pues pueden diferir. Por la sensibilidad del tema, cuanto mayor precisión se brinde se estima será más conveniente.

Igualmente, para cumplir con una acabada publicidad del derecho real, es recomendable que el conjunto de enunciaciones y precisiones que se efectúen en la escritura pública en relación a la causa fuente, sean consignadas en la minuta rogatoria, en el rubro observaciones a los fines de su microfilmación y posterior publicidad de ser requerida.

El Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Buenos Aires cuenta con un sistema de protección de la publicidad. Así, las rogatorias de los documentos portantes de derechos reales se microfilman y se guardan en un soporte computarizado. Esto permite que el acto que se haya registrado, pueda ser reproducido mediante copia, con el simple aporte del número de presentación que surja del asiento registral.

Esto servirá a todo potencial acreedor de aquel deudor que haya constituido una hipoteca abierta, en cuanto le serán de utilidad los datos que le brinde el Registro, como organismo estatal destinado

a brindar y colaborar con la seguridad jurídica. De tal manera, podrá conocer cuáles negocios son los que protege la garantía ya constituida, y así merituar si el deudor tiene la capacidad suficiente para responder en caso de contraer una nueva deuda.

V. Concepto de hipoteca abierta

Se utiliza el nombre de hipoteca abierta para indicar que el derecho real de hipoteca garantiza el cumplimiento de créditos eventuales o futuros. Nótese el plural utilizado; ésto es así en el marco de determinado tiempo, nacerán varias obligaciones entre el deudor y el acreedor, pero todas serán afianzadas por una única constitución de hipoteca. Ante la imposibilidad de individualizar cada uno de los créditos al momento del contrato constitutivo, pues aún no han nacido, se los denomina como “indeterminados”. Así se diferencia de la hipoteca comúnmente conocida, que asegura un crédito determinado de dar una suma de dinero. A la primera, se la denomina hipoteca abierta, de máximo, o que asegura créditos indeterminados. A la segunda, hipoteca cerrada o propiamente dicha y asegura créditos determinados al momento de su constitución.

La hipoteca abierta puede definirse como aquel derecho real que recae sobre un inmueble determinado, ya sea del deudor o de un tercero llamado constituyente, por el cual se garantiza el pago de créditos eventuales o futuros, que irán surgiendo en base a la relación negocial según se pacte en el contrato fuente, al tiempo del acto constitutivo o posteriormente. Por ser indeterminada la suma por la cual se generarán obligaciones, la ley impone que se prevea un monto máximo para la garantía real —por el cual responde el inmueble— y prevé que la vigencia no puede superar los diez años (artículo 2189 CCiv. y Com.).

“En los supuestos de créditos futuros o eventuales, es necesario distinguir la obligación actual y la causa fuente de la misma; la obligación puede ser futura o eventual, pero lo que debe inexorablemente existir a la época de la constitución de la hipoteca, es el contrato u otra causa fuente de obligaciones, a través de una descripción detallada del acto constitutivo” (Suprema Corte de Justicia, 1983 [1987]: 662).

Es de buena técnica explicitar las bases (conjunto de enunciaciones) que originan el negocio jurídico en el contrato fuente, para que de esta manera puedan ser determinables las obligaciones que serán abarcadas por la garantía real.

La variedad de obligaciones que se pueden asegurar no altera la rigidez de la estructura del derecho real de hipoteca. Como consecuencia de ello, la misma no sigue la suerte de la naturaleza de las obligaciones que garantiza. Por tal, la obligación es eventual, pero la hipoteca es actual y oponible como todos los derechos reales a partir de su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Si bien con el nuevo Código se le agregan dos requisitos a la estructura de la hipoteca en caso de asegurar créditos indeterminados, no deja la misma de ser de acuerdo al artículo 2205 CCiv. y Com., un derecho real de garantía, que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado.

A través del juego armónico de las leyes civiles, comerciales y financieras, durante la vigencia del código derogado, en el último cuarto de siglo se observó el uso de la hipoteca para garantizar el cumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero, prestaciones o suministros indeterminados (aunque determinables) de gran envergadura. Los primeros usos que se le dieron a la hipoteca como garantía de créditos futuros fueron para asegurar el pago de saldos de cuentas corrientes mercantiles y cuentas corrientes bancarias.

Un ejemplo muy típico es el siguiente: una industria, tal podría ser el caso de YPF, mantiene una relación comercial con determinado comerciante, dueño de una estación de servicio que vende los productos de la industria citada. YPF de forma periódica le entrega suministros de combustibles,

productos y mercancías, le otorga préstamos a pagar en pronto/mediano plazo cada vez que la estación de servicio lo solicita. Esta última, en vez de pagar cada vez que recibe dichos insumos, lo hace a final de año. Esta comodidad de la cual goza el comerciante se debe a que al comenzar la relación comercial con YPF, celebraron un contrato donde pactaron los créditos que podrían nacer y la forma de pagarlos. Como desde un primer momento, no podían establecer con exactitud cuántos insumos se necesitarían para satisfacer la demanda de la estación de servicio, se estimó una suma, que fue protegida con la constitución de una hipoteca. Si el comerciante al final del tiempo pactado, incumple con el pago, el acreedor —YPF— puede cobrar su crédito del producido del inmueble con el que se garantizó la deuda. Normalmente dicho inmueble, es aquel donde está emplazada la estación de servicio.

El Código Civil y Comercial le reconoce al acreedor la atribución patrimonial de adquirir un derecho real como condición de un préstamo en dinero, suministros que realice, fianzas que preste y demás actividades propias de la esfera comercial y financiera, y al deudor contar con todas aquellas ventajas que el acreedor le facilita, asegurando el pago de las mismas al constituir una hipoteca.

VI. Innovación legislativa

A la hora de tutelar un crédito, existen varias figuras de garantía disponibles, ya sean personales o reales. Dentro de la actividad financiera y comercial, era frecuente que se constituyeran hipotecas abiertas, pero muchas veces se encontraban los acreedores con el vallado de una antigua regulación, que ponía en duda la validez de utilizar una figura tradicional para afianzar varios créditos y futuros.

El codificador se ha inclinado por consagrar un sistema de garantías más amplio, adaptado a las prácticas negociales modernas; coadyuvando a la finalidad práctica del derecho de hipoteca, cuando es utilizado en resguardo de grandes operaciones comerciales o financieras. Así el Código, dentro de las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía, recepta la posibilidad de garantizar créditos indeterminados al tiempo de la constitución del gravamen.

Como advierten los Esc. Dodda y Urbaneja:

“(...) la modificación más importante se da en materia de especialidad en cuanto al crédito, en donde se admite la doctrinalmente llamada hipoteca ‘abierta’ o ‘de máximo’. A través de ella, ampliando claramente la regulación actual, se permite que la constitución de derecho real señale el monto máximo que será garantizado con la hipoteca, pero sin necesidad de una enumeración precisa de la cantidad de actos jurídicos que podrán celebrarse entre deudor y acreedor para alcanzar esa suma” (2012: 972).

Hasta el presente, se ha conocido la utilización de la hipoteca abierta, pero por la ubicación de la disposición es dable entender que se extienda a los otros derechos de garantía.

Es sabido que el Proyecto de 1998 fue tomado como fuente para la redacción del Código actual. No escapa a ello la redacción del artículo 2189, el que con palabras más, palabras menos, recoge el precepto del proyecto mentado. Sin embargo, debe inferirse que se legisla sobre créditos indeterminados, puesto que se omitió decirlo expresamente.

No se le resta importancia a la omisión, puesto que entorpece la interpretación del artículo. Sin embargo, teniendo en cuenta los requisitos que plasma en el párrafo segundo del artículo 2189, no cabe duda alguna. Así, al decir: “El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente”, debe concluirse que dispone para el caso de garantías que aseguran créditos indeterminados. Estos, al formar un cúmulo de obligaciones garantizadas, es posible que alguna obligación sea concomitante con la constitución de la hipoteca, empero y por sobre todas las cosas, se prevé el nacimiento de otras obligaciones con posterioridad, a futuro.

Este mismo criterio no puede establecerse para el caso de un crédito determinado, puesto que al momento de constituirse la hipoteca, se conoce el crédito que se garantiza, pues nace con el mismo contrato. Así lo regula el Código en el artículo 2187 “Al constituirse la garantía, el crédito debe individualizarse adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa, con las excepciones admitidas por la ley”.

Entonces bien, con el final de la redacción del artículo 2187 se piensa que la excepción es la referida en el artículo 2189 al decir que puede no estar individualizado en todos los elementos, por lo tanto a falta de esa individualización admitida por la ley, el gravamen que se estipule en el contrato, valdrá como tope máximo de la garantía.

En cuanto a la estructura del derecho real de hipoteca, debe entenderse que se amplía el campo del carácter de especialidad en cuanto al crédito imponiendo pautas específicas —un monto máximo y plazo máximo de diez años— solamente a los fines de la constitución de la hipoteca abierta. La estructura de la hipoteca como derecho real no ha variado en general. Solamente, en el caso de ser garantizados créditos indeterminados, es que existe la excepción de individualizar la causa en el acto constitutivo. Por tal, se requiere el cumplimiento de dos requisitos nuevos, el monto del gravamen como suma definitiva para valorar la responsabilidad hipotecaria y el plazo de 10 años, como máximo dentro del cual pueden nacer los créditos.

En efecto, es receptado el criterio de amplia jurisprudencia, que falló en favor de la validez de la hipoteca abierta. Así la Cámara Nacional Civil, en el año 2006 afirmó que:

“(...) la hipoteca en nuestro régimen legal puede garantizar todo tipo de obligaciones —artículos 3109 y 3153, Código Civil— aún las eventuales y futuras, bastando para cumplir con el principio de especialidad que conste en el instrumento la fijación de la responsabilidad hipotecaria sobre el inmueble, pues toda obligación lícita es garantizable con hipoteca, en tanto el derecho real consiste en un gravamen por monto determinado o determinable” y “contiene todas las especificaciones del artículo 3131 del C.C. el acto constitutivo de la hipoteca, si aparece en la escritura la fecha y naturaleza del contrato al que accede en el que está descripta la causa fuente de la obligación (...)” (Cámara Nacional Civil “Shell Compañía Argentina de Petróleo S. A. c. Navalya S.A.”).

La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en el año 2009 manifestó:

“El principio de especialidad en la hipoteca rige con certeza cuando se trata tanto de la cosa hipotecada, como del monto de la deuda, no exigiéndose igual precisión en cuanto al crédito asegurado con el gravamen real. Así, aquel puede ser condicional o indeterminado en su valor o la obligación eventual, supuestos donde, aunque la individualización ha desaparecido, el gravamen resulta válido siempre que se declare el valor estimativo de la obligación garantizada en el acto constitutivo de la hipoteca”. “El requisito de la especialidad apunta, ante todo, a la expresa mención en el acto constitutivo de la hipoteca de la causa fuente de la obligación que garantiza, bastando, en el caso de las obligaciones eventuales, que se declare el valor estimativo de la cobertura hipotecaria en la escritura pertinente” (SC Buenos Aires “Mar del Plata Golf Club C. Dalfarra, Elda Amanda”).

VII. Utilización de la hipoteca abierta y sus ventajas

La envergadura de ciertas operaciones, en lo que respecta a las cifras involucradas, conduce a la elección de asegurar tales transacciones con el derecho real de hipoteca —de uso común en los bancos y en compañías productoras de bienes y servicios— por la entidad de la cual goza este derecho, en cuanto al cobro concreto y preferencial que ampara.

La implementación de este régimen de garantía, está directamente relacionado con la prevención de los riesgos que puede sufrir una relación comercial o financiera en un mediano plazo, en un país donde la economía fluctúa constantemente. Un factor que potencia la constitución de la hipoteca de máximo en la actualidad, es sin dudas la búsqueda de prevenir las contingencias económicas.

La hipoteca abierta es utilizada en operaciones bancarias para asegurar y promover el flujo de actividades propias del sistema bancario. La relación entre la institución financiera y su cliente, quedará garantizada por la hipoteca que se constituya al comienzo de la relación. Así se evita tener que volver a constituir otros gravámenes para proteger cada obligación que se vaya gestando en el curso de la vinculación.

En el marco de las relaciones comerciales, la hipoteca abierta, también es utilizada para afianzar prestaciones, suministros, préstamos, y otros conceptos.

Es muy ventajoso contar con la posibilidad de garantizar varias obligaciones con una sola hipoteca, puesto que disminuye los costos de las operatorias aseguradas, las que de otro modo, requerirían la formación de una hipoteca para cada una de ellas. Asimismo, acelera la entrega de los préstamos otorgados al deudor, lo cual en la hipoteca cerrada desde que es solicitado hasta la efectiva entrega del dinero, transcurre un tiempo considerable.

Se ha hecho énfasis en el perjuicio que le ocasiona al deudor la constitución de una hipoteca abierta porque le restaría posibilidades para contraer un nuevo crédito con otro acreedor. Debe tamizarse ese pensamiento, debido a que en la práctica registral se observa que las hipotecas de segundo grado, en la mayoría de los casos suelen constituirse con el mismo acreedor. De hecho, si se quisiera buscar un ejemplo de hipotecas ulteriores con diferente acreedor no sería tarea fácil. Por tal debe desestimarse la creencia de que el otorgamiento de una hipoteca abierta provoca al deudor un perjuicio relevante respecto de sus posibilidades de obtener nuevos créditos hipotecarios.

Asimismo, piénsese en el hipotético perjuicio que podría provocar una hipoteca abierta a los terceros eventuales acreedores —sean estos hipotecarios o quirografarios— porque se tornarían incierto el cobro por parte de aquellos, dado que estaría en mejor posición el acreedor de la hipoteca abierta, debido a que su garantía de cobro podría extenderse sin límites a cualquier obligación. Empero, esto fue meditado por el legislador y así se limitó el acuerdo entre partes, estableciendo un monto y un plazo de vigencia máximo, en post de la seguridad jurídica. De esta forma, cualquier potencial acreedor podrá evaluar si le conviene o no contratar con el deudor, frente a la preexistencia de la hipoteca abierta, de la cual conocerá, a través de la publicidad registral, cuál será el tiempo que reste de vigencia y el tope máximo de la responsabilidad hipotecaria.

VIII. *Numerus clausus*

En el marco de los derechos reales, la autonomía de la voluntad se ve netamente reducida, pues las normas que operan en esta materia son de orden público. Vélez, sostenía que "(...) la naturaleza de los derechos reales en general (...) está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares" (nota al artículo 2828 del Código derogado).

La exclusión de la autonomía de la voluntad favorece la claridad de las relaciones jurídicas reales y en el caso de inmuebles se pone a salvo a la propiedad de una multiplicidad de cargas imposibles de prever, incluso el registro solo es eficaz si el número de derechos reales es limitado y su contenido fijado por la ley (Wolff, Enneccerus y Kipp, 1971: 14).

Se ha dicho que la hipoteca abierta vulnera el *numerus clausus*, empero, debe precisarse que esto no es así, por cuanto no se crea un nuevo derecho real. De hecho, no está enumerado en el artículo 1887. La nueva normativa, ha ampliado la estructura de la hipoteca y hoy permite la constitución tanto de una hipoteca que garantice un crédito determinado, como así también que asegure créditos indeterminados. El derecho real de hipoteca es siempre el mismo, lo que varía es la característica del crédito garantizado.

IX. Extensión del privilegio

El nuevo Código cambia el paradigma en lo que respecta al privilegio del cual goza la hipoteca, solamente cuando asegura créditos indeterminados. El texto del artículo 2189 CCiv. y Com. dispone que el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas u otros conceptos.

A pesar de una falta de precisión en la redacción y que en la nota de elevación del Anteproyecto diga que la novedad más importante en cuanto derechos reales de garantía sea el monto de la hipoteca, mal podría pensarse que esta manda se extiende tanto para la hipoteca de créditos determinados como indeterminados de la misma manera.

Esta interpretación es determinante, pues entonces, de qué vale lo dispuesto en el artículo 2193, específico a la extensión del crédito. Allí es donde se legisla que la cobertura de la garantía se extiende al capital más intereses (compensatorios y punitivos) y a los daños y costas que provoca el incumplimiento por parte del deudor. Asimismo prevé, que de existir obligaciones anteriores, que hayan devengado intereses y que ahora se garantizan con hipoteca, especialmente deben preverlo las partes en el contrato, consignando el monto o detallando las pautas para que puedan ser determinables en un futuro. Claramente, la fuente de este artículo son los artículos 3111 y 3152 del Código velezano.

Cuando se estipule el monto del gravamen en una hipoteca cerrada, aquella determinación será provisoria y no limitará la cobertura de la garantía ni el privilegio que disponen los artículos 2582, 2583 inc. b y c.

En cambio, para los créditos indeterminados, a fin de no generar incertidumbres, se requiere un monto máximo por todo concepto. He aquí el límite del privilegio. Si fueron incluidos dentro aquel monto máximo, quedarán protegidos. De lo contrario, los nuevos montos serán quirografarios. Cuando la suma de la deuda supere el monto estipulado, y a pesar que su causa haya sido prevista en el contrato fuente, no gozará la misma de privilegio, puesto que el monto máximo es el techo de la responsabilidad hipotecaria.

Haciendo una interpretación finalista, el Dr. Alterini también señala, que este límite del privilegio debe entenderse que rige solamente para los derechos reales de garantía de créditos indeterminados (Alterini y Alterini, 2015).

X. Alcance del monto del gravamen. Aplicación práctica

En cuanto al monto máximo, el artículo 2189 establece que para “todos los casos”, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria.

¿Podría pensarse, que el monto del gravamen consignado en el contrato constitutivo, será el único que goce de privilegio, tanto para los casos de hipotecas que garanticen créditos indeterminados como determinados?

Se entiende que a fin de no generar incertidumbre a los terceros interesados, en el caso de la hipoteca abierta, se aplica el artículo 2189, por lo cual gozará de privilegio el monto estipulado, y cualquier otra suma que lo exceda será considerada como quirografaria.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo dicho acerca de los supuestos que garantizan créditos determinados, en cuanto a que se considera provisoria el monto del gravamen convenido en el contrato. Por tal, cuando la hipoteca recaiga sobre créditos determinados, la garantía cubrirá el

capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, los cuales aumentarán el monto del gravamen pactado y gozará de privilegio (artículo 2193 CCiv. y Com.).

Avala esta postura el Dr. Alterini (2015) al explicar cómo fue pensado el Proyecto de 1998, "(...) se proponía la existencia de dos sistemas para satisfacer el requisito de la especialidad en cuanto al crédito, según que estuviera determinada o no la causa fuente de la obligación garantizada". De la misma forma, se piensa que el codificador ha querido implementar dos técnicas distintas de acuerdo a la característica del crédito.

No es feliz la expresión genérica "en todos los casos", previo a disponer que el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto. No obstante, parece ser una manera de establecer una pauta inflexible, que no podrá incumplirse bajo ningún aspecto, ni excepción, siempre que de créditos indeterminados se trate.

De la práctica Registral en la provincia de Buenos Aires, luego de un año de vigencia del nuevo Código, se observa que no ha sido uniforme la interpretación de los artículos 2189 y 2193 CCiv. y Com. Se expondrá un análisis de casos concretos que han sido elegidos en base a la mayor frecuencia y/o características de los mismos.

El Banco Ciudad elige la modalidad de constituir hipoteca más letra hipotecaria escritural. El crédito es destinado para la adquisición de un inmueble para vivienda familiar y permanente. El monto del gravamen y el valor de la letra son coincidentes. Al individualizar el valor de esta última agregan la leyenda: más el interés pactado en cláusula X, demás gastos y comisiones, impuestos y seguros que se hayan convenido. Se advierte la aplicación del artículo 2193 CCiv. y Com. y descarte absoluto del artículo 2189 CCiv. y Com.

El Banco Nación, en casos donde ha otorgado créditos destinados a la vivienda familiar, única, de uso propio y ocupación permanente para el beneficiario y su familia como también en créditos con destino de capital de trabajo en préstamos al sector privado, se observa que coinciden la suma prestada con el monto del gravamen. Estipulan que el monto del contrato se integrará en cada momento con la suma que resulte de liquidar accesorios de la deuda, de conformidad con lo estipulado en los artículos 2190, 2193 y 2582 inc. e, y 2583 inc. b y c. CCiv. y Com.

El Instituto de Ayuda Financiera para Pagos de Retiros y Pensiones Militares, al otorgar créditos para la refacción de la vivienda, opta por consignar mismo valor de crédito y mismo monto de gravamen. Se entiende que los intereses y demás conceptos se rigen bajo la órbita del artículo 2193 CCiv. y Com.

En hipoteca constituida entre particulares, bajo el asesoramiento del notario autorizante, estipulan el mismo monto para el crédito como para el gravamen. Expresamente determinan que a partir de la mora, se devengará un interés del seis por ciento mensual en concepto de interés punitivo, el que se aplicará sobre todo lo adeudado y hasta su efectivo pago, con más los intereses y las costas y costos que se originen como consecuencia del procedimiento de ejecución. Se aplicó también el artículo 2193.

A continuación se analizará la línea de créditos que mayormente es elegida por la sociedad. Es el caso de las hipotecas del conocido programa social de préstamos para la construcción o adquisición de la vivienda familiar única llamado PRO.CRE.AR. El Banco Hipotecario a través de un fideicomiso hace entrega de un préstamo en dinero y utiliza el sistema de la creación de una letra escritural. Ésta tiene un monto que coincide con el préstamo dado. Sin embargo, han aplicado otra interpretación de la nueva legislación y el monto del gravamen comprende el importe del capital prestado con más la suma presupuestada para atender a intereses compensatorios y punitivos y demás conceptos previstos en el artículo 2193.

El monto que conviene garantizar con hipoteca es mayor al valor del crédito, como si el monto máximo por el cual se garantizan créditos indeterminados fuera aplicable al supuesto de créditos presentes y determinados. Tal suma asciende a casi un 20% del valor del préstamo. El monto de la hipoteca (en esta interpretación, monto mayor al del crédito otorgado) es el único que se le da publicidad registral, por ser el monto del derecho real. Según se explica de acuerdo a los contratos leídos, se aplica una interpretación del artículo 2189 en cuanto a que podría verse limitado el privilegio de la garantía de no incluirse en el monto de la hipoteca. No desconocen lo normado en el artículo 2193, pero lo toman como precepto explicativo más que de alcance real de la garantía.

Debe tenerse en cuenta que en el curso del corriente año han mermado el tráfico inmobiliario y los créditos hipotecarios. Esto hace que aunque sea un sólo banco el que haya entendido de manera diferente la extensión del privilegio, dicha postura repercute negativamente y en gran escala en la sociedad. Esto es así pues al analizar qué cantidad de créditos otorga el plan PRO.CRE.AR. en comparación a la suma de todos los créditos otorgados por otros acreedores, resulta que es mayor la cantidad que otorga el primero. Entiéndase que el impacto social es muy grande.

La interpretación que se ha hecho en base a poder cobrar todo concepto resultante de la ejecución de la hipoteca con privilegio, perjudica gravemente al deudor, por cuanto se encarece su préstamo, debido a que tanto los gastos de escrituración, los impuestos que gravan el acto, tasas registrales, etcétera, tienen en cuenta ese monto aumentado, el cual en la mayoría de los casos no es el real ya que sólo en caso de incumplimiento varía el *quantum*.

En efecto, no toda hipoteca constituida finaliza con un juicio hipotecario, sino que es la excepción. Lo más frecuente, es que el pago en término de las cuotas que hacen al cumplimiento de la obligación, finalicen en una cancelación por pago total de la deuda. Con esta modificación, se ve perjudicado el deudor que cumple, que de ahora en más deberá pagar intereses punitivos y costas que seguramente nunca se generen.

Tal como dice la Esc. Dodda (2012):

“El verdaderamente perjudicado será el deudor, ya que el acreedor, al fijar las condiciones para otorgar el crédito, pedirá que el monto de la garantía sea muy superior al crédito para asegurarse los intereses compensatorios, pero también montos eventuales tales como los intereses punitivos y las costas de un posible proceso judicial. Esto implicará que el valor del bien en la mayoría de los casos quedará absolutamente cubierto por la hipoteca en primer grado; los gastos que se generarán, a cargo del deudor, aplicando las tasas de impuestos y honorarios sobre el monto del gravamen y no del crédito, como fijan las normas vigentes, implicará abonar montos que en algunos casos insumirán una parte importante del crédito acordado y finalmente la supuesta protección a terceros interesados no será tal, ya que el monto del gravamen alejará a otro posible acreedor de la posibilidad de continuar adelante con la ejecución en su carácter de acreedor embargante, porque basará sus apreciaciones en el monto del gravamen, que puede no tener aproximación con el monto realmente adeudado y garantizado”.

Como enseña el Dr. Alterini (2015) “(...) el derecho real de garantía en su modalidad tradicional, al tener íntima conexión con un crédito determinado garantizado, queda firmemente ligado a él, de donde no sería plausible que la cuantía del gravamen no se correspondiese inicialmente con el capital de la deuda”.

XI. Hipotecas abiertas y su aplicación

A pesar de la entrada en vigencia de la nueva regulación, que impone límites a la constitución de garantías de créditos indeterminados, los bancos acreedores no se han hecho eco de su implicancia.

Lo dicho resulta del análisis de la práctica registral durante la vigencia de la actual legislación, y lo que se observa es que continúa la antigua modalidad donde se realizan modificaciones del plazo

o del monto de la hipoteca, aumentándolas, llevadas a cabo en nuevas escrituras complementarias del contrato constitutivo.

Esto se ha advertido a nivel registral y está en proyección una nueva disposición técnico registral donde, de acuerdo al principio de legalidad, el registrador limite el otorgamiento de tales actos, al calificar el cumplimiento de la manda del código de forma.

En una clara violación a la ley, tanto empresas de combustibles o préstamos comerciales continúan realizando garantías amplias, sin el techo del monto del gravamen; sin prestar atención al límite establecido de diez años, viéndose superado en algunos casos hasta dos veces dicho tiempo.

Es absurda la situación actual referida a las hipotecas abiertas. Cuánta tinta ha corrido para llegar a la sanción de una nueva legislación, que con preceptos más contundentes avale la validez de las garantías hipotecarias a favor de créditos indeterminados y sin embargo no se aplica aún. No obstante, se cree que cuanto mayor publicidad se dé a estos acontecimientos, más pronto la justicia pondrá un límite.

XII. Conclusión

Las exigencias de la sociedad actual y sus prácticas comerciales y financieras han exigido la modernización de la legislación civil y comercial. En consecuencia se ha consagrado la hipoteca abierta, favoreciendo el uso del crédito hipotecario.

Existen ciertos recaudos a tener en cuenta a la hora de su constitución. Por un lado, se establece un monto máximo como responsabilidad hipotecaria. El mismo goza de privilegio, excluyéndose de esta manera todo rubro componente del crédito que no se halle por él comprendido, al cual se lo considera quirografario. Por otro lado, se debe estipular un plazo máximo al que la garantía se sujeta, que no puede superar los diez años desde el momento de su constitución.

Como se ha expuesto, un factor que ha potenciado la implementación de este régimen de garantía es la búsqueda de prevenir las contingencias económicas y los riesgos que puede sufrir una relación comercial o financiera en un mediano plazo.

La nueva regulación acerca de las garantías sobre créditos indeterminados, es acertada y recoge las recomendaciones de Jornadas de Derechos Civiles, y que doctrinarios y juristas han propuesto. En un futuro cercano se verá, que no existe motivo para dudar en la conveniencia de la validez de la hipoteca abierta. Esto último, siempre y cuando las relaciones comerciales o financieras se ajusten a la ley, cosa que en la práctica no se estaría realizando.

En cuanto al monto del gravamen y su extensión es importante diferenciar los supuestos según que el crédito sea determinado o indeterminado. Para el primero, se aplica solamente el artículo 2193 y la garantía cubrirá el capital adeudado, los intereses, daños y costas posteriores a su constitución. Mientras que para el segundo, el monto del gravamen convenido en el contrato será el único que goce de privilegio, siendo otras sumas que excedan al mismo, consideradas quirografarias.

Finalmente, será la práctica de los próximos años la que demuestre si los cambios legales son favorables a la moderna sociedad.

XIII. Bibliografía

ALTERINI, Jorge Horacio y ALTERINI, Ignacio Ezequiel (2015). *Pluralidad de regímenes para los derechos reales de garantía de créditos determinados ("cerrados") e indeterminados ("abiertos")*. Buenos Aires: La Ley.

BORETTO, Mauricio (2002). *Hipoteca abierta: un tema urticante (con especial referencia a los contratos de cuenta corriente bancaria y cuenta corriente mercantil)*. Buenos Aires: La Ley. C 1150.

CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (2015). *Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado*. Buenos Aires-Bogotá: Astrea y Fen.

DODDA, Zulma (2012). "Proyecto de Unificación de los Códigos. Derechos reales de garantía. Hipoteca", en: *SJA* 2012/10/17-21; *JA* 2012-IV.

DODDA, Zulma y URBANEJA, Marcelo (2012). "Relación entre las ejecuciones hipotecarias y el registro inmobiliario en Argentina", en: *Revista Notarial*. Buenos Aires. 972-2012.

GÓMEZ, Jorge Arturo (1999). *La hipoteca abierta como garantía de las operaciones bancarias*. Buenos Aires: La Ley. F.926.

WOLFF, Martin y otros (1971). *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas*. 3 ed. (traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer), T. III. V. 1. Barcelona: Bosch, p. 14.

Ponencias

ALTERINI, Jorge Horacio (1981). Versión taquigráfica de la disertación pronunciada por el autor en el simposio Profundizado sobre *La actividad bancaria. Su relación con el Derecho y la función notarial*, Delegación La Plata.

Jurisprudencia

TS Córdoba Sala Civil y Com., 13/11/2009, "Pirelli Neumáticos S.A.I.C. c. Gómez Ángel Alberto" [on line]. Disponible en: AR/JUR/66873/2009 [Fecha de consulta: 03/03/2016].

Cám. Civ. Com. Trenque Lauquen, 21/04/1192, "Banco Edificador de Trenque Lauquen v. Electricidad Los Vascos SRL y otro", Juba sum. B2202607; C. Nac. Civ., Sala J, 15/09/2005 "Verardo, Alberto Ángel y otro v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA", La Ley, 2006-C-588.

Suprema Corte Justicia de Mendoza, sala 1, 27/5/1983, ED 122 [1987], p. 662.

CNCiv., Sala K, 21/12/2006, "Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c. Navalva S.A.", La Ley 17/09/2007, C.111, 826.

Suprema Corte Buenos Aires, "Mar del Plata Golf Club c. Dalfarra, Elda Amanda", C.91.162 [on line]. Disponible en: AR/JUR/43399/2009 [Fecha de consulta: 15/03/2016].

CNCom, Sala A, 17/04/1985, "Pogs SA v. Banco del Oeste SA", La Ley, 1986-B-614 S 37-211.

Cám. Apel. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 30/04/1998, "Rubinsky, Herman", JA 2001-IV.

CNCiv., Sala J. 15/09/2015, "Verardo, Alberto A. y otro c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A." [on line] Disponible en: AR/DOC/1901/2006 [Fecha de consulta: 20/02/2016].

Fecha de recepción: 29-04-2016

Fecha de aceptación: 10-6-2016

El número de jueces de la Corte Suprema y un debate institucional recurrente

POR JUAN PAULO GARDINETTI (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Los cambios operados en el siglo y medio de vida institucional de la Corte Suprema en relación al número de sus integrantes. — III. Argumentos y contraargumentos. — IV. Bibliografía.

Resumen: en la Argentina, cada determinado tiempo se presentan debates institucionales de carácter recurrente. Uno de los últimos en resurgir en el horizonte de la discusión pública tiene que ver con la aparición de noticias que dan cuenta de un proyecto de ampliación del número de integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). A su vez los momentos actuales, en que se tramita la nominación por parte del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) de dos nuevos magistrados y el otorgamiento —o no— del pertinente acuerdo senatorial, realza la importancia de efectuar contribuciones. El trabajo intenta sintetizar un panorama de las modificaciones efectuadas al número de la Corte y de las razones expuestas a esos fines y sus refutaciones. Se trabajó en base a bibliografía considerada clásica así como a trabajos doctrinarios modernos, en los cuales se han vertido datos estadísticos oficiales; se ha considerado, asimismo, la legislación pertinente al tema así como la colección de fallos del tribunal.

Palabras claves: Corte Suprema - jueces - organización judicial

The number of judges at Supreme Court and a recurrent institutional discussion

Abstract: in Argentina, every so often, we have an institutional debate —that takes place in the news media— in order to increase the number of members of the Supreme Court. At the present time there is a nomination of two new judges made by the President that the National Congress will must accept or refuse; this context highlights the importance to contribute with the analysis in this regard. The present paper attempts to summarize, after a brief introduction, the changes made in relation to the number of members of the Supreme Court and of the main reasons for that purpose and possible rebuttals. I worked with a classic literature, considered doctrinaire, as well as with a modern text in which I found official statistics. I have also considered the issue relevant legislation and the collection of court rulings.

Keywords: Supreme Court - judges - judicial system

I. Introducción

Cada cierto tiempo, en nuestro país se presentan debates institucionales de carácter recurrente, casi sintomáticos de una cierta imposibilidad de convivir bajo reglas estables y duraderas: uno de los últimos en resurgir en el horizonte de la discusión pública tiene que ver con la aparición de noticias que dan cuenta de un proyecto de ampliación del número de integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(*) Prof. Adjunto Ordinario de Historia Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

Tal vez, la principal razón que abone este reiterado debate tenga que ver con que, a lo largo de nuestra historia constitucional, en varias oportunidades se modificó ese número. Como en un *corsi e ricorsi* institucional, los argumentos se presentan, los cambios se ponen en práctica, se evidencia su fracaso y, al cabo de las décadas se los vuelve a presentar.

A su vez, la coyuntura que se atraviesa en los momentos en que este trabajo se escribe, en la que se tramita la nominación por parte del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) de dos nuevos magistrados para aquél órgano (los candidatos son los doctores Horacio Daniel Rosatti y Carlos Rosenkrantz) y el otorgamiento —o no— del pertinente acuerdo senatorial, realza la importancia de efectuar contribuciones al respecto (1).

Soslayamos, expresamente, la problemática relativa a la designación de esos magistrados por el PEN invocando el inciso 19 del artículo 99 de la Constitución Nacional (CN) (“nombramientos en comisión”) dado que, a la fecha, la cuestión se tornó abstracta al haber enviado aquél las propuestas al Senado requiriendo el acuerdo respectivo.

En los apartados que siguen intentaremos realizar una somera revisión de las modificaciones efectuadas en relación al número de integrantes de la Corte Suprema, de las principales razones expuestas a esos fines y sus posibles refutaciones.

II. Los cambios operados en el siglo y medio de vida institucional de la Corte Suprema en relación al número de sus integrantes

La Constitución, en su redacción originaria de 1853, establecía que el Alto Tribunal estaría compuesto por nueve jueces y dos fiscales (artículo 91). Si bien es por todos conocido que el sistema judicial Federal en cuya cúspide se encuentra la Corte Suprema —incluyendo la asignación de funciones dada por la ley 48— fue tomado del modelo norteamericano (Carrió, 1989), en lo relativo al número de miembros de dicho órgano el constituyente no pudo dejar de tener a la vista, además, a una de sus fuentes más importantes, como fue la Constitución rivadaviana de 1826. Ello así, pues fue esta malograda Carta nacional la que, concretamente, preveía ese número de integrantes en su artículo 111 (el cuerpo judicial aparecía denominado en el artículo 110 como la “alta corte de justicia”).

Por su lado, la Suprema Corte estadounidense no tenía su determinación numérica constitucionalmente sino solo con rango legal (Corwin, 1942); en épocas fundacionales (1789) eran seis *justices*, en 1807 se amplió a siete y recién en 1837 se lo estableció por ley en nueve integrantes.

Más tarde, durante la Guerra Civil ese número nuevamente varió, llegando a diez lugares en 1863 (Bianchi, 2008). Por fin, en 1869 la cifra se cristalizó en nueve magistrados. Número que ha pervivido pese a intentos de ampliación del tribunal como el que auspició en 1937 la administración Roosevelt.

En tales condiciones, en lo tocante al número de jueces, es posible sostener que fueron ambas fuentes —el documento constitucional de 1826 y la ley norteamericana de 1837— las que pudieron inspirar a los constituyentes de 1853. El proyecto elaborado en 1852 por Juan Bautista Alberdi nada decía sobre el número jueces de la Corte Suprema, cabeza del *poder judicial de la Confederación* (artículo 93).

Sin embargo, en la primera reforma del texto argentino (1860) se eliminó la referencia al número de magistrados y, siguiendo el ejemplo norteamericano, lo dejó en manos del Congreso, órgano que dictó la ley 27 por la que se lo fijó en cinco ministros, y así comenzó a funcionar el Máximo

(1) Con posterioridad (estando en proceso de referato el presente trabajo) los candidatos propuestos para la Corte Suprema de Justicia, Dres. Rosatti y Rosenkrantz, obtuvieron el pertinente Acuerdo por parte del Senado de la Nación, habiendo ya jurado y tomado posesión del cargo el primero de ellos (N. del a.).

Tribunal en 1863, durante la presidencia de Mitre. La ley número 27, de octubre de 1862, regula la “Organización de la Justicia Nacional”. Como bien apunta Santiago Legarre (2008) no fue ésta la primera norma en tal sentido, sino la sucesora de la ley número 182 del Congreso de la Confederación Argentina, que sesionó en Paraná durante la presidencia de Urquiza.

Si bien la fijación vía legal es plausible mediante una interpretación del artículo 108 de la Constitución Nacional, tal como lo explicaba entre otros, Bidart Campos (2005), por nuestra parte, estimamos que resulta preferible la inserción del número en el propio articulado constitucional, lo que evitaría los continuos cambios en la composición y, por ende, robustecería la idea de unidad y continuidad del órgano. Así pensaba Bryce, quien expresaba que la ausencia de determinación de la composición era un punto débil en la estructura constitucional (Colautti, 1998).

Casi un siglo después, en febrero de 1960 —con la presidencia de Arturo Frondizi—, y consultados los propios jueces que la integraban que arguyeron sobrecarga de tareas, se modificó el número y se lo elevó a siete, más el procurador general (ley 15.271). La acordada del 25 de agosto de 1958 (Fallos 241: 112), en la que se sugería el número de nueve miembros, aparece firmada por Alfredo Orgaz, Benjamín Villegas Basavilbaso y Julio Oyhanarte, con la disidencia de Aristóbulo Aráoz de Lamadrid, quien opinó que resultaba prematuro. A su vez, aquélla norma sustituía la redacción del artículo 23 del decreto-ley 1285/58 autorizando la actuación de la Corte Suprema mediante la conformación de salas.

Al respecto, anota Oteiza (2003: 328) que en el año 1958 el Tribunal Supremo “consideraba que las 2.000 causas ingresadas al año determinaban que fuera imperioso instrumentar una modificación en su estructura y entendía que una de las soluciones posibles era la ampliación de su integración” argumento que, como veremos más abajo, no sólo no aporta una respuesta eficaz sino que, por el contrario, parece agravar el problema diagnosticado.

Además, según refieren Tanzi (2006) y Bianchi (2016) esta modificación agravó las tensiones existentes con el presidente del cuerpo, Alfredo Orgaz, que culminaron con la salida de éste de la Corte Suprema arguyendo “cansancio moral”, lo cual no deja de ser llamativo, habida cuenta que el mencionado jurista cordobés había firmado, como dijimos más arriba, la Acordada registrada en Fallos 241: 112. Su lugar fue ocupado con la nominación de Esteban Ymaz.

El número fue otra vez modificado en 1966 cuando, bajo un gobierno de facto, se operó su reducción; la ley 16.895, en su artículo 1°, sustituía el texto del artículo 21 del decreto-ley 1285/58, quedando esta norma redactada de la forma que sigue: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por cinco jueces y un procurador general. Tendrá su asiento en la Capital Federal y designará su Presidente (...)”. Cabe apuntar que la designación del presidente del tribunal ya la venían haciendo los magistrados, en la práctica, desde 1932, conforme lo recordara la acordada 44/89 en su considerando 12 (2). En los Estados Unidos, por su parte, el *Chief Justice* continúa siendo designado por el presidente de la Nación.

Décadas más tarde, en la etapa de recuperación institucional y democrática iniciada en 1983 y como producto de las deliberaciones y análisis llevados a cabo por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, una de las propuestas vertidas (1987) fue la ampliación de la Corte Suprema a siete integrantes. El proyecto presentado por el Poder Ejecutivo no estuvo exento de críticas por parte de la doctrina (Levene, 1989), y no culminó exitosamente en la reforma pretendida.

(2) El último presidente constitucional que designó al presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue Hipólito Yrigoyen, horas antes de ser derrocado por el golpe de estado de septiembre de 1930, cuando firmó el nombramiento como cabeza del tribunal de José Figueroa Alcorta. El decreto no llegó a ser publicado con motivo de la sedición. Este magistrado, junto al resto de los ministros y el procurador general suscribieron, días después, la acordada del 10-09-1930 de reconocimiento al gobierno de facto encabezado por Uriburu, escribiendo una de las páginas más penosas en la historia institucional del Tribunal Supremo.

Arribados al año 1990 (presidencia de C. Menem) nuevamente se decidió echar mano a la composición del órgano variando el número de sus integrantes y llevándolo a nueve, en una decisión del Legislativo (ley 23.774) que fue de las más criticadas y llevó, incluso, a la renuncia en señal de protesta de uno de los juristas que integraban el tribunal, Jorge Antonio Bacqué.

En los prolegómenos de esa reforma, la propia Corte asumió una posición de manera pública dictando la acordada 44/1989, de fecha 22 de septiembre de 1989 (Fallos 312: 1513), en la que criticó el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso en cuanto se ampliaba la composición del cuerpo y admitiendo que, si bien ello era posible (“aunque entren formalmente en las atribuciones legales de otros poderes”), su ejercicio brusco afectaba los valores de independencia y estabilidad del sistema judicial (considerando 4).

Además, se contestaron allí dos de los principales argumentos que se esgrimieron en el proyecto, cuales eran la atención del creciente volumen de causas que ingresaban al Tribunal y aportar a la “mayor autoridad académica de (los) fallos” (v. considerando 7), razones que intentaremos abordar en el acápite que sigue.

Por otro lado, la mayoría de la Corte sí daba público apoyo (considerando 12, segundo párrafo) a las modificaciones procesales introducidas a los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que instrumentalizaron la herramienta del *writ of certiorari* en nuestro derecho positivo, por el que se autoriza desechar los remedios extraordinarios que no posean un agravio federal suficiente, contengan cuestiones federales insustanciales o cuyos asuntos no tengan trascendencia (Sagüés, 2005). En ese orden de ideas, se respondían previsibles críticas a la utilización de ésta con una interesante argumentación apoyada en la obra de J. Rawls. Para la Corte, los cambios introducidos “resulta[ba]n compatibles y adecuad[o]s a la racionalización de sus tareas jurisdiccionales”.

Esta acordada suscripta por los ministros Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi y Jorge A. Bacqué tuvo la disidencia del propio presidente de la Corte Suprema, José Severo Caballero, quien a consecuencia de ello presentó su renuncia al liderazgo del cuerpo colegiado.

En efecto, se lee en el texto de la acordada número 45, del 26 de septiembre de 1989 (Fallos 312: 1519), una puntual referencia a “las divergencias surgidas en el seno del Tribunal con ocasión de los criterios expuestos por el suscripto [J. S. Caballero] en la acordada N° 44/89”. El magistrado había sostenido, días antes, que no competía al Tribunal expedirse sobre el asunto, por ser una cuestión abstracta [por temprana] que podría comprometer, en el futuro, el dictado de decisiones sobre el tópico.

Por último, cabe recordar que impulsada por la entonces senadora nacional Cristina F. de Kirchner, en 2006 el Congreso dictó la ley número 26.183, que regresó al número de cinco jueces, estableciendo además un régimen de transición hasta que se alcanzare esa cifra de integrantes (artículos 2° y 3°). Es la norma vigente.

III. Argumentos y contraargumentos

A lo largo del tiempo se han ido presentando diversos argumentos en procura de defender el aumento del número de jueces de la Corte Suprema, razones que, de manera general y esquemática, tienen que ver con los siguientes puntos centrales:

1. por un lado, la necesidad de que esa integración ampliada refleje la diversidad de opiniones y corrientes del pensamiento jurídico actual, exigencias vinculadas con una mirada plural y democrática en la toma de decisiones judiciales;

2. en segundo lugar, se dijo en épocas pretéritas que el aumento se justificaba en pos de lograr, como recordaba en un trabajo crítico Fucito (1991), una elevación de la calidad doctrinaria que, es de suponer, redundaría en elevar, a su vez, la calidad de las sentencias dictadas;
3. por último —y como motivo más esgrimido— la mayor carga de trabajo generada por un mayor y creciente índice de litigiosidad y el aluvión de casos que llegan a ese cuerpo judicial.

En el presente acápite intentaremos analizar y responder estos argumentos, anticipando desde ya que nos concentraremos, por su mayoritaria utilización entre quienes defienden la ampliación del número, en el expuesto en tercer lugar.

En cuanto el primero de ellos, obvio resulta que es valioso y necesario que en la Corte Suprema convivan los distintos enfoques sobre el derecho, que se propicie el debate serio y la pluralidad de miradas sobre los fenómenos jurídicos y, sobre todo, en torno a las cuestiones de trascendencia constitucional, objetivos en los —consideramos— nadie puede estar en desacuerdo.

Empero, cabe interrogarse si ello no está ya garantizado con el número actual, pues parece razonable esperar que con cinco integrantes ello exista y se dé con normalidad. Al respecto, podemos válidamente preguntarnos ¿qué plus otorgaría el número de siete (y anotamos esta cifra porque es sobre la que se viene insistiendo) que no esté contenido en los cinco previstos actualmente?

También ello fue analizado y refutado por la Corte en la ya mencionada acordada 44/89, cuando se puso de relieve que en las más de doce décadas que llevaba actuando (en esa época) se habían expuesto “opiniones y pensamientos, criterios y filosofías, posiciones y principios variados y opuestos” y se destacaba el valor de los votos concurrentes y en disidencia. Concluía la mayoría de la Corte diciendo que, con el número de integrantes que históricamente había regido (cinco miembros), el debate de ideas se había desarrollado “plena y fecundamente”.

Por otro lado, la saludable e imprescindible pluralidad de miradas y de enfoques no puede exagerarse al punto de pretender contener a todas las escuelas y subescuelas del derecho (una miriada de “ismos”) pues ello dificultaría en forma notable los puntos de conexión entre sus adscriptos y, por ende, el necesario consenso para arribar al dictado de las sentencias. La Corte Suprema no es un gabinete de experimentación o especulación académica y no podemos perder de vista que el Tribunal, en tanto cabeza de uno de los poderes del Estado, forma parte del gobierno de éste.

En relación al segundo argumento —el mejoramiento de la calidad doctrinaria de los miembros de la Corte Suprema— es, tal vez, el más fácilmente rebatible de los tres presentados, pues la experiencia histórica de la década posterior a la ampliación del cuerpo mediante la ley 23.774 parece indicar lo contrario, salvo excepciones, si bien no dejamos de reconocer que se trata de un tema harto subjetivo y de muy dificultosa comprobación empírica.

A lo sumo, entonces, podemos contabilizar percepciones sociales sobre la mayor o menor cualificación de los miembros de la Corte designados en la presidencia Menem. Como se ha destacado, “[l]a realidad empírica relevante (...) es que los juristas designados por el Presidente Alfonsín eran *considerados* muy calificados mientras que la mayoría de los designados por el Presidente Menem era *considerados* menos calificados” (Kapiszewski, 2006: 10).

La misma Corte se había referido, en la aludida acordada 44/89, a la pretensión de la elevación de la calidad intelectual de los pronunciamientos mediante el aumento del número de magistrados, recordando con las palabras arriba consignadas, su propia experiencia centenaria.

En realidad, cabe concentrarse en el último de los motivos enunciados (en rigor no es sólo un argumento sino, más bien un conjunto de ellos, enlazados, que nosotros —por razones de economía discursiva y comodidad en la exposición— agrupamos y simplificamos).

Ello, pues no sólo y como dijimos más arriba, es el más utilizado en los debates generados al respecto (*v. gr.* los suscitados en 1960 y en 1990), sino porque es el que, arropado bajo los auspicios de las nociones economicistas (3) de *celeridad, eficiencia y eficacia* resulta, *a priori*, más atractivo.

Sin embargo, a poco que se examine, ese conjunto de razones pierde consistencia pues si el número de expedientes que arriban a la Corte crece sin freno y ello, a su vez, ameritara sumar más integrantes, fácil es concluir que esa solución resulta insostenible en el tiempo pues llevaría a conformar un órgano multitudinario *ad infinitum*, lo cual es absurdo.

Por otro lado, no puede perderse de vista, como lo refiere Badeni (2004) recordando advertencias de Bielsa, que a más jueces, más demora en el tiempo del dictado de sentencias, lo que se emparenta con la afirmación efectuada al comenzar los noventa, con apoyo en ejemplos de esa época, por Fucito: "(...) el aumento del número de jueces de cualquier tribunal tiene poco efecto sobre la eficiencia —aunque a primera vista parezca lo contrario—, salvo para disminuirla, si se parte de la misma estructura burocrática y procesal" (1991: 781). Además, el autor criticaba la falta de asidero técnico organizacional de quienes propugnaban el aumento de cinco a nueve magistrados en aquellos días.

También ese argumento fue refutado por Carrió (1989) quien, además, presidió la Corte Federal entre 1983 y 1985, al recordar los contraargumentos esgrimidos contra la ampliación del cuerpo establecida por el Congreso durante la presidencia de Arturo Frondizi, variación que no se tradujo ni en una mejora del tiempo en la elaboración de las sentencias ni en una mayor calidad de éstas.

Y es que parece obvio que, a mayor número de magistrados que deban intervenir en la decisión de las causas sometidas a conocimiento de la Corte, mayor será el tiempo que insuma la elaboración, discusión y firma de los productos jurisdiccionales finales.

Este era, asimismo, uno de los principales motivos del rechazo que suscitó en la doctrina el proyecto de reforma enviado por el Poder Ejecutivo Nacional en 1987, sintetizado por un autor de la época: "Entendemos por el contrario que al elevarse de 5 a 7 los Jueces lo que se provoca es una tardanza mayor para resolver las causas (...)" (Levene, 1989: 1297) (4).

Ello así, aun teniendo en cuenta la enorme estructura de apoyo con que cuentan los jueces del alto tribunal (secretarios letrados, prosecretarios, relatores y auxiliares de todos estos funcionarios), pues si bien éstos muchas veces preparan borradores o directamente proyectos de sentencias, votos concurrentes o disidencias individuales, la circulación del propio expediente con sus antecedentes y actuaciones agregadas en caso de haberlas, en un circuito de filtros (los colaboradores del juez) y en el que, es presumible, sólo intervienen los ministros al final de cada una de las "estaciones", con sus posibles reenvíos o recirculaciones ("dando las vueltas que sean necesarias") (Carrió, 1989: 1134) tornaría más lenta la toma de la decisión, esto es la firma en el acuerdo de los jueces.

Solo en cuanto a secretarios y prosecretarios letrados de la Corte Suprema de Justicia, Leticia Barrera (2009) estima su número, en base a un trabajo de campo con fecha de corte en 2007, en doscientos. En ese número no se computan empleados subalternos.

En los Estados Unidos, en cambio, según datos disponibles y recopilados al 2002, "trabajan algo más de 250 personas en la Corte. En realidad, el personal total de la Corte son menos de doscientos,

(3) Según el diccionario de la Real Academia Española, el término adjetivo *economicista* denota "que analiza los fenómenos sociales dando preferencia a los factores económicos".

(4) A propósito del autor citado en el texto principal, no podemos dejar de señalar que, apenas meses después de publicar su opinión, juró como ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en uno de los nuevos lugares abiertos merced a la ampliación dispuesta por la ley 23.774. Ricardo Levene (n.) se desempeñó en el alto Tribunal desde 1990 hasta 1995.

y prácticamente cien son de las fuerzas del orden” (Highton, 2003: 34). Por su parte, el profesor norteamericano Lawrence Baum (1994) refería que, para 1991 trabajaban entre funcionarios y personal de apoyo a la Corte aproximadamente trescientos veinte individuos, de los cuales más de la mitad ejercía labores de custodia y policía. Claro está que la Suprema Corte estadounidense, enmarcada dentro de su rol de tribunal constitucional no decide, por lo general más de cien casos por año judicial.

El panorama podría agravarse, aún más, si se pensara en instrumentar la actuación por salas (*v. gr.*, una civil y comercial, una penal, una laboral, etcétera), para la que, no obstante, no resulta necesaria una reforma constitucional como a veces se piensa sino que puede hacerse vía regulación legal, como de hecho lo hicieron varias normas modificatorias del decreto-ley 1285/58.

En la actualidad esta iniciativa es defendida, sobre todo, por el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, quien propone elevar el número de magistrados hasta diecinueve integrantes. También Sagüés (2005) mostró inclinación por la actuación de la Corte Suprema mediante salas.

Los principales problemas que se generarían, de modo gratuito al diagnóstico ya existente, se relacionan con el perfil casatorio que asumiría de modo impropio —mejor dicho que acentuaría— la Corte Suprema, en desmedro de su originario rol constitucional y, fundamentalmente, con el riesgo de pronunciamientos contradictorios en determinados asuntos, entre esas mismas salas, lo que llevaría a la necesidad de tratamientos plenarios posteriores, con el consiguiente incremento en los tiempos que demandaría la adopción de las decisiones.

Piénsese, además, que la generación de doctrinas contrapuestas en cualquier área del derecho siempre resulta atentatorio del principio de seguridad jurídica, basado esencialmente en la previsibilidad.

Para finalizar, recurriremos una vez más al acervo de doctrina judicial del alto tribunal en la acordada 44/89, cuando recordó las palabras del *Chief Justice* de la Suprema Corte estadounidense en la década de 1930 Charles Evans Hughes, quien se opuso a la ampliación del órgano que integraba propulsada por el presidente Franklin D. Roosevelt, y manifestó que “un aumento en el número de jueces de ese tribunal no promovería la eficacia de éste, que actúa como una unidad; habría sí —agregó— que escuchar a más jueces, conferenciar con más jueces, discutir con más jueces, vencer o ser convencido por más jueces” (considerando 6°, último párrafo).

IV. Bibliografía

BADENI, Gregorio (2004). *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley. T. II.

BARRERA, Leticia (2009). “La circulación de expedientes y las formas de los expertos legales: agencia y sujeto en la Corte Suprema argentina”, en: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 10 Número 1. Buenos Aires: Universidad de Palermo. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica09.pdf [Fecha de consulta 19/02/2016].

BAUM, Lawrence (1994). *La Suprema Corte. Función y comportamiento en la sociedad norteamericana*. Traducción de Cristina Piña. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.

BIANCHI, Alberto B. (2008). *Historia Constitucional de los Estados Unidos. Colonia, emancipación, crecimiento y consolidación (1620-1920)*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica. I.

— (2016). “¿Cuántos jueces debería tener la Corte Suprema?”, en: *DPI Cuántico. Derecho para Innovar. Diario Constitucional y Derechos Humanos*. Número 98. 01-02-2016. Disponible en: https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/01/bianchi_constitucional_01.02.2016.pdf [Fecha de consulta 08/03/2016].

BIDART CAMPOS, Germán J. (2005). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar. 2-B.

CARRIÓ, Alejandro D. (1996). *La Corte Suprema y su independencia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

— (2004). “El número de jueces de la Corte”, en: *La Nación* (3 de agosto). Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/624036-el-numero-de-jueces-de-la-corte> [Fecha de consulta 11/02/2016].

CARRIÓ, Genaro R. (1989). “Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus problemas)”, en: *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires: La Ley. 1989-E, pp. 1131-1150.

COLAUTTI, Carlos (1998). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad.

CORWIN, Edward S. (1942). *La Constitución norteamericana y su actual significado*. Traducción de Rafael M. Demaría. Buenos Aires: Guillermo Kraft.

FUCITO, Felipe (1991). “Reflexiones sobre la efectividad de gestión de la Corte Suprema de Justicia y del sistema judicial en su conjunto”, en: *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires: La Ley. 1991-B, pp. 780-784.

HIGHTON, Elena I. (2003). *Justicia en cambio. Sociedad civil, abogados y jueces. Un nuevo proyecto para la administración de justicia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

KAPISZEWSKI, Diana (2006). “La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post-Menem” (traducción por Mariela Belski), en: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Buenos Aires: Universidad de Palermo. Año 7, número 1.

Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica01.pdf [Fecha de consulta: 10/02/2016].

LEGARRE, Santiago (2008). “Redescubriendo el quórum en la Corte Suprema: la ley 27 y su antecedente estadounidense”, en: *Revista de Historia del Derecho*. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Número 36. Buenos Aires, pp. 145-179. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4631198.pdf> [Fecha de consulta: 09/03/2016].

LEVENE, Ricardo [n.] (1989). “Aumento del número de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Avocación o ‘per saltum’ Análisis de un proyecto del Poder Ejecutivo Nacional”, en: *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires: La Ley. T. 1989-C, pp. 1297-1300.

MORELLO, Augusto Mario (1989). “La Corte intermedia”, en: *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires: La Ley. 1989-E, pp. 1051-1058.

OTEIZA, Eduardo (2003). “La Corte Suprema de Justicia de la Nación: el recurso extraordinario, la sobrecarga de tareas y la falta de una política judicial superadora”, en: Adolfo A. Rivas (dir.). *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 327-356.

PELLET LASTRA, Arturo (2001). *Historia Política de la Corte*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (1997). *Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

— (2003). “El número de jueces de la Corte”, en: *La Nación* (11 de junio). Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/502787-el-numero-de-los-jueces-de-la-corte> [Fecha de consulta: 13/02/2016].

— (2005). “La congestión de causas en la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en las cortes supremas provinciales”, en: *XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal* (septiembre 22-24, Mendoza, Argentina). Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados. Asociación Argentina de Derecho Procesal, pp. 452-462.

SAMPAY, Arturo Enrique (1975). *Recopilación, notas y estudio preliminar de las constituciones de la Argentina (1810/1972)*. Buenos Aires: Eudeba.

SANTIAGO, Alfonso [h.] (2001). “Historia de la Corte Suprema Argentina. Algunos lineamientos básicos y fuentes para su estudio”, en: *El Derecho*. Buenos Aires. T. 194, p. 966-996.

— (2014). *Historia de la Corte Suprema Argentina*. Buenos Aires: Marcial Pons.

TANZI, Héctor José (2006). “Historia ideológica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1955-1966)”, en: *Ius historia investigaciones*. Revista del Centro de Estudios e Investigaciones de Historia del Derecho de la Universidad del Salvador. Número 3. Buenos Aires: Universidad del Salvador. Disponible en: <http://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/view/1618> [Fecha de consulta: 02/02/2016].

YMAZ, Esteban y otro (2000). *El recurso extraordinario*. 3ra. ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Legislación

Constitución de la Nación Argentina [en línea]. Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/>

Constitución de los Estados Unidos de América [en línea]. Disponible en: <http://usconstitution.net/const.html>

Ley número 27 [en línea]. Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/>

Ley número 48 [en línea]. Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/>

Ley número 15.271 [en línea]. Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/>

Ley número 16.895 [en línea]. Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/>

Ley número 23.774 [en línea]. Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/>

Ley número 26.183 [en línea]. Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/>

Decreto-ley número 1285/58 [en línea]. Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/>

Acordada 44/89.

Jurisprudencia

Fallos 241: 112.

Fallos 312: 1513.

Fallos 312: 1519.

Fecha de recepción: 12-03-2016

Fecha de aceptación: 18-07-2016

El Estado argentino: ¿un Estado confesional o laico?

POR **MARIANA GUADALUPE CATANZARO ROMÁN** (*)

Sumario: I. Introducción. — II. El espíritu de la Constitución Nacional argentina. — III. Tratados internacionales. — IV. Otras leyes nacionales que demuestran los privilegios normativos de la Iglesia. — V. Una ambigüedad que excede al ordenamiento jurídico nacional. — VI. La necesidad de un Estado laico. — VII. Bibliografía.

Resumen: este trabajo se refiere a la disparidad que presenta el ordenamiento jurídico argentino, compuesto por enunciados normativos que responden en ocasiones a un sistema confesional y en ocasiones a un sistema laico. Se tratan además las implicancias que tiene la adopción de un modelo confesional o de un modelo laico, y se analiza más detenidamente si la ambigüedad que subyace en nuestro ordenamiento jurídico afecta el libre ejercicio de los derechos humanos.

Palabras claves: Estado - confesional - laico - derechos humanos

Is the Argentinean State Confessional or Secular?

Abstract: *this article refers to the disparity in the Argentinean Legal System, which is composed by normative statements at times responding to a confessional system and at times to a secular one. Furthermore, it will refer to the implicatures involving the adoption of a confessional model or a secular model, and will analyze more in detail if the ambiguity underlying our Legal System affects the free exercise of Human Rights.*

Keywords: *State - confessional - secular - human rights*

I. Introducción

Una mirada incluso superficial del ordenamiento jurídico argentino alcanza para descubrir que conviven enunciados normativos tanto de un Estado confesional como de un Estado laico. Conviene al desarrollo de este artículo recordar brevemente los conceptos de Estado confesional y Estado laico.

El Estado confesional es aquel que adopta una religión específica para sí. Escoge darle prioridad a una religión, aun reconociendo que se profesan otras creencias dentro de su territorio. Asimismo, existen Estados pluriconfesionales, aquellos que extienden algunas prerrogativas a varias denominaciones religiosas de su país. En ambos casos, si el Estado es confesional o pluriconfesional nos encontramos ante un Estado que, en principio, no niega la libertad de cultos sino que le da determinados privilegios a una o a varias religiones por las razones que estima corresponder.

Por su parte, el Estado laico se encuentra en las antípodas de este concepto. Desde luego no niega la religiosidad o las cosmovisiones, pero no otorga ningún privilegio o mención singular a ninguna de ellas. El Estado laico es aquel que se mantiene neutral respecto de todas las religiones.

De un Estado confesional podremos esperar que sus órganos de gobierno o judiciales sujeten algunas de sus decisiones a la confesión que sostiene, y funden otras sobre argumentos nacidos de los valores de esta confesión.

(*) Prof. Adjunta Interina de Introducción al Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

Por su parte, el Estado laico es un Estado que no solo no subvenciona ninguna religión, sino que además no promueve ninguna de ellas. No sostiene las ideas que ellas sostienen: todas las religiones o cosmovisiones —y por ende, los ciudadanos que practiquen o no sus creencias— se encuentran igualmente comprendidos por el modelo de Estado que eligió no optar por ninguna. Para toda la población de dicho Estado importa la plena libertad de conciencia y religión, y el Estado no la verá ni a ella ni a sus prácticas como minoritarias.

Considerando estas diferencias se hace lugar a la pregunta: ¿pueden subsistir enunciados normativos con sustento en criterios tan diferentes sin caer en contradicción?

En este artículo buscaremos poner a prueba la coherencia del ordenamiento jurídico argentino y buscar la elección que desde la perspectiva de los derechos humanos resista mejor los posibles embates.

II. El espíritu de la Constitución Nacional argentina

Tomemos algunos artículos concretos de la Constitución Nacional como testigos de lo que buscamos plasmar concretamente.

Lo primero que encontramos al leer la Constitución Nacional es un preámbulo que menciona los propósitos generales del Congreso General Constituyente, y que sostiene que aquellos deseos son para “nosotros, nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino, invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”.

La invitación pareciera extenderse a todos los habitantes del mundo. Sin embargo, se pregona que en Argentina, Dios es fuente de toda razón y justicia. Desde el preámbulo está presente la concepción teísta, no así una concepción atea o neutra. Es la fe en un Dios único, personal y providencial la que se invoca al momento de dictar la ley de leyes. La Constitución Nacional se convierte así en fundamento teísta del orden legal pero sin sujeción a ninguna iglesia en particular (Gelli, 2013: 15), al menos por el momento.

Haciendo un examen de los términos, pareciera que el constituyente recorta la invitación a habitar el suelo argentino a poco andar: le aclara al invitado que en Argentina se cree en un solo Dios.

Es el artículo 2 el que afina el lineamiento parcialmente general allí dado para ponderar de modo categórico a una sola de las religiones. Este artículo dice textualmente: “El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”.

Desde una perspectiva teórica del derecho constitucional se han dado dos interpretaciones al término sostener. Una de ellas que considera que el “sostener” hace referencia a “(...) el sustento económico, materializado en la inclusión de una partida para el clero secular en el presupuesto nacional” (Gelli, 2013: 36). La otra interpretación extiende el alcance del término “sostener” a otros asuntos que superan ampliamente la cuestión económica, y se refieren a proteger y defender los dogmas y creencias católicos, y particularmente traducirlos en legislación y políticas específicas (Gelli, 2013: 37).

Sobre la correcta interpretación del término “sostener” vale decir que, si bien hay razones para creer que el sostenimiento del culto católico apostólico y romano es a modo resarcitorio por ciertas expropiaciones de la época presidencial de Rivadavia, también hay sobradas razones para creer que también abarca (en los hechos concretos) otras esferas que trascienden el aporte económico. Es decir, el hecho de que se hayan suprimido los artículos que se referían a la atribución del congreso de evangelizar a los indios, el requisito de ser católico para ser presidente, los juramentos que obligatoriamente debían hacerse de modo concordante con el clero, entre otros, no implica necesaria-

mente una desvinculación con la Iglesia, y mucho menos una vinculación con la laicidad (1). Nos referiremos a este punto en concreto más adelante.

Por otro lado, es de notar que la libertad de culto está contemplada en los artículos 14 y 20 de la Carta Magna. El artículo 14 sostiene que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: (...) de profesar libremente su culto (...)”. Con esta breve redacción se menciona el derecho de profesar libremente el culto al que se adhiera, o a no profesar culto alguno, lo cual también es una opción. El artículo 20 recordará que los extranjeros también gozan del derecho a ejercer libremente su culto.

Este derecho incluye la realización de actos concretos de celebración, adoración o reverencia, y también la no participación en expresión espiritual alguna, según la conciencia individual lo señale. Cuando nos preguntamos cuáles son los límites en el ejercicio del derecho en cuestión, nos encontramos con el artículo 19, el cual es útil para suplir varias de las lagunas que puedan encontrarse en torno al ejercicio de este derecho (como al ejercicio de otros derechos). El artículo 19 de la Constitución pone tope a la intervención estatal en asuntos de índole estrictamente privada, entre las cuales se encuentra la práctica de determinada religión o no. El texto completo dice:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación se obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Hasta aquí la Constitución Nacional es teísta; sostiene el culto católico y permite la profesión de otros cultos. Es de notar, sin embargo, que estos otros cultos no tienen la mención especial de la Iglesia oficial. Hecho curioso, si hemos de considerar el artículo 16, que sostiene: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley (...)”.

Este artículo es la mejor referencia de la Norma Fundamental a la igualdad como a uno de los valores más esenciales del Estado. Empero, esta norma convive con la mención de un credo “favorito del Estado”. He aquí una nueva contradicción.

Con todas las cartas echadas sobre la mesa, diremos pues que aquí está el centro del problema. En ocasiones nuestra Constitución Nacional se vuelca por la laicidad, la protección de la intimidad, la libertad de cultos, y en otras menciones nos recuerda que el Estado Argentino es teísta (puesto que la norma ignora a los ateos y agnósticos) y que se sostiene el culto católico.

Carlos Santiago Nino se refería así a este asunto:

“El sostenimiento de un culto en particular implica violar el principio igualitario que está implícito en la idea de libertad de cultos: los que profesan el culto preferido tienen más facilidades para hacerlo que los que profesan otras religiones ó desean sustituir las prácticas religiosas por otras actividades que dan sentido a su vida. Estos otros individuos están contribuyendo con sus impuestos y otras cargas al culto privilegiado y deben adicionalmente sostener su propio culto ó actividad sustitutiva. Además de la dimensión económica, ese apoyo, aunque se limite al plano de la financiación de un culto, tiene un valor simbólico importante: implica considerar privilegiados a los ciudadanos que profesan el culto preferido sobre los que no lo hacen, que son así, implícitamente clasificados en una categoría inferior” (1992: 287).

(1) El ex artículo 67 de la Constitución imponía entre las atribuciones del congreso: inc. 15: (...) promover la conversión de ellos [los indios] al catolicismo. inc. 19: Aprobar o desechar (...) los concordatos con la Silla Apostólica; y arreglar el ejercicio del patronato en toda la Nación. El artículo 76 sostenía: Para ser elegido presidente y vicepresidente de la Nación se requiere (...) pertenecer a la comunión católica apostólica romana (...). Además, el artículo 80° indicaba: al tomar posesión de su cargo el presidente y vicepresidente prestarán juramento en los términos siguientes: “Yo, N.N., juro por Dios nuestro Señor y estos Santos Evangelios, desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de presidente (o vicepresidente) de la Nación, y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina. Si así no lo hiciere, Dios y la Nación me lo demanden”.

Con precisión, Nino critica la mención religiosa y refuerza la idea de que ella no se extiende solo a un asunto económico: basta con un recorrido superficial por oficinas públicas, colegios hospitales, rutas y caminos, cárceles, comisarías, etc., para corroborar que se impone una única religión, desalentando la pluralidad de opiniones en los temas espirituales.

La Dra. Cayuso por su parte, argumenta que si el Estado sostiene económicamente ese credo es porque lo considera verdadero y comulga con sus ideas, puesto que no daría recursos para algo que no apruebe o con lo que no comulgue (2011: 320-321).

Resulta evidente que el primer constituyente, al referirse al sostén del culto católico apostólico romano, invocó una creencia compartida por todos los legisladores entre los cuales no había originarios, protestantes, evangélicos, menos aún ateos y agnósticos. Va de suyo que no pretendemos negar lo que históricamente está corroborado, o las evidencias antropológicas respecto al tema. Sin embargo, no podemos evitar preguntarnos si son buenas razones para mantener dicha mención especial hasta hoy. Entendemos que la ambigüedad que mencionamos se explica desde lo histórico y tradicional, pero no alcanza para justificar suficientemente la cuestión normativa (2).

El artículo 19 se refiere a un Estado que se mantiene neutral en asuntos de índole privada de las personas y materia de creencias y que sólo intervendrá —sea cual sea la práctica y provenga de donde provenga— si se encuentran comprometidos los derechos de terceros o se afecte de modo expreso el orden o la moral pública. Desde esta perspectiva, sería esperable que el Estado no promueva ni adopte ninguna religión como favorita. Sin embargo, al mismo tiempo que la Constitución manifiesta no entrometerse en asuntos de índole privada, menciona una religión, cuando el verdadero sentido del reconocimiento de la autonomía personal excluye la posibilidad de que el Estado y sus normas señalen cuáles son los ideales de vida que desde una parcialidad se consideran correctos.

Así, el Estado tiene este gran cometido: intervenir para garantizar el derecho de los que deseen profesar sus creencias y/o garantizar los derechos de aquellos que vean su libertad de conciencia ciertamente amenazada. Si el ejercicio de un culto requiere o implica conductas perniciosas o molestas para terceros que no consienten o no pueden consentir con ellos, se justifica la intervención estatal en protección de tales terceros. Obviamente el daño a terceros no puede consistir en la molestia que ellos sufren al presenciar o conocer el ejercicio de cultos que no comparten a causa de sus propias actitudes de intolerancia respecto de tales cultos. El daño proveniente de la no aceptación del principio de autonomía personal no puede computarse a los efectos de la aplicación del principio (Nino, 1992: 281).

A estas alturas, y con ánimo de conocer los efectos colaterales de esta formulación del artículo 2 de la Constitución, debemos añadir que la mención de un solo credo, el primero para el Estado, puede condicionar a los legisladores al momento de tratar otros asuntos vinculados al ejercicio de los derechos humanos. Dicho de otro modo, mencionar una religión (que tiene dogmas únicos) implica que al menos oficialmente se abandona la neutralidad, corriendo el riesgo de empobrecer el debate democrático en cuanto a asuntos de toda índole, ya que cualquier clase de tema a tratar será atravesado por lo aceptable o no desde la perspectiva católica.

(2) Si bien es cierto que por la incautación de bienes del clero se resolvió compensar a la Iglesia, con el sostenimiento instituido en la Constitución quedaron saldadas todas las deudas por las incautaciones pasadas. Mantener ese argumento en la actualidad es totalmente falaz. Otro argumento es el denominado argumento *ad populum* ('dirigido al pueblo'), que implica responder a un argumento o a una afirmación refiriéndose a la supuesta opinión que de ello tiene la gente en general, en vez de al argumento por sí mismo. Este argumento pretende asociar a la verdad o a la supremacía porque la mayoría así adhiere. Otra falacia, la apelación a la tradición, (*ad antiquitatem*) consiste en afirmar que si algo se ha venido haciendo o creyendo desde antiguo, entonces está bien o es verdadero. Esta falacia asume que las causas que dieron lugar al comportamiento en la antigüedad continúan siendo válidas.

Así, se expone el Estado a la posibilidad de limitar el debate parlamentario toda vez que se traigan temas como SIDA, educación sexual, matrimonio, eutanasia, aborto, arte, medios de comunicación, etc. y ellos encuentren el estándar de lo bueno o malo conforme la Iglesia oficialmente reconocida como la sostenida por el Estado lo señale. Definitivamente cada legislador llevará consigo sus convicciones más profundas, pero el Estado no le señalará ninguna tendencia y los debates en ocasiones podrán ser más nutridos, plurales y democráticos, no encuentra lineamientos parciales acordes con una religión, sino valores compartidos que hagan a una base mucho más omnicomprensiva que apenas una religión. Evidentemente esto último es inválido en ocasiones. Al sancionarse la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo, por ejemplo, la iglesia católica tuvo que contemplar el cambio de paradigma familiar sin poder evitarlo. Como contrapartida, y como podía esperarse, tuvieron lugar las observaciones del clero sobre el origen de la existencia de las personas o la filiación post mórtem, entre otros temas (Serra, 2015).

III. Tratados internacionales

Si analizamos aun más profundamente la cuestión, debemos tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico ha dejado de graficarse como una pirámide normativa y ahora se representa mediante un bloque. Se encuentran en lo más alto de ese bloque no solo la Constitución Nacional sino también, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han sido ratificados por el Estado y aprobados por dos terceras partes del Congreso de la Nación.

Sobre la libertad de cultos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948, en su artículo 3 sostiene que “toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”.

Ese mismo año, Argentina ratificó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se establecía (artículo 18):

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho comprende la libertad de cambiar de religión o de creencias y la libertad de manifestar su religión o su creencia individual o comunitariamente, en tanto públicas como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observación de los ritos”.

Más tarde, en 1984, a pocos meses de haberse restablecido el sistema democrático en Argentina, se ratificó la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. El artículo 12 sostiene:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Como se puede observar, el sistema regional al que pertenecemos, y el universal de protección de los Derechos Humanos, se refieren a libertad de conciencia y religión, y en ese marco jamás se menciona un credo en particular.

Esa no mención es probablemente consecuencia de que en el marco internacional se prioriza un lenguaje omnicomprensivo, con el que todos los destinatarios de las normas se sientan identi-

ficados. Se parte por supuesto de la pluralidad de ideas y cosmovisiones. Esto no significa negar en modo alguno las religiones o las deidades, sino más bien tratar a todas ellas de igual modo. Sea cual fuere la religión que profesen, las personas sabrán que reciben igual trato, y que no hay religión o cosmovisión favorita en los ámbitos en que se originen (3).

No podemos dejar de mencionar que en julio de 2013, la República Argentina firmó la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (en el marco de la OEA). En dicho instrumento, en el capítulo I artículo 1, entre las definiciones, la Convención sostiene:

“Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o *preferencia*, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes” (el énfasis es nuestro).

Nótese que esta definición menciona “preferencias”, las cuales pueden constituir un trato discriminatorio en tanto puedan limitar el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad. Una clara señal de la preferencia que hace el Estado con la Iglesia católica es que toda la población cubre con sus impuestos todas las erogaciones exclusivamente católicas (paga a obispos, arzobispos, sacerdotes, curas, capellanes, vicarios, seminaristas, viajes de cualquier tipo de estos religiosos, sus viviendas, sus asistentes, sus asignaciones cuando pasan a retiro, sus encuentros ecuménicos y de toda clase).

También el inciso 2 de la misma Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia sostiene:

“Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”.

En esta misma línea para seguir ejemplificando respecto a los cuantiosos privilegios, diremos pues que el Código Civil y Comercial sostiene en su artículo 146 inciso c la personería jurídica pública de la Iglesia Católica. Esto significa que la Iglesia, en cuanto a su personalidad jurídica, está situada en lo más alto de los peldaños de estándares en cuanto a su ser, a la par misma del Estado Nacional. Y las asociaciones religiosas que no sean católicas se definen en el Código como personas jurídicas privadas, lo cual implica que su accionar pertenece a la esfera privada de la vida de las personas, distinto de la Iglesia Católica, que pertenece a la esfera pública.

Hay que notar que a pesar de que el nuevo Código Civil y Comercial constituye un avance en temas de igualdad, tales como las uniones convivenciales y los matrimonios igualitarios, y que estas contemplaciones son contradictorias a la dogmática de la Iglesia, la misma ley le otorga a ésta última supremacía y una mención especial.

IV. Otras leyes nacionales que demuestran los privilegios normativos de la Iglesia

Existen además varias leyes que directa o indirectamente privilegian a la Iglesia católica y remarcan así su supremacía por sobre las otras confesiones. Mencionaremos brevemente algunas de estas leyes.

(3) Por ejemplo en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) la mayoría de Estados partes tienen adeptos al catolicismo, ello no implica que en esa instancia los tratados se abstengan de mencionar a una religión como especial.

La ley 21.950 sancionada en marzo de 1979 sostiene en su artículo 1:

“Los Arzobispos y Obispos con jurisdicción sobre Arquidiócesis, Diócesis, Prelaturas, Eparquías y Exarcados del Culto Católico Apostólico Romano gozarán de una asignación mensual equivalente al 80% de la remuneración fijada para el cargo de Juez Nacional de Primera Instancia, hasta que cesen en dichos cargos”.

Este beneficio económico no incluye sólo a las autoridades de la Iglesia. En la ley 22.162, de 1980, el beneficio se extendió a los curas de parroquias situadas en zonas fronterizas.

Más tarde ese mismo año, el decreto 1928/80 extendió el beneficio a algunas otras “zonas que por su carácter también requieran la promoción de su desarrollo”.

La ley 22.430, derogada por ley 23.966, artículo 11 y restablecida en su vigencia por la ley 24.019, artículo 3 establecía una asignación mensual vitalicia para Sacerdotes Seculares del Culto Católico Apostólico Romano no amparados por un régimen oficial de previsión o de prestación no contributiva. Debe notarse que en todos los casos, estas asignaciones mensuales no constituyen específicamente sueldos, sino que vienen a ser adicionales a sueldos que los ministros reciben de otras fuentes. Esto se observa patente en el artículo 2 donde establece que de recibirse otros ingresos que no superen al doble del haber mínimo, el sacerdote es elegible para esta ley.

La ley 22.552 del 22 de marzo de 1982 sostiene que en caso de que el obispado, arzobispado o vicariato esté vacante, el beneficio otorgado por la ley 21.950 se pagará al obispado, arzobispado o vicariato.

Los beneficios económicos no incluyen solamente a aquellos ministros en funciones, sino que se extienden además a los individuos en formación religiosa. Así lo establece la ley 22.950 del 14 de octubre de 1983.

Como si fueran pocas todas las asignaciones dadas a los eclesiásticos, además de asignaciones por edad avanzada, por ejercicio de ciertos cargos, por retiro prematuro, por ejercicio del cargo en zonas fronterizas, y por estar en formación, el Estado otorga pasajes sin costo para los ministros, a través del Ministerio de Exteriores y Culto. Así lo establece el decreto 1991/80 de fecha 19 de septiembre de 1980.

Podemos ver un caso de discriminación indirecta en Argentina al observar como funciona el Registro de Cultos. La ley 21.745 del 10 de febrero de 1978, conocida como Ley de Cultos, dice en los dos primeros artículos:

“Artículo 1º: Créase en el ámbito del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto el Registro Nacional de Cultos, por ante el cual procederán a tramitar su reconocimiento e inscripción las organizaciones religiosas que ejerzan sus actividades dentro de la jurisdicción del Estado Nacional, que no integren la Iglesia Católica Apostólica Romana.

Artículo 2º: El Poder Ejecutivo procederá a establecer las condiciones y recaudos que deberán cumplirse para obtener el reconocimiento e inscripción en el Registro Nacional de Cultos. Dicho reconocimiento e inscripción serán previos y condicionarán la actuación de todas las organizaciones religiosas a que se refiere el artículo 1º, como así también el otorgamiento y pérdida de personería jurídica o, en su caso, la constitución y existencia de la asociación como sujeto de derecho”.

La reglamentación de esta ley establece decenas de requisitos para las denominaciones no católicas que deseen registrarse. El cuestionario que los solicitantes deben llenar para inscribirse es tan riguroso que incluye preguntas no sólo sobre asuntos formales de la estructura de la organización, sino también sobre asuntos doctrinarios, cantidad de miembros, libros sagrados, entre otros. Repercute entonces negativamente en las entidades que no consiguen completar exitosamente todos los requisitos (por ejemplo, porque tienen una estructura que no contempla los ítems de los formularios o autoridades a nivel mundial exigida por la reglamentación referida).

El registro provee de una cierta legalidad a las entidades allí inscriptas. Pues, a pesar de no tener potestad para sancionar a las agrupaciones religiosas que se congregan sin autorización, la única manera de acceder a algunos beneficios tales como exenciones impositivas, es hallarse en él.

La ley 24.483 de 1995 extendió la personería jurídica pública a los institutos Vida Consagrada. Además, esta ley facilita el trámite de inscripción de dos instituciones dependientes de la Iglesia católica a fin de obtener su persona jurídica, que como mencionamos, es engorroso para las demás confesiones.

También en 1995, durante la presidencia de Carlos Saúl Menem, se sancionó el decreto 491/95, que establece que la disposición de bienes entre los Institutos de Vida Consagrada, que comparte con la Iglesia su persona jurídica por ser parte de ella, pueden hacerse sin intervención del Estado, sino simplemente mediante arreglos internos.

Más adelante, el decreto 448/96 permitió a las instituciones católicas simplificar el trámite constitutivo de las instituciones presentando un documento sintetizado del acta.

En 1998 se sancionó el decreto 1233/98, que estableció que, a diferencia de los ministros de otras denominaciones, ya no es competencia del Estado entregar estas credenciales, sino que la Iglesia se encargará de hacerlo.

Incluso la famosa Ley de Medios, ley 26.522, a pesar de la amplitud de participación que tuvo, no consideró la variedad religiosa y de modo grosero adjudicó a la Iglesia católica espacios de comunicación muchísimo más numerosos que a los pueblos originarios y casi los mismos que a las universidades: en la distribución de señales de TV digital terrestre se le han otorgado 24 señales televisivas a la Iglesia, pero ni una sola a otras denominaciones religiosas.

V. Una ambigüedad que excede al ordenamiento jurídico nacional

Hasta aquí hemos analizado normas del ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, lo propio ocurre en las distintas constituciones provinciales, donde se pueden encontrar formulaciones similares tendientes a la protección y sostenimiento del culto católico. Un análisis más detallado del ordenamiento provincial excedería los límites del presente artículo, pero permítasenos mencionar a modo de ejemplo las constituciones de las provincias de Buenos Aires, Salta, Tucumán, Santiago del Estero, La Rioja, San Luis y Catamarca. Estas explicitan el sostenimiento del culto católico, en los artículos 9, 11, 26, 17, 11, 7, y 4 respectivamente.

VI. La necesidad de un Estado laico

Es de notar que Audi sostiene que de la doctrina de separación institucional se derivan tres principios más específicos. Primero, el principio libertario: el Estado debe permitir la práctica de cualquier religión (ello contemplado en el artículo 14 de la Constitución). Segundo, el principio igualitario, que precluye la posibilidad de que el Estado otorgue preferencia a una religión por sobre otras (si bien luego de la reforma constitucional de 1994 se modificaron las exigencias a las personas que desearan acceder a cargos públicos pertenecer al credo oficial, aún se sostiene a la Iglesia católica y se le otorga el estatus de persona pública conforme en Código Civil vigente y otras leyes que ponderan esta religión sobre otras). Tercero, el principio de neutralidad, en pro del cual se promueve la pluralidad, impidiendo que el Estado promueva una religión específica o desalentando actitudes no religiosas (Audi, 1989: 259 y ss.).

Focalizando en este último principio, el de neutralidad, traemos los dichos del profesor Peces-Barba, que nos remite no solo a una cuestión jurídica sino histórica y política:

“Vincular laicidad con democracia es, desde otro punto de vista, reconocer la autonomía de la política y de la ética pública frente a las pretensiones de las iglesias de dar una legitimación social al poder político, vinculándolo con su particular concepción de la verdad en relación con su idea del bien, de

la virtud o de la salvación. En el ámbito católico es un reflejo de agustinismo político, que no acepta que exista una luz propia y autónoma el mundo profano, y que sostiene que toda luz procede de Cristo a través de su Iglesia, no sólo en su ámbito propio, sino también en el de la sociedad política” (Peces-Barba, 2001).

La historia argentina ha evidenciado en cuantiosas oportunidades que la opción que por la confesionalidad se ha hecho ha repercutido negativamente y en detrimento de la autonomía política, y ello a su vez repercute negativamente en la vida institucional, producción normativa, etc. Así, en caso de tratarse asuntos como la educación, eutanasia, aborto, anticoncepción, adopción, matrimonio, arte, medios audiovisuales, homosexualidad, entre otros, existirá un tope estándar o “idea de lo justo o bueno” delimitado por aquel credo al que se eligió ponderar.

Queda en el ideario colectivo aquella invocación laica del Catedrático Español Llamazares Fernández:

“El poder político se ha ido emancipando de las ataduras y acorsetados religiosos, en especial de la ortodoxia doctrinal católica, recuperando su plena soberanía, incluso en un tema tan trascendental como la moral. Al fin comienza a regirse en sus decisiones políticas por la moral pública, como mínimo común ético consagrado por el Derecho, y no por moral privada alguna, por más legítima, respetable y mayoritaria que sea, pero que en un Estado democrático no se puede imponer a los ciudadanos que no la compartan” (2005: 8).

Otra cara de la laicidad es la que deriva de estas últimas referencias, que no es provechoso reducir o condicionar el accionar del Estado que se autodenomina soberano. De ocurrir eso, debiéramos esforzarnos para romper los lazos que condicionan la soberanía de aquel.

“Solo permanece invariable el objetivo: la igualdad y la libertad reales y efectivas de todos los ciudadanos, y la convivencia democrática y pacífica sobre la base de la tolerancia horizontal. La neutralidad del Estado, de las instituciones y de los poderes públicos sirven a ese objetivo. Solo desde la neutralidad, de la que la separación es un mero instrumento, se garantiza permanentemente la libertad de conciencia y la plena igualdad de todos los ciudadanos sin discriminación por razón de sus creencias o convicciones, en su relación con el Estado y la relación horizontal de unos ciudadanos con otros” (Llamazares Fernández, 2005: 11).

La laicidad, al tiempo que informa toda la acción del Estado y de los poderes públicos, para los que es norma obligada, garantiza la eficacia vinculante de la tolerancia horizontal como norma de convivencia que obliga a todos los ciudadanos a respetar a los otros y a su libertad de conciencia, de convicción o de creencia y, en definitiva, al pluralismo religioso, ideológico, étnico o cultural, suelo sobre el que se asienta la democracia y sin los que esta es imposible. Más aún: sólo sobre los cimientos de la laicidad es pensable el pacto por la república en virtud de la aceptación de unos valores como comunes y el consiguiente mínimo común ético, así como la regla básica de la convivencia de respetar los valores diferenciales, siempre que no entren en contradicción con los valores aceptados por todos. La laicidad ilumina así, con nueva luz, problemas tales como los referidos a la auténtica integración de los inmigrantes y de las minorías que también localizarán las preocupaciones y afanes académicos de la cátedra (Llamazares-Fernández, 2005: 12-13).

Por las razones expuestas, nos parece que el Estado debe ser religiosa e ideológicamente neutral para que exista total y completa libertad de conciencia y religión. Resulta contradictorio que el Estado promueva la libertad religiosa y de conciencia a la vez que pondera una sola religión. Para que se respete y promueva, el Estado relegará toda mención específica y considerará a todas las creencias como manifestaciones de la conciencia íntima de las personas, que son por tanto iguales y poseen derechos y obligaciones idénticos.

El empeño democrático debe consistir, en su dimensión más genuinamente progresista, “a fuer de liberal” frente a las tendencias conservadoras y fundamentalistas, en la consolidación de un modelo de sociedad abierta, interpretada como aquella buena sociedad que dijera Giovanni Sartori

(2001: 31), de carácter pluralista, basada en la tolerancia y en el valor de la diversidad. Esta es la respuesta que muchos piensan es la más racional y adaptada a los procesos de globalización y a la generalización de corrientes migratorias que están rompiendo los límites geográficos y políticos tradicionales de las viejas civilizaciones y continentes, y que algunos contemplan con temor, considerando que estamos ante un choque de culturas y religiones, es decir, ante un espectacular drama cósmico de confrontación de civilizaciones, expresado en la multiplicación del terror.

VII. Bibliografía

AUDI, Robert (1989). "The Separation of the Church and State and the Obligations of Citizenship", en: *Philosophy and Public Affairs*, vol. 18, N° 3, pp. 259 y ss.

BUSSO, Eduardo (1940). *Código Civil anotado*. Buenos Aires: Ediar. T. I. artículo 33, N° 32.

CAYUSO, Susana G. (2011). *Constitución de la Nación Argentina Comentada. Claves para el estudio inicial de la Norma Fundamental*. Buenos Aires: La Ley.

GELLI, María Angélica (2013). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. 4ª ed. 6ª reimp. Buenos Aires: La Ley. T. I.

KELSEN, Hans (2010). *Teoría general del derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (2005). "A modo de presentación: Laicidad, libertad de conciencia y acuerdos del Estado con las confesiones religiosas", en: *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*. Madrid: Cátedra de Laicidad y Libertades Públicas Fernando de los Ríos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson S. L.

LLAMBÍAS, Jorge (1997). *Tratado de Derecho Civil, parte general*. Buenos Aires: Perrot, T. II.

NINO, Carlos S. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitución*. Buenos Aires: Astrea.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (2001). "Pluralismo y laicidad en la democracia", en: *El País*. 27 de noviembre.

SERRA, Laura (2013). "El kirchnerismo incorporó en el Código Civil reclamos de la Iglesia", en: *La Nación*, 21 de noviembre. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1640141-el-kirchnerismo-incorporo-en-el-codigo-civil-reclamos-de-la-iglesia> [Fecha de consulta: 28/07/2015].

SARTORI, Giovanni (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Buenos Aires: Taurus. Citado en: Llamazares Fernández, Dionisio (2005). "A modo de presentación: Laicidad, libertad de conciencia y acuerdos del Estado con las confesiones religiosas", en: *Libertad de conciencia y laicidad en las instituciones y servicios públicos*. Madrid: Cátedra de Laicidad y Libertades Públicas Fernando de los Ríos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson S. L.

Legislación

Constitución de la provincia de Buenos Aires.

Constitución de la provincia de Salta.

Constitución de la provincia de Tucumán.

Constitución de la provincia de Santiago del Estero.

Constitución de la provincia de La Rioja.

Constitución de la provincia de San Luis.

Constitución de la provincia de Catamarca.

Ley número 21.950. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires.

Ley número 22.162. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires.

Ley número 22.430. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires.

Ley número 23.966. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires.

Ley número 24.019. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires.

Ley número 22.552. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires.

Ley número 21.950. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires.

Ley número 22.950. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires.

Ley número 21.745. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires.

Ley número 24.483. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires.

Ley número 26.522. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires.

Decreto 448/96.

Decreto 491/95.

Decreto 1233/98.

Sitios web

Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Disponible en: <https://www.mrecic.gov.ar/userfiles/resecul-107-2014-69915.pdf> [Fecha de consulta: 25/04/2016].

Fecha de recepción: 29-04-2016

Fecha de aceptación: 01-08-2016

La división o separación de poderes (de la teoría clásica a lo que ocurre en la realidad)

POR VALERIA L. ANSELMINO (*)

Sumario: I. Introducción. — II. La teoría clásica de la división de poderes. — III. La separación de poderes en la Constitución Nacional. — IV. La desnaturalización del principio. Violación de la Constitución Nacional. — V. Conclusión. — VI. Bibliografía.

Resumen: sabido es que el rasgo esencial del estado constitucional es la limitación y el control del poder por medio de la división del mismo, creándose un sistema de frenos y contrapesos cuyo objetivo es que cada órgano gubernativo se desempeñe dentro de su respectiva órbita constitucional en forma independiente pero coordinada. Esta fragmentación está destinada a preservar el goce de la libertad de los habitantes y la plenitud de sus derechos constitucionales. La fiscalización que cada uno de los órganos del gobierno ejerce con respecto a los otros es la característica distintiva del principio de división de poderes, que dentro de la Nación Argentina, de acuerdo al artículo 104 de la Ley Fundamental, queda reflejado en un gobierno Nacional de poderes delegados, determinados y definidos. La práctica constitucional y la evolución socioeconómica del país deja en evidencia que el órgano Ejecutivo es quien se privilegia por sobre el Legislativo y el Judicial. De esta manera, no puede estarse ajeno a la realidad que significa reconocer la fortaleza del Poder Ejecutivo —no por imperio de la Carta Magna, sino por el propio peso de las circunstancias— y el peligro inminente que encierra la convalidación institucional de actos celebrados por dicho poder en ejercicio de facultades que no le son propias, por lo menos, en nuestro sistema.

Palabras claves: poder - división - órganos - limitación - libertad

Division or separation of powers (classical theory to what happens in reality)

Abstract: *it is known that the essential feature of the constitutional state is the limitation and control of power through the division of the same, creating a system of checks and balances to help ensure that each government body will perform within their respective constitutional orbit independently but coordinated. This fragmentation is intended to preserve the enjoyment of freedom of the citizens and the fullness of their constitutional rights. The audit each of the organs of government exercises over others is the hallmark of the principle of separation of powers, that within the Argentina Nation, according to art. 104 of the Basic Law, I reflected in a national government delegates, determined and defined powers. The constitutional practice and the socioeconomic development of the country shows clearly that the executive organ is who favored over the Legislative and Judicial. Thus, you can not stay oblivious to the reality that means recognizing the strength of the executive branch-not by rule of the Constitution, but by the sheer weight of the circumstances and the imminent danger posed by institutional recognition of events held by that power from powers that are not your own, at least in our system.*

Keywords: *power - division - organs - limited - freedom*

(*) Prof. de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

I. Introducción

A modo de aproximación de lo que se analizará en este trabajo, puede afirmarse —sin hesitación alguna— que la característica distintiva del estado constitucional es la limitación y el control del poder por medio de la división del mismo (Amaya y Salvadores de Arzuaga, 1992). Ello es lo que se conoce como la “doctrina de la separación de poderes”, enunciada por Montesquieu en su famosa obra *El espíritu de las leyes*, donde da a conocer que cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad; como así también que ésta no existe si el poder de juzgar no está deslindado de los poderes legislativo y ejecutivo (Montesquieu, 2003).

Con sencillez y claridad, este autor expone que cuando el poder se encuentra concentrado, la libertad está perdida; es decir, que la finalidad de dicho reparto es proteger la libertad y evitar el abuso del soberano (Iglesias, 1984).

De este modo, el legislativo, el ejecutivo y el judicial son los tres poderes considerados por Montesquieu que cumplen funciones esenciales: el primero hace la ley, el segundo la reglamenta a través de los decretos, y el tercero, la interpreta a través de sus sentencias.

Los movimientos revolucionarios e independentistas de fines del siglo XVIII y del XIX se nutren de este principio al punto tal que es la primera Constitución escrita (Estados Unidos, 1787-1789) la que adopta la “división de poderes” estableciendo un sistema de pesos y contrapesos entre los diferentes órganos. Éstos no son diseñados como compartimentos separados sino como partes relacionadas entre ellas y con controles recíprocos. Así se asegura al legislativo la facultad de destituir a los miembros del ejecutivo mediante el denominado juicio político. Al ejecutivo, por su parte, se le reconoce la posibilidad de oponerse a una ley sancionada por la legislatura mediante el veto que, a su vez, el legislativo puede superar insistiendo en su sanción por una mayoría especial de los legisladores presentes en la sesión. También se consagra la supremacía de la Constitución, a la que deben conformarse las normas jurídicas que se dictan en su consecuencia y la gestión de las autoridades de cualquier nivel. En cuanto a esta supremacía, el Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos —John Marshall—, en 1804, en el caso “Marbury v. Madison” extrae una facultad de los jueces que configura uno de los pilares de la separación de poderes: el control de constitucionalidad, por el cual el Tribunal anula los efectos de una norma jurídica si la halla contraria a la Ley Fundamental en la causa o pleito sometido a su conocimiento.

Estos frenos y contrapesos se logran consagrando, además, la independencia de los miembros de los poderes entre sí, de modo que ninguno pueda verse sometido a la voluntad del otro. Con ese propósito, se establece que un legislador no puede integrar o depender del órgano ejecutivo; que los ministros del Poder Ejecutivo no pueden desempeñarse simultáneamente como legisladores; que los jueces permanecen en sus cargos hasta tanto dure su buen desempeño; y que el presidente de la Nación, en ningún caso, ejerce funciones judiciales (Loñ y Morello, 2003).

De lo expuesto, se aprecia que el accionar de los tres poderes debe ser armónico y coordinado, pues si bien —como se vio— cada uno tiene atribuciones exclusivas, igualmente deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí (Estrada, 1895). Una solución contraria descompensaría el sistema constitucional que se funda en la posibilidad de que cada poder actúe con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales.

Pese a ello, muchas veces, resulta difícil cumplir la aludida doctrina en los términos en que fuera pensada y esbozada. Su inadecuado funcionamiento deriva —muchas veces— en un presidencialismo fuerte e hipertrófico (con subordinación del Legislativo y dependencia del Judicial) donde dicha “división de poderes” es conculcada de manera recurrente y la libertad es más violada que practicada (Serrafero, 2004).

En razón de lo dicho anteriormente, es que este trabajo pretende mostrar cómo la teoría clásica de la separación de poderes —instaurada por Montesquieu— fue virando con el correr del tiempo hasta transformarse y, quien dice, desnaturalizarse también en nuestros días.

Para un acabado entendimiento del tema se comenzará por reseñar los orígenes del principio de mentas y, luego, los antecedentes nacionales que influyeron en su adopción para nuestro sistema constitucional. A su vez, se abordará el cambio sufrido por el mismo a partir de reforma operada a la Carta Magna Nacional en el año 1994. El último tramo, intentará mostrar la desnaturalización de dicha doctrina a partir de la concreción de actos cuya iniciativa se debe al Poder Ejecutivo, lo que implicó —más allá del privilegio de éste— el desdibujamiento de los restantes: el Legislativo y el Judicial. A modo de corolario, se concluirá con las reflexiones personales que surgieron en virtud de la elección de la temática seleccionada.

II. La teoría clásica de la división de poderes

II.1. Orígenes

Con anterioridad a la formulación de la teoría expuesta por Montesquieu, sólo se encuentran meras clasificaciones de las funciones estatales que se fundan en argumentos de índole técnica. Debe llegarse a Locke para enfrentarse a un planteamiento en términos que puedan ser considerados como precursores de la concepción que va a exponer —más tarde— el mencionado autor de “El espíritu de las leyes”, que concibe la división del poder público como medio de asegurar la libertad del individuo, sobre la base de que el poder detiene al poder (Linares Quintana, 1956).

En Aristóteles se observa un remoto atisbo del principio en cuestión, cuando afirma que no es justo dejar el poder en manos de uno solo, aclarando —después— que en todo gobierno hay tres partes cuyo interés y conveniencia debe consultar el buen legislador. Agrega que una de ellas es la encargada de deliberar sobre los negocios públicos; la otra ejerce las magistraturas, siendo preciso determinar cuáles son las que tienen que establecerse, cuál debe ser su autoridad especial y de qué modo se deben elegir los magistrados; y la tercera es la que administra justicia. La parte que delibera es la que decide soberanamente de la guerra, de la paz, de las alianzas, de la ruptura de los tratados; la que hace las leyes, fiscaliza las cuentas del Estado y pronuncia las sentencias de muerte, destierro y confiscación (Aristóteles, 1988).

También Polibio expone una idea semejante a la anterior al decir que el gobierno de la república romana está refundido en tres cuerpos, y en los tres tan balanceados y bien distribuidos los derechos, que nadie puede decir con certeza si el gobierno es aristocrático, democrático o monárquico. Añade que si se atienen a la potestad de los cónsules, se dice que es absolutamente monárquico y real; si se lo hace a la autoridad del Senado, parece aristocrático, y si lo es al poder del pueblo, se juzga que es Estado popular (López, 1981).

Por su parte, Cicerón escribe que si en una sociedad no se reparten equitativamente los derechos, los cargos y obligaciones, de tal manera que los magistrados rengan bastante poder, los grandes bastante autoridad y el pueblo bastante libertad, no puede esperarse permanencia en el orden establecido.

A su vez, Marsilio de Padua pone en relieve la distinción entre los poderes legislativo y ejecutivo; aunque el sentido del concepto es más bien una rectificación del absolutismo que una real división del poder. Entiende que atribuida la soberanía (derecho fundamental) al pueblo, éste posee la función legislativa y el ejecutivo depende del legislativo.

Otros antecedentes radican en Cromwell, quien prescribe que la autoridad suprema legislativa de la república debe ser y residir en una persona y en el pueblo reunido en parlamento. Explica que

el ejercicio de la magistratura principal y la administración del gobierno son del lord protector; hallándose cuidadosamente limitados los poderes de éste y del parlamento (Linares Quintana, 1956).

Pero es el planteamiento de Locke el que se aproxima más a la concepción de Montesquieu, al distinguir y establecer una separación entre los poderes legislativo y ejecutivo. Afirma que el primero no sólo es el sumo poder de la comunidad política, sino que además permanece sagrado e inalterable en las manos en que lo pone la comunidad; aclarando —a su vez— que no es, ni puede ser absolutamente arbitrario sobre las vidas y fortunas de las gentes. Suma a lo dicho que al poder legislativo incumbe dirigir el empleo de la fuerza de la república para la preservación de ella y de sus miembros. Sostiene que en las repúblicas bien ordenadas, este poder se halla en manos de diversas personas, las cuales, debidamente reunidas, gozan de por sí, o conjuntamente con otras, del poder de hacer las leyes, mas hechas éstas, de nuevo se separan y quedan sujetos a las leyes que ellos mismos hacen, lo cual es otro vínculo estrecho que les induce a cuidar de elaborarlas por el bien público. Pero por disponer las leyes hechas de una vez y en brevísimo tiempo, de fuerza constante y duradera, y necesitar de perpetua ejecución o de especiales servicios, menester es —dice— que exista un poder ininterrumpido que atiende a la ejecución de las leyes en vigencia, y esté en fuerza permanente. Así acaece que aparezcan, a menudo separados, el poder legislativo y el ejecutivo. Señala, además, que otro poder existe en cada república, al que se lo puede llamar natural; éste es el que corresponde a cada hombre y que le pertenece desde antes de entrar en sociedad (Locke, 2006).

Sin embargo, es Montesquieu quien da al principio de la división del poder el sentido que actualmente se le atribuye. Expone su famosa teoría en el capítulo VI sobre la Constitución inglesa, del libro XI de su inmortal obra —ya citada— *El espíritu de las leyes*. Allí sostiene que en cada Estado hay tres clases de poderes: el legislativo, el ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Indica que el último se denomina poder judicial, y el otro, poder ejecutivo del Estado (Montesquieu, 2003).

Asimismo, precisa que estos órganos (específicamente el legislativo y el ejecutivo) pueden participar de otro poder sin confundirse con él. El legislativo tiene la facultad de examinar las acciones del ejecutivo y puede acusar a los ministros si considera que no actúan en conformidad con lo dispuesto en la ley. El ejecutivo, por su parte, participa del legislativo a través del derecho a veto que le permite rechazar las resoluciones del órgano legislador. Del mismo modo, el legislativo sólo puede sesionar a instancias del ejecutivo que lo convoca y durante el período que éste disponga; pero el ejecutivo está obligado a convocarlo al menos una vez al año para que resuelva sobre la recaudación de impuestos y las fuerzas armadas. Por último, si bien el órgano judicial no participa de los otros poderes, una de las cámaras del legislativo —Cámara de los Lores— actúa con él en tres instancias: cuando la aplicación de una ley implique una rigurosidad mayor que aquella que esta ley se propone establecer; cuando un particular viole los derechos del pueblo en un asunto público; y cuando el acusado sea un noble (Fuentes, 2011).

II.2. Antecedentes nacionales

Las virtudes inherentes al principio de la fragmentación del poder público son comprendidas por quienes echan los cimientos de las instituciones políticas argentinas. Resulta sorprendente comprobar cómo quienes actúan comprometidos en la tremenda e ininterrumpida lucha por la independencia primero y, luego, en pos de la organización constitucional definitiva de la patria, tienen la clarividencia necesaria para apreciar las excelencias de los principios básicos del gobierno constitucional.

Así, en los albores mismos de la emancipación política del país, aparece consagrado este principio, no sólo en las actas capitulares del histórico Cabildo de la ciudad de Buenos Aires correspon-

dientes a los días 24 y 25 de mayo de 1810 (1), sino también con el reglamento del 22 de octubre de 1811 aprobado por la Junta Conservadora, en cuya introducción se expresa que la base para fundarlo no es otra que la división de poderes legislativo, ejecutivo y judicial (Ravignani, 1939).

En cuanto a los fundadores del federalismo republicano en nuestra patria, cabe mencionar a Artigas, pues es el primero que estructura en el Plata la fórmula tripartita de división de poderes al modo clásico de Montesquieu. La concibe en una compleja dualidad: para el régimen supremo de la Nación, y para el gobierno interior de las provincias. Divide a ambos estamentos en poder legislativo, ejecutivo y judicial, los que jamás podrán estar unidos entre sí y serán independientes en sus facultades (Demicheli, 1955).

Entre los exponentes de la doctrina de Mayo, Esteban Echeverría manifiesta que el legislador, al organizar el Estado, divide la potestad social en tres grandes poderes, a quienes traza sus límites y atribuciones, los cuales constituyen la unidad simbólica de la soberanía democrática. El legislativo representa la razón del pueblo, el judicial su justicia, el ejecutivo su acción o voluntad; el primero labra la ley, el segundo la aplica, el tercero la ejecuta; aquél vota las erogaciones e impuestos y es órgano inmediato de los deseos y necesidades del pueblo; éste es el órgano de la justicia social, manifestada en las leyes; el último, administrador y gestor infalible de los intereses sociales. Agrega que estos tres poderes son independientes y que para mantener cierto quimérico equilibrio, se encaminan armónicos, por distintas vías, a un fin único: el progreso social (Echeverría, 1947).

Por su parte, Juan Bautista Alberdi escribe que para que sus procuradores no abusen del ejercicio de la soberanía delegada en sus manos, el pueblo reparte en diferentes mandatarios los varios modos con que ella puede ser practicada. Para ejercer la soberanía en la sanción de las leyes, entrega este poder al cuerpo legislativo. Para llevarla a cabo en la interpretación y aplicación de las leyes a los casos contenciosos ocurrentes, deposita esa función en manos del poder judicial. Para que las leyes se cumplan en los casos no contenciosos y se ejecuten las decisiones de los jueces, el pueblo encarga esta parte especial de su soberanía al poder ejecutivo. Y por fin delega otra parte en el poder municipal, que la ejerce en la administración de ciertos intereses locales e inmediatos, referentes a la justicia inferior, a la instrucción, a la policía judicial y administrativa, a la beneficencia, a los caminos y puentes, a la población o aumento de las ciudades, y a sus mejoras locales de todo género. Afirma que es esencial para el gobierno representativo la división de esas funciones de un mismo poder o la distribución de su ejercicio en diferentes ramas y autoridades, pues dondequiera que el gobierno existe indiviso en manos de un solo hombre, el sistema representativo no existe (Alberdi, 1928).

II.3. Fundamento

El sentido específico de la teoría de la división de poderes se encamina a asegurar el goce efectivo de la libertad del individuo, a través de la fragmentación del poder del Estado y de la existencia y funcionamiento de diversos órganos que, al desempeñar separadamente y coordinadamente las funciones estatales, se controlan y frenan recíprocamente, impidiendo que cada uno de ellos exceda su competencia constitucional con el consiguiente detrimento de la libertad de los habitantes.

Muchas veces, esto no se logra. Cuando alguno o todos los órganos investidos de las funciones estatales dejan de cumplir, en todo o en parte, o cumplen defectuosamente la esencial misión de fiscalización, control y freno con respecto a los otros poderes, el sistema falla por su base hasta el extremo de que no puede decirse que exista en rigor la división del poder, aunque formalmente

(1) En la cláusula séptima de las atribuciones fijadas por aquel Cabildo a la Junta de Gobierno el día 24, se prescribe que con el mismo objeto de consultar la seguridad pública, quedan excluidos los señores que componen la Junta provisional, de ejercer el poder judicial, el cual se refunde en la Real audiencia, a quien se pasan todas las causas contenciosas que no son de gobierno. Y en la cláusula novena se alude a que no puede imponer pensiones, pechos, ni contribuciones, sin previa consulta y conformidad de ese Excelentísimo Cabildo. A su vez, el acta del 25 de mayo reitera, en sus cláusulas séptima y novena, lo dicho anteriormente.

cada órgano desempeñe una de las tres funciones específicas: la de legislar, la de ejecutar y la de interpretar y aplicar la ley (Sánchez Viamonte, 1956).

III. La separación de poderes en la Constitución Nacional

Al igual que la Constitución de los Estados Unidos, la concepción adoptada por nuestro país en el año 1853 (oportunidad en que el Congreso General Constituyente reunido en Santa Fe, proclama la Ley Fundacional) es la que fragmenta el poder; tal cual lo pensado por Montesquieu.

Muestra de ello es que la Constitución Nacional, que en su segunda parte (llamada “orgánica”) dedica dentro del Título Primero denominado “Gobierno Federal”, tres secciones a cada uno de los órganos que componen el Estado: la primera, al Poder Legislativo, la segunda, al Ejecutivo y la tercera, al Judicial.

La ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional de 1994 (ley 24.309), pese a mantener la estructura antedicha, introduce modificaciones que impactan —directamente—, sobre el principio de la división de poderes; lo que habilita a pensar que el mismo sufre una transformación y expansión (Loñ y Morello, 2003).

Basta con observar el diagrama actual de la Carta Magna para advertir que existen otros órganos (distintos a los tres tradicionales) tales como la Auditoría General (artículo 85), el Defensor del Pueblo (artículo 86), el Consejo de la Magistratura (artículo 114) y el Ministerio Público (artículo 120). Éstos, absorben funciones de los anteriores (Consejo de la Magistratura), cumplen atribuciones que antes ejercían pero ahora lo hacen con mayor profundidad e independencia (Ministerio Público) o procuran abastecer una nueva dimensión de la protección de los derechos y garantías (Defensor del Pueblo) que antes no estaban suficientemente amparados. Si se analiza lo dicho, pareciera no existir mayor dificultad en considerar a estos nuevos importantes protagonistas como auténticos poderes; pues, además de las funciones que cumplen, actúan con una independencia tal que de no ser así resultaría imposible aceptarlos como tales (Loñ y Morello, 2003).

También las agrupaciones políticas, incorporadas en el artículo 38 de la Constitución Nacional, conmovieron la teoría en cuestión. En la aplicación que se hace de la concepción de Montesquieu en las constituciones del siglo pasado se asignaba al órgano legislativo las funciones de hacer la ley y ejercer el control del ejecutivo. Esta última a través de la interpelación, el juicio político y el voto de censura. El esquema presentado se complica por la intervención de los partidos políticos. Ellos introducen una nueva división entre los miembros de la legislatura: los representantes de la oposición y los que pertenecen al “oficialismo”, es decir, al partido gobernante. Estos últimos no practican el control de la acción del ejecutivo. Se aplican a tratar de obtener el máximo apoyo posible en la legislatura hacia las iniciativas y políticas emprendidas por el órgano ejecutivo. Además tratan de impedir que prosperen aquellas proposiciones de la oposición que tengan por finalidad procurar la modificación de la gestión gubernamental. Si el oficialismo cuenta con mayoría propia en la Cámara legislativa, se desprende que difícilmente el gobierno pueda verse molestado por la acción de la oposición. En razón del cambio descrito, la función de control ya no pasa más por la legislatura sino por la oposición dentro de la legislatura. Esto pone en evidencia la mutación operada en la práctica de la clásica separación de poderes y el riesgo que significa que la legislatura esté bajo el dominio de un partido. Este panorama está muy lejos del que había imaginado Montesquieu, en la que los legisladores debían actuar según sus convicciones y en la que no existían los partidos políticos (Loñ y Morello, 2003).

IV. La desnaturalización del principio. Violación de la Constitución Nacional

En los últimos tiempos —y previo a la asunción del nuevo gobierno en diciembre de 2015— se sucedieron en nuestro país diversos actos emanados de uno de los órganos del Estado que, más

allá dudar de su validez constitucional, pusieron en riesgo permanente la teoría de la cual viene haciendo referencia este trabajo: la fragmentación del poder. Se mencionarán a continuación sólo alguno de ellos.

1) Ante la grave emergencia pública en materia económica, social, financiera, cambiaria y política se dicta la ley 25.561 cuyo artículo 9 autoriza al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos de obras y servicios públicos. A su vez, por el artículo 20 de la aludida norma se crea una Comisión Bicameral de Seguimiento que tiene por cometido controlar, verificar y dictaminar sobre lo actuado por el presidente, teniendo que emitir dictámenes que deben ser puestos a consideración de ambas Cámaras.

El 1 de octubre de 2003, se sanciona la ley 25.790, que en su artículo 4 modifica el artículo 20 de la ley 25.561 estableciéndose que el Poder Ejecutivo Nacional remitirá las propuestas de acuerdos de renegociación al Congreso de la Nación el que tendrá que expedirse dentro de los sesenta días corridos de recepcionada la propuesta y que si en dicho plazo no lo hiciere se tendrá por aprobada la misma. Como el oficialismo —en ese momento— maniobra para que no se reúna la Comisión Bicameral, transcurren los sesenta días sin que se emita el dictamen pertinente quedando, así, aprobada tácitamente la renegociación. De esta manera, se relega la intervención de las Cámaras y se impide el control del Congreso según lo ordenaba el artículo 20 de la ley 25.561 (Loñ, 2013).

Junto con esta forma de proceder, se extiende la práctica consistente en que las iniciativas legislativas del presidente no deben ser modificadas por la Legislatura. Los legisladores del oficialismo de ese momento se prestan a esta exigencia, llegándose al extremo de desechar cualquier intento de deliberación. Este comportamiento se observa, entre otros casos, también respecto de las leyes que aprueban el acuerdo con Irán sobre el blanqueo de capitales con el agregado de que deben sancionarse en plazos muy breves. Y se puede actuar de esta forma porque el gobierno que imperaba tenía la mayoría absoluta en ambas Cámaras. Así es como el Congreso se transforma en un apéndice del Poder Ejecutivo (Loñ, 2013).

2) A su vez, el mencionado órgano, renuncia a contestar los pedidos de informes que formulan los legisladores, dificultando con ello la labor de los parlamentarios que necesitan conocer los datos oficiales sobre las distintas cuestiones relacionadas con el estudio de proyectos de ley. Dicho comportamiento se halla en pugna con el sentido de cooperación que contempla la Constitución entre los poderes públicos. Más aún, la Ley Fundamental dispone que el Jefe de Gabinete debe producir los informes y explicaciones verbales o escritos que cualquiera de las Cámaras solicite al Poder Ejecutivo (artículo 100 inc. 11). Tampoco se cumple con la obligación que tiene el Jefe de Gabinete de concurrir al Congreso una vez por mes, alternativamente a cada una de las Cámaras, para informar sobre la marcha del país (artículo 101). Por su lado, los ministros pueden concurrir espontáneamente al Congreso y participar en sus debates (artículo 106) y cada una de las Cámaras puede hacer venir a su sala a los ministros para recibir explicaciones e informes (artículo 71). De este modo, se produce una incomunicación que le quita transparencia a la gestión de un gobierno (Loñ, 2013).

3) La reforma constitucional de 1994 incorpora en el artículo 85 de la Carta Magna a la Auditoría General de la Nación —creada por la ley 24.156 en el año 1992— como un órgano esencial de control de la actividad del sector público. El presidente de la entidad, es designado —por resolución conjunta de los Presidentes de las Cámaras de Senadores y de Diputados— a propuesta del partido político de oposición que cuente con el mayor número de legisladores. Para asegurar la mayor eficacia de la Auditoría General en el desempeño de su misión, entre sus atribuciones tiene la de exigir la colaboración de todas las entidades del sector público, las que están obligadas a suministrar los datos, documentos, antecedentes e informes relacionados con el ejercicio de sus funciones (artículo 119 inc. b, ley 24.156). Uno de los organismos que obstruye esta tarea es la Sindicatura General de la Nación que no contesta los informes que se le requiere. Además, debe recordarse que en

el mes de octubre de 2012, el presidente de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas anuncia que, a partir de ese momento, el gobierno desconocería a quien en dicha oportunidad es el presidente de Auditoría General de la Nación, pese a que carecía de atribuciones para adoptar una decisión así, teniendo en cuenta —como se dijo— que sólo puede quedar cesante por resolución conjunta de los presidentes de ambas Cámaras, debiendo acreditarse inconducta grave o manifiesto incumplimiento de los deberes a su cargo (artículos 123 y 124, ley 24.156); circunstancias éstas que no son planteadas (Loñ, 2013).

4) La ley 25.246 crea la Unidad de Información Financiera que tiene como cometido el análisis, tratamiento y transmisión de información a efectos de prevenir e impedir el lavado de activos provenientes, entre otros, de delitos relacionados con el tráfico y comercialización ilícita de estupefacientes y el contrabando de armas (artículo 6). Por dicha norma, la conducción del organismo está asignada a un cuerpo colegiado de once miembros (artículo 8) de los cuales seis representan a las siguientes dependencias del gobierno: Banco Central de la República Argentina; Administración Federal de Ingresos Públicos; Comisión Nacional de Valores; Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de Economía. Son seleccionados por concursos internos del respectivo organismo y deben elevarse al Poder Ejecutivo como propuestas vinculantes para su designación. Los restantes cinco integrantes tienen que ser expertos financieros, penalistas, criminólogos u otros profesionales con incumbencias relativas al objeto de la ley. Su selección se efectúa mediante concurso público de antecedentes y oposición. El resultado del mismo se eleva al Poder Ejecutivo como propuesta vinculante a los fines del correspondiente nombramiento. Para asegurar la estabilidad en sus puestos, el artículo 10 establece que solamente pueden ser removidos de sus cargos cuando incurren en mal desempeño de sus funciones, grave negligencia, por la comisión de delitos dolosos de cualquier especie o por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación. El procedimiento de remoción está a cargo de un Tribunal de Enjuiciamiento integrado por tres miembros, ex magistrados, designados mediante sorteo por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Como puede apreciarse, la ley exhibe el propósito de garantizar la aptitud ética e idoneidad de los integrantes de la aludida Unidad por medio de los concursos, el carácter vinculante, para el Poder Ejecutivo, de las propuestas destinadas a cubrir los puestos que se elevaren para su consideración y la garantía de la permanencia en sus cargos mientras dure el buen desempeño en sus funciones. El cumplimiento de los requisitos señalados son recaudos que persiguen afianzar la independencia del organismo.

El ordenamiento legal considerado se reforma por la ley 26.119, sancionada el 12 de julio de 2006. La nueva disposición suprime la conducción colegiada concentrándola en un presidente y un vicepresidente e incorpora un Consejo Asesor de siete miembros integrado por un funcionario de cada uno de los organismos que están representados en la anterior composición de la Unidad de Información Financiera, con la sola variante de agregar uno más por el Ministerio del Interior. Se eliminan los concursos internos y públicos de antecedente y oposición. Todos los nombramientos son efectuados por la Presidencia de la Nación. Los del presidente y vicepresidente de la Unidad se hacen previo cumplimiento de ciertos requisitos sobre la situación patrimonial de los postulantes y la acreditación de la observancia de sus obligaciones impositivas. Satisfecha esa tramitación, el Ministro del Interior eleva la propuesta al Presidente. Respecto de los aspirantes a integrar el Consejo, la postulación la hacen los titulares de las dependencias que van a representar. En ningún caso las propuestas tienen carácter vinculante. Las decisiones de la Unidad Informativa Financiera son adoptadas por su presidente previa consulta obligatoria con el Consejo Asesor cuya opinión no es vinculante. Asimismo, resalta la eliminación en el artículo 10 (texto según ley 25.246) de los tres últimos párrafos que se refieren a los recaudos para la eventual remoción de los miembros. Con ese fin se crea, como ya se mencionó, un Tribunal Especial conformado por tres jueces. De ahí que la permanencia o destitución de un miembro del Consejo Asesor se deposita exclusivamente en el criterio discrecional del presidente.

En suma, por la ley 26.119, la mentada Unidad pasa de ser un organismo de amplia autonomía a uno muy dependiente de las decisiones del Presidente de la Nación que es quien, en definitiva, ejerce la autoridad real de dicho organismo (Loñ, 2013).

5) La forma de gobierno adoptada por nuestra Constitución Nacional es la republicana, cuya característica esencial es la división de poderes. En la distribución de las funciones, se asigna al órgano judicial ser el intérprete final de la ley. Pero para el Poder Ejecutivo anterior, los fallos de los magistrados no son obligatorios. Se cumplen si se está de acuerdo con ellos. Por esta vía de hecho, es decir, sin norma alguna que lo autorice, se otorga a sí mismo un privilegio del que carecen los habitantes que no tienen otra alternativa que acatar los pronunciamientos de los jueces. A modo de ejemplo, pueden citarse, entre otros, dos casos.

Uno es el del doctor Eduardo Sosa que, siendo Procurador General ante el Superior Tribunal de Santa Cruz, es dejado cesante por el entonces gobernador de la provincia —Néstor Kirchner—, sin causa justificada y pese a estar amparado por la garantía de la inamovilidad en el cargo. El funcionario afectado inicia un juicio que llega hasta los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dispuso, en varios pronunciamientos, la reincorporación que nunca se efectivizó.

El otro es el Acuerdo de Solución Amistosa celebrado el 4 de noviembre de 2009, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entre Juan M. Caride y Amílcar Menéndez, por una parte, y el Estado Argentino como demandado, por la otra. Se trata de un asunto donde se plantea un reajuste de haberes provisionales y donde los demandantes también se muestran quejosos por las demoras en la sustanciación de los juicios y el cumplimiento de las sentencias dictadas en ellos. En esa ocasión, el Estado Argentino se compromete a no apelar las sentencias favorables a los beneficiarios, en supuestos de hecho en los que la Corte Suprema ya se hubiera expedido. La conclusión de este Acuerdo consiste en que la ANSES continúa apelando. Peor aún, como respuesta contradictoria al Acuerdo comentado, el Gobierno Nacional de ese entonces decide prolongar más los litigios previsionales al crear una Cámara de Casación como un nuevo paso intermedio antes de llegar a la Corte Suprema (Loñ, 2013).

6) La primera Ley orgánica del Consejo de la Magistratura es la N° 24.937 y su correlativa 24.939. El legislador tiene que moverse dentro de las bases establecidas en la Constitución al disponer su composición: a) el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que a su vez, es el presidente del Consejo; b) cuatro jueces del Poder Judicial de la Nación elegidos por el sistema proporcional D'Hont (así, en el organismo están representados los jueces de todas las instancias como manda la Ley Fundamental); c) ocho legisladores (cuatro senadores y cuatro diputados) correspondiendo por cada Cámara, dos al bloque mayoritario, uno a la primera minoría y otro a la segunda; d) cuatro abogados elegidos por los profesionales mediante el sistema proporcional D'Hont; e) un representante del Poder Ejecutivo; f) dos representantes del ámbito científico correspondiendo uno a los profesores titulares de derecho y otro al campo de otras ciencias. De la enumeración realizada, puede sostenerse que con la integración del Consejo (por veinte miembros) se logra acabadamente el equilibrio exigido por la Constitución: ningún segmento —magistrados, abogados, legisladores y científicos— domina, por sí sólo, al organismo pues las decisiones se adoptan por mayoría de los presentes (artículo 9) y para la elaboración de la terna de candidatos a jueces y la iniciación de juicio político a un magistrado se requieren los dos tercios (artículo 13). Estas previsiones se complementan con el quórum para sesionar que es de doce miembros (artículo 9). Más aún, si se analiza al sector político, que aparece con la mayor representación (ocho legisladores) puede observarse que tal número no es caprichoso ya que obedece al propósito de evitar que un bloque político predomine sobre los demás. Ello así porque la solución pergeñada lo impide, pues que el bloque mayoritario en una Cámara tenga dos representantes se compensa igualitariamente con los que se asignan a las dos minorías (uno a la primera y otro a la segunda) que siguen en el caudal de representación. Si se disminuye la cantidad de legisladores no se puede obtener el equilibrio aludido (Loñ, 2013).

En el año 2006, impulsada por el oficialismo de turno, se concreta la reforma del Consejo de la Magistratura (ley 26.080) destruyéndose el equilibrio que impone la Constitución. Para eso se reduce el total de miembros a trece de los cuales cinco representan al Frente para la Victoria, dos diputados, dos senadores y un representante del Poder Ejecutivo, dos a la primera oposición —un senador y un diputado—, tres son elegidos por los jueces y dos por los abogados adjudicándose el cargo restante a un portavoz del ámbito académico-científico.

De este modo, se advierte que en la composición originaria el segmento político está conformado por nueve integrantes, es decir, que su cantidad es inferior a la mitad mientras que ahora (siete) es el sector que ostenta la mayor representatividad. O sea, que el propósito del constituyente —reducir la influencia del estamento político— no se cumple. Además de los siete mencionados, cinco corresponden al oficialismo lo cual coloca a éste en una posición dominante pues, según se señaló, si las dos decisiones más relevantes requieren el acuerdo de los dos tercios del cuerpo. Quien representa más de un tercio tiene la llave para poder conformar la terna de los postulantes y resolver sobre la formación de juicio político a un juez inferior (de primera o segunda instancia). A su vez, el sector académico-científico debe estar representado por “otras personas”. Si se considera que el mínimo plural de “otras” son dos, se llega a la conclusión de que al restringirlo a una no se respeta la pluralidad que prescribe la Constitución. Tampoco se cumple el requisito por el cual deben estar representados los jueces de todas las instancias en tanto se suprime al portavoz de la Corte Suprema. Sin entrar en otras consideraciones, las modificaciones indicadas se hallan en abierta pugna con los requisitos establecidos en la Carta Magna (Loñ, 2013).

Por otro lado, varias disposiciones claves de la nueva reforma del Consejo, sancionada por la ley 26.855, son declaradas inconstitucionales por el Máximo Tribunal de la Nación mediante el fallo de fecha 18 de junio de 2013. Dicha reforma profundiza el desbalance entre los sectores que lo componen, acentuándose el dominio del segmento oficialista. Con ese fin, se modifican las representaciones: el sector político pasa a estar integrado con seis legisladores, más el representante del Poder Ejecutivo; el académico con seis; el de los jueces con tres; y el de los abogados también con tres. El total de miembros asciende a diecinueve. Los representantes de los jueces, abogados y académicos son elegidos por el voto popular, modalidad esta que no está prevista en el artículo 114 de la Constitución Nacional para tales sectores sino únicamente para los órganos políticos resultantes de la elección popular —que son el Ejecutivo y el Congreso— integrado por los senadores y diputados quienes, a su vez, escogen a los legisladores que los representan en el Consejo. Lo mismo hace el Ejecutivo cuando nombra a su representante. Según la Carta Magna, los indicados son los únicos segmentos políticos que integran el Consejo. Los restantes son los representantes de los jueces, abogados y académicos elegidos por sus pares. Como por la reforma cuestionada los representantes de los estamentos señalados pasan a ser elegidos por el voto popular, el partido político presenta la lista correspondiente a cada sector. Se genera, así, una fuerte dependencia de los representantes respecto de los partidos políticos que además cargan con los costos de la campaña electoral. La maniobra culmina con el reemplazo del sistema electoral proporcional por el de mayoría y minoría. A la primera se adjudican dos tercios de los cargos y a la segunda el tercio restante. Si el ganador es el oficialismo suma dos diputados, dos senadores y al representante del Ejecutivo, más dos abogados, dos jueces y cuatro académicos. En total, este sector logra trece miembros que equivalen a los dos tercios del total del cuerpo. Asimismo, cabe destacar que antes de la sanción de la ley 26.855 la mayoría requerida para armar una terna de jueces postulantes destinados a cubrir la vacancia de un juzgado y para decidir si se inicia el juicio político a un magistrado, es de dos tercios de los miembros del Consejo. Tal porcentaje se intenta cambiar por la mayoría absoluta lo que resulta una cantidad inferior a la que se exigía anteriormente. Con esta disminución, los jueces quedan a merced de la mayoría que tiene quórum propio para sesionar y resolver las cuestiones indicadas (Loñ, 2013).

7) La Constitución asigna al presidente —en el artículo 99 inc. 3— la atribución de emitir decretos de necesidad y urgencia. De la letra del dispositivo se desprende que el primer mandatario tiene,

como principio, prohibido dictar normas de sustancia legislativa y que solamente en circunstancias excepcionales puede recurrir a este medio. La excepcionalidad se refiere a que no se intente aplicar el procedimiento constitucional para la aprobación de una ley o se dé un caso de urgencia —cuyo tratamiento no admite dilaciones— que acaece cuando sobrevenga una emergencia. Esta eventualidad aparece mencionada explícitamente en el artículo 76 de la Constitución Nacional cuando establece que se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o emergencia pública. Es decir, que existe plena correlación entre urgencia y emergencia nutriéndose una de la otra, justificando ambas el dictado de un decreto de necesidad y urgencia o la delegación legislativa.

La ley 26.122 —reglamentaria de este tipo de decretos— no contempla cuáles son las situaciones en las que los mismos pueden tener lugar, con lo que no altera la situación existente en el sentido de no poner ningún límite al presidente en cuanto a la necesidad de una suficiente fundamentación y alegación de los motivos que justifiquen su dictado. No puede sostenerse que esta omisión de la ley sea simplemente un olvido puesto que muchos de los proyectos, tenidos como antecedentes, preveían la fundamentación de la necesidad y urgencia en forma clara y adecuada a los hechos. Establecer una sólida y precisa motivación es un requisito esencial para la validez de un decreto de necesidad y urgencia, siendo posible sostener que la ley 26.122 no satisface los requisitos constitucionales y que además no respeta el principio y garantía esencial de la división de poderes, en la medida que colisiona con el artículo 1 de la Carta Magna que dice que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana y federal. Asimismo, corresponde reiterar —tal como se viene haciendo a lo largo de este trabajo— que la Ley Fundamental, entre los principios esenciales que configuran nuestra forma de gobierno, incluye la distribución del poder entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial (Loñ, 2013).

En cuanto a la composición de la Comisión Bicameral, la norma en cuestión (artículos 2 y 3) crea la misma para el estudio de los decretos de necesidad y urgencia. La Constitución, con referencia a dicha comisión, establece en el segundo párrafo del inc. 3 del artículo 99 que su composición debe respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Sin embargo, la ley (artículo 3) prevé su integración con solamente dieciséis legisladores, ocho diputados y ocho senadores. Una composición como la indicada no permite un adecuado respeto de la proporción de las representaciones políticas de las Cámaras, especialmente de la de diputados. Si se amplía el número de integrantes de la Comisión Bicameral a treinta (quince diputados y quince senadores), la representación sería más pluralista.

Por último, y en cuanto a la cuestión del pronunciamiento del Congreso, la ley de marras (artículo 24) dispone que la aprobación del decreto de necesidad y urgencia por una sola de las Cámaras es suficiente para la validez de la norma; más aún, si ninguna de ellas se expide, el decreto permanece vigente pues sólo es derogado si ambas lo rechazan. El consentimiento de una sola Cámara es insuficiente para la aprobación de dicha norma, pues ello violenta el artículo 81 de la Constitución Nacional cuando prescribe que ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras puede repetirse en las sesiones de aquel año. El precepto es claro: para la aprobación de una ley —siendo el decreto de sustancia legislativa— se requiere el consenso expreso de las dos Cámaras, y basta el rechazo de una de ellas para que no adquiera existencia. Entonces, la pretensión de su validez con la aprobación de una sola de las ramas del Congreso exhibe una objetiva invalidez constitucional (Loñ, 2013).

Si bien la norma en ningún momento establece una aprobación tácita de los mentados decretos, en la práctica, esa es la solución a la que se llega. En efecto, dado que el decreto tiene vigencia siempre y cuando no sea rechazado por ambas Cámaras y que no se establece un plazo dentro del cual éstas deben pronunciarse sobre el mismo, la prolongación en el tiempo de la Legislatura implica una aprobación tácita que, precisamente, se encuentra prohibida en el artículo 82 de la Ley Fundacional que dispone que la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; exclu-

yéndose, en todos los casos, la sanción tácita o ficta. No obsta a esta conclusión que en el artículo 20 de la ley 26.122 se diga que vencido el plazo a que hace referencia el artículo 10 (diez días hábiles que tiene la Comisión Bicameral Permanente para emitir dictamen) sin que dicha Comisión eleve el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate, de conformidad con lo establecido en el artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional. A pesar del énfasis que parece lucir la norma cuando sostiene que las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de necesidad y urgencia, tal aseveración resulta nada más que simbólica al no contemplarse, como ya se adelantó, un plazo dentro del cual aquéllas deban pronunciarse y que si no lo hacen dentro de ese lapso, se prevea el efecto de que, en esa hipótesis, el silencio implique el rechazo del dispositivo legal (Loñ, 2013).

8) En el esquema de división de los poderes adoptado por la Constitución Nacional le incumbe al Congreso sancionar la ley. Por lo tanto, le pertenece la definición de la política en las diversas materias comprendidas en sus facultades.

Por el inc. 8 del artículo 75 de la Carta Magna, el Parlamento tiene la misión exclusiva de pergeñar el programa general de gobierno y el plan de inversiones públicas o, lo que es lo mismo, en qué se van a gastar los dineros públicos provenientes de los impuestos. De este modo, resulta evidente que fijar el presupuesto es una tarea que excede al Poder Ejecutivo y que pertenece al área privativa de la Legislatura. Corroborá lo expuesto que la Constitución (artículo 100 inc. 6) sólo faculta al Jefe de Gabinete de Ministros a enviar al Congreso el proyecto de ley de Presupuesto previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo.

Sentado ello, cabe abocarse a considerar la reforma introducida por la ley 26.124 al artículo 37 de la ley 24.156. Este precepto decía:

“La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la Ley del Presupuesto General que resulten necesarios durante su ejecución. Quedarán reservadas al Congreso las decisiones que afecten el monto total del Presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como los cambios que impliquen incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras, y los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades”.

La norma transcrita se ajusta a lo establecido en la Constitución en este tema porque reserva para el Congreso la definición última en tres aspectos: a) monto total del presupuesto y del endeudamiento; b) los cambios que impliquen incrementar los gastos corrientes en desmedro de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras; y c) los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades.

La modificación efectuada por la norma aludida se refiere a las dos últimas atribuciones especificadas precedentemente en los apartados b) y c) que el jefe de gabinete puede ejercitar en forma discrecional y sin control por parte del Legislativo. Tal concesión transfiere a la órbita ejecutiva la determinación de la política legislativa en dos cuestiones esenciales como son establecer la finalidad del gasto, es decir, los destinos asignados por el Congreso a las partidas presupuestarias y la posibilidad de reducir los gastos de capital en beneficio de los gastos corrientes.

De esta manera, por el otorgamiento de las facultades indicadas, el Congreso renuncia a la fijación de la política legislativa en los aspectos primordiales señalados. Se está en presencia de una delegación legislativa contemplada en el artículo 76 de la Constitución Nacional que prohíbe la misma en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. En definitiva, se transfiere al órgano ejecutivo, sin condiciones ni límites, el ejercicio de una actividad exclusiva del Congreso Nacional, desbaratándose el sistema de división de poderes consagrado en la Constitución Nacional (Loñ, 2013).

9) Por la ley 26.222 se introducen dos modificaciones a la ley 24.241. Por la primera de ellas se abre la posibilidad de que se pueda optar por el Régimen de Reparto o por el de Capitalización y que tal cambio es factible realizarlo cada cinco años (artículo 2). La otra, consiste en que los fondos de la ANSES “serán invertidos” sin fijarse límites (artículo 15).

La primera reforma cuenta con el asentimiento generalizado, pero la segunda suscita serias objeciones por la discrecionalidad que otorga a la ANSES para realizar inversiones. La posterior realidad va a demostrar la justeza de tal reparo. En efecto, por el decreto 897, emitido el 12/7/07, se dispuso la creación del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Provisional Público de Reparto (artículo 1), entre cuyas finalidades se destaca constituirse como fondo de reserva a fin de instrumentar una adecuada inversión de los excedentes financieros del régimen previsional (inc. b). Asimismo, se establece que para resolver sobre el destino de las inversiones, la ANSES es asistida por un Comité de Administración de Inversiones que está integrado por el Director Ejecutivo de dicha entidad y los Secretarios de Hacienda y Finanzas del Ministerio de Economía (artículo 7). O sea, que las decisiones sobre inversiones las toma el aludido Comité —es decir, el Poder Ejecutivo— del que no forman parte los interesados (jubilados y aportantes) incumplándose al respecto con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

En el año 2008 se sanciona la ley 26.425 por la cual se dispone la supresión del sistema de jubilación privada, lo que incrementa sustancialmente los fondos de la ANSES. A partir de entonces mantiene como único sistema el régimen previsional público de reparto. Esta ley preserva la modalidad de la ley 24.241 en lo que refiere a la forma de determinar el haber jubilatorio, aunque poco tiempo después se van a cumplir las prevenciones por discrecionalidad que aplica el gobierno para la realización de las inversiones con los fondos de esta entidad. El entonces director del organismo, Amado Boudou, se declara partidario de dotar a la ANSES de la mayor autonomía financiera económica porque con el dinero de la entidad se pueden financiar obras públicas y privadas. A noviembre de 2012, el citado Fondo de Garantía de Sustentabilidad cuenta, aproximadamente, con doscientos mil millones de pesos. La ANSES se ocupa de financiar el déficit del tesoro Nacional por medio de letras de tesorería, colocadas a muy bajo interés, que anualmente se repiten de modo tal que no se cumple con el reintegro efectivo de los fondos de la ANSES, que cada vez se hallan más comprometidos, por el creciente déficit del tesoro Nacional. También este organismo se ocupa de conceder créditos tanto a empresas públicas y privadas. Además se dispone financiar diversos planes de viviendas, el plan de computadoras escolares, los catorce mil millones de pesos de la asignación universal por hijo y veinte mil millones de pesos anuales para las pensiones no contributivas que otorga el Ministerio de Desarrollo Social (Loñ, 2013).

V. Conclusión

Los hechos descriptos previamente obligan a cada ciudadano a reflexionar y —sobre todo— a no olvidar que nuestro país, desde el año 1853, asumió la forma representativa, republicana federal, tal como lo establece el artículo 1 de la Constitución Nacional.

Esta forma de gobierno implica —necesariamente— la división o fragmentación del poder. La correcta delimitación de las atribuciones que corresponden a cada órgano es imperativa y se sustenta en la Carta Magna, que es el convenio fundacional de todos los integrantes de la Nación, y que refleja la soberanía popular.

Así, ella comprende dos grandes partes: la primera contiene las declaraciones de los derechos y garantías que ostentan todos los habitantes del suelo argentino, y la segunda organiza la estructura del Estado, articulándose sus funciones en tres poderes independientes; el Ejecutivo que administra y gestiona el país; el Legislativo o Parlamento que dicta la leyes que organizan la vida en sociedad, y el Judicial que aplica el ordenamiento jurídico en caso de conflicto, tutelando los derechos y garantías de los ciudadanos, a cuyo fin, tiene la facultad de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, asegurando la supremacía de la Constitución Nacional.

De ahí que la Ley Fundamental es el intento del pueblo, en su expresión más soberana, de “atar sus propias manos”; de limitar su capacidad para ser víctima de la debilidad que pueda destruir sus valores más deseados (Junyent Bas, 2013). La experiencia histórica recuerda que las pasiones de un momento pueden llevar al pueblo a sacrificar los principios más elementales de libertad y justicia. Las constituciones son un intento de la sociedad de protegerse a sí misma.

Los sucesos ocurridos en últimos años (2003-2015) son una muestra acabada de la crisis en la que se encuentra inmerso el sistema republicano democrático.

De la reseña elaborada en el apartado IV se puede apreciar cómo se busca (y persiste) en deshacerse de los controles. Una herramienta clave para ello es el intento de reforma del Consejo de la Magistratura, cuya finalidad, es dejar en manos del Poder Ejecutivo, la designación de los jueces y disponer de su remoción. También contribuye con ello la reforma a la Unidad de Información Financiera que queda bajo la órbita del presidente quien, así puede controlar las operaciones sospechosas sobre lavado de dinero y disponer blanqueos, como se lo hace con la ley 26.860.

Las acciones emprendidas dan cuenta de cómo Poder Ejecutivo de aquel entonces, cada vez con mayor énfasis, procuró desprenderse de los límites que la Constitución le impone a la actuación de los gobernantes.

Este panorama —que lleva a una creciente inseguridad jurídica e incertidumbre general sobre el futuro— resalta la necesidad de aferrarse a la irremplazable legalidad. Dentro de este carril, la Corte Suprema de Justicia de la Nación asevera en el caso “Ponce, Carlos c/ Provincia de San Luis” que el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras. Los ciudadanos, sin distinciones de ninguna índole, son responsables del devenir político y del pleno imperio de la ley, según la expresión de los jueces supremos. Defender la Constitución es deber de todos (Loñ, 2013).

El comportamiento de quienes comandan el Poder Ejecutivo revela un relegamiento sistemático de la Ley Fundamental. Se realizan actos y se promueven iniciativas normativas (leyes, decretos, resoluciones) que desnaturalizaron y echaron por tierra uno de los pilares fundamentales de nuestro sistema constitucional: la fragmentación del poder. Tal actitud se propone demostrar que la ley es la expresión de la voluntad de quien gobierna —Poder Ejecutivo— sin que los restantes poderes puedan intervenir, como órganos independientes, en la tarea legislativa —el Congreso—, ni el Poder Judicial asumir su papel de intérprete final del plexo legal. Aceptar los roles de los poderes implica consentir restricciones. Sin embargo, se rechaza esta posibilidad porque se parte de la concepción según la cual el Ejecutivo representa la suma de todos los poderes (potestad expresamente prohibida por el artículo 29 de la Carta Magna). Por lo tanto ni la legislatura ni la justicia pueden limitar su gestión. De ahí que no importe lo que dice la Constitución.

VI. Bibliografía

ALBERDI, Juan Bautista (1928). *Derecho público provincial argentino*. Buenos Aires: Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso.

AMAYA, Jorge Alejandro y SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos (1992). “La Corte y la división de poderes”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. E. 825.

ARISTÓTELES (1988). *Política*. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdez. Madrid: Gredos.

DEMICHELI, Alberto (1955). *Formación constitucional rioplatense. Génesis unitaria y federal*. Montevideo: Bareiro y Ramos S.A.

ECHEVERRÍA, Esteban (1947). *Dogma socialista*. Buenos Aires: El Ateneo.

ESTRADA, José Manuel (1895). *Curso de Derecho Constitucional, Federal y Administrativo*. Buenos Aires: Compañía Sud Americana de Billetes de Banco.

FUENTES, Claudia (2011). "Montesquieu: Teoría de la distribución social del poder", en: *Revista de Ciencia Política*. Chile. V. 31. N° 1, p. 47-61.

IGLESIAS, María del Carmen (1984). *El pensamiento de Montesquieu: política y ciencia natural*. Madrid: Alianza.

JUNYENT BAS, Francisco (2013). "Vigencia de la República e independencia del Poder Judicial", en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. D. 251.

LINARES QUINTANA, Segundo (1956). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional —argentino y comparado—*. Parte Especial. Buenos Aires: Alfa. T VII.

LOCKE, John (2006). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Traducción y notas de Claudio Amor y Pablo Stafforini. Buenos Aires: Prometeo.

LOÑ, Félix (2013). *La Constitución. El libro que los "K" nunca leyeron*. Buenos Aires: Librería Akadía Editorial.

LOÑ, Félix y MORELLO, Mario Augusto (2003). *Lecturas de la Constitución*. La Plata: Librería Editora Platense.

LÓPEZ, Mario Justo (1981). "La doctrina de la separación de los poderes a la altura de nuestro tiempo", en: *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*. Buenos Aires. N° 18. Año XXV.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barón de (2003). *Del Espíritu de las Leyes*. Madrid: Alianza.

RAVIGNANI, Emilio (1939). *Asambleas constituyentes argentinas*. Buenos Aires: Talleres S.A. Jacobo Peuser, Ltda. T. VI, segunda parte.

SANCHEZ VIAMONTE, Carlos (1956). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Kapeluz.

SERRAFERO, Mario (2004). "Repensando la doctrina de la división de poderes", en: Resnik, Mario (dir.), *Colección de análisis jurisprudencial. Teoría del Estado*. Buenos Aires: La Ley.

Legislación

Ley 24.156. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 29/10/1992.

Ley 24.241. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 18/10/1993.

Ley 24.937. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 06/01/1998.

Ley 24.939. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 06/01/1998.

Ley 25.246. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 10/05/2000.

Ley 25.561. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 07/01/2002.

Ley 25.790. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 22/10/2003.

Ley 26.080. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 27/02/2006.

Ley 26.119. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 27/07/2006.

Ley 26.122. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28/07/2006.

Ley 26.124. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 08/08/2006.

Ley 26.222. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 08/03/2007.

Ley 26.425. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 09/12/2008.

Ley 26.855. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 27/05/2013.

Decreto 897/1995. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 18/12/1995.

Jurisprudencia

CSJN, 24/02/2005, "Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/ acción declarativa de certeza". Fallos de la Corte Suprema de Justicia de La Nación, Buenos Aires. 328-175.

Fecha de recepción: 20-03-2016

Fecha de aceptación: 16-06-2016

Derecho contractual bancario. Necesidad de un replanteo del estudio de los contratos bancarios (*)

POR JUAN JOSÉ ZANDRINO (**)

Sumario: I. Introducción. — II. Regulación legislativa de los contratos bancarios. — III. Proceso de bancarización. — IV. La complejidad creciente de la actividad bancaria. — V. Necesidades financieras insatisfechas. — VI. Bibliografía.

Resumen: sancionado el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) se analizaron los distintos aspectos que integran tradicionalmente la materia mercantil (intermediación, sociedades, seguros, bancos, mercados de valores, etcétera). Cuando se revisó específicamente el derecho financiero se observó: a) el Código y Civil y Comercial le dedica una regulación específica a los contratos bancarios (Cap. 12, Tít., IV, Libro Tercero); b) distintas normativas produjeron una situación a la que se ha denominada “bancarización”, por la cual la mayoría de la población activa del país pasó a tener vinculación directa y diaria con los bancos; c) en las últimas décadas se produjeron alternativas económicas, sociales y tecnológicas que originaron nuevas y complejas relaciones jurídicas; d) en nuestro país existen demandas financieras insatisfechas (inversiones para proyectos y vivienda entre otras). Esas circunstancias nos llevaron al convencimiento de que el tratamiento de los contratos bancarios, tal como se realiza en la actualidad, sólo como un capítulo más de la materia Derecho Comercial no resulta suficiente para su conocimiento integral por parte de los futuros egresados. Estos temas deben ser el contenido de una materia específica.

Palabras claves: derecho - contractual - bancario

Bank's contracts law

Abstract: newly approved National Civil and Commercial Code (law 26.994) were analyzed the traditional effects over the Commerce Subject (agencies, corporations, insurance, banks, stock market, etc.). When in particular the financial law review was done was observed that: a) the Civil and Commercial Law regulate specifically the bank's contracts (Cap. 12, Tit., IV, Third Book; b) different new standards named “bankerization” had created a situation for the majority population to be active directly and daily with the banks; c) in the last decades the economic, social and technological developments gave origin to new and complex judicial relations; d) in our country there are unresolved unsatisfied financial demands (as investments for projects, housing and others). The above situation is convincing that the actual treatment of bank's contracts as one chapter of the Commercial Law is not enough for the integral knowledge of future graduates. All of the above should be covered in a new specific course.

Palabras claves: law - contracts - banking

(*) Trabajo elaborado por el autor, como Director del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, y presentado al Señor Decano para fundamentar la creación de una materia específica de grado para el tratamiento de los contratos bancarios.

(**) Prof. Titular de Derecho Comercial, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. Titular de Derecho Comercial, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, UNLPam. Prof. en la Especialización en Derecho Empresario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

I. Introducción

En la actualidad todo lo referente al estudio del derecho bancario se limita a unos pocos puntos del programa de la materia derecho comercial. Interpretamos que el tema ha alcanzado el rango suficiente como ser considerada una materia especial en el grado del plan de estudio la carrera de abogacía. Fundamos nuestra opinión en los siguientes aspectos: a) la regulación legislativa de los contratos bancarios; b) la generalización de los servicios bancarios a prácticamente toda la población activa (o bancarización); c) la complejidad creciente de la actividad bancaria; d) necesidades financieras insatisfechas en nuestro país.

II. Regulación legislativa de los contratos bancarios

II.1. Regulación anterior al Código Civil y Comercial

Hasta la sanción del Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) nuestra legislación no se ocupaba de la regulación de los contratos bancarios en forma orgánica. El Código Comercial en su artículo 579 hacía referencia en forma incidental a los depósitos hechos en los bancos públicos (operaciones pasivas) los que quedaban sujetos a las disposiciones de las leyes, reglamentos o estatutos de su institución. Trataba en cambio, en forma especial, el contrato de cuenta corriente bancaria a partir de su artículo 791.

Leyes especiales se referían a contratos que si bien no son exclusivos de su actividad son generalmente celebrados por los bancos en forma directa o a través de sus subsidiarias, como por ejemplo el *leasing* (ley 24.441, Título II, modificado por la ley 25.248), la emisión de las tarjetas de créditos (ley 25.065) y los fondos comunes de inversión (ley 24.083). La ley 21.526, que específicamente regula la actividad de las entidades financieras bancarias, preocupada más para la protección del sistema que la de los derechos de sus usuarios, se limita a enumerar genéricamente las operaciones que podrán realizar las instituciones bajo su control, de acuerdo a su categoría (bancos comerciales, de inversión e hipotecarios, compañías financieras, sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda y cajas de crédito) pero nada establece sobre los derechos y obligaciones de las partes. La regulación de los contratos bancarios destinados a la asistencia crediticia (operaciones pasivas), como los préstamos o mutuos con sus distintas modalidades (descuento de documento y apertura de crédito entre otros) quedó entonces al arbitrio de la práctica bancaria. Lo mismo ocurrió con los contratos dirigidos a la prestación de servicios de clientes (crédito documentario y factoraje) y los contingentes o de garantía (aval y fianza). Hubo correcciones jurisprudenciales a esta formación normativa consuetudinaria.

II.2. Regulación del Código Civil y Comercial

El CCiv. y Com. cambia de política legislativa y en el Libro Tercero, Título IV, Capítulo 12 denominado precisamente contratos bancarios, específicamente se ocupa de esta materia. Luego de establecer los principios generales (artículo 1378) fija exigencias para asegurar la transparencia en las condiciones contractuales (artículos 1379 a 1383), da un tratamiento especial a los contratos bancarios con consumidores y usuarios (artículo 1384 y ss.) y pasa a regular algunos contratos en particular. Entre las operaciones pasivas están los llamados depósitos bancarios (artículos 1390 a 1392) y la cuenta corriente bancaria (artículo 1393 y ss.). Con relación a las activas legisla sobre el préstamo (artículo 1408), el descuento bancario (artículo 1409) y la apertura de crédito (artículo 1410 y ss.) aunque lo hace en forma muy escueta (solo cinco artículos para tres modalidades de asistencia financiera diferentes) y omite, como se verá, otras alternativas de financiamiento. Respecto a las operaciones de servicios establece normas para las cajas de seguridad (artículo 1413 y ss.) y la custodia de títulos (artículo 1418 y ss.).

III. Proceso de bancarización

III. 1. La bancarización

Consiste básicamente en que el dinero que genera la actividad productiva fluya por los bancos. En nuestro país este sistema fue impuesto en forma compulsiva para todas las operaciones transaccionales que generen flujos de fondos. La ley 25.345 del año 2000, denominada “prevención de la evasión fiscal”, en su artículo 1° establece expresamente que no surtirán efectos entre las partes ni frente a terceros los pagos totales o parciales de sumas de dinero superiores a pesos diez mil o su equivalente en moneda extranjera, que no fueran realizados mediante depósitos en cuentas de entidades financieras, giros o transferencias bancarias, cheques o cheques cancelatorios, tarjetas de crédito u otros procedimientos que expresamente autorice el Ejecutivo.

Quedan exceptuados los pagos efectuados a entidades financieras comprendidas en la ley 21.526 y aquellos que fueren realizados ante jueces. En su artículo 2° la ley establece que los pagos que no sean efectuados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1° no serán computables como deducciones, créditos fiscales y demás efectos tributarios que correspondan al contribuyente o responsable aun cuando éstos acrediten la veracidad de las operaciones. Al poco tiempo el Ministerio de Trabajo, por la resolución 360 del año 2001, extiende la obligación de pagar sueldos y salarios a través de los bancos a las firmas que empleen menos de 25 trabajadores, carga que hasta esa fecha solo se exigía a las grandes y medianas empresas. En este caso se abrirían las denominadas cuentas sueldo, sin cargo para el empleador ni al trabajador a quien se le entregará una tarjeta de débito que le permitirá retirar fondos en los cajeros automáticos o efectuar pagos.

No se siguió en estos casos criterio de técnicas o prácticas financieras bancarias sino, como su propia denominación lo expresa, la primera de las normas tiene por finalidad la prevención de la evasión fiscal y la segunda eliminar el pago irregular de los salarios a los trabajadores. Si a estas personas obligadas a operar con bancos se agregan aquellas que lo hacen espontáneamente (profesionales, usuarios de tarjetas de créditos o de débito, cajas de seguridad, etcétera) cabe concluir que la mayor parte de la población activa de nuestro país se encuentra relacionada directamente con estas instituciones financieras.

III.2. La evolución tecnológica

Con respecto al fenómeno de la bancarización, se estiman necesarias dos reflexiones. La primera de ellas es que la amplitud de las operaciones generadas por los bancos por sus actividades se ha visto facilitada por la evolución tecnológica de los sistemas informáticos, que permiten no solo los movimientos de fondos en forma inmediata a través de transferencias, sino que facilita en forma sustancial la compleja actividad administrativa, contable, de control e información que las normas prudenciales de los organismos de fiscalización exigen a los bancos.

III.3. La bancarización en otros países

La segunda reflexión es hacer notar que el fenómeno de la bancarización en otros países se ha producido en forma natural, por razones de economía, y no compulsiva como en el nuestro. La causa de esta práctica bancaria se encuentra en el hecho de que el manipuleo del dinero billete o con soporte papel, que exige ser contado y trasladado, demanda tiempos prolongados y costos elevados y, en algunos casos, su uso impediría cualquier transacción importante. Es el caso, por ejemplo, del mercado de divisas que diariamente negocia más de cuatro billones de dólares. Es por eso que la representación del dinero por el soporte papel está siendo reemplazada por anotaciones en cuentas o, utilizando una terminología más actualizada, por el dinero electrónico. Este fenómeno también se advierte en el comercio minorista en los países con desarrollos económicos más adelantados en los cuales la gran mayoría de las transacciones son pagadas por medio de transferencias, cheques,

tarjetas de crédito, de débito o giros. En estos mercados los únicos que pagan con dinero de papel son los pobres y ello es así porque, al no tener créditos, no tienen acceso a esos tipos de instrumentos. Perciben sus salarios en dinero en efectivo o en cheques que deben cambiar en negocios marginales pagando tasas o servicios usurarios.

IV. La complejidad creciente de la actividad bancaria

IV. 1. Nuevas necesidades de la actividad económica

Acontecimientos importantes producidos a partir del último tercio del siglo pasado han influenciado notablemente en el derecho que regula la actividad mercantil en general y al derecho financiero en especial. A título de ejemplo mencionamos el cese de la convertibilidad (en agosto de 1971 Richard Nixon elimina el patrón oro y de inmediato los demás países lo imitan), el aumento exponencial de los precios del petróleo (en cuatro meses de 1973 se cuadruplicó de u\$s 3 a u\$s 12 el barril) y la crisis de la deuda soberana en los países en vías de desarrollo (década de 1980). Estos hechos produjeron variaciones importantes en los precios de las materias primas, tasas de interés, servicios, etcétera, con lo que se incrementaron los riesgos de toda actividad productiva y de servicios, por lo que fue necesario, como se verá en el curso de esta presentación, un tratamiento especial para solucionar estos problemas (gestión de los riesgos).

Controlada esta situación se reinició el proceso alcista del ciclo económico que demandó grandes requerimientos de fondos lo que originó nuevas modalidades bancarias de financiación (crédito sindicado y financiación de proyectos, entre otros).

Otra circunstancia que repercutió, inclusive fuera de los Estados Unidos de América, país en donde se produjo, fue la crisis de las sociedades de ahorro y préstamo (*savings and loans*) que dio origen a un nuevo procedimiento de financiación y transferencias de riesgos a través de la realización de activos (titulización o securitización). Se produjo además un importante desarrollo de nuevas tecnologías en los medios de transporte (el uso generalizado de los contenedores a partir de la década de 1960) y muy especialmente en la informática y computación que transformaron notablemente los medios de comunicación. Estos dos último elementos se constituyeron en factores claves para acentuar el proceso de la globalización. También apareció un instrumento innovador: un medio de pago electrónico o cripto-moneda denominada BITCOIN, el cual es utilizado por un número todavía no relevante de usuarios para sus pagos sin la intermediación de los bancos pero que vuelve a replantear el tema de qué es el dinero y en qué medida los particulares pueden crearlo. Finalmente, se debe destacar el papel relevante que tanto la doctrina como la legislación les ha dado a los consumidores. Ante esos nuevos requerimientos los operadores de los mercados financieros si bien ya habían dejado de ser simples depositarios de dinero, prestamistas o cambistas, se encontraron en la necesidad de ampliar sustantivamente y ajustar la oferta de servicios para satisfacer esas necesidades, tanto de las empresas como de los individuos. Como consecuencia, el sistema bancario en particular en las últimas décadas fue creciendo paulatina e inexorablemente hacia a una mayor complejidad ante la generación de esas nuevas de relaciones económicas que exigieron además la actualización de las instituciones jurídicas que las regulaban. Entre ellos, el de los activos que se transan en ellos.

IV.2. Activos que se transan en los mercados financieros

Resulta más fácil comprender el nuevo entramado del derecho financiero si accedemos a la naturaleza de los activos que se comercializan en él. Hoy se define a estos mercados como aquellos que tienen como objeto de sus transacciones los denominados activos financieros que son los créditos originados en relaciones contractuales. Se los ha definido como "activos intangibles que dan derecho a uno o más pagos futuros". Este concepto de activo financiero permite tener una visión más amplia de estos mercados (por ejemplo comprender cómo el riesgo puede ser un producto

transable) y advertir con mayor claridad cuáles son sus funciones en las economías modernas. Si bien en sustancia todos los activos que se transan en estos mercados, o sea los créditos, responden a esa estructura jurídica y económica (la de ser créditos precisamente), se observa que varios de ellos presentan ciertas particularidades que les permiten cumplir otras funciones además de la natural de vincular el ahorro con la inversión, el desarrollo y el consumo.

IV.3. Funciones económicas que satisfacen los mercados financieros

En el marco de la realidad descripta la simple observación de la actividad económica nos informa que las instituciones financieras cumplen distintas funciones: a) la atención de los medios de pago; b) la canalización del ahorro hacia la inversión del desarrollo y el consumo; c) la gestión de los riesgos; d) las transacciones de divisas y e) la prestación servicios no financieros.

IV.3.1. Los bancos y la atención a los medios de pago

Los pagos y las cobranzas de las operaciones sobre bienes y servicios, incluidos entre estos últimos a los sueldos y salarios, se efectúan casi exclusivamente a través de las instituciones bancarias. Este hecho se produce tanto en el orden nacional como en el internacional. Se hacen a través del uso de cuentas corrientes bancarias (débitos y créditos), servicios de cheques, giros, cajas de ahorro, transferencias, compensaciones y transportes de caudales. Lo individuos utilizan las tarjetas de crédito o de débito en operaciones que también se realizan con intervención bancaria. Es lo que se denomina “banca transaccional” y es el servicio más importante que prestan los bancos en la actualidad. Se puede afirmar sin lugar a dudas que el mundo moderno no se puede imaginar sin este servicio que prestan los bancos. Si bien se ha aceptado en nuestro mercado la existencia de instituciones no bancarias que realizan el servicio de cobranza, cuando no han sido utilizados medios electrónicos, las sumas de dinero en efectivo recaudadas son depositadas en los bancos al fin del día. Se ha advertido (IV.1.) que un producto revolucionario, el BITCOIN, ha aparecido recientemente y que a través de medios informáticos se efectivizan pagos sin la intermediación de los bancos. El número de usuarios es todavía irrelevante y si bien se sugirió la conveniencia de replantear el tema de qué es el dinero, este sistema no desmerece lo que se expresó en el párrafo anterior: los bancos constituyen las bases insustituibles para gestionar los medios de pagos.

IV.3.2. Los bancos y la canalización del ahorro hacia la inversión y el consumo

La comprensión más generalizada es interpretar que los mercados financieros tienen por función natural y principal intermediar entre la oferta y la demanda de dinero. En otras palabras canalizar el ahorro hacia la inversión del desarrollo y el consumo. No es en la actualidad la única función que realizan en la actualidad los bancos ni tampoco, como se adelantó, la más importante. Si bien estos siguen siendo una fuente significativa de la financiación para empresas e individuos, existen además otros modos como los mercados de valores, las empresas financieras con recursos propios, las mesas de dinero, la financiación por parte de proveedores y clientes (créditos comerciales) e, inclusive, por los acreedores en los procesos concursales. No obstante es necesario recordar que independientemente del medio de financiación elegido el dinero siempre fluye por los bancos a través de las cuentas transaccionales aun cuando no cumpla una función estrictamente financiera. Veamos quienes intervienen en este mercado.

IV.3.2.1. La oferta de dinero

Como en todo mercado, encontramos la oferta del producto que se transan en ellos que, en este caso, es el dinero. Entre los proveedores de fondos (unidades económicas líquidas) se presentan distintas situaciones en cuanto a los montos, la extensión de los plazos y las diferentes monedas de los ofertantes. Es factible distinguir: a) los ahorristas, normalmente de disponibilidad permanente porque sus ingresos son siempre superiores a sus egresos; b) proveedores cíclicos que son empre-

sas y comerciantes cuya situación de liquidez fluctúa entre faltantes y excedentes de fondos, en plazos que varían de acuerdo precisamente al ciclo de sus negocios; c) ocasionales en los cuales la liquidez proviene de fondos originados en una operación aislada y están a la espera de una nueva colocación; d) institucionales como las empresas aseguradoras, los fondos de inversión y los bancos, entre otros; e) los especuladores cuya materia prima es el dinero y que generalmente lo único que persiguen es obtener una diferencia de precio entre lo que compran y venden o a la inversa. Todos estos proveedores de fondo pretenden seguridad, rentabilidad, liquidez y flexibilidad. Esta última exigencia es la de los inversores más sofisticados que necesitan darle a su inversión alguna función adicional a la pretensión del pago de los intereses (utilidad) y a la restitución del capital. Estos requerimientos (rentabilidad, seguridad y liquidez) en algunos casos se orientan en sentido contrario con las pretensiones de los inversores ya que, por ejemplo, una inversión muy rentable generalmente es más riesgosa.

IV.3.2.2. La demanda de dinero

En la otra faz del mercado se encuentran los tomadores de fondos, o sea la demanda (unidades económicas ilíquidas), que presentan también situaciones diferentes entre sí.

Las personas humanas tienen necesidades de fondos para satisfacer necesidades de consumo (corto plazo), de bienes de uso o consumo durable, como los artefactos del hogar (mediano plazo) y de vivienda (que se amortiza a largo plazo). Estas exigencias, además de la variación en los plazos apuntada, también precisan montos diferentes. Las empresas, los otros demandantes de fondos de estos mercados, por su parte presentan también necesidades del corto plazo para cubrir deficiencias transitorias, como de caja, de mediano plazo para la adquisición de bienes de uso y de plazos más prolongados para financiar proyectos de inversión, Los montos de estas necesidades varían también en cuanto a su importancia.

IV.3.2.3. La armonización de intereses

Lo ideal entonces es que la canalización del ahorro hacia la inversión se realice tratando de conciliar los distintos intereses en pugna de las partes intervinientes en estos mercados (proveedores y demandantes de fondos) haciéndolo con eficiencia, a bajo costo y minimizando los riesgos.

IV.4. La captación y asignación de recursos a través de los bancos. Su complejidad

IV.4.1. La interposición y los riesgos

En líneas generales, salvando circunstancias según su categoría (comercial, hipotecario o de inversión) los bancos cumplen estas funciones en la formas que se describen en los párrafos siguientes. Es imprescindible recordar que cuando se habla de captación de fondos se está significando que los bancos toman recursos financieros en forma pública de la actividad económica en general, desarrollada tanto por las empresas como por los individuos. En otras palabras, que gestionan dineros de terceros y que lo deben hacer con la prudencia y diligencia que esta condición exige. Cuando los bancos intervienen en este proceso más que intermediar se interponen literalmente entre el inversor y el tomador de los fondos, asumiendo jurídicamente ante el inversor los riesgos de contraparte (eventual incumplimiento del tomador de los fondos) y de tasas. El llamado riesgo de tasas se presenta cuando se producen variaciones en las tasas pasivas (que son las que pagan a sus inversores) y las activas (las que perciben de los tomadores) durante el lapso que transcurre entre el proceso de captación y el de asignación de recursos y los intereses se han pactado a tasa fija. Se hace referencia interposición porque el proceso captación-asignación se perfecciona con dos relaciones contractuales diferentes e independientes entre sí: a) una: inversor-banco (plazo fijo, por ejemplo), por una lado; b) la otra: banco-tomador de fondos (préstamo bancario por ejemplo). Los riesgos económicos de la operatoria considerada globalmente (tasa y contraparte) por el contrario

no son asumidos por los bancos (salvo crisis sistémicas o muy mala gestión) ya que los mismos son dispersos a través de la denominada tasa de riesgo que se agrega a las tasas activas y que son las deben pagar los tomadores de los fondos.

IV.4.2. La captación de recursos (operaciones pasivas)

Los bancos captan los fondos a través de las operaciones denominadas pasivas, llamadas así porque figuran en los pasivos de sus estados contables. El CCiv. y Com. distingue dos tipos de operaciones pasivas. A una las denomina genéricamente “depósito bancario” (libro tercero, título IV, capítulo XII, sección 2°, parágrafo 1°). En este parágrafo legisla sobre depósito a la vista de dinero (artículo 1391) en un modo que parece indicar que hace referencia a lo que actualmente se denomina “caja de ahorro”, teniendo en cuenta que en forma separada regula la cuenta corriente bancaria (parágrafo 2°) y lo expresado en su artículo anterior (retiro de los fondos a simple requerimiento del depositante). Seguidamente (artículo 1392), hace mención al “depósito a plazo”, una denominación que no corresponde con la naturaleza real del contrato, ya que el banco no recibe los fondos para su guarda y custodia sino para usarlo (prestarlos) y no solo tiene la obligación (y el derecho) de reintegrar los fondos al inversor al vencimiento del plazo pactado, sino que además debe pagarle la remuneración convenida (intereses), estructura ésta que refleja más un mutuo oneroso (artículos 1525 y 1527 CCiv. y Com.) que un depósito (artículos 1356 y 1357 CCiv. y Com.).

La denominación de “depósito” es una rémora de la banca primitiva medieval, confundida en sus funciones con la de los orfebres que recibían oro y plata amonedados para su guarda y conservación y que por ello cobraban una comisión (contrato de depósito). La otra forma de captar los fondos prevista por el CCiv. y Com. es la cuenta corriente bancaria (artículo 1393 y ss. CCiv. y Com.), aunque esta interpretación no surge expresamente de las normas citadas pero es una práctica bancaria generalmente aceptada por la cual los depósitos en cuenta corriente son remuneradas por los bancos cuando representan sumas importantes. Cabe apuntar que el BCRA limita en algunos casos las disponibilidades de los fondos captados por las cuentas corrientes los que no pueden ser prestados en esos casos. Los bancos captan fondos también utilizando instrumentos del mercado de valores (ley 26.831) cuando lo hace emitiendo obligaciones negociables (ley 23.576).

IV.4.2.1. Los encajes

El mecanismo bancario denominado encaje merece un párrafo especial. Explica que no es factible que los montos recibidos por las operaciones pasivas sean prestados en su totalidad, ya que los bancos deben mantener un porcentaje de las sumas captadas para cubrir sus propias necesidades de liquidez (encaje técnico), porcentaje que es determinado por sus cálculos estadísticos. En algunas oportunidades el mismo es fijado por el BCRA cuando utiliza este procedimiento como una herramienta para regular el crédito y la moneda (artículo 4, inc. b, ley 24.441) y se lo denomina encaje legal. El costo de estos encajes (se pagan tasas pasivas por fondos que no se pueden prestar) encarecen los servicios bancarios y se traslada a las tasas activas que son, como se dijo, las que pagan los tomadores de fondos.

IV.4.3. Operaciones activas o asignación de recursos

La otra faz de la función de este sistema, o sea la que vincula a los bancos con los tomadores de fondos, se formaliza a través de las operaciones denominadas activas (figuran en los activos de los balances de los bancos). Técnicamente son mutuos onerosos aunque el CCiv. y Com. prefiere denominarlo “préstamos bancarios” (parágrafo 3°). Legisla sólo el préstamo común (artículo 1408), el descuento bancario (artículo 1409) y la apertura de crédito (parágrafo 4°, artículo 1410 y ss.). Además de estas formas directas de financiación el banco opera con las operaciones llamadas “contingentes” que tienen generalmente como función facilitar la obtención de créditos de sus clientes con relación a terceros (avales, fianzas, aceptaciones de facturas o letras, etcétera.) previstas en la

ley entidades financieras (artículo 24, inc. e, de la ley 21.526) pero no en el CCiv. y Com. específicamente como contratos bancarios.

IV.4.4. Efecto importante de la intervención bancaria. El arbitraje en los plazos

Una función de los bancos que ha sido poco destacada es la que se refiere al arbitraje en los plazos. Teniendo en cuenta las diferencias de plazos que se presentan entre la oferta y la demanda de dinero debe anotarse que también es función del sistema financiero arbitrar en los plazos o sea transformar las colocaciones bancarias (que normalmente son de corto plazo) en asistencias financieras a mediano y largo plazo.

IV.5. Los distintos sistemas de organización de los bancos

Bajo esas condiciones se advierte que los bancos satisfacen las necesidades financieras de las personas (consumo, bienes de uso y vivienda) y de empresas (caja, bienes de uso y proyectos). Lo hacen tanto en el corto como en el mediano y largo plazo, por montos de distintas dimensiones, sean en moneda nacional o en divisas extranjeras.

IV.5.1. Banca especializada y banca múltiple

En razón de esta variación de servicios, algunos sistemas bancarios se organizan bajo la forma denominada “banca especializada” para servir a esos distintos sectores en forma diferenciada. Distinguen, por ejemplo: a) los bancos comerciales (banca transaccional), que atienden las necesidades financieras del corto plazo tanto a las empresas como a las personas; b) los bancos hipotecarios, que financian la construcción y comercialización de inmuebles; c) los bancos de inversión, que asisten a las empresas en sus proyectos de mediano y largo plazo. Este sistema fue adoptado en Estados Unidos luego de la crisis del año 1929 a través de la ley denominada “Glass-Steegal” como un remedio para mitigar los riesgos sistémicos. Esta metodología no dio resultados durante el colapso del año 2008 (crisis de los créditos *subprime*) y se regresó al sistema de banca universal o banca múltiple. En este sistema de “banca múltiple”, adoptado por otras legislaciones, los bancos pueden encargarse de la asistencia financiera y de la prestación de servicios a todos los sectores y necesidades.

IV.5.2. La organización de la banca en nuestro país

En nuestro país se ha optado por criterio de banca especializada en la ley 21.526, aunque en la práctica el sistema se haya encaminado progresivamente hacia la opción de la banca múltiple o universal sobre la base de los denominados bancos comerciales, los que pueden realizar todas las operaciones activas, pasivas y de servicios que no le sean prohibidas (artículo 21 de la ley 21.526). Los bancos de inversión (artículo 22 de la ley 21.526) e hipotecarios (artículo 23 de la ley 21.526) han perdido presencia en nuestro mercado financiero. Lo mismo puede afirmarse de otras instituciones previstas por la ley destinadas a atender al sector minorista (compañías financieras, artículo 24 de la ley 21.526), a la financiación de la comercialización de viviendas (artículo 25 de la ley 21.526) y a la asistencia de los sectores de menores recursos (cajas de crédito, artículo 26 de la ley 21.526).

IV.6. Controles de los bancos. Los bancos centrales

Ya se ha destacado la importancia vital que tienen los bancos para la marcha de la economía. Por ello y para evitar las llamadas crisis sistémicas es que los Estados nacionales tienen un estricto control sobre los mismos. En nuestro país las leyes 21.526 (de Entidades Financieras) y 24.144 (Carta Orgánica del BCRA) fijan la reglas regulatorias a las que están sometidas los bancos comprendidos en el sistema. Esas normas, aunque no se lo diga expresamente, tienen como finalidad la protección del sistema bancario más que la de los derechos que puedan tener aquellos que estén vinculados

con los bancos (colocadores y tomadores de fondos y proveedores de bienes o servicios). Esto se corrobora con el simple análisis del régimen que prevé el artículo 35 bis de la ley 21.526 para controlar las crisis bancarias y la escasa cobertura que presta SEDESA con relación a las sumas depositadas en cuentas corrientes o invertidas en plazos fijos en los bancos. El control del riesgo sistémico se realiza a través de una metodología denominada CAMEL, en la cual C es *Capital*, A: *Asset*; M: *Management*, E: *Earning* y L: *Liquity*. El BCRA se preocupa, entonces, de que las entidades bajo su control tengan el capital necesario de acuerdo a la magnitud de asistencia financiera que prestan, que sus activos sean realmente valiosos, que el nivel de gerenciamiento sea especialmente capacitado y profesional, que obtengan rentabilidad suficiente y se mantengan razonablemente líquidas como para responder a los requerimientos de sus inversores en punto a extracciones de dinero.

El BCRA dicta las denominadas normas prudenciales referidas al régimen de capitales mínimos y a su forma de integración, a los requisitos de liquidez, al fraccionamiento y graduación de los créditos, a la clasificación de los deudores y su provisionamiento y garantías y las limitaciones en las operaciones con clientes vinculados. La supervisión se realiza a través de un sistema de monitoreo que se ejecuta mediante controles realizados por auditores externos, un proceso continuo de inspecciones, un régimen permanente de información (mensuales, trimestrales y anuales) y una calificación realizada por entidades especializadas habilitadas por el propio BCRA. Para iniciar sus actividades, fusionarse, transferirse y/o abrir sucursales, los bancos deberán contar con autorización previa del BCRA. Este tiene intervención directa en el proceso de crisis de los bancos, exigiéndoles planes de encuadramiento, designando veedores o interventores, ordenando la transferencias de activos y pasivos, revocando la autorización para funcionar y solicitando su liquidación judicial (artículo 35 bis de la ley 21.526).

IV.7. Los bancos y los mercados de valores

El mercado de valores es el otro sistema que satisface la necesidad de canalizar el ahorro hacia la inversión. En nuestro país aparecen dos modelos de mercados. El del “Mercado Abierto Electrónico S.A.” cuyos principales accionistas son bancos e intervienen simplemente como compradores y vendedores de valores negociables (la utilidad surge de la diferencia de precio entre la compra y la venta del producto de que se trate), y el del “Bolsas y Mercados Argentinos S.A.” que opera mediante la intervención de agentes que actúan como comisionistas (que perciben como remuneración un porcentaje del precio). Sus instrumentos son utilizados como herramienta casi exclusiva por los bancos de inversión e hipotecarios y en menor medida por los comerciales, para la captación de fondos. El mercado de valores está regulado principalmente por la ley 26.831, mal llamada “ley de mercado de capitales”.

Esta denominación peca por defecto, ya que en ellos no se transan solo acciones (que son los instrumentos que representan el capital de las sociedades anónimas) sino valores representativos de empréstitos como las obligaciones negociables (ley 23.576) o bonos y certificados de participación y títulos de deuda por fideicomisos financieros (artículos 1693 y 1694 del CCiv. y Com.). Estos mercados se desarrollaron básicamente para financiar a las empresas en sus proyectos de inversión o para la reestructuración de sus pasivos, en operaciones a mediano y largos plazos. Sus funciones económicas se concretan mediante las transacciones de activos denominados valores negociables (que son créditos también). Aquí el sistema difiere sustancialmente con la financiación bancaria ya que por el mismo se establece una relación directa entre el inversor y el tomador de los fondos. El inversor entrega los fondos directamente a la empresa tomadora y ésta, como contraprestación, le reconoce la condición de socio en el caso de que haya emitido acciones (ley 19.550), la de acreedor si se trata de obligaciones negociables (ley 23.576) o la de beneficiario en el de los fideicomisos financieros (artículo 1690 CCiv. y Com.). Como se advierte entre ambas partes de la relación no existe interposición de ninguna institución, razón por la cual el inversor asume la totalidad de los riesgos. Al no intervenir los bancos se eliminan los costos que ocasionan los mismos, razón por la cual el inversor debería obtener una tasa más elevada que en una imposición bancaria y, paralelamente, el tomador pagar una tasa menor que la de un crédito bancario.

El proceso de emisión de acciones o de obligaciones negociables es bastante complejo ya que, a diferencias de las pautas regulatorias de los sistemas bancarios, las normas universalmente admitidas tratan de proteger al inversor, teniendo en cuenta que este asume, como dijo, la totalidad de los riesgos. La emisión debe ser resuelta por el órgano de deliberación y gobierno de las sociedades emisoras que desean captar fondos y su directorio se encarga de la faz operativa con intervención del síndico y auditores, previa la colaboración de un organizador. Se debe redactar un documento especial denominado prospecto de emisión cuya finalidad es precisamente advertir posibles riesgos a eventuales inversores. En el mismo sentido intervienen las calificadoras de riesgos.

Cumplido todos estos pasos la emisión es autorizada por la CNV. En el último tramo, que es colocar los valores en los mercados, los bancos intervienen a través del contrato de suscripción (*underwriting*) mediante el cual adquiere total o parcialmente los valores emitidos y los dispersan entre sus clientes o en el mercado secundario.

Los bancos, además de captar fondos a título de capital o de deuda través de la emisión de acciones o de obligaciones negociables, operan también para sus clientes en el mercado secundario de valores a través de sociedades subsidiarias.

IV.8. Los bancos y el mercado de divisas

Cuando se hace referencia al mercado de divisas se apunta a la compra y venta de monedas y billetes extranjeros, oro amonedado, cheques de viajeros, transferencias y operaciones análogas en divisas extranjeras (artículo 1 de la ley 18.924). Satisface las necesidades de las empresas que comercian en los mercados internacionales y, en menor medida, las de las personas que se trasladan al exterior (empresarios, funcionarios, turistas, etcétera). Los importadores necesitan comprar divisas extranjeras para poder pagar los bienes que adquieren y los exportadores, por su parte, necesitan vender las divisas extranjeras obtenidas por sus operaciones en el exterior para hacerse de la moneda local para cumplir con sus compromisos asumidos en su país de origen. También se usa para atender las apetencias de la especulación. Esta actividad es desarrollada en nuestro país por las entidades financieras autorizadas a operar en cambios que son los bancos de inversión y los bancos comerciales (artículos 22, inciso i, y 21 de la ley 21.526). Lo hacen también empresas especializadas como las casas, las agencias y las oficinas de cambio, las que para intervenir en la operatoria deben contar con la previa autorización del BCRA, conforme lo determina la mencionada ley 18.924. Su funcionamiento está bajo el control permanente de esa autoridad. El de divisas es el más activo de los mercados financieros y el que genera más volumen y su operatoria es posible, como ya se dijo, por el uso de las transferencias bancarias.

IV.9. Los bancos y la gestión de los riesgos

IV.9.1. El riesgo como un producto transable

Se hace referencia especial aquí a los llamados riesgos de mercado y que consisten, básicamente, en las variaciones de los precios de los insumos involucrados en una actividad empresaria determinada (materia prima, divisas, tasas de intereses, mano de obra, entre otros). La necesidad de la cobertura de estos riesgos cobró importancia a partir de la crisis del petróleo (ver IV). La solución encontrada fue la creación de una nueva modalidad de activos financieros, denominados productos derivados. La práctica mercantil fue la creadora y diseñadora de estos nuevos activos financieros y lo hizo sobre la base de las operaciones a término (contratos de *forwards*, futuros y opciones) o del intercambio de obligaciones (canjes o *swaps*). Desde el punto de vista práctico consiste en considerar al riesgo como un producto transable. Aparecen así los mercados de los riesgos en donde, en principio, intervienen aquellos empresarios que pretenden cubrirse de la volatilidad (subas o bajas) de los productos relacionados con sus actividades. Recordemos que los contratos a término

son aquellos en los cuales se presentan dos momentos: a) la concertación, en el cual se pactan el producto, la cantidad, el precio y el plazo de cumplimiento; b) la liquidación que se produce cuando, vencido el plazo, se deben cumplir con las prestaciones acordadas: el vendedor entregar producto y el comprador pagar el precio.

En los contratos derivados la liquidación se concreta normalmente pagando solo la diferencia de precios del producto existente entre el momento de la concertación y la liquidación, obligación que asume el que perdió en la previsión del riesgo. Estos contratos ya eran conocidos desde mediados del siglo XIX para la protección de los productores agrícolas pero su uso se generalizó, como se dijo, a partir de la década de los setenta del siglo pasado. Inicialmente tenían como objeto la cobertura de los productos primarios (*commodities*) pero luego la práctica lo extendió hacia los activos financieros, especialmente hacia las tasas de interés y las divisas.

En nuestro sistema no tienen regulación legislativa específica si bien el artículo 1429 del CCiv. y Com., cuando hace referencia a los contratos celebrados en bolsas o mercados de comercio, explícitamente los permite al hacer mención a las normas que pueden prever la liquidación del contrato por (pago de) diferencia (de precio entre los momentos de la concertación y liquidación) y además “regular las operaciones y contratos derivados”. El artículo 1° de la ley 24.083 ya autorizaba su negociación a los fondos comunes de inversión. Su regulación la hace la CNV meticulosamente a través de sus normas. Cabe advertir que si bien inicialmente son instrumentos de gestión de riesgos empresarios, como no es necesario el cumplimiento por la entrega del precio y la del producto subyacente, intervienen activamente en estos mercados los especuladores que, independientemente de cumplir la función al darle liquidez a estos mercados, una excesiva participación puede crear distorsiones en los precios.

Como se puede advertir, el riesgo se ha transformado en un producto financiero transable y son operados por instituciones altamente especializadas controladas por la CNV, siendo en nuestro país las más importantes la Bolsa de Comercio de Rosario (BCR) a través de su Mercado a Término (Rofex) y el Mercado de Cereales a Término de Buenos Aires (Matba). El *swaps* también es un instrumento de gestión de los riesgos, especialmente los de divisas, pero tienen naturaleza jurídica diferente. Los *forwards*, futuros y opciones son todos modalidades de compraventas a término mientras que en el *swaps*, si bien las obligaciones de las partes tienen también como punto de partida las diferencias de precios de un producto determinado (tasa de interés o moneda preferentemente) entre el momento de la concertación y el de la liquidación, su base es el canje o permuta de obligaciones (financieras en estos casos). Los bancos operan en esos mercados de manera indirecta a través de las empresas administradoras de los fondos comunes de inversión (artículos 1 y 3 de la ley 24.083).

IV.10. Los bancos en la prestación de servicios no estrictamente financieros (gestión de clientes)

Las instituciones que intervienen en los mercados financieros como los bancos, por ejemplo, han debido constituir importantes y eficientes organizaciones operativas para satisfacer las necesidades financieras de sus clientes. Esas mismas estructuras, en algunos casos en combinación con la fuerte confianza que normalmente despiertan, les permiten cumplir otras funciones para las empresas y que no son estrictamente de naturaleza financiera, aparte de la tarea básica de proveer los medios de pagos.

IV.10.1. La función de los bancos en el comercio internacional

Los problemas de las transacciones internacionales se relacionan con los temores que cada uno de los contratantes tiene con relación al cumplimiento por la otra parte de los compromisos asumidos y las cuestiones que pueden generarse especialmente los de la legislación y jurisdicción aplicables y riesgos (de cambio, de país, entre otros).

La intervención de los bancos con la compleja figura del crédito documentario aseguran a sus clientes las obtenciones de las prestaciones perseguidas: al vendedor la percepción del precio y al comprador la entrega de la mercadería. A diferencia de otras legislaciones nacionales este contrato no está regulado en el CCiv. y Com. En su estructura se puede advertir la presencia de por lo menos tres elementos personales y que son el importador (ordenante), el exportador (beneficiario) y un banco (emisor de la carta de crédito) los que están vinculados por relaciones contractuales diferentes; a) entre importador y exportador una compraventa internacional; b) entre el importador y el banco un mandato por el cual el primero ordena al segundo que le abra un crédito el exportador y que le pague el precio acordado contra la entrega de los documentos mencionados en las instrucciones (en el menor de los casos carta de porte, factura y póliza, que acreditan el embarque, la compraventa y el aseguramiento de los bienes objeto de la compraventa); c) entre el banco y el exportador una modalidad de la apertura de crédito instrumentado en un documento especial denominado carta de crédito. El importador adelanta los fondos al banco, quien paga el exportador contra la entrega de los documentos los que son transferidos al ordenante cerrando así la operación. El importador con la carta de porte podrá disponer de la mercadería objeto de la compraventa y, eventualmente, con la póliza de seguro percibir la indemnización en caso de que se produzca el siniestro cubierto por el contrato.

IV.10.2. Factoraje

Otro contrato referido a la atención del cliente es el caso de factoraje que está previsto por el CCiv. y Com. a partir del artículo 1421 (mismo Libro y Título pero Capítulo 13) o sea fuera de la regulación específica de los contratos bancarios. Lo mismo que ocurre con el contrato de *leasing*, no se lo caracteriza con la aptitud subjetiva de algunas de sus partes. Este contrato es de utilidad para aquellas empresas que tienen como política comercial la venta otorgando plazos. Una cartera de esas características puede plantear problemas para las empresas comerciales y que son, básicamente, los altos costos administrativos (contabilización, gestión de cobranza, etcétera) y eventualmente la inmovilización o pérdida de liquidez. En estos supuestos los bancos adquieren esos créditos asumiendo o no los riesgos de incobrabilidad.

IV.11. Los bancos en el mercado de la locación

La locación reemplaza en algunos casos a la compraventa y constituye una forma de financiación de los bienes de uso. Tanto las empresas como los individuos necesitan cotidianamente distintos tipos de bienes de uso, sean muebles o inmuebles, tangibles o intangibles (viviendas, oficinas, locales comerciales, rodados, aeronaves, equipos de computación, sistemas informáticos, etcétera).

En la hipótesis de que no lo tengan y carezcan de dinero para adquirirlos o, de tenerlo, les convenga darle otros destinos, existen a su alcance otras alternativas para conseguirlos. Una de ellas es obtenerlo a través de la locación. En esta última circunstancia, el mercado actualmente le ofrece dos opciones: a) simplemente alquilarlo (un contrato de locación común); b) alquilarlo pero reservándose el derecho a adquirirlo (contrato de *leasing* o locación financiera). Ambas alternativas también forman parte del mercado financiero porque satisfacen necesidades económicas similares y además, cuando alcanzan volúmenes importantes, pueden tener incidencia sobre la demanda de dinero y, por ende, sobre las tasas de interés.

En punto al *leasing*, esta modalidad contractual ha sido producto también de la práctica comercial. En una economía recesiva, los fabricantes de bienes de uso se encontraron con dificultades para colocarlos en los mercados mediante la venta. Decidieron, por lo tanto, ofrecerlos en locación y ante cierta reticencia de los consumidores (por razones culturales el hombre común cree que el precio de la locación significa una pérdida) agregaron a la oferta una opción de compra, transformando a este contrato en un producto financiero a través de su precio denominado canon.

Por las ventajas que presenta frente a otras modalidades (financia la totalidad del precio del bien, no es endeudamiento y no disminuye la liquidez por lo que no afecta el balance, es un remedio eficaz frente a la rápida obsolescencia de ciertos productos, especialmente los tecnológicos, entre otras ventajas) su evolución en los países financieramente más desarrollados ha crecido de manera exponencial y en la actualidad permite la financiación de una gran cantidad de activos tanto físicos (medios de transporte, viviendas, etcétera) como intangibles (sistemas informáticos, programas de computación entre otros). Las relaciones que genera este contrato es de gran variedad y riqueza, partiendo del hecho de que el dador conserva la propiedad y el tomador la tenencia, plantea cuestiones relativas a la contabilización, al financiamiento (tanto para el dador en la determinación del canon como para el tomador ante otras alternativas financieras), a aspectos impositivos y a las relaciones con terceros.

El CCiv. y Com. legisla este contrato a partir del artículo 1277 en términos parecidos al de la ley 25.248 que a su vez reemplazó a la ley 24.441 que trataba de la financiación de la vivienda y de la construcción. Se lo ubicó en esta norma en razón de que el *leasing* financia a la totalidad del precio a diferencia de otras modalidades financieras, como de los créditos bancarios por ejemplo que sólo lo hacen un porcentaje del valor del inmueble. Si bien esta modalidad no se ha desarrollado en nuestro país como en otros mercados, los bancos operan en forma directa o a través de sociedades controladas en la modalidad "*leasing* financiero" mientras que las empresas productoras o comercializadoras de bienes lo hacen mediante el denominado "*leasing* operativo".

IV.12. Los bancos y las financiaciones estructuradas

Se denomina financiación estructurada a los procesos por los cuales las empresas o los individuos separan parte de activos de sus patrimonios para la realización de ciertos emprendimientos o financiamientos, limitando su responsabilidad tan sólo hasta esos activos segregados. Significa, de alguna manera, la creación de patrimonios autónomos independientes y separados de quienes los originaron y de quienes los administran. Son aplicaciones más sofisticadas del concepto económico y jurídico que originó el nacimiento de las sociedades anónimas. Hoy sirven para explicar nuevas alternativas de financiamiento, inversión y gestión.

Es ejemplo de este instrumento financiero el proceso de titulización (*securitization* en la nomenclatura internacional) por el cual algunas empresas segregan de su patrimonio parte de sus activos (generalmente créditos) para garantizar con ellos la emisión de valores negociables representativos de deuda, recibiendo a cambio los fondos recaudados por esa emisión. Su origen fue el proceso de liquidación de las entidades de ahorro y préstamo en Estados Unidos (*savings and loans*) en la década de 1970. Como los que se afectan son generalmente crédito, se dice que ésta es una forma sofisticada de factoraje. Es una modalidad es muy utilizada en nuestra economía por empresas, principalmente comercializadoras de electrodomésticos, que tienen como política comercial la venta mediante el otorgamiento de créditos. También fue legislada originariamente para financiar el acceso a la vivienda (ley 24.441). Esta ley adoptó como metodología para su instrumentación un sistema basado en el fideicomiso, apartándose de los modelos internacionales que lo hacen sobre la base de la creación de sociedades especiales a las que se denomina "sociedades vehículos". El CCiv. y Com. siguió la metodología de la ley 24.441 y bajo la denominación de "fideicomiso financiero" lo regula a partir del artículo 1690, según el cual los bancos pueden actuar, y de hecho lo hacen activamente, como fiduciarios en estos en estos casos.

También puede mencionarse dentro de esta categoría al modo de financiamiento denominado "financiación de proyectos", que tiene la particularidad de facilitar la asistencia a empresas que, si bien no presentan un riesgo crediticio adecuado a juicio de los bancos prestamistas y por lo tanto tienen vedado el acceso al crédito, el proyecto que proponen, una vez ejecutado, puede generar flujos de fondos suficientes como para cubrir los costos operativos, generar reservas, pagar intereses del crédito y su amortización y, finalmente dar utilidades para los promotores. No tiene regulación específica en nuestra legislación y, en la práctica, la segregación de activos se realiza a través de la

creación de una sociedad anónima especial (artículo 163 y ss. ley 19.550) creada por los promotores (que también financian parcialmente el proyecto a título de acreedores subordinados además de accionistas). Esta sociedad especialmente creada es la receptora de la asistencia crediticia por parte de las entidades financieras, que lo hacen a través del contrato apertura de crédito (artículo 1410 y ss. del CCiv. y Com.) y la ejecutora del proyecto propuesto por los promotores. Los bancos actúan, entonces, como prestamistas de las sociedades vehículos.

Esta modalidad se observa además en los fondos comunes de inversión, regulados por la ley 24.083 y cuya naturaleza jurídica es la de ser un patrimonio indiviso administrado por una sociedad gestora en beneficio de los inversores llamados cuotapartistas.

IV.13. La financiación de grandes proyectos

La financiación de grandes proyectos y la agrupación de los bancos a través de la sindicación de créditos. Es otra forma de financiamiento que se origina cuando la asistencia crediticia es de tal magnitud que las empresas, que deciden optar por el financiamiento bancario, se encuentran frente al hecho de que los bancos carecen de capacidad prestable suficiente o, si la tienen, no quieren o, por exigencias de los bancos centrales, no pueden asumir semejantes riesgos. Las necesidades prácticas y para no perder negocios, han impulsado a los bancos a agruparse en contratos asociativos de colaboración financiera que no constituyen sociedades y en forma conjunta, a través de un banco agente, financian a las empresas necesitadas de fondos por montos muy importantes. A diferencia de otras legislaciones en la región, tampoco tiene regulación específica pero sus sustentos legales los encontramos en las normas relativas a los contratos asociativos (artículo 1442 y ss. del CCiv. y Com.) y en las de apertura de crédito (artículo 1410 y ss. del CCiv. y Com.).

IV.14. Modos especiales de garantías

Se han desarrollado nuevas formas de garantías.

a) En algunos casos para la protección de los inversores en el mercado de valores, cuando se emiten obligaciones negociables (que son títulos de deuda) con respaldo de ciertos activos. En estas emisiones se emiten dos tipos de obligaciones negociables; las seniors que suscriben e integran el inversor o público en general, que tienen privilegio para el cobro de los intereses y la amortización del capital, y las subordinadas, suscriptas generalmente por sectores vinculados con el emisor, que percibirán sus acreencias una vez satisfechas las de los titulares de las seniors. En nuestro país este sistema se aplica comúnmente cuando se emiten valores fiduciarios en los fideicomisos financieros (artículo 1690 y ss. del CCiv. y Com.) por aplicación del artículo 2575 del CCiv. y Com. y se los denomina créditos subordinados.

b) Otra forma de garantía, en este caso para la protección de los adquirentes de sociedades de los pasivos no registrados en los estados contables, es el acuerdo de custodia (*escrow agreement*). Consiste en la retención de una parte del precio de la compraventa el que es entregado a un tercero para su administración por un plazo determinado. El tercero paga los pasivos que vayan apareciendo y si cumplido el plazo de la garantía hay un sobrante, este es entregado al vendedor. Generalmente los terceros designados para la custodia y gestión de los activos reservados en garantía, cuando se trata de montos importantes, son los bancos.

c) Cabe señalar también la garantía denominada “prenda negativa” (*negative pledge*) y es la exigencia de los bancos ante la sociedad deudora para que no otorgue ningún tipo de garantía a otro acreedor, bancario o no bancario. Es para asegurar la igualdad de todos los acreedores o, en otras palabras, la regla *pari passu*.

IV.15. Los bancos y las tarjetas de crédito

Las tarjetas de créditos tienen la importante función de financiar el consumo, además de la de ser un medio de pago. Este instrumento de gran popularidad en la actualidad y se incorporó al mer-

cado recién a mediados de la década del cincuenta del siglo pasado. La primera tarjeta de crédito fue la llamada Diners Club (Club de los Cenadores). Su origen fue el fruto de una exitosa mezcla de dos instrumentos que ampliamente utilizados en el país de origen: uno fue la tarjeta de afinidad, que eran distribuidas por empresas hoteleras y petroleras entre su clientela para su fidelización y que permitía a su titular primero usar los servicios que las mismas prestaban postergando el pago para fechas posteriores, pero que debían ser utilizadas exclusivamente en representaciones, sucursales o agencias de la misma empresa otorgante de la misma. El otro instrumento fue el cheque de viajero, el que previamente debía ser comprado en los bancos que los emitían y que servía para el pago de bienes y servicios pero que su uso no estaba restringido solo a dependencias del emisor sino que era aceptado por la generalidad de los comercios. La combinación de ambas formas dio origen a la tarjeta de crédito, documento que permite primero adquirir un bien o servicio pero postergando su pago en una fecha posterior previamente convenida. Se constituyó así, como se dijo, en un medio de pago y simultáneamente un instrumento de crédito, que permite financiaciones de bienes y servicios en plazos muy breves y que cambió sustancialmente los hábitos de consumo de los individuos.

En nuestro país está regulada ley 25.065 del año 1998 que trata básicamente del contrato de emisión de tarjetas y las relaciones entre emisores, titulares y comercios adheridos. No regula a las sociedades administradoras de tarjetas. Si bien la norma no exige la intervención de los bancos estos cumplen roles casi excluyentes ya que por mucho son los principales emisores de tarjetas y además integrantes de las sociedades administradoras de las cuales son los principales accionistas.

VI.16. Los bancos y los fondos comunes de inversión

IV.16.1. Los fondos comunes de inversión públicos

Son los regulados en nuestro país por la ley 24.083. Se los denomina de esa manera porque el llamamiento a los inversores se efectúan precisamente en forma pública y por tal motivo tienen una rigurosa regulación y control estatal, intervención que se funda en la necesidad de proteger al consumidor financiero que acepta la invitación para invertir.

Su función económica es la de reemplazar en los pequeños inversores de los atributos que éstos generalmente carecen, como los son el conocimiento adecuado de los mercados para seleccionar y dispersar los riesgos o, si lo poseen, sus disponibilidades son insuficientes para hacerlo. Como ya se adelantó en este informe, la ley 24.083 regula este tipo de fondos organizándolos en base a dos organismos: la sociedad administradora o gerente que selecciona las inversiones (generalmente son sociedades anónimas subsidiarias de los bancos) y la sociedad depositaria que la controla (normalmente también son bancos), resguarda los activos del fondo y realiza las funciones de caja. Estos fondos se organizan a partir de un reglamento de gestión, contrato celebrado entre ambas instituciones y que debe ser aprobado previamente por la CNV, organismo que también las controla en su gestión.

En la actualidad funciona una importante cantidad de fondos comunes de inversión públicos en nuestro país, que en un amplio espectro, invierten en activos de renta fija, renta variable, renta mixta y en plazos fijos. Conjuntamente con las impositivas en los bancos, constituyen una de los más importantes destinos de los ahorros del pequeño inversor.

VI.16.2. Fondos de inversión privados

La otra categoría de fondos comunes de inversión son aquellos que captan dinero pero sin hacerlo en forma pública. Estos fondos no tienen por funciones la dispersión de los riesgos tal como fueron descritas en los párrafos precedentes. Generalmente se trata de inversores de alto poder adquisitivo y se exige para su ingreso al fondo una base de aportes mínimos que generalmente son sumas elevadas. Se interpreta que si quienes participan en estas instituciones lo hacen efectuando inversiones importantes, cabe presumir que tienen conocimientos más o menos amplios de los

mercados y la suficiente capacidad técnica como para analizar y seleccionar por sí mismos, sin ayuda de terceros, el destino de sus ahorros. No constituirían consumidores financieros y por lo tanto no necesitarían protección. Por estos motivos, y por no convocar o invitar públicamente a participar a eventuales inversores, no tienen regulaciones ni controles especiales. En nuestro país adoptan las estructuras de las sociedades comerciales de inversión, preferentemente las anónimas (artículos 31 y 163 de la ley 19.550) o la de los ahora llamados fondos de inversión directa que se organizan bajo la figura del fideicomiso financiero (artículo 1690 y ss. del CCiv. y Com.), con la particularidad que en estos casos el inversor reúne las condiciones de fiduciante y beneficiario. Estos fondos privados se distinguen según las modalidades de intervención en los mercados de acuerdo a los destinos y finalidades que le dan a sus inversiones. Algunos financian nuevos proyectos a emprendedores y se los denomina “de capital de riesgo” (*venture capital o risk capital*) ya que sus aportes se los efectúan a título de socios (no de acreedores) y por lo tanto corren la suerte del negocio cuyo desarrollo han financiado.

Otros tienen una actividad similar a los fondos públicos, es decir encaminan su actividad a la inversión en instrumentos financieros como acciones, bonos o monedas pero lo hacen sobre activos de mayores riesgos y sofisticación operando, inclusive, en descubierto, alternativa vedada en principio a los fondos públicos y se los denomina fondos de inversión especulativa (*hedgefunds*). Estos fondos en algunas oportunidades analizan títulos de deuda soberanos o particulares que se encuentran en situación de falencia, los adquieren a precios muy bajos y luego pretenden cobrarlos por su valor nominal más intereses vencidos y no pagados y se los denomina “fondos buitres”.

Otros fondos tienen como objetivo la adquisición de empresas en marchas y las adquieren a través de lo que se denomina oferta pública de adquisición (OPA) con finalidades diversas, como por ejemplo fusionarlas con otras para reducir costos o para su desguace y vender sus activos individualmente (caso que se presenta cuando la suma de los valores de los activos considerados aisladamente es superior al que tiene la empresa en marcha) o directamente eliminarlas del mercado como competencia.

IV.17. La interrelación entre los mercados financieros

Otro aspecto que hay que señalar es la estrecha relación que vincula a las diferentes instituciones que, con distintas modalidades, canalizan el ahorro hacia la inversión. En nuestro país son los bancos, los mercados de valores, las empresas aseguradoras y los fondos comunes de inversión. Una muestra de esa estrecha vinculación lo demuestra palmariamente el hecho de que, en la crisis del año 2008, la caída del banco de inversión Lehman Brothers arrastró a una de las más importantes empresas aseguradoras, AIG, que debió ser objeto del más grande salvataje de la historia por parte de la Reserva Federal, la que adquirió el 79,9% de sus activos y le dio un préstamo de US\$ 85.000 MM, para amortiguar los efectos de la crisis sistémica que se produjo ese año por el tema de los préstamos *subprime*.

IV.18. El escenario internacional

Además de encontrar soluciones a lo que se podrían calificar cuestiones domésticas como las descriptas, los futuros profesionales deberán enfrentarse con otro fenómeno: la globalización de los mercados situación que, guste o no, aparece como un hecho irreversible ya que el mundo en uno solo y los medios de comunicación son cada vez más rápidos y seguros. Las economías de los países actúan como vasos comunicantes.

Esta creciente interrelación entre empresas e individuos de diversos países, a veces con distintos sistemas jurídicos (como, por ejemplo las diferencias entre las legislaciones originadas en el derecho continental europeo y el *common law*), por razones de recíproca seguridad, ha creado la necesidad de alcanzar un grado importante de unificación normativa con intervención de organizaciones oficiales (como UNCITRAL y UNIDROIT en algunos casos), o privadas como la Cámara de Comercio Internacional con sede en París a través de las reglas de usos uniformes (RUU).

V. Necesidades financieras insatisfechas

Pero, además, y analizando concretamente la situación de nuestro país se observan necesidades financieras insatisfechas, como lo son las dificultades para el acceso a la adquisición de viviendas para la familia promedio y al financiamiento de obras de infraestructura o de proyectos industriales. En este último supuesto a inversores extranjeros con todos los problemas que esa situación ha producido. Parte de este problema lo constituye el hecho de que nuestro país carece de moneda estable desde hace sesenta años. Pero interpretamos también que una mayor capacitación específica en la materia financiera en general y bancaria en particular de los profesionales que deben intervenir directa o indirectamente en este proceso de ahorro y financiación (legisladores, jueces, funcionarios, asesores de empresas públicas o privadas actividades que desarrollan normalmente los abogados), puede colaborar en la solución de este déficit.

VI. Bibliografía

BONEO VILLEGAS, Eduardo J. y BARREIRA DELFINO, Eduardo A. (1994). *Contratos bancarios modernos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

DAGA, Gabriel Alejandro (2005). *Contratos financiero derivados*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

ELSPE, Douglas (2010). “La ley de entidades financieras. Análisis de los proyectos de ley y propuesta para la futura reforma legislativa”, en: *Revista de derecho comercial, del consumidor y de la empresa*. (Héctor Alegría director). Buenos Aires: La Ley, pp. 355-376.

GERSCOVICH, Carlos Gustavo (1999). “Marcos del derecho bancario y financiero”, en: Carlos Gustavo Gerscovich (dir.), *Derecho bancario y financiero moderno*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 33-113.

NORTON, Joseph J. (1999). “El nuevo derecho bancario y la educación jurídica en el siglo XXI”, en: Carlos Gustavo Gerscovich (dir.), *Derecho bancario y financiero moderno*. Buenos Aires. Ad-Hoc, pp. 115-136.

NUENO, Pedro y PREGEL Gert (2000). *Instrumentos financieros al servicio de la empresa*. 3ª ed. actualizada. Bilbao: Ediciones Deusto.

PAOLANTONIO, Martín Esteban (1997). *Operaciones financieras internacionales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

PAOLANTONIO, Martín Esteban (1994). *Fondos comunes de inversión. Mercado financiero y mercado de capitales. Securitización o titulización*. Buenos Aires: Depalma.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio (2002). *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*. 5ta ed. Colombia: Legis.

REIFNER, Udo (1999). “Principios de protección al consumidor en los servicios financieros”, en: Carlos Gustavo Gerscovich (dir.), *Derecho bancario y financiero moderno*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 167-211.

WEATHERFORD, Jack (1997). *La historia del dinero. De la piedra arenisca al ciberespacio*. Barcelona. Editorial Andrés Bello.

WOOD, Philip (1999). “Introducción al derecho financiero internacional”, en: Carlos Gustavo Gerscovich (dir.), *Derecho bancario y financiero moderno*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 213-242.

Fecha de recepción: 28-03-2016

Fecha de aceptación: 04-08-2016

El “secreto de las fuentes” en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

POR **ALEJANDRO CÓRDOBA SOSA (*)** Y **MIRTA LUISA JURIO (**)**

Sumario: I. Introducción. — II. Las fuentes periodísticas en el orden jurídico nacional. — III. Concepto de fuente periodística. — IV. El secreto de las fuentes en la jurisprudencia nacional. — V. El secreto de las fuentes y la libertad de expresión en el Sistema Interamericano. — VI. Conclusiones. — VII. Bibliografía.

Resumen: en el presente trabajo se efectúa un análisis de las normas internacionales, doctrina y jurisprudencia que en el denominado Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sostienen la plena vigencia del denominado “Secreto de las fuentes periodísticas”, como parte esencial del ejercicio de las libertades de expresión y de prensa, y asimismo de la prohibición, coetánea de estos derechos, de todo mecanismo de censura previa, directa o indirecta. El artículo plantea un recorrido teórico sobre las nociones comprendidas y de los cambios evolutivos operados en esta materia en el ámbito de los organismos creados por la Convención Americana de Derechos Humanos, abordados de lo general a lo particular de la actividad de difusión de información, que tiene por objeto poner en evidencia la importancia de esta garantía de reserva para el pleno goce del acceso a la información de interés público, principio fundacional de todo estado de derecho.

Palabras claves: secreto - fuentes - libertad - expresión - prensa

The ‘protection of sources’ in the Inter-American System for the Protection of Human Rights

Abstract: *the following article analyzes the international law, doctrine and jurisprudence which in the Inter-American Human Rights System support the full force of the so-called “Protection of sources” principle, being an essential part in the right to freedom of expression and freedom of the press, and of the prohibition of any direct or indirect form of prior censorship. Going through the evolutionary path of different theoretical notions concerning this principle, sustained by both organs created by the American Convention on Human Rights, which address in general and in particular the matters concerning this right, this paper tries to bring interest to this vital part of respect for the essential rights of man in every nation under the rule of law.*

Keywords: *protection - sources - freedom - expression - press*

I. Introducción

El concepto de secreto conlleva el deber de no revelar lo que es conocido por medio de la aquiescencia de aquel que lo confía. El secreto profesional surge, en determinada labor específica, como una condición de operatividad o efectividad, por cuanto la discreción sobre las confidencias que se reciban en el ejercicio de la profesión es elemento que garantiza la concreción de los objetivos esenciales de la misma.

(*) Prof. Adjunto Derecho Internacional Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. Derecho de la Comunicación, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, UNLP.

(**) Prof. Titular Derecho Internacional Público, Prof. Adjunta Derecho Civil III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. Titular Derecho de la Comunicación, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, UNLP.

El secreto profesional posee dos dimensiones, una moral y otra jurídica. La primera, se materializa en la obligación de guardar el hecho conocido, a fin de evitar efectos perjudiciales de la violación del secreto sobre quien recurre a los servicios del especialista, o bien de quien se vale de éste para su trabajo (que es el caso del *informante*, matriz de la llamada “fuente periodística”). La segunda, es la obligación del profesional como norma legal, recogida por la mayoría de las legislaciones con los alcances particulares que cada una dispone en términos de responsabilidad tanto penal como civil.

Es en esta última dimensión, la jurídica, en donde para todos aquellos que por razón de su profesión prestan ciertos servicios que se valen de confidentes necesarios, se plantea como un derecho y obligación, *bifrontalidad* característica que se patentiza con claridad en la actividad informativa o periodística. Eliana Rozas (1984), lo plantea con precisión al referirse al objeto específico de esta actividad, llevando el concepto al terreno de la conmutatividad en la relación entre informador e informante:

“En primer lugar podría decirse que no sólo las ‘fuentes’ pueden ser objeto de secreto, sino también las informaciones que ellas proporcionan en calidad de reservadas. Aunque hay casos en que ni siquiera es necesaria la petición de tal secreto para que éste deba ser mantenido. Pero, aparte de eso, deteniéndose en un nivel más profundo, se advierte que las posturas citadas plantean la existencia del secreto profesional periodístico como un derecho y un deber respecto de la misma persona —el informador—, prácticamente dejando de lado las prerrogativas de la ‘fuente’ en relación a esta reserva. Frente a dicho planteamiento podría delinearse otro algo diferente, al concebir el secreto como un derecho de la ‘fuente’, lo que engendra, por parte del periodista, un deber, y, sólo en cuanto a su defensa, un derecho. La idea del secreto como un deber del periodista podría deducirse del derecho a la información, que incluye el derecho a investigar, es decir, de acceder a las fuentes. Para lograr ese objetivo, el periodista debe estar dispuesto a respetar los derechos de sus informantes. De lo contrario, la ‘fuente’, viendo que eso no ocurre, podría suspender el ‘abastecimiento’ de información y de aquí se deriva la indudable gravitación del problema del secreto con respecto a la obtención de la información, no sólo de su publicación, como podría sugerirse a simple vista. La postura, así planteada, puede parecer algo utilitarista. Pero, en realidad no lo es. La relación ‘fuente’-periodista conlleva una serie de derechos y deberes por ambas partes” (1984: 107).

II. Las fuentes periodísticas en el orden jurídico nacional

En la última parte del tercer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional (texto incorporado en la reforma del año 1994), en el marco del amparo de los datos personales fundado en el “Principio de Confidencialidad”, se establece como una vigorosa e inédita protección a la libertad de información, que “no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.

Al adquirir jerarquía constitucional el “secreto profesional del periodismo” se sitúa en el ápice de nuestro sistema jurídico, compulsorio para todo el sistema de la legislación nacional e internacional de la que Argentina sea parte.

La norma constitucional halla en sus antecedentes más importantes la regla determinada por el Consejo de la Comunidad Europea en 1973, con la consiguiente clarificación conceptual de la fórmula adoptada: “el secreto profesional consiste en el derecho del periodista a negarse a revelar la identidad del autor de la información al empleador, a los terceros y a las autoridades públicas o judiciales. Pero también es el deber que tiene el periodista de no revelar públicamente las fuentes de la información recibida en forma confidencial”.

Ahora bien, no debe dejar de destacarse que no es éste un derecho absoluto, por cuanto las leyes penales, entre otras, serán las adecuadas para imponerle límites legítimos a este derecho, teniendo siempre en cuenta los superiores intereses de la comunidad.

Es éste un principio que comprende a las libertades de prensa y de expresión, marco en el que se desenvuelve el denominado “secreto de las fuentes”, tal como lo hemos sostenido anteriormente en relación a la prohibición de censura previa:

“Los derechos establecidos en la Constitución están de por sí limitados por ‘las normas que reglamentan su ejercicio’ (conf. artículo 14 de la Constitución Nacional), las que a su vez deben estar en concordancia con el principio establecido en el artículo 28 de la Constitución Nacional que dispone que ‘los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por la leyes que reglamenten su ejercicio’. En toda nación que ajusta a derecho su organización legal y política, las libertades aparecen limitadas en pro del orden que ella establece a partir del consenso que lleva a la sanción de una norma fundamental. Por esa misma necesidad que tiene que ver con la subsistencia misma del sistema, en una democracia constitucional, las limitaciones que se imponen deben ser razonables, respondiendo a una clara necesidad de salvaguarda de los intereses individuales y comunitarios. Estos límites legítimos no deberán en ningún caso conducir a un total desconocimiento de las garantías y su poder regulatorio debe ser objeto de interpretación restrictiva. Por el contrario, si las libertades fueran absolutas en su ejercicio, se haría imposible concretar una vida social en común, en condiciones mínimas de libertad y orden garantizados por los resortes legítimos del Estado; en nuestro ordenamiento constitucional no existen libertades absolutas, todas son pasibles de limitación parcial o total, permanente o transitoria, con excepción del ‘Derecho a la Vida’. De lo expresado supra surgiría entonces la noción de que las libertades de expresión y prensa, comprendidas entre los derechos enumerados o implícitos en el texto de la Constitución y en los tratados internacionales que forman el denominado ‘bloque de constitucionalidad’, admiten reglamentación” (Jurio y otros, 2015: 1).

III. Concepto de fuente periodística

Las fuentes periodísticas, insumos esenciales para producción informativa, pueden ser definidas como todos aquellos conjuntos de datos, de diverso origen y vehículo, que sirven para construir la información en la etapa previa a su publicación, obtenidos de modo pasivo mediante la recepción de los mismos, o activo, a través del proceso de investigación, actividades consustanciales al ejercicio de la libertad de prensa.

El desenvolvimiento sin perturbaciones de este derecho, hace al buen desempeño de la labor informativa, dado que los datos a que se tiene acceso para la ulterior difusión, son entregados con la condición impuesta por los informantes de que se les conserve el anonimato, identidad protegida que resulta de un implícito o explícito “pacto de confidencialidad”.

En relación a este *sobreentendido* pacto, Masciotra ha sostenido que:

“La protección de las fuentes periodísticas es imprescindible para la libertad informativa, y para el periodista configura un deber moral y ético mantener en el anonimato a quien le proporciona la confidencia; dichos deberes forman parte del secreto profesional. Su violación trae aparejado incurrir en el delito que prevé y castiga el artículo 156 del Código Penal” (2007: 3).

Y, asimismo, en conjunción con lo que se ha dicho *supra* sobre la facultad reglamentaria reconocida sobre las garantías constitucionales, el mismo autor mencionado ha expresado que:

“El deber que pesa sobre el comunicador social (periodista, editor, fotógrafo, cameraman, etc.) y su derecho a la confidencialidad de sus fuentes de información son relativos, como lo son los demás derechos reconocidos por la Constitución Nacional. El comunicador social es un profesional y en tal carácter es titular de un derecho-deber, que como tal debe mitigarse ante la existencia de un interés social comprometido, tal el caso que resulte necesario para prevenir, investigar o castigar un ilícito; contrariamente colocaríamos a la libertad de expresión y de prensa en un nivel superior al de la justicia” (Masciotra, 2007: 5).

IV. El secreto de las fuentes en la jurisprudencia nacional

En el ámbito jurisprudencial argentino, es dable observar que se ha afirmado la noción de que el secreto profesional del periodista se diferencia claramente del relativo a otras profesiones, como el ejercicio de la medicina por ejemplo, en razón de que la información procedente de sus fuentes, configura una suerte de “insumo básico”.

Este elemento base de la producción periodística lleva en su esencia la confianza que cada informante deposita en cada profesional en particular, con el cual establece una relación distinta de la de otros profesionales con su cliente o paciente; es ésta una relación resguardada por su valor trascendente para el “estado de derecho”, que cuenta como una de sus características esenciales el respeto de la libertad de expresión, por cuanto el normal funcionamiento de la prensa surge como una de las garantías de control público de los actos de gobierno.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Vago, Jorge c. Ediciones La Urraca” (1991), acentúa la importancia de la protección del “derecho de informar”, reconociendo a la actividad periodística un papel decisivo en el normal funcionamiento del sistema republicano de gobierno: “La función de la prensa en una república democrática persigue, entre otros objetivos principales, informar tan objetiva y verídicamente al lector como sea posible; contribuir a la elaboración de la voluntad popular y servir de medio de expresión a la opinión pública” por eso es que:

“(…) la prensa no puede abandonar su función de factor esencial para el esclarecimiento de la conducta de los funcionarios, sobre todo en países que, como el nuestro, carecen de un órgano institucionalizado que asuma prioritariamente la defensa de aquellos intereses calificados como difusos. De tal manera que, en la práctica, actúa como un medio de contralor de las instituciones y sus hombres y rinde un servicio de inestimable valor para el afianzamiento y salud del sistema y las instituciones republicanas (...)” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1991).

Las afirmaciones de la Corte Suprema plantean que el aparato informativo, en la construcción de la opinión pública, debe revestir total independencia frente a la acción del gobierno, de modo de garantizar su libertad de criterio.

La injerencia del gobierno sobre la noticia en su etapa de producción, que es aquella en que las fuentes de información cobran relevancia, torna improbable el control externo de sus actos por parte de la sociedad civil, el control materializado en la prensa, y se afecta la esencia misma de la libertad de pensamiento. Badeni ha subrayado la existencia de este conflicto ínsito en la función de informar en su relación con los poderes públicos, conflicto que puede patentizarse de modo extremo en el marco del proceso judicial, al plantear que “semejante situación ha generado y produce constantemente conflictos entre la prensa y los órganos gubernamentales, respecto del secreto profesional, y los múltiples desconocimientos que del mismo se traducen en el accionar, especialmente, de los legisladores y los jueces. Aquí se presenta un conflicto del secreto profesional del periodista, cuando éste es citado a testificar en un juicio contra terceros” (2002: 245).

Como ya se ha expresado, nos hallaríamos ante los límites del ejercicio legítimo de este derecho (ir más allá lo tornaría absoluto en desmedro de otros esenciales), por cuanto el secreto profesional del periodista deberá ceder frente a valores como el derecho a la vida, el derecho a la libertad de un inocente o la potestad de castigar al autor de un hecho delictivo, intereses superiores de la comunidad inherentes a su existencia como colectividad jurídicamente organizada.

El deber ético del informador cambiaría su polaridad, dada la gravedad de los hechos y en miras a valores superiores, imponiéndosele la obligación de suministrar su fuente de información.

Esta es la solución —que surge por vía de interpretación *contrario sensu*— a la que arribaron los jueces de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, Sala II, el 28/10/2002, en el caso “Catan, Thomas s/ incidente”.

En la ocasión, un juez instructor había ordenado la confección de una lista de llamadas telefónicas registradas, entrantes y salientes de un testigo periodista, entre las cuales se hallaban las de sus informantes.

El profesional apeló la orden fundando su pedido en el secreto de las fuentes periodísticas, a lo que la Cámara de Apelaciones declaró la nulidad de la diligencia ordenada, sosteniendo que la prohibición absoluta de afectar las fuentes periodísticas que surge del artículo 43 párrafo 3º de la Constitución Nacional, no puede invocarse para preservar el secreto de la información requerida en el curso de una investigación criminal, pero que en la situación particular sometida a su consideración, no correspondía exigir la revelación de las mismas, “debido a la existencia de otras alternativas probatorias para conseguir el mismo fin”.

Se afirma de este modo el principio de que el secreto periodístico no posee carácter absoluto, y que puede declinarse cuando está constituido por datos relacionados con una investigación de índole penal, pero con una condición que acentúa la excepcionalidad de esta medida: en el caso concreto no deben existir vías alternativas de obtención de la misma información procurada.

Esto implicaría, a los fines prácticos, que el informador sólo puede ser citado a declarar como último recurso, luego del agotamiento de todos los medios por los cuales se ha intentado tener acceso o tomar posesión de los datos de interés procesal y probatorio decisivo, que es la manifestación de un interés público preponderante.

Por lo expresado podemos afirmar que la jurisprudencia argentina, que desde siempre se ha manifestado firme en la idea de oposición a toda censura previa, directa o indirecta (como surgiría del desconocimiento del secreto de las fuentes) ha equilibrado valores e intereses que se desenvuelven coetáneamente, como es el caso de la colisión entre derechos personalísimos.

Esto es fruto de una evolución en los fallos referentes a intereses públicos comprometidos. Masciotra, en el artículo citado, sostiene en esta línea de ideas:

“Antes de la reforma constitucional de 1994 se sostuvo que el periodista no tendría en principio obligación de revelar la fuente de información cuando se trata de opiniones o datos que no se relacionan con causas penales, pero si los datos se vinculan con una investigación penal cesa el carácter absoluto de la confidencialidad, pues estamos frente a un interés social comprometido que puede desembocar en la impunidad o en la condena de un inocente. Igualmente se afirmó que el requerimiento de datos concretos de investigaciones practicadas por un periodista no pone en peligro la libertad de prensa porque al contar con los elementos colectados podría resultar útil para el esclarecimiento de delitos. La Cámara Federal de San Martín en la causa de GORRIARÁN MERLO tuvo oportunidad de interpretar la excepción contemplada por la parte final del tercer párrafo del artículo 43 de la CN y consideró que la prohibición allí consagrada no es absoluta, al admitir la posibilidad de que el secreto profesional periodístico ceda cuando razones de orden público de relevante jerarquía lo aconsejen y cuando ello no vulnere el derecho de no autoincriminarse ni afecte los límites previstos por el art. 28 de la Constitución Nacional. Expresó dicho tribunal, que si no se establecieran límites a aquella facultad se afectarían los intereses del propio Estado de Derecho que motivaron el reconocimiento y la necesidad de una prensa libre, atentándose contra el derecho a la igualdad al establecer una especie de privilegio de unos sobre otros” (2007: 6).

Esta orientación de los tribunales nacionales, reconoce antecedentes claros en la esfera internacional. En este sentido, la Suprema Corte de EE.UU., en el caso “Branzburg vs. Hayes” (base doctrinaria del fallo “Catan” de la Corte Suprema argentina), ha establecido que en determinadas circunstancias, los periodistas asumen el deber legal de comparecer para testificar en relación a delitos que hubieran llegado a conocer durante el curso de una investigación periodística, sentando así el criterio de que en el contexto de un proceso penal, los informadores pueden ceder en su derecho constitucional de proteger el secreto de las fuentes; la doctrina del mismo fallo determina

como condiciones irrenunciables, el carácter relevante de la información para la causa, la carencia de otras fuentes alternativas de datos, así como el interés urgente, que no admite dilaciones, de obtener los mismos.

De no tenerse en cuenta estos requisitos, la medida por parte del Estado afectaría gravemente la libertad de información, conduciendo a una situación de censura indirecta o “autocensura”.

Por su parte, en la Unión Europea, el Tribunal de Derechos Humanos en el fallo de la causa “Goodwin c. Reino Unido” afirmó:

“La protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa, como surge de los códigos de deontología en vigor y como lo confirman además varios instrumentos internacionales sobre las libertades periodísticas (...). La ausencia de tal protección podría disuadir a las fuentes periodísticas de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general. En consecuencia, la prensa podría encontrarse en inferioridad de condiciones para desempeñar su rol indispensable de ‘perro guardián’ y su aptitud de suministrar informaciones precisas y fiables podría verse disminuida. Habida cuenta de la importancia que reviste la protección de las fuentes periodísticas para la libertad de prensa en una sociedad democrática, y del efecto negativo sobre el ejercicio de esta libertad que puede producir una orden de divulgación, semejante medida sólo podría conciliarse con el art. 10 de la Convención, si se encuentra justificada por un imperativo preponderante de interés público”, concluyendo que ‘las limitaciones relativas a la confidencialidad de las fuentes periodísticas requiere por parte del Tribunal de un examen sumamente escrupuloso’ (García, 2004: 654).

Los desarrollos previos dan cuenta de una vigorización del criterio en la jurisprudencia, tanto en la esfera nacional como internacional, de que debe tenderse a un justo medio entre el derecho a la reserva de las fuentes, comprendido en el cuadro más amplio de las libertades de prensa y de expresión, frente los derechos de la comunidad a la protección de sus garantías fundamentales, materializando un principio liminar de nuestro “estado de derecho”, como es el contrapeso de derechos de igual jerarquía pero de diferente relevancia en la situación particular sometida a la decisión de los jueces.

Pasemos ahora al ámbito interamericano, instancia judicial soberanamente delegada en la que se efectivizan las coincidencias del continente en materia de derechos humanos, plasmadas en el llamado “Pacto de San José de Costa Rica”.

V. El secreto de las fuentes y la libertad de expresión en el Sistema Interamericano

La Convención Americana de Derechos Humanos establece explícitamente en su artículo 13 la garantía de las libertades de prensa y expresión, en el marco más amplio de la búsqueda y difusión de información reconociendo, en su primer apartado, a toda persona que “tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

En el mismo artículo se establece la contracara de este derecho, en la figura de la obligación del Estado y los particulares de no “restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquier otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

Aquí es de donde debe situarse, por vía de inferencia, la protección del secreto de la identidad de las fuentes periodísticas, por cuanto obligar al informador a revelar la identidad de las mismas configuraría un caso de censura indirecta.

El 12 de noviembre de 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una petición (Caso 12.085, “Ana Elena Townsend Diez-Canseco y otros s/ interceptación telefónica”) que fue declarada admisible, presentada por un grupo de periodistas en contra del Estado peruano, en la que denunciaban que el Servicio de Inteligencia Nacional operaba interceptando sistemáticamente las comunicaciones telefónicas de los mismos, junto con actos de vigilancia y espionaje, entre otros, con la finalidad de coaccionarlos, todas serias lesiones a la libertad de pensamiento y de expresión.

Se trata del antecedente más importante, en un contexto en el que aún no se han producido decisiones de la Corte en casos de naturaleza contenciosa, en razón de que importa el reconocimiento de que el secreto de las fuentes es rasgo esencial del respeto a la libertad de prensa por cuanto se aceptó la argumentación de los peticionarios:

“que accedieron a un sistema formal legal de garantías constitucionales ficticio, que existe sólo en apariencia, pero que en la práctica fue montado para no funcionar y para encubrir los actos de desmantelamiento progresivo de la institucionalidad democrática del país”, y asimismo que “señalaron que en la práctica la ciudadana no tenía la posibilidad real de recurrir a algún órgano judicial para demandar garantías del orden constitucional ni de los derechos fundamentales cuando el agresor era un miembro del Estado (...) dada la ficción del sistema de garantías constitucionales (...) no existía en la realidad el debido proceso legal para la protección de los derechos fundamentales”.

Asimismo, ya en la Opinión Consultiva 5-85, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había sostenido que “resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno”.

Por otra parte, el haber aceptado, tanto la Corte Interamericana como la Comisión, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como una suerte de mínima base normativa para la protección de la libertad de prensa, genera la convicción de que eventualmente, llegado el caso, ambos órganos la profundizarán; tal como surge del Informe del relator especial para la Libertad de Expresión, en Informe Anual 2001 CIDH, Capítulo II, Ap. 279-280, donde se recoge la doctrina del fallo “Goodwin vs. Reino Unido”. Allí el TEDH se pronunció de manera expresa sobre la naturaleza y fines del derecho al secreto de las fuentes de información periodística, como derivado apodíctico de la libertad de expresión.

En las circunstancias del caso, un periodista se sintió lesionado en el ejercicio de su derecho de informar a causa de la intimación que se le hiciera de revelar la identidad de su informante, acompañada de una multa por desobediencia, constituyendo ello una violación del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que reza:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

El TEDH consideró que la medida consumaba una injerencia ilegítima en el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) y se expresó de este modo:

“El Tribunal recuerda que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y las garantías que deben acordársele revisten una importancia particular (...). La protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa, como surge de los códigos de deontología en vigor en numerosos Estados contratantes, y como lo confirman además varios instrumentos internacionales sobre las libertades periodísticas... La ausencia de tal protección podría disuadir a las fuentes periodísticas de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general. En consecuencia, la prensa podría encontrarse en inferiores condiciones para desempeñar su rol indispensable de ‘perro guardián’ y su aptitud de suministrar informaciones precisas y fiables podría verse disminuida. Habida cuenta de la importancia que reviste la protección de las fuentes periodísticas para la libertad de prensa en una sociedad democrática, y del efecto negativo sobre el ejercicio de esta libertad que puede producir una orden de divulgación, semejante medida solo podría conciliarse con el artículo 10 de la Convención, si se encuentra justificada por un imperativo preponderante de interés público”.

Lo manifestado evidencia que en el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos podemos decir que todo acto estatal orientado a la caída del secreto de las fuentes de información, puede llegar a ser ponderado como injerencia en los términos del artículo 13, revistiendo notorios defectos de ilegalidad e ilegitimidad en relación a los fines y propósitos de una sociedad democrática.

Esto que se materializa en la práctica de los órganos del sistema interamericano, se halla en sintonía con el reconocimiento, en diversos documentos de los mismos organismos, de la relevancia de esta garantía coetánea a la libertad de información. Varios instrumentos internacionales en el ámbito latinoamericano, que protegen expresamente el secreto de las fuentes periodísticas, han sido citados recurrentemente en los informes y opiniones consultivas, dando cuenta de la admisión de un conjunto de principios que establecen lineamientos de actuación presente y futura para los Estados integrantes del Tratado.

El primero de estos instrumentos que podemos citar, es la “Declaración de Chapultepec”, adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión de marzo de 1994, que en su momento incluyera varios principios que se refieren de manera directa o indirecta a la garantía de marras.

Allí se establece que:

“Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos... No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información... las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores, coartan severamente la libertad de expresión y de prensa. Estos actos deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad... la censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa”.

El potencial normativo de esta declaración se reafirma más tarde en los “Principios de Lima de 2000”, en donde se reconocen “las importantes iniciativas adoptadas por la sociedad civil para hacer efectivos estos derechos, particularmente la Declaración de Chapultepec, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (...)”; es en los artículos 6º y 9º del mencionado documento donde se determina que:

“Ningún periodista puede ser obligado por el poder judicial o cualquier otro funcionario o autoridad pública a revelar sus fuentes de información o el contenido de sus apuntes y archivos personales y profesionales” y que “cualquier persona o servidor público que divulgue información clasificada en las restricciones antedichas, no deberá ser sujeta a represalias si es que el interés público a estar informado prevalece sobre las consecuencias que pudiera ocasionar su divulgación. En tales casos, podrán acceder a un régimen especial de protección”.

Se fijan así verdaderas pautas legislativas indeclinables para los Estados Parte del Pacto de San José de Costa Rica.

De modo complementario, la “Declaración de Principio de la Libertad de Expresión” de la Comisión IDH, en el mismo año 2000, extiende la protección de la identidad de la fuente al atribuir a “todo comunicador social” el “(...) derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales” (Principio N° 8).

Una de las aristas valiosas de esta noción adoptada por la Comisión Interamericana es la de considerar la reserva como un *derecho* del periodista, esencial para la labor de reunión y difusión de información, que de otro modo no podría recolectarse, afectando la producción de la noticia.

La necesaria coordinación en materia de libertad de prensa y expresión entre los organismos de cooperación universal (ONU), regional europea (OSCE) (1) y americana (OEA) (2), ha dado lugar a varias “Declaraciones Conjuntas de las Tres Relatorías”, textos declarativos a través de los cuales se pone de manifiesto un núcleo esencial de coincidencias en el tema.

De particular interés resulta la “Declaración Conjunta sobre Acceso a la Información”, 2004, en la que se sugiere como política legislativa la protección de los informadores que hayan tenido acceso a secretos estatales y hayan procedido a su publicación, al determinarse que:

“(...) se deberán tomar medidas inmediatas a fin de examinar y, en la medida necesaria, derogar o modificar la legislación que restrinja el acceso a la información a fin de que concuerde con las normas internacionales en esta área, incluyendo lo reflejado en esta Declaración Conjunta. Las autoridades públicas y funcionarios tienen la responsabilidad exclusiva de proteger la confidencialidad de la información secreta legítimamente bajo su control. Otros individuos, incluidos los periodistas y representantes de la sociedad civil, no deberán estar nunca sujetos a sanciones por la publicación o ulterior divulgación de esta información, independientemente de si ha sido filtrada o no, a no ser que cometan fraude u otro delito para obtener la información. Las disposiciones del derecho penal que no limitan las sanciones por la divulgación de secretos de Estado para aquellos que están oficialmente autorizados a manejar esos secretos deberán ser derogadas o modificadas. Cierta información puede ser legítimamente secreta por motivos de seguridad nacional o protección de otros intereses preponderantes. Sin embargo, las leyes que regulan el secreto deberán definir con exactitud el concepto de seguridad nacional y especificar claramente los criterios que deberán utilizarse para determinar si cierta información puede o no declararse secreta, a fin de prevenir que se abuse de la clasificación “secreta” para evitar la divulgación de información que es de interés público. Las leyes que regulan el secreto deberán especificar con claridad qué funcionarios están autorizados para clasificar documentos como secretos y también deberán establecer límites generales con respecto al período de tiempo durante el cual los documentos pueden mantenerse secretos. Dichas leyes deberán estar sujetas al debate público. Los denunciantes de irregularidades (*whistleblowers*), son aquellos individuos que dan a conocer información confidencial o secreta a pesar de que tienen la obligación oficial, o de otra índole, de mantener la confidencialidad o el secreto. Los denunciantes que divulgan información sobre violaciones de leyes, casos graves de mala administración de los órganos públicos, una amenaza grave para la salud, la seguridad o el medio ambiente, o una violación de los derechos humanos o del derecho humanitario deberán estar protegidos frente a sanciones legales, administrativas o laborales siempre que hayan actuado de ‘buena fe’”.

(1) Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación.

(2) Especialmente, por medio de su Relator Especial para la Libertad de Expresión.

En una posterior “Declaración Conjunta” del 1 de junio de 2011 se aborda la problemática de internet en relación a la libertad de expresión y garantía de acceso a la información, con la consecuente reserva de las fuentes, su garantía y respeto cuando la información ha sido vehiculizada por ese medio de adquisición de datos, tomando como punto de partida “la necesidad de proteger y promover Internet y los límites del Estado a la hora de regular este medio”.

Este instrumento comienza por una declaración base, constituida por la equiparación de Internet con los mecanismos tradicionales de difusión de información, al determinar que “la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad”, pero ello sin dejar de tener en cuenta sus singulares características a la hora de reglamentar este producto del avance tecnológico, en razón de que “los enfoques de reglamentación desarrollados para otros medios de comunicación —como telefonía o radio y televisión— no pueden transferirse sin más a Internet, sino que deben ser diseñados específicamente para este medio, atendiendo a sus particularidades” (1. Principios generales, Apartado c).

Por lo expresado, podemos decir que la protección de las fuentes periodísticas deberá extenderse a internet, en el contexto de la aceptación de que se trata de un ámbito en el que es plenamente efectivo el ejercicio de la libertades de expresión y de informar, por lo cual se establece que “los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión (...)”; absteniéndose de la aplicación de toda medida que limite “(...) el acceso a internet, como la imposición de obligaciones de registro u otros requisitos a proveedores de servicios”, junto con “interrupciones totales o parciales, geográficas o temporales, del servicio” (6. Acceso a Internet, Apartados b y d).

Para cerrar el cuadro de situación de la garantía de reserva sometida a estudio, debemos hacer mención a la posibilidad de su restricción en la visión de los organismos del denominado Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Podemos anticipar que se trata de una concepción que se sitúa en un punto de equidistancia en términos tanto formales como materiales; fueron circunstancias históricas las que actuaron como catalizador de una respuesta a las nuevas cuestiones surgidas. Pasemos a su examen.

Ante todo, debemos sostener, que en virtud de lo establecido en artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), toda acción dimanada de la autoridad pública y destinada al develamiento de las fuentes, implica categóricamente un mecanismo de restricción que limita el regular ejercicio de la libertad de informar.

Fue como consecuencia del fuerte desarrollo de una normativa antiterrorista en el hemisferio occidental, tras los atentados de 2001 en Nueva York, que el informe inmediato posterior de la Comisión Interamericana contempló la problemática de la crisis de seguridad relacionada con el secreto de las fuentes periodísticas, sosteniendo la idea de que la confidencialidad de las mismas es un derecho anejo a la libertad de expresión que posee una función instrumental y utilitaria socialmente decisiva, pero que en razón de la coyuntura apremiante en materia de terrorismo, se debía admitir la posibilidad de aplicar límites a la libertad de informar, incluyendo la caída temporaria de la protección de la reserva de las fuentes, señalando que ello no sería contrario al Pacto de San José de Costa Rica.

En virtud de esta noción, en determinadas circunstancias se podría aplicar una legítima restricción a estos derechos, incluso extendiendo la misma más allá de la emergencia en términos de tiempo, si se mantiene una proporcionalidad entre la injerencia y los fines procurados, sin perder de vista el “Principio de razonabilidad”, de base legal.

De esta manera, en el ámbito interamericano se ha vigorizado la noción de que toda restricción al ejercicio de estos derechos debe gozar de previsión legal, entendiéndose por tal la existencia de una ley en sentido formal, que haya seguido el procedimiento legislativo regular (esto excluye cualquier forma *para-legislativa* como los Decretos de Necesidad y Urgencia emanados del Poder Ejecutivo —DNU—), conforme lo instituido por las respectivas constituciones nacionales de los Estados democráticos del continente.

Asimismo, esta legislación excepcionalmente restrictiva, teniendo en cuenta la normativa de la Convención, no podrá tener otra finalidad que la de perseguir la consecución de los objetivos fijados en el segundo apartado del artículo 13 de la misma, donde se instituye la manda de que toda limitación debe estar expresamente fijada por la ley “y ser necesaria para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

El artículo 27 de la Convención, en clara concordancia con el mencionado *supra*, y con la finalidad de darle plena compleción normativa y adecuada delimitación conceptual, define la llamada *emergencia*, que habilita la posibilidad de que las libertades de prensa y expresión puedan ser momentáneamente suspendidas, del siguiente modo:

“En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

Ello, sin perjuicio de mantener la capacidad de establecer un correcto contralor del accionar de los miembros del Tratado(3), al compeler a “Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

Teniendo en cuenta el nivel de madurez de la institucionalidad democrática en nuestro continente, así como el grado de compromiso de las naciones integrantes del mismo con el cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, con su respectiva jurisdicción de carácter universal, el acatamiento de esta normativa de carácter extraordinario habrá de materializarse en la legislación nacional pertinente, sin perder de vista el respeto, desde los poderes del Estado, del ejercicio de la Libertad de Informar. Será sólo en el marco de esta mentada regularidad institucional, respondiendo a la idea de protección del ejercicio de estos derechos, que las normas que comprenden ciertos períodos excepcionales, efectivizadas en la vigencia de un número de restricciones específicas, serán legítimas, ajustadas a derecho y no lesivas de garantías fundamentales.

VI. Conclusiones

De los desarrollos previos, podemos concluir que, en el sistema interamericano, el informador o comunicador que como tal ejerce una función trascendente tanto desde el punto de vista de la institucionalidad democrática como de la utilidad social, ha merecido el amparo de la normativa que

(3) Contralor que recientemente se hizo efectivo en lo que respecta al Estado argentino, cuando fuera condenado a modificar su derecho interno a los fines de adecuarlo a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Kimel vs. Argentina”. La Corte Interamericana estableció que los tipos penales previstos en los artículos 109 y 110 del Código Penal no respetaban el principio de legalidad y que por lo tanto eran “anticonvencionales”, por oponerse a lo normado en la citada Convención.

se expresa a través de los canales habituales de los órganos propios del mismo (Corte y Comisión Interamericanas), planteándose, en principio, la reserva de sus fuentes de información como una garantía inalienable.

Esto importa la necesidad del reconocimiento de una esfera de reserva por parte de cada legislación nacional, en miras al normal desenvolvimiento de la normativa del Pacto de San José y al pleno sostenimiento de su vigencia por los Estados parte.

Así aparece fundamentada, como lo hemos visto reflejado en opiniones consultivas y otros instrumentos emanados de los mencionados órganos, la facultad de todo comunicador de negarse a revelar las fuentes de información que en el curso de sus procesos de investigación tengan por objeto individuos o personas de existencia ideal, privadas o públicas, de la cual la ha recibido sustentada por un implícito o explícito pacto de confidencialidad.

De no ser así, el servicio públicamente relevante por el interés del colectivo social en ser anoticiado que presta el informador al reunir y difundir datos, no podría ser debidamente consumado.

Pero hemos observado que se deja en claro que no es este un derecho absoluto. En gran medida se ha seguido la pauta que, entre otras jurisdicciones nacionales o regionales, la Suprema Corte de EE. UU. ha establecido en el fallo de la causa ya citada “*Branzburg vs. Hayes*”, donde se determinó que:

“dadas determinadas circunstancias, los informadores tienen la obligación legal de comparecer y testificar acerca de las actividades criminales de que hubieran tenido conocimiento durante el ejercicio de su actividad investigativa. Es así como el tribunal sentó el criterio de que en el marco del proceso penal, los periodistas no gozarán del derecho constitucional de negarse a declarar en miras a la protección del secreto de las fuentes. Es decir que a pesar de que el derecho de reunir información presupone un pacto de confidencialidad entre el periodista y su fuente, con el correlativo compromiso de mantener reserva sobre identidades o circunstancias, el mismo deberá ceder ante el superior interés de la sociedad en el esclarecimiento de hechos penales. Pero siempre, como lo sostiene la doctrina del mismo fallo, se deberá tener en cuenta el carácter relevante de la información, así como la falta de otras fuentes alternativas, el interés y grado de urgencia en la necesidad de tales datos” (Citado en Jurio y otros, 2007: 140).

En el sistema interamericano, no deja de afirmarse el concepto de que una sociedad nacional políticamente organizada, necesita limitar el ejercicio de las libertades en razón del mismo orden que ella establece para garantizar su supervivencia como tal.

La racionalidad misma del sistema democrático hará que esas limitaciones no dejen de ser razonables, respetuosas de la integridad de la persona física, y fundadas en los intereses más altos de la colectividad; por otra parte, la aseveración de un carácter absoluto para las garantías individuales, generaría un desequilibrio que conturbaría seriamente la vida en sociedad.

Esta es la tensión que se resuelve, como hemos visto, en una suerte de corolario intermedio, en el que el reconocimiento del derecho de reserva demanda la necesidad de previsión legal para su restricción, con estricta observancia de un criterio de proporcionalidad en las medidas adoptadas.

Es en esta línea de principios, que los instrumentos convencionales en materia de derechos humanos a los que nos hemos aproximado en este trabajo, reflejan el concepto de que tales limitaciones no deberán bajo ningún pretexto conducir a un total desconocimiento de los derechos que sólo pueden ser momentáneamente limitados, motivo por el cual la regulación de las mismas habrá de ser de índole restrictiva para poder mantenerse dentro de los parámetros de una intervención equilibradora entre derechos de igual importancia.

A modo de colofón, podemos concluir a partir de las nociones apuntadas, que es plausible postular que el sistema interamericano, que construyen día a día, en norma y práctica, los Organismos

mos y Estados parte de la Convención, evolucionará positivamente en el fortalecimiento y enriquecimiento de los estándares de legitimidad en el ejercicio y limitación del derecho a la reserva de las fuentes, incrementando las regulaciones legales tendientes a salvaguardar a los actores del proceso informativo contra la arbitrariedad, precisando definiciones más claras del vínculo entre el secreto de las fuentes y las garantías del debido proceso en materia penal, así como de las razones legítimas que han de concurrir de manera suficiente para justificar la suspensión del ejercicio de las libertades de prensa y expresión, provocada por el estado de conmoción interna o internacional.

La convicción de que todo mejoramiento de la situación de los derechos humanos es aún tarea pendiente, es la mejor garantía de un futuro promisorio.

VII. Bibliografía

BADENI, Gregorio (2002). *Tratado de Libertad de Prensa*. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo Perrot.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1985). Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. *La colegiación obligatoria de periodistas*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf [Fecha de consulta: 13/03/2016].

DALLA VÍA, Norberto (1996). *Constitución de la Nación Argentina*. La Plata: Librería Editora Platense S.R.L.

FLORES, Oscar (2002). “El fallo Catán: La impronta del Justice Potter Stewart en una trascendente decisión judicial”, en: *La Ley 2002-F*. Buenos Aires: La Ley.

GARCÍA, Luis M. (2004). “La protección de la identidad de las fuentes periodísticas a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de los estándares de sus órganos de aplicación”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*. México D.F.: Ed. del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

JURIO, Mirta Luisa y otros (2007). “El secreto profesional y la labor periodística”, en: *Oficios Terrestres* N° 19. La Plata: Edulp.

— (2015). “La censura previa como medida excepcional en el estado de derecho”, en: *La Ley 2015-C, Actualidad*. Buenos Aires: La Ley.

MASCIOTRA, Mario (2007). “Las fuentes y bases de datos periodísticos y la acción de habeas data”, en: *Jurisprudencia Argentina, 2007-II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (1994). “Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión”. *Declaración de Chapultepec*. Washington: OEA.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, CIDH (2000). Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Principios de Lima*. Washington: OEA.

— (2004). Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Declaración Conjunta sobre Acceso a la Información*. Washington: OEA.

— (2011). Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Washington: OEA.

— (2004). “Informe del relator especial para la Libertad de Expresión”, en: *Informe Anual 2001 CIDH*. Washington: OEA.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Comisión IDH (2000). *Declaración de Principio de la Libertad de Expresión*. Washington: OEA.

— (2001). *Informe n° 1/01 caso 12.085 Ana Elena Townsend Diez-Canseco y otros* (intercepción telefónica). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf [Fecha de consulta: 15/03/2016].

ROZAS, Eliana (1984). “Dos prerrogativas periodísticas: el secreto profesional y la cláusula de conciencia”, en: *Cuadernos de Información N°1 / 1984*. Santiago de Chile: Ed. Facultad de Comunicaciones de la Universidad Católica de Chile.

STEINER, Christian y otros (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario*. La Paz: Plural Editores.

Unión Europea (UE), Consejo de Europa (1973). *Convenio europeo de derechos humanos*. Disponible en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Convenio%20Europeo%20para%20la%20Protecci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20Humanos%20y%20de%20las%20libertades%20fundamentales.pdf> [Fecha de consulta: 15/03/2016].

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Vago, Jorge c. Ediciones La Urraca” (1991), en: *La Ley*, Tomo 1992-B, pág. 365 y ss.

Fecha de recepción: 30-03-2016

Fecha de aceptación: 13-07-2016

Tutela del agua y del ambiente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

POR **MARÍA DE LAS NIEVES CENICACELAYA** (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Intervenciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia ambiental. — III. Ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuestiones ambientales. — IV. Conclusiones. — V. Bibliografía.

Resumen: en el presente trabajo se parte recordando muy brevemente cuáles son los instrumentos generales más importantes del sistema interamericano de derechos humanos y cual es lugar que en ellos ocupa la protección del agua y el ambiente para luego dar cuenta, a partir de casos concretos, de algunas de las decisiones de los órganos regionales más relevantes en la materia. Así, primero se analizan distintas actuaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y luego de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de su competencia contenciosa, procurando hacer muestra equilibrada de distintos conflictos en torno al ambiente y los recursos naturales que involucran actores diversos, marcando avances y retrocesos para concluir con una apuesta por la profundización de la tutela de los derechos en juego.

Palabras claves: agua - ambiente - sistema interamericano - derechos humanos

Water and environment protection in Inter-American human rights system

Abstract: *at the beginning, this paper reviews, very briefly, which are the most important general instruments of the Inter-American human rights system and which place, among them, water and the environment protection occupies. Then, taking into account specific cases, some of the most relevant decisions are described. Indeed, first, various Inter-American Commission on Human Rights actions and after some other of the Inter-American Court of Human Rights, in exercise of its jurisdiction are analyzed, trying to display a balanced sample of different conflicts around environment and natural resources involving various actors, showing progress and setbacks to conclude, finally, with a commitment to improving rights at issue protection.*

Keywords: *water - environment - Inter-American system - human rights*

I. Introducción

Como es harto conocido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre adoptada en Bogotá en 1948 fue el primer instrumento internacional del siglo XX en positivizar —antes incluso que la Declaración Universal de Derechos Humanos— la idea de que el ser humano es titular de derechos inherentes con su naturaleza, inalienables e imprescriptibles (Gros Espiell, 1988: 88).

Pero recién casi dos décadas más tarde, con la adopción en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el sistema interamericano se fortalecería al otorgarle a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —entidad autónoma de la OEA, creada en 1959 con el mandato de promover los derechos humanos en la región— la

(*) Prof. Titular Ordinario Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

misión de asegurar su cumplimiento, junto a la recientemente creada Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con estos dos órganos y nuevos mecanismos de protección, se pretendía que la garantía de los derechos humanos en el hemisferio lograra una mayor eficacia jurídica.

La citada Declaración y Convención regionales junto al protocolo de San Salvador de 1988 (adicional a la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales), son los tres instrumentos genéricos más importantes del sistema, a los cuales se suman otros específicos, que se ocupan de una materia puntual (pena de muerte, desaparición forzada de personas, por ejemplo) o que están dirigidos a la protección de determinada categoría, grupo o conjunto de personas (*verbigratia*, mujeres, personas con discapacidad).

La cuestión de la protección del ambiente y los recursos naturales quedó fuera —por obvias razones— tanto de la Declaración cuanto de la Convención: el mundo sólo comenzó a tomar conciencia del grave deterioro ambiental del planeta fundamentalmente a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente que se llevó a cabo en Estocolmo en 1972. Sin embargo, el Protocolo de San Salvador, incluye, aunque de un modo no óptimo, los derechos ambientales al consignar que *“toda persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”* (artículo 11. 1) agregando que los Estados tienen el compromiso de promover *la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente* (artículo 11. 2). Ésta es así, la única cláusula que específicamente aborda la problemática ambiental —y de los recursos naturales— en todo el sistema interamericano.

Entendemos que ésta ha sido la principal causa por la cual no ha habido demasiados pronunciamientos de los órganos interamericanos en relación al tema que nos ocupa.

Por otra parte, dentro de ese escaso número de decisiones adoptadas en torno a la cuestión ambiental muchas de ellas han estado vinculadas a los derechos de los pueblos originarios de las Américas; ello, no obstante no existir en nuestro hemisferio instrumento jurídico específico alguno que los tutele a ellos ni a sus tierras y otros recursos naturales que hacen a la esencia misma de su identidad (Ruiz Chiriboga, 2006: 59).

II. Intervenciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia ambiental

En virtud de lo reglado por el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a través del sistema de *casos individuales*, cualquier persona, grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos puede acudir a la Comisión Interamericana para denunciar violaciones a los derechos humanos cometidas por un Estado Parte.

A continuación, daremos cuenta de dos casos con disímiles respuestas por parte del órgano hemisférico con sede en Washington.

II.1. Caso Parque Natural Metropolitano, Panamá

Los hechos que suscitaron este caso se relacionan con una ley panameña de 1995 que permitía la construcción de un proyecto vial que atravesaba el Parque Natural Metropolitano de la ciudad capital, que una década antes, también por ley, había sido declarado reserva ecológica, científica y cultural. Mientras el Estado sostenía que era necesario solucionar la grave situación de congestión vial existente, que se había hecho un estudio de impacto ambiental, y que la construcción objetada disminuiría la contaminación del ambiente urbano, un vecino disconforme con el proyecto se presentó a la Comisión Interamericana argumentando que el Estado panameño había violado varios derechos tutelados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos: a las garantías judiciales (artículo 8), del niño (artículo 19), de propiedad (artículo 21), polí-

ticos (artículo 23), igualdad ante la ley y no discriminación (artículo 24) y a la protección judicial (artículo 25). Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) invocando decisiones suyas anteriores y ratificándolas, en relación a que para que una petición sea admisible *deben existir víctimas concretas, individualizadas y determinadas*, no siendo admisibles aquéllas *realizadas in abstracto, desvinculadas de los derechos de seres humanos individualizados*, declaró la inadmisibilidad de lo solicitado por el peticionario que —a su juicio— no había individualizado a víctimas específicas, y sin ser posible tampoco, identificarlas. De todas formas, la Comisión se encargó de aclarar que sí se han admitido peticiones a nombre de grupos de víctimas cuando el grupo es específico y definido y los individuos que lo componían son determinables.

II. 2. Caso Moradores do Conjunto Habitacional “Barão de Mauá”, Brasil

En 2005 la Comisión recibió una petición que aseveraba que Brasil era internacionalmente responsable por la degradación ambiental y los riesgos a la vida humana, la integridad personal y la salud derivados de la contaminación del suelo y otros daños ambientales conexos, en perjuicio de los habitantes y antiguos residentes de un conjunto habitacional, y de todas las personas que trabajaban o habían trabajado en el mismo (más de medio millar, *prima facie*, de víctimas identificadas) en razón de que el terreno sobre el cual se construyó el complejo de viviendas había sido utilizado como área de desecho ilegal de sustancias tóxicas desde, por lo menos, tres décadas atrás, lo que se encontraría probado con las numerosas actas de infracción por degradación ambiental que le habían impuesto a la propietaria del predio antes de que las autoridades estatales autorizaran la construcción. Encima, más recientemente, la Secretaría de Ambiente del Estado de São Paulo había admitido que los estudios ambientales indicaban que el terreno sobre el cual estaban construidos aproximadamente cincuenta edificios en los que residían unas cinco mil personas, estaba contaminado por más de cuarenta compuestos orgánicos volátiles (“VOC”), todos ellos nocivos para el ambiente y la salud humana.

En este caso, no obstante no darse el requisito del agotamiento de los recursos internos, ante el retardo injustificado en la resolución definitiva en el ámbito doméstico, la Comisión hizo lugar a la excepción prevista en la Convención Americana y declaró esta petición admisible en lo relativo a la presunta violación de los derechos a la vida (artículo 4), a la integridad personal (artículo 5), a las garantías judiciales (artículo 8), a la libertad de expresión (artículo 13), a la propiedad (artículo 21) y a la protección judicial (artículo 25), todos tutelados por el artículo 46.2.c del citado instrumento regional.

El sistema de casos individuales comprende la posibilidad de adoptar *medidas cautelares*, las que tienen por objeto prevenir que una acción que amenace de forma inminente con causar un daño irreparable a los derechos humanos pueda ser detenida antes que se cometa la violación. Así, en situaciones de gravedad y urgencia, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado las adopte para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente, o incluso en forma independiente. De todas formas, cabe aclarar que su otorgamiento —y su adopción por el Estado— no constituirán prejuzgamiento sobre la violación de los derechos protegidos en la Convención Americana y otros instrumentos aplicables, según el artículo 25 del Reglamento de la CIDH.

En este sentido, resaltamos la adopción de estas medidas en dos casos en los que el agua y el ambiente estaban en juego.

II.3. Comunidades del Pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el departamento de San Marcos, Guatemala

En 2010, la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de los miembros de dieciocho comunidades del pueblo indígena maya (Tres Cruces, Escupijá, Pueblo Viejo, La Estancia, Poj, Sipakapa,

Pie de la Cuesta, Cancil, Chual, Quecá, Quequesiguán, San Isidro, Canoj, Ágel, San José Ixcaniché, San José Nueva Esperanza, San Antonio de los Altos y Siete Platos) de Guatemala en el marco de una petición que había sido receptada tres años antes, motivada en que el Estado había otorgado una licencia de explotación minera de oro y plata por veinticinco años sin consultar en forma previa, plena, libre e informada a las comunidades afectadas; explotación que habría generado graves consecuencias para la vida, la integridad personal, el ambiente y los bienes del pueblo indígena involucrado. En particular, varios pozos de agua y manantiales se habrían secado y otros contendrían metales nocivos para la salud.

La CIDH solicitó a Guatemala que suspendiese la explotación minera cuestionada e implementase medidas efectivas para prevenir la contaminación ambiental, hasta que se pronunciase sobre el fondo de la petición. También, entre otras medidas, que adoptase las necesarias para descontaminar —en lo posible— las fuentes de agua de las comunidades beneficiarias asegurándoles el acceso a un agua apta para el consumo. Luego de numerosas actuaciones, en 2014, la Comisión declaró admisible la petición al concluir en la presunta violación de los derechos a la integridad persona (artículo 5), a las garantías judiciales (artículo 8), al principio de legalidad (artículo 9), al derecho a la dignidad (artículo 11), a la libertad de expresión (artículo 13), a los derechos del niño (artículo 19), de propiedad (artículo 21), a los derechos políticos (artículo 23), a la igualdad ante la ley (artículo 24), a la protección judicial (artículo 25) y al desarrollo progresivo (artículo 26), todos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

II.4. Comunidades indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil

En 2011 la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de miembros de varias comunidades indígenas de la cuenca del Río Xingu, en el brasileño Estado de Pará (Arara de la Volta Grande do Xingu; Juruna de Paquiçamba; Juruna del “Kilómetro 17”; Xikrin de Trincheira Bacajá; Asurini de Koatimemo; Kararaô y Kayapó de la Tierra Indígena Kararaô; Parakanã de Apyterewa; Araweté del Igarapé Ipixuna; Arara de la Tierra Indígena Arara; Arara de Cachoeira Seca; y las comunidades indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingu) en el marco de una denuncia presentada pocos meses antes por varias ONG. La solicitud de medida cautelar alegaba que la vida e integridad personal de los beneficiarios estaba en riesgo por el impacto de la construcción de la Central Hidroeléctrica Belo Monte, la tercera más grande del mundo, muy criticada, no sólo por las comunidades afectadas y organizaciones de la sociedad civil, sino también por científicos e incluso expertos de agencias federales brasileñas. La CIDH solicitó al Gobierno del Brasil suspender la realización de cualquier obra material de ejecución de la cuestionada central hasta que se realizar en procesos de consulta previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, con cada una de las comunidades afectadas; se garantizase que, en forma previa, las comunidades beneficiarias tuviesen acceso a un Estudio de Impacto Social y Ambiental del proyecto, en un formato accesible, traducido a sus idiomas respectivos; se adoptasen medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingu y para prevenir la diseminación de enfermedades y epidemias entre los mismos.

Poco tiempo después, la Comisión evaluó la ejecución de la medida cautelar en base a la información enviada por el Estado y los peticionarios, y modificó el objeto de la medida, reduciendo las obligaciones del Estado, cuyo gobierno había manifestado su rotundo rechazo a la decisión de la CIDH y anunciado —desafiante— que no sólo no la respetaría, sino que además retiraba su confianza, personal y apoyo económico a la Comisión (1).

La Comisión Interamericana puede realizar visitas a los países a fin de evaluar la situación de los derechos humanos en el lugar. Estas *observaciones in loco* se practican, en cada caso, por una

(1) Esto fue, incluso, objeto de amplia repercusión en la prensa brasileña, como se puede ver en un artículo del 2 de mayo de 2011 en *Folha de São Paulo* titulado “A batalha de Belo Monte. Um projeto de R\$ 30 bilhões”.

comisión especial designada a ese efecto, según establece el artículo 53 del Reglamento de la CIDH. Mientras que el artículo 56 estatuye que el Estado que invite a la Comisión a una observación de este tipo, u otorgue su anuencia a dicho efecto, concederá a la Comisión especial todas las facilidades necesarias para llevar a cabo su misión y —en particular— se comprometerá a no tomar represalias de ningún orden en contra de las personas o entidades que hayan cooperado con ella mediante informaciones o testimonios.

La Comisión ha visitado la Argentina en varias ocasiones. Tal vez la más conocida —y seguramente trascendental— ha sido la de 1979, durante la última dictadura, pues su informe posterior sobre las gravísimas violaciones a los derechos humanos que estaban sucediendo en el país, permitió despertar al mundo y a los argentinos (2).

Pero mucho más recientemente, y en plena democracia, la CIDH volvió no ya para constatar torturas o desapariciones forzadas, sino, denuncias de violaciones de derechos ambientales. En efecto, entre el 29 de julio y el 6 de agosto de 2002, una delegación de la Comisión Interamericana realizó una visita de trabajo a la República Argentina por invitación del presidente Eduardo Duhalde.

Durante su estadía se entrevistó con autoridades gubernamentales, se reunió con representantes de diferentes sectores de la sociedad civil, y con los peticionarios involucrados en varias peticiones en ese momento en trámite ante ella, entre otras, la de las Comunidades Mapuches Paynemil y Kaxipayiñ de la provincia del Neuquén. Dicha petición se refería a la presentación efectuada en Washington por la Defensora Oficial de Menores de esa provincia patagónica que había logrado que la justicia en todas las instancias aceptase su pedido de que se garantizase la salud y el acceso al agua potable de los niños, las niñas y los jóvenes de dos comunidades indígenas luego de que se probara que la planta de una compañía petrolera (YPF —luego Repsol YPF—) contaminaba sus fuentes de abastecimiento de agua con metales pesados, y de que se adoptaran las medidas pertinentes para detener la contaminación del suelo por derrames y la de las napas freáticas por drenaje a partir de los suelos, todo ello debido al negligente *modus operandi* de la empresa. Ante el incumplimiento parcial de lo ordenado, la referida Defensora había denunciado al Estado Argentino ante la CIDH por la violación de los derechos del niño consagrados en el artículo 19 de la Convención Americana.

Los peticionarios llegaron finalmente a un acuerdo de solución amistosa por la cual el Estado Argentino se comprometió a que los niños afectados, ya no intoxicados, pero sí expuestos, fuesen tratados en el Hospital de Niños de Buenos Aires, a que se construiría una planta de tratamiento y potabilización de agua en el lugar, monitoreada en su funcionamiento por ambas comunidades, y a que el Estado entregaría la información que poseyese acerca de la explotación del yacimiento petrolero de Loma de la Lata. A fines de 2003, además de proporcionarse agua mineral gratis a las casas de la comunidad cada semana (para consumo humano en bidones y para irrigación en tanques), se comenzó a construir la planta de agua. No se cumplió, sin embargo, con el tratamiento especial a los niños y a las niñas afectados y ninguna medida ha sido tomada hasta el presente para recomponer el ecosistema y limpiar el suelo y el agua contaminados.

Una de las funciones que tiene la Comisión es la referente a la elaboración de *informes generales o especiales* sobre la situación de los derechos humanos a través de los cuales realiza conclusiones y recomendaciones. En este sentido, la Comisión elabora un Informe Anual a la Asamblea General de la OEA que debe contener, entre otros, los siguientes elementos: un análisis sobre la situación de los derechos humanos en el hemisferio, junto con las recomendaciones a los Estados y a los

(2) Así lo recordaba en fecha cercana al 40 aniversario del último golpe militar en una nota de opinión en *Clarín*, Santiago Cantón, ex Secretario de la CIDH y actual Secretario de Derechos Humanos bonaerense.

órganos de la Organización sobre las medidas necesarias para fortalecer el respeto de los derechos humanos. También informes sobre peticiones y casos individuales cuya publicación haya sido aprobada por la Comisión, así como una relación de las medidas cautelares otorgadas y extendidas, y de las actividades desarrolladas ante la Corte Interamericana. Y además los informes generales o especiales que la CIDH considere necesarios sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros y, en su caso, informes de seguimiento, destacándoselos progresos alcanzados y las dificultades que han existido para la efectiva observancia de los derechos humanos. Para la preparación y adopción de estos informes la Comisión recabará información de todas las fuentes que estime necesarias (artículos 58 y 59 del Reglamento de la CIDH).

Además, la Comisión puede preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones, y publicarlos del modo que juzgue oportuno. En particular, según el artículo 60 del Reglamento puede elaborar informes generales o especiales sobre la situación de los derechos humanos en cualquier Estado miembro de la OEA (*country reports*) y si bien no existe un procedimiento específico para ello, en la práctica se inicia por la existencia de un número considerable de comunicaciones individuales que justifican hacer una investigación general, a pedido de algún órgano de la Organización o del mismo Estado miembro, y también como seguimiento por la Comisión de un informe emitido con anterioridad.

En este sentido, por ejemplo, en el Capítulo IV del Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil de 1997, la Comisión, luego de visitar varias comunidades indígenas del norte del Estado de Roraima en 1995, manifestó su preocupación a causa de que los garimpeiros (pequeños explotadores de oro y minerales preciosos) destruyeron el ambiente y contaminaron los ríos de los pueblos Macuxi y Yanomami, envenenando a sus pájaros y a sus cultivos, deteriorando de continuo su hábitat.

A su turno, en el Capítulo X del Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia de 1999, la CIDH señaló la situación de fragilidad ecológica —causada por grandes proyectos de infraestructura o desarrollo— en la Amazonía colombiana, donde los pueblos indígenas ocupan un tercio de la superficie; y por ello recomendó que dichos emprendimientos, además de cumplir con los requisitos legales, no causasen daños irreparables a esas comunidades.

Por otra parte, la Comisión Interamericana puede designar a sus miembros como responsables de *relatorías* de país, en cuyo caso asegurará que cada Estado miembro de la OEA cuente con un/a relator/a. Estos relatores/as ejercerán las responsabilidades de seguimiento que la CIDH les asigne y, al menos una vez al año, informarán al pleno sobre las actividades llevadas a cabo. También puede crear relatorías con mandatos ligados al cumplimiento de sus funciones de promoción y protección de los derechos humanos, ya sea temáticas, a cargo de un miembro de la Comisión, o especiales, a cargo de otras personas designadas por ella. En ambos casos, sus encargados le rendirán un informe escrito sobre las labores realizadas, al menos una vez por año debiendo llamar la atención del pleno de la CIDH sobre cuestiones que, habiendo llegado a su conocimiento, puedan ser consideradas como materia de controversia, grave preocupación o especial interés de la misma (artículo 15, Reglamento de la CIDH).

A partir de 1990, la Comisión Interamericana empezó a crear relatorías temáticas con el objeto de brindar atención a ciertos grupos, comunidades y pueblos que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad y por la discriminación histórica de la cual han sido objeto.

Así se creó, entre otras, en 1990, la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que ha elaborado varios informes temáticos, entre los que destacamos, el Informe sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales de 2009. En los párrafos 179 y 180 del mismo se recuerda que:

“numerosos pueblos indígenas y tribales viven en áreas ricas en recursos naturales vivos e inertes, incluyendo bosques que contienen abundante biodiversidad, agua y minerales. El deseo de tales recursos por la sociedad no indígena ha resultado históricamente en la remoción, la destrucción y el exterminio de muchas comunidades indígenas. Hoy en día, la supervivencia y la integridad de los pueblos indígenas y tribales del hemisferio que aún subsisten exige el reconocimiento de sus derechos a los recursos naturales presentes en sus tierras y territorios, de los cuales dependen para su bienestar económico, espiritual, cultural y físico”.

Y si bien señala que no es incompatible con el sistema interamericano de derechos humanos que la propiedad de los recursos naturales del subsuelo y de los recursos hídricos sean del Estado, advierte que ello no implica “que los pueblos indígenas o tribales no tengan derecho a ser respetados en relación con el proceso de exploración y extracción mineral, ni tampoco que las autoridades estatales tengan plena libertad para disponer de dichos recursos a su discreción”. Por el contrario, aclara que los Estados deben respetar y proteger los derechos de estos pueblos al extraer o explotar esos recursos, lo que incluye el derecho a un ambiente seguro y sano, el derecho a la consulta previa y al consentimiento informado, el derecho a la participación en los beneficios del proyecto, y el derecho de acceso a la justicia y a la reparación.

III. Ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuestiones ambientales

La Corte IDH, que según el artículo 1 de su Estatuto, es una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene una competencia consultiva (artículo 64 de la CADH), mediante la cual puede emitir opiniones sobre cuestiones de derechos humanos sin que existan un caso ni hechos concretos por juzgar, pudiéndola ejercer *sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano*, según ha dicho en su Opinión Consultiva 1/82. No obstante ello y que hasta el día de hoy la Corte ha adoptado veintiuna opiniones consultivas, en ninguna de ellas ha abordado la cuestión ambiental.

En cambio, a través de su *competencia contenciosa*, analiza una demanda específica, establece la veracidad de los hechos denunciados y decide si éstos constituyen o no una violación a la CADH mediante el dictado de una sentencia (artículos 62 y 62 de la CADH). Sólo los Estados partes y la Comisión pueden someter un caso a la decisión de la Corte IDH, una vez agotados los procedimientos ante la CIDH (artículos 61 de la CADH y 35 y 36 del Reglamento de la Corte IDH), siempre que el Estado en cuestión, haya reconocido esta competencia contenciosa (artículo 62.3 de la CADH). Cuando la Corte llegue a la conclusión de que se ha violado un derecho o libertad protegidos en la Convención, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, que se repare integralmente las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, si ello fuera procedente. En este último supuesto, el fallo se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (artículos 63. 1 y 68 de la CADH).

Desde su primer fallo en 1987, la Corte IDH ha dictado casi trescientas sentencias de todo tipo: de fondo, de excepciones preliminares, de reparaciones, de costas y de interpretación de sentencias. Muy pocas de ellas en materia ambiental y de recursos naturales, sobre todo en los últimos años, y en su mayoría —al igual que en la Comisión— relacionadas con los territorios, recursos naturales y hábitat de pueblos indígenas —y tribales—. En dos casos, la actuación de la Corte ha estado vinculada a dos derechos clave en la protección del ambiente como son, el derecho a la participación ciudadana (individual o colectiva, a través de las organizaciones de la sociedad civil) en la toma de decisiones que puedan afectar al ambiente, y su prerrequisito, el derecho de acceso a la información pública ambiental (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2009: 329).

La peculiar relación que los indígenas mantienen con la tierra y otros recursos naturales existentes en sus territorios y que es base de su cultura e integridad ha sido puesta de manifiesto por la Corte Interamericana en varios casos (3), luego de hacer una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana que reconoce el derecho de propiedad entendiendo que dicha norma admite ser interpretada conforme a la cosmovisión indígena, para la cual, de la naturaleza, *depende su identidad cultural, que se expresa en las más variadas prácticas de manejo, protección, uso o extracción primaria de recursos naturales, bienes o servicios de los ecosistemas*, tal como sostuvo en el párrafo 154 de su sentencia en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku. Asimismo, en el párrafo 9 del voto razonado conjunto de los jueces Antônio Cançado Trindade, Máximo Pacheco Gómez y Alirio Abreu Burelli, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni se destacó la prevalencia que los pueblos originarios le atribuyen a la conservación por sobre la simple explotación de los recursos naturales.

Esta doctrina de la Corte se ha aplicado también en el caso del Pueblo Saramaka —que fueron llevados durante la época de la colonización a lo que hoy se conoce como Suriname— y que, entonces, no es indígena *strictu sensu*, sino que sus derechos, dijo, los poseen en calidad de pueblo tribal; pueblo que, sin ser originario, comparte características similares con éstos, como identificarse con sus territorios ancestrales, que tienen un valor sagrado para ellos y en los que cazan, pescan y cosechan, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Antes, la CIDH había concedido medidas cautelares solicitando a Suriname la suspensión de concesiones y permisos de explotación maderera y minera y otras actividades relacionadas en ese territorio y como consecuencia de las cuales varias toneladas de mercurio habían sido liberadas en el ambiente, contaminando las fuentes de agua y la vida marina. Finalmente, la Corte IDH condenó al Estado a reparar el daño ambiental que habían sufrido las tierras y otros recursos naturales de los saramaka como consecuencia de las cuestionadas concesiones que se habían otorgado, encima, sin respetar su derecho a dar su consentimiento previo, libre e informado sobre todos los asuntos que sean de su interés, como ordenan los artículos 6. 1. del Convenio OIT 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989 y 2. 3 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.

En similar sentido y con semejante propósito que las medidas cautelares de la CIDH, la Corte IDH puede adoptar medidas provisionales de oficio en los asuntos que esté conociendo, o a solicitud de la Comisión si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento. Así, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, la Corte, a solicitud de los peticionarios, resolvió requerir a Nicaragua la adopción de las medidas que fueran necesarias para proteger el uso y disfrute de la propiedad de las tierras pertenecientes a dicha comunidad y de los recursos naturales existentes en ella, con participación de los peticionarios en la planificación e implementación de dichas medidas.

Del mismo modo procedió la Corte en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, en cuyo territorio, una empresa, a la que el Estado ecuatoriano le había otorgado una concesión petrolera sin que se garantizara la participación efectiva de los miembros de la comunidad y sin haberse realizado un estudio previo de impacto social y ambiental, abrió trochas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua y ríos subterráneos, necesarios para la comunidad, taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku. A pedido de la Comisión Interamericana, la Corte IDH requirió al Ecuador, en dos oportunidades, adoptar sin dilación, cuantas medidas fueran necesarias para, entre otras cosas, proteger la vida e

(3) Así fue en los casos “Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas”, 31/08/2001, párrafo 149; “Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 15/06/2005, párrafos 101, 131 y 195; “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, 17/06/2005, párrafo 131; “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, 29/03/2006, párrafos 118-121; “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, 24/08/2010, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones”, 27/06/2012, párrafos 85-87 y 148-155.

integridad personal de los miembros del pueblo Sarayaku y de sus defensores; y la especial relación de este pueblo kichwa con su territorio ancestral; y de manera particular, que se protegiese el uso y disfrute de la propiedad colectiva y de los recursos naturales existentes en ella y se adoptasen medidas tendientes a evitar daños inmediatos e irreparables resultantes de las actividades de terceros que ingresasen en el territorio del pueblo o que explotasen los recursos naturales existentes en él, hasta que se adoptase una decisión definitiva sobre el asunto.

Últimamente, la Corte Interamericana también intervino en un caso que involucraba a pueblos indígenas y sus derechos ancestrales pero en el que aparecen más nítidamente cuestiones ambientales que nunca antes habían sido objeto de discusión en el tribunal hemisférico. En efecto, en el caso de los Pueblos Kaliña y Lokono que son conocidos en Surinam como los “Pueblos del Bajo Marowijne”, la Corte declaró la responsabilidad estatal por la violación de varios derechos tutelados por la Convención Americana: al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), a la propiedad colectiva (artículo 21), a los derechos políticos (artículo 23), a la identidad cultural y el derecho a la protección judicial (artículo 25), en relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 1), al no contar estos pueblos y sus miembros con un territorio delimitado, demarcado ni titulado en su favor ni con recursos adecuados ni efectivos para exigir tales derechos ni poder reivindicar que en su territorio se otorgaron títulos individuales a favor de terceros no indígenas ni tribales, en razón de carecer de capacidad legal como entidad colectiva.

Pero además, la Corte se pronunció en relación a la compatibilidad de los derechos de los pueblos indígenas con la protección del ambiente y, en especial, acerca de ciertas restricciones producto de la creación de reservas naturales dentro de su territorio ancestral.

Concretamente, el Estado creó tres de estas reservas: Wia Wia en 1966, Galibi en 1969 y Wane Kreek en 1986, las que, según el reclamo indígena, en su conjunto abarcan unas 59.800 hectáreas. Las Reservas Wia Wia y Galibi fueron establecidas para la protección de las playas de anidación de las tortugas marinas; y durante ciertas épocas se impidió el acceso a los indígenas a la última con motivo del incremento de los robos de huevo de tortuga, poniéndose, incluso, puestos militares en las áreas de acceso para vedar el mismo. La Reserva Wane Kreek, en tanto, fue establecida para la protección y conservación de ecosistemas. Sin embargo, con fundamento en una concesión otorgada en 1958 por un período de setenta y cinco años, en 1997 una empresa comenzó a realizar allí actividades de minería a cielo abierto para la extracción de depósitos de bauxita, como consecuencia de las cuales, las actividades de caza y pesca, que eran tradicionales en la zona, se redujeron considerablemente. El primer estudio de “sensibilidad ambiental” fue realizado en 2005, recomendándose en éste, entre otras cosas, concluir las actividades de explotación minera tan pronto fuera posible y rehabilitar el daño ocasionado. Estas actividades concluyeron en 2009, comenzándose en ciertas zonas la rehabilitación forestal.

Respecto del mantenimiento de las reservas naturales en el territorio tradicional, la Corte determinó que el Estado debe ponderar los derechos en juego, esto es, la protección de los derechos colectivos de los Pueblos Kaliña y Lokono y la protección del ambiente como parte del interés general, concluyendo que, en principio, existe una compatibilidad entre las áreas naturales protegidas y el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la protección de los recursos naturales sobre sus territorios, destacando que estos pueblos pueden contribuir de manera relevante con dicha conservación. En este sentido, los criterios de participación efectiva, acceso y uso de sus territorios tradicionales, y obtención de beneficios de la conservación —todos ellos, siempre y cuando sean compatibles con la protección y utilización sostenible— resultan, dice el tribunal, elementos fundamentales para alcanzar dicha compatibilidad, la cual debe ser evaluada por el Estado.

A su turno, en relación con las restricciones que los pueblos indígenas sufrieron la Corte no las consideró desproporcionadas, poniendo de relieve la necesidad de compatibilizar la protección de las áreas protegidas con el adecuado uso y goce de los territorios tradicionales de los pueblos indí-

genas, estimando que estas áreas, consisten no solamente en la dimensión biológica, sino también en la sociocultural y que, por tanto, debe incorporarse un enfoque interdisciplinario y participativo.

Sin embargo, al verificarse falta de mecanismos expresos que garantizaran el acceso, el uso y la participación efectiva de los pueblos Kaliña y Lokono en la conservación de las referidas reservas y sus beneficios y que evitaran la degradación al ambiente —tal como ocurrió dentro de Wane Kreek— estimó que el Estado vulneró los derechos a la propiedad colectiva, identidad cultural y participación en asuntos públicos de las víctimas garantizados por los artículos 21 y 23 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Y concluyó, asimismo, respecto de las garantías a la propiedad colectiva frente a la concesión minera que no se llevó a cabo un estudio de impacto ambiental y social, no se garantizó la participación efectiva de los pueblos involucrados, ni compartieron los beneficios del citado proyecto, todo lo que debe garantizarse en cualquier plan de desarrollo o inversión, o cualquier actividad de exploración o explotación futuros.

El 4 de febrero de 2008, la Comisión Interamericana interpuso la demanda antela Corte Interamericana contra Honduras en el caso de Blanca Jeannette Kawas Fernández, presidenta de la Fundación para la Protección de Lancetilla, Punta Sal, Punta Izopo y Texiguat (“PROLANSATE”), organización creada con el objeto de mejorar la calidad de vida de los pobladores de las cuencas hidrográficas de la Bahía de Tela, Departamento de Atlántida, que fuera asesinada en su casa en 1995, habiendo fuertes indicios, a juicio de la CIDH de que existió responsabilidad estatal directa en este hecho delictivo. Fuerza esta idea el hecho de que la mencionada activista había denunciado, entre otras cosas, los intentos de personas y entidades privadas de apoderarse ilegalmente de la Península de Punta Sal, la contaminación de las lagunas y la depredación de los bosques de la región y que en la investigación penal llevada a cabo por la justicia hondureña sobre el homicidio de Kawas se había sostenido que la aparente razón o motivo principal de su muerte había sido que era una “protectora insaciable” del ambiente que se oponía a un desarrollo turístico que se iba a realizar en la Bahía de Tela.

Que el delito hubiese quedado impune por tantos años así como la falta de adopción de medidas para evitar la repetición de sucesos similares, habría alimentado, además, un contexto de impunidad de los actos de violencia cometidos en contra de los defensores de los derechos humanos y del ambiente y los recursos naturales en Honduras.

Por ello, la Corte reiteró, una vez más, la preocupación que ha manifestado en numerosas ocasiones —al igual que la CIDH— rechazando contundentemente los ataques que sufren los defensores de los derechos humanos (Ayala Corao, 1999: 113) y resaltando que la defensa de los derechos humanos abarca necesariamente las actividades de denuncia, vigilancia y educación sobre todos los derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia.

Además, con apoyo en su propia jurisprudencia en relación a los pueblos originarios (4) y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte pone de relieve la innegable relación entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, a la vez que advierte sobre los efectos adversos que la degradación ambiental y el cambio climático han provocado en el goce efectivo de los derechos humanos en el continente.

Finalmente concluyó que el Estado hondureño violó en perjuicio de Blanca Jeannette Kawas Fernández y de algunos de sus familiares varios derechos garantizados en la Convención Americana

(4) Se hace expresa referencia a los casos “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas”, 31/08/2001; “Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador. Medidas Provisionales”, 17/06/2005; “Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, 17/06/2005; “Comunidad Indígena Sawhoyamasa. Fondo, Reparaciones y Costas”, 29/03/2006 y “Pueblo Saramaka vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 21/11/2007.

y dispuso, entre otras medidas, que Honduras les pagase una indemnización por daño material e inmaterial, y el reintegro de costas y gastos; que concluyese los procedimientos penales, o iniciase los correspondientes, por los hechos que generaron las violaciones del caso, resolviéndolos en un plazo razonable; que realizase un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional; que levantase un monumento en memoria de Blanca Jeannette Kawas Fernández e hiciese la rotulación del parque nacional que lleva su nombre; y que ejecutase una campaña nacional de concientización y sensibilización sobre la importancia de la labor que realizan los defensores del medio ambiente en Honduras y de sus aportes en la defensa de los derechos humanos en general.

En 1998 el Estado chileno se negó a brindar a un grupo de conocidos ambientalistas toda la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa Forestal Trillium Ltda. y el Proyecto de deforestación Río Cóndor que se llevaría a cabo en la XII Región del país (Magallanes) que, en opinión de aquéllos podía ser perjudicial para el ambiente e impedir el desarrollo sostenible de esa zona del extremo sur de Chile; sin que tampoco pudiesen impugnar debidamente esa decisión que les conculcaba su derecho de acceso a la información pública ante los tribunales locales.

El órgano estatal requerido —una persona jurídica de derecho público, descentralizada, que actúa en el ámbito del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción— es el único autorizado, en representación del Estado, para aceptar el ingreso de capitales del exterior y para establecer los términos y condiciones de los respectivos contratos. Sus autoridades no entregaron toda la información solicitada a los peticionarios porque consideraron *de carácter reservado toda aquella información referida a terceros cuya entrega pudiera constituir un atentado a la privacidad de sus titulares, arriesgando de manera irresponsable el resultado de las actividades de los inversionistas en Chile*. El proyecto en cuestión, que involucraba el desarrollo de un complejo forestal integrado, compuesto de un aserradero mecanizado, planta re-elaboradora de madera, fabricación de chapas y tableros, planta recuperadora de astillas y planta energética, era de enorme impacto ambiental y generó gran discusión pública. Durante el trámite ante el sistema interamericano varias ONG de todo el mundo e presentaron en carácter de *amicus curiae* en apoyo del derecho de acceso a la información pública (5).

Al dictar sentencia en el caso Claude Reyes la Corte Interamericana recuerda que, en materia ambiental, este derecho ya estaba consagrado como Principio 10 en la Declaración de Ríos obre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 y que la Asamblea General de la OEA en diversas resoluciones consideró que el acceso a la información pública en general, es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información. También, con apoyo en su propia jurisprudencia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destaca que el control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, y que, por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control (6).

(5) Estas organizaciones de la sociedad civil fueron: Open Society Justice Initiative, ARTICLE 19, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Instituto Prensa y Sociedad, Access Info Europe, Libertad de Información de México, Impact Litigation Project de American University Washington College of Law y Poder Ciudadano y Asociación por los Derechos Civiles (ADC) de Argentina.

(6) La Corte IDH recurre de manera expresa a sus anteriores decisorios en los casos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 02/07/2004; “Ricardo Canese vs. Paraguay - Fondo, Reparaciones y Costas”, 31/08/2004; “Palamara Iribarne vs. Chile - Fondo, Reparaciones y Costas”, 22/11/2005; y otros del TEDH, casos “Feldek v. Slovakia”, no. 29032/95, § 83, ECHR 2001-VIII; y “Surek and Ozdemir v. Turkey”, nos. 23927/94 and 24277/94, § 60, ECHR Judgment of 8 July, 1999.

Por lo anterior, el tribunal, por unanimidad, consideró que el Estado chileno violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (artículo 13) y, por mayoría, que también violó en perjuicio de los peticionarios el derecho a las garantías judiciales (artículo 8) consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, por unanimidad, resolvió, entre otros puntos, que el Estado debía, a través de la entidad correspondiente y en el plazo de seis meses, entregar la información solicitada por las víctimas, en su caso, o adoptar una decisión fundamentada al respecto; y adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado.

IV. Conclusiones

Las cuestiones relativas a los derechos ambientales no han sido —ni son— una preocupación de primer orden en el sistema hemisférico de promoción y protección de los derechos humanos. La difícil realidad político-institucional de la región por décadas ha hecho que las prioridades se hayan centrado, en general, en la tutela de libertades “más fundamentales”. A su turno, la escasez de normas positivas en el *corpus iuris* interamericano que protejan específicamente los derechos vinculados al ambiente y los recursos naturales, puede haber conspirado contra una necesaria progresividad.

No obstante, en los últimos años se advierte que cada vez más reclamos en torno a la cuestión ambiental llegan a los órganos interamericanos quienes también se muestran, cada vez más, más receptivos a este tipo planteos, superando las dificultades formales, haciendo una interpretación extensiva de las normas, e integrándolas con amplitud innovadora que permitan una tutela de los derechos más efectiva.

En estas pocas páginas hemos procurado dar cuenta de algunas de las actuaciones más destacadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la protección del agua y del ambiente, que no sólo han dado respuesta a víctimas y peticionarios mediante la resolución de casos individuales, sino que también han producido mejoras en los sistemas jurídicos internos.

Esperamos que, a futuro, el impacto que los estándares interamericanos han producido en las normas y prácticas nacionales se profundice en pos de una mayor y mejor protección de los derechos.

V. Bibliografía

AYALA CORAO, Carlos (1999). “El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos en México y la declaraciones de derechos humanos”, en: Fix Zamudio, Héctor (coord.), *México y las declaraciones de derechos humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 99-118.

GROS ESPIELL, Héctor (1988). “La declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Raíces conceptuales en la historia y el derecho americano”, en: *Estudios sobre Derechos Humanos II*. Madrid: Civitas, pp. 87-118.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves (2009). *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo (2006). “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano”, en: *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*. São Paulo, pp. 43-69.

Jurisprudencia consultada

CIDH, 08/08/2002, “Pueblo Saramaka - Surinam - Caso 12.338 - Medidas cautelares”. [on line]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp>

CIDH, 22/10/2003, “Parque Natural Metropolitano —Panamá— Informe No. 88/03 - Petición 11533 - Inadmisibilidad”. [on line]. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Panama.11.533.htm>

CIDH, 01/04/2011, “Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará —Brasil— MC 382/10”. [on line]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp>

CIDH, 17/07/2012, “Habitantes del Conjunto Habitacional Barão de Mauá —Brasil— Informe No. 71/12 - Petición P-1073-05 - Admisibilidad”. [on line]. Disponible en: www.oas.org/es/cidh/decisiones/2012/BRAD1073-05ES.DOC

CIDH, 03/04/2014, “Comunidades del Pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los Municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos - Guatemala - Informe Nro. 20/14 - Petición 1566-07 - Admisibilidad”. [on line]. Disponible en: www.oas.org/es/cidh/decisiones/2014/GTAD1566-07ES.pdf

CIDH, “OC 1/82 - Otros Tratados objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”. [on line]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf

CIDH, 31/08/2001, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas”. [on line]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

CIDH, 02/07/2004, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. [on line]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf

CIDH, 31/08/2004, “Ricardo Canese vs. Paraguay - Fondo, Reparaciones y Costas” [on line]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

CIDH, 15/06/2005, “Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. [on line]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf

CIDH, 17/06/2005, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas” [on line]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

CIDH, 22/11/2005, “Palamara Iribarne vs. Chile - Fondo, Reparaciones y Costas” [on line]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

CIDH, 29/03/2006, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas” [on line]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

CIDH, 19/09/2006, “Claude Reyes y otros vs. Chile — Fondo, Reparaciones y Costas” [on line]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

CIDH, 29/11/2007, “Pueblo Saramaka vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas” [on line]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf

CIDH, 03/04/2009, “Kawas Fernández vs. Honduras — Fondo, Reparaciones y Costas” [on line]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf

CIDH, 24/08/2010, "Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas". [on line]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

CIDH, 27/06/2012, "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones". [on line]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

CIDH, 25/11/2015, "Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas". [on line]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

TEDH, "Feldek v. Slovakia", Application no. 29032/95, § 83, ECHR 2001. [on line]. Disponible en: http://www.sze.hu/~smuk/Nyilvanossag_torvenyek_CEE/Informacioszabadsag/Slovakia%20echr%20feldek%20vs%20slovakia.pdf

TEDH, "Sürek and Özdemir v. Turkey", Application nos. 23927/94 and 24277/94), § 60, ECHR 1999. [on line]. Disponible en: https://www.unodc.org/.../CASE_OF_S_EF_BF_BD

Información contenida en prensa

CANTÓN, Santiago. Antes de que llegue Obama, recuerdos de Jimmy Carter. *Clarín*, 18/03/2016, Opinión, 33.

Um projeto de R\$ 30 bilhões. *Folha de São Paulo*, 02/05/2011, Política, 12.

Documentación de ONU

AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03), 10/06/2003, "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia" [on line]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1932_XXXIII-O-03_esp.pdf

AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04), 08/06/2004, "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia" [on line]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2057_XXXIV-O-04_esp.pdf

AG/RES. 2121 (XXXV-O/05), 07/06/2005, "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia" [on line]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2121_XXXV-O-05_esp.pdf

AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06), 06/06/2006, "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia" [on line]. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2252_XXXVI-O-06_esp.pdf

Fecha de recepción: 27-03-2016

Fecha de aceptación: 19-07-2016

El precepto *pro-homine* y la globalización jurídica (*)

POR GASTÓN L. MEDINA (**)

Sumario: I. Sobre la cosmovisión humanista. — II. Recepción legislativa y jurisprudencial en Argentina. — III. Conclusión. — IV. Bibliografía.

A la memoria del maestro Alfredo Di Pietro.
Hominum causa omne ius constitutum est (D. H. 1.5.2.) (1).

Resumen: el presente ensayo jurídico configura un breve estudio sobre el llamado “precepto *pro-homine*”, esto es, el ideal humanista que ordena al poder, en todas sus formas y expresiones, público o privado, estar siempre a favor del Hombre y a su servicio. A tal fin, partiremos del origen histórico y la aproximación conceptual del precepto en cuestión, para luego abordar su estudio normativo y jurisprudencial desde la óptica del fenómeno de globalización o mundialización —en su faz jurídica— con particular énfasis en la experiencia acontecida en la República Argentina, en la que dicho precepto ha encontrado cabal asidero desde la reforma constitucional del año 1994, que vino a internalizar, con jerarquía calificada o constitucional, al llamado Derecho Internacional de Los Tratados. Finalmente, trataremos de demostrar de qué modo, a partir de la mentada reforma —aunque con mayor ímpetu en la última década (2004-2014)—, dicho precepto ha configurado el fundamento (*ratio*: razón de ser) último, utilizado por el Máximo Tribunal de la Nación Argentina para justificar, jurídica y axiológicamente, señeros fallos en relación al Derecho de las Obligaciones civiles y laborales.

Palabras claves: humanismo - globalización - *pro homine*

Precetto pro homine e la globalizzazione giuridica

Sommario: questo studio legale, impostare un breve studio della cosiddetta “*precetti pro homine*”, cioè l’ideale umanistico che comanda al potere in tutte le sue forme ed espressioni private e pubbliche, sempre a favore dell’uomo e il suo servizio. A tal fine, lasceremo l’origine storica e l’approccio concettuale della disposizione in questione, e quindi affrontare il suo studio normativo e giurisprudenziale dal punto di vista del fenomeno della globalizzazione o - nel suo legale faccia con particolare attenzione per l’esperienza si è verificato nella Repubblica Argentina, in cui tale disposizione ha trovato piena aderenza dopo la riforma costituzionale del 1994, che è venuto a interiorizzare, con la gerarchia qualificato o costituzionale, la cosiddetta legge internazionale dei trattati. Infine, cerchiamo di mostrare come, dalla riforma detto - anche se con una maggiore quantità di moto negli ultimi dieci anni (2004-2014) questo *precetti* ha creato la *fondamentazione (ratio: logica)* ultima utilizzata dalla massima Corte di Argentina per giustificare, legale e assiologicamente, señeros fallimenti in relazione al diritto delle obbligazioni civili e del lavoro.

Parole chiave: *umanesimo - globalizzazione - pro homine*

(*) Disertación del autor en el XVII Congreso Internacional y XX Iberoamericano de Derecho Romano. Bologna-Ravenna. Italia. 2015. Inédito.

(**) Prof. Derecho Romano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP y UNLPam. Miembro fundador y secretario del Instituto de Derecho Romano, CALP.

(1) Como afirmara el Jurisconsulto Hermogeniano, y receptara el Digesto Justiniano: “Todo el Derecho ha sido consuetudino por causa de los Hombres”.

I. Sobre la cosmovisión humanista

En lo personal, hace tiempo que he dejado de creer en el mundo, permítaseme, al menos, seguir creyendo en el Derecho; ese invento del Hombre hecho a la sombra de la Justicia.

No se me prive de creer en los grandes ideales jurídicos, como aquél según el cual, al Derecho le interesa la Persona Humana, siendo esta inescindible del valor dignidad que encuentra su asidero natural en el plano de lo sagrado; configurando un límite insoslayable, infranqueable, al mundano poder, del mismo modo que el “Pomerium” —o recinto sagrado de la “Urbs”— aquello por lo que moría o mataba un soldado romano por proteger, era asimismo, aquel límite infranqueable que no podía traspasar en armas por razones mundanas de poder.

¿Acaso no hemos tenido suficientes impurezas y viciosas comprensiones del Derecho, mediante teorías pretendidamente “puras”, que más que neutralidad, proclamaron a cuatro vientos la amoralidad jurídica; como si el Derecho fuera algo igual a un teorema matemático o a un silogismo de la pura razón? (2)

Porque, como nos ha enseñado el maestro Di Pietro (1933-2015):

“(…) El ordenamiento que resulta del Derecho, de ninguna manera es, como lo pretende la ciencia positivista jurídica de nuestro tiempo, el resultado de un mero pensar humano (...), sino el ámbito ambivalente de lo divino y de lo humano (...) a fin de lograr la armonía sagrada” (...) No es aquello que sostienen quienes “(...) Viven y pretenden hacer vivir a los demás en los juegos lingüísticos del logos humano. Cicerón mismo se sentiría sorprendido en un mundo semejante. Silencioso y obscuro. Donde el silencio se forja por el amontonamiento de múltiples ruidos y la obscuridad está urdida por los ‘fuegos fatuos’ de tantas luces” (2014: 129-399).

Por ello, permítaseme, seguir confiando en la esencia humanista del Derecho; en una de sus más claras manifestaciones que es el precepto *pro-homine*, esto es —vale recordarlo— el ideal humanista que ordena al poder, en todas sus formas y expresiones, cualquiera sea su rostro, público o privado, a estar siempre a favor del Hombre y su dignidad.

Siguiendo a Comenius (1592-1670) en el frontispicio del templo de Apolo en el Oráculo de Delfos, yacía grabado en oro la siguiente frase: “Conócete a ti mismo, y conocerás a los Dioses y al Universo” (1986: 1); aforismo, que dicho pensador atribuye al poeta griego Píndaro —518 a.C. - 438 a.C.—.

La célebre frase constituye una verdadera elipsis, metafísica y universal, que es el juicio de valor sobre la condición humana.

Una visión global del “Hombre” y del “Mundo”: una auténtica cosmogonía, para la que el Hombre es, necesariamente, parte inseparable de la “Naturaleza”, con la que se integra, complementa, interactúa; compartiendo su misma esencia y cifrando en su nombre todos los ocultos saberes del Universo, del mismo modo que yacen secretamente ínsitos en la memoria de la pequeña semilla, todos los atributos de la esbelta Araucaria.

Que así lo sintieron los ciudadanos de Roma, cada vez que se posaba en sus labios el vocablo “Res”, que sin duda alguna, significaba mucho más que las simples cosas del mundo; que así lo sintieron los campesinos de Roma, cada vez que encorvados sudorosos sobre el negro y fértil surco de la tierra, realizaban el “Labor Improbis”.

(2) Nos referimos al ensayo sobre lógica jurídica de Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*.

Porque ya lo ha dicho, en Roma, Publio Terencio Afro —194 a.C. - 159 A.C.—, aquel comediante latino y estoico, miembro de la escuela de Escipión: “*Homo sum: nihil humani a me alienum puto*”, esto es, “Hombre soy: nada de lo Humano me resulta ajeno” (3).

Y, con brillante sentido trágico invocó al Humanismo como visión Universal de la Humanidad, en la cual, “un hombre” es, al mismo tiempo, “todos los Hombres del mundo” y, por qué no, como recordara Comenius al griego poeta Píndaro: el recinto sagrado de los secretos del Universo.

Empero, a pesar de su belleza y claridad primigenias, el Humanismo fue tergiversado por la sociedad industrial y de masas que, haciendo del Hombre una cosa le dio trato de tal, convirtiéndola en el engranaje de una vasta e inabarcable máquina (llamada hoy globalización); creando de este modo, al decir de Ernesto Sábato (1911-2011) citando a Nicolás Berdiaeff (1874-1948), “una sola y gigantesca paradoja: la deshumanización de la Humanidad” (2006).

Y así, desplazado camina el Hombre moderno por el mundo, errante y moribundo, entre la vida y la muerte, a medio morir... enajenado. ¡Cuántas cosas sagradas nos han sido arrancadas de nuestro puño apretado, desde que el hombre es Hombre!

Como si el ser humano fuera una cosa más, y no la razón de ser del sistema jurídico.

Hoy, en el campo del positivista jurídico moderno, en el marco inconmensurable de la moral de mercado y de la sociedad de consumo, en la abstracción fantasmal y anónima del capital globalizado sólo nos resulta posible hablar de ideales o valores suprapositivos o supraleales (*rectius*: “sagrados”), tales como la vida, la indemnidad, la igualdad, la libertad, la educación, el trabajo, la felicidad, sí y sólo sí, haciéndolo desde el valor de “lo absoluto”.

Sí, “lo absoluto”; aunque para los tiempos que corren, éste sea —como ocurre con “sagrado”— un adjetivo proscripto y confinado al libro negro de las palabras.

Y, tal confinamiento, se debe a la moral materialista que nos rodea y nos impregna hasta nuestra propia matriz de conocimiento. Una “moral” de “resultado” más que de “medio”; de “lo relativo”, más que de “lo absoluto”; en la cual lo único sagrado parecen ser la razón y el dinero (ambos conceptos amorales).

Una “moral” flexible y fluctuante como los valores del mercado. Por el contrario, “lo absoluto” limita, contiene, restringe... pero por sobre todo, protege la esencia digna del Ser Humano.

Por todo ello, la Corte de Justicia de la Nación Argentina, a buena hora, ha echado mano a este precepto que nos inquieta, para limitar de modo “absoluto”, esto es, sin excepción legal alguna, poderes pretendidamente incontrastables —como el poder político o el económico—, cuando esté en juego el respeto y la defensa de la dignidad de la Persona Humana.

Dignidad, que no se halla definida en las leyes positivas, no sólo porque no es esa la función de las leyes, sino porque asimismo, pertenece al campo de las creencias y valoraciones íntimas y más profundas de un pueblo, del mismo modo que en Roma, las “*mores maiorum*”, mientras representaron los vivos anhelos del “*cives romanorum*”, fueron como el consejo de los sabios ancestros que, transmitidos generacionalmente a través de gestos y palabras, no conocieron el frío papel de los digestos ni los códigos.

(3) Frase del anciano Cremes, en la obra “*Heaunton Timorumenos*” de Terencio. Asimismo, Miguel de Unamuno, inicia el capítulo primero de su obra *Del sentimiento trágico de la vida* (...), intitulado “El hombre de carne y hueso”, con dicho aforismo.

Así, el precepto *pro-homine* y su sentido a favor de la dignidad del Hombre, representa la expresión más clara de la vocación siempre Humanista del Derecho Romano y de todo el Derecho Moderno y Contemporáneo de tradición romanista.

Vocación, que confiere a “aquel” (al Hombre), el absoluto valor de los “fines”, a cambio del relativo valor de los “medios o instrumentos”; constituyendo una interpretación teleológica del Ser, meta-jurídica y supralegal, sobre la base del valor absoluto o sagrado de la dignidad.

Ya el Corpus Justiniano nos habla de la “Opinio Iuris Comunque”, es decir, la conciencia jurídica universal, que es la misma que se manifiesta mediante la globalización jurídica o mundialización del Derecho. Conciencia universal, que ha sido expresada por los máximos tribunales de Justicia de la República Argentina y del mundo, como “*Ritmo universal de la justicia*” (4), o como “*Ritmo Universal de los Derechos Humanos*” (CSJN, fallos “Vizotti”, 2004 (5); “Aquino” (6) 2004; “Madorrán” (7) 2004; “Alvarez” (8), 2010; “Ledesma” (9), 2014, entre tantos otros).

En nuestro país, la reforma constitucional del año 1994 permitió la consolidación y profundización de la concepción “pro-homine”, lo cual, impregnó de unívoco sentido y unidireccional tutela a todo el sistema normativo argentino, al consagrar de modo insoslayable una “ratio-humanitas” o “razón de ser Humana” que, por vía del control constitucional y convencional de razonabilidad (artículos 28 y 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional) trastocó la tradicional jerarquía instrumental normativa (artículo 31 de la Constitución Nacional), en aras de una más eficaz protección del Ser Humano, en resguardo, de un nuevo Orden Público que podríamos denominar: Orden Público de la Dignidad.

Porque cuando de ella (la dignidad) se trata “resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos” (10).

Y, dicho orden también es consecuencia del fenómeno de globalización o mundialización del capital que, más allá de sus innegables males para la Humanidad, ha significado desde lo jurídico, un límite insoslayable al poder desmesurado del mercado; una cura compensatoria; un antídoto extractado del propio veneno.

Cabe concluir, finalmente, que el reconocimiento por los Sistemas Jurídicos actuales, de la nueva categoría de “obligaciones erga omnes” nacidas al amparo de la “Opinio Iuris Comunque” o “Ius Cogens”, a la luz del precepto *pro-homine*; oponibles frente a cualquiera y de índole supralegal y supraestatal, resulta ser hoy condición impostergable para la real y efectiva protección de los Derechos Humanos y para su pleno goce y ejercicio.

Porque si bien es cierto que el Derecho ha configurado, históricamente, un sistema de pensamiento en función del poder establecido, resulta igualmente acertado, que ha tenido la innegable tarea de ser un límite, justo y razonable, al inhumano desarrollo de las fuerzas productivas y políticas, desde tiempos inmemoriales hasta la actualidad.

(4) CSJN (20/07/1938). “Rusich, Elvira c/ Compañía Introdutora de Buenos Aires SA”. Fallos: 45: 366.

(5) CSJN (14/09/2004). “Vizzoti Carlos c/ AMSA SA”. Fallos: 327: 3677.

(6) CSJN (21/09/2004). “Aquino Isacio c/ Cargo Servicios industriales SA”. Fallos: 327: 3753.

(7) CSJN (30/06/2010). “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas”. Fallos: 333: 335.

(8) CSJN (07/12/2010). “Alvarez Maximiliano c/ CENCOCUD SA”. Fallos: 333: 2306.

(9) CSJN (09/09/2014). “Ledesma Florencia c/ Citrus Batalla SA” Sent. L. 263, XLV.

(10) CSJN (2004). Fallo: “Vizzoti”, cit.

II. Recepción legislativa y jurisprudencial en Argentina

Siguiendo el sentido y alcance que a la idea *pro-homine* que hemos atribuido en los párrafos precedentes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se ha expresado en numerosos pronunciamientos judiciales, en defensa de la dignidad de la Persona ante el poder del mercado.

Uno de los primeros fue el célebre caso “Vizzoti” (2004) cuando falló:

“(…) Puesto que, si de ésta se trata, resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los Derechos Humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad(…)” (CSJN, 2004, “Vizzoti”).

En igual orden de ideas, la Corte se expresó *in re* “Alvarez” (2010), cuando falló:

“(…) admitir que los poderes (...) determinen la medida y alcances de los Derechos Humanos (...) importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad” (CSJN, 2010, “Alvarez”).

Como ya anticipamos, en nuestro país hubo una reforma constitucional en el año 1994. Dicha novación en la ley fundamental importó la consolidación —ya que se encontraba vigente desde el año 1853, fecha de sanción de la Carta Magna— y profundización de la cosmovisión Humanista. Pero, indudablemente, fue en la década 2004-2014, cuando el “precepto *pro-homine*” impregnó, de unívoco y unidireccional sentido a todo el sistema normativo argentino, al consagrar de modo insoslayable una *ratio-humanitas* o “razón de ser Humana” que, por vía del control constitucional y Convencional de razonabilidad del artículo 28 de la Constitución Nacional (principio de razonabilidad) trastocó la jerarquía instrumental normativa (artículo 31 de la Constitución Nacional), en función de —como ya se dijo— un nuevo “Orden Público de la dignidad”.

Podemos afirmar, siguiendo a la Corte *in re* “Madorrán”, que así como:

“(…) la reforma de la Constitución Nacional producida en 1957, mediante la introducción del artículo 14 bis, tuvo como inequívoco propósito dar recepción en el texto de 1853-1860, a los aportes y experiencias que habían tenido lugar, durante la primera mitad del siglo XX, en el ámbito de lo que dio en llamarse el constitucionalismo social (“Aquino”, Fallos: 327:3753, 3770, 3788 y 3797)”. (...) “la reforma de 1994, tuvo como ‘inequívoco propósito’ la recepción del ‘ritmo universal de los derechos humanos” (CSJN, “Madorrán”).

El preámbulo de la Constitución Nacional Argentina, expresamente establece que es una ley decretada “(...) para nosotros, nuestra posteridad y para todos los hombres del Mundo que quieran habitar en el suelo argentino (...)”. Y, en igual sentido, se expresa la Carta de la provincia de Buenos Aires en su parte preliminar. Ello lo cual, nos muestra la influencia “universalista-humanista” del Constituyente de 1853.

Asimismo, el artículo 16 del mismo texto constitucional consagra la igualdad de los hombres ante la ley. Igualdad que, como ya dijimos, es esencialmente igualdad en dignidad.

A su turno, el artículo 19 de la mentada Carta consagra la garantía de libertad individual, al mismo tiempo que la limita mediante la prohibición expresa de “dañar a terceros”, configurando una recepción directa del tercer precepto del gran jurisconsulto clásico Ulpiano, el *alterum non laedere*.

La reforma constitucional de 1957 —por milagro o por descuido— incorporó el artículo 14 bis al texto Constitucional, consagrando un plexo de Derecho y Garantías Sociales, como aquel que exige “(...) condiciones dignas de labor” y “(...) acceso a una vivienda digna”. Expresiones ambas, de claro corte Humanista.

A nivel Internacional, la Declaración Universal de Derecho Humanos de 1948 fue, sin duda, la consolidación definitiva de los principios del Humanismo en la modernidad, inaugurándose así el llamado “Ritmo Universal de la Justicia” —hoy: “renovado Ritmo Universal de los Derechos Humanos”— que se manifestó por la sanción de múltiples Tratados supra-estatales y supra-legales en el concierto de las Naciones, como por cierto en Argentina, significó la Convención Americana de Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, entre otros de igual impronta y finalidad.

Pero fue, sin duda alguna, la reforma constitucional de 1994 la que significó un cambio paradigmático en relación al sistema de regulación normativa, al incorporar por el nuevo artículo 75 inc. 22, el llamado “Bloque Constitucional de Derecho Humanos”, mediante la incorporación de múltiples Tratados del Derecho de Gentes sobre Derechos Humanos, de jerarquía calificada o constitucional; todos ellos vinculantes en grado suprallegal y complementarios de la parte dogmática de la Carta Magna.

El aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho Social ha sido ponderado por la doctrina calificada, que señala la fenomenal transformación que en el sistema de fuentes significó la reforma constitucional de 1994 y que permitió en nuestro país el desarrollo de teorías, prácticas e instrumentos que fueron dando una estructura de despliegue y soporte para la aplicación interna de los tratados, particularmente los constitucionalizados.

Se observó así un nuevo sistema de ordenación de fuentes del derecho, establecido por la nueva norma constitucional, en el que se observan —al menos— cinco niveles, a saber:

1) La Constitución y los instrumentos de derechos humanos que han sido dotados de jerarquía constitucional que integran el “Bloque Federal de Constitucionalidad” y comparten con la constitución la misma supremacía.

2) Otros tratados de derechos humanos que, sin estar enunciados en el artículo 75, inciso 22, 2da. parte de la Constitución Nacional pueden adquirir la misma jerarquía constitucional sin requerir de un nuevo proceso constituyente, bastando para ello la aprobación por el Congreso con una mayoría calificada (2/3 de cada Cámara).

3) El resto de los tratados celebrados con otras naciones o con organizaciones internacionales, que cuentan con jerarquía superior a las leyes.

4) Las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten.

5) Las leyes dictadas por las provincias.

De este modo, quedó incorporado y con jerarquía Constitucional el “PIDESC” (integrante del CADH o Pacto de San José de Costa Rica) el cual consagra, positivamente, el principio de progresividad (ínsito en el “precepto pro-homine”). El artículo 2:1, segunda parte, reza:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, *para lograr progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (PIDESC. Artículo 2:1). (Destacado del autor).

En igual sentido y línea valorativa, el nuevo artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional consagró, expresamente, dicha vocación progresista del Derecho, al establecer entre las atribuciones del Congreso la de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen (...) el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (...)”.

Asimismo, la Constitución de la provincia de Buenos Aires, que no fue ajena a la reforma de 1994, en su nuevo artículo 39.3 consagró de igual modo el principio de progresividad, entendiendo al mismo, como la vocación legislativa de avance hacia el pleno goce y ejercicio de los derechos y la prohibición de regresividad perniciosa o ir-regresividad.

Que, dicho principio de progresividad, debe ser considerado con-natural, ergo, entrañablemente unido al precepto *pro-homine*, toda vez que debe reputarse siempre creciente (progreso: avance) la vocación de mejorar la protección y el pleno ejercicio de los Derechos Humanos en particular y todo derecho en general.

En relación al punto, cabe señalar, que tanto la fuente de Derecho interna como la internacional deben ser interpretadas y aplicadas “en las condiciones de su vigencia” (11), esto es, conforme la hermenéutica o exégesis establecida por los Organismos surpanacionales de interpretación y aplicación de los tratados internacionales, para la cual, las normas representan siempre estándares mínimos de protección y reconocimiento, cuando de derechos humanos o fundamentales se trata. *Y ello, también es obra de la cosmovisión pro-homine, en su faz progresiva.*

Antes de la reforma, los casos de la Corte Nacional Argentina, “Siri” (12), “Kot” (13) y “Ejkmejikian” (14) configuraron las primeras aplicaciones en Argentina de la fuente Internacional.

Después de la reforma, el caso “Giroldi” (15) estableció con meridiana claridad la postura del Máximo Tribunal, a favor de la doctrina monista, es decir, se concluye en que el sistema fontal es “uno”, coherente e integrado, que debe ser interpretado y aplicado sistémicamente, conforme el precepto *pro-homine*, esto es, atendiendo a la fuente legal, ya interna ya internacional, que coadyuve con mayor eficacia al pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional y el Derecho de los Tratados.

Sin embargo, será recién a partir del año 2004 con la nueva integración de la Corte Nacional, cuando se inicie un marcado proceso “de cambio” en cuanto a la aplicación “internalizada” de la fuente de origen internacional, conforme el artículo 75 inc. 22 de la Constitución. Inaugurándose así, un marcado proceso de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, en particular, los de índole humana, cuya piedra angular es la dignidad de la Persona.

En este sentido, y en materia de despido, la Corte, dictó su célebre y pionero fallo “Vizzoti” sentando escuela y razón de ser para precedentes ulteriores, al proclamar que “el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos estos”, al mismo tiempo que calificó al hombre trabajador, como “sujeto de preferente atención constitucional”.

En materia de obligación de reparar daños en ocasión del trabajo, el Máximo Tribunal hizo escuela en célebres pronunciamientos, como en los casos “Aquino”, “Madorrán” y “Milone” (16) —todos

(11) Conforme el artículo 75 inc. 22 de la C.N.

(12) CSJN (1957). “Siri”. Fallos: 239: 459.

(13) CSJN (1958), “Kot”. Fallos: 241: 294.

(14) CSJN (1992). “Ejkmedkian, R. c/ Sofovich, G.” Fallos: 320: 123.

(15) CSJN (1995). “Giroldi, Horacio s/ Recurso de hecho”. Fallos: 318: 514.

(16) CSJN (26/10/200). “Milone, Juan Antonio c/ ASOCIAR ART SA”. Fallos: 327: 4607.

del año 2004—, el caso “Torrillo” (17) del año 2007, o el caso “Ascua” (18) de 2009, entre los más destacados en materia de responsabilidad por daños en ocasión del trabajo.

Pero, sin lugar a dudas, ha sido en materia de discriminación y violación a la libertad sindical en donde la Corte se ha expresado con mayor énfasis y relevancia.

La Corte confirmó una vez más su doctrina ajustada al “renovado ritmo de los Derecho Humano” en el citado caso “Alvarez” (2010), cuando reafirmó el carácter inalienable de la dignidad del ser humano:

“(…) la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que se reprobaban en todos los casos”. Más aún, dijo que “(…) la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad (...)” (Consid. 6º, del voto de la mayoría).

“(…) subordinar las exigencias fundamentales que de esto último se siguen a un ejercicio sin taludes ni medidas de los señalados poderes, resultaría desbaratar la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, máxime cuando la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional, y del orden internacional adoptado (...)” (Consid. 6 del voto de la mayoría).

“(…) admitir que los poderes del empleador determinen la medida y alcances de los Derechos Humanos del trabajador importaría, pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Por lo contrario, son dichos poderes los que habrán de adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad”, se concluyó en que no es admisible “la confrontación entre el derecho a no ser discriminado con otros derechos y libertades constitucionales de sustancia predominantemente económica, entre los cuales se hallan los invocados por la demandada (...)” (Consid. 10º, del voto de la mayoría).

Recientemente, en el caso “Ledesma” (2014), la Corte Nacional reiteró su doctrina Social de derecho, cuando al tiempo de resolver en materia de despido discriminatorio anti-sindical, se valió nuevamente del precepto *pro-homine* para decir que la inherente dignidad del ser humano configura el fundamento de su igualdad.

“(…) el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los Derechos Humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquéllos (v. Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, primer párrafo, y artículo 1º; PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y artículo 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y artículos 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional) (...)” (Fallo: Ledesma).

Más adelante, en el mismo fallo, la Corte formula una cita expresa del precepto en cuestión:

“(…) por lo demás, el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (artículo 2.1), sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (“Cardozo” H Fallos: 329:2265, 2272/2273, y “Madorrán H, cit., p. 2004). Y esta pauta se impone aun con mayor vigor, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con —8— otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (...)” (Fallo: Ledesma).

(17) CSJN (31/03/2009). “Torrillo, Atilio Amadeo y otros c/ Gulf Oil Argentina SA”. Fallos: 331: 2344.

(18) CSJN (10/08/2010). “Ascua, Luis c /SOMISA”. Fallos: 333: 1361.

En el caso “Acevedo” (19) (2011), a su turno, la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Argentina, en oportunidad de resolver sobre la justicia del sistema tarifario de reparación en materia laboral, halló *ratio* en el precepto “pro-homine”, con cita expresa del mismo, cuando dijo:

“(…) ello, en razón de que, al establecer un régimen absolutamente tarifario y sin tener en cuenta el principio *alterum non laedere* atenta contra el artículo 16 de la Constitución Nacional. Incluso, propios autores civilistas repulsan tal tarificación extrema que restringe el acceso a la justicia, lo han hecho en los siguientes términos: “(…) es sin duda un sometimiento del derecho de los más débiles a las pretensiones económicas de los más poderosos, lo que es contrario a todo criterio de justicia. Se *sacrifica* el principio a favor del ser humano (*pro homine*) invocando razones como la previsibilidad de los costos, como si el ser humano fuera una cosa más, y no la razón de ser del sistema jurídico” (...) “Es el hombre el que constituye la sociedad, las empresas, la Nación, sin él nada hay en estas instituciones; es al hombre al que se debe proteger” (...). “Lo primero que se debe preservar en la sociedad, es la vida y la salud de los hombres que la integran, y en el caso de ser dañados en su salud o, lo que es peor, muerto por algún accidente, el daño debe ser reparado por la norma especial o común según cuál sea la más beneficiosa para la víctima o sus derechohabientes (...)” (Fallo: Acevedo).

El precepto que nos ocupa no sólo recibió buen mérito en el plano judicial nacional, sino que, igual suerte corrió en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

A su turno y en materia obligaciones laborales, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, recepitó la doctrina nacional de Corte expuesta en “Alvarez” (2010), en el caso “Villalba” (20) (2010).

Postura que mantuvo en el caso “Sffaerir” (21) (2012), de cuya argumentación, en primera instancia, se observa la cita expresa de uno de los juristas más eminentes del Derecho Social argentino, el maestro Moisés Meik (22).

Igual sentido, ha conservado en el caso “Dalale” (23) (2013), cuando la Corte provincial expresó la necesidad de realizar un “(…) juicio razonable de preferencia (...)” por parte de los jueces al tiempo de sus sentencias, cuando medie colisión de derechos fundamentales, teniendo (el juez) el deber de inclinarse a favor del derecho o garantía fundamental que más proteja o realice la dignidad de la Persona Humana, por debajo de la que siempre deben mantenerse las prerrogativas de tinte económico.

Muy recientemente, otra vez en materia de discriminación y libertad sindical, encontramos al caso “Auzoátegui” (24) de agosto de 2014, en cuyo tratamiento la Corte provincial recurrió a la cita expresa del precepto, cuando dijo:

“(…) sólo un entendimiento superficial del artículo 14 bis llevaría a que la “protección contra el despido arbitrario” implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación, ya que a la interpretación evolutiva y el principio *pro homine*, conviene agregar que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesi-

(19) CNAT, Sala V (12/08/2011). “Acevedo, Maximiliano c/ Don Cosme SRL”.

(20) SCBA (22/09/2010). “Villalba”. L. 97804.

(21) SCBA (08/08/2012). “Sffaerir”. L. 104378.

(22) El fallo del Tribunal de Trabajo de Junín dice: “(…) la decisión resolutoria —despido— tuvo el fin de lesionar el principio de igualdad en su expresión de trato no discriminatorio”, así lo ha sostenido Moisés MEIK al señalar que “en ciertos casos graves de incumplimiento de un derecho fundamental —como sucede en el despido discriminatorio— en el ordenamiento actual ya se habilita como sanción la ineficacia extintiva, no solo porque no hay una causa real y seria que lo respalde, sino porque el hecho extremo tuvo un propósito especialmente lesivo del amplio principio de igualdad en su expresión de trato no discriminatorio. Esta solución normativa está prevista en la Ley 23.592, como desarrollo infraconstitucional de tratados internacionales, ratificados por el estado argentino, que han adquirido jerarquización constitucional desde la reforma de 1994 (artículo 75, inc. 22 y 23 de la CN.)” (MEIK, Moisés (2005). Rev. *La causa laboral*, N° 19, diciembre).

(23) SCBA (11/03/2013). “Dalale”, L. 101710.

(24) SCBA (29/12/2014). “Auzoátegui Julio c/ Huertas Verdes SA”. Fallos: 273: 87.

dades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción, y esta conclusión se impone con mayor fundamento respecto de la Constitución nacional que tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción (...)” (consid. 9º, del voto de la mayoría).

En la misma jurisdicción provincial, el Tribunal de Trabajo N° 2 de La Plata —mi ciudad natal— en el caso “Llanos” (25) (2015) se observa la clara recepción de la cosmovisión humanista del Derecho —ínsita en el mentado precepto— cuando al tiempo de pronunciarse sostuvo que:

“(...) en el caso, valoro que están en juego obligaciones alimentarias (de subsistencia) que por cierto involucran en última instancia el derecho a la vida y a la integridad psicofísica del trabajador despedido; y que como reconociera la Corte Nacional, el trabajador es sujeto de preferente tutela (caso “Vizzoti”) y “(...) el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (...)” (Fallo: Llanos).

III. Conclusión

Por todo lo expuesto podemos concluir, que la dignidad de la persona humana, fundamento de igualdad y de libertad —pilares básicos de la constitución político-jurídica del Estado Social de Derecho— configura un bien jurídico supremo en la escala axiológica de los bienes jurídicos; una *ratio-humanitas* o “razón de ser humana”, que podemos dar en llamar: “Orden Público de la Dignidad” (O.P.D).

La Corte de Justicia de la Nación, ha hecho de esta “razón de ser humana”, la piedra angular de muchos y señeros pronunciamientos, dando cuenta de ello las citas jurisprudenciales referenciadas en el presente estudio.

El fenómeno de globalización del capital, eminentemente económico, nos muestra su otra cara, la jurídica o legal, a través del llamado Derecho Internacional de los Tratados. El actual Derecho de Gentes. Un Derecho fundado en la tácita conciencia jurídica universal, es decir, en el sentir común del género humano.

Y, en ese plano, la “dignidad” se nos presenta como un nivel de realidad en el que se realiza el valor de la unidad.

De tal modo, podemos concluir, que el Derecho si bien ha configurado históricamente un sistema de pensamiento en función de las relaciones de poder establecidas resulta igualmente cierto que, ha tenido el innegable rol de justo y necesario límite, al inhumano desarrollo global de las fuerzas productivas y políticas, desde tiempos inmemoriales, hasta la actualidad.

IV. Bibliografía

BERDIAEFF, Nicolás (1953). *El Cristianismo y el problema del comunismo*. México: Colección Austral.

CATALANO, Pierangelo (2011). *El Digesto de Justiniano*. Lima: Fondo Editorial. L. I.

COMENIUS, J. (1986). *Didáctica Magna*. Madrid: Akal.

DI PIETRO, Alfredo (2014). *Imperio y Derecho*. La Plata: Universidad Católica de La Plata. T. II.

(25) T. T. 2. LP (10/02/2015). “Llanos, Manuel A. c/ Frigorífico Gorina SA y otro”, (con cita de “Aquino”, CSJN, 2004, cit.). Expediente: 38187. Inédito.

GRIMAL, Pierre (2008). *La civilización Romana*. Buenos Aires: Paidós.

HUBENAK, Florencio (1997). *Roma: El mito político*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

LOPEZ QUINTÁS, Alfonso (2006). *La grandeza de la vida*. Buenos Aires: Puerto de palos.

— (2006). *La formación para el amor*. Buenos Aires: Puerto de palos.

SABATO, Ernesto (2006). *Hombres y engranajes*. Buenos Aires: Seix Barral.

UNAMUNO, Miguel de (2011). *Del sentimiento trágico de la vida*. Madrid: Globus.

Jurisprudencia

CSJN, “Rusich, Elvira c/ Compañía Introdutora de Buenos Aires SA”. Fallos: 45: 366. (20-07-1938).

CSJN, “Vizzoti, Carlos c/ AMSA SA”. Fallos: 327: 3677. (14-09-2004).

CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”. Fallos: 327: 3753. (21-09-2004).

CSJN, “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas”. Fallos: 333: 335. (30-06-2010).

CSJN, “Alvarez, Maximiliano c/ CENCOCUD SA”. Fallos: 333: 2306. (07-12-2010).

CSJN, “Ledesma, Florencia c/ Citrus Batalla SA”. Sent. L. 263, XLV. (09-09-2014).

CSJN, “Siri”. Fallos: 239: 459. (1957).

CSJN, “Kot”. Fallos: 241: 294. (1958).

CSJN, “Edjmedkian, R. c/ Sofovich, G.”. Fallos: 320: 123. (1992).

CSJN, “Giroldi, Horacio s/ recurso de hecho”. Fallos: 318: 514. (1995).

CSJN, “Milone, Juan Antonio c/ ASOCIAR ART SA”. Fallos: 327: 4607. (26/10/200).

CSJN, “Torrillo, Atilio Amadeo y otros c/ Gulf Oil Argentina SA”. Fallos: 331: 2344. (31/03/2009).

CSJN, “Ascuá, Luis c/ SOMISA”. Fallos: 333: 1361. (10/08/2010).

SCBA, “Villalba”. L. 97804. (22/09/2010).

SCBA, “Dalale”. L. 101710. (11/03/2013).

SCBA, “Auzoátegui, Julio c/ Huertas Verdes SA”. Fallos: 273:87. (29/12/2014).

SCBA, “Sffaerir”. L. 104378. (08/08/2012).

CNAT, Sala V, “Acevedo, Maximiliano c/ Don Cosme SRL”. (12/08/2011).

T.T.Nº 2. L. P, “Llanos, Manuel A. c/ Frigorífico Gorina SA y otro”, con cita de “Aquino”, CSJN, 2004, cit.). Expediente: 38187. Inédito. (10/02/2015).

Fecha de recepción: 29-03-2016

Fecha de aceptación: 06-08-2016

Corte Interamericana de Derechos Humanos y derechos territoriales de los pueblos indígenas. Estudio de impacto de sentencias

POR **FABIÁN MURUA** (*)

Sumario: I. Introducción. Metodología. — II. Brevísimos abordaje del derecho indígena. — III. Estudio de impacto de sentencias en materia de derechos humanos. — IV. El impacto de las sentencias sobre los derechos territoriales. — V. Conclusión. — VI. Bibliografía.

Resumen: desde hace ya más de diez años, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órganos que integran el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos han venido elaborando una rica e innovadora jurisprudencia en materia de derecho a la propiedad colectiva indígena, aun frente a la carencia de un instrumento convencional en la región que dé protección expresa a dicho derecho. El presente trabajo no intenta sistematizar ni reproducir los mencionados avances jurisprudenciales, sino más bien pararse en la etapa procesal de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana y tratar de dar cuenta en qué medida sus decisiones fueron efectivamente cumplidas y qué estrategias o instrumentos ha utilizado el Tribunal para lograrlo.

Palabras claves: derecho indígena - ejecución de sentencias - propiedad colectiva

American Court of Human Rights and indigenous territorial right. Impact study of judgments

Abstract: *for more than ten years, the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, bodies that make up the Inter-American System for the Protection of Human Rights have been developing a rich and innovative jurisprudence on the right to Indian collectively owned, even in the face of the lack of a conventional instrument in the region that expressly protect that right. This paper does not attempt to systematize or reproduce the above jurisprudential advances, but rather stand on the procedural stage of compliance with the judgments of the Court and try to realize the extent to which their decisions were effectively enforced and that strategies or instruments used the Court to do so.*

Keywords: *indigenous law - enforcement of judgments - collective ownership*

I. Introducción. Metodología

Quiero comenzar estas líneas poniendo en el centro de la escena un punto crucial en materia de derechos humanos. Durante los últimos años las discusiones en torno a los derechos se han basado en temas de suma importancia, como la amplitud con la que constituciones y jueces reconocen los derechos, la justiciabilidad de estos últimos o la legitimidad de actuación de los órganos internacionales de protección de derechos. Sin perjuicio de que no se trata de discusiones totalmente terminadas, pienso que hay que empezar a poner el ojo en otro lado. Hay que comenzar a preguntarse sobre el impacto real de todo este conjunto de normas, interpretaciones y sistemas de protección,

(*) Prof. Adscripto a la Cátedra I Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

es decir, si en definitiva esto ha transformado la vida de los pueblos, si contribuye al cambio social o si por el contrario poco de ello sucede y lo que hemos discutido a lo largo de estos años no se traduce en el disfrute de mayores derechos y libertades, especialmente de aquellos grupos históricamente desplazados.

Siguiendo los interrogantes planteados en este trabajo intentaré dar cuenta del impacto real de las decisiones que ha producido el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en adelante SIDH) en materia del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, en especial, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte), que frente a la resistencia o mera incomprensión de la justicia doméstica de los países americanos, tuvo la virtud de construir jurisprudencia en la materia. Observaré si los nóveles avances se traducen en la vida concreta, pues como ha afirmado lúcidamente César Rodríguez Garavito (2012: 12):

“Son estos artefactos jurídicos —la sucesión de los tiempos procesales, la arquitectura de las leyes y los fallos, la afirmación de la igualdad entre las partes en litigio— los que generan la ilusión de orden y nos hacen olvidar, por un instante, que estamos en el corazón del caos”.

Sin duda se trata de una pregunta incómoda pero que no puedo eludir, pues en todo caso es la que da sentido a lo realizado.

La primera parte del trabajo, de brevísimos contornos, la dedicaré a repasar a los procesos y rupturas del derecho indígena en América, solo a los efectos de situarnos en la actualidad. En la segunda parte explicaré qué se entiende por impactos de sentencias según los actuales avances metodológicos en este campo, cuál será el campo de medición y qué mecanismo específico utilizaré para ello. Por último, desarrollaré el impacto real de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por razones de espacio excluyo del análisis las recomendaciones y soluciones amistosas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH).

II. Abordaje del derecho indígena

José Carlos Mariategui postulaba que “la actual sociedad peruana tiene el pecado original de la conquista. El pecado de haber nacido y haberse formado sin el indio y contra el indio” (1986: 83). Nada refleja mejor que esta frase la doble relación que mantuvo el constitucionalismo liberal con los pueblos indígenas. En efecto, este primer ciclo u oleada constitucional en América, como gustan llamar los estudiosos del tema, estuvo caracterizada por una doble forma de negación de “lo indígena”, oscilante entre el monismo jurídico-político y el asimilacionismo cultural. Fiel exponente de este modelo es la Constitución Argentina de 1853, que mientras ocultaba las realidades indígenas, entre ellas la organización política indígena y la forma de propiedad comunal, mecanismo profundizado por el viejo Código de Vélez Sarsfield, formalizaba la conversión religiosa a través del viejo artículo 69 inc. 15 (1). En sentido similar iría el artículo 24 y sig. del Acta Constitucional de Nueva Granada de 1811 o el artículo 90 de la Constitución de Perú de 1823. Más aún, en el caso de la carta constitucional argentina, mientras abría sus puertas para los hombres que quieran habitar el suelo argentino, desplazaba de ese suelo a sus habitantes originarios.

Vale decir, se trató de una suerte de cosmopolitismo global que despreció la “diferencia interior” (Bhabha, 2013: 95), un mecanismo congruente presente en la mente de los padres fundadores, europeizar la sociedad argentina a la vez que se apropiaban de las tierras. En definitiva, fue una oleada de procesos constituyentes (y deconstituyentes) nacidas al calor de los procesos independentistas,

(1) Quiero dejar en claro, en sintonía con lo que hizo Mariategui, que el problema asimilacionista de índole “cultural”, queda en un segundo plano frente al primero ya que éste integra el gran drama socio económico, el derecho a la tierra. En este sentido Mariategui afirmaba que “No nos contentamos con reivindicar el derecho del indio a la educación, a la cultura, al progreso, al amor y al cielo. Comenzamos por reivindicar, categóricamente, su derecho a la tierra” (1984: 50).

pero que lejos de ser democráticos, fueron excluyentes (Pisarello, 2014), en sentido procesal y sustancial, es decir, desde su forma de producción hasta los resultados de esos procesos.

A estos procesos constituyentes fundacionales le siguió en la región un ciclo de ruptura y renovación, el advenimiento del constitucionalismo social signado por cambios en materia economía y en la composición social en países como Argentina así como por las revoluciones de comienzo de siglo XX, en especial levantamientos de obreros, indígenas y campesinos y el hito que significó la Constitución de Querétaro en 1917 (Gargarella, 2015). Este segundo período constitucional, que en materia indígena fue llamado *indigenismo integracionista* (Irigoyen Fajardo, 2011), y que tuvo como piedra basal la Convención de Patzcuaro aprobada en 1940, en rigor de verdad no fue uniforme en cuanto al tratamiento de la cuestión.

Por una parte, la ya mencionada Constitución mexicana que abrió el camino del constitucionalismo social en la región, en una de sus tres cláusulas sociales, el extensísimo artículo 27 reconoció los derechos territoriales al establecer que:

“los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les haya restituido o restituyeren”.

En un sentido similar la Constitución peruana de 1923 en sus artículos 207, 208 y 209 reconoció el derecho de las comunidades indígenas a la existencia legal y personería jurídica y a “la integridad de la propiedad de las comunidades” a su imprescriptibilidad e inalienabilidad.

Por otro lado, algunas cartas constitucionales como la del Perú de 1920 en su artículo 58 o la de Ecuador de 1929 en el artículo 167 se limitaron a extender los beneficios de la “cuestión social” a la raza indígena, y en algunos casos como la Constitución guatemalteca de 1945, el reconocimiento de los “usos y costumbres” indígenas. También es posible encontrar en este disímil ciclo constitucional, rasgos asimilacionistas propios del constitucionalismo liberal. Un buen ejemplo de ello es la Constitución venezolana de 1924 que en su artículo 80 disponía que “(...) el Gobierno podrá contratar la venida de misioneros que se establecerá precisamente en los puntos de ‘la República’ donde hay indígenas que civilizar”. Es oportuno señalar que por estos años comienzan a organizarse los primeros congresos indígenas (Mariategui, 1928), lo que hizo posible llevar las reivindicaciones regionales a niveles nacionales e ir perfilando un auténtico movimiento indígena.

Finalmente, la anhelada oleada constitucional de pleno reconocimiento de los derechos indígenas, caracterizada por la consagración de una serie de derechos diferenciales, inició su trayectoria con la Constitución guatemalteca de 1985 y se dividiría a su vez en dos grandes bloques: el primero denominado constitucionalismo pluricultural, acompañado por el avance internacionalista que significó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; y el segundo, llamado constitucionalismo plurinacional, de la mano de las Constituciones de Bolivia y Ecuador, y en paralelo el hito que significó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP).

En este nuevo contexto, se inscribe el arribo de la cuestión indígena al SIDH y el avance de la jurisprudencia de la CIDH y la Corte.

III. Estudio de impacto de sentencias en materia de derechos humanos

Durante los últimos años aparecieron en la literatura jurídica estudios sobre el impacto de las sentencias judiciales en materia de derechos humanos, tanto en casos individuales, como en litigios de corte estructural. Los mencionados estudios de casos parten de diversos enfoques y adoptan diferentes tipologías para determinar el impacto real de las decisiones judiciales. En la región César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco han dado cuenta de estas diferentes posturas.

De un lado los neorrealistas quienes enfocan sus estudios de casos en los efectos directos de una decisión judicial, es decir aquellos que provocan un cambio real en la situación de las partes involucradas en un litigio. Por el otro los constructivistas, quienes entienden que las sentencias judiciales provocan otro tipo de efectos que merecen ser considerados y estudiados y que exceden a las partes del juicio. Por ejemplo, el desencadenamiento de reformas legales o el uso del precedente por otros litigantes en casos análogos (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015).

Por otro lado, hay coincidencia en identificar tres niveles o bloques de contenido de una decisión judicial, no así en lo que cada nivel debe contener. En un primer nivel, el más tradicional, se halla el reconocimiento del derecho que hace un juez o tribunal en una sentencia, el cual también reconoce diferentes niveles. El segundo bloque está orientado ya al mandamiento judicial, es decir lo que el juez ordena para proteger (de manera preventiva o reparatoria) un derecho. A su vez de dentro de este se encuentran sub niveles. De más débil a más fuerte, una orden judicial ambigua e imprecisa sin directivas concretas a una serie de medidas encaminadas a implementar la sentencia reconociendo en último nivel la construcción de una política pública por parte del juez. En el medio, el constitucionalismo dialógico postula y reivindica soluciones judiciales basadas en el diálogo como mecanismo para superar las dificultades democráticas que suponen una intervención judicial robusta y por otro, la intuición de que constituyen mecanismos más eficaces a la hora de la implementación.

Por último, lo que constituye el punto central de este trabajo, los mecanismos judiciales de seguimiento a los efectos de verificar el cumplimiento de la decisión. Como en los otros niveles aquí también aparecen sub niveles. En el extremo débil, un sistema donde el tribunal que tomó la decisión se desliga y no pone en cabeza de nadie su cumplimiento a los casos donde se delega en alguien o se asume la potestad de seguimiento. Aquí también, se pueden encontrar experiencias vinculadas al constitucionalismo dialógico, sobre todo en las audiencias de rendición de cuentas.

Concretamente, en referencia al proceso ante la Corte IDH, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o la Convención) no prevé un procedimiento de supervisión de sentencias, sino que ello se encuentra regulado en el reglamento de la Corte. En su artículo 69 se establece un sistema de supervisión a través de la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. Asimismo, señala que: “la Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes”. Por otra parte, estipula que cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión. Un punto a tener en cuenta es que debido a la complejidad del sistema de reparaciones que ha diseñado la Corte en su jurisprudencia, el sistema de seguimiento requiere de la supervisión de varias medidas dispuestas en las sentencias de fondo, para lo que se vale del pedido de información, la realización de audiencias y el dictado de sentencias de seguimiento hasta lograr su cumplimiento integro.

El campo de supervisión del presente trabajo recae sobre las decisiones de la Corte en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas. En este análisis me enfocaré en estudiar solo los efectos directos de seis sentencias emitidas por el Tribunal, con situaciones variables; en algunos casos se trata de comunidades con posesión histórica de los territorios con o sin reconocimiento del Estado y en otros casos existe una desposesión o desplazamiento territorial. El estudio de los efectos directos de las sentencias de la Corte lo realizaré a través del análisis de las resoluciones de seguimiento de sentencias que hace el propio Tribunal en cada caso.

IV. El impacto de las sentencias sobre los derechos territoriales

El lunes 19 de octubre de 2015, en el marco de la audiencia pública denominada “Situación de derechos humanos de defensores y defensoras del medio ambiente en el contexto de las industrias

extractivas en América” perteneciente al 156 período de sesiones de la CIDH, Raquel Irigoyen Fajardo dio cuenta de la existencia de un tercer ciclo histórico de invasiones territoriales: la presencia de corporaciones transnacionales en territorios de pueblos indígenas para la extracción de recursos naturales. Contra esta situación los pueblos indígenas, que venían organizándose, comenzaron a ir a los foros internacionales y desembarcaron en el Sistema Interamericano a partir de la traducción de los reclamos indígenas en un lenguaje de derechos, los derechos humanos, de naturaleza occidentales y ajenos a estos (Benedetti, 2011) y utilizaron a la CIDH y la Corte IDH como una suerte de muro de contención contra este fenómeno. Sobre esto último, es destacable la labor interpretativa de la CIDH y la Corte IDH que permitió leer el derecho *al uso y goce de los bienes* reconocido en el artículo 21 de la CADH en términos de propiedad colectiva indígena y construir jurisprudencia a partir de esto (Benedetti, 2011). Ese valor interpretativo se acrecenta en la medida de que se trató de una interpretación participante (Benedetti, 2011) a través de la incorporación el los procesos de la cosmovisión de los pueblos indígenas, en el marco de las audiencias realizadas.

A partir de lo dicho, a continuación presentaré los diferentes casos resueltos en el SIDH, los mandamientos y el grado de implementación a la fecha.

IV.1. El caso “Mayagna”; una primera sentencia de derechos territoriales

En el año 2001 la Corte resolvió el caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, recordado por ser el primero en la materia, inaugurando la interpretación evolutiva del artículo 21 de la CADH y destacado por el voto razonado conjunto que caracterizó a la propiedad comunal en su dimensión intertemporal, desde la cosmovisión de la propia comunidad.

En el caso, las víctimas reclamaban delimitación y titulación de las tierras por lo que la Corte condenó al Estado de Nicaragua a la adopción de tres puntos indispensables para tutelar el derecho a la propiedad de la comunidad, estos son:

- Adoptar en su derecho interno, las medidas legislativas y administrativas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas.
- Delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna estableciendo para ello un plazo máximo de 15 meses, con la plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad.
- Abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe la delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, terceros que actúen con su aquiescencia o tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

El cumplimiento de lo ordenado fue verificado por la Corte a través del dictado de tres sentencias. En base a los informes presentados por el Estado durante los años 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 y las observaciones a los mismos, realizadas por los representantes de las víctimas y la Comisión IDH, a más de 7 años de la decisión de fondo, el Tribunal emitió una primera sentencia de cumplimiento en el año 2008. En ella se dispuso que debido a la insuficiencia de la información aportada por el Estado era conveniente la realización de una audiencia, que fue realizada el 3 de mayo de 2008 y de la que surgió el “Acta de acuerdos entre las Representaciones Legales del Estado y la Comunidad de Awas Tingni”, suscripta por las víctimas y sus representantes, el Estado y la Comisión Interamericana. En virtud de esto el 7 de mayo de 2008 se dictó una nueva sentencia de cumplimiento.

En relación al primer punto, la adopción de medidas legislativas, la Corte lo tuvo por cumplido en la mencionada decisión. Allí considero que el Estado nicaragüense dio cumplimiento en el año 2003 a través de la aprobación de la ley N° 445, nominada *Ley del Régimen de la Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de la Costa Atlántica y de los ríos Coco, Bocay, Indio y Maíz*. La misma establece el procedimiento para avanzar en la demarcación y titulación de tierras de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de la Costa Atlántica y de los ríos Coco, Bocay, Indio y Maíz (presentación de solicitud demarcatoria, solución de conflictos, medición de tierra y amojonamiento, titulación y saneamiento) así como los órganos estatales intervinientes. Sobre esto es interesante destacar, que el Estado y los representantes de los miembros de la Comunidad crearon el 16 de abril de 2002 una comisión conjunta, denominada “comisión II”, a fin de dar seguimiento al cumplimiento por parte del Estado de dicho punto resolutivo, lo que demuestra que la sentencia de fondo permitió abrir en poco tiempo una agenda conjunta entre las partes.

En cuanto al segundo y tercer punto, la delimitación, demarcación y titulación de tierras de la Comunidad Mayagna, así como el deber de abstención, la Corte verificó que no se había cumplido hasta la fecha a pesar de la celebración de diversas reuniones, debido a una serie de conflictos limítrofes con otras comunidades, que finalmente fue zanjado en el año 2007. A pesar de esto, el Estado se comprometió a dar cumplimiento a este punto a través de la mencionada “Acta de acuerdos”. Finalmente, en sentencia del 3 de abril de 2009, el Tribunal constato la delimitación, demarcación y titulación de tierras y la entrega del título de propiedad por 73,394 hectáreas en una ceremonia que tuvo lugar el día 14 de diciembre de 2008. De esta manera, se tuvo por cumplidos íntegramente, los puntos ordenados en la sentencia de fondo.

IV. 2. Dos casos de pueblos tribales contra Surinam

El optimismo que aflora por el cumplimiento íntegro del *leading case* es rápidamente contrarrestado al analizar el seguimiento de dos sentencias en materia de comunidades afrodescendientes. En efecto, el Tribunal interamericano no solo ha tenido oportunidad de pronunciarse en materia de pueblos indígenas sino, que también ha podido sumar a su jurisprudencia, la protección de pueblos tribales, en especial la situación de comunidades afrodescendientes de Surinam (2). Sin perjuicio de ello, cabe adelantar a los efectos de no sumar falsas expectativas, que las decisiones de la Corte en estos casos, en buena medida no han sido cumplidas.

El primero de ellos, el caso de la “Comunidad Moiwana *vs.* Surinam” resuelto por la Corte en el año 2005, versó sobre la matanza y desplazamiento forzado de miembros de la aldea Moiwana, acaecida el 29 de noviembre de 1986, en el marco de una operación militar llevada adelante por el ejército Nacional. Desde su huida, la aldea de Moiwana y sus tierras tradicionales circundantes quedaron abandonadas y los miembros de la comunidad no han podido volver porque creen que hasta tanto no obtengan justicia por los hechos del 29 de noviembre de 1986, no será posible aplacar a los espíritus enfurecidos de sus familiares y purificar su tierra tradicional y dejar de temer que se hostilice a su comunidad. Al igual que en la mayoría de los Estados americanos la investigación y juzgamiento fue obstaculizada por una ley de amnistía dictada en el año 1992. Con respecto al primer caso que tuvo que resolver la Corte, el de la comunidad Moiwana tuvo dos diferencias sustanciales. En primer lugar se trató de los derechos de un pueblo tribal, la comunidad N’djuka, también protegida por el Convenio 169 de la OIT. En segundo lugar aquí si hubo una pérdida de la posesión del territorio y no alcanzando para ello la devolución sino que también era necesario la investigación y juzgamiento de los responsables. En orden a las reparaciones, la Corte dispuso las siguientes medidas:

- En primer lugar reiteró su jurisprudencia en orden a considerar que las leyes de amnistía o la prescripción no pueden ser obstáculos que impidan la investigación y juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos y ordenó al Estado identificar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos ocurridos en 1986. A diferencia de otros casos donde el Tribunal ha

(2) Se trata de grupos descendientes de esclavos africanos llevados a la fuerza a Surinam durante el siglo XVII.

ordenado esta medida de reparación en orden a garantizar el derecho a la verdad así como el derecho a la protección judicial, en el presente tiene aristas diferentes al vincularse, además de los derechos aludidos, al derecho de propiedad colectiva ya que este resulta un paso indispensable para que los miembros del clan puedan volver a ocupar su territorio.

- En segundo lugar ordenó al Estado adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad Moiwana su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de estos territorios. Asimismo ordenó que las mismas deberían incluir la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales.

- También se dispuso que el Estado debe garantizar la seguridad de los miembros de la comunidad Moiwana que decidan regresar a la aldea de Moiwana.

- Por último, como novedad se ordenó la implementación de un fondo de desarrollo comunitario por el monto un millón doscientos mil dólares destinado a programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad y un comité de implementación.

Hasta la fecha la Corte ha dictado tres sentencias de supervisión del cumplimiento (2007, 2009 y 2010) con resultados negativos en cuanto a los puntos que nos interesan. Es decir, al tiempo de la última resolución judicial, el Estado no cumplió con la obligación de llevar adelante una investigación de los crímenes perpetrados, ni ha recuperado los restos de los miembros asesinados, ni ha adoptado medidas tendientes a garantizar los derechos territoriales de la Comunidad Moiwana, solo ha cumplido parcialmente con la creación de un fondo de desarrollo comunitario. También es un dato relevante que la Corte ordenó a Surinam a presentar en el año 2011 un informe de avances, sin que se sepa al momento el estado actual del tema.

En el año 2008 la Corte volvió a resolver un caso de pueblos tribales, nuevamente sobre las comunidades afrodescendientes que habitan en Surinam, el caso del Pueblo Saramaka. El presente tiene particularidades propias que lo diferencian del anterior ya que no hubo pérdida del territorio sino, violación a los derechos territoriales y a la consulta previa, por el otorgamiento de concesiones a empresas forestales y mineras así como también, por un cuerpo normativo que no protege acabadamente el derecho a la propiedad colectiva. Así también como novedad se destaca el marco jurídico utilizado por la Corte al interpretar el artículo 21 de la CADH a la luz del derecho a la autodeterminación de los pueblos reconocido en el artículos 1 en común al Pacto DESC y al PDCP, de la protección de las minorías reconocido en el artículo 27 del PIDCP y del artículo 32 de la —en ese entonces muy recientemente aprobada— UNDRIP. Otro punto de especial relevancia tuvo que ver con una apreciación que hace la Corte, citando al Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, sobre la necesidad de consentimiento, previo, libre e informado por lo menos cuando se esta ante grandes proyectos de desarrollo. En cuanto a las reparaciones, el Tribunal ordenó al Estado a:

- Delimitar, demarcar y otorgar título colectivo y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, y a abstenerse de afectar los derechos territoriales hasta que no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo.

- En relación a las concesiones otorgadas el Estado debía revisar y evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka.

- Eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka.

- Adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de: a) reconocer, proteger y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos a los territorios que tradicionalmente han ocupado y utilizado, y b) reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se lleven a cabo.
- El Estado debe asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previas al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka.

Hasta la fecha se dictaron tres sentencias de seguimiento (2010, 2011 y 2013) de las que se desprende el incumplimiento íntegro de los puntos señalados por parte del Estado de Surinam. En definitiva, en ninguno de los dos casos el Estado de Surinam dio cumplimiento a los puntos de las sentencias vinculados a restituir y/o proteger los derechos al territorio de las comunidades involucradas.

IV. 3. La situación de los pueblos indígenas en Paraguay. Tres casos contextualizadores

La Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en tres ocasiones en relación a la situación que atraviesan las comunidades indígenas que habitan el gran Chaco paraguayo, siendo el primero de ellos el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa en el año 2005, el segundo el caso de la Comunidad Sawhoymaxa en 2006 y el último, el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek en 2010.

Los tres casos se desarrollaron en el marco de una campaña de reivindicación de tierras ancestrales iniciada a inicios de la década del noventa. A finales del siglo XIX las comunidades indígenas del Chaco Paraguayo sufrieron la pérdida de grandes extensiones de tierra por la venta de las mismas a empresas británicas. Como consecuencia de esto se establecieron en la zona, estancias donde fueron empleados los indígenas, también misiones de la iglesia anglicana que se instalaban con la perspectiva de convertir a las comunidades. Desde hace unos veinte años parte de estas comunidades se encuentran en asentamientos ubicados al costado de una ruta, en una situación de emergencia humanitaria reconocida por el propio Estado, al extremo de declarar el estado de emergencia por medio del decreto presidencial N° 3789. En el caso de la comunidad Xákmok Kásek, en el año 2008 se trasladaron y asentaron en un territorio de 1.500 hectáreas cedidas por las comunidades Angaité.

Estos precedentes, en los que las comunidades buscaron la recuperación de sus territorios, presentan un punto destacado en la confrontación de dos visiones del derecho de propiedad. El individual, clásicamente protegido por el constitucionalismo y defendido por las estancias de la zona que rechazaron las ofertas del gobierno paraguayo para comprar parte de sus tierras y se opusieron a todo intento expropiatorio, y el colectivo defendido por las comunidades, por lo que la Corte debió proceder a ponderar los derechos en juego y buscar una solución alternativa a la eventual imposibilidad de restitución de las tierras.

En el caso “Yakye Axa” la Corte ordenó al Estado identificar el territorio tradicional de los miembros de la Comunidad y entregárselos de manera gratuita, estableciendo un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la sentencia. Sin embargo, otorgó un margen de apreciación para que el Estado valore la procedencia de un procedimiento expropiatorio de las tierras en manos privadas bajo la doctrina del “test tripartito o escrutinio de proporcionalidad” y en caso

de que no fuera posible, ordenó al Estado la entrega de tierras alternativas, elegidas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres y disponiendo que en uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad.

Por otro lado ordenó la creación de un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras a entregarse a los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa, en un plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia, y por último dispuso que el Estado deberá adoptar en su derecho interno, en un plazo razonable, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para garantizar el efectivo goce del derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas. Lo dicho hasta aquí en materia de reparaciones le cabe también al caso de la Comunidad Sawhoyamaxa. En la sentencia de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek, ordeno además la titulación de las tierras cedidas por la comunidad Angaité, sin perjuicio del deber de restituir el territorio tradicional. Por los vínculos existentes, en lo siguiente se analiza el cumplimiento de los tres casos en conjunto.

Respecto del caso “Yakye Axa” hasta la fecha la Corte ha dictado dos sentencias de supervisión de cumplimiento; una en 2007 y otra en 2008. Frente a los escasos avances y la poca información aportada por el Estado, tras la primera supervisión la Corte decidió celebrar una audiencia el 4 de febrero del 2008 e inmediatamente después dictó una nueva resolución judicial. En ella expuso el incumplimiento de lo resuelto, sobre todo en relación a los puntos más sensibles, la entrega de los territorios y la creación de un fondo para adquirirlos. Los escasos avances se vinculan a una resolución del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI), del año 2007, por la que se resolvió solicitar la expropiación de dos inmuebles, sin que dicha iniciativa prosperara, y por otra resolución del mismo organismo dictada en el año 2006, por la que se creó el mencionado fondo y se destinó la suma de 600.000.000 Guaraníes del Presupuesto del ejercicio del año 2006 para la apertura de una Cuenta en el Banco Central del Paraguay y además, presupuestar la suma de 10.000.000.000 Guaraníes en el ejercicio de 2007 para incrementar el indicado fondo. Sin embargo, los representantes indicaron que se dirigieron al Banco Central del Paraguay y al INDI y confirmaron la inexistencia de una cuenta destinada a los fondos para la adquisición de las tierras.

En relación al caso “Sawhoyamaxa” dictó cuatro sentencias de seguimiento; dos durante el año 2007, una durante el 2008 y una en el año 2009. Al igual que el anterior, frente a los nulos avances el Tribunal dispuso la realización de una audiencia el 4 de febrero del 2008 y posteriormente dictó una nueva resolución judicial en la que se puso de manifiesto la falta de avances concretos. En este sentido la Corte requirió al Estado que adopte las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo resuelto y le ordenó la presentación de un informe de avances, a más tardar en un plazo de tres meses. Posteriormente, en mayo de 2008 y en 2009 la República del Paraguay informó sobre el avance en el cumplimiento de la Sentencia. En el último informe, remitió copia del decreto N° 1.595 del 26 de febrero de 2009 en vinculación a la Creación e Integración de la Comisión Interinstitucional responsable de la ejecución de las acciones necesarias para el cumplimiento de las Sentencias Internacionales (CICSI) dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En cuanto a la entrega de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, el Estado informó y probó que el 30 de abril de 2008 se procedió al depósito de cuatrocientos millones de guaraníes en un fondo abierto a favor de la Comunidad para la adquisición de sus tierras tradicionales. Sin embargo hasta el momento no se había comprobado la realización de ninguna acción tendiente a acercarse al actual detentador de la titularidad de las tierras para iniciar alguna negociación. Nuevamente, la Corte dispuso la realización de una audiencia a realizarse en julio de 2009, para recibir información sobre avances.

Finalmente, la Corte convocó a una nueva audiencia privada de supervisión de cumplimiento de sentencia, pero esta vez de manera conjunta para las tres sentencias de fondo contra Paraguay, los

casos de las Comunidades Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Yákmok Kásek, la que fue celebrada el 21 de mayo de 2014. Poco más de un año después, el 24 de junio de 2015 la Corte dictó una nueva sentencia en la que se realizó un control de cumplimiento en relación a los tres casos. Esta supervisión conjunta se debe a que en las sentencias de los tres casos la Corte ordenó reparaciones relativas a la identificación, entrega y titulación de las tierras tradicionales reclamadas por esas comunidades, y, en dos de ellas, la creación de un fondo para la adquisición de las tierras. Veamos cuales fueron los avances.

En el caso de la comunidad indígena Yakye Axa el Estado debía identificar el territorio tradicional de los miembros de la comunidad y entregárselos de manera gratuita, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la sentencia y analizar la posibilidad de un procedimiento expropiatorio y si esto no fuera posible, la entrega de tierras alternativas, elegidas de modo consensuado con la Comunidad. Frente al fracaso en el Congreso Nacional de las iniciativas expropiatorias presentadas por el Poder Ejecutivo, la alternativa posible fue la compra de otras tierras, las cuales fueron verificadas previamente por los líderes de la comunidad.

Los representantes prestaron conformidad aceptando tierras alternativas ofrecidas por el Estado estableciendo como requisito para ello, la construcción de un camino de acceso a las tierras. Las mismas se ubican en lugares de difícil acceso y por tanto es indispensable una ruta que lo comuniquen con las localidades cercanas. En razón de esto, el Estado debió promover acciones judiciales ya que no todos los propietarios de las tierras por las cuales atravesaría el camino de acceso de la comunidad estuvieron de acuerdo en permitir el paso del mismo. Por lo tanto, todavía no se ha dado cumplimiento íntegro a la obligación de entregar tierras aun cuando existen avances considerables.

En relación a la creación de fondos para la adquisición de tierras, se tuvo por acreditado la apertura de una cuenta pero el Estado no informó con claridad si se trataba de fondos destinados a cumplir con la sentencia de Yakye Axa o Sawhoyamaxa. Así también, de manera lamentable el Estado informó de una reprogramación presupuestaria de dichos fondos por presuntos casos de corrupción, en los que funcionarios paraguayos sustrajeron ilegalmente parte de los fondos, por lo que dicha medida no pudo darse por cumplida.

En el caso de la Comunidad Sawhoyamaxa pesaba sobre el Estado similar obligación que la arriba expuesta, pero a diferencia de “Yakye Axa”, se adquirieron las tierras tradicionales. El 21 de mayo de 2014, mismo día en que se realizó la audiencia ante la Corte, el Estado Paraguayo aprobó una ley de expropiación por la cual se adquirió las tierras tradicionales correspondientes a la comunidad Sawhoyamaxa, sin perjuicio de que parte de la comunidad ya ocupaba desde hace algún tiempo las tierras. Frente a esta ley, propietarios privados iniciaron una acción de inconstitucionalidad que fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia de Paraguay. Se trata de tierras ubicadas en el km 370 de la ruta Coronel Rafael Franco, que va de Concepción a Pozo Colorado, y que se encuentra dividida por la ruta, más de 11.000 hectáreas de un lado y aproximadamente 3.000 del otro. Sin embargo, todavía queda pendiente la entrega formal de las tierras a través de la expedición del título de propiedad.

En el caso Comunidad Xákmok Kásek el Estado debía identificar y devolver 10.700 hectáreas de territorio tradicional de la Comunidad o entregar tierras alternativas si existieren motivos fundados, y titular las 1.500 hectáreas denominadas “25 de Febrero”.

Asimismo, estableció un plazo de tres años a partir de la notificación de la Sentencia para la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad, pero realizó una innovación con respecto a los dos casos anteriores, ya que además, la Corte determinó que si el plazo de tres años fijado o una prórroga otorgada venciera o fuera denegada por el Tribunal, sin que el Estado haya entregado las tierras tradicionales, o en su caso las tierras alternativas, deberá pagar a los líderes de la Comunidad, en representación de sus miembros, una cantidad de diez mil dólares por cada

mes de retraso. Es evidente que esta suerte de multa procesal deviene de la propia experiencia de la Corte ya que en los dos casos anteriores el Estado incumplió con el plazo de tres años establecido.

En este caso, se trata de 10.700 hectáreas; 3.000 hectáreas que pertenecen a una sociedad anónima y 7.700 a favor de otra. Con respecto a la primera quedó acreditado que no hubo avance en las negociaciones a fin de adquirirlas. En relación a las otras 7.700 hectáreas, se constató que recién a partir del año 2013 Paraguay entabló negociaciones con la empresa propietaria. Sin embargo, el Estado no aportó documentación que diera cuenta de los avances para la adquisición de las tierras referidas por lo que la Corte no tuvo por cumplido con su obligación de devolver a los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek las 10.700 hectáreas reclamadas por ésta. Tampoco el Estado aportó información sobre la titulación del territorio denominado 25 de Febrero. En razón del incumplimiento la Corte efectivamente aplicó la sanción pecuniaria y condenó a Paraguay al pago de 90 mil dólares por los nueve meses de retraso que llevaba desde el vencimiento de la prórroga otorgada.

V. Conclusión

De lo analizado es posible realizar algunas apreciaciones. Como se sabe, la Corte Interamericana está facultada por la Convención Americana a dictar sentencias y establecer reparaciones a las violaciones de derechos humanos, pero carece de una policía interamericana para hacer cumplir sus sentencias. Pero lo señalado no es muy diferente de lo que sucede en los procesos internos frente a los Estados, donde las sentencias judiciales muchas veces son de muy difícil concreción. Y al igual que los jueces y litigantes domésticos, la Corte ha ido perfilando una actuación tendiente a lograr efectividad en sus resoluciones.

En este punto las notas dialógicas del proceso interamericano cobran especial relevancia. En primer lugar, la voz de las víctimas durante el proceso de conocimiento y en la posterior etapa de ejecución así como también la recepción de "Amicus Curiae" dotan de legitimidad democrática a lo que es percibido como foráneo. Pero por sobre todo, el sistema de seguimiento del cumplimiento de la orden jurisdiccional a través de pedidos de información con plazos para su presentación y la posibilidad de contraponerlo con observaciones de las víctimas y la Comisión o el establecimiento de audiencias son eficaces mecanismos de presión para los Estados, en especial, estas últimas por ser instancias orales exponen a los representantes estatales frente a la rendición de cuentas. También las innovaciones mencionadas, como las multas procesales constituyen hoy puntos a explorar.

En lo que respecta a la efectividad del sistema, vale decir que frente a la complejidad de las órdenes que emanan del Tribunal, si bien no existe un cumplimiento integral ni absoluto, el proceso ante la Corte es disparador de acciones estatales de diversa índole, en casos administrativas, legislativas o judiciales, y que también a partir de allí facilitan el establecimiento de canales de diálogo extrajudiciales entre las partes. Esto último permite pensar a la instancia interamericana como una instancia de apertura al diálogo, que muchas veces es negado al interior de los Estados. En definitiva, repasando el estado de cosas, puede concluirse que recurrir al SIDH es una buena alternativa para promover cambios teniendo en cuenta que la primera sentencia de la Corte en materia de derechos al territorio indígena fue cumplida íntegramente, luego las dos iniciativas frente a Surinam en los que no hubo avances o bien no se cuenta con información más actualizada y tres resoluciones contra Paraguay en las que si bien no hubo un cumplimiento integral, sí hay muestras de algún grado de voluntad para cumplir, lo que queda demostrado con la aprobación de leyes de expropiación, la apertura de fondos y la compra de tierras.

VI. Bibliografía

BENEDETTI, Miguel A. (2011). "Derechos de los pueblos indígenas después de su constitucionalización en Argentina: notas para su específica caracterización y exigibilidad", en: *Jornadas Patagó-*

nicas de Derecho Indígena. (1º Encuentro de Abogados de AADI de la Región Patagónica, Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut. Conferencia brindada el 7 de octubre). Comodoro Rivadavia. Entrevista inédita.

BHABHA, Homi K. (2013). “La relocalización de la cultura; notas sobre cosmopolitismos vernáculos”, en: *Nuevas minorías, nuevos derechos; notas sobre cosmopolitismos vernáculos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, pp. 89-108.

GARGARELLA, Roberto (2014). *La sala de máquinas de la Constitución; dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en: (coord.) César Rodríguez Garavito. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

MARIATEGUI, J. C. (1986). “El Hecho Económico en la Historia Peruana”, en: *Peruanicemos al Perú*. 11º ed. Lima: Biblioteca Amauta, pp. 79-83.

— (1984). “El problema de la tierra” en: *7 ensayos de interpretación de la realidad Peruana*. Lima: Biblioteca Amauta.

PISARELLO, Gerardo (2014). *Procesos constituyentes; caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar (2012). “Etnicidad.Gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados”, en: *Colección De justicia*. Bogotá: Antropos.

Jurisprudencia

Corte IDH. “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” - 2001- (Fondo, reparaciones y costas).

Corte IDH. “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” -2008- (1º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” -2008- (2º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” -2009- (3º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Moiwana vs. Suriname” -2005- (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Corte IDH. “Comunidad Moiwana vs. Suriname” -2010- (1º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Moiwana vs. Suriname” -2010- (2º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Moiwana vs. Suriname” -2010- (3º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Saramaka *vs.* Suriname” -2007- (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Corte IDH. “Comunidad Saramaka *vs.* Suriname” -2010- (1º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Saramaka *vs.* Suriname” -2011- (2º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Saramaka *vs.* Suriname” -2013- (3º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay” -2005- (Fondo, reparaciones y costas).

Corte IDH. “Comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay” -2007- (1º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay” -2008- (2º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay” -2006- (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte IDH. “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay” -2007- (1º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay” -2007- (2º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay” -2008- (3º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay” -2009- (4º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay” -2010- (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte IDH. “Comunidad indígena Yakye Axa, Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay” -2015- (Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Fechas de recepción: 05-02-2016

Fecha de aceptación: 08-08-2016

Principio de mínima intervención, jurisdicción indígena y derechos humanos: el encarcelamiento como verdadera *ultima ratio*

POR LISANDRO OZAFRAIN (*)

Sumario: I. Introducción. — II. La pena como restricción violenta de derechos. — III. Derecho penal “oficial”: *ius puniendi*, poder punitivo y *ultima ratio*. — IV. Resolución de conflictos en los pueblos indígenas: primacía de la respuesta no violenta. Verdadera vigencia del principio de *ultima ratio*. — V. Recepción normativa del principio de *ultima ratio* en el derecho internacional de los derechos humanos. Referencias expresas en el Convenio 169 de la OIT y su lectura a la luz de la UNDRIP. — VI. Consecuencias de la vigencia del principio de *ultima ratio* y de su recepción expresa en el derecho internacional de los derechos humanos. Refuerzo del derecho a la autonomía de la jurisdicción indígena. — VII. Conclusiones. — VIII. Bibliografía.

Resumen: en el presente trabajo se propone una caracterización y comparación de los modos de gestión de la conflictividad en los denominados “Estados occidentales” —con predominio de respuesta punitiva, a través del derecho penal “oficial”— y en las comunidades indígenas —donde prima la respuesta no violenta—. A partir de la definición de uno de los principios “pilares” del derecho penal occidental —principio de *ultimo ratio* o de mínima intervención—, se procura, además, establecer cómo el principio en cuestión es asumido en la praxis de la gestión de conflictos en uno y otro sistema, y cuál ha sido su recepción normativa en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Finalmente, se establecen las consecuencias de este reconocimiento normativo.

Palabras claves: jurisdicción indígena - derechos humanos - derecho penal

Principle of “minimum intervention”, indigenous jurisdiction and human rights: imprisonment as true *ultima ratio*

Abstract: the aim of this paper is to provide a detail characterization and comparison of the ways social conflicts are dealt with in the so-called “Western States” —with an especial focus on the punitive sanction— and in indigenous communities —where non-violent measures prevail. We also seek to determine how one of the corner stones of criminal law —the principle of *ultima ratio* or “minimum intervention”— is put into practice when dealing with conflicts in the aforementioned systems, as well as what its regulatory impact has been within the International Law of Human Rights. Finally, the consequences of this regulatory recognition are set forth.

Keywords: indigenous jurisdiction - human rights - criminal law

(*) Prof. Adscripto a la docencia Cátedra Derecho Penal II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

I. Introducción

Los pueblos indígenas y sus miembros han tenido que luchar mucho para lograr el tímido reconocimiento de sus derechos del que hoy pueden dar cuenta. Aun cuando el estado de cosas actual diste mucho del ideal —esto es: el verdadero respeto al principio de igualdad en la diferencia, con todas las consecuencias que ello acarrea—, lo cierto es que atento al camino recorrido —salpicado de etnocidio, invisibilización e idearios asimilacionistas e integracionistas—, el hecho de que en la actualidad se pueda discutir jurídicamente, entre otras cosas, de Estados plurinacionales, de pluralismo jurídico y de derechos diferenciados jurídicamente exigibles debe ser tomado como un avance.

Los dos instrumentos más importantes que se encuentran vigentes al día de hoy en esta materia —el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (UNDRIP) de 2006— consagran, además de los derechos humanos reconocidos para todas las personas, un catálogo de derechos especiales tanto individuales como colectivos que les corresponden a los miembros de los pueblos indígenas por su estatus especial.

Ahora bien, si puede darse por cierto que la producción normativa en las últimas décadas ha empezado a tener en cuenta las particularidades de estos especiales sujetos de derechos, la aplicación práctica de esa normativa anda, lamentablemente, por un camino hartamente diferente.

En lo que sigue, nos concentraremos en el análisis de uno de los ámbitos en los que más ampliamente se percibe este déficit de implementación: el de la denominada “jurisdicción indígena”. Y, dentro de este, analizaremos en particular el modo en que los pueblos indígenas gestionan sus conflictos al interior de las comunidades.

En primer lugar, caracterizaremos sucintamente, los modos de gestión de la conflictividad en los denominados “Estados occidentales” —con predominio de respuesta punitiva, a través del derecho penal “oficial”— y en las comunidades indígenas —donde, adelantamos, prima la respuesta no violenta—.

A continuación, y a partir de la definición de uno de los principios “pilares” del derecho penal occidental —principio de *ultimo ratio* o de mínima intervención—, procuraremos ver cómo el principio en cuestión es asumido en la praxis de la gestión de conflictos en uno y otro sistema, y cuál ha sido su recepción normativa en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Finalmente, se tratarán de establecer las consecuencias de este reconocimiento normativo.

II. La pena como restricción violenta de derechos

De las múltiples respuestas que en carácter de sanción las organizaciones políticas han sabido proferir a los individuos a lo largo de la historia —muerte, mutilación, azotes, tacha de infamia, pérdida de derechos, expulsión, multa, trabajos forzados, entre muchas otras— al día de hoy la que decididamente predomina es la pena privativa de libertad.

No es este el espacio para ensayar una genealogía de las formas del poder punitivo, tampoco su crítica. Baste por ahora señalar que, con independencia de las muy acertadas reservas que pueden formularse a la prisión como modo de gestión de conflictos, la misma es concebida, al día de hoy como “tolerable”. Es que existiendo un catálogo de prácticas decidida y razonablemente condenadas por el orden jurídico internacional —como ser la tortura (1), los trabajos forzados (2), la pena

(1) La prohibición de tortura tiene hoy carácter de norma *ius cogens*. Ver, por ejemplo, el voto concurrente del Juez Cancado Trindade en el fallo “Maritza Urrutia c. Guatemala”, párrs. 6 y 8.

(2) Artículo 3.8.a. PIDCP, entre otros instrumentos.

de muerte (3)—, la pena privativa de libertad no participa de este carácter y, antes que prohibida, la misma está regulada —y hasta podríamos decir justificada— por instrumentos de carácter convencional (4).

Ahora bien, con independencia de la valoración que se pueda hacer de la misma, es necesario formular una primera caracterización de la pena privativa de libertad y, a este respecto, postularemos que ésta debe ser entendida como *restricción violenta de derechos*.

En efecto, la pena de prisión puede adoptar diversas formas y ejecutarse de maneras radicalmente diferentes, aún dentro de un mismo Estado. Pero por sobre esta diversidad de modalidades de ejecución, por sobre las características propias de cada establecimiento, por sobre los modos de empleo del tiempo que dura la pena, el carácter común e ineludible es que la pena de prisión implica, antes que nada, la privación no consentida de la libertad de movimiento del condenado.

Esto lo ha reconocido el propio Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 35, que establece que:

a. “la libertad personal se refiere a la **ausencia de confinamiento físico**” (párr. 3).

b. “la privación de libertad implica una **restricción de movimientos más estricta en un espacio más limitado que la mera interferencia con la libertad de circulación** a que se hace referencia en el artículo 12. Entre los ejemplos de privación de libertad se cuentan la detención en dependencias de la policía, el ‘arraigo’, la reclusión preventiva, la **prisión tras una condena**, el arresto domiciliario (...)” (párr. 5).

c. “la privación de la libertad personal se hace **sin el libre consentimiento**. No son objeto de privación de libertad las personas que acuden voluntariamente a una comisaría para participar en una investigación y que saben que pueden irse en cualquier momento” (párr. 6) —el destacado nos pertenece—.

Tal como se ve, en la propia consideración del Comité de Derechos Humanos se puede reconstruir el concepto de la pena de prisión como *una estricta restricción de movimientos en un espacio limitado que afecta la libertad personal (entendida, precisamente, como ausencia de confinamiento físico) y que se produce sin el libre consentimiento de la persona cuya libertad se restringe*.

La pena de prisión es, pues, una forma de restricción de derechos que, además, se califica de *violenta*. En efecto, dice con razón Binder que “lo que se encuentra en juego en el campo de la justicia penal es una específica forma de violencia física, que llamamos pena y que consiste, básicamente, en la reclusión en un sistema de interacción violenta que denominamos ‘cárcel’” (2013: 246). El confinamiento de individuos en instituciones carcelarias solo se logra a través del empleo de la fuerza. Para eso, entre otras cosas, se dota de armas a los funcionarios de las fuerzas de seguridad, a los miembros de las policías y de los servicios penitenciarios. Y aun cuando el empleo de la fuerza no se haga efectivo, la amenaza del mismo está siempre latente.

A su vez, la prisionización tiene inevitables efectos deteriorantes que han sido objeto de estudio por la sociología y la criminología. Aún en condiciones ideales, la cárcel genera en el prisionizado angustia, inquietud, ruptura de las relaciones afectivas. Si a ello se le suman los defectos de nuestros sistemas carcelarios latinoamericanos —superpoblación, falta de atención médica y alimenticia,

(3) Así, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128 15 de diciembre de 1989.

(4) Ver, entre otros, el artículo 10.3 PIDCP en relación a la finalidad del “tratamiento” penitenciario.

abuso de poder institucional, aumento dramático de las probabilidades de muerte violenta—, no queda sino concluir que la integridad personal del prisionizado se encuentra en permanente riesgo durante el tiempo que permanece encarcelado (Zaffaroni, 2012), cuando dicho riesgo no se plasma en afectaciones concretas de la integridad. El perjuicio psicofísico es evidente.

El encierro carcelario es, reiteramos, violencia desplegada por el Estado contra los individuos para restringir su derecho a la libertad ambulatoria —entre otros derechos susceptibles de ser restringidos—.

Esta especial forma de restricción violenta de derechos es —ya lo hemos dicho— la sanción predilecta de los sistemas jurídicos occidentales y, por ello, la principal herramienta político criminal de estos Estados.

III. Derecho penal “oficial”: *ius puniendi*, poder punitivo y *ultima ratio*

Tal como señala Alberto Binder (2011), el poder penal reconoce profundas raíces históricas, y se ha ejercido siempre con algún nivel de organización. Es decir que aún en las más tempranas formas de organización social ha habido una determinada forma de violencia estatal organizada, o, lo que es lo mismo, una determinada política criminal.

Pero a esta verificación de la facticidad del poder penal en toda organización política se agrega el dato de su justificación jurídica. Pareciera ser que no basta para ejercer el poder penal el mero hecho de ser poderoso, porque siempre se ha procurado elaborar discursos que justifican la existencia de un derecho a ese ejercicio. Los Estados —y sus órganos o representantes— se entienden a sí mismos como verdaderos titulares del *ius puniendi* —derecho a castigar— y legitimados por ese derecho es que despliegan violencia sobre los ciudadanos.

Este no es el espacio para repasar la historia del castigo, de sus justificaciones y críticas. No obstante ello, insistimos, los Estados occidentales modernos operan bajo el presupuesto de que existe un derecho incontrovertible a castigar, y ello se evidencia en la mayoría de los textos constitucionales, que atribuyen expresamente a los órganos legislativos facultades para dictar normas penales (5) —o, lo que es lo mismo, habilitar espacios de aplicación legítima de castigo violento— y designar jueces para que las apliquen (6).

Dicho esto, también corresponde señalar que la tradición del derecho penal liberal ha marcado —al menos desde lo discursivo— la necesidad de establecer límites al castigo, de no ser pródigos en violencia. Esta tendencia a la dulcificación de la pena —que, aunque con antecedentes más antiguos, reconoce un origen más o menos cierto en el movimiento de la Ilustración europea— ha definido como uno de esos límites —junto a otros, como el rechazo a la pena de muerte y el principio de proporcionalidad— al denominado “principio de *ultima ratio*”.

Este principio de *ultima ratio* o de mínima intervención en materia penal, en su formulación más elemental, implica que los medios violentos con los que el Estado cuenta para resolver conflictos y llevar adelante sus mandatos deben ser empleados siempre como último recurso, y sólo en caso de estricta e ineludible necesidad. Como ya dijéramos, el mismo reconoce sus orígenes y su fundamento filosófico-político en la Ilustración y representantes de la mejor doctrina penal liberal europea, como Beccaria (2010) se han referido, de una forma u otra, a él. También, más cerca en el tiempo, lo han hecho estudiosos contemporáneos como Luigi Ferrajoli (1995).

(5) A título de ejemplo, el artículo 75 inciso 12 de nuestra Constitución Nacional.

(6) Así, los artículos 116, 118 y concordantes de nuestra Constitución Nacional.

Alberto Binder (2011) prefiere hablar, antes que de un único principio, de *los principios de ultima ratio*, entendiendo que, si bien existe un principio de *ultima ratio* en sentido amplio, se trata en realidad de una pluralidad de directrices concurrentes pero conceptualmente diferenciables.

Muy sintéticamente, señalaremos la clasificación propuesta por el autor:

a. *Ultima ratio* en sentido estricto: el contenido de este principio puede definirse, esencialmente, como la primacía de los medios no violentos en la gestión de conflictos. Con cita de Luzón Peña, Binder afirma que, en función de este principio, “si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar esto” (2011: 213).

Este concepto, señala, tiene un carácter “relacional”, pues se refiere a la “primacía de otros instrumentos de intervención. No existe *ultima ratio* sino en referencia a otros instrumentos que deben ser utilizados antes que la intervención violenta. No se trata de ‘poca violencia’ sino de otros instrumentos de gestión del conflicto siempre y antes del instrumento violento” (Binder, 2014: 231).

Es decir, si en la gestión de la conflictividad social la aplicación de medios no violentos aparece como idónea, la intervención violenta —pena— resulta injustificable. De ello se sigue lo que Ferrajoli (1995) ha denominado *principio de necesidad*. El ejercicio del poder penal debe ser necesario, y, consecuencia de ello, debe demostrarse que los instrumentos no violentos han fracasado o fracasarían en la gestión del conflicto. Esta necesidad, además, deber ser estricta e ineludible, por lo que su alegación debe ser sometida a un intenso escrutinio a fin de verificar su legitimidad. De este principio se desprende la obligación del Estado de asegurar que esos medios no violentos existen y se aplican.

b. Mínima intervención: así denomina Binder a la regla que “prohíbe utilizar instrumentos violentos allí donde el conflicto no presenta ningún elemento de violencia. No introducir violencia en la sociedad cuando no la hay” (2011: 217).

Aquí refiere el autor con acierto que, pese a la claridad de la idea, la vigencia real de la misma se encuentra controvertida, por ejemplo, en aquellos casos de delitos de acción pública en los que la víctima no desea en realidad el ejercicio de poder penal y prefiere alguna decisión reparadora —como en los pequeños hurtos o en delitos de lesiones culposas—. Pese a ello, muy frecuentemente, estos procesos se siguen adelante, y terminan en ocasiones con sanciones penales que resultan innecesarias a la luz del conflicto de base.

Por otro lado, Binder (2014) señala la diferencia conceptual entre este principio de mínima intervención y el de *ultima ratio* en sentido estricto. Aún en casos en los que la primacía de la respuesta no violenta se respeta, y se llega a la conclusión de que no existe otro medio más idóneo que el poder penal —por ejemplo, en casos en los que no han sido diseñados o no se han implementado medios alternativos de gestión de conflicto para el caso concreto, por ser novedoso— igualmente debe verificarse que no se esté introduciendo violencia donde no la hay.

c. No naturalización: a partir de este principio se llama a “rechazar todo intento de naturalización de las decisiones político criminales” (Binder, 2011: 219). No existe ningún tipo de conflicto que, por su propia naturaleza, implique necesariamente una respuesta penal. Ello obedece, siempre, a una decisión político criminal que podrá tener su permanencia en el tiempo y su profunda justificación cultural, pero no por ello debe ser entendida como *natural*.

“A lo largo de la historia —recuerda Binder— se han utilizado medios compositivos, por ejemplo, para los homicidios, e, incluso frente a homicidios que podrían ocasionar graves daños sociales porque podrían llevar a la guerra entre clanes o familias. Actualmente, muchos conflictos graves, como por ejemplo, grandes conflictos gremiales, son también sometidos a procesos compositivos o de conciliación obligatoria” (2014: 235).

d. Economía de la violencia: la enunciación misma de este principio basta para explicarlo. Se trata de evitar la prodigalidad de la violencia y, en particular, de la violencia estatal. El contenido específico de este principio tiene especial relevancia en la ponderación de casos concretos, toda vez que impone que la respuesta violenta al conflicto no debe ser percibida y aplicada de manera rígida, que siempre “se debe dejar abierta la puerta a una intervención no violenta, según las condiciones del caso concreto, según las circunstancias del momento” (Binder, 2014: 238). Si la regla general prescribe en determinadas circunstancias que debe aplicarse pena, pero el caso concreto o las circunstancias sociales del momento aconsejan una respuesta distinta, la necesidad de economizar violencia impone aplicar al caso la solución alternativa.

e. Utilidad: según este principio, no debe emplearse el instrumento violento si ello no produce “algún resultado útil, entendiendo por tal alguna disminución de la violencia social o el control del abuso de poder” (Binder, 2011: 222).

Se rescata aquí el ideal utilitarista como contenido del principio de *ultima ratio* y, por lo tanto, como límite interno al poder penal en su carácter de herramienta propia de la política criminal.

Esta utilidad referida con carácter general —disminución de la violencia social o control del abuso de poder— no se satisface con la mera invocación de la prevención del delito con carácter indeterminado, sino que debe ser “evaluable, tangible” (Binder, 2014: 241). Para ello, debe entenderse que cada ámbito de conflictividad concreto tiene sus propias características y que la disminución de la violencia significará algo distinto en cada caso concreto.

“La utilidad —nos dice Binder— siempre debe ser mensurable y ello sólo se logra en relación con problemas concretos, nunca en abstracto. Por ejemplo, en determinadas áreas, donde existan organizaciones con amplio poder sobre las actividades criminales, desbaratar y anular esas organizaciones puede ser una utilidad determinante. En otros casos, contener formas de violencia que tienden a agravarse sin la intervención del Estado (violencia doméstica, p. ej.) puede ser otra utilidad distinta” (2014: 241).

La mera enunciación de ejemplos no hace más que reforzar la idea de que la violencia nunca se justifica a sí misma, menos aún como política pública.

Así, esta regla impone, entre otras cosas, la necesidad de justificar cada programa político criminal, explicitando los objetivos que, mediante el empleo de instrumentos violentos, pretenden alcanzarse. Estos objetivos deben ser concretos y mensurables, a fin de evaluar, como en el caso de cualquier otra política pública, el éxito obtenido o los avances realizados en la gestión de la conflictividad.

f. Respaldo: este principio alude también a la relación de la política criminal con otras ramas de la política pública y establece la “función de respaldo que siempre debe realizar la PC a otra política, o a otro conjunto de medidas que no son político criminales” de modo que “el diseño de la PC siempre es parte de un diseño más amplio que interviene en un sector de la vida social” (Binder, 2011: 223).

En su carácter de medio menos idóneo para la consecución de los fines de disminución de violencia, la respuesta penal siempre está presente para respaldar otras políticas públicas. Reiteramos, entonces, que lo propio de la PC es el empleo de instrumentos específicos, pero que no tiene ninguna finalidad particular que no pueda eventualmente ser cumplida por otras ramas de la PGC.

Tal como se ve, los principios de *ultima ratio* son un conjunto de reglas tendientes a remarcar la excepcionalidad de la respuesta violenta, a lograr su constante reducción y a someter a estrictos controles de razonabilidad su empleo. Se trata, por lo demás, de verdaderas reglas de eficacia de la política criminal en tanto política pública y no de meros principios programáticos o imperativos éticos sin obligatoriedad.

Si bien, como ya hemos señalado, este principio parece ser de mención obligatoria en todo manual de derecho penal, la realidad nos señala que la actividad estatal va claramente en el sentido opuesto: no hay afrenta más clara al principio de *ultima ratio* que la constante inflación penal propia de esta época: en virtud de la apelación a una presunta función simbólica del derecho penal, cualquier preocupación social más o menos generalizada se traduce sin solución de continuidad en creación de nuevos tipos penales y endurecimiento extendido de las penas, sin saberse exactamente qué se busca con ello ni cuál es el verdadero estado de situación en relación a dicho ámbito de conflictividad.

Este estado de cosas, caracterizado por débiles pero encendidas apelaciones a la voluntad popular con fines autoritarios que Gargarella (2009) ha denominado, con todo acierto, “populismo penal”, convierte al principio de *ultima ratio* en una fórmula de puro carácter declamativo, sin incidencia alguna en la praxis del poder punitivo.

IV. Resolución de conflictos en los pueblos indígenas: primacía de la respuesta no violenta. Verdadera vigencia del principio de *ultima ratio*

Ha quedado claro entonces que el principio —o los principios— de *ultima ratio*, en cuya virtud el castigo violento debiera ser la última de las herramientas empleadas en la resolución de conflictos es —desde lo discursivo— uno de los pilares fundamentales del derecho penal liberal occidental. Pese a ello, la praxis jurídico-política de esas mismas organizaciones occidentales demuestra que, en la realidad, el principio en cuestión tiene un carácter meramente declamativo y con escasa incidencia práctica.

Al interior de los pueblos indígenas la situación resulta ser muy diferente. Debe quedar en claro que cada pueblo tiene sus propias costumbres y características, y advertirse que toda generalización conlleva el riesgo de olvidar por momentos estas especificidades. Pero, dejando ello a salvo, en lo que resulta útil a este trabajo, podemos afirmar que los muchos estudios antropológicos y sociológicos realizados en relación a los modos de resolución de conflictos en los pueblos indígenas, demuestran que, por regla general, se encuentra firmemente enraizada en estos la idea de que la sanción violenta en cualquiera de sus formas —y en particular, el encarcelamiento— es el camino menos deseable para incidir en la conflictividad y que existe un amplio catálogo de respuestas alternativas a las que puede acudir. En una palabra: aun cuando nunca se lo haya llamado de ese modo, la experiencia demuestra que los pueblos indígenas aplican de manera constante el principio de *ultima ratio*.

De manera coincidente con lo hasta aquí expuesto, Gomiz y Salgado sostienen:

“Para la comprensión del derecho indígena, es imprescindible destacar que la división existente en el derecho occidental entre derecho penal (público) y derecho civil (privado) no es fácilmente adaptable a las organizaciones sociales no estatales como las indígenas. La concepción penal occidental moderna se forma conjuntamente con el nacimiento de los estados, asumiendo que hay conductas antisociales que ofenden directamente a la autoridad pública de modo que ésta debe intervenir castigando a los autores, independientemente de la voluntad de las víctimas particulares. Por ello, las ideas penales clásicas resultan de difícil traducción a contextos sociales no estatales en donde la principal preocupación que guía al tratamiento de las conductas dañinas para la comunidad es el restablecimiento de la concordia, para lo cual normalmente se apela a la responsabilidad colectiva de la familia del autor, que se hace cargo de reparar o compensar el daño y garantizar que no se repetirá. *Lo que en el sistema penal de Estado es la primera (y generalmente única) vía de aproximación al conflicto, la aplicación de una pena al infractor, entre los pueblos indígenas suele ser la última e indeseable decisión* (muestra de un fracaso en restablecer la convivencia social voluntaria)” (2010: 159) (el resaltado nos pertenece).

Esta indistinción entre derecho público y privado genera que la respuesta ante la ofensa, o el conflicto —aún violento— tienda menos al disciplinamiento del agresor que a la reparación del agredido:

“El propósito general de la pena en los pueblos indígenas y sus sistemas de justicia propios es restaurar las cosas a su estado anterior a la agresión o el ‘delito’, si algo se ha dañado o afectado el transgresor debe reparar ese daño causado y restablecer la convivencia y la armonía en la comunidad. (...) El objetivo general de la resolución de un conflicto al interior de la comunidad es mantener o restablecer la paz comunal mediante el nuevo equilibrio en las relaciones sociales, creado por el arreglo o la decisión” (Regalado, 2012: 102).

Ello, desde luego, no quiere decir que no se manifieste de manera abierta la desaprobación de aquellas conductas dañinas de la vida comunitaria (7), pero, a diferencia de la pena privativa de libertad que, por su propia naturaleza excluye al penado de la vida social durante el tiempo que dure la sanción impuesta, la sanción que eventualmente se imponga ante una conducta disvaliosa al miembro de una comunidad indígena no supone su apartamiento de la sociedad, sino, antes bien, su integración en la misma (8). La solución al conflicto no disuelve los vínculos sociales, sino que busca reforzarlos.

Como consecuencia de ello, y como ya señaláramos, existe un amplio catálogo de respuestas ante la conducta dañina previstas en las diversas manifestaciones del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Así, señala Regalado que:

“dentro de los sistemas de justicia comunal o indígena existen un sin número de sanciones como sistemas pueden existir. Sin embargo aunque con diversos nombres y significados, los tipos de sanciones son similares en los diversos países donde se aplican estos sistemas, así tenemos sanciones como:

- las multas,
- la devolución de los objetos robados,
- las indemnizaciones,
- los ejercicios físicos,
- las multas económicas,
- el pago de los daños a través del trabajo comunal,
- el baño con agua fría,
- el castigo con ortiga, el fuste o látigo, los pencazos,
- los trabajos en las comunidades,
- la pérdida de sus derechos comunales; excepcionalmente se aplica la expulsión de la Comunidad, considerado también como una de las sanciones más graves” (2012: 105).

A esta enumeración de sanciones “tangibles” —según las denomina el propio autor— deben adicionarse otras de carácter “simbólico” como “la exposición pública y la imposición pública de las sanciones” (*ibídem*).

(7) “(...) todos coinciden en que las sanciones y su aplicación garantiza la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad. Igualmente se enfatiza en los procesos de justicia comunal que los infractores rectifiquen su conducta. Tienen que aprender una ‘lección” (Regalado, 2012: 102).

(8) “La diferencia entre el derecho indígena y el derecho positivo oficial estriba en el diferente tratamiento —por ejemplo, en el caso de una transgresión normativa— al infractor. Por lo general, en el primero no se aparta al infractor de la comunidad, por el contrario permanece en la misma cumpliendo el correctivo adecuado. En el segundo, el imputado es excluido de la sociedad, confinándolo a una institución total, donde se dificulta su posterior reinserción” (Ramírez, 1999: 67).

Si bien, como se advierte de la propia enumeración, la respuesta violenta no está de plano excluida, la experiencia demuestra que:

“mientras el derecho estatal tiende a enfatizar las sanciones punitivas, las normas y prácticas locales consuetudinarias generalmente —aunque no necesariamente— intenta lograr medidas restitutivas o conciliatorias. Posiblemente esto sea algo de esperar en comunidades pequeñas donde las partes en disputa tienen que seguir viviendo lado a lado después de la resolución de un conflicto, donde la capacidad práctica de algún tipo de coerción legal es limitada, y donde en términos culturales la coerción en general es frecuentemente percibida como algo negativo” (Sieder, 1999: 98).

De este modo, la resolución de conflictos a través de la discusión de las partes, y de la mediación de terceros dentro de la comunidad adquieren carácter prioritario (9).

En este mismo sentido, destaca Regalado que:

“un estudio socio jurídico que investigó en 2 países la justicia indígena, da cuenta que en los conflictos resueltos por la justicia comunal no todos terminan con una sanción. En este estudio, se señala que *alrededor del 58.9% de los conflictos terminan con una conciliación, arreglo o transacción*; mientras que un 18.7% de las actas analizadas la solución quedaba pendiente, *mientras que sólo se encuentra en un 22.1% una decisión comunal que incluye las sanciones*” (2012: 102) (el resaltado nos pertenece).

Una última y muy importante consecuencia de esta preferencia por soluciones no violentas en los pueblos indígenas es el especial rol que cumple la víctima en el proceso de resolución del conflicto que la ha afectado. En efecto, como señala Sieder:

“La víctima, generalmente minimizada en los sistemas legales occidentales, juega un papel mucho más prominente en los procedimientos consuetudinarios. La gravedad de un delito y la sanción apropiada muchas veces se determina en base al impacto directo sobre la víctima y su familia. Por ejemplo, en casos donde los pleitos han desembocado en que una familia sea temporalmente privada de su proveedor principal, la sanción restitutiva muchas veces es que el culpable trabaje la milpa de su víctima” (1999: 99).

En síntesis, la práctica habitual de las comunidades indígenas —con su preocupación predominante por el restablecimiento de la armonía al interior de la comunidad y la reparación del daño causado, con la clara preferencia por soluciones no violentas a los conflictos, y su genuina preocupación por la situación de la víctima del evento conflictivo— es la más clara muestra de aplicación práctica de los principios de *ultima ratio* —en particular, el de mínima intervención, economía de la violencia y respaldo— que los estudiosos del derecho penal occidental han definido desde hace largo tiempo de manera muy nítida pero cuya vigencia nunca se ha hecho realmente efectiva en sus propios sistemas judiciales.

V. Recepción normativa del principio de *ultima ratio* en el derecho internacional de los derechos humanos. Referencias expresas en el Convenio 169 de la OIT y su lectura a la luz de la UNDRIP

Pese a tratarse de un principio que los penalistas de corte liberal entienden fundamental, el principio de *ultima ratio* no ha tenido una recepción expresa en el moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, ninguno de los instrumentos aparecidos desde el año 1948 en adelante contiene formulación alguna de carácter general alusiva a las ideas de necesidad, utilidad y economía de la violencia que, conforme la caracterización de Binder, se encuentran indisolublemente ligadas al principio de *ultima ratio*.

(9) “A nivel micro, a menudo se utiliza la discusión extensa para llegar a una solución mutuamente satisfactoria para las partes en conflicto. El proceso de mediación constituye en sí mismo un espacio correctivo mediado por las autoridades de la comunidad y con frecuencia es tan importante como el resultado final o juicio” (Sieder, 1999: 98).

Ahora bien, la falta de reconocimiento expresa no necesariamente implica que el principio no exista o que, a la luz de la actual evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —con su innegable carácter dinámico, atravesado como está por el principio de progresividad y la perspectiva *pro persona*—, no pueda extraerse el mismo por vía interpretativa de las normas convencionales vigentes. Pero sin perjuicio de ello, lo cierto es que, aún cuando el principio de *ultima ratio* no tiene formulaciones de carácter general, sí tiene apariciones fragmentarias en determinados instrumentos de protección relativos a sujetos específicos.

Así, por ejemplo, es dable mencionar que, en relación a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, dice el artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño que “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como *medida de último recurso* y durante el período más breve que proceda”. Algo semejante se verifica en los instrumentos de protección relativos a los pueblos indígenas y sus miembros.

La protección de los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros en el ámbito internacional tuvo un curioso desarrollo. No se trató, como en el caso de otros sujetos especialmente protegidos, de una iniciativa nacida de la Asamblea General de Naciones Unidas, sino que los instrumentos de protección que fueron surgiendo en un primer momento lo hicieron desde el seno de la Organización Internacional del Trabajo. En el derrotero histórico de esta regulación de la situación de los pueblos indígenas se percibe, además, el claro paso de una posición cuasi asimilacionista a una aceptación bastante amplia de la diversidad cultural y el pluralismo jurídico.

El Convenio N° 169 de la OIT del año 1989 es un instrumento internacional de carácter vinculante de amplia aceptación que regula los derechos colectivos de los pueblos indígenas —tanto los generales, reconocidos a todos los pueblos, como los especiales, que corresponden especialmente a los pueblos indígenas por su carácter de tales— y, asimismo, los derechos individuales de sus miembros —que también pueden distinguirse en generales y especiales—.

Este Convenio, junto con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas —aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre del año 2007 (10)— constituyen el basamento normativo de toda la protección internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas y sus miembros.

En relación al tema que aquí nos convoca, existen diversas disposiciones de estos instrumentos de protección que pueden ser leídas sin mayor esfuerzo como cláusulas atinentes al principio de *ultima ratio*.

Los artículos 8 a 10 del Convenio 169 comprenden un conjunto de disposiciones relativas a la jurisdicción especial indígena y su compatibilización con el sistema de justicia “general” vigente en el territorio de los Estados y, en particular, a la justicia criminal, a la represión de conductas no deseadas y al empleo del encarcelamiento.

Por el artículo 8.2 se reconoce que los pueblos tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, incluidas, como es obvio, las normas de derecho consuetudinario —a las cuales hace referencia también el artículo 8.1— y, muy especialmente, los procedimientos e instituciones a partir de las cuales los miembros de los pueblos indígenas resuelven sus disputas.

Como bien señalan Gomiz y Salgado, “el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus instituciones y costumbres significa que sus relaciones internas se rigen por sus propias normas, incluso en aquellos ámbitos, como el derecho de familia, que la legislación civil regula con carácter

(10) Resolución 61/295 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

de orden público” (2010: 153). Esto quiere decir que no existe un límite cualitativo a los asuntos que quedan dentro o fuera del entendimiento de la comunidad lo que, como es obvio, descarta por incompatibilidad convencional, las disposiciones que establecen, por ejemplo, que la jurisdicción indígena debe entenderse como un análogo a la justicia de paz, abocada a cuestiones de vecindad y de menor cuantía, en tanto que la administración de justicia “estatal” debe absorber todo el resto de las disputas (11).

Desde esta perspectiva, en la medida en que —como ya hemos señalado— existe una clara preferencia en los pueblos indígenas por la respuesta no violenta en la gestión de conflictos, la opción por los sistemas de justicia comunitaria que impone el artículo 8 del Convenio 169 refuerzan la vigencia del principio de *ultima ratio*.

El artículo 9 del Convenio opera específicamente en el marco del derecho penal, y se establece, por el primer inciso, el respeto a los “métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”. La versión en español del Convenio 169 ha sido objeto de justificadas críticas por la poco feliz fórmula “*represión de delitos*” que poco tiene que ver, como ya desarrolláramos, con la experiencia de los pueblos indígenas en la gestión de conflictos —a los que la noción misma de delito, en los términos en los que ésta es entendida por los juristas occidentales les resulta ajena—. Por ello se señala que el *dealing with offences* de la versión inglesa aparece como una formulación más apropiada (Gomiz y Salgado, 2010: 159).

Pero con independencia del modo en que se presenta la redacción, lo que está claro de este primer inciso es que “se trata de una aplicación concreta del derecho a la libre determinación, que incluye el mantenimiento de las propias instituciones y modo de resolución de conflictos” (Gomiz y Salgado, 2010: 158).

Por el inciso segundo del mismo artículo 9 se establece que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”. Es decir que, aún en aquellos asuntos de índole penal que —por alguna excepción justificada a lo dispuesto por el artículo 8.2 del Convenio— hayan sido sustraídos del entendimiento de la jurisdicción indígena, los jueces “estatales” deben tener especialmente en cuenta el derecho consuetudinario y los modos de gestión de los conflictos presentes al interior de la comunidad indígena de que se trate.

Finalmente, el artículo 10 del Convenio 169 establece que al momento de imponerse sanciones penales deben tenerse en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los miembros de los pueblos indígenas (inc. 1) y —en lo que parece una de las más contundentes formulaciones del principio de *ultima ratio* al día de hoy vigentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos— dispone que “deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” (inc. 2).

Esta es, a las claras, una manifestación normativa expresa de la primacía de los medios no violentos, lo que es lo mismo, del principio de *ultima ratio* en sentido estricto —conforme la clasificación propuesta por Binder—.

Según señalan Gomiz y Salgado:

“El Manual de la OIT indica que: ‘el encarcelamiento es un problema que afecta específicamente a los pueblos indígenas y tribales. Con frecuencia esta experiencia es tan traumática para sus integrantes, que muchos de ellos mueren en prisión. (...) Lo antedicho subraya la necesidad de que jueces y

(11) En palabras de Silvina Ramírez: “Este convenio reconoce los métodos propios de las comunidades indígenas, con el límite de que no se vulneren derechos humanos. Asimismo, no reduce el reconocimiento del derecho consuetudinario (artículo 8) a los casos civiles, sino que expresamente formula que ‘deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros’ (artículo 9, inc. 1), con lo cual tampoco el convenio 169 establece un límite materia al derecho consuetudinario” (1999: 68).

magistrados, tribunales y administraciones nacionales encuentren penas alternativas para aplicar a los miembros de estos pueblos que hayan sido declarados culpables de un delito’.

La norma se deriva del principio de no discriminación. Dado que las penas fueron concebidas en el contexto cultural de la sociedad dominante para ser impuestas a los miembros de esta sociedad, su aplicación a los pueblos indígenas suele importar un sufrimiento mayor, violatorio de la igualdad ante la ley, porque al hecho de la sanción se agrega el mayor padecimiento ocasionado por el desarraigo cultural” (2010: 165).

Este carácter doblemente aflictivo que tendría la pena de cárcel es lo que justifica, en el caso de los miembros de pueblos indígenas al menos, la preferencia dada a otro tipo de sanciones.

Los artículos 8, 9 y 10 del Convenio de la OIT hasta aquí desarrollados deben hoy interpretarse a la luz de las disposiciones de la UNDRIP que refuerzan y profundizan la tendencia en relación a la autonomía y primacía de los modos de gestión de conflictos vigentes al interior de las comunidades, a la vez que privilegian la aplicación de la respuesta no violenta como solución de dichos conflictos.

Así, establece el artículo 5 de la declaración que “los pueblos indígenas tienen *derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones* políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales” —el destacado nos pertenece—.

El artículo 33.2 dispone que los pueblos indígenas “tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos”.

El artículo 34, por su parte, reconoce que “los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus (...) costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

Y, finalmente, el artículo 35 establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”.

Aún cuando la UNDRIP no presenta una fórmula tan clara como el artículo 10.2 del Convenio 169, la clara preferencia de los artículos 5 y 33 a 35 por la vigencia de los sistemas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas que —ya hemos visto— tienden a privilegiar la respuesta no violenta, refuerza el principio de *ultima ratio*.

VI. Consecuencias de la vigencia del principio de *ultima ratio* y de su recepción expresa en el derecho internacional de los derechos humanos. Refuerzo del derecho a la autonomía de la jurisdicción indígena

¿Cuál es, entonces, el significado y, fundamentalmente, cuáles las consecuencias prácticas de estas disposiciones, a la luz del principio de *ultima ratio*?

Para empezar, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas al respeto, sostenimiento y refuerzo de su cultura, y dentro de ella, de sus instituciones jurídicas y de sus sistemas de resolución de conflictos —expresamente reconocido, como ya hemos dicho, en los artículos 8.1, 8.2 y 9.1 del Convenio 169 de la OIT, y 5, 33.2, 34 y 35 de la UNDRIP— implica que siempre que un miembro de pueblo indígena cometa una ofensa (*offence*, en los términos de la versión inglesa del Convenio) corresponde en primer término a los pueblos indígenas lidiar con ella, sometiéndola a sus propios sistemas de resolución de conflictos y a la imposición de eventuales sanciones.

De este modo “ante la prueba de que en el caso se han aplicado —o la comunidad desea aplicar— métodos tradicionales de resolución de conflictos, los órganos penales del Estado deben abstenerse de actuar” (Gomiz y Salgado, 2010: 59).

Ahora bien, por tratarse de un derecho de los pueblos indígenas —y no de una imposición— existe la posibilidad de que los mismos decidan:

“renunciar a la aplicación de sus propios procedimientos, ya sea con carácter general o en casos particulares (en tanto ello no implique violación a la igualdad entre sus miembros), lo que podría suceder, por ejemplo, si la propia organización indígena no se considera suficientemente consolidada como para asumir dichas responsabilidades debido a que la pérdida de autonomía provocada por la hegemonía estatal erosionó los propios sistemas” (Gomiz y Salgado, 2010: 162).

El límite que el propio Convenio 169 y también la UNDRIP establecen para la aplicación de la justicia comunitaria y el derecho consuetudinario reside en el cumplimiento de los estándares mínimos de derechos humanos consagrados en los sistemas internacionales de protección (12). Este tipo de disposiciones resultan sumamente complejas de interpretar, y no están exentas de críticas, pero en lo esencial, se entiende que “el sistema jurídico indígena tiene prioridad sobre el derecho estatal siempre que no transgreda los derechos fundamentales que, por encima de aquellos estándares internacionales mínimos, define el sistema jurídico nacional” (Gomiz y Salgado, 2010: 154).

Las mayores dificultades en la interpretación y aplicación de estos límites radican en determinar en qué consiste la presunta incompatibilidad y quiénes son los que deben decidir sobre ella. Si bien la cuestión no está en modo alguno saldada al día de hoy, el propio Convenio 169 establece que las eventuales dificultades que puedan surgir en la aplicación de este principio deben resolverse a través de la implementación de procedimientos especiales (13) que, como es obvio, no pueden ser llevados delante de manera unilateral por el Estado y sus representantes, sino que deben contar, indispensablemente con participación de los pueblos indígenas afectados, en virtud de la vigencia y operatividad del derecho de consulta previa (14).

Silvina Ramírez (1999) propone que, para determinar la preferencia por uno u otro sistema, debe compararse, en el caso concreto, la lesividad de las sanciones previstas en ambas jurisdicciones para el mismo delito. Si bien la autora reconoce luego las dificultades en la medición de estos “grados de lesividad” afirma —con razón— que este criterio debe llevar a descartar, al menos, aquellas sanciones absolutamente prohibidas, como la pena de muerte y —este agregado es nuestro— las torturas. Así, la preferencia (excepcional) por el sistema “oficial” sólo podrá estar dada por la menor intensidad —en términos de violencia— de éste respecto de las sanciones previstas en el sistema comunitario.

Pero aún en el caso en que —por renuncia de los pueblos indígenas, o por tratarse de uno de los casos de excepción que hemos señalado— la imposición de una sanción penal a un miembro de un pueblo indígena deba dirimirse por ante los órganos jurisdiccionales del Estado, este debe tener en cuenta las costumbres de su pueblo, tanto al momento de valorar su conducta y determinar, eventualmente su culpabilidad, como en oportunidad de calibrar la calidad y el monto de la sanción a imponer.

Aquí es donde el artículo 10 del Convenio de la OIT cobra absoluta relevancia, en tanto es una manda directa que conmina a preferir siempre respuestas alternativas a la restricción violenta de derechos que es la cárcel.

De lo hasta aquí desarrollado se evidencia que, si la primacía de la respuesta no violenta en la resolución de conflictos es la regla general en los sistemas de justicia indígena y en el derecho consuetudinario que estos aplican, por oposición a la extendida aplicación de la cárcel como respuesta a los delitos en la justicia “estatal”, resulta que entre el principio de *ultima ratio* y el reconocimiento de

(12) Artículos 8.2 y 9.1 del Convenio 169 de la OIT y artículo 34 última parte UNDRIP.

(13) Artículo 8.2, última parte del Convenio 169 OIT.

(14) Artículo 6 del Convenio 169 OIT, y artículo 19 UNDRIP, entre otros.

la autonomía indígena existe una retroalimentación, que favorece y refuerza la vigencia de ambos derechos como claves de la gestión de conflictos al interior de las comunidades, en la medida en que la preferencia por la respuesta no violenta implica en la enorme mayoría de los casos, la canalización de conflictos a través de los modos de gestión comunitarios y, estos, por su parte, suponen una reducción constante de la sanción violenta restrictiva de derechos.

VII. Conclusiones

Aunque el principio de *ultima ratio* reconoce fundamentos y orígenes en la historia de las ideas políticas europeas —en particular, el liberalismo político y la Ilustración—, lo cierto es que en la praxis del poder penal de los estados occidentales, dicho principio tiene un carácter casi exclusivamente declamativo, en la medida en que se advierte que el empleo de la prisión como respuesta a los conflictos es, antes que la *ultima*, la *prima ratio*.

Curiosamente, en los pueblos indígenas, el principio de *ultima ratio* no se declama ni se agita como bandera, pero se vive, se palpa en el devenir de la gestión de conflictos, es parte del sistema de justicia comunitaria y eje troncal de los derechos consuetudinarios. Acaso por este motivo, el principio en cuestión no ha alcanzado —al día de la fecha— recepción normativa expresa en los instrumentos de protección de los Derechos Humanos de carácter general, pero sí la tiene en instrumentos relativos a los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros, como el Convenio 169 de la OIT.

Esta recepción jurídica expresa tiene, entonces, una serie de consecuencias prácticas. En primer lugar, por principio general, en la medida en que en un conflicto determinado ya se hayan aplicado procesos de gestión o resolución comunitarios, o bien el pueblo manifieste que así su voluntad de aplicarlos, la justicia penal “oficial” debe abstenerse de incidir en él.

Las excepciones a este principio estarán dadas en su caso, por los límites que el derecho internacional de los derechos humanos impone como valladar infranqueable y sólo en la medida en que la sanción comunitaria pueda calificarse de “prohibida” a la luz de los estándares actuales —por hipótesis, la pena de muerte— o bien en aquellos casos en los que la respuesta “estatal” sea menos lesiva, en términos de nivel de violencia desplegada.

A su vez, aún en los casos excepcionales en los que los órganos de justicia estatal estén llamados a intervenir, los modos de gestión de conflictos de los pueblos indígenas deben ser especialmente tenidos en cuenta para que, en caso de entenderse necesaria la imposición de una sanción, la misma no sea vivida por el infractor como una respuesta injusta o culturalmente ajena a su conducta.

Finalmente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos prescribe que la pena privativa de libertad sea, respecto de los miembros de los pueblos indígenas, siempre una respuesta subsidiaria, debiendo preferirse siempre la imposición de medidas alternativas.

Tal como se ve, el principio de *ultima ratio* y el respeto por la autonomía de la jurisdicción indígena son dos derechos de diversa fuente y naturaleza, pero que se encuentran íntimamente relacionados, y que se retroalimentan, en la medida en que la preferencia por la respuesta no violenta implica en la enorme mayoría de los casos, la canalización de conflictos a través de los modos de gestión comunitarios y, estos, por su parte, implican una reducción constante de la sanción violenta restrictiva de derechos.

VIII. Bibliografía

BECCARIA, Cesare (2010). *De los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Librería El Foro.

BINDER, Alberto Martín (2011). *Análisis político criminal*. Buenos Aires: Astrea.

— (2013). *Derecho procesal penal. Hermenéutica del proceso penal*. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.

— (2014). *Derecho procesal penal. Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*. Tomo II. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.

FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

GARGARELLA, Roberto (2009). *Populismo penal y democracia*. Disponible en: <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2009/04/populismo-penal-y-democracia.html> [Fecha de consulta: 31/03/2016].

GOMIZ, María Micaela y SALGADO, Juan Manuel (2010). *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*. Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas. Neuquén.

RAMÍREZ, Silvina (1999). “Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario”, en: *Pena y Estado, Justicia penal y comunidades indígenas*. Buenos Aires, año 4, número 4, p. 67.

REGALADO, José Antonio (2012). “De las sanciones y las penas en la justicia indígena”, en: *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*, Alemania: Konrad-Adenauer. Stiftung e. V., p. 102. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_31740-1522-4-30.pdf?120925194132 [Fecha de consulta: 31/03/2016].

SIEDER, Rachel (1999). “Derecho consuetudinario y poder local en Guatemala”, en: *Pena y Estado, Justicia penal y comunidades indígenas*. Buenos Aires, año 4, número 4, pp. 87 - 108.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2012). *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar.

Instrumentos normativos consultados

Constitución Nacional Argentina.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (UNDRIP).

Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP).

Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Código Penal Argentino.

Fecha de recepción: 31-03-2016

Fecha de aceptación: 01-08-2016

Integración regional y estructura productiva venezolana. Entre luces y sombras

POR EUGENIA C. PARDO (*) y CARMEN R. SCHAPOSNIK (**)

Sumario: I. Presentación. — II. Breve recorrido histórico de Venezuela. — III. La cuestión de la integración regional. — IV. El modelo productivo propuesto. — V. Consideraciones finales. — VI. Bibliografía.

Resumen: en el período iniciado en 1999 con la asunción a la presidencia de Hugo Chávez Frías, se inició un proceso de transformaciones estructurales contrario al liberalismo imperante. En el marco de la crisis global del sistema capitalista —que incluye la petrolera— este proceso desafía a superar el dilema de la vulnerabilidad externa que afecta al país así como a otros denominados subdesarrollados. El presente trabajo comienza con un recorrido histórico de Venezuela, para contextualizar los cambios impulsados en la integración regional y las políticas diseñadas para intentar transformar su matriz productiva, que se presentan y analizan a continuación. Todo ello, desde una mirada histórica y económica y de manera descriptiva-interpretativa —a partir de investigaciones realizadas en el Instituto de Integración Latinoamericana de la UNLP—, recurriendo en su caso a datos cuantitativos pertinentes para ratificar el enfoque cualitativo, que posibiliten en su conjunto complementar otros estudios de las ciencias sociales de manera multidimensional.

Palabras claves: Venezuela - integración regional - estructura productiva

Regional integration and Venezuelan productive structure. Between light and shadow

Abstract: *in the period since 1999 with the assumption of the presidency of Hugo Chavez began the process of structural transformations contrary to prevailing liberalism. In the context of the global crisis of the capitalist system —which includes the petrolera— this process defies overcome the dilemma of external vulnerability affecting the country as well as to other underdeveloped called. This paper begins with a historical tour of Venezuela, to contextualize driven changes in regional integration and policies designed to try to transform their productive matrix, which are analyzed and present a continuation. All wave, from a historical and economic and descriptive-interpretative way —a look from research conducted at the Institute for Latin American Integration UNLP—, using where appropriate one quantitative relevant data to ratify the qualitative approach, enable on her set complement other studies of social sciences multidimensional way.*

Keywords: *Venezuela - regional integration - production structure*

I. Presentación

A partir de la presidencia de Hugo Chávez Frías se inició en Venezuela un proceso de transformaciones contrario al neoliberalismo imperante —al que calificaba de “salvaje”— con la búsqueda de una “tercera vía venezolana” bajo la forma de un capitalismo “humano” (1). Un punto de partida

(*) Prof. Economía Política e integrante del equipo de investigación del Instituto de Integración Latinoamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

(**) Integrante del equipo de investigación del Instituto de Integración Latinoamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Docente jubilada.

fue el nuevo texto constitucional en reemplazo del marco legal de 1961, en virtud del cual el Estado contrajo un firme compromiso con la integración regional. Forma parte de un “nuevo constitucionalismo” que en opinión de Viciano Pastor y Martínez Dalmau (2010: 7) refiere a un modelo “de nuevo tipo que ha implicado una ruptura con los patrones del constitucionalismo liberal y la inclusión de numerosos contenidos extraños a la doctrina clásica” (2).

Durante su gobierno y el de su sucesor Nicolás Maduro Moros, se introducen modificaciones en la política exterior y se aplican tres planes de desarrollo; e incluso, el discurso evoluciona hasta desembocar en un rechazo al capitalismo y proponer un “socialismo del siglo XXI”, idea plasmada luego en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013. Los cambios propuestos en el país marcan, así, el fin de la denominada “IV República” con el anhelo de modificar el estilo de desarrollo —en particular el modelo productivo—, dentro de los parámetros institucionales y políticos existentes; o de ser necesario, mediante una transformación radical de los mismos (3). En ese camino y tal como advierte Pinto (2008: 21), habrá que observar si “se trata de un cambio en el estilo de desarrollo o también se requiere la mutación del sistema”.

De modo que, a los fines de dilucidar si se han producido cambios estructurales en el país en el sentido señalado —que a su vez reduzcan su vulnerabilidad externa—, se presenta primero un breve recorrido histórico de Venezuela para contextualizar lo que constituye el objetivo del documento: observar los cambios impulsados en la integración regional y las políticas diseñadas para intentar transformar su matriz productiva, en el período que se inicia con la asunción del presidente Hugo Chávez Frías hasta la actualidad. Todo ello, se analizará —a partir de investigaciones realizadas en el Instituto de Integración Latinoamericana de la UNLP (4)— con una mirada histórica y económica y de manera descriptiva-interpretativa, recurriendo en su caso a aquellos datos cuantitativos pertinentes para ratificar el enfoque cualitativo, que posibiliten en su conjunto complementar otros estudios de las ciencias sociales de manera multidimensional.

II. Breve recorrido histórico de Venezuela

Hasta 1920 fue un país eminentemente rural; pero, el descubrimiento de un yacimiento petrolero en el Campo La Rosa en 1922 definió como casi excluyente la actividad económica petrolera y sus derivados —petroquímica y siderurgia—, seguida por la minería. En consecuencia “se imprimió un cambio social y económico notable, aunque ello no significó que la redistribución de la renta petrolera hacia abajo fuera en la misma proporción de aquella que se hacía por arriba” (Serrano Mancilla, 2015: 30).

El propósito de torcer ese rumbo a través de un proceso de industrialización, al igual que en otras economías denominadas por la teoría como periféricas o subdesarrolladas, parte de un dualismo tecnológico en el que se ponen de manifiesto dos signos de heterogeneidad estructural. Por un

(1) Chávez llega a la presidencia con la agrupación Polo Patriótico, obteniendo el 56,20% de los votos en diciembre de 1998.

(2) La Constitución fue aprobada el 15 de diciembre de 1999 por el 71,8% del electorado y modificada en el año 2009. Novedosamente, el artículo 153 establece que “las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna”. También, prevé la superación del rentismo petrolero mediante la creación de una base productiva competitiva, estableciendo como obligación del Ejecutivo Nacional la elaboración de un Plan de Desarrollo Económico y Social.

(3) La IV República comienza con la aprobación de una nueva Constitución en 1961. Pocos años antes los partidos tradicionales venezolanos COPEI, AD y URD firmaron en Nueva York el “Pacto de Punto Fijo”, a partir del cual se resolvió sostener una democracia controlada por las élites y basada en el bipartidismo.

(4) En particular: “Sudamérica. Estrategias de Inserción regional y sus efectos en la estructura económica”, acreditado por la Secretaría de Ciencia y Técnica, UNLP (Proyecto 11J136), bajo la dirección de Noemí Mellado. “Regionalismo Sudamericano: inclusión social, asimetrías y medio ambiente en clave de mejorar la gobernabilidad”, acreditado por la Secretaría de Ciencia y Técnica, UNLP (Proyecto 11J119), bajo la dirección de Noemí Mellado.

lado, la convivencia de un sector precapitalista autóctono —pequeñas economías agrícolas, mercantiles y artesanales con tecnologías precarias aplicadas a la producción para consumo interno— con niveles de productividad muy reducidos respecto a otras actividades modernas. Por otro, un sector capitalista predominantemente extranjero —con avanzadas técnicas aplicadas para producir y niveles de productividad cercanos a los que permiten las técnicas disponibles—.

De manera que, con la crisis de la economía capitalista de 1930, así como durante la primera guerra mundial y posteriormente, los gobiernos se vieron obligados a implementar medidas para satisfacer la demanda del mercado interno. A partir de entonces Alvarez (2012), distingue cuatro etapas diferenciadas:

Cuadro N° 1. Etapas de Venezuela desde 1950 hasta la actualidad

Período	Características
1950-1976	<ul style="list-style-type: none"> - Crecimiento de la producción industrial en virtud de la sustitución de importaciones*. - Políticas de apoyo a la actividad industrial, como altos aranceles, prohibiciones de importación, créditos baratos, subsidios, inversiones públicas en infraestructura y otras medidas proteccionistas. - Fuerte orientación al mercado interno con marcado sesgo anti-exportador; aunque insuficiente como alternativa frente al peso dominante del sector primario petrolero-minero. De hecho, se acentuó la dependencia externa y la extranjerización —con el significativo aumento de la IED en el sector de hidrocarburos y minería**—.
1977-1988	<ul style="list-style-type: none"> - Agotamiento del modelo de sustitución de importaciones, debido a la sobreprotección concedida por el gobierno a la burguesía industrial. Según Araujo (2010:19), este modelo “no ha resuelto el problema de la diversificación complementaria y equilibradora del sector externo de la economía”, pero permitió contar con una plataforma productiva de base para reimpulsar un proceso de industrialización. - Formación de una actividad manufacturera ineficiente, con estructuras de mercado oligopólicas y altos niveles de capacidad ociosa, en perjuicio de los consumidores obligados a pagar mayores precios por artículos de baja calidad.
1989-2002	<ul style="list-style-type: none"> - Aplicación de políticas neoliberales, que desmontan los incentivos y subsidios públicos provocando la crisis de la industria nacional, con la consiguiente quiebra de empresas y destrucción de miles de puestos de trabajo. En ese contexto parte de la renta petrolera “termina siendo utilizada para importar los bienes y servicios que deberían generarse con el esfuerzo productivo interno” (Alvarez, 2012: 52).
Etapas actual	<ul style="list-style-type: none"> - Planes y medidas del gobierno para reimpulsar el proceso de industrialización, con prevalencia del uso desarticulado de instrumentos —más allá de los intentos de coordinación— y la priorización del abastecimiento del mercado interno a través de importaciones. Todo ello sostenido con la renta petrolera —aun con la baja de los precios del petróleo—.

Fuente: elaboración propia sobre la base de Alvarez (2012).

* A comienzos de la década de 1950, Venezuela se encontraba en la etapa preindustrial, con un aporte del sector manufacturero al PBI —sin refinación de petróleo— en torno al 10%.

** Entre 1950-1959, la IED constituyó aproximadamente el 96% de la inversión extranjera total, recayendo fundamentalmente en el sector de hidrocarburos y minería. Entre 1960-1968 este sector mantuvo su predominio, con una inversión extranjera del 73% (Araujo, 2010). En esta misma etapa —año 1960— el gobierno venezolano impulsa la creación de la Organización de Países Exportadores de Petróleo —OPEP—, para tener mayor capacidad de estabilizar la caída de los precios a partir de los controles de producción.

La Ley Habilitante de noviembre de 2001 constituye un punto de inflexión en este recorrido por la historia reciente de Venezuela, en un contexto adverso de políticas neoliberales. Dentro del conjunto de normas aprobadas se destacan aquellas que tienen como objetivo la democratización de la propiedad y de la producción. Esta legislación responde a que el presidente Chávez “consideraba fundamental atender a la matriz distributiva de cualquier cambio de matriz productiva. Era necesario cambiar lo que se producía pero también quién lo producía, para no seguir dependiendo de las grandes empresas privadas” (Serrano Mancilla, 2015: 252).

En general y en particular, las leyes de pesca, tierra e hidrocarburos fueron catalogadas por el empresariado y la oposición política como un atentado a la propiedad privada, dando inicio a una fase de confrontación que duró aproximadamente un año y medio (Lander y Navarrete, 2007) y que con variantes continúa hasta el presente.

Aquel conflicto desatado por estos cambios originó una creciente fuga de capitales provocadora de devaluaciones de la moneda nacional e inflación, problemas estructurales acentuados por la composición de las importaciones venezolanas —cerca del 80% son bienes de consumo—. A la par, sentó las bases para un nuevo golpe de Estado en abril de 2002 —que fracasó por la masiva movilización de sectores populares—; sin embargo, la propuesta de consenso emanada del gobierno no prosperó. Así es como, en diciembre se inicia un nuevo intento de derrocamiento merced a una huelga prolongada por sesenta y dos días en las industrias estratégicas de la economía —energía, petroquímica, transporte y distribución de alimentos—.

La paralización de la industria nacional, especialmente la petrolera, tiene efectos muy negativos sobre la economía. De hecho, “no sólo confirmó el grado de dependencia que tiene el país con respecto a la importación de alimentos, sino igualmente la gran concentración existente en el procesamiento y en la distribución de éstos y de otros productos básicos” (Lander y Navarrete, 2007: 24). Finalizado el paro, el gobierno crea en 2003 las “Misiones”, un conjunto de alrededor de treinta programas gubernamentales “con el objetivo de empezar a resolver con urgencia los problemas más urgentes en áreas prioritarias y de los sectores más desfavorecidos (...) por vía de la más amplia movilización social e institucional, como alternativa a un aparato estatal rígido e ineficiente” (Valenzuela, 2010: 18).

Ya en 2004 y luego de ser confirmado presidente en un *referéndum* revocatorio, el accionar del gobierno se centró en tres áreas entrelazadas. Por un lado, la industria petrolera —a través de la recuperación del control político de la empresa Petróleos de Venezuela S.A. —PDVSA— y la creación de PETROCARIBE— (5); por otro, la integración latinoamericana —con la propuesta de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América— Tratado de Comercio con los Pueblos (ALBA-TCP), el retiro de la Comunidad Andina (CAN), o el ingreso al Mercado Común del Sur (MERCOSUR); y en tercer lugar, la promoción de mecanismos e instrumentos para la economía social y el desarrollo endógeno (6) (Schaposnik y Pardo, 2013a, b y c; Pardo y Schaposnik, 2014).

(5) PDVSA es una empresa estatal que ocupa la quinta posición entre las compañías más grandes en el negocio petrolero a escala mundial. PETROCARIBE fue creada en 2005 por Venezuela como una de las divisiones energéticas del proyecto PETROAMERICA, con el anhelo de alcanzar la unión energética continental. En la actualidad, engloba a 19 Estados centroamericanos y caribeños: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Cuba, Dominica, Granada, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, Nicaragua, República Dominicana, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam, además de Venezuela.

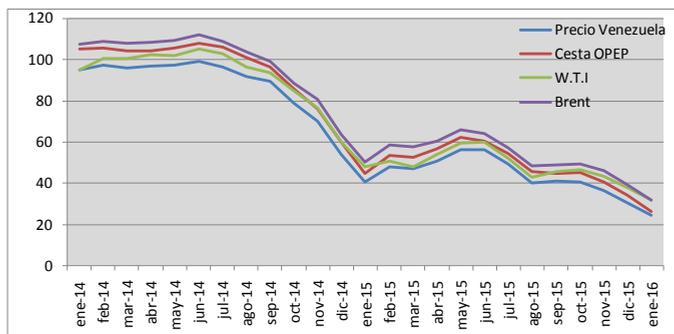
(6) La CAN fue creada en 1996 por el Protocolo de Trujillo en continuidad del Grupo Andino, cuyos miembros son Ecuador, Perú, Colombia y Bolivia. Por su parte el MERCOSUR nace con el Tratado de Asunción en 1991, que suscriben Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Luego se incorporó Venezuela (2006) y, recientemente Bolivia —en proceso de adhesión—. En cuanto al ALBA-TCP surge en diciembre de 2004, con la firma de la Declaración Conjunta entre Venezuela y Cuba. A partir de allí, se incorporaron nueve: Bolivia (2006), Nicaragua (2007), Mancomunidad de Dominica (2008), Ecuador, San Vicente y las Granadinas y Antigua y Barbuda (2009), Santa Lucía (2013), San Cristóbal y Nieves, y Granada (2014).

Luego, a principios de 2005 se presenta la propuesta de un “socialismo del siglo XXI” y se elabora el plan de desarrollo 2007-2013, el que según Baez y Cordido (2012) cumple con las líneas generales trazadas, toda vez que impulsó la oferta de servicios a las comunidades más pobres que antes estuvieron excluidas, reduciendo las inequidades sociales. El denominado Primer Plan Socialista (PPS) instala un doble componente: en primer lugar indica qué nuevos productos son necesarios para equilibrar la estructura productiva, centrándose en los alimentos para garantizar la soberanía alimentaria en la producción manufacturera; y en segundo, modifica el sujeto productivo, insertando a los pequeños y medianos productores, al poder comunal, a las asociaciones y a las cooperativas.

En pleno desarrollo del PPS, el fallecimiento del presidente Chávez en marzo de 2013 planteó nuevos interrogantes al proceso de transformaciones iniciado en 1999. Si bien, antes de su deceso se llegaron a delinear las estrategias del Plan de la Patria 2013-2019 —actualmente en curso de ejecución con el gobierno a cargo de Maduro Moros—, su ausencia física desafió no sólo a sortear la pérdida del evidente liderazgo que ejercía, sino también, campear las réplicas de la crisis global capitalista originada en 2007-2008.

Por cierto ella se manifestó y manifiesta de manera distinta en cada país. Por ejemplo, mientras en aquel entonces EE.UU. y países europeos se sumergían en crisis de deudas y financieras por ausencia de regulaciones y controles de organismos internacionales, los países exportadores de materias primas se beneficiaron del aumento ficticio de precios vinculados al traslado de negocios especulativos (7). Sin embargo, desde 2014, en lo que respecta al crudo —como se ve en el gráfico a continuación— y otros minerales se registra una radical caída del precio con lo cual, grandes países exportadores se vieron muy afectados como —se tratará más adelante— Venezuela.

Gráfico N° 1. Evolución del precio del petróleo —en dólares/barril— desde enero 2014 a enero 2016



Fuente: elaboración propia sobre la base de: <http://www.mpetromin.gob.ve/portalmenpet/secciones.php?option=view&idS=45>

Frente a este panorama, los gobiernos de Arabia Saudita, Venezuela, Qatar y Rusia acordaron en febrero de 2016 congelar la producción de petróleo a niveles de enero, a los fines de comenzar a incidir en el mercado y reconfigurar la producción, la distribución y el precio. A pesar de ello no se ha recuperado su valor y la complejidad de las causas —geopolíticas y económicas entre otras— no hace sino intensificar las tensiones en el seno de los países OPEP y ralentizar las economías mundiales.

(7) Esta situación originó una acumulación de divisas —por caso en América Latina— excepcional, que motivó a los movimientos sociales y a los gobiernos de la región a diseñar e impulsar una Nueva Arquitectura Financiera en la Región (Schapounik y Pardo, 2008, 2009, 2011).

III. La cuestión de la integración regional

III.1. Acerca de los “giros” dados

Como se anticipó, a partir de 1999 Venezuela propone una nueva participación en la integración regional como parte de su política exterior. Comprende, por ejemplo, la decisión de retirarse de la CAN, la creación del ALBA-TCP junto a una nueva constelación de instrumentos; y su interés por incorporarse al MERCOSUR. Incluso, a partir de 2007 fue ampliando la cartera de socios económicos, para disminuir el riesgo de quedar atrapado por el modelo hegemónico impuesto por los países centrales y diversificar las relaciones económicas. Se fortalecieron así los vínculos con Irán, Rusia, India y China —país con el que se firmaron importantes acuerdos productivos—. Ello “no suponía descuidar la prioridad entre las prioridades: la región latinoamericana, porque así es el centro de gravedad de la perspectiva bolivariana del paradigma económico chavista” (Serrano Mancilla, 2015: 463).

En relación al retiro de la CAN anunciado en julio de 2004 en la reunión del Consejo Presidencial Andino, las razones pueden hallarse en las negociaciones de Tratados de Libre Comercio de los gobiernos de Colombia y Perú firmados en 2005 y 2006 respectivamente junto a Estados Unidos, ya que estarían contradiciendo los objetivos del Acuerdo de Cartagena que dio origen a la Comunidad; e incluso, el modelo de integración previsto en sus mecanismos. Según Laredo y otros (2006: 56) el gobierno venezolano consideraba que “corría peligro de escindirse o convertirse en un esquema sumergido en el proyecto globalizador impuesto por los países desarrollados”. Además, pusieron en duda “la viabilidad de los compromisos andinos y despertaron fuertes controversias internas y a nivel regional” (Porta, 2008: 29).

Asimismo, la caducidad de los acuerdos preferenciales APTA y APTDEA (8) firmados entre EE.UU., Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, junto al fracaso de las negociaciones por el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y al cambio de estrategia de EE.UU. hacia la región, llevaron a Venezuela a mirar el MERCOSUR. Los objetivos perseguidos al solicitar su ingreso parecieron centrarse en “una calculada jugada política orientada a recomponer el tablero geoestratégico suramericano, en el marco del debate ideológico que ha dominado la política exterior venezolana y la confrontación con los Estados Unidos” (González Urrutia, 2007: 7).

En igual sentido, Romero Méndez (2007: 7) entiende que el interés por el MERCOSUR, se inscribe en el cambio de las bases y fundamentos de la política exterior de Venezuela. En lo esencial, la diplomacia “hiperactiva” venezolana desarrolló una “contra-agenda” que combinó: la utilización del petróleo “como instrumento principal de participación en el escenario mundial y hemisférico”, la promoción de un nuevo modelo político “bajo la captura del Estado por nuevas élites”, la democracia participativa y protagónica, un nuevo modelo económico que impulsa “el desarrollo endógeno y el socialismo del siglo XXI” y la promoción de “una diplomacia social con el respaldo a diversas organizaciones políticas sociales y culturales globales en el ámbito internacional”.

Esta tesis se refuerza también desde el punto de vista comercial. De hecho, si bien se trata de la tercera economía de Sudamérica, del segundo exportador de la región y uno de los principales productores mundiales de petróleo, su importancia contrasta “con la escasa magnitud relativa de sus relaciones comerciales con el bloque; sus compras a la región no sólo son muy inferiores a los principales flujos intrazona, sino que también representan una pequeña porción de sus importaciones totales (...) el grueso de sus exportaciones se dirige a otros mercados por fuera de la región” (Porta, 2008: 19).

(8) APTA o Ley de Preferencias Arancelarias Andinas nace como parte del Plan de guerra contra las drogas que el Presidente Bush formuló en 1991, cuyo objetivo era la estimulación y creación de alternativas de empleo para sustituir la producción y tráfico ilícito de drogas, a través de la diversificación y aumento del comercio entre los países andinos y los Estados Unidos. En 2002 se aprueba la Ley Comercial que incluye en su Título XXXI la Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y de Erradicación de Drogas o APTDEA, que estipula el tratamiento libre de arancel para productos anteriormente excluidos.

Así que, dados el anclaje en la bonanza de una economía rentista fundada en la ventaja comparativa del petróleo y la integración regional —recuperando el ideario de Simón Bolívar—, el proyecto ‘alternativo’ al neoliberal —que alentaba “la copia del modelo clásico de desarrollo capitalista avanzado, sin pensar en las diferencias existentes, tanto históricas como estructurales, entre Europa, Estados Unidos de Norte América y América Latina” (Schaposnik, 1992: 29)— se perfiló como “una manifestación del proceso de reconfiguración de las relaciones regionales e internacionales y de la economía mundial; un proceso marcado por el relativo declive del poder de los Estados Unidos y la emergencia de nuevos polos geoeconómicos de influencia” (Girvan, citado en Benzi, 2010: 78).

III.2. Acerca del contenido y sentido de la integración en pos del desarrollo

Una visión acerca del estilo de integración y del desarrollo que impulsó y comparte Venezuela junto a sus asociados se halla en las declaraciones de Cumbres Presidenciales del ALBA-TCP. De hecho, en una investigación finalizada en 2013 se identificó que el discurso de ellas propone alcanzar un desarrollo calificado como “justo y sustentable” (9), “endógeno”, “compartido”, “integral”, “socio económico”, “equitativo”, guiado por el “paradigma del Buen Vivir” y asentado en los principios del ALBA-TCP —esta última como condición indispensable—. En este marco y desde una nueva visión epistémica del sur se propone otra forma de desarrollo sostenible y, dentro de la sociología de las ausencias, se entiende como “la posibilidad de que la ciencia no entre como monocultura sino como parte de una ecología más amplia de saberes, donde el saber científico pueda dialogar con el saber laico, con el saber popular, con el saber de los indígenas, con el saber de las poblaciones urbanas marginales, con el saber campesino” (De Sousa Santos, 2006: 26) (10). Dicho paradigma parte de una crítica al modelo de desarrollo contemporáneo cuestionado por su racionalidad, el énfasis en los aspectos económicos y el mercado, su obsesión con el consumo y el mito de un progreso continuado (Gudynas, 2011).

Por otro lado, se anuncia que se trabajará en proyectos de desarrollo “endógeno”, entendiendo por tal el que se sustenta en las potencialidades propias de cada comunidad, encaminadas a promover el beneficio colectivo y el desarrollo local, de modo tal que será autosuficiente, ecológicamente solvente —utilizando en forma racional sus recursos naturales— y estará basado en transformaciones estructurales “en las relaciones sociales, en las actividades económicas y en su distribución en el espacio, así como en la estructura del poder” (Nerfin, 1978 citado en Jaua, 2005: 24). Retoma así, la tesis elaborada por Osvaldo Sunkel sobre un desarrollo “desde dentro” y de Fajnzylberg respecto al aprovechamiento del esfuerzo interno en aras de configurar una estructura productiva funcional a las carencias y capacidades específicas de cada país.

Estas concepciones pueden interpretarse como “formas de desarrollo alternativas” o “alternativas de desarrollo” que animan a pensar en dos implicaciones: la epistémica y la política. Al respecto De Sousa Santos entiende que la primera se refiere a “que los países que no son simétricos, aquellos que son considerados subdesarrollados, no tienen la posibilidad de autonombrarse porque la teoría ya los nombró desde el inicio”, y en ese sentido, “no pueden pensar características suyas y valorarlas, si no es dentro del canon que se llama ‘país desarrollado’”. La segunda alude a la dimensión “que impide pensar que los países ‘subdesarrollados’ puedan ser más ‘desarrollados’ en algunos aspectos” lo cual resulta devastador para su autoestima. Sugiere entonces imaginar “una posibilidad, una racionalidad (...) donde se puedan crear condiciones para modelos de desarrollo

(9) La opción que aparece como más razonable para interpretar el concepto de “desarrollo sustentable” es definirlo como aquel que permite satisfacer las necesidades de la presente generación sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas, como se desprende del Informe Brundtland presentado en 1987 ante la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo de las Naciones Unidas (CNUMAD) y rezeptado en documentos posteriores.

(10) La sociología de las ausencias propone “sustituir las monoculturas por las ecologías” que son cinco: de saberes, de temporalidades, del reconocimiento, de la transescala y de las productividades. Lo que el autor sugiere es “crear la posibilidad de que estas experiencias ausentes se vuelvan presentes” (De Sousa Santos, 2006: 26 y ss.).

contextualizados, y que puedan ser formas de desarrollo alternativo o alternativas de desarrollo”, concluyendo que “solamente así los pueblos pueden formular sus propias opciones” (Chavarría y García, 2004: 102).

En relación a la integración, lo novedoso es que en las Cumbres se alude a una integración “nueva”, “verdadera”, “solidaria”, “complementaria”, “humana”, “alternativa”, a favor del bienestar de los pueblos, con un anhelo por marcar una ruptura con los modelos de integración clásicos; de hecho, estas concepciones no guardan relación con aquellas que inducía el campo intelectual bajo la égida del modelo europeo.

En ese sentido, se entiende la propuesta de facilitar y fortalecer la participación de los movimientos y organizaciones sociales y de los gobiernos nacional-populares para avanzar en la integración de los pueblos, las acciones culturales o en salud. Lo cual se complementa, desde el punto de vista económico y comercial, con la idea de complementariedad, de no competencia en las producciones y la propuesta de creación de una zona económica de desarrollo compartido con el Sistema Unitario de Compensación Regional de Pagos (SUCRE) e instrumentos adicionales (11).

Así, se constató que las Declaraciones Presidenciales incorporan “la voluntad de reconstruir el tejido social y superar las desigualdades que caracterizan a sus países con programas y proyectos prácticos, inclusivos y extensivos a toda la comunidad, basados en los principios de solidaridad y complementación que guían su propuesta; además, del compromiso por recuperar la justicia social a través de la igualdad de posiciones” (Schaposnik y Pardo, 2014: 257). Asimismo, sus instrumentos y mecanismos, estructuran el proceso de manera “flexible, coordinada y ensamblada respondiendo a un compromiso ético-político con los problemas funestos a los que estaban confinados países como los del ALBA-TCP” (Schaposnik y Pardo, 2014: 258).

IV. El modelo productivo propuesto

A lo largo del período se definieron tres planes de desarrollo económico y social, en los que se identifican propuestas acerca del “modelo productivo” venezolano, como se observa a continuación:

Cuadro N° 2. Planes de desarrollo económico y social

Planes	Características - Objetivos
Plan 2001-2007	- Prevé el cambio estructural de una economía rentista a otra de tipo productivo a fin de mejorar la calidad de vida —educación, salud, seguridad—, con el impulso a la industria, la agricultura, el comercio, el turismo y la construcción de infraestructura, para la creación de empleos. - Establece 5 equilibrios: <i>Económico:</i> economía productiva y diversificación de la actividad no petrolera, estimulando la economía social. <i>Social:</i> inclusión y justicia social. <i>Político:</i> democracia bolivariana con la participación protagónica del pueblo. <i>Territorial:</i> ocupación y consolidación del territorio, mediante una descentralización desconcentrada. <i>Internacional:</i> soberanía nacional y un nuevo modelo de integración latinoamericana y caribeña.

(11) El SUCRE es un mecanismo creado para canalizar los pagos internacionales derivados de operaciones comerciales mediante la utilización de una moneda virtual “sucre”, en lugar del dólar estadounidense. Buscó con ello, reducir los costos de las transacciones y la disposición de moneda extranjera para los pagos internacionales.

Plan 2007-2013	<p>- Propone la construcción del “socialismo del siglo XXI” a través de directrices. Se destaca entre ellas, la construcción de un “Modelo Productivo Socialista” conformado —sin descartar las empresas del Estado y las capitalistas privadas— por las Empresas de Producción Social —EPS—, entidades económicas dedicadas a la producción de bienes y servicios con relaciones de igualdad entre sus integrantes y planificación participativa. En suma, para que la producción responda primordialmente a las necesidades humanas sin quedar subordinada a la obtención de riqueza y a la reproducción del capital.</p> <p>-Reserva al Estado el control total de las actividades productivas consideradas de valor estratégico para el desarrollo del país. Enfatiza —además de la industria energética—, el desarrollo de la industria básica no energética, la producción de alimentos, la manufactura en general, el turismo y los servicios básicos para la población y en apoyo a la producción. Sin embargo, se destaca el papel decisivo del petróleo en el modelo: “no sólo puede considerarse una fuente rentística extraordinaria; también puede considerarse una palanca poderosa de desarrollo industrial que va más allá de su extracción y que abarca las actividades subsiguientes, es decir, primero la refinación y luego la petroquímica” (Venezuela, 2007: 39).</p>
Plan 2013-2019	<p>Contempla cinco objetivos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Profundizar la independencia nacional, preservando y consolidando la soberanía sobre los recursos petroleros y demás recursos naturales estratégicos, de modo que su incorporación al proceso productivo garantice la satisfacción y acceso democrático de la población a los bienes y servicios para el vivir bien. Propone fortalecer el ALBA, como instrumento para un desarrollo justo, solidario y sustentable, así como los mecanismos de cooperación en el MERCOSUR, incentivando proyectos que permitan diversificar la economía venezolana. 2. Continuar con la construcción del socialismo bolivariano, impulsando la transformación del sistema económico para trascender el modelo rentista petrolero capitalista. 3. Consolidar el papel de Venezuela como potencia energética mundial, lo cual implica construir un amplio tejido industrial orientado a bienes esenciales de consumo final y/o generador de valor. A tal fin, se promoverán los eslabones productivos de la industria nacional identificados con proyectos de áreas prioritarias como: automotriz, electrodomésticos, materiales de construcción, transformación de plástico y envases, química, hierro, acero y aluminio, entre otras. 4. Contribuir al desarrollo de una nueva geopolítica internacional, que significa seguir desempeñando un papel protagónico en la construcción de la unión latinoamericana y caribeña, fortalecer PETROCARIBE, MERCOSUR y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños —CELAC—, consolidar la Unión de Naciones Suramericanas —UNASUR— y avanzar en la creación de encadenamientos económicos y productivos y esquemas de financiamiento para la región, para fortalecer la industria nacional y garantizar el suministro seguro de productos⁵. 5. Apoyar la preservación de la vida en el planeta, impulsando un modelo económico productivo eco-socialista basado en una relación armónica entre el hombre y la naturaleza.

Fuente: elaboración propia sobre la base de Venezuela (2001-2007) (2007-2013) (2013-2019).

⁵CELAC es un mecanismo intergubernamental de diálogo y concertación política puesto en marcha en diciembre de 2011. Su membresía incluye a los treinta y tres países de América Latina y el Caribe.

UNASUR nace en 2008, La integran doce países suramericanos: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela.

IV.1. La estructura productiva ideal vs. real: entre luces y sombras

Ciertamente se registran en el país avances en la lucha contra el latifundio y mejoras significativas en el campo social. Ellas se refieren al cumplimiento de Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) de la Organización de Naciones Unidas —en especial por la creciente inversión en política social entre 1999 y 2012—. De hecho, sus valores superaron el 62,5% de los ingresos fiscales —equivalente entre el 11% y el 18% del PBI—, según el Instituto Nacional de Estadística de Venezuela (INE, 2013). En tal sentido, según Serrano Mancilla (2015: 426), organizaciones como CEPAL, FAO, PNUD y OIT, “han destacado los avances en materia de economía humanista, social y popular”, que en cifras se traducen por ejemplo en: la baja en la tasa de desnutrición del 21% al 3% —entre 1998 y 2012—; las metas alcanzadas en materia de inclusión por alfabetización que alcanzaron una calificación de 96 puntos —en una escala de 100— en el año 2010; la mejora en el Índice de Desarrollo Humano (IDH) de 0.677 en el año 2000 a 0,764 en 2014 —según el Informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2014—; la reducción de la mortalidad infantil del 25 por mil en 1990 a 13 por mil en 2010.

Sin embargo, los sectores de la agricultura y la industria han mostrado poco dinamismo y no se ha podido superar la dependencia hacia los productos importados. Por ello, aunque pudiera lograrse la seguridad alimentaria se estaría lejos de la soberanía alimentaria con base en la producción nacional de alimentos. Además, la no realización de inversiones necesarias en el sector manufacturero para ampliar la capacidad instalada y superar la obsolescencia tecnológica, conlleva a que el aumento de la demanda agregada interna se abastezca en forma creciente por las importaciones (12). Un detalle de las mismas, de acuerdo a la base de datos de la CEPAL, confirma lo siguiente:

Cuadro N° 3. Composición de la importación de bienes (2014)

Bienes	Porcentaje
Bienes de consumo	10.9 %
Bienes intermedios	64.0 %
Bienes de capital	19.2 %
Vehículos	5.9 %

Fuente: elaboración propia sobre la base de datos publicados en CEPALSTAT (2014).

Otro aspecto a tener en cuenta es que la transformación del modelo de capitalismo rentístico en un Nuevo Modelo Productivo (NMP) socialista enfrenta dificultades y está condicionado. De un lado, por el plusvalor generado por la renta petrolera —que supera con creces la productividad nacional y le confiere una capacidad de compra externa mayor al ingreso derivado de su propio esfuerzo—; de otro, por la ausencia de una industria de maquinarias, equipos y tecnología necesaria para promover el desarrollo de los demás sectores de la economía —sobre todo bienes de consumo esenciales—. Según Santeliz Granadillo (2008) a estos obstáculos se suma la presencia de barreras estructurales, institucionales y políticas que impiden la asignación de recursos fiscales a usos más productivos, o los incentivos a la inversión real.

(12) El gobierno estableció un Sistema Complementario de Administración de Divisas (SICAD) mediante el cual se determinan las divisas que se entregan a las empresas privadas —con tres tipos de cambio diferentes— y define áreas prioritarias o de primera necesidad —como medicinas, alimentos, vivienda y educación—. La brecha existente entre los tipos de cambio oficiales y el del mercado paralelo indican que la cantidad de divisas entregadas resulta insuficiente (CEPAL, 2014).

La cuestión es que, los países que controlan los recursos y las reservas —así como las empresas petroleras poseedoras de tecnología y capital— interactúan en un mercado global incierto, dinámico y competitivo. En ese marco, los gobiernos buscan conciliar objetivos que van desde maximizar su apropiación de renta petrolera hasta atraer inversiones para desarrollar el sector, pasando por lograr el abastecimiento del mercado interno y una producción eficiente de hidrocarburos, entre otras metas de política (CEPAL, 2013).

En ese contexto Venezuela, potencia petrolera mundial que en 2012 se ubicó en el segundo lugar de la producción regional —detrás de México—, tiene la particularidad de emprender una economía dependiente de esta industria, la cual representa más del 80% de sus exportaciones y aporta más de un tercio de los ingresos totales necesarios para financiar el gasto público (Schaposnik y Pardo, 2015). De hecho, de acuerdo a la base de datos de la CEPALSTAT (2014), las exportaciones continúan concentrándose en el petróleo (85.1%). Luego, en orden de importancia siguen: alcohol metílico —metanol— (0.6%); mineral de hierro y sus concentrados (0.3%); esponja de hierro o de acero y abonos nitrogenados y productos fertilizantes nitrogenados (0.2% cada uno); y en último lugar amoníaco licuado o en solución, barcos y botes —excepto los barcos de guerra—, otros hidrocarburos, demás alcoholes acíclicos y sus derivados y ferroaleaciones (0.1% respectivamente). Esto explica por qué su política energética está tan ligada al sector.

Por otro lado, si bien la magnitud y persistencia de los precios altos del petróleo —particularmente entre 2003-2008 y 2010-2012— han motivado una creciente atención política hacia el grado de progresividad de la participación del Estado en las rentas del sector exportador (CEPAL, 2013), en el año 2015 el aumento del volumen exportado no podría compensar la fuerte caída en los precios internacionales, situación que originaría un déficit en su balanza comercial de 4.406 millones de US\$ equivalente al 0.6% del PBI, la continuidad de la escasez de bienes y el deterioro de los términos del intercambio.

Cuadro N° 4. Variación del comercio exterior proyectada (2015)

	Precio	Volumen
Exportaciones	-46.5%	5.9 %
Importaciones	-7 %	-8.2 %

Fuente: CEPAL (2015)

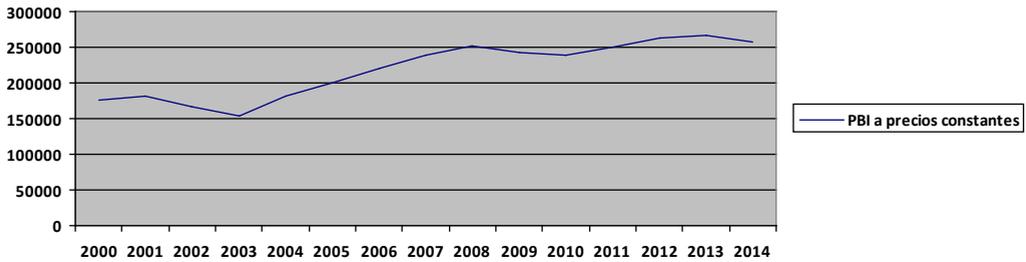
Cuadro N° 5. Saldo de la balanza comercial (en millones de US\$)

Año	2013	2014	2015
Saldo	30.900	16.937	-4.406
% s/ PBI	8%	2.9%	-0.6%

Fuente: CEPAL (2015)

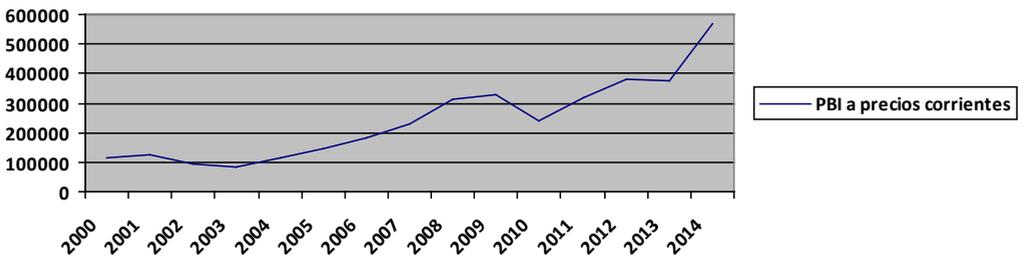
Asimismo, las fluctuaciones en el precio internacional pronostican contracciones en el PBI. Si bien Venezuela pasó de tener 90.000 millones de US\$ en 2003 a más de 568.000 millones de US\$ —a precios corrientes—, se observa, por ejemplo, que la tasa de variación a precios constantes en 2013 fue de 1,3% —en comparación con un incremento del 5,6% en 2012—; y se estima -4% a 2014 y -10 % respecto a 2015 (FMI, 2015). La evolución del mismo a precios constantes y a precios corrientes fue como se observa en los gráficos a continuación:

Gráfico N° 2. PBI a precios constantes (2000-2014)



Fuente: elaboración propia sobre la base de datos publicados en CEPALSTAT (2014).

Gráfico N° 3. PBI a precios corrientes



Fuente: elaboración propia sobre la base de datos publicados en CEPALSTAT (2014).

Situaciones similares a esta, suceden en otros países subindustrializados donde abundan los recursos naturales, y ellos se convierten no sólo en la fuente principal de exportaciones y vínculo con el mercado mundial, sino también, en una potencial “enfermedad periférica”. Se trata de un problema crónico —estudiado por Raúl Prebisch—, que particularmente en épocas de auge de las exportaciones y altos precios, se traduce erróneamente como una “maldición” para el desarrollo (13). La cuestión para Ferrer (2011: 21) —recuperando el análisis de Marcelo Diamand— es que “la estructura resultante es vulnerable a los cambios de la demanda y los precios internacionales de los bienes exportados y tiene una baja capacidad de difundir los beneficios, de los tiempos de auge, en el tejido social y productivo”.

Frente a la necesidad de cambios cualitativos en la estructura productiva, para superar dificultades y problemas crónicos, la CEPAL (2012: 17) sostiene la importancia de colocarlos en el centro de la dinámica de crecimiento y la necesidad de construir un proyecto de desarrollo inclusivo. Se refiere también a la sostenibilidad ambiental, la distribución y la apropiación de bienes colectivos. Señala asimismo la “urgente necesidad de promover mayor productividad en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas y de las microempresas, sobre todo por su capacidad para generar

(13) En la literatura económica se la conoce como “enfermedad holandesa” desde la década de 1960, cuando la aparición repentina de hidrocarburos en el Mar del Norte provocó una avalancha de divisas, apreció el tipo de cambio y descolocó al resto de los sectores productivos. En Holanda esta situación fue pasajera, no así en Venezuela donde subsiste desde principios del siglo XX al iniciarse la producción petrolera a gran escala.

empleo y convertirse en grandes centros de difusión del conocimiento y de apropiación de la tecnología”.

De ello se desprende que si bien se avanzó en materia de inclusión social, a partir de políticas de salud, educación y vivienda, y en el fortalecimiento del sector petrolero y la industria vinculada, a través de PDVSA, no se registran avances significativos en la diversificación productiva. Tampoco, más allá de los programas y planes enunciados, se identifican sectores productivos favorecidos específicamente por las políticas públicas que permitan sustituir importaciones, superar la vulnerabilidad externa y la dependencia; en definitiva, modificar estructuralmente el patrón de desarrollo y crecimiento.

En el marco de un proceso dinámico y atendiendo a la emergencia económica, el presidente Maduro anunció medidas tendientes a superar el rentismo petrolero y diversificar el aparato productivo venezolano. Entre ellas, en enero de 2016 la instalación del Consejo Nacional de Economía Productiva y la “Agenda Económica Bolivariana”, con catorce motores de acción (14). A un mes de ese lanzamiento y en un balance de la Agenda, afirmó que se abre un camino a un nuevo modelo independiente y productivo de la economía nacional (15).

V. Consideraciones finales

Evidentemente, los cambios buscados en la estructura productiva con los giros en la integración regional y los Planes de Desarrollo Económico y Social no han quedado, por el momento, sino en un anhelo de transformaciones económicas en Venezuela. Ante ello, y dada la crisis global del sistema capitalista que incluye la petrolera, continúa vigente el desafío —de igual modo que en otros países denominados subdesarrollados— de enfrentar y superar el dilema de la vulnerabilidad externa.

No obstante, se observa que sí se han registrado logros en materia social, educativa y de salud. También, en el plano epistémico, novedades respecto a las concepciones plasmadas en los documentos, planes, políticas, instrumentos y mecanismos que pueden entenderse con el propósito de originar cambios culturales estructurales. En ese sentido, se advierte que no pueden comprenderse a partir de las teorías existentes, que incluyen los instrumentos más sutiles y eficaces de colonización a través de la racionalización de las interpretaciones científicas de la realidad, con un desdén por discutir el sentido y contenido del desarrollo.

La disyuntiva expuesta invita entonces a reflexionar —más allá de los aciertos y contradicciones— sobre la relevancia de imaginar y sostener alternativas que permitan pensar en otros desarrollos, a la medida de nuestros pueblos.

VI. Bibliografía

ALVAREZ, Víctor (2009). *Venezuela: ¿Hacia dónde va el modelo productivo?* (on line), Centro Internacional Miranda, Venezuela. Disponible en: http://www.clacso.org.ar/libreria_cm/archivos/pdf_199.pdf [Fecha de consulta: 13/03/2015].

ARAUJO, Orlando (2010). “La industrialización en Venezuela”, en: *Suplemento de la Revista del Banco Central de Venezuela* (on line), Caracas, XXIV, 1. Disponible en: <http://www.bcv.org.ve/Upload/Publicaciones/rbcvs012010.pdf> [Fecha de consulta: 03/03 2015].

(14) Estos motores, mencionados en orden, son: agroalimentario, farmacéutico y medicinas, industrial, exportaciones, economía comunal, social y socialista, hidrocarburos, petroquímica, minería, turismo nacional e internacional, construcción, forestal, militar industrial, telecomunicaciones e informática, banca y finanzas.

(15) Discurso del presidente Nicolás Maduro Moros el 17/2/2016, disponible en: <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2016/02/Acciones-economicas.pdf>

BAEZ, Zoraida y CORDIDO, Ramón (2012). *Análisis del Plan Nacional Simón Bolívar* [on line]. Venezuela: Universidad de Oriente, Núcleo Anzoátegui. Disponible en: <http://es.slideshare.net/rcordido/anlisis-plan-nacional-simn-bolvar-14445377> [Fecha de consulta: 2/03/2015].

BENZI, Daniele (2010). “¿En la hora de las definiciones? Una aproximación al ALBA al atardecer del neoliberalismo”, en: *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana* [on line], 10. México. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=211015968004> [Fecha de consulta: 26/10/2014].

CEPAL (2012). *Cambio estructural para la igualdad. Una visión integrada del desarrollo*. Disponible en: http://www.cepal.org/pses34/noticias/documentosdetrabajo/4/47424/2012-ses-34-cambio_estructural.pdf

— (2013). *Recursos naturales. Situación y tendencias para una agenda de desarrollo regional en América Latina y el Caribe*. Disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/35891-recursos-naturales-situacion-y-tendencias-para-una-agenda-de-desarrollo-regional> [Fecha de consulta: 13/03/2014].

— (2014). *Estudio económico de América Latina y el Caribe 2014: Desafíos para la sostenibilidad del crecimiento en un nuevo contexto externo*. Disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/36970-estudio-economico-de-america-latina-y-el-caribe-2014-desafios-para-la#> [Fecha de consulta 17/04/2015].

— (2015). *Panorama de inserción internacional de América latina y el Caribe. La crisis del comercio regional: diagnóstico y perspectivas*. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39010/S1501143_es.pdf?sequence=4 [Fecha de consulta: 30/10/2015].

CEPALSTAT (2014). *Bases de datos y publicaciones económicas: Perfil económico de Venezuela*. Disponible en: http://interwp.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Economico.html?pais=VEN&idioma=spanish [Fecha de consulta: 15/10/2015].

CHAVARRÍA, Miguel y GARCÍA, Fernando (2004). “Otra globalización es posible. Diálogo con Boaventura de Souza Santos”, en: *Revista Íconos* [on line]. Ecuador: Flacso, 019, 100-111. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=50901912> [Fecha de consulta: 20/04/2015].

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2006). *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social (encuentros en Buenos Aires)* [on line]. Clacso. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/coediciones/20100825032342/critica.pdf> [Fecha de consulta: 20/04/2015].

FERRER, Aldo (2011). “Marcelo Diamand y la “Enfermedad Holandesa”, en: Pablo I. Chena, Norberto E. Crovetto, Demian T. Panigo (coord.). *Ensayos en honor a Marcelo Diamand*. Argentina: Ed. Miño-Dávila, pp. 21-24.

GONZÁLEZ URRUTIA, Eduardo (2007). “La incorporación de Venezuela al Mercosur: implicaciones políticas en el plano internacional”, en: *Ildis* [on line]. Caracas. Disponible en: http://www.ildis.org.ve/website/p_index.php?ids=7&tipo=P&vermas=98 [Fecha de consulta: 05/05/2015].

GUDYNAS, Eduardo (2011). “Buen vivir: germinando alternativas al desarrollo”, en: *América Latina en Movimiento, ALAI*. Quito, pp. 462, 1-20. Disponible en: <http://www.globalizacion.org> [Fecha de consulta: 07/06/13].

INE - Instituto Nacional de Estadística de Venezuela (2013). *Cumpliendo las metas del milenio 2012* [on line]. Caracas. Disponible en: http://sisov.mppp.gob.ve/estudios/233/CUMPLIENDO_LAS_METAS_DEL_MILENIO_23-09-13.pdf [Fecha de Consulta: 20/04/ 2015].

JAUJA, Elías (2005). “La emergencia del desarrollo endógeno”, en: *Revista Desde dentro*. Venezuela: Ministerio para la Economía Popular, p. 1.

LANDER, Edgardo y NAVARRETE, Pablo (2007). *La política económica de la izquierda latinoamericana en el gobierno* [on line], en: Fiona Doves (edit), Havens Center, Rosa Luxemburg Stiftung, Transnational Institute, Amsterdam. Venezuela Disponible en: <http://www.tni.org/es/briefing/la-pol%C3%ADtica-econ%C3%B3mica-de-la-izquierda-latinoamericana-en-el-gobierno-venezuela> [Fecha de consulta: 15/04/ 2015].

LAREDO, Iris y otros (2006). “Perspectivas del MERCOSUR ante la incorporación de Venezuela”, en: *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*. La Plata: Instituto de Integración Latinoamericana, XII, p. 14.

PARDO, Eugenia Candelaria y SCHAPOSNIK, Carmen Rosa (2014). “Las cooperativas en la nueva dimensión social del ALBA-TCP: alternativas hacia la seguridad alimentaria”, en: Lou Hammond Ketilson & Marie-Paule Robichaud Vill Ettaz (coord.), *Le Pouvoir D’Innover Des Coopératives* (on line). Quebec: Edit. Cumbre Internacional de Cooperativas Quebec, pp. 795-806. Disponible en: https://www.sommetinter.coop/sites/default/files/article-scientifique/files/2014_51_pardo.pdf

PINTO, Aníbal (2008). “Notas sobre los estilos de desarrollo en América Latina”, en: *Revista de la CEPAL* [on line], 96. Disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/37447-revista-de-la-cepal-no96> [Fecha de consulta: 25/03/2015].

PORTA, Fernando (2008). *La integración sudamericana en perspectiva. Problemas y dilemas* [on line]. Documento de proyecto CEPAL. Santiago de Chile: CEPAL. Disponible en: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/34708/docw32.pdf> [Fecha de consulta: 03/04/2015].

ROMERO MENDEZ, Carlos (2007). “La entrada de Venezuela en el Mercosur: repercusiones internas”, en: *Ildis* [on line], Caracas. Disponible en: <http://www.ildis.org.ve/website/administrador/uploads/DocumentoEntradaVenezuelaenMercosurCRomero.pdf> [Fecha de consulta: 02/02/2015].

SANTELIZ GRANADILLO, Andrés (2008). “Venezuela: 1999-2009. La economía en diez años de gobierno revolucionario”, en: *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales* [on line], pp. 4, 3, 83-119. Disponible en: <http://www.scielo.org.ve/pdf/rvecs/v14n3/art06.pdf> [Fecha de consulta 17/04/2015].

SCHAPOSNIK, Eduardo Carlos (1992). *Estrategias para la integración latinoamericana*. Bogotá: Universidad Central.

SCHAPOSNIK, Carmen Rosa y PARDO, Eugenia Candelaria (2015). “Petrocaribe y ALBA_TCP. Dos pilares de la política energética de Venezuela hacia la región”, en: Noemí Beatriz Mellado (edit.). *Estrategias de inserción internacional e integración latinoamericana en el siglo XXI*. Córdoba: Lerner Editora SRL, pp. 219-241.

— (2014). “La agenda social en el ALBA-TCP”, en: Noemí Beatriz Mellado (edit. y coord.). *Regionalismo Latinoamericano*. Córdoba: Lerner Editora SRL, pp. 229-262.

— (2013a). “Educación, cooperativas y cohesión social en el ALBA-TCP”, en Noemí Beatriz Mellado (coord. y edit.). *Problemáticas del regionalismo latinoamericano en los inicios del siglo XXI*. San Salvador: Edit. Delgado, pp. 355-382.

— (2013b). “ALBA-TCP y educación: dos aliados estratégicos en la construcción de Nuestra América”, en: *Revista Densidades* [on line], 12, pp. 45-58. Disponible en: https://issuu.com/densidades/docs/densidades_n_12/7 [Fecha de consulta: 22/02/2016].

— (2013c). “La integración regional: oportunidades y desafíos para el cooperativismo latinoamericano”, en: Radrigán, Mario y Barría, Cristina (edit.). *Innovación Social y Cooperativa*. Santiago de Chile: RIL° editores, pp. 209-231.

— (2011). “Bank of the South, a Possible Alternative for Funding South American Development”, en: CIRIEC-BANCE, Philippe & BERNIER, Luc (coord.). *Contemporary Crisis and Renewal of Public Action. Towards the Emergence of a New Form of Regulation?* P.I.E. Bruxelles: Peter Lang SA, Editions Scientifiques Internationales, pp. 301-318.

— (2009). “Financiamiento y desarrollo en UNASUR”, en: Noemí Beatriz Mellado (coord. y edit.). *MERCOSUR Y UNASUR ¿Hacia dónde van?* Córdoba: Lerner Editora SRL, pp. 249-283.

— (2008). “Financiamiento a cooperativas en UNASUR. Instituciones multilaterales y expectativas sobre el Banco del Sur”, en: *Revista Aanales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-UNLP*. Buenos Aires: La Ley, pp. 39, 669.

SERRANO MANCILLA, Alfredo (2015). *El pensamiento económico de Hugo Chávez*. Buenos Aires: Ed. Centro Cultural de la Cooperación.

VALENZUELA, Pep (2010). *ALBA, 5 años de construcción de una propuesta de integración regional solidaria para América Latina*, (on line). San Pablo: Alianza Social Continental. Disponible en: <http://www.alternative-regionalisms.org/wp-content/uploads/2012/03/alba.pdf> [Fecha de consulta: 30/05/2012].

VENEZUELA (2001). *Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2001-2007*. Disponible en: <http://www.scribd.com/doc/7370188/Plan-de-Desarrollo-Economico-y-Social-de-la-Nacion-2001-2007#scribd> [Fecha de consulta: 20/03/2015].

— (2007). *Proyecto Nacional Simón Bolívar. Primer Plan Socialista - PPS*. Disponible en: <http://www.psuv.org.ve/wp-content/uploads/2011/03/Proyecto-Nacional-Sim%C3%B3n-Bol%C3%ADvar.pdf> [Fecha de consulta: 20/03/2015].

— (2013). *Plan de la Patria. Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación, 2013-2019*. Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/botones/bot_90998c61a54764da3be94c3715079a7e74416eba.pdf [Fecha de consulta: 20/03/ 2015].

VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (2010). “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, en: *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* [on line], 25, pp. 7-29. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222977001> [Fecha de consulta: 25/08/2015].

Fecha de recepción: 07-03-2016

Fecha de aceptación: 29-07-2016

Los puertos en la provincia de Buenos Aires a 20 años de la “provincialización”

POR **MATÍAS BARONE** (*)

Sumario: I. Introducción. — II. La Ley N° 24.093 de Régimen de Actividades Portuarias y sus antecedentes. La descentralización administrativa como principio rector del proceso de transformación portuaria. — III. El proceso de provincialización en la provincia de Buenos Aires. Normativa provincial portuaria. — IV. Autoridades administrativas provinciales. La Subsecretaría de Actividades Portuarias de la provincia de Buenos Aires. — V. Estado actual. — VI. Conclusiones. — VII. Bibliografía.

Resumen: luego de una severa crisis institucional a nivel nacional se produce, en el marco de la emergencia económica, la transferencia de la administración y explotación de los puertos a las provincias, proceso que se conoce como “provincialización portuaria”. Este proceso fue desarrollado bajo las ideas imperantes en los años 90 vinculadas a la descentralización administrativa y, en algunos casos, a las privatizaciones. Las provincias debieron adecuar sus estructuras administrativas para administrar y explotar los puertos que hasta la fecha ostentaba la Nación. El presente trabajo describe ese proceso y realiza un análisis del estado de situación actual, referenciando toda la normativa vinculada a este proceso como así también describiendo las autoridades portuarias de la provincia de Buenos Aires.

Palabras claves: puerto - Autoridad portuaria - Administración portuaria - descentralización

Ports in the Province of Buenos Aires to 20 years of “Provincialization”

Abstract: after a severe institutional crisis occurs, in the context of an economic emergency, the transfer of the administration and operation of ports to provinces, a process known as “port provincialization” This process was developed under the prevailing ideas in the ‘90s linked to administrative decentralization and, in some cases, privatizations. The provinces had to adequate their administrative structures in order to manage and operate the ports until the date held the nation. This paper describes the process and elaborates an analysis of the current state of affairs, referencing all regulations related to this process, as well as describing the port authorities of the province of Buenos Aires.

Keywords: port - Port Authority - Port Administration - decentralization

I. Introducción

El lapso de dos décadas de administración y explotación de los Puertos por la provincia de Buenos Aires requiere, al menos, algún comentario sobre sus inicios, el desarrollo y su proyección para los próximos años teniendo en cuenta que, el escenario actual en referencia especial a los aspectos políticos, económicos y sociales difiere notablemente de aquellos años (los noventa) y, especialmente, de la concepción que se tenía sobre la administración y explotación de los bienes del Estado, fundamentando así el periodo con características particulares, como ser la descentralización admi-

(*) Prof. Adjunto Ordinario Derecho de la Navegación, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. Titular Asociado Derecho Marítimo y Aeronáutico, Facultad de Derecho, UCALP.

nistrativa —concepto sobre el que volveré— que culmina con la mal denominada “transferencia” —en las propias palabras de aquel régimen de actividades portuarias— o la “provincialización” de los puertos a la esfera provincial debiendo precisar, entonces, su alcance.

El presente trabajo pretende describir ese proceso de provincialización recurriendo sistemáticamente a las normas provinciales —únicamente en el ámbito de la provincia de Buenos Aires— que sirvieron de sustento al mismo, señalando las actuales autoridades provinciales detallando sus antecedentes, funciones u objetivos. Finalmente, establecer el estado de situación actual de los puertos provinciales brindando así, una opinión personal sobre dicho estado y sus posibles proyecciones.

II. La Ley N° 24.093 de Régimen de Actividades Portuarias y sus antecedentes. La descentralización administrativa como principio rector del proceso de transformación portuaria

La mayoritaria bibliografía existente en materia portuaria hace referencia a la descripción de las normas sobre la materia, pero en especial, a la crítica en cuanto a la redacción y contenido de la ley N° 24.093 (B.O. del 26/06/92) que establece el “*Régimen de las Actividades Portuarias*” —en adelante, RAP—, que regula el ámbito de aplicación, la habilitación, administración y operatoria portuaria, la jurisdicción y el control, la autoridad de aplicación, y algunas reglamentaciones, sirviendo como antecedentes ineludibles para describir el inicio de este proceso de transformación portuaria —que culmina con la sanción de la referida ley— los decretos del PEN 2074/90 y 906/9 (1).

El primero de los decretos mencionados, en su artículo 4 disponía la posibilidad de que la Administración General de Puertos (AGP) Sociedad del Estado (2) podía dar en concesión las obras y servicios sobre los puertos de Buenos Aires, Bahía Blanca, Quequén, Rosario, Santa Fe y Ushuaia. El segundo, en cambio, se refería a los puertos no incluidos en ese artículo 4, los que podrían “ser transferidos a las provincias respectivas que así lo soliciten, mediante convenio Nación-Provincia, en un plazo de ciento ochenta (180) días”. También señalaba que ante la falta de demostración de interés por parte de las provincias o la imposibilidad de realizar un acuerdo con la Nación continuarían siendo administrados por la mencionada Sociedad del Estado.

Ese fue sin dudas el comienzo de este proceso, para lo cual es necesario situarse en el contexto histórico de nuestro país para poder entender las políticas proyectadas respecto de la administración portuaria por cuanto, como se verá, si bien el RAP es del año 1992, con anterioridad se realizaron acuerdos con las respectivas provincias para establecer la transferencia de la administración y explotación, sirviendo la norma referida de un soporte jurídico final respecto de tales consideraciones.

(1) Dichos decretos fueron dictados una vez aprobadas las leyes de denominadas de “*Emergencia*” y de “*Reforma del Estado*” Nro. 23.696 (“*Emergencia Administrativa*”) y 23.697 (*Emergencia Económica*), que a través del decreto PEN 1185/89 (Anexo I) prevenían la Privatización, Descentralización y Provincialización de los puertos que hasta ese entonces administraba el Estado Nacional, reformando así el Sistema Portuario Nacional.

(2) Respecto de la Administración General de Puertos (AGP), es preciso formular algunas consideraciones, debiendo señalarse que en el año 1947 por ley N° 12.964 se creó la Administración General de Aduanas y Puertos de la Nación, con el objeto de ejercer la Superintendencia y Dirección de Aduanas y Puertos Nacionales habilitados para el tránsito comercial e intervenir en todas las cuestiones que se promuevan en tales ámbitos. En 1970 por la ley N° 18.663 se decide separar el manejo administrativo de Puertos y Aduanas creándose la Administración Nacional de Aduanas (A.N.A. organismo que se mantiene en la actualidad y desde el año 1997 es la AFIP-DGA, Dirección General de Aduanas), con lo cual el ente anterior quedó tan solo como Administración General de Puertos (A.G.P.). Por decreto del PEN 1456/87, se transforma a la AGP en Sociedad del Estado. El tan criticado decreto del PEN 817/92, dispuso en su artículo 2 la disolución del organismo para cuando hayan “*sido privatizados, transformados o transferidos los puertos que se encuentran bajo su jurisdicción*”, pero lo referido no ocurrió en la totalidad continuando en funcionamiento dicho organismo en la actualidad administrando y explotando (por sí o por terceros mediante concesión) el Puerto de Buenos Aires. Atento a que el decreto 817/92 disponía sin más que la AGP SE estaba en liquidación, el posterior Decreto 19/2003 elimina a la denominación “en liquidación” que pesaba sobre el organismo.

En ese orden de ideas, era claro el objetivo principal o fundamento de aquellas normas en cuanto al término “*descentralización administrativa*” sobre la cual Dromi reseñaba que “el núcleo central de la reforma era la descentralización”. En este caso descentralización institucional consiste en transferir a unidades políticas menores, las provincias y los municipios, actividades de la Nación (Dromi, 1991: 83, 104 y ss.).

Con posterioridad a estas normas sobrevino la denominada “Desregulación de la Actividad Portuaria”, término éste que significa, como claramente lo describía Zucchi: “eliminar las restricciones normativas que traban el desenvolvimiento de una determinada actividad. Cuando esta finalidad se consigue mediante la supresión de organismos públicos la desregulación se manifiesta como reestructuración” (Zucchi, 1994: 45).

La desregulación del sector, entonces, se produjo efectivamente por el dictado de tres normas: 1) el decreto del PEN 2284/91 (B.O. del 1/11/91) de Desregulación Económica, con su capítulo especial para el funcionamiento portuario; 2) el decreto del PEN 2694/91 que reglamenta el Servicio de Practicaje y Pilotaje para los ríos, puertos, pasos y canales de toda la República Argentina, y 3) el decreto del PEN 817/92 (B.O. del 28/05/1992).

En cuanto a la justificación de la necesidad de desregular la actividad portuaria se sostuvo oportunamente que “la desregulación portuaria y del transporte fluvial, marítimo y lacustre tuvo los siguientes objetivos, de acuerdo a lo que surge del texto del decreto N 817/92: a) lograr la fluidez de los mercados que estas actividades involucran; b) supresión de requisitos, homologaciones, intervenciones, inscripciones, privilegios, monopolios y protecciones que inhiben el funcionamiento competitivo y fluido de los puertos; c) privilegiar los principios de libre contratación, libre ingreso de nuevos prestadores y servicios y libre fijación de precios y tarifas de acuerdo a las modalidades de cada actividad, asegurando al eficiencia y continuidad de los servicios; d) ampliar el *mercado de* actividades de funcionamiento en los puertos; e) aplicación del principio que determina que se debe pagar una tarifa únicamente por servicio prestado; f) adaptar los regímenes laborales involucrados a las nuevas condiciones en que se desenvuelve la economía nacional” (Halperin y Canosa, 1994: 970).

Pero específicamente, el decreto del PEN 817/92 estableció entre otras cuestiones, en su Capítulo I, la “Reorganización administrativa y privatización”, creando así la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables en la órbita de la Secretaría de Transporte del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, constituyéndose dicho organismo en la Autoridad Portuaria Nacional (artículo 1) —recordemos ya escindida por completo de la Dirección General de Aduanas—, disponiendo como ya se había anticipado la disolución de la Administración General de Puertos Sociedad del Estado (A.G.P.S.E.), estableciendo además, principios y cuestiones vinculadas a la administración de determinados puertos como ser los de Buenos Aires, Bahía Blanca, Rosario, Quequén, Santa Fe y Ushuaia, caracterizados como los de mayor movimiento en nuestro país.

Asimismo, su Capítulo III, denominado “Practicaje, pilotaje, baquía y remolque”, establece la total desregulación sujetándose así al decreto del PEN 2694/91 permitiendo la participación de los particulares en la función de práctico bajo el control de la Prefectura Naval Argentina —con anterioridad dicho servicio era prestado por la autoridad marítima (3). Su Capítulo IV, regulaba las “Actividades Portuarias” en general.

(3) Del propio texto del decreto 2694/91 surge esta situación, prescribiendo así que “los prácticos habilitados por la autoridad competente, podrán ser contratados libremente por los usuarios para la prestación de sus servicios en carácter de profesionales independientes, ya sean en forma individual o a través de asociaciones o personas jurídicas registradas en las que se nuclean” (artículo 1). Como así también, la exigencia a la autoridad marítima Prefectura Naval Argentina, para que “a partir de la vigencia del presente decreto, abrir sus registros para la incorporación y habilitación de nuevos prácticos, sin límite de número, a todo profesional que reúna las condiciones de idoneidad establecidas por el ordenamiento jurídico vigente que rige la actividad” (artículo 2).

Otro de los temas que trata este decreto es el de las relaciones laborales (Capítulo V. “Regímenes Laborales”) dejando sin efecto “aquellas cláusulas convencionales, actas, acuerdos, o todo acto normativo que establezcan condiciones laborales distorsivas de la productividad o que impidan o dificulten el norma ejercicio de dirección y administración empresaria, conforme lo dispuesto por los artículos 64 y 65 de la Ley de Contrato de Trabajo” (4). Este decreto desreguló varias actividades, tanto marítimas como portuarias pero a los fines de implementar inmediatamente esta norma, se dispuso dejar sin efecto todas aquellas normas que se oponga a dicho decreto (artículo 42).

Respecto de este proceso, y al comentar la política portuaria de aquel momento —bajo el rótulo política liberal portuaria— José Domingo Ray (1993) señalaba: “Afortunadamente en la Argentina se ha iniciado una corriente favorable a la transformación de nuestra economía y no sólo debe implementarse a través de normas legales sino con una aplicación coherente por parte de los poderes administrativos y judicial”.

También se expresó que “del sistema piramidal y monopólico era preciso pasar, en un corto periodo, a un sistema abierto de puertos autónomos que compitieran entre si sin restricciones, permitiendo la convivencia de los puertos propiedad del Estado y los puertos propiedad de los particulares. Asimismo era necesario limitar la participación del Estado en la operación de los puertos de su propiedad, para lo cual había que privatizar la operación total o parcial de sus facilidades, y finalmente había que proveer la seguridad jurídica que permitiera una amplia inversión de riesgo a largo plazo en el sector” (Gordillo, 1998: 38 y ss.).

La transcripción de las opiniones de la época se realizan únicamente con el ánimo de mostrar cuáles eran los fundamentos existentes en dicho período y qué justifica el dictado de esas normas, reiterando lo expuesto en la introducción en cuanto a que la situación dista mucho de las políticas del Estado de la última década —¿menos con el nuevo gobierno?—, pero destacando que la actividad portuaria continúa en la actualidad desarrollándose y rigiéndose por tales principios, y las modalidades que aquí se exponen denotan claramente que esta actividad ha sido transformada como un paliativo a la coyuntura y no como una verdadera política de Estado planificada a futuro, pero no nos apresuremos a las conclusiones finales.

Con posterioridad a estas normas, que supuestamente actuaron en la “*emergencia*”, se sanciona el RAP (ley N° 24.093) reglamentado mediante el decreto del PEN 769/93 (B.O. 22/04/93). Este implicó la sanción de la primera norma específica sobre la materia a nivel nacional ya que los antecedentes desde la constitución de nuestra Nación revelan la creación de organismos, entes, direcciones y/o departamentos, agencias, etc. todas ellas meramente administrativas siendo éstos los encargados de llevar adelante la administración y explotación de los puertos. Claramente el primer artículo de esta norma establece el ámbito de aplicación rigiendo específicamente: “(...) todos los aspectos vinculados a la habilitación, administración y operación de los puertos estatales y particulares existentes o a crearse en el territorio de la República (...)”.

Como lo indicáramos en un artículo elaborado conjuntamente con Erick A. Oms los principales aspectos normativos o ejes de la regulación en materia portuaria en la década del 90, fueron:

“a) Provincialización; b) Dominio Publico y Puertos Particulares y c) Terminales u Operadores Portuarias. Sin dudas, el proceso de profunda reestructuración administrativa llevada a cabo por el Estado Nacional incluye también el área portuaria, ya que se dispuso la disolución de la Administración General de Puertos (A.G.P.), órgano que tenía a su cargo la explotación y conservación portuaria de los puertos comerciales, estructura administrativa que continúa actualmente en funcionamiento.

(4) Para ampliar los efectos que produjo el mencionado decreto sobre el régimen laboral portuario, puede consultarse nuestro trabajo: “Régimen de Trabajo Portuario, Relaciones Laborales en los diversos ámbitos de administración y explotación portuaria”, en: *Revista Ateneo del Transporte*, Nro. 49, Primera Parte (2008) y Nro. 50, Segunda Parte (2009). También en *IJ Editores*, IJ-VL-625.

Esta transformación se presentó en un doble aspecto, por un lado la transferencia a las provincias de las actividades de la administración y explotación de los puertos, facultad *reservada* exclusivamente a la Nación, lo que no implica la transferencia del dominio; y por el otro, la intervención del sector privado en la prestación de los servicios públicos, conforme las diversos procesos licitatorios (nacionales e internacionales) para el establecimiento de la concesión, a cargo de las terminales portuarias, quienes asumieron los riesgos y responsabilidades propios de la actividad, a cambio de la correspondiente contraprestación económica'. (5)

Pero en lo que al presente trabajo interesa, como antecedente a la provincialización portuaria en la provincia de Buenos Aires, el RAP describe en sus artículos 11 a 16 el proceso y formalidades vinculadas a la transferencia del dominio, administración y explotación portuaria nacional a los Estados Provinciales y/o municipales.

En este sentido el artículo 11 de la ley 24.093 establecía que a solicitud de las provincias o municipios en cuyos territorios se sitúen puertos de propiedad y/o administrados por el Estado Nacional, éste conforme el proceso que determine la reglamentación “les transferirá a título gratuito, el dominio y/o la administración portuaria”. Esta idea de la transferencia se encontraba complementada por la reglamentación, ya que el decreto del PEN 769/93, también en su artículo 11 hacía referencia a un plazo de 60 días a partir de la entrada vigencia de dicha reglamentación para que las provincias soliciten la transferencia del “*dominio*” o “*administración*” de los puertos ubicados en su jurisdicción, con excepción de los puertos de Rosario, Bahía Blanca, Quequén y Santa Fe (artículo 12, dec. 769/93). Este artículo 11 de la reglamentación continúa señalando que será necesaria la suscripción de un Acuerdo entre la Nación y provincia respecto de las obligaciones asumidas con anterioridad a la transferencia por aquella.

Sin lugar a dudas que semejante expresión “*la transferencia del dominio*” despertó el comentario de la doctrina de aquel momento ya que la no es lo mismo la transferencia del dominio de un puerto (conforme las ideas de poder, señorío y/o dominación sobre la cosa) o únicamente la administración o explotación del puerto que se ostenta, situación esta última que en nada equivale a contar con un título de propiedad y la posibilidad de disponer libremente de los mismos.

A los fines de aclarar esta situación al lector es preciso recurrir —previamente— a las normas constitucionales. El actual artículo 121 de la CN (ex artículo 104) señala que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal (...)” y el actual 126 CN (ex artículo 108), refiere en su primera parte que “las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación (...)”, lo que demuestra que al conformarse la Nación las provincias no delegaron en ésta última la titularidad portuaria (ni tampoco sobre el dominio marítimo o fluvial, lo que ya es otra cuestión a los fines del presente trabajo), sin perjuicio de que, se ejerciera la administración y explotación de los mencionados ámbitos, por lo que entiendo que la pertenencia del dominio portuario corresponde a cada una de las provincias.

No obstante tal afirmación, puede citarse como un único caso de transferencia de un puerto, el del Puerto La Plata, ya que por medio de un contrato celebrado entre la provincia de Buenos Aires y la Nación en el año 1904 se transfirió el dominio del mencionado puerto. Dicha transferencia fue inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Buenos Aires el día 21 de noviembre de 1911, y el convenio de transferencia fue ratificado por la ley N° 4.436 y la ley provincial N° 2.869. Desde la fecha mencionada la administración y explotación portuaria fue desarrollada por diversos organismos nacionales. En 1949 estuvo a cargo de la Dirección General de Puertos y Vías Navegables, hasta el año 1956 cuando dicho puerto comienza a integrar el patrimonio de la AGP (decreto-ley 7996/56).

(5) Matías Barone y Erick A. Oms (2004). “Regulación en materia portuaria en los ‘90”, en: *Transporte e Integración Regional, Políticas para el Desarrollo Socioeconómico de los Pueblos*, Foro “Argentina” de Transporte, Primer Seminario, 27 de julio. Buenos Aires: Instituto Argentino de Investigaciones de Economía Social (IAIES), p. 77.

Para el caso particular del Puerto La Plata se debe concluir que en el marco de la “*provincialización portuaria*” no ha existido una transferencia de las tierras —del dominio, entonces— donde se encuentra situado el mencionado puerto siendo propietaria la Nación conforme lo relatado, pero tampoco han existido otras transferencias ya que el dominio originario era de las provincias —conforme la normativa constitucional indicada— *siendo transferida a la provincia de Buenos Aires únicamente la administración y explotación de los puertos situados en la misma* tal cual resulta del acuerdo de transferencia suscripto entre la Nación y la provincia.

Con la finalidad de aclarar aun más la cuestión, Héctor A. Zucchi nos señala la diferencia entre dominio y jurisdicción portuaria: “Por el contrario, desde otro punto de vista por jurisdicción de la potestad de reglar el o los usos de una cosa o bien es susceptible. A diferencia de lo que acontece con el dominio público que se relaciona a la condición o situación legal de la casa o bien” (1994: 145).

En conclusión y aclaradas las cuestiones referentes al dominio portuario provincial conforme las normas constitucionales antes citadas, es necesario tener presente que no ha existido a la fecha ninguna transferencia del dominio por parte de la Nación a las provincias en el marco de la “provincialización portuaria” que se intenta describir en el presente trabajo, justamente por la inexistencia de dominio sobre los ámbitos portuarios. En este sentido, la transformación implica la transferencia a las provincias de las actividades de la “*administración y explotación*” de los puertos que pertenecían a las provincias, a excepción del caso del Puerto La Plata.

Sin lugar a dudas que el contenido del RAP (ley N° 24.093) implica claramente la continuidad de los objetivos previstos en decreto PEN 817/92 como ser la descentralización administrativa, provincialización mediante, para dar lugar así a la administración y explotación de los puertos por los Estados provinciales o por los privados mediante concesiones (artículo 13 del RAP), o por los Particulares conforme la nueva categoría de puertos según lo expone el artículo 7, apartado I del RAP, tema sobre el cual me referiré seguidamente.

III. El proceso de provincialización en la provincia de Buenos Aires. Normativa provincial portuaria

Teniendo en cuenta los antecedentes nacionales referidos en el acápite anterior y, en cuanto a la situación de la provincia de Buenos Aires debe señalarse que en el marco de lo establecido por los decretos del PEN 2074/90 y 906/91 entre la Nación y la provincia de Buenos Aires se suscribe el día 12 de junio de 1991 un acuerdo denominado “*Convenio de Transferencia de Puertos Nación-Provincia*”. Como cuestión a tener en cuenta, el mencionado convenio en su cláusula primera denominada “*Objeto-Economía*” establecía el alcance de la transferencia, al reseñar que únicamente se “*transfiere a la Provincia la Administración y Explotación de los puertos de La Plata, Mar del Plata, San Nicolás, San Pedro, Zarate, Campana, Tigre, Ramallo, San Isidro, Baradero, Olivos y Carmen de Patagones (...)*” (6).

Si bien ya ha sido tratada la cuestión constitucional de la titularidad o el dominio portuario, debe señalarse que al momento de confeccionar el convenio de transferencia, entiendo que poco conocían las partes respecto del dominio y la administración o explotación de los mismos, por lo que se observa que recurrentemente se menciona de esta última forma, lo que se encuentra indicado en el propio convenio al establecer que:

(6) Denotando el sentido de la política de los años 90, la cláusula sexta del mencionado convenio refleja evidentemente lo proyectado, esto es, la descentralización y la desregulación de la actividad ya que la transferencia de la administración y explotación de los puertos debe cumplir con los objetivos planteados por el ya comentado decreto 817/92. La referida cláusula expresa: “*Cláusula Sexta: ADMINISTRACIÓN Y EXPLOTACIÓN. — La provincia dispondrá el sistema de administración y explotación de los puertos, conforme al espíritu y los objetivos de la ley N° 23.696 y su Decreto Reglamentario N° 1105/89, así como lo establecido en el decreto 2074/90 y decreto N° 906/91, cumpliendo con el propósito respecto del abaratamiento efectivo de los costos a cargo del usuario.*”

“Ambas partes convienen en iniciar los estudios necesarios tendientes a determinar el estado de situación de dominio de los puertos para permitir la eventual transferencia de la titularidad de dicho dominio, debiéndose preveer la continuidad de la titularidad nacional de los inmuebles necesarios para el funcionamiento de las Autoridades Nacionales, con jurisdicción en los ámbitos portuarios, marítimo y fluvial” (Cláusula Décimo Sexta).

El mencionado convenio es ratificado por la Legislatura Provincial, todo ello en el marco del RAP, mediante la ley provincial N° 11.206 (B.O. del 14/04/92). Debe tenerse presente que el decreto del PEN 769/93 —Reglamentario de la ley N° 24.093—, determinó en su artículo 11, último párrafo, la convalidación de todas las transferencias de administración y/o dominio efectuadas en el marco del mencionado decreto 906/91, es decir, anterior a la sanción de la ley que regula el Régimen de las Actividades Portuarias.

Deberá notarse que en el caso particular de la provincia de Buenos Aires, lo que ha sido traspasado es únicamente la administración y explotación de los puertos no así la titularidad, teniendo en cuenta lo expuesto en el convenio de transferencia, que fuera ratificado por la ya mencionada ley provincial N° 11.206, ley que fue posteriormente reformada por la ley N° 13.077. Dicha ley hace referencia a algunas cuestiones vinculadas a la administración, uso y explotación de dársenas, muelles y otras instalaciones asignadas al Astillero Río Santiago (artículo 2) con anterioridad a la suscripción del convenio mencionado en el párrafo anterior, los que seguirán bajo la administración, uso y explotación exclusivos del mismo.

Pero aquella ley N° 11.206 determinaba, además, la creación de una Cuenta Especial denominado “*Fondo Provincial de Puertos*” (artículo 6), cuya creación resulta como una necesidad imprescindible para que la provincia pueda contar con los recursos suficientes para ejercer eficazmente la administración y explotación de los puertos transferidos ya que, ante la creación de nuevos entes administrativos provinciales, con escaso presupuesto —inicialmente atento a la inmediatez de la transferencia— y los grandes costos que implican no sólo los gastos ordinarios como ser estructuras edilicias, el personal y sus salarios, entre otros gastos administrativos, sino aquellos propios de la actividad como ser el dragado, balizamiento, el estado de la infraestructura portuaria en general, conservación de dársenas y muelles, etc., se encuentra justificada la creación de la misma como herramienta económica para el cumplimiento de sus fines específicos.

Respecto del funcionamiento del Fondo Provincial de Puertos, el decreto dispone que todos los ingresos sin excepción, “serán contabilizados independientemente de rentas generales provinciales y serán aplicados exclusivamente para cubrir gastos, de administración, operación, capacitación e inversiones relacionados con la actividad portuaria” (artículo 12). Se entiende que resulta ser una útil la resolución para evitar la utilización de dichos fondos a actividades o funciones públicas ajenas a esta actividad, no porque otras actividades públicas sean consideradas de menor entidad, sino por el alto costo que tiene el normal funcionamiento de la actividad portuaria.

La ley provincial fue reglamentada por el decreto provincial 1579/92 (B.O. del 05/06/92) que en su artículo 1 determina la autoridad de aplicación de la ley a la Dirección Provincial de Actividades Portuarias dependientes del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, quien además tendrá total responsabilidad en el manejo del Fondo Provincial de Puertos (artículo 2). Este decreto creó la originaria estructura de administración provincial actualmente derogada por la creación de algunos consorcios de gestión de administración local (7).

(7) Este decreto determinó que a los efectos de posibilitar una adecuada administración y explotación, se establecieron “Delegaciones Portuarias” las que estaban integradas por una o varias Unidades Portuarias (artículo 5). Mediante el artículo 6, se crearon las siguientes delegaciones portuarias: a) Delegación Portuaria Río de La Plata, que comprendía a las unidades portuarias de La Plata, Olivos, San Isidro y Tigre. b) Delegación portuaria Mar del Plata, que comprendía la unidad portuaria de Mar del Plata. c) Delegación Portuaria Paraná Interior, que comprendía a las unidades portuarias de Zárate, Campana, San Pedro y San Nicolás.

La normativa reglamentaria establecida por el decreto no resultaba aplicable a las Unidades Portuarias de Ramallo, Baradero y Carmen de Patagones (artículo 18), por lo que se determinó además, un plazo de 30 días para la elaboración de un informe aconsejando al Poder Ejecutivo la metodología que resultare más adecuada para la administración y explotación de dichas Unidades Portuarias, que como se verá culminará con la transferencia de la administración y explotación a los referidos municipios (artículo 18, segundo párrafo).

El decreto provincial N° 2693/93 complementó al referido decreto reglamentario, mediante el cual se creaba la Delegación Portuaria Dock Sud que comprende la unidad portuaria homónima y la incorporación de las unidades portuarias de Olivos, San Isidro y Tigre y la Delegación Portuaria de Coronel Rosales, que comprende la unidad portuaria de Coronel Rosales. Sin perjuicio de la creación de estas Delegaciones Portuarias —situadas en cada uno de los puertos mencionados— era la Dirección Provincial de Actividades Portuarias el organismo provincial que revestía el carácter de Autoridad Administrativa con competencia para la administración y explotación de las referidas Delegaciones.

Con posterioridad, la ley provincial N° 11.414 (B.O. del 2/08/93) reformada por las leyes provinciales N° 11.930 (B.O. del 29/01/97) y N° 14.059 (B.O. del 23/11/09), establece en el marco del artículo 12 de la ley N° 24.093, que la administración de los puertos comprendidos en el presente se llevará a cabo a través de entes de derecho público no estatales, creando las entidades de derecho público no estatales “Consortio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca”, y “Consortio de Gestión del Puerto de Quequén”. La norma se circunscribía a dichos puertos, tal como lo requería el artículo 12 del RAP. No obstante el artículo 3 de la mencionada ley determinó que el régimen establecido en ella podría ser de aplicación para la administración y gestión de los puertos comprendidos en el convenio de transferencia que habían sido aprobados por la ya mencionada ley N° 11.206. De esta forma ya se estaban estableciendo las bases normativas de regulación de los entes a crearse posteriormente en el ámbito provincial con las normas que seguidamente se reseñarán.

No es motivo del presente trabajo ahondar en el concepto, funcionamiento y/o determinación de la naturaleza jurídica de estos entes públicos no estatales, refiriendo solamente que dentro del proceso de descentralización se formaron estas estructuras administrativas de explotación portuaria, con individualidad jurídica, financiera, contable y administrativa. La expresión ente de derecho público no estatal, según el prof. Agustín Gordillo: “las entidades no estatales (por lo tanto, entidades en las que participan en mayor o menor los particulares pero que por estar sometidas a un régimen especial, de derecho público, son calificadas como ‘públicas’). En todas ellas existe el problema común de que si bien tienen cierto régimen de derecho público, él no viene dado por normas generales sino por las propias de cada ente, lo cual crea frecuentemente incertidumbre sobre la concreta regla de derecho a aplicar en una situación determinada” (Gordillo, 1997: 541 y ss.). Debe indicarse que estas estructuras cuentan con plena capacidad legal, entendida esta en forma absoluta, según las normas del Código Civil para la realización de diversos actos jurídicos, como por ejemplo la celebración de contratos, cuando estos tengan como finalidad el desarrollo y cumplimiento de las funciones expresamente previstas en su estatuto reglamentario. Los entes públicos no estatales presentan una característica fundamental vinculada a un doble aspecto, ya que en parte ejercen una función eminentemente administrativa y, en consecuencia, celebran contratos administrativos, pero además ejercen funciones propiamente privadas, por lo que se encuentran sujetos a la normativa que regula los aspectos de la Administración solamente en la medida del ejercicio efectivo de esa función administrativa de acuerdo al régimen normativo específico. Es decir, que estas entidades no estatales participan en mayor o en menor medida los particulares, pero por estar sometidas a un régimen especial de derecho público, son calificadas como “públicas” (8).

(8) A los fines de observar la consideración de la SCBA respecto de los entes públicos no estatales portuarios, puede consultarse la Causa B- 64.475 del 23/10/2002 “Consortio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca c/ Pentamar S.A. y

Por otro lado, mediante la ley provincial N° 11.535 (B.O. del 29/06/94), se ratifica el Convenio de transferencia de los puertos de Coronel Rosales y Dock Sud, suscripto el 4 de mayo de 1993, entre el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación y la provincia de Buenos Aires. Por su parte, el decreto provincial N° 1658/95 (B.O. del 31/05/95) aprueba las actas de transferencia a título gratuito de los puertos de Bahía Blanca y Quequén a favor de la provincia, debiendo tener presente lo expuesto precedentemente respecto de la titularidad portuaria provincial, sin perjuicio de lo cual lo transcrito se formula en los precisos términos del decreto. El decreto siguiente, el N° 1659/95 (B.O. del 5/08/95) aprueba las actas de transferencia de la administración y explotación de los puertos mencionados. Todo lo referido lo es con el alcance antes mencionado, pero por ley provincial N° 11.672 (B.O. del 20/10/95) se ratifican las Actas de Transferencias a título gratuito de los Puertos de Bahía Blanca y Quequén, a favor de la provincia de Buenos Aires.

Determinadas las cuestiones vinculadas a los puertos situados en la provincia, ya sea por disposición del RAP o su reglamentación y/o como consecuencia de las actas de transferencia y leyes o decretos de ratificación, con posterioridad se observa que la nueva concepción en cuestiones de administración portuaria era, en ese entonces, la descentralización a través de los consorcios de gestión. Así, el decreto provincial N° 1596/99 (B.O. del 23/07/99) crea el Ente de Derecho Público no Estatal “*Consortio de Gestión del Puerto de La Plata*” (anterior “*Delegación Río de La Plata*”).

El posterior decreto provincial N° 1679/03 (B.O. del 19/11/03) aprueba el Acta de Transferencia, de la Administración y Explotación del Puerto La Plata, a favor del “*Consortio de Gestión del Puerto La Plata*”, que fuera oportunamente suscripta con fecha 30/09/99 entre la provincia de Buenos Aires y el Consortio precitado. En el Anexo A del mencionado decreto luce el acta de transferencia, donde puede leerse que “(...) La Provincia transfiere a El Consortio a partir del primero de octubre de mil novecientos noventa y nueve la administración y explotación del Puerto La Plata denominado hasta la fecha “*Delegación Portuaria Río de La Plata*” y “(...) cede a El Consortio para su uso y en forma gratuita todos los bienes muebles e inmuebles que recibiera del Gobierno Nacional y los adquiridos durante la gestión provincial que, estando en jurisdicción del Puerto La Plata (*Delegación Río de La Plata*) deban ser utilizados en procura de una eficiente administración y explotación portuaria”.

El decreto provincial N° 3572/99 (B.O. del 30/03/00), que fuera modificado por el decreto provincial N° 937/01 crea el Ente Público no Estatal “*Consortio Portuario Regional de Mar del Plata*”. El anexo I del mencionado decreto establece el Estatuto del referido consorcio.

Por el decreto provincial N°5/05 (B.O. del 18/03/05) se crea el ente de derecho público no estatal “*Consortio de Gestión del Puerto San Pedro*”. A los fines de garantizar el funcionamiento del mencionado consorcio de gestión, el personal que opera en la Delegación San Pedro se transferirá al Consortio creado, manteniendo el personal transferido su remuneración y demás derechos laborales vigentes. El decreto provincial 2534/06 (B.O. del 13/10/06) modifica el Estatuto del Consortio de Gestión del Puerto de San Pedro. A su vez, el decreto provincial N° 2667/06 (B.O. del 6/11/06) aprueba el Acta de transferencia de la Administración y Explotación del Puerto San Pedro entre la provincia de Buenos Aires y el Consortio de Gestión del mencionado puerto.

Conforme la descripción efectuada, tanto los decretos como las leyes posteriores de ratificación resultaron ser el soporte jurídico para la transferencia de la explotación y administración de todos los puertos a la provincia de Buenos Aires, siguiendo así el lineamiento impuesto por los decretos de desregulación, las leyes de emergencia y la ley que establecía el RAP, debiendo tener presente que no se cita ningún caso de transferencia de dominio ya que no existe ningún acto traslativo del dominio con los requisitos que emanan de las normas notariales en ese sentido, conforme las explicaciones brindadas precedentemente.

H.A.M. Sucursal Argentina S.A. s/ Proceso Urgente de medida autosatisfactiva y medida cautelar”. Ver también la nota al mencionado fallo efectuada por Carlos A. Botassi, en JA-2002-IV-69.

IV. Autoridades administrativas provinciales. La Subsecretaría de Actividades Portuarias de la provincia de Buenos Aires

El proceso de “provincialización” o transferencia de la administración o explotación de los puertos situados en nuestra provincia implicaba que debían crearse las estructuras administrativas necesarias para llevar adelante, primeramente, la política portuaria provincial y, ejercer las facultades propias de la actividad (la administración y explotación), que hasta el momento fue ejercida de hecho por la Nación y que conforme el proceso de emergencia, desregulación y descentralización —resumido en la provincialización— antes descripto, ésta no estaba dispuesta a continuar.

Es por ello que, con anterioridad a la sanción del RAP se crea mediante del decreto provincial N° 27/91 la Dirección Provincial de Actividades Portuarias como primera y única estructura orgánica funcional de administración y explotación de los puertos, dejada sin efecto posteriormente por el decreto provincial N° 203/97, mediante la cual se crea la Administración Portuaria Bonaerense (9), como Organismo Descentralizado Funcional (artículo 3), que se encontraba dentro de esfera de la Subsecretaría de Servicios Públicos, dependiente en aquel momento del Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la provincia de Buenos Aires.

La Administración Portuaria Bonaerense funcionó como un organismo descentralizado funcional —conforme la concepción del proceso descripto— en el ámbito de la jurisdicción 14 y su función principal consistía en la elaboración de los objetivos y de las políticas del sector portuario en el ámbito provincial, siendo la encargada de la planificación de la ejecución de las obras necesarias en jurisdicción portuaria, como también de la elaboración, aplicación y autorización del régimen tarifario, de los derechos, los aranceles y los cánones de explotación para la actividad portuaria. También debía confeccionar las medidas necesarias para la protección al medio ambiente y de seguridad de las instalaciones y servicios portuarios; asegurando el cumplimiento de los contratos, leyes y reglamentos específicos, y ejercer el poder de policía en el ámbito de la jurisdicción portuaria.

Este organismo de neto carácter centralizado, fue reemplazado mediante la reforma operada en la provincia de Buenos Aires a la ley provincial N° 13.175 (de reforma de Ministerios) (B.O. del 30/03/04) a través de la cual se otorgaba al Ministerio de la Producción de la provincia (esa fue su denominación originaria) la facultad de establecer las políticas conducentes al ordenamiento, promoción y desarrollo de las actividades industriales, mineras, comerciales y portuarias. Los decretos provinciales Nros. 995/02 y 1838/02 (B.O. del 22/08/02) ratificados luego por otro decreto provincial, el N° 864/04 (B.O. del 6/04/04), crearon la Subsecretaría de Industria, Comercio, Minería y Actividades Portuarias, organismo este último que tuvo una efímera vigencia.

Con posterioridad, mediante decreto provincial 297/05 (B.O. del 1/04/05) se crea la Subsecretaría de Actividades Portuarias (en adelante SAP), dentro de la esfera del Ministerio de la Producción de la provincia de Buenos Aires, en reemplazo de la anterior estructura administrativa, siendo el organismo encargado de: a) elaborar y proponer los objetivos y políticas para el sector portuario provincial y evaluar su cumplimiento; b) determinar pautas y criterios que deban prevalecer en las licitaciones de explotación y concesiones derivadas de la actividad portuaria; c) analizar e intervenir en los proyectos de normativas que tengan incidencia sobre el ámbito de su competencia,

(9) La sucesión de órganos administrativos de la provincia de Buenos Aires luego de la denominada provincialización de los puertos hasta el órgano actual puede sintetizarse de la siguiente forma: a) Dirección Provincial de Actividades Portuarias (DPAP), dependiente del Ministerio de Obras Públicas de la Provincia de Buenos Aires, correspondiente al periodo 1994-1997; b) Administración Portuaria Bonaerense (APB), correspondiente al periodo 1997-2003, c) Dirección Provincial de Actividades Portuarias, dependiente de la Subsecretaría de Industria, Comercio, Minería y Actividades Portuarias, del Ministerio de la Producción de la provincia de Buenos Aires, correspondientes al periodo 2003-2005. Respecto de creación, facultades y objetivos de la Administración Portuaria Bonaerense, puede consultarse nuestra ponencia “Administración Portuaria en la Provincia. Puerto La Plata”, presentada en las 1° Jornadas Internacionales Patagónicas de Derecho Marítimo, en Puerto Madryn, octubre de 1999, disponible en: Biblioteca del Colegio de Abogados de La Plata.

d) representar a la Provincia en organismos internacionales, nacionales, provinciales, municipales o comisiones encargadas de formular estrategias y desarrollar acciones en cuestiones portuarias; e) planificar los programas y obras necesarias para la jurisdicción portuaria; f) elaborar el régimen tarifario, derechos, aranceles y cánones de explotación para el sector portuario bonaerense; g) implementar y dirigir el Registro Provincial de Puertos; h) asegurar el cumplimiento de los contratos, leyes y reglamentos específicos en la materia; i) Determinar, percibir, controlar e invertir los recursos provenientes de la explotación portuaria y administrar el Fondo Provincial de Puertos, creada por el artículo 6° de la ley 11.206; j) Prever las necesidades de capital del sector portuario provincial, planificar su financiamiento y evaluar la rentabilidad global de la explotación portuaria; k) Velar por la protección del medio ambiente y de seguridad en el ámbito portuario, según la legislación vigente, coordinando pautas y criterios con los organismos competentes en la materia (todo ello según el Anexo I del mencionado decreto provincial que establece las “Metas de la SAP”).

Sin lugar a dudas que las constantes renovaciones de administraciones provinciales han implicado diversos cambios en cuanto a las estructuras de administración (ministerios) señalando que, al momento de elaboración del presente trabajo, fue recientemente sancionada la ley provincial N° 14.803 (B.O. del 14/12/15), modificada parcialmente por la ley N° 14.805 (B.O. del 15/01/16), normas por las que se produce la reforma a la ley N° 13.757 (B.O. del 6/12/07), mediante el cual se crea el Ministerio de Producción, Ciencia y Tecnología, dentro de los cuales se encuentra entre sus objetivos (artículo 27), en cuanto a la materia portuaria en particular: “Determinar e implementar políticas para el ordenamiento, promoción y desarrollo de las actividades portuarias (ap. 1); Dirigir, fiscalizar y promover las actividades portuarias y de la industria naval. Mantener las relaciones con el Ente Administrador del Astillero Río Santiago (ap. 7); Dirigir la administración y fiscalización de las Zonas Francas con radicación en la Provincia de Buenos Aires (ap. 8)”.

En la actualidad el Sistema Provincial Portuario encargado de la actividad administrativa, la administración y explotación de los puertos se encuentra comprendido de la siguiente forma:

Cuadro N° 1: Delegaciones portuarias provinciales

Delegaciones portuarias provinciales	<ul style="list-style-type: none"> Delegación San Nicolás Delegación Dock Sud Delegación Coronel Rosales Delegación Puerto Campana Delegación Puerto Zarate Delegación Olivos Delegación San Isidro
Consorcios de gestión	<ul style="list-style-type: none"> Consorcio de Gestión Puerto Bahía Blanca Consorcio de Gestión Puerto Quequén Consorcio de Gestión Puerto La Plata Consorcio de Gestión Puerto Mar del Plata Consorcio de Gestión Puerto San Pedro
Puertos municipales	<ul style="list-style-type: none"> Puerto Municipal San Clemente del Tuyu (Partido de la Costa) Puerto Municipal de General Lavalle (Partido de Gral. Lavalle) Muelle Isla Martín García (Partido de Tigre) Puerto Municipal de Escobar (Partido de Escobar)

Fuente: Ministerio de la Producción, Ciencia y Tecnología de la Provincia de Buenos Aires. Subsecretaría de Actividades Portuarias (Autoridad de Aplicación, según ley provincial N° 11.206 (modificada por ley 13.077). Dirección Provincial de Actividades Portuarias.

Además de las mencionadas estructuras administrativas reseñadas (tanto provinciales como municipales) el RAP en su artículo 7 incluyó dentro de la clasificación de los puertos, según su titularidad del inmueble y como innovación normativa, los puertos “de los particulares”. Hago referencia a una innovación normativa respecto de esa nueva clasificación por la histórica consideración de los puertos como bienes del dominio público, atento a la regulación en el anterior Código Civil (artículo 2340 inc. 2º y 7º) y en él nunca reformado artículo 8 de la Ley de la Navegación N° 20.094, generándose así la discusión —en aquel momento— respecto de la necesidad o no de la desafectación del destino del puerto (público) para poder acceder a la titularidad del mismo. Sin perjuicio de aquella discusión, ya superada pueden observarse además los siguientes Puertos de los Particulares, según la clasificación efectuada por el artículo 7, apartado 1 de la ley 24.093 (10): en el partido de Castelli: Puerto Privado Boca del Salado SA, en el partido de Zarate: Molca SA, Delta Dock SA, Terminal Zarate SA, Nucleoeléctrica Argentina SA Atucha I y II, Faplac SA, Vitco-Navipar, Zarate Port SA, Celulosa Argentina SA, Piapsa, en el partido de Campana: Servicios Portuarios Integrados SA — SPI, Muelle Euroamerica SA, Odfjell Terminals — TAGSA, Siderca SA, DEPSA (Desarrollos Portuarios SA), Esso SA, Maripasa, Rutilex Hidrocarburos Argentinos — RHASA, en el partido de San Pedro: Papel Prensa SA, en el partido de Ramallo: Terminal Puerto Ramallo, Talleres Martins SA y en el partido de San Nicolás: Casport SA Central Térmica.

Haciendo una breve referencia a las características de nuestros puertos provinciales —en términos muy generales— puede señalarse que la mayor infraestructura portuaria para la exportación de *commodities* (carga a granel, granos, cereales soja, etc.), para la producción agropecuaria y la oleaginosa se encuentra en los puertos de San Nicolás —que cuenta con un importante Elevador de Granos— y San Pedro, en la zona norte de la Provincia y los puertos de Quequén, caracterizado por el gran movimiento de maíz, trigo, girasol, soja y sus derivados y el complejo portuario de Bahía Blanca, que incluye Ingeniero White, Puerto Belgrano y Puerto Galván, destacándose también como gran exportador cerealero y con un polo petroquímico y carga general de importancia, contando con la mejor infraestructura portuaria provincial, ambos puertos por la zona sur de la provincia.

El puerto de Dock Sud, que combina tanto la actividad industrial como la comercial ostenta el 35% del movimiento de los contenedores del país (atento a la importante infraestructura que ostenta la Terminal Portuaria Exolgan —área concesionada por el gobierno provincial—. Siempre se ha caracterizado como grandes polos petroleros portuarios provinciales a los puertos de Dock Sud, La Plata y el ya mencionado puerto de Bahía Blanca.

Como se observa en la descripción de los puertos de los particulares —en la terminología del artículo 7 del RAP— efectuada, la zona de Zarate y Campana, se caracteriza por la proliferación de estos puertos dedicados mayormente cuyo movimiento alcanza entre el 65% y 70% de todas las exportaciones de la región.

V. Estado actual

La situación de los puertos en la provincia de Buenos Aires no difiere demasiado del momento coyuntural que atraviesa la misma en la actualidad, refiriéndome en particular a cuestiones de financiamiento, de infraestructura en general o de administración de los escasos recursos para el mantenimiento —solo eso— de los servicios que demanda la actividad portuaria, la infraestructura portuaria, los servicios de depósito o almacenamiento, la manipulación de las mercaderías, su carga y descarga y, sobre todo el mantenimiento de las vías fluviales y/o marítimas, el dragado y balizamiento de los canales de acceso al puerto que garanticen una navegación segura como así también todas las rutas de acceso a los mismos, los cuales en el periodo en análisis no solo no se han incrementado sino que tampoco se han mantenido en condiciones de funcionamiento óptimo.

Es decir, entiendo que la concepción de descentralización administrativa como principio rector de la transformación portuaria que se encuentra en el RAP —como se señaló— obedeció a un momento

(10) Fuente Subsecretaría de Actividades Portuarias de la provincia de Buenos Aires: www.mp.gba.gov.ar/sap

histórico determinado de nuestro país en el cual se consideraba que el Estado debía desprenderse de algunos bienes y/o servicios públicos en general por la deficiencia en la prestación de los mismos con la expectativa de una mejor gestión provincial —o local— o, en algunos casos privada, que se lograría a través de sociedades administradoras portuarias o entes públicos no estatales —los posteriores consorcios de gestión—, lo que en parte ocurrió pero no con la intensidad y evolución que requería este lapso de más de dos décadas de administración y explotación por parte de la provincia o sus entes descentralizados —los consorcios de gestión—, según el diagrama antes señalado—.

Si bien podría tratarse de meras manifestaciones u opiniones negativas con algún tipo de interés político al respecto —lo que descarto por completo—, el diagnóstico efectuado tiene su correlato normativo con la sanción de la ley provincial N° 14.812 (B.O. del 20/04/16), que ha declarado la “emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires y por el termino de un año (artículo 1)”. Asimismo, el artículo 2 formula una autorización “a todos los ministerios, secretarías y entidades autárquicas, en el marco de sus competencias, a ejecutar las obras y contratar la provisión de bienes y servicios que las mismas requieran, cualquiera sea la modalidad de contratación, incluidos los convenios de colaboración con organismos de la provincia o de la Nación, municipios, *consorcios de gestión* y desarrollo, y cooperativas”, como se observa claramente se tiene presente las actividades portuarias en la emergencia en materia de infraestructura.

La situación planteada por la norma mencionada, además de reflejar el estado actual, contrasta con las referencias de los últimos años emanadas de las autoridades provinciales ya que desde hace varios años se está elaborando el “*Plan Estratégico del Sistema Portuario de la Provincia de Buenos Aires*” por la SAP —a la cual han adherido varios consorcios de gestión— siendo un plan verdaderamente ambicioso vinculado a diversos aspectos de desarrollo y desempeño de los puertos, considerando a su vez, el análisis en los entes y organismos de administración portuaria —incluyendo su modificación del sistema de autoridades descripto—, con la finalidad de determinar el estado de situación en los temas específicos como los administrativos, institucionales, técnicos y operativos, pero pocos avances se han producido efectivamente, como lo demuestra aquella ley.

Como ejemplo de lo expuesto debo señalar que, al momento de escribir este artículo, uno de los grandes anhelos del área local (La Plata, Ensenada y Berisso) era lograr que el puerto La Plata dejara de tener un único perfil industrial (al servicio de la Refinería y Petroquímica YPF o Copetro, entre otras empresas), como así lo caracteriza el artículo 7, inc. 3, del RAP, para convertirse, además, en un puerto multipropósito, para lo cual el sector privado hizo una fuerte inversión, a través de la empresa Tec Plata —controlada por la empresa filipina Ictsi— de aproximadamente US\$ 420.000, pero desconociendo cuales fueron los motivos por los que cerró sus puertas el 30 de marzo de 2016, cesanteando a todo su personal (11).

Asimismo, en el ámbito nacional y teniendo en cuenta lo que expone la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables (organismo nacional que resulta ser la autoridad portuaria nacional), dependiente de la Secretaría de Transportes de la Nación (estructuralmente dentro del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios), solamente se realizaron tres (3) obras a nivel nacional en el denominado Programa de Modernización Portuaria en el periodo 1998-2004, dos en la provincia de Chubut y una en la de Entre Ríos. No se descarta la realización de otras obras pero la realidad de la infraestructura portuaria provincial es prácticamente la misma que fue transferida y “provincializada” en el proceso arriba descripto hace más de 20 años.

(11) “La terminal de contenedores Tecplata, una inversión privada de US\$ 480 millones en el puerto de La Plata, cerró sus puertas sin haber operado con ningún buque internacional desde su inauguración, en julio del año pasado, por parte de su impulsor, el entonces gobernador Daniel Scioli. La terminal cesanteó a 100 de sus 130 trabajadores. Tecplata, perteneciente al grupo filipino Ictsi, arrancó las obras en 2008 gracias a una adjudicación directa —sin licitación pública— por 30 años, renovables por otros 30. Pero la crisis económica global y las restricciones del comercio exterior argentino de la última década impidieron que la terminal cerrara contratos comerciales con las líneas marítimas”, por Emiliano Galli, en el Suplemento Economía del Diario *La Nación*, 30-03-2016.

La contracara de esta situación resultan ser los puertos privados —ya aclarado su alcance precedentemente—, según la autoridad portuaria nacional, se encuentran habilitados 43 a nivel nacional, funcionando en la provincia 14 —como fuera referido precedentemente— los que en base a la inversión privada y a su propia necesidad operan con la intensidad necesaria fundada en la gestión de la actividad. Debe quedar en claro que lo expuesto no implica que el estado provincial deba desprenderse de la administración y explotación de los puertos, sino que debe analizarse el estado de situación actual y mejorar el funcionamiento de los mismos, reconociendo que en este momento no se trata de una deficiencia de la autoridad portuaria la grave situación de infraestructura sino que obedece —lamentablemente— a todo el ámbito provincial. A más, la actividad portuaria es siempre rentable si no se encuentra su estructura ociosa y si se prestan los servicios portuarios (sumados a los accesos) en la debida forma en que son demandados.

Lo expuesto demuestra que, más allá de los posibles cambios en las estructuras administrativas que se analizan, como ser la conversión de todas las delegaciones portuarias provinciales en consorcios de gestión o “la formación de una nueva autoridad portuaria nacional, encargada de establecer la política portuaria nacional respecto de la planificación del sector”, como lo sostiene Luis Abot (2015:4), el óptimo funcionamiento del sector portuario depende únicamente del impulso de la gestión de las estructuras administrativas del sector, sean las existentes o las nuevas a crearse, que garanticen necesariamente: 1) la actualización de la infraestructura portuaria existente, incluyendo necesariamente el aporte tecnológico adecuado; 2) la planificación de estrategias de promoción portuaria por regiones dada la basta variedad de puertos y sus propias características; 3) la necesaria inversión en las vías de acceso al puerto que posibiliten una adecuada y segura distribución de las cargas (carreteras y vías ferroviarias), 4) el fomento al aprovechamiento y/o la atracción de las cargas excedentes de grandes puertos (Buenos Aires, Rosario, Santa Fe) que operan al límite de su capacidad (el “efecto derrame”) y 5) la inclusión en la gestión, no solo aquellos puertos dedicados a la atención de cargas o actividades industriales, sino también dotar de infraestructura adecuada a aquellos puertos que tienen un destino recreativo (artículo 7, inc. 3 del RAP), como ser los deportivos o turísticos y de pasajeros que, en la actualidad tienen un escaso desarrollo. Pero todo ello debe ir acompañado de la potenciación del transporte por agua, conforme las claras ventajas que representa el mismo a comparación con el transporte terrestre (ferroviario o carretero) y el aeronáutico, vinculado al gran volumen de movilización y disminución de costos.

VI. Conclusiones

En resumen, la provincialización de los puertos consistió particularmente en la transferencia de la “administración y explotación” que ostentara la Nación a nuestra provincia —sin perjuicio de las referencias normativas respecto de transferencia del dominio— en un lapso de tiempo que supera los 20 años. Si bien, dicho proceso, tuvo su origen en una situación coyuntural de emergencia nacional —lamentablemente cumpliendo nuevamente con los ciclos de crisis en nuestro país—, se caracterizó primeramente por la formación de estructuras de administración provincial y el mantenimiento del funcionamiento de los puertos transferidos, pero poco se ha avanzado en el incremento de la infraestructura portuaria (muelles, diques, dársenas, depósitos, grúas, adecuado mantenimiento de la vía navegable, etc.) necesaria para la manipulación de cargas y adecuada recepción de buques de alto tonelaje y tecnología.

Tampoco existieron avances en las zonas de acceso a los puertos, presentando algunos puertos serios problemas de delimitación del ámbito portuario con los municipios aledaños o, en el caso de las rutas provinciales, conocida es la falta de mantenimiento, resultando de vital importancia las mismas para lograr el traslado de las mercaderías, productos o *commodities* tanto para la exportación como la importación, presentándose así el verdadero desafío que deben enfrentar las autoridades provinciales —en todo lo que sea de su competencia— como ser, establecer un análisis situacional y proyectar las actividades para el desarrollo de la actividad en otro periodo de idéntico lapso observando el perfil de cada uno de los puertos y las necesidades provinciales.

El desarrollo de los puertos provinciales requiere, mas allá de las transformaciones de las unidades estructurales de administración e implementación de políticas portuarias, una eficiente gestión que permita optimizar el recurso portuario, dotándolo de todos los elementos necesarios (infraestructura, accesibilidad, adecuados servicios, recursos humanos, etc.) para posibilitar un funcionamiento que lo convierta atractivo a los nuevos negocios, como así también a aquellas cargas que originalmente optaban por otros destinos por las condiciones de servicios, de manera tal de lograr una competitividad sustentable.

VII. Bibliografía

ABOT, Luis (2015). "Gestión portuaria: el desafío que se viene", en *Suplemento de Comercio Exterior del Diario "La Nación"*, 8 de diciembre, pp. 4 y 5.

BARONE, Matías (2008 y 2009). "Régimen de Trabajo Portuario, Relaciones Laborales en los diversos ámbitos de administración y explotación portuaria", en: *Revista Ateneo del Transporte* Nro. 49, Primera Parte y Nro. 50, Segunda Parte. También en *IJ Editores*, IJ-VL-625.

— (1999). "Administración Portuaria Bonaerense. Puerto La Plata", *Ponencia presentada en las Ieras Jornadas Patagónicas de Derecho Marítimo*, Puerto Madryn.

BARONE, Matías y OMS, Erick Alejandro (2004). "Regulación en materia portuaria en los '90, en: *Transporte e Integración, Políticas para el desarrollo socio-económico de los pueblos*. Buenos Aires: Instituto Argentino de Investigaciones de Economía Social (IAIES), pp. 77-82.

DROMI, José Roberto (1991). *Reforma del Estado y Privatizaciones*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

GORDILLO, Agustín (1997). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ed. Fundación de Derecho Administrativo. T. 1, p. XIV-7/8.

GORDILLO, Gustavo A. (1998). "Descripción de la política de cambio, su filosofía general y objetivos", en: *Puertos Argentinos. Argentine Ports*. Buenos Aires: Ediciones Manrique Zago.

HALPERIN, David A. y CANOSA, Armando N. (1994). "Reflexiones sobre temas de derecho administrativo actúa a partir de un fallo de la Corte, en: *El Derecho*. Buenos Aires: El Derecho. Tomo 156, p. 970.

RAY, José Domingo (1991). *Derecho de la Navegación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. T 1.

— (1992). *Derecho de la Navegación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Apéndice I.

— (1993). "La política portuaria, los puertos privados y las disposiciones legales", en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 1993-C-868.

ROMERO BASALDUA, Luis Cesar (2001). "Ley de Puertos", en: *Temas de Derecho de la Navegación Marítima y Aérea*. Córdoba: Editorial Marcos Lerner.

SANONER, Marcelo F. (1994). "Reflexiones en torno a la desregulación portuaria. (Privatización - Descentralización - Provincialización - Concesión)", en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 1994-E-969.

SIMONE, Osvaldo Blas (1996). *Compendio de Derecho de la Navegación*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.

ZUCCHI, Héctor Alberto (1994). *Régimen de las Actividades Portuarias. Ley 24.093*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.

Diarios

Suplementos de Comercio Exterior y Economía Diario *La Nación*.

Fecha de recepción: 02-05-2016

Fecha de aceptación: 23-05-2016

La contaminación por hidrocarburos. El caso “Magdalena”

POR MAURO FERNANDO LETURIA (*) y SOLANGE CAROLINA NUGOLI (**)

Sumario: I. Introducción. — II. Delimitación del tema en estudio. — III. Marco teórico, los recursos hídricos. — IV. La evolución de la normativa internacional relativa a la protección de los recursos hídricos y su repercusión en la Argentina. — V. Convenios Internacionales relativos al derrame de hidrocarburos y otras sustancias nocivas. — VI. La contaminación por hidrocarburos, el caso “Magdalena”. — VII. Consecuencias jurídicas, políticas y sociales. — VIII. Reflexiones finales. — IX. Bibliografía.

(...) El murmullo del agua es la voz del padre de mi padre. Los ríos son nuestros hermanos y sacian nuestra sed, son portadores de nuestras canoas y alimentan a nuestros hijos. Si les vendemos nuestras tierras ustedes deben recordar y enseñarles a sus hijos que los ríos son nuestros hermanos y también lo son suyos y, por lo tanto, deben tratarlos con la misma dulzura con que se trata a un hermano (...).

Jefe Seattle (1854) (1)

Resumen: el 15 de enero de 1999, se produjo en la República Argentina el derrame de hidrocarburos más imponente en aguas dulces. Este suceso marcó un hito histórico en la normativa que regula la materia en nuestro país, ya que estos desafortunados acontecimientos han impulsado a la Argentina a la posterior ratificación de los Convenios Internacionales que rigen la materia. De este modo, se intentará abordar en perspectiva histórica; las consecuencias jurídicas y sociales que acarreó el derrame ocurrido en las costas bonaerenses de la Ciudad de Magdalena, a fin de brindar un hilo de luz a la disyuntiva existente entre la remediación de los efectos negativos al ambiente y el daño a través del ambiente y cómo reaccionó la comunidad local frente a esta problemática jurídica que tantos problemas genera a la hora de hablar de daño ambiental.

Palabras claves: contaminación por derrame de hidrocarburos - convenios internacionales - daño ambiental

Oil pollution. The “Magdalena” case

Abstract: *on January 15, 1999, occurred in Argentina spill more imposing hydrocarbons in fresh-water, this event marked a milestone in the regulations governing the matter in our country, since these unfortunate events have prompted the Argentina to the subsequent ratification of international conventions governing the matter. Thus, we will try to address in historical perspective, the social and political consequences, legal and carried the spill occurred in the Buenos Aires coast of the city of*

(*) Prof. Adjunto Interino de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. de la Universidad del Este. Oficial del Juzgado Federal N°1 de La Plata.

(**) Adscripta a la Cátedra II Derecho de la Navegación (Marítimo, Fluvial y Aéreo) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Coordinadora de las Clínicas Jurídicas de Derecho de los Consumidores y Usuarios, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Jefa de Trabajos Prácticos, UCALP. Asesora legal en Unidad Ejecutora Provincial - Buenos Aires.

(1) En 1854, Franklin Pierce, presidente de los Estados Unidos, “el Gran Jefe de Washington”, hizo una última oferta por una gran extensión de tierras indias antes de lanzar el exterminio, prometiendo crear una “reserva” para el pueblo indígena. Esta es parte de la respuesta del Jefe Seattle.

Magdalena, in order to provide a thread of light to the existing trade off between remediation negative effects on the environment and damage through the environment, the local community how I react against this legal problem that generates many problems when talking about environmental damage.

Keywords: *pollution by oil spill - international agreements - environmental damage*

I. Introducción

Los problemas ambientales que afectan a nuestro planeta pueden ser abordados desde distintas disciplinas en función de las características tan variadas que pueden presentar. Por ejemplo, pueden analizarse desde los aspectos ecológicos, económicos, políticos, jurídicos, sociales, técnicos, etc., pero sobre todo, dada la complejidad de estos fenómenos, debe dárseles un tratamiento interdisciplinario.

Aquí, dada las características de nuestra materia se le dará al tema un tratamiento principalmente jurídico pero sin dejar de atender a otros aspectos que resultan vitales para tener un conocimiento acabado del tema.

En este sentido, es importante destacar que al hablar de los daños al ambiente no solo debemos referirnos a grandes tragedias o catástrofes que se ven reflejadas en los medios de comunicación, sino en general toda actividad del hombre afecta al ambiente, por lo que también hemos de tener en cuenta las pequeñas agresiones que se producen día a día, en forma anónima y menos espectacular, pero que multiplicadas por los miles de millones de habitantes del planeta, pueden resultar tanto o más dañinas que las primeras.

Las agresiones al medio ambiente se extienden a la vida vegetal, animal, al suelo, a las aguas y a la atmósfera. Resulta necesario destacar que si bien en este trabajo nos referiremos a la contaminación de las aguas y en especial a la del medio marino, no puede dejar de resaltarse que abordar este tema en esta forma responde a cuestiones didácticas, pero que como ya se mencionó, los problemas de contaminación son problemas complejos, en los que dado lo sensible del equilibrio ecológico, cualquier agresión ambiental, tanto al suelo, como al aire o al agua, tiene la entidad para afectar al resto de los medios, y a los seres vivos que se desarrollan en ellos.

Sin perder de vista la aclaración anterior, si tenemos en cuenta que dos tercios de nuestro planeta están cubiertos por agua y que estas aguas están en continuo movimiento, además de resultar vitales para el desarrollo de la humanidad, resulta fácil comprender la importancia que reviste el tema, tal vez la inmensidad de nuestros océanos llevó a la conclusión errada que no podían ser afectados por la contaminación y que dado su tamaño podían absorber todos los desechos que se vierten en los mismos, este tipo de pensamientos ha llevado a la situación actual donde los niveles de contaminación de los mares, crecen a un ritmo alarmante.

II. Delimitación del tema en estudio

Fundamentalmente como enseña Sandler (2004) todo proyecto de investigación necesita en alguna medida, un marco y una delimitación del tema en estudio.

Contextualizar históricamente un suceso nos permite, a veces, encontrar respuestas a problemáticas actuales. Así en el presente trabajo se intentará abordar en perspectiva histórica, las consecuencias jurídicas y sociales que acarreó el abordaje ocurrido en las costas de Magdalena, a fin de brindar un hilo de luz a la problemática relativa a la disyuntiva existente entre la recomposición de los efectos negativos al ambiente y la remediación del daño que a través de dicho perjuicio se ha ocasionado a la comunidad circundante, analizando cuál ha sido la reacción estatal y social frente a estas circunstancias.

De este modo, intentaremos dejar fuera toda consideración extraña al impacto ambiental que no sea producto del derrame de hidrocarburos en la navegación. A pesar que la problemática a tratar no es la única que afecta a los espacios acuáticos, hemos decidido delimitar a ella nuestro análisis, por ende es a la que principalmente se asistirá (2).

Tanto en los ámbitos científicos, como vulgares suele hablarse de “contaminación del medio marino” pero sin especificarse qué significa o dándose por sobreentendido su significado, lo que puede llevar a confusiones, pues resulta que, si bien todos creemos tener una idea de lo que significa este concepto, normalmente desconocemos con precisión su alcance.

Para aclarar el tema, podría resultar útil además de la búsqueda de la significación etimológica de este término, verificar si nuestro ordenamiento jurídico precisa una definición legal del término contaminación. Con lo cual luego de verificar en el derecho positivo argentino encontramos que se hacen numerosas menciones de la palabra contaminación o del verbo contaminar, pero recién encontramos una definición legal de “contaminación del medio marino” en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, aprobada en Montego Bay, en el año 1982, ratificada por la ley 23.968.

Esta Convención en su artículo 1º, apartado 4º, especialmente se encarga de aclarar que para los efectos de esta convención se entiende por “contaminación del medio marino” a:

“La introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o energía en el medio marino incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos, tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligro para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento”.

Ello comprende o implica otros tipos de fuentes contaminantes (como por ejemplo el cóctel de desechos industriales, cloacales y pluviales (3) que desaguan a diario en el Río de la Plata, las aguas de lastre, entre otros). Todas las fuentes son relevantes, ya que el equilibrio biológico de los ecosistemas acuáticos sufre más la descompensación a causa de los residuos sólidos y líquidos que le llegan a través de ríos o canales que desembocan en él, que por los vertidos de los buques.

Estas materias o sustancias que se introducen en las aguas deterioran su calidad y sus características propias, inutilizando enormes volúmenes de agua para la mayoría de sus posibles usos.

La contaminación de las aguas supone, de acuerdo a la definición antes señalada, la incorporación a las mismas de sustancias extrañas o nocivas como productos químicos, residuos industriales, sustancias naturales como el petróleo, aguas residuales, o desechos sólidos provenientes de las diversas actividades humanas. En este sentido la Ley de la Navegación 20.094 en su artículo 16, en forma genérica, prohíbe arrojar a las aguas objetos o sustancias de cualquier clase. Si bien esta norma está dirigida a la protección de vías navegables, nada obsta a que también se interprete como una prohibición de contaminar en el sentido de la Convención de Montego Bay.

La contaminación del medio marino es una variedad dentro de las distintas agresiones que sufre nuestro medio ambiente, pero contrariamente a lo que vulgarmente se piensa, ésta no solo es provocada por la actividad de los buques, sino que también resulta responsable el desarrollo industrial o el manejo de los residuos que se generan y almacenan en tierra firme, dado que estos desechos pueden ser arrastrados por los ríos depositándolos en las cuencas oceánicas donde

(2) Ander-Egg, Ezequiel (1995). *Técnicas de investigación social*, 24ª ed. Buenos Aires: Lumen.

(3) En el Río de la Plata desembocan a diario 2,3 millones de m³ de aguas negras sin tratar y 1,9 millones de m³ de descargas industriales (Tolcachier, Alberto Jorge, “*Contaminación del agua*”, disponible en: Virtual IntraMed http://www.intramed.net/sitios/libro_virtual4/4.pdf [Fecha de consulta: 01/09/2016].

desembocan (4). No menos importante resulta ser el aporte que proviene de residuos gaseosos o cenizas que son llevados por los vientos y luego se precipitan a la superficie de los mares en forma de lluvia.

Esto demuestra claramente, como ya se mencionó, que el abordaje de la contaminación marítima es un tema que trasciende los límites de esta materia dado que sus causas se remontan a casi todas las actividades del hombre, tanto las que desarrolla en tierra firme como las que se llevan a cabo en el medio marítimo.

La gravedad e importancia de este tipo de contaminación, junto a la toma de conciencia mundial, ha llevado a los países a desarrollar convenios y normativas internas que tienden a la prevención del daño al ambiente y a la sanción de las responsabilidades consiguientes. Sin perjuicio de ello, el accionar contaminante del hombre, no ha disminuido, impulsado tal vez por el crecimiento demográfico, los progresos tecnológicos, y motivado por un deseo errado de bienestar actual que no contempla la necesidades de las generaciones futuras y su legítimo derecho a disfrutar de un ambiente sano.

III. Marco teórico, los recursos hídricos

Como expresa Catalano (1977: 49) "(...) el agua constituye junto con el suelo y la atmósfera un elemento fundamental para la supervivencia humana y para el desarrollo de todo organismo vivo". Debido a que el ser humano se sirve del agua para llevar adelante la mayor parte su proceso vital (alimentarse, beber, producir, construir, entre otros), es que su exceso o escasez, es causa de calamidades públicas con pérdidas de vidas humanas, bienes, cosechas, hambre y migraciones, de ello se desprende la necesidad de propugnar su cuidado.

La capacidad de carga del agua no es ilimitada, si bien es cierto que existe una permanente transformación natural de los ecosistemas, también hay un límite a la absorción de impactos negativos. Históricamente se ha confiado demasiado, en su aptitud "autodepurable" o en la capacidad del agua de digerir sus contaminantes, sin contar que ello depende del volumen de la carga y de su naturaleza fisicoquímica, entre otras cuestiones (Cano, 1978).

Son muchos los estresantes o contaminantes fisicoquímicos que perturban en la actualidad los ecosistemas acuáticos. De modo que al hablar de impactos negativos al ambiente no solo se tienen en consideración las grandes catástrofes, sino también las cotidianas afecciones que, pueden ser aún más perjudiciales. En ese sentido, las descargas "operativas", los vertidos como consecuencia de la limpieza de tanques, de aguas negras, así como la liberación de aguas de lastre, superaran los índices de contaminación causados por derrames producidos por abordajes (5).

Las llamadas mareas negras, han revelado la imperiosa necesidad de tomar conciencia de la fragilidad de los espacios en los que se desarrolla la navegación. Así, la protección del medio marino de la contaminación y la utilización "racional" del recurso se ha transformado en un dilema que involucra a la comunidad internacional toda.

Esta problemática ocupó las primeras planas a nivel mundial a través de grandes derrames de hidrocarburos (6) (entre otras sustancias nocivas), que han producido un importante aporte a la de-

(4) Informe de laboratorio que contiene los resultados del estudio de las aguas (con motivo de la toma de muestras realizadas el 20 de mayo de 2013, en el curso del Arroyo del Gato realizado por el Programa Ambiental de Extensión Universitaria (PAEU) de la Facultad de Ciencias Exactas, UNLP.

(5) Etimológicamente la palabra abordaje señala el encuentro de dos buques cuyas bordas se tocan, de este modo podríamos definirlo como el siniestro a través del cual colisionan de forma violenta dos o más buques.

(6) Hidrocarburos, de forma genérica, son los compuestos químicos orgánicos con moléculas formadas por carbono e hidrogeno. En el Convenio Internacional de Londres para la Prevención de la Contaminación de las Aguas de Mar por Hidrocarburos de 1954 al hablar de hidrocarburo en su artículo 1.1 se incluye al petróleo crudo, combustible líquido y

gradación de los ecosistemas acuáticos. Siendo algunos de ellos: el abordaje del “Torrey Canyon” en 1967 que contaminó las costas de Francia con miles de toneladas de petróleo; la pérdida del “Amoco Cadiz”, 1978, frente a Finisterre que liberó aproximadamente 230.000 toneladas de petróleo a lo largo de 100km de costa; el siniestro del “Exxon Valdez” en 1989 en Alaska, y el “Braer” en 1993, entre otros.

IV. La evolución de la normativa internacional relativa a la protección de los recursos hídricos y su repercusión en la Argentina

Existe una importante variedad de normas internacionales que establecen un régimen de responsabilidad relativo al volcado de petróleo y otras sustancias nocivas. A continuación analizaremos la evolución de la normativa internacional en materia ambiental relativa a la protección de los recursos hídricos, para luego adentrarnos en las consecuencias que la misma ha tenido a nivel interno, dedicando un apartado específico a los convenios supranacionales relativos al derrame de hidrocarburos, distinguiendo los que cumplen una función preventiva de aquellos que determinan las indemnizaciones para la reparación de daños.

La Conferencia de Estocolmo de 1972, refleja ya un aumento de la preocupación por el medio ambiente en general y en particular sobre el medio marino y las amenazas que le acechan, al dejar sentado en su principio número siete que:

“los Estados deberán tomar todas las medidas posibles para impedir la contaminación de los mares por sustancias que puedan poner en peligro la salud del hombre, dañar los recursos vivos y la vida marina, menoscabar las posibilidades de esparcimiento o entorpecer otras utilizaciones legítimas del mar”.

Este resguardo tuvo especial atención en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, cuando en el apartado XII, titulado “*Protección y preservación del medio marino*”, se impone la obligación general a los Estados de proteger y preservar el medio marino con arreglo a su política de medio ambiente. Asimismo, como expuso su primer artículo define la contaminación del medio marino.

Con posterioridad, en el informe Brundtland de 1987, se discutió el correcto manejo de los recursos naturales para garantizar el progreso humano de forma sostenible, definiéndolo como “un desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”.

En Río de Janeiro se celebró la Cumbre de la Tierra de 1992, donde en su capítulo 18 de “protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce” se considera a los recursos hídricos como indivisibles, siendo las aguas subterráneas parte indispensable de la organización de estos.

La Comisión para el desarrollo sostenible, creada en 1993 por la Organización de las Naciones Unidas, a fin de desarrollar las directrices de la Agenda 21, en mayo de 1998 emitió un documento que trató los principales problemas relativos al agua dulce, con una serie de recomendaciones para los Estados, referentes a la necesidad de velar por su saneamiento ambiental para prevenir enfermedades, y regular los recursos hídricos fijando una política hidrológica nacional y trasnacional basándose en los principios de equidad y en un enfoque integrado de su planificación, distribución, aprovechamiento y ordenación, entre otros puntos.

En el año 2002 tuvo lugar la Cumbre mundial para el desarrollo sostenible en Johannesburgo en la que se encomienda realizar un uso eficiente del agua. Uno de sus principios fundamentales del plan de aplicación de la Cumbre es el manejo integrado de los recursos hídricos, a fin de

pesado y aceites lubricantes. Para el Convenio Internacional de Londres para Prevenir la Contaminación por los Buques de 1973, hidrocarburo es el petróleo en todas sus manifestaciones.

maximizar el aprovechamiento de los beneficios económicos y sociales de forma equitativa y sustentable.

La evolución de la normativa internacional ha confluído a nivel interno con la reforma de nuestra Ley fundamental en 1994, forjando la protección de los recursos hídricos, junto a los restantes recursos naturales, como elementos constitutivos del ambiente. Ello en virtud del nuevo artículo 41 de la Constitución Nacional, que incorpora de manera expresa el derecho a un ambiente sano y equilibrado, otorgando jerarquía constitucional al daño al ambiente expresando la obligación prioritaria de reparar.

Este cambio normativo generó un contexto propicio para que en el año 2002 se sancionara la Ley 25.675 General del Ambiente, que ha establecido en todo el país los principios básicos del derecho ambiental. A pesar de no tratar en particular los recursos hídricos, la traemos a mención por dos razones que consideramos de vital importancia para el presente: (I) introduce la responsabilidad objetiva, en materia de daño ambiental (artículo 28) y (II) establece las reglas de competencia en materia ambiental (artículos 7 y 32). Ambos puntos los meditamos relevantes pues son de especial mención en el caso objeto de estudio.

Las normas que regulan la navegación y la contaminación de las aguas a raíz de esa actividad, se encuentran especialmente contempladas en la Ley de Navegación y en la ley 22.190 referida a la prevención y vigilancia de la contaminación de las aguas u otros elementos del ambiente por agentes contaminantes provenientes de los buques y artefactos navales.

Esta ley nace con el objetivo de prohibir la descarga de hidrocarburos y sus mezclas por parte de los buques y artefactos navales, fuera del régimen que autorice la reglamentación, estableciendo en consecuencia un régimen de prevención y vigilancia de la contaminación de las aguas u otros elementos del medio ambiente autorizando para llevar a cabo el control y los operativos de limpieza a la Prefectura Naval Argentina y la Administración General de Puertos.

Ante un eventual derrame de hidrocarburos se atribuye la responsabilidad objetiva y solidaria a los propietarios y armadores de los buques o artefactos navales para el pago de los desembolsos que hayan realizado aquellos organismos a fin de ejecutar las acciones de limpieza en la zona afectada. A tal fin las facturas que se emitieren constituirían "título ejecutivo suficiente" (7), para perseguir el cobro judicial de los gastos en los que se haya incurrido.

Esta norma es un antecedente de vital importancia. Si bien claramente la naturaleza del reembolso no es por el daño al ambiente sino por los gastos erogados por el Estado, al nacer en el marco de la ley 21.947 (ratificatoria del Convenio sobre la protección de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias) organiza un mecanismo expeditivo para la solución del problema, otorgando una potencial protección al ambiente, si ese dinero verdaderamente se ha invertido en tareas de remediación.

V. Convenios internacionales relativos al derrame de hidrocarburos y otras sustancias nocivas

El principio de la libertad de los mares implicaba la jurisdicción exclusiva del Estado de bandera sobre el buque que se encontraba navegando en el mar libre. Este principio ampliamente arraigado en el Derecho Marítimo Internacional, se vio jaqueado en el año 1967 a raíz del accidente que sufriera el buque de bandera liberiana "Torrey Canyon". El cual vertió 107.000 toneladas de petróleo al sudoeste de Inglaterra, contaminando sus playas y poniendo en peligro también, las costas francesas (Chami, 2010).

Dada la trascendencia de este accidente se aprobó en el año 1969 la "Convención Internacional relativa a la intervención en alta mar en casos de siniestros de contaminación por petróleo", me-

(7) Según artículo 15.

diante la cual se estableció la posibilidad de intervención por parte de un Estado amenazado por un derrame de petróleo producido en alta mar cuando exista riesgo grave e inminente para sus costas o aguas adyacentes. Este convenio fue ratificado por Argentina por la ley 23.456. Éste autoriza a los Estados contratantes a intervenir y tomar las medidas necesarias, a fin de prevenir, mitigar o eliminar el peligro grave e inminente de los países cuyas costas o adyacentes fueren amenazadas por la contaminación que se pudiere producir por un siniestro en alta mar. Antes de tomar compostura alguna se debe: consultar y notificar los pasos a seguir a los Estados que puedan resultar afectados por la medida; consultar peritos independientes de las lista de la Organización Marítima Internacional (OMI); evitar el riesgo a la vida humana y facilitar la repatriación de los tripulantes.

Las descargas voluntarias y accidentales a gran escala, de petróleo y sus derivados, constituyen una de las más importantes causas de contaminación de las aguas y de las costas. Esta contaminación consiste en la degradación de un ecosistema por la introducción voluntaria de hidrocarburos líquidos, (compuestos de la química orgánica cuya molécula está formada solo por carbono e hidrógeno). En estos casos, dado que el petróleo es menos denso que el agua, se genera una mancha que flota en la superficie, conocida como “marea negra”, que puede ser arrastrada grandes distancias por las mareas o por los vientos, ampliando los efectos nocivos no solo al sitio del derrame sino también, a grandes superficies marinas y costeras, afectando la vida marina y a los seres vivos que se desarrollan en las costas, dado que el petróleo y sus derivados resultan altamente tóxicos tanto para la vida vegetal como animal.

En algunos convenios internacionales se ha tratado de dar un significado más preciso o acotado al término “hidrocarburo” pero en general suele utilizarse para hacer referencia al petróleo en todas sus manifestaciones, esto es desde el crudo, incluyendo sus derivados, hasta sus residuos producidos luego de distintos procesos de refinamiento.

La innumerable serie de infortunios que ha ocasionado durante la navegación el derrame de sustancias contaminantes (abordajes, varaduras y entre otros) ha llevado a la comunidad internacional a proceder con el dictado de una importante cantidad de normas con el objetivo de establecer un régimen de responsabilidad por derrame de hidrocarburos y otras sustancias nocivas en el medio acuático. Algunas poseen objetivos netamente preventivos y otras son determinantes de la responsabilidad civil por los daños que se causaren.

De modo que existen dos grandes grupos de normas internacionales en materia de contaminación marina (Pastorino, 2005). Por un lado encontramos a las preventivas de carácter público-administrativo, cuyo objetivo es evitar o disminuir las fuentes de contaminación y por el otro encontramos las normas indemnizatorias que, ante un perjuicio concreto ocasionado por un accidente, regulan la reparación patrimonial del daño causado.

A. Normas preventivas

Este tipo de normas son de naturaleza preventiva y tienen por objeto disminuir la contaminación ocasionada voluntariamente en la navegación o en actividades de transporte de hidrocarburos (Pastorino, 2009).

Así, en 1954 se suscribió el Convenio Internacional de Londres para la Prevención de la Contaminación por Hidrocarburos al Medio Marino (OILPOL 54), pionero en conciencia política sobre la importancia del ambiente marino. Esta convención establece medidas de prevención o atenuación de la contaminación tales como la prohibición de vertimiento de hidrocarburos desde los buques en las zonas que se encuentren dentro de las cincuenta millas de la costa, imponiendo responsabilidad cuando el hecho contaminante sea por un acto voluntario, excluyendo los casos de fuerza mayor para evitar daños al buque, a su carga o para salvar vidas humanas, por lo que los supuestos de abordaje o encalladuras quedarían fuera del régimen.

Esta norma fue aprobada en nuestro país por la ley 21.353 en el año 1976. La misma es aplicable a las embarcaciones registradas en un Estado contratante, que asumirá la responsabilidad en relación al cumplimiento de las exigencias que impone. Quedan excluidos del ámbito de aplicación, los buques con menos de 150 toneladas de arqueo, los de un arqueo inferior a las 500 toneladas (excepto los petroleros), los de guerra o auxiliares de la marina.

En este contexto, Argentina adopta por medio de ley 21.947 el Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, cuya entrada en vigor tuvo lugar en 1975. El objetivo principal de esta norma, ha sido prevenir el vertido intencional de diferentes materiales o desechos generados en tierra (ejemplo de ello son los fangos cloacales).

La modificación de la modalidad de la navegación, el tipo de carga y construcción naval, el incremento del transporte de productos químicos, y la progresiva inquietud por el ambiente evidenciaron las falencias y la necesidad de modificar las normas en análisis.

De este modo es ratificado por Argentina mediante la ley 24.098, en el año 1992 el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques (MARPOL, 73-78). Dicho Convenio fue celebrado en el año 1973, con el objetivo de comprender la protección y prevención de otras sustancias contaminantes transportadas o producidas por buques, importando innovaciones tecnológicas en la construcción de buques tanques, siendo la más saliente la exigencia del doble casco. Comprende seis anexos relativos a: hidrocarburos; sustancias nocivas líquidas transportadas a granel; aguas sucias de los buques; basuras de los buques y contaminación atmosférica provenientes de buques (Gomez Masia, 2005).

Una de las normas internacionales, más antiguas destinadas a incrementar la seguridad de la navegación, la constituyen los Convenios Internacionales para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS), generados a partir de 1914, como consecuencia del hundimiento del Titanic. Luego, en el año 1974 se aprobó un nuevo convenio SOLAS derogando los anteriores cuyo capítulo VII establece específicamente el régimen de transporte de mercaderías peligrosas por mar. El mismo fue suscripto por nuestro país mediante la ley 22.079.

Posteriormente, en el año 1990 se firmó en Londres el Convenio sobre Cooperación Preparación y Lucha contra la contaminación marítima por hidrocarburos, ratificado por la Argentina mediante la ley 24.292, estableciendo un régimen de ayuda, planificación y coordinación multilateral entre los países suscribientes.

B. Normas indemnizatorias

Como hemos visto, es cuantioso y complejo el enredado marco normativo que se ha dictado a nivel internacional con el esfuerzo de evitar, a menudo sin éxito, la contaminación de los medios acuáticos derivada de la navegación.

En este contexto, en reiteradas ocasiones, lamentablemente, la comunidad internacional no ha logrado impedir los impactos negativos a los recursos hídricos, por lo que se ha encomendado la redacción de una serie de convenios para hacer frente a los daños generados. Este tipo de normas rige la reparación patrimonial una vez que el perjuicio ha sido causado.

A raíz del siniestro del "Torrey Canyon" se redactó la Convención Internacional sobre la Responsabilidad Civil por los daños derivados de la contaminación por hidrocarburos, conocido como CLC y el Convenio Internacional de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de daños causados por contaminación de hidrocarburos conocido como FUND 92 (Tolosa y otros, 2011: 1862-1882).

El CLC entró en vigor en el año 1969, siendo ratificado por nuestro país en 1999 por medio de la ley 25.137. Persigue garantizar la reparación de las víctimas de daños producto de la contaminación por hidrocarburos, sentando la responsabilidad en cabeza del propietario del buque que ocasionó el suceso.

El Convenio ha sufrido varias modificaciones, a través de los protocolos de los años 1976, 1984 y 1992, éste último se encuentra finalmente vigente, siendo aplicable a las acciones preventivas o tendientes a minimizar los daños ocasionados y a los perjuicios generados por la contaminación en territorio de un país suscribiente.

A tales fines define el “daño por contaminación” como “toda pérdida o daño causado fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan”, incluyendo así los daños a los bienes, al ambiente y los perjuicios que de ambos se deriven. Conceptualiza, además, hidrocarburo diciendo que son “todos los hidrocarburos persistentes de origen mineral, como crudos de petróleo, fuel-oil, aceite diesel pesado y aceite lubricante, ya se transporten estos a bordo de un buque como carga o en depósitos de combustible líquido”.

En cuanto a la responsabilidad es de corte objetiva, canalizada en cabeza del propietario del buque al tiempo de producirse el siniestro, si fuesen varios eventos a la época del primero de éstos. De esta manera quedan fuera otros posibles responsables, el fundamento es la sencilla ubicación e identificación de este sujeto.

Existen causas por las cuales el propietario puede ser exonerado de responsabilidad, más debe acreditar que el hecho se produjo por: actos de guerra, hostilidades o insurrección, un fenómeno natural imprevisible o inevitable e irresistible, acción u omisión deliberada de un tercero, culpa de la víctima, por desidia de un gobierno o autoridad competente en el cuidado y mantenimiento de luces, u otras ayudas a la navegación.

En relación a la indemnización por los daños al ambiente, será responsable por la pérdida de los beneficios resultante del deterioro, pero limitado al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o a tomarse.

El CLC 1969 otorgó la posibilidad de limitar financieramente la responsabilidad del propietario, fijando un tope indemnizatorio por suceso, en 2 mil francos poincaré (f.p.) por tonelada de arqueo del buque hasta un máximo de 210 millones de f.p., no pudiendo hacer uso de la limitación si el hecho fue causado por una falta personal del propietario.

A lo largo de los diferentes protocolos, se han ido aumentando los valores de la limitación. Asimismo, en el protocolo de 1976 se cambió la moneda de cuenta a Derechos Especiales de Giro (DEG). En el CLC, según el protocolo de 1992, se modifica nuevamente los importes estableciéndolos en 3 millones de unidades de cuenta para buques cuyo arqueo no exceda las 5 mil toneladas y para buques cuyo arqueo exceda el indicado, por cada tonelada de arqueo adicional se añadirá 420 unidades de cuenta, con un tope de 59,7 millones de unidades de cuenta. Finalmente, en el año 2000 se realizó una nueva reforma, elevándose los 3 millones a 4.510.000 unidades de cuenta, y los 420 a 631 unidades de cuenta; fijando el tope máximo en 89.770.000 unidades.

Para que estos beneficios operen se exige que los buques mantengan un seguro u otra garantía financiera por sumas equivalentes a la responsabilidad total del propietario en un suceso.

La Convención sobre Responsabilidad Civil se complementa con la constitución de un fondo creado en el año 1971, regulado en el Convenio Internacional de Constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños causados por contaminación de hidrocarburos.

Este régimen internacional, independiente y voluntario, tiene por objeto proporcionar una indemnización adicional a las víctimas de contaminación por hidrocarburos, procedente de la carga de buques tanques. Es un sistema subsidiario pues actúa en la medida que sea insuficiente la reparación que preste el CLC, otorgando un respaldo adicional una vez alcanzados los topes de resarcimiento establecidos por este tratado.

El fondo es una organización internacional con personalidad jurídica, que se constituye mediante contribuciones efectuadas por las empresas importadoras de hidrocarburos.

Operan las mismas exenciones de responsabilidad que en el CLC 1992, y se han modificado en igualdad de oportunidades. Así, el FUND 1992, estableció una compensación a los propietarios y a sus fiadores por la porción del límite total de su responsabilidad que les obliga a pagar el CLC cuando: (I) exceda de 100 unidades de cuenta, 1.500 unidades monetarias por tonelada del barco, o de la cantidad de 8.333.000 unidades de cuenta o 125 millones de unidades monetarias si ésta fuera menor; y (II) no exceda de 133 unidades de cuenta o 2 mil unidades monetarias por tonelada, o de 14 millones de unidades de cuenta o 210 millones de unidades monetarias si ésta fuera menor. Sin embargo, el fondo es exonerado de esta obligación, si el daño fuera consecuencia de la falta intencionada del propietario.

A su vez, el fondo opera sólo a petición del propietario, y siempre que éste haya suscrito un seguro u otra garantía financiera que cubra la parte de su responsabilidad derivada del CLC hasta una cantidad equivalente a 100 unidades de cuenta o 1.500 unidades monetarias por tonelada de arqueo del buque o de 8.333.000 unidades de cuenta o 125 millones de unidades monetarias, si esta fuera menor.

VI. La contaminación por hidrocarburos, el caso “Magdalena”

Debemos destacar que nuestro país no es ajeno a los siniestros que producen las llamadas mareas negras. De hecho, se ha dicho, a nivel mundial, que el derrame de hidrocarburos más imponente en aguas dulces o de río se ha producido en la República Argentina.

El 15 de enero de 1999 frente a las costas bonaerenses de Magdalena, a la altura del kilómetro 93 del canal intermedio del estuario del Río de La Plata la colisión de dos buques, de gran envergadura, produjo un enorme derrame estimado en 5000m³ de hidrocarburo (Tolosa, 2011: 1863). Ello afectó una extensión aproximada de 30 kilómetros de costa pertenecientes a las ciudades de Magdalena y Berisso, generando un impacto ambiental que posteriormente sería considerado el mayor derrame de petróleo en agua dulce de la historia.

En el abordaje intervinieron, por un lado el porta contenedores de bandera alemana Sea Paraná, perteneciente a la empresa Schiffahrts-Gesellschaft MS “Primus” MBH & Co. y por el otro el buque tanque de bandera liberiana Estrella Pampeana matriculado en Monrovia, propiedad de la empresa anglo-holandesa Shell, que navegaba desde Santa Cruz con destino al puerto Dock Sud de Buenos Aires, con 37.161,710 m³ de crudo marca Hydra (8) de origen submarino, proveniente de Tierra del Fuego.

Según el informe pericial agregado en la causa principal realizado por la Subsecretaria de Recursos Hídricos del Ministerio de Infraestructura, “el día 17/1/1999 se produjo un cambio en la situación meteorológica —vientos leves del este— razón por la cual la mancha alcanzó las costas de Magdalena, y dado el empeoramiento de las condiciones meteorológicas al mediodía se inició el operativo de cierre de las playas” (9).

Desde entonces aproximadamente 30 km de costas fueron afectadas por la mancha de hidrocarburos particularmente en la zona de arroyos y humedales ingresando hasta aproximadamente unos 2 km tierra adentro por efecto de las mareas. En la zona existen numerosos balnearios de uso

(8) Crudo de bajo contenido de azufre y de metales pesados. El crudo recuperado del Río de la Plata no tenía casi contenido de nafta. De esto y de su composición general se ha deducido que la pérdida por evaporación fue entre el 40 y el 45% que es una contribución a los gases de efecto invernadero. Informe A la Plástica (1999). Disponible en: <http://www.alaplastica.org.ar/informe99.pdf>

(9) <https://es.scribd.com/doc/303730864/SEGUIMIENTO-DEL-IMPACTO-DEL-DERRAME-DE-PETROLEO-PROPIEDAD-DE-LA-EMPRESA-SHELL-EN-LA-VEGETACION-DE-LA-FAJA-COSTERA-DE-MAGDALENA-A-PARTIR-DE-TRABAJO-DE> [Fecha de consulta: 01/08/2016].

recreativo y turístico, comercios como así también el Parque Costero del Sur (reserva mundial de la biosfera por el programa “Man and Biosphere” de la Organización Mundial de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) que fueron afectados por el derrame de petróleo.

El 26 de febrero de 1999, la Municipalidad de Magdalena radicó ante el Juzgado Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata N° 2 los incidentes de prueba anticipada y medidas cautelares, preparatorios del juicio por reparación del daño ambiental. También apenas se conocieron los hechos, intervino en materia penal el Juzgado Federal N° 1 de la misma ciudad.

Como se mencionara, producto del abordaje se derramaron aproximadamente, 5.500m³ de crudo los que impactaron fundamentalmente en la ribera del partido de Magdalena. Sin embargo, además del impacto del hidrocarburo en sí mismo, las tareas de saneamiento llevadas adelante por la empresa Shell resultaron sumamente destructivas. Las actividades de carpida y la utilización de maquinaria pesada produjeron la erradicación de rizomas y herbáceas, generando la alteración de las comunidades de juncales y césped ribereño. Los cortes de vegetación excesivos también generaron una sucesión vegetal secundaria particularmente en arroyos (10). Independientemente de estas acciones, importantes volúmenes de crudo no removidos fueron dispersados por las crecidas de los días 29 de enero y 7 de febrero de dicho año, donde la marca llegó a los 3,30 metros alcanzando nuevas zonas.

Las víctimas fueron suelos, aguas superficiales y subterráneas, arroyos y márgenes interiores, playas, costas, flora y fauna, pobladores y trabajadores que no solo vieron afectada sus actividades sociales, culturales y productivas, sino que vieron afectada gravemente su salud, y algunos fallecieron.

Por otro lado, a raíz del derrame en estudio se sucedieron una importante cantidad de reclamos judiciales siendo algunos de los mismos: “Municipalidad de Magdalena c/ Shell Capsa y otros s/ disposición de residuos peligrosos”; “Municipalidad de Magdalena c/ Shell Capsa y otros s/ ordinario, recomposición del medio ambiente”; “Shell Capsa c/ cap. y/o prop. y/o arm. bq. Sea Paraná s/ abordaje”; “B/T Estrella Pampeana y b/m Sea Paraná s/ colisión y posterior derrame de hidrocarburo”; “Aguayo, María Cecilia y otros c/ Shell Capsa y otros s/ daños y perjuicios”; “Fediuk Leonardo Nicolás c/ Municipalidad de Magdalena s/ amparo”. Sumado a ello se iniciaron, también, acciones individuales de los vecinos por los daños y perjuicios sufridos, entre otros.

Como se observa, el evento ha tenido cuantiosas repercusiones sociales. La preocupación que ha ocasionado en la población se ve reflejada en la creación de un sitio web (<http://www.petroleomagdalena.com>), dedicado exclusivamente a las inquietudes de la comunidad local relativa a los daños que ha ocasionado el siniestro, publicando avances y retrocesos de las causas, citaciones a reuniones, y otras cuestiones de relevancia vecinal.

Este complejo entramado de derivaciones sociales confluyó en un plebiscito que tuvo lugar el 17 de mayo de 2009, impulsado por el Municipio de Magdalena relativo a un acuerdo con la empresa Shell. El mismo prevé el pago de 9.500.000 dólares a modo de “transacción” con efectos conciliatorios, no implicando un reconocimiento de responsabilidad por parte de la compañía respecto de los hechos y el derecho que se les imputan en todas las causas que las vinculan a raíz del abordaje. A su vez, lo más desconcertante del acuerdo es que la comuna no se compromete a destinar ese dinero al cese, recomposición y/o remediación del daño ambiental producto del derrame.

En el documento se expresa la necesidad de realizar una previa consulta popular no vinculante. La misma tuvo lugar el 17 de mayo de 2009 y contó la participación del 25% del padrón electoral, siendo el 77% de los sufragios emitidos a favor de la ratificación del convenio (11). La propuesta fue

(10) A la Plástica (1999). Disponible en: www.alplastica.org.ar/informe09.pdf [Fecha de consulta: 23/11/2015].

(11) <http://www.eldia.com.ar/edis/20091011/laciudad12.htm> [Fecha de consulta: 23/11/2015].

elevada de forma expedita al Concejo Deliberante de Magdalena, quien junto al Poder Ejecutivo local refrendaron el acuerdo (12).

Los medios de comunicación locales desatendieron la disconformidad vecinal, desoyendo las voces de las organizaciones ambientales. Así, los tres medios gráficos (*El Periodista; Magdalena su gente, sus cosas* y *El Tribuno*), los tres medios radiales (FM Contemporánea, FM Victoria y FM Ciudad) y el Canal 4 de televisión local, apoyaron el acuerdo por considerarlo un crecimiento para el municipio (13).

En tanto el objeto del presente no es la realización de un estudio pormenorizado de los conflictos judiciales que se generaron como consecuencia del derrame, no nos detendremos a comentar los vaivenes procesales en los que se han vistos sometidos esos expedientes, pues por su cantidad y complejidad requerirían un análisis particularizado del tema.

VII. Consecuencias jurídicas, políticas y sociales

Contextualizar históricamente un suceso nos permite encontrar, a veces, respuestas a problemáticas actuales, por lo que a continuación intentaremos abordar en perspectiva histórica, las consecuencias sociales, jurídicas y políticas que acarreó el abordaje ocurrido en las costas de Magdalena, a fin de brindar un hilo de luz a la problemática relativa a la disyuntiva general existente entre la remediación de los efectos negativos al ambiente y el daño a través del ambiente.

Entendemos, a efectos de este trabajo, como consecuencias jurídicas, políticas y sociales las relacionadas con los efectos que tuvo la grave afección al ambiente, producida en enero de 1999, a nivel normativo para nuestro país, a nivel judicial, y a nivel social, es decir, la reacción de la comunidad local, frente a los hechos, que determinarán la orientación que se le dará a la temática en el futuro.

En este aspecto, así como el siniestro del “Torrey Canyon” generó el estudio y la redacción de importantes normas internacionales, en la Argentina el abordaje y posterior derrame de hidrocarburos en las costas bonaerenses de Magdalena, produjo la presión necesaria para que en el mes de agosto de 1999 se sancionara la ley 25.137, a efectos de ratificar dos convenciones vigentes a nivel internacional desde los años setenta: la Convención Internacional sobre la Responsabilidad Civil por los Daños Derivados de la Contaminación por Hidrocarburos y el Convenio Internacional de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de daños causados por contaminación de hidrocarburos (ambos tratadas en el apartado V de este trabajo).

Ello generó un cambio en la estructura jurídica relativa al derrame de hidrocarburos y a la prevención de eventos de esta especie. De esta forma, se modifican sus notas características estableciendo una responsabilidad exclusiva orientada en el propietario registral del buque, el que responderá por el hecho sin perjuicio de sus facultades para repetir, las sumas abonadas, contra quienes resulten efectivamente culpables, limitada a una suma de dinero determinada, con un factor de atribución de corte objetivo lo que implica que no se tendrá en cuenta la culpa o el dolo en el actuar sino, el riesgo creado por la actividad.

Asimismo, se sancionaron una importante serie de normas a los efectos de armonizar nuestro sistema jurídico con los convenios ratificados. Ejemplo de ello son: el decreto 151 del año 2004, relativo a la emisión de certificados para buques matriculados en el país destinados al transporte

(12) El acuerdo presentado a homologación ante el Juzgado que interviene en las causas, fue objetado por sus graves irregularidades por un joven magdalenense quien con el patrocinio de la Asociación argentina de abogados ambientalistas, se presentó judicialmente a efectos de solicitar la impugnación del mismo.

(13) <http://vecinosenred.blogspot.com/2009/05/magdalena-el-acuerdo-secreto-del.html> [Fecha de consulta: 23/11/2015].

de hidrocarburos a granel y la resolución 791/2005 de la Secretaría de Energía destinada especialmente al mecanismo por el cual las empresas productoras, refinadoras y comercializadoras de hidrocarburos y fuel oil, aportarán a la constitución del fondo que se crea con la sanción del Convenio de 1971, entre otras.

Impulsando estos desafortunados acontecimientos un perjuicio de inigualable envergadura en el ecosistema costero bonaerense, implicaron asimismo un avance normativo para la Argentina ya que con la ratificación de los convenios que se comentaran *ut supra*, nos hemos puesto a tono con el nivel de reglas que rigen internacionalmente respecto del derrame de hidrocarburos.

VIII. Reflexiones finales

Aun cuando 16 años después pasen totalmente inadvertidos, los vestigios del derrame siguen estando allí, basta con remover un poco la arena para encontrar restos de hidrocarburos.

Por ello, es que examinado el proceso que dio origen a nuestra realidad actual podemos reflexionar que así como a nivel internacional se reformuló, de forma casuística, la normativa relativa a derrames de hidrocarburos, Argentina no ha sido ajena a este tipo de reacción. De esta forma tuvo que ocurrir el siniestro en las costas de Magdalena, para que nuestro país se propusiera ratificar las normas vigentes a nivel internacional desde hacía ya veinte años.

La causalidad entre siniestros y esquemas normativos es absolutamente directa. Ejemplo de esta intensa vinculación con los casos históricos lo son los convenios internacionales para la seguridad de la vida humana en el mar, generados a partir de 1914, como consecuencia del hundimiento del Titanic, así como también el desastre del “Torrey Canyon” que dio lugar a la Convención Internacional sobre la Responsabilidad Civil por los Daños Derivados de la Contaminación por Hidrocarburos de 1969 y al Convenio Internacional de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por Contaminación de Hidrocarburos, entre muchos otros casos.

Ahora bien, analizada nuestra herencia normativa relativa a la protección de los ecosistemas acuáticos, en especial referida al derrame de hidrocarburos y otras sustancias nocivas, resta el más importante de los desafíos, esto es la toma de conciencia por la comunidad toda, en relación a la importancia que tienen los elementos constitutivos del ambiente para los seres humanos.

Muchas de las pérdidas ocasionadas por el derrame fueron únicas e irrepetibles. Pérdidas de todas las especies, incluyendo vidas humanas, que no resultaron suficientes para comprometer a la sociedad a actuar con la rapidez y eficacia necesaria para remediar los impactos negativos al ambiente.

La primacía relativa al interés en el provecho económico que se pudiere obtener de los procesos judiciales sobre cese de daño y recomposición del ambiente natural, nos esclavizan a seguir siendo víctimas de tristes elucubraciones y negociados que poco tienden al provecho de la comunidad, sino al simple beneficio económico de unos pocos, lo que no podemos pasar por alto, y mucho menos apoyar, pues nos afectará a todos.

Si partimos de la premisa de que toda actividad humana es de alguna manera contaminante, el eje de discusión debe centrarse en sincerar las discusiones y debatir con claridad qué tipo de actividades y cuál es el nivel de contaminación que estamos dispuestos a tolerar no individualmente, sino como sociedad para así trabajar en pro de un desarrollo sostenible para nosotros y para las generaciones futuras.

Finalmente, cabe preguntarse si es correcto el camino tomado y de no ser así cuál es la senda correcta para la construcción de un porvenir que combine de manera eficaz los imperativos de la democracia y del desarrollo humano sustentable.

IX. Bibliografía

- ANDER-EGG, Ezequiel (1995). *Técnicas de investigación social*. 24ª ed. Buenos Aires: Lumen.
- CAFFERATTA, Néstor A. (2009). “Instituciones de Derecho Ambiental Latinoamericano”, en: *Revista de Derecho Público*. Derecho Ambiental. II. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni (ed.).
- CANO, Guillermo J. (1978). *Derecho, Política y Administración Ambientales*. Buenos Aires: Depalma.
- CATALANO, Edmundo Fernando (1977). *Teoría general de los recursos naturales*. Buenos Aires: Zavalía.
- CHAMI, Diego Esteban (2010). *Manual de Derecho de la Navegación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GIGENA, Edgar Ramón (2007). “La protección de los espacios acuáticos frente a la contaminación producida por derrame de hidrocarburo y otras sustancias nocivas”, en: *revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*, n° 37 año 4. Buenos Aires: La Ley.
- GÓMEZ MASÍA, María Cecilia (2005). “Prevención de polución por derrame de hidrocarburos: contenido y eficacia del Convenio Marpol 1973/1978”, en: Diego Chami (comp.) *Estudios de derecho marítimo en homenaje al doctor José Domingo Ray*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- GONZÁLES LEBRERO, Rodolfo A. (1979). *Manual de derecho a la navegación*. Buenos Aires: Depalma.
- MATHUS ESCORIHUELA, Miguel (2007). *Derecho y administración de aguas*. Mendoza: propia.
- MONTIEL, Luis Beltran (1975). *Curso de derecho de la navegación*. Buenos Aires: Astrea.
- PASTORINO, Leonardo Fabio (2005). *El daño al ambiente*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- (2009). “El agua”, en: *Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Ediciones Cooperativas*. Buenos Aires.
- (2009). *Derecho agrario argentino*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- PIERINI, Alicia y otros (2007). *Derecho ambiental: aportes para una mejor planificación, gestión y control en materia ambiental metropolitana*. Buenos Aires: Universidad.
- PIGRETTI, Eduardo A. (1971). *Derecho de los recursos naturales*. Buenos Aires: La Ley.
- RAY, José Domingo (1994). *Derecho de la navegación*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot. Tº II y III.
- SANDLER, Héctor Raúl (2004). *Cómo hacer una monografía en derecho*. Buenos Aires: UBA. Facultad de Derecho.
- TOLCACHIER, Alberto Jorge (s/f). *Contaminación del agua*. Disponible en: http://www.intram.net/sitios/libro_virtual4/4.pdf [Fecha de consulta: 01/09/2016].
- TOLOSA, Pamela y otros (2011). “La responsabilidad por daños ambientales derivados de derrames de hidrocarburos en casos de abordajes marítimos”, en: Cafferatta, Néstor (ed.). *Summa Ambiental: doctrina - legislación - jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- UMBERTO, Eco (2000). *Cómo se hace una tesis*. México: Gedisa Mexicana.

Sitios web consultados

<http://www.petroleomagdalena.com> [Fecha de consulta: 23/11/2015].

<http://www.alaplastica.org.ar> [Fecha de consulta: 23/11/2015].

<http://www.educarparaconservar.org> [Fecha de consulta: 23/11/2015].

<http://www.alaplastica.org.ar/informe09.pdf> [Fecha de consulta: 23/11/2015].

<http://www.eldia.com.ar/edis/20091011/laciudad12.htm> [Fecha de consulta: 23/11/2015].

<http://vecinosenred.blogspot.com/2009/05/magdalena-el-acuerdo-secreto-del.html> [Fecha de consulta: 23/11/2015].

<https://es.scribd.com/doc/303730864/SEGUIMIENTO-DEL-IMPACTO-DEL-DERRAME-DE-PETROLEO-PROPIEDAD-DE-LA-EMPRESA-SHELL-EN-LA-VEGETACION-DE-LA-FAJA-COSTERA-DE-MAGDALENA-A-PARTIR-DE-TRABAJO-DE> [Fecha de consulta: 01/07/2016].

Leyes

Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, Montego Bay, 1982, ratificada por ley 23.968. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>

Ley de la Navegación 20.094. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>

Constitución Nacional Argentina.

Ley General del Ambiente 25.675. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>

Ley 22.190. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>

Ley 21.947. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>

Convención Internacional relativa a la intervención en alta mar en casos de siniestros de contaminación por petróleo, ratificada por ley 23.456. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>

Convenio Internacional de Londres para la Prevención de la Contaminación por Hidrocarburos al Medio Marino (OILPOL 54), ratificada por ley 21.353. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>

Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, ratificado por ley 21.947. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>

Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques (MARPOL, 73-78), ratificado por ley 24.098. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>

Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS) ratificado por ley 22.079. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>

Convenio sobre Cooperación Preparación y Lucha contra la contaminación marítima por hidrocarburos, ratificado por Argentina, ratificado por ley 24.292. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>

Convención Internacional sobre la Responsabilidad Civil por los daños derivados de la contaminación por hidrocarburos y Convenio Internacional de Constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños causados por contaminación de hidrocarburos, ratificados por ley 25.137. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/>

Fecha de recepción: 31-03-2016

Fecha de aceptación: 22-07-2016

La forma de los actos jurídicos en el Derecho Internacional Privado argentino (*)

POR LILIANA E. RAPALLINI (**)

Sumario: I. Planteo introductorio. — II. Apreciaciones sobre el concepto jurídico de forma. — III. La forma de los actos en derecho internacional privado. — IV. La circulación internacional del documento notarial. — V. Consideraciones finales: resolución del tema en el Código Civil y Comercial. Impacto notarial. — VI. Bibliografía.

Resumen: el tráfico jurídico externo ha adquirido significativa trascendencia en nuestro tiempo. Dicho intercambio obedece a diversos factores que van desde la búsqueda de mejores perspectivas económicas, el desmembramiento familiar, los procesos de integración, las facilidades del transporte físico y el incremento de las vinculaciones en el mundo virtual. Estas situaciones jurídicas internacionales propenden a su reconocimiento con vocación de universalidad. Pese a ello, la forma en que se documentan inviste marcada territorialidad y rigorismo tópicamente complejo de superar. En el presente artículo se intenta otorgar al tema cierta claridad y también el marco de flexibilidad que el mismo admite.

Palabras claves: acto - forma - documento - internacional

The form of acts in the private legal international law

Abstract: *the external legal traffic has acquired significant importance in our time. This exchange is due to several factors ranging from the search for better economic prospects, family breakdown, integration processes, physical transport facilities and increased linkages in the virtual world. These international legal situations tend to their recognition with universal vocation. Nevertheless, how are documented you invest marked territoriality and complex topic rigorism to overcome. In this issue we try to give the matter some clarity and flexibility within the same supports.*

Keywords: *training - actors - document - international*

I. Planteo introductorio

Tradicionalmente, se asoció al caso con elementos extranjeros con el *conflicto de leyes*, de allí que se denomine *norma de conflicto* a aquella encargada de su resolución. En verdad ésta especie de normas convive con las sustanciales o materiales diferenciándose, por no otorgar una solución concreta sino derivar para su encuentro a un ordenamiento extranjero que se detecte contactado, razón por la que también se las conoce como *normas indirectas o de remisión*. Como toda norma consta de una hipótesis de facto o de hecho, y de una resolución un tanto imprevista hasta no ser detectado el derecho extranjero con el cual hemos de relacionarnos y al cual se encuentra ligado a través de una conexión que se procura sea razonable y previsible.

(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “El Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina” (aprobado por Resolución del H.C.D. n° 80 del 8 de abril de 2015. Expediente 400-2489/15).

(**) Prof. Titular Ordinario Derecho Internacional Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

En lo atinente a forma de los actos jurídicos, la regla de raíz estatutaria *locus regit actum* se formuló y extendió como general y absoluta, y dado su falta de localización se entendió que el lugar que rige al acto es el de su celebración. Esta concepción fue clarificada concluyendo en que lo inmediato es deslindar el alcance de tan riguroso y omnicomprensivo axioma.

Diferenciar tres estamentos será para ello necesario y es así como los aspectos a considerar son responder ante todo a *la ley rectora de la forma instrumental, a la ley rectora de las formalidades y a la ley rectora del fondo del acto jurídico*.

Puede concluirse en la existencia de un *fraccionamiento del Derecho entre diferentes ordenamientos jurídicos*, diversidad formal a la que se une otra aún más relevante, de carácter *sustancial*, ya que las soluciones jurídicas de los distintos ordenamientos a un mismo problema son frecuentemente diferentes.

Sobre ésta base procuraré dar respuesta a los interrogantes planteados, previo a abordar aspectos de entorno.

En sentido amplio, podemos considerar a la forma como el vehículo o medio de expresión del que se sirven las partes para emitir su declaración de voluntad. En este sentido, es imprescindible la existencia de una forma, pues de otro modo sería imposible llegar al conocimiento de la existencia de un acto.

Visto así, la forma es el vehículo del negocio que por ella se exterioriza, posibilita la eficacia de éste, cumpliendo una serie de funciones o grados de eficacia, más amplios o restringidos según sea la forma de que se trate. Sobrevendrá luego, el análisis del documento en donde se hubiere volcado, siendo prioritario calificar la calidad del instrumento.

II. Apreciaciones sobre el concepto jurídico de forma

Michel Foucault dentro de la magnífica bastardad de su obra, en *La verdad y las formas jurídicas* expone diferentes acepciones dadas al reglamento judicial en la civilización griega y la recurrencia a una disputa reglamentada, en donde aparece la forma impuesta como rigor que expresaba: “¿eres capaz de jurar ante los dioses que no hiciste lo que yo afirmo que hiciste?”. Claro está que el tiempo ha transcurrido y no en vano, pero véase la contradicción y cierta ironía que dicha formalidad encerraba. Lo que el pensador buscaba era saber si las formas en el derecho encerraban el concepto de verdad y justicia suficientes como para tener razón de su existencia.

Siendo la disciplina privada internacional una consecuencia del trato entre sujetos que obedecen a diferentes ordenamientos jurídicos, que a su vez requieren adaptarse a ciertas máximas territoriales, la forma jurídica que integra uno de los elementos que otorga el tránsito externo a una relación determinada se expone con elevado grado de acatamiento por los ordenamientos nacionales, pero que en muchos casos cada Estado intenta interpretar y consolidar a través de reglamentaciones especiales para aquellos actos llevados a cabo en su territorio y a su vez, excluir o condicionar el ingreso de los llevados a cabo en el extranjero con pretensión de eficacia en el propio.

Asumiendo que el Código de Vélez Sarsfield es hoy día más que una ley sin vigencia una fuente de conocimiento y doctrina, recorro al artículo 973 en el que el codificador expresaba: “(...) la forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico (...)”, clarificando el concepto al dar ejemplos de las mentadas prescripciones solemnes, así lo son la escritura del acto, la presencia de testigos, la intervención notarial o de una autoridad competente.

El actual Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) aborda directamente la libertad de formas para luego inferir la forma impuesta y la sanción frente a su incumplimiento (1). En suma y actualmente se intenta con el elemento bajo estudio dar suficiente y fehaciente exteriorización a la voluntad, que implica dotar al acto de plena validez, vigencia y eficacia.

No obstante, se deduce que la forma impuesta se predetermina en función de ciertos intereses por parte del legislador local y es variable conforme a cada ordenamiento jurídico nacional.

Existen desde ya, cuestiones de orden público que avalan la determinación legislativa de específicas formas impuestas para puntuales actos jurídicos. Se trata de un conjunto de normas internas especialmente condicionadas y además, de aplicación inmediata.

Muy ligado al tema se encuentra el *concepto jurídico de documento* que constituye un elemento estructural, un instrumento imprescindible para que el Derecho pueda desarrollar las funciones que le son propias.

Hoy día y dada la diversidad de medios existentes para documentar un acto de resonancia jurídica, el soporte y el mensaje van de la mano de manera que el segundo debe estar comprendido en el primero de lo contrario carecemos de documento.

La técnica legislativa frente a lo dificultoso que resulta arribar a una definición de documento con pretensión de generalidad, opera resolviendo los concretos problemas que se plantean en la práctica y en cada rama jurídica. Será imperiosa la recurrencia a la definición mayor y a la que en cada caso nos ofrezca la legislación específica sobre el concepto de documento.

III. La forma de los actos en derecho internacional privado

Retomo la exposición recordando que la forma es el vehículo que permite exteriorizar la voluntad interna en el ámbito del Derecho. Funcionalmente atiende a satisfacer cuatro aspectos; en primer lugar es el medio de probar la existencia y contenido del negocio, en segundo lugar garantiza la expresión libre y consciente del compromiso contraído, en tercero se encarga de salvaguardar derechos de terceros y un último aspecto tiende al objetivo de controlar la correcta utilización del Derecho Privado por parte de los particulares.

En principio podemos partir de la determinación de tres grandes categorías. Una es la de los actos informales en donde el legislador deja librado a la autonomía de la voluntad la elección de la forma en que han de concertarlo. Otra es la integrada por los actos jurídicos que adquieren la relevancia de formales; y por último, los actos que requieren para su constitución de la aprobación de una autoridad pública en los que se enrojan los actos que requieren registración bien sea, jurisdiccionales o puramente notariales.

Ahora bien, como evocara al inicio de la presentación, la regla *locus regit actum* reconoce su origen en las escuelas estatutarias (2). Etimológicamente significa que el lugar rige al acto interpretándose que se trata del de su celebración. La doctrina precisó con acierto *que la ley del lugar de celebración del acto rige su propio instrumento*.

(1) Artículo 284: "Libertad de formas. Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley".

Artículo 285: "Forma impuesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad".

(2) El aforismo *locus regit actum* resume una de las primeras reglas elaboradas para resolver un conflicto de leyes. Ya en el siglo XII, difundida por Balduino (1235), profundizada por Bártolo (1357) aun cuando la expresión data del siglo XVIII al discutirse su carácter facultativo o imperativo.

Luego de ello, considero propicio observar que el *dépêchage* —*separación o fraccionamiento de los elementos de un acto*— es un tópico propio de las situaciones internacionales. En lo que concierne a la forma de los actos, es lugar común la alusión a la ley del lugar de celebración como ley aplicable a la forma de los actos jurídicos de derecho privado bien sean contratos, testamentos o matrimonios.

Peculiarmente se visualiza la conjunción con otras conexiones como pueden ser las personales o las consensuales, resultando sólidamente interpretada y aplicada la que conduce a la validez del acto.

Se trata, por lo tanto, de una norma de conflicto “*materialmente orientada*,” tipo normativo que se caracteriza por no ser indiferente al resultado de su aplicación a un caso concreto. Es así como en el aspecto formal se procura la conservación del negocio internacional eludiendo en lo posible la sanción que en el derecho material se prevé para el defecto formal en relación con actos jurídicos puramente internos.

Sin embargo, las disposiciones nacionales sobre forma de los actos jurídicos cuyo incumplimiento acarrea la invalidez son imperativas y diría, internacionalmente imperativas; entonces, aparece chocante que el principio se distienda por el tenor internacional del acto, que se vería notablemente favorecido y por qué no, privilegiado.

Quizás, la idea medular consista en apuntar al *carácter funcional* de los requisitos formales, y a su *carácter fungible o intercambiable*.

Es así como surgen interpretaciones conforme al grado de coercitividad en lo que hace a su observancia. Otorgar carácter *imperativo* a la regla “locus” es aún hoy día la de mayor adhesión como el caso de nuestro país, y por la cual debe aplicarse a actos jurídicos celebrados u otorgados dentro o fuera del país que surtan efectos en el territorio nacional. Otra posición se inclina por su carácter *facultativo* en pro de facilitar la negociación internacional, sentando mínimas excepciones. Finalmente, la *intermedia* imprime de obligatoriedad a la regla “locus” sólo cuando se tratare de actos volcados en instrumento público por así requerirlo el ordenamiento del país donde se va a ejecutar o a ejercer.

Lo cierto es que la forma es primariamente diferenciada en *oral o escrita*, conforme sea su manifestación y en actos *formales y no formales*, según se conceda o no espacio a la autonomía de la voluntad. En general, la forma “en sentido estricto” es documental y por ende, es escrita o puede volcarse a un medio escrito (3). Dentro de la forma escrita se distingue entre la *auténtica y la escrita privada* (4). A la forma *auténtica* la caracteriza la intervención de un notario o de una autoridad competente asimilable en la función (5) y que no debe confundirse con la forma *solemne* que condiciona absolutamente la validez del acto.

Inmersa en todas ésta categorías aparece la *distribución del derecho aplicable diferenciando la ley impositiva y la ley reguladora, que equivale a concluir en que la ley que rige al acto jurídico en cuestión determina la forma impuesta*.

Determinar la forma impuesta se reduce prácticamente a “calidad del instrumento” en el cual ha de perfeccionarse el acto vale decir, categoría pública o privada según lo imponga el derecho aplicable al acto jurídico en cuestión. Si bien pareciera un juego de palabras sólo cabe acotar que las *formalidades* requeridas para la calidad de instrumento —forma impuesta— quedan comprendidas en la ley del lugar de su celebración u otorgamiento (6).

(3) Si bien y tal como antes lo expresara, forma y documento no son identificables aún cuando su vinculación sea estrecha.

(4) Podría aquí incluirse a la forma escrita privada manuscrita.

(5) Ejemplo, un Cónsul que tiene por expresa disposición legal funciones notariales acotadas como pueden serlo, intervenir en otorgamiento de testamentos o de apoderamientos.

(6) Queda pendiente despejar el interrogante de aquellos ordenamientos que desconocen la calidad de instrumento público para los actos privados.

Con lo dicho expreso una respuesta aproximada a los tres interrogantes planteados al inicio o sea, ley rectora de la forma instrumental, ley rectora de las formalidades, ley rectora del fondo del acto jurídico.

Al último interrogante, obviamente, no he de darle resolución pues serían tantas respuestas como posibles actos jurídicos puedan celebrarse u otorgarse.

Lo dicho supone un *régimen de lex loci en convivencia con un sistema de lex causae*; así por ejemplo, si desde un país extranjero se transfieren derechos reales sobre inmuebles sitos en la República, el artículo 2667 del CCiv. y Com. establece como forma impuesta la del instrumento público. Si en cambio, ante un notario en Argentina se presenta un ciudadano nacional o extranjero y requiere transmitir una bóveda sita en Rumania y manifiesta su admisibilidad por instrumento privado, “nuestro notario” volcará la operación en dicha calidad de instrumento y certificará la firma del o los comparecientes (7).

La jurisprudencia nacional en el caso “Méndez Valles” resulta sumamente ilustrativa (8) para ampliar el conocimiento del tema abordado. Allí podrá observarse además de la supremacía de los Tratados, que el objeto de la causa hace a la validación en Argentina de una cesión de acciones y derechos judiciales vertida en instrumento privado dado a ser ésta la calidad admitida en el Estado de su producción, modalidad que controvierte la forma imperativa prevista por nuestro ordenamiento y por ello desestimada su eficacia. A lo dicho debe anexarse la circunstancia que en el proceso se ventila una acción relacionada a un bien inmueble siendo ley rectora del mismo, la ley del lugar de su situación.

Concluyendo, a la ley que impone la forma (la que rige al acto jurídico) se añade la ley que reglamenta la forma (ley del lugar de celebración u otorgamiento) y existe un tercer factor para tener en cuenta, y es considerar quién ha de calificar si esto se ha cumplido lo que dependerá del uso a dar a ese documento. Será entonces, el juez con jurisdicción en el caso o bien el escribano que intervenga dado a ser también una autoridad competente por territorio y por materia habilitado para ello por la ley o y de igual forma, será autoridad calificadora la autoridad de registro de corresponder el paso pertinente.

IV. La circulación internacional del documento notarial

La circulación internacional de documentos requiere del cumplimiento de una serie de recaudos que ocupan tanto a los jurisdiccionales (9) como a los notariales. La primera de las especie requiere un tratamiento especial no comprensivo del objeto de la presente entrega.

En cuanto a la circulación del documento notarial su enfoque merece un doble abordaje: la eficacia probatoria de los documentos notariales o sea su aptitud para circular y surtir efectos fuera del Estado de su producción y su eventual incorporación a los registros inmobiliarios será uno, y el otro aspecto es la fuerza ejecutoria, su eficacia a los fines de dar confianza y fortalecer las relaciones personales de contenido patrimonial por la frecuencia de trato de ésta especie de transacciones.

Para una mejor exposición, se diferencian:

1. *Autenticidad material*: señala que un documento “extranjero” debe reunir tres requisitos, siendo ellos la *legalización, la autenticación y la traducción de ser necesaria*.

(7) Ello no obsta a la inserción en el texto de una acotación o rezo en donde el Notario aclare que dicho instrumento no tendrá como lugar de ejercicio o ejecución a Argentina.

(8) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26/12/1995, “Méndez Valles, Fernando c/ A.M. Pescio S.C.A. s/ ejecución de alquileres”.

(9) Incluyendo resoluciones jurisdiccionales estatales y arbitrales.

En este apartado se sintetizan los principales tópicos a resolver que involucren al sistema argentino.

En primer lugar, *la legalización es nacional mientras que la autenticación apunta a la certificación de firma y cargo de un funcionario externo al documento.*

El inicio del circuito se realiza con un documento nacional; dentro del territorio del Estado “productor”. Los documentos notariales circulan libremente pero dado la organización político institucional del país puede requerirse de una legalización complementaria (10) se debe tener en claro que ese documento goza de valía territorial y de tránsito nacional. Sucintamente, a través de la legalización se comprueba que la firma y rúbrica de un notario autorizante conciden con los registrados y obrados ante la autoridad certificante y que además, se encuentra habilitado para el ejercicio de su cargo.

Si este documento va a traspasar la frontera deberá contar con la *legalización diplomática por la cual un funcionario de rango correspondiente o equivalente* (11) *autenticará la firma y cargo de quien certificó la firma del notario.*

Estos procedimientos se fueron simplificando, primero por el mecanismo más extendido que es el contenido en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 conocido como “apostilla de La Haya”.

En caso de no ser el país “productor” del documento firmante del Convenio de La Haya, se empleará el Reglamento Consular Argentino (12) con la colocación del folio de seguridad. Con ésta formalidad al ingresar a nuestro país, dicho documento no requiere de ninguna intervención adicional. Se diferencia del apostillado en que su eficacia sólo convoca al país de origen con el nuestro.

Otro sistema “simplificado” es el de *atestación consular* celebrado entre Argentina y Brasil en vigencia desde el 15 de abril de 2004. Su ámbito material es acotado pues comprende documentos administrativos emanados de autoridades competentes, escrituras públicas notariales e instrumentos privados con firma certificada, excluyendo a los decisorios jurisdiccionales dado que éstos están comprendidos en el Protocolo de Las Leñas.

Como supuestos de exención de legalización diplomática tenemos varios, pero ninguno de ellos abarca a los documentos notariales.

Precisamente el Protocolo de Las Leñas (13) exime de intervención diplomática si se tratare de un documento judicial (autos, providencias, sentencias) proveniente de un país que sea parte del Mercosur, en los cuales sólo basta la certificación del funcionario judicial por el órgano superior de igual naturaleza (14).

Otro supuesto de exención acotada es el derivado del Convenio entre Argentina e Italia (15) que instaura un sistema por el cual el documento adquiere una única nacionalidad pero sólo si se trata de instrumentos probatorios de existencia y capacidad de las personas, quedando fuera de su alcance el resto, que deberá superar su paso por La Haya y ser apostillado.

(10) Por ejemplo, trasladar un documento notarial desde una provincia a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o como antes ocurría en España con los territorios forales.

(11) En Argentina están habilitados a “apostillar” documentos el Departamento de Legalizaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores y por convenio y delegación, los Colegios de Escribanos pero solamente en documentos notariales intervenidos por Escribanos del distrito.

(12) Decreto 1.629/01.

(13) Ley 24.578.

(14) Sello de agua de la Cámara de Apelaciones.

(15) Ley 23.728.

En cuanto a la traducción debe ser fehaciente y de allí que se requiere la realizada por Traductor Público Matriculado en el país receptor del documento. En la actualidad es frecuente recibir documentos extranjeros con sistemas superados del rigorismo y es así como aparecen diseñados en doble columna —idioma de origen e idioma de destino— o bien en caso de documentos vertidos en formularios —actas de nacimiento y semejantes— en los que se emplea el sistema multilingüe, en donde cada término cuenta con su equivalente en varios idiomas.

2. *Cuestión de la forma*: en el apartado III he brindado un marco regulador y contenedor al tema de la forma en sí misma. En éste punto lo haré desde otra arista apuntando a idéntica problemática. Bajo ésta perspectiva pueden distinguirse tres situaciones cada una de ellas de mayor o menor complejidad.

- *Documentos autorizados por notario nacional*: supuesto sencillo y conocido pues, dentro del territorio nacional el instrumento público también nacional circula con entera libertad y despliega toda su eficacia. La regulación interna del instrumento público condensa regulación general —Código Civil— y específica —notarial—, cuyo cumplimiento constituye el fundamento del valor que se concede al mismo. Además, la específica impone al Escribano una serie de actuaciones y cautelas que pueden identificarse como requisitos internos del instrumento público.

- *Documentos autorizados por notario extranjero con pretensión de eficacia en el país*: trasladado a la esfera internacional, la situación obviamente no es la misma. La primera aclaración es que si ese documento fuere otorgado ante una autoridad consular argentina el mismo se ha nacionalizado y lo que abunda dicha condición es que está exento de todo otro trámite de legalización una vez llegado al país (16). Aun así, en apartado anterior me he detenido en el supuesto pero no está de más remarcar que a los instrumentos públicos pasados ante un notario nacional, la *lex locus* se convierte en la única aplicable; mientras que si la ley reguladora de los actos y contratos exige para su validez una determinada forma o solemnidad será siempre aplicada aún cuando hubiere sido otorgado en el extranjero.

Sentado esto, los casos más frecuentes de documentos notariales extranjeros que se presentan para su pretensión de eficacia en el país consisten en poderes de representación incluyendo los relativos a representación orgánica de sociedades y las escrituras de transmisión de derechos reales sobre inmuebles sitios en el país, que incluyen casos puntuales como el requerimiento de “asentimiento conyugal”. Sin ahondar en cada uno de los supuestos mencionados me interesa otorgar a los mismos un marco referencial mínimo.

Pero existe una cuestión previa que debe el receptor del documento extranjero resolver o sea calificar y es si en verdad estamos o no, frente a la especie instrumento público y en el caso, escritura pública. Como norma tranquilizadora se detecta al artículo 25 (17) del Protocolo de Las Leñas donde se plasma un principio de igualdad de trato de los instrumentos públicos emanados de autoridades competentes pertenecientes a países fundadores y asociados del Mercado Común del Sur. Pero fuera de ello la calificación de una escritura pública, es evidentemente por el criterio de *lex fori* respetando la *lex causae* de modo tal, que el mínimo examen será observar si en el otorgamiento o confección del documento se acataron los requisitos exigidos en el país de procedencia y con las formalidades o condiciones extrínsecas propias; que se encuentre apostillado o acorde al procedimiento indicado, que se haya respetado el derecho aplicable en materia de capacidad, objeto y forma del negocio llevado a cabo que tenga injerencia en el país y en ciertos casos, de ambos

(16) Así por ejemplo, el artículo 1 del Convenio de La Haya en su último apartado exime del apostillado a los documentos emanados de funcionarios diplomáticos o consulares.

(17) Artículo 25: “Los instrumentos públicos emanados de un Estado Parte tendrán en el otro la misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos”.

ordenamientos (18) en otros supuestos como el apoderamiento sólo se requiere que el apoderado o representante cuente con discernimiento conforme al país de ejercicio (19).

Conforme a la propuesta que formulara paso a un somero análisis de supuestos particulares.

En lo que hace al *poder de representación*, el nuevo Código carece de reglamentación internacional de manera que le caben las reglas generales trazadas en relación a la forma de los actos jurídicos y las materiales específicas vertidas en los artículos 362, 363 y 364 (20) como específicos. De ello se deduce que la *forma* ha de ser la prescripta para el acto que debe llevar a cabo el representante y en consecuencia, si el acto se lleva a cabo en Argentina aún cuando el poder se hubiere otorgado en el extranjero, la especie de poder y el instrumento en que se vuelca debe ajustarse al ordenamiento local. Dicho en otros términos, la forma en que deba realizarse el apoderamiento se encuentra en dependencia del acto que el representante deba realizar sea el poder otorgado dentro o fuera del país siempre que sea su espacio de ejercicio, nuestro país.

Una cuestión importante de resaltar es el haber deslindado el poder de representación del mandato, diferenciando al primero de la figura del contrato. De ésta forma si el mandante confiere además poder de representación, quedará comprendido dentro de la reglamentación obrada en el artículo 362 y siguientes conforme se desprende del artículo 1320 (21). Con este aporte también se modifica la calidad del poder de representación como acto unilateral razón por la que la sola voluntad del representado genera el apoderamiento que adquirirá plena eficacia con la aceptación por parte del apoderado adquiriendo con ello, operatividad.

Esta clarificación conceptual obedece a que tanto el Código de Comercio como el Código Civil regulaban el contrato de mandato y la institución de la representación de modo conjunto.

Como fuente internacional contamos con la Convención Interamericana sobre régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero —Panamá de 1975— ratificada por la ley 22.550. En cuanto al Protocolo sobre Uniformidad del régimen legal de los poderes —Washington, 1940— nuestro país no ha ratificado este acuerdo por su raíz cercana al sistema anglosajón.

No contamos aún con jurisprudencia actualizada en la especie abordada. Pese a ello y recientemente, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores (22) delimita los términos de un poder de representación aplicado a un sucesorio sustentando el carácter sacramental toda vez que el acto acorde al ordenamiento nacional, así lo requiera.

Otro supuesto particular lo ofrece *la transmisión de derechos reales desde el extranjero sobre bienes inmuebles sitos en el país* (23). El Código antecesor exigía como condición su realización en escri-

(18) Por ejemplo, un joven de 14 años adquiere un inmueble sito en Argentina; para el país donde se domicilia es capaz para ello sin embargo, al arribar el título al país y pretender su acceso al registro correspondiente, se va a encontrar con una oposición atinente a su falta de capacidad suficiente.

(19) Artículo 364: “Capacidad. En la representación voluntaria el representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento; para el representante es suficiente el discernimiento”.

(20) Artículo 362: “Caracteres. La representación voluntaria comprende no sólo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo. Los límites de la representación, su extinción, y las instrucciones que el representado dio a su representante, son oponibles a terceros si éstos han tomado conocimiento de tales circunstancias, o debieron conocerlas obrando con cuidado y previsión”.

Artículo 363: “Forma. El apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar”.

(21) Artículo 1320: “Representación. Si el mandante confiere poder para ser representado, le son aplicables las disposiciones de los artículos 362 y siguientes (...)”.

(22) CACC, Dolores, 04/02/2016, “E, T. s/ sucesión”. [On line]. Disponible en: <http://. IJ Editores>. Cita: IJ-XCVI-693.

(23) Artículo 2667: “Derecho aplicable. Derechos reales sobre inmuebles. Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados”.

tura pública debidamente legalizada y su protocolización por orden de juez competente. El nuevo texto conserva los mismos lineamientos pero innova al eliminar la exigencia de protocolización por mandato judicial y también la exigencia de verter la operación en escritura pública.

La precaución de protocolización generó voces en disidencia y por supuesto, en su favor. Las disidentes entendieron que protocolizar un instrumento tenido como público en el ordenamiento en donde se creó, conforma una desnaturalización de su calidad pues de haberse llevado a cabo en el país y bajo igual condición, no sería menester la protocolización. Por el contrario, las voces defensoras han sostenido que la protocolización hace a la seguridad jurídica y a la posibilidad de obtener a través de la misma, la inserción de un documento extranjero en un protocolo nacional y en consecuencia, materializar o nacionalizar el instrumento.

Vale decir, que el supuesto requiere ser captado y reglamentado por las Autoridades de Registro a fin de uniformar el criterio con que dichos títulos podrán ser incorporados y registrados, cuestión que hasta el presente ha quedado a la espera (24).

En cuanto a la modificación atinente a la calidad del instrumento obedeció al nutrido flujo de transacciones de ésta naturaleza con países del sistema anglosajón carentes del sistema protocolar, tópico que se verá en el punto siguiente.

3. *Documentos autorizados con intervención de un notary public*: mucho tiempo e insistencia ha llevado en nuestro país la aceptación de documentos provenientes sobre todo, de Estados Unidos de Norteamérica. La frecuencia de trato hizo lo suyo y comenzaron a tener cierto marco de reconocimiento con la condición de reunir determinados recaudos tales como la intervención “notarial” certificando firmas, o darse por cumplido el procedimiento de legalización diplomática. Dicho repudio se basó en una creencia por cierto errónea y es que estos espacios jurídicos desconocen la calidad de instrumento público. En verdad, consideran instrumento público a aquel que emana del Estado o de una de sus unidades territoriales así por ejemplo empréstito o títulos públicos. A ello ha de acotarse en consecuencia, que los *notary public* al no otorgar escrituras públicas carecen de protocolo notarial.

Es así como el *notary public* no es el equivalente del escribano “latino”; el “notary”, tipología anglosajona, es un profesional legitimado por el Estado cuya función es certificar firmas —en verdad, las testifica—, puede recibir juramentos en caso de ser necesario, desde ya, asevera la identidad de los firmantes —en general, con documentos que contengan los datos personales, fotografía y firma como puede serlo una tarjeta de conducir— y también asevera el consentimiento libre de vicios vertido por el o los firmantes. No todos los actos requieren de la intervención del “notary” pero puede requerirse a fin de otorgar mayor certeza a la operación de que se trate. Se lo identifica como un “servidor”, de manera que su deber es tomar intervención toda vez que se le requiere. Pese a ello, puede negarse a intervenir sólo si duda de la identidad de quienes comparecen, o de la capacidad y consentimiento, o de la existencia de un fraude. En ningún momento está facultado para dar asesoramiento o para elaborar el contenido de un instrumento.

Es claro entonces, que la intervención de un “notary anglosajón” puede asegurar la identidad del firmante, la autenticidad de la firma, la capacidad del firmante para tomar participación y el consentimiento libre de vicios. Si bien todas estas referencias son importantes sumadas a la legalización, no por ello puede ser calificado como instrumento público tal como se entiende en la concepción latina.

(24) Y nuevamente las opiniones se bifurcan. Los Escribanos en su mayoría, consideran que es necesario protocolizar el documento “extranjero” mientras que los Registradores acatan registrarlo a requerimiento de parte. Opino que el segundo es el criterio adecuado y ajustado al texto del CCiv. y Com.

El fraccionamiento originado entre el notariado latino y el anglosajón en relación a la diversidad conceptual en lo atinente a la calidad del instrumento llevó a ser aceptado aquel que fuere intervenido por un “notary” —firmas certificadas— dada la imposibilidad del Estado productor de dar nacimiento a la calidad instrumento público como anteriormente lo expresara.

Como conclusión de lo dicho debe evaluarse el contenido del documento requerido y éste sí ha de sujetarse al derecho aplicable al acto jurídico del que se trate, el que no podrá ser desplazado para su eficacia.

4. *Documento notarial en soporte electrónico*: sin duda, constituye un medio de agilizar las relaciones jurídicas transnacionales que requiere además de la compulsa de datos fehacientes y de la obtención de certificaciones también a través de un medio virtual oficializado. En Argentina los mecanismos electrónicos han recorrido un significativo avance en la esfera judicial e incluso en la registral; sin embargo, no hemos aún resuelto una cuestión de fondo que supera al soporte tecnológico y que no se trata solamente de la firma digital y su oficialización, sino que en el ámbito notarial se continúa aún discutiendo si el instrumento electrónico accede a la condición de instrumento público. Considero que éste es el punto álgido que ha de superarse en la medida en que el soporte virtual conserve junto a la ética notarial, el principio de seguridad jurídica.

V. Consideraciones finales: resolución del tema en el Código Civil y Comercial. Impacto notarial

El CCiv. y Com. destina la Sección 10ª a la forma de los actos jurídicos. En un único artículo resuelve el tema (25), reconociendo el perfil sugerido por su antecesor y el dado por proyectos legislativos como el valioso aporte del Código de Derecho Internacional Privado de 2003 que lamentablemente, no obtuvo la aprobación correspondiente. También se identifica en su redacción la influencia de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940.

En particular, el artículo 2694 puede dividirse en tres tramos que a su vez exponen aspectos tradicionales y otros innovadores:

- En el primero, sienta un principio de territorialidad sometiendo diversos aspectos incluidos los relacionados a publicidad, a la tradicional regla “*locus*”. De su texto se desprende la inclusión de la diversidad de actos jurídicos a través de las acepciones: celebrar, realizar u otorgar.

- En el segundo y vinculado al primero, la sumisión a la “*lex causae*” es clara pues la ley que resulta aplicable a un acto jurídico indica la *calidad de instrumento* en que el mismo debe documentarse. Con ésta regla se consolida la distribución entre *ley que impone* y *ley que reglamenta la forma impuesta* y por ello me remito a lo relatado en el apartado III.

- En el mismo apartado segundo, *el principio de equivalencia o equiparación formal* surge como una solución expresa en la norma para los documentos desconocidos por su naturaleza y estructura, como son los emanados del notariado anglosajón (tópico planteado en el punto 3 del apartado III y al cual también me remito). Implica que el mismo derecho, o sea el que rige al fondo del acto jurídico, determina la calificación de la forma exigida o impuesta en procura de detectar su equivalente con la forma realizada. Plantea en rigor, la necesidad de calificar el documento dentro de las categorías del derecho nacional o por lo menos, la posibilidad de equipararlo y así otorgarle eficacia. Si bien éste principio se aplica al ejemplo previamente dado, considero que ha de emplearse

(25) Artículo 2694: “Formas y solemnidades. La forma y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado. Cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada. Si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica”.

como un mecanismo tendiente a flexibilizar el rigorismo formal propendiendo a otorgar validez al acto jurídico en sí mismo.

- En el tercer apartado se contempla a la contratación entre ausentes, a distancia o entre personas situadas en diferentes lugares —nominaciones que operan como sinónimos en cuanto a la génesis de la operación— que de por sí resulta una situación compleja de dilucidar, aún hoy día. Se recoge una añeja regla como es su *sometimiento al derecho de donde partió la oferta aceptada* y en su defecto, la *ley rectora del fondo del acto jurídico* de que se trate.

Ahora bien, en estrecha relación con la forma de los actos jurídicos *se incorpora la conexión ley del lugar de registro*. Sabido es que los recaudos registrales quedan subsumidos en el marco de la territorialidad conformando un plexo de normas materiales y de aplicación inmediata formando también parte de la jurisdicción exclusiva Argentina. Puede observarse su empleo en la Sección 15ª destinada a los Derechos Reales.

Abordando la fuente convencional internacional y como antes mencionara, los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 (26) y de 1940 (27) son fuente vinculante para Argentina. He de considerar al documento de 1940 ya que no existen grandes diferencias entre éste y su antecesor y además, por su mayor grado de crecimiento. En el artículo 36 (28) dirime el tema de la forma de los actos jurídicos, y lo hace con un aporte de claridad al considerar que la calidad del instrumento se determina por la ley rectora del mismo, mientras que las solemnidades quedan comprendidas en la ley del lugar en donde dichos actos se celebren u otorguen. De igual forma, los recaudos sobre publicidad de dichos actos se sujetan a la ley del Estado en donde sea necesario cumplimentarlas. Como puede apreciarse es nítida su influencia en el CCiv. y Com.

Finalmente, me cabe concluir que la forma de un acto jurídico es la modalidad en que se expresa, se identifica y se lo reconoce. Si bien es un tema de añeja data es a su vez de total vigencia y de permanente desarrollo. Empero, su sujeción a la regla *locus regit actum* pervive intentando delimitarla con la expresión *ley local* aplicable al acatamiento de las formalidades que rodean a un acto solemne. Con ello se pretende favorecer la concertación de actos jurídicos rodeados de legalidad y veracidad que responden a las expectativas de la práctica profesional. La forma predefinida por un ordenamiento jurídico nacional es aquella con mayor vinculación con el supuesto de que se trate.

El Derecho Internacional Privado ha intentado dar un nuevo curso conservando el estatuto formal y generando estatutos particulares para actos puntuales. En procura de lograr armonización y preservación como valores en equilibrio, se pretende dejar en claro el alcance del *favor validitatis* y los casos en que el principio de equivalencia pasa a ocupar un supuesto de exclusión como medida extrema de rechazo.

VI. Bibliografía

ABARCA JUNCO, Ana Paloma (2013). *Derecho Internacional Privado*. Madrid: UNED.

ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO (2006). "Circulación e inscripción de documentos provenientes del extranjero. Valor probatorio y fuerza ejecutoria del documento notarial en el ámbito internacional", en: *Revista Jurídica del Notariado*. Madrid, pp. 116-227.

(26) Ratificado por la ley 3.192 y vigente para Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

(27) Ratificado por decreto-ley 7.771/56 y vigente para Argentina, Paraguay y Uruguay.

(28) Artículo 36: "La ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan, los medios de publicidad, por la ley de cada Estado".

BETTI, Emilio (1960). *La forma degli atti nel diritto internazionale privato*. Nápoles: Casa Editrice Dott.

CALANDRELLI, Alcides (1911). *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Imprenta y Litografía de Buenos Aires.

ESPINAR VICENTE, José María (2015). *Doce reflexiones sobre el Derecho Internacional Privado español*. Madrid: Linceus.

FOUCAULT, Michel (2009). *La verdad y las formas jurídicas*. Madrid: Gedisa.

NOVELLI, Giancarlo (2015). *Compendio di diritto internazionale privato e processuale*. Nápoles: Edizione Giuridiche Simone.

REQUEJO ISIDRO, Marta (1998). *Ley local y forma de los actos en el derecho internacional privado español*. Madrid: Eurolex.

RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2006). "Concepto jurídico de documento," en *La Ley*. Madrid: La Ley, N° 6587, pp. 1-4.

Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Ley 26.694: Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 08/10/2014. Artículos 284, 285, 362, 363, 1320, 2667, 2694.

Ley 3.192. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 06/12/1894.

Ley 22.550. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 15/03/1982.

Ley 23.458. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 21/04/1987.

Ley 23.728. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 23/10/1989.

Ley 24.578. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 27/11/1995.

Ley 25.222. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 04/01/2000.

Decreto-ley 7.771. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 08/05/1956.

Decreto 1.621/2001. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12/12/2001.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26/12/1995, "Méndez Valles, Fernando c/ A.M. Pescio S.C.A. s/ ejecución de alquileres". M.354. XXIV. REX.

CACC, Dolores, 04/02/2016, "E. T. s/ sucesión". [On line]. Disponible en: <http://. IJ Editores>. Cita: IJ-XCVI-693

Fecha de recepción: 12-04-2016

Fecha de aceptación: 18-08-2016

Hacia una consolidación de la Teoría General del Derecho Notarial *justo*

POR SEBASTIÁN JUSTO COSOLA (*)

Sumario: I. Lo justo y el derecho notarial. — II. La antigua interpretación notarial del derecho. — III. Relevancia del la aplicación del derecho positivo. — IV. La elección por el realismo jurídico clásico. — V. La determinación y argumentación notarial del derecho actual. — VI. La prudencia jurídica. — VII. La prudencia notarial. — VIII. *Excursus*: hacia una teoría general del derecho notarial justo (a partir del método realista). — IX. Ensayando una despedida. — X. Bibliografía.

Resumen: el presente ensayo es una introducción a la justificación de una nueva consideración del derecho notarial. Durante el transcurso de los últimos años, el interés del derecho ha ido mutando de perspectiva; ya no es relevante el cumplimiento estricto de la ley, sino el cumplimiento de la misma cuando no se opone a los paradigmas de la justicia. Eso es lo que explica que ciertas profesiones, como la notarial, deben comenzar por demostrar que lo esencial de su quehacer no es la aplicación técnica de un sistema decimonónico de interpretación legal, sino la concreción de una argumentación del derecho que justifique lo que a cada uno corresponde en el seno del documento. El nuevo derecho notarial entonces presenta elementos esenciales que justifican su importancia, y que desplazan a los antiguos, que no desaparecen, pero que se mantienen de manera secundaria. De esta manera, los deberes éticos notariales aplicados determinan el aspecto esencial del ejercicio actual de la función fedante, ya que la concreción de los mismos determinan un auténtico documento justo, que presupone una preocupación por el valor justicia y una comprensión de la prudencia notarial en la aplicación del derecho. Eso justifica además, la elección por una corriente iusfilosofica que sirve de fundamento a las líneas que siguen a estas palabras.

Palabras claves: prudencia - ética - deberes - principios - argumentación - justicia - realismo

About the consolidation of the notarial just theory

Abstract: *the new just notarial theory hopes to introduce the investigation about the importance of an original perspective between the lines of justice and the lines of the notarial function in the continental countries.*

Keywords: *prudence - ethics - justice - duties - moral code - reasoning*

I. Lo justo y el derecho notarial

Hace un tiempo relativamente prolongado que el tema de la justicia en sede notarial viene llamando poderosamente mi atención. En algunos de mis libros y ensayos antecedentes me he preocupado por esquematizar al derecho notarial de manera tal que su relación con la filosofía del

(*) Prof. Titular, Adjunto o Asociado (de grado y Postgrado) de Derecho notarial, Derecho de los contratos y ética de las profesiones jurídicas, Facultad de Derecho, UBA; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP; Facultad de Derecho, UNNOBA y Universidad Notarial Argentina. Presidente del Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino. Director del Centro de Estudios de investigación de temas de derecho notarial, registral e inmobiliario, UNNOBA.

derecho sea además de frecuente, absolutamente indispensable para su explicación y comprensión actual (1). Para ello, he optado por asimilarlo a un esquema de filosofía del derecho realista clásica, captando —a modo de merecido homenaje— algunas de las enseñanzas de Juan Vallet de Goytisolo.

Recordemos que el *realismo jurídico clásico* —en la actualidad como una versión del *no positivismo*— es también conocido como *iusnaturalismo ontológico o metafísico* —que confía en la *realidad de un ser que existe*—, *iusnaturalismo católico, cristiano, trascendente, antropológico, teológico*, entre otros (Vigo, 2008: 157). De manera inmejorable en la Argentina, el profesor Rodolfo Vigo (2008) enseña que esta corriente de pensamiento presenta diversos tópicos de referencia.

a) Una consideración del derecho como *lo justo* analógicamente entendido.

b) En notable sintonía con Juan Vallet de Goytisolo (1973: 65 y ss.), refiere a una explicación que diferencie y conecte, desde algún punto de vista, al derecho como lo justo analógicamente entendido con la virtud de la justicia (Vigo: 2008: 18).

c) Una *distinción* entre *lo justo natural* y *lo justo positivo* (Vigo: 2008: 20).

d) Un establecimiento de relaciones entre las normas y las leyes y el derecho o lo justo (Vigo: 2008: 23).

e) El establecimiento de lo justo natural (Vigo: 2008: 25).

f) La aprehensión de las *causas del derecho* (2).

g) La comprensión de los grados del *saber jurídico* (Vigo: 2008: 29).

h) Una adecuada ubicación del derecho en el campo de *la ética* (Vigo: 2008: 33).

i) Un establecimiento de los presupuestos filosóficos del *realismo*: metafísica, gnoseología, y antropología (Vigo: 2008: 35 y ss.).

Desde una visión *realista clásica*, el planteo académico viene a reconocer, como primera medida, que no únicamente todo lo estrictamente positivo es derecho, y que en concreto, pueden existir fuera del ordenamiento jurídico principios, valores, y conductas que tengan un valor trascendental para el hombre y su vida en convivencia, muy a pesar de no ser reconocidos estos últimos ni por la sociedad ni por las autoridades (Vigo: 2008: 158). De esta forma, la escuela realista insiste en que el término derecho es un concepto de realidades *análogas*.

El derecho es un fenómeno complejo, y lo jurídico no se agota en una sola *realidad*, sino que abarca a muchas *realidades distintas y diferenciadas* (Massini Correas, 1978: 13 y ss.). Al admitir lo antedicho, se hace presente que el derecho tiene distintos modos de ser, por ello es un término *análogo*. Esta afirmación significa que puede el derecho ser conocido o apreciado en realidades muy diversas —existen los profesores del derecho, existen las normas del derecho, las conductas de derecho, etc.— y por ello es común reconocer que la *analogía* trata a los términos iguales y consecuentemente, a los diferentes *grados* de la *juridicidad* (Massini Correas, 1978: 163 y ss.) (3).

(1) Cosola, Sebastián Justo (2008). *Los deberes éticos notariales*. Buenos Aires: Ad Hoc; (2010). *Los fundamentos éticos del derecho notarial*. Lima: Gaceta Notarial; (2013). *Los fundamentos del derecho notarial - La concreción del método*. Buenos Aires: Ad Hoc y (2014). *La prudencia notarial*. Perú: Gaceta Notarial.

(2) *Ibidem* p. 27. Cfr. Además Vigo, Rodolfo Luis (2010). *Las causas del derecho*. 2° ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

(3) Dice Massini: “Dentro de esta explicación se asume con *Aristóteles* que el *orden de la realidad* se divide en *teórico, práctico, lógico y productivo*, correspondiendo lo jurídico al orden *práctico*. Así, afirma que “en este orden práctico, la razón —práctica— valora y dirige la actividad humana hacia el bien personal o común del hombre mismo”. En definitiva, el orden práctico le impone al hombre un determinado obrar, para que pueda edificar su vida a través de actos concretos

Como consecuencia del análisis mencionado, he oportunamente planteado que la constante y proyectada evolución del derecho presentó en los últimos siglos un crecimiento de un rigor absolutamente considerable, que en la actualidad reclama un ajuste de criterios en la *argumentación jurídica* de las profesiones en general, y en lo que a nosotros importa, de la notarial en particular. Es que no debe perderse nunca de vista que el notariado es una institución que si bien *técnicamente* se fundamenta en arte y ciencia, en la evidencia y en la fe (Allende, 1969: 127), hoy encuentra su máximo baluarte en el mejor desempeño que el hombre pueda realizar, buscando siempre lo justo de cada uno, frente a una sociedad que hace tiempo ha dejado de confiar en las instituciones (4). Sin el sustento social, no habría notariado posible por mas técnica y ciencia que se puedan plantear para mejorar la calidad de vida —o el *confort*— de las personas y su relación con las cosas. Cuando el exceso en la invocación del progreso avanza sobre los fundamentos esenciales de la vida en relación, se esfuma la paz, se agudizan las crisis y se pierde el sentido de la vida, porque no hay motivos para encontrar esperanzas.

II. La antigua interpretación notarial del derecho

No ha sido tarea sencilla determinar el alcance de la *interpretación notarial* desde los textos con los que he contado para realizar el presente estudio, sin presentar un panorama de aquellas no pocas cuestiones confusas que se me han presentado durante todo este tiempo de reflexión. Si bien el tratamiento de cada una de esas cuestiones presenta naturalezas propias, todas encuentran su punto de contacto en la asimilación del objeto científico del derecho notarial (algún) elemento que necesariamente debe existir en la ley positiva.

La gran mayoría de los académicos alcanzan a considerar que el principal objeto de la ciencia del derecho notarial lo conforma *la norma que regula la función del escribano*. Resulta por demás de regocijante advertir los esfuerzos académicos dirigidos a fundamentar al derecho notarial en un objeto central para su estudio, pero quizás recrear todas esas teorías a partir de una argumentación de los principios esenciales del notariado sea lo más prudente en este momento.

El tratamiento de un método normativo quizás pueda ser acertado desde el punto de vista de la lógica, pero en circunstancias puede encontrarse en las antípodas de lo que definitivamente se debe considerar como *lo justo notarial*. Pienso que el objeto representa el sentido de una función, y más específicamente, las bases o los principios donde deben asentarse los principales fundamentos de una disciplina determinada. Por ello es que el objeto debe de estudiarse y elaborarse a la luz de los *principios esenciales del derecho autónomo* y no en referencia a un grupo ordenado de normas que regulan el ejercicio de una función o profesión, cuando la propia función supera con creces la descripción que de ella misma puede hacer un legislador inteligente, aplicado a su oficio, *avisgado, o tan solo oportunista*.

Las funciones milenarias indispensables para el orden y el desarrollo de la comunidad en paz nacen por necesidad, y no por creación legislativa. Parafraseando a Ronald Dworkin, podría afirmar

que le permitan alcanzar la obtención de bienes que necesita para su vida, y mucho más que ello "*para su vida perfecta*", proyectada como bien común o vida perfecta común en la sociedad política para que se alcance el bien personal de cada uno de sus integrantes. En relación con lo antedicho, la coherencia de exposición *realista* de Juan Vallet con las que enseñan en el caso concreto los profesores de las Universidades del Litoral y de Mendoza respectivamente, son asombrosas y hasta me atrevo a decir, emocionantes. Todas tienden a obtener un cada hombre un mejor hombre, como analizaremos más adelante en torno al concepto de prudencia jurídica.

(4) Un dato revelador es el estadístico: las escrituras públicas de adquisición de derecho de dominio, de declaraciones humanas destinadas a regular la vida, de manifestaciones que revisten para las personas, las más esenciales cuestiones se encuentran depositadas en las escribanías. ¿Cómo se explica, que en general, la ciudadanía deje depositados sus títulos en la notaría, y que solamente recurra a ellos cuando surge una nueva contratación o un conflicto que merece la atención de la defensa procesal? La confianza es un merecimiento a quien no defrauda. Esa es la principal legitimación notarial, por ello no debe dejar de tenerse en cuenta esta primera nota de la realidad, a la hora de considerar al ejercicio del derecho notarial.

que “no puede someterse el origen de una institución social al test de origen o de pedigree” como si ocurre con las instituciones creadas por necesidad o conveniencia (5).

El ministerio notarial importa la declaración biológica de los derechos en la normalidad, razón por cual afirmo que hoy no alcanza con decir que el primer objeto del derecho notarial es la ley escrita que *describe* y *prescribe* las atribuciones y deberes del profesional de la notaria. Las teorías acerca del documento, del instrumento público notarial, de la fe pública, de la función o de la forma, entre otras ya analizadas en exceso, no alcanzan en la actualidad a afirmar la importancia del ejercicio del derecho notarial.

III. Relevancia del la aplicación del derecho positivo

Debe tenerse en cuenta que una teoría general del derecho positivo analiza estructuralmente al derecho *objetivo*, alejándolo de las explicaciones morales, psicológicas, económicas o políticas de sus fines. Se entiende que la ciencia tiene que describir a su objeto tal como este es, independientemente de las diversas valoraciones y los juicios estimativos específicos que provengan de cada modo diferente de pensar. Para un análisis de corte *positivista*, el objeto específico de la ciencia del derecho es el derecho real o positivo, en oposición a un derecho ideal, que es propio de la política o de la racionalidad natural del hombre.

Eso es en definitiva lo que pretende instaurarse a través de la expresión *positivismo jurídico*, que —aunque *no univoca* (Carrió, 2006: 213 y ss.)— indica prevalentemente —y de un modo no exclusivo— una teoría que reconoce con carácter jurídico a todo aquello que haya sido puesto por una autoridad soberana, y siempre referido a un plano formal de creación de la norma por un ente que se atribuye el poder de generar derecho (Álvarez Gardiol, 2009: 23). De esta manera, una posición netamente *positivista*, si bien presenta diferentes concepciones doctrinales, se dirige a reivindicar una postura jurídica monista, entendiendo por ello que solo se admite la existencia de un solo derecho: *el positivo* (Pérez Luño, 2005: 47 y ss.).

De ahí que el análisis deba referirse a los rasgos más característicos a esta doctrina (Álvarez Gardiol, 2009: 26-7):

- a) un acercamiento al derecho *que es* —y no el que *debería ser* o el que nos *gustaría que sea*—;
- b) una ubicación del mismo dentro de un *sistema*, y que desde el punto de vista lingüístico (6) sea válido y vigente independientemente de valoraciones axiológicas;
- c) finalmente, que reconozca una fuente estatal que posibilite el ejercicio de la coacción.

No debe dejar de resaltarse que la realidad específica del derecho no se manifiesta en la *conducta real* de los individuos sometidos al orden jurídico, ya que la misma puede *hallarse* o *no hallarse* de acuerdo al orden cuya existencia constituye la realidad en cuestión. El orden jurídico determina como debe ser la conducta de los hombres, mientras que el comportamiento de los individuos tal como es se encuentra determinado por las leyes de la naturaleza, de acuerdo con el principio de causalidad —comportamiento de realidad natural—.

(5) Una interesante afirmación de porque el test de origen o de *pedigree* de Dworkin no sirve para identificar a los principios puede verse en el libro de Genaro Carrió (2006). *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5° ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 222.

(6) Sobre este tema cercano a la Escuela Analítica, ver el excelente trabajo de Ricardo Guibourg (2008). “Una concepción analítica del derecho”, en: Andrés Botero Bernal (coord.), *Filosofía del derecho Argentina*. Colombia: Temis, pp. 3-37.

IV. La elección por el realismo jurídico clásico

La elección por la corriente realista no implica, de ningún modo desconocer la importancia del *derecho positivo* (7). Se necesita imperiosamente conocer, aceptar y aplicar la ley positiva notarial en cada país tal cual la misma se encuentra normativamente proyectada, porque sin dudas es la ley escrita una importante fuente del derecho que sirve a la argumentación jurídica. Solo que también hay que considerar ciertos tipos de conformación del derecho para poder alcanzar resultados justos, que comprenda las otras fuentes elementales de la argumentación jurídica (costumbre, jurisprudencia, equidad, etc.).

En el nuevo derecho privado argentino, que comienza a estudiarse a partir de la sanción y puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial a partir del primero de agosto del año 2015, la cuestión de las fuentes es absolutamente relevante desde el título preliminar. Allí ya no se refiere a la ley como principal fuente de interpretación, sino a la Constitución como fuente primordial de argumentación. Una Constitución que contiene una parte orgánica, pero que fundamentalmente se destaca por presentar una fantástica descripción de las declaraciones, los derechos y las garantías, que no son otra cosa, para lo que aquí importa destacar, que el desarrollo de los principios generales del derecho que el hombre capta por evidencia.

El recordado maestro argentino Abelardo Rossi transmitía que nadie podía dejar de tener en cuenta la *necesidad* del *derecho positivo* y su consecuente *importancia*. Así lo afirmaba: “la positividad, al derecho le es consubstancial” (Rossi, 2000: 159). Sin embargo, su dura réplica era contra el *positivismo jurídico*, al que considera una degeneración de la positividad, por cuanto en la soberbia de querer construir toda la esfera del ordenamiento jurídico, descuido aquel derecho que el creador de la naturaleza había ubicado en las condiciones personales y sociales del hombre (Rossi, 2000: 159). En la medida en que la regla del derecho positivo se torne injusta, por haberla creado alguien que no esté facultado para ello —incompetencia—, o por no haber distribuido las cargas sin igualdad proporcional entre los miembros de la sociedad; o por apartarse o no adaptarse a las exigencias del bien común, será considerada como una regla *inequitativa*, que pondrá en jaque consecuentemente al jurista a oponerse prudentemente a su aplicación y a procurar un cambio según los requerimientos del bien de la comunidad política.

En definitiva, estoy tratando de inducir al lector a que comience por considerar desde el derecho notarial tan siquiera una *inquietud* acerca de la *preexistencia de derechos y principios* a cualquier tipo de *legislación*, cuestión que definitivamente no es aceptada por el *positivismo jurídico* (Dworkin, 2002: 36).

¿Y por qué llevar al notariado a estas *raras e inusuales* reflexiones? ¿Qué motivos tengo para convencer al escribano técnico, sujeto al libro de formularios o modelos escriturarios, para que se interese en esta propuesta? Pienso que en los tiempos actuales la justificación del notariado desde la mera ciencia y técnica no es suficiente. Si no se asume el *ars (arte)*, que no es otra cosa que la elaboración notarial del derecho, y que es lo que verdaderamente da valor al documento, le será difícil al escribano justificar la importancia de su misión. En el ejercicio del *asesoramiento* y el *consejo*, y aun más importante que ello, en la puesta en práctica de la *imparcialidad e independencia notarial* a partir de la consideración del principio de legalidad integrada (reglas + normas + principios), se puede comenzar por posicionar una nueva teoría de los principios notariales que se captan por evidencia, siempre asumiendo que muchos de ellos ya fueron *establecidos en* la declaración de principios de la Unión Internacional del Notariado, ya que preexisten a toda nuestra histórica legislación, y que ayudan a determinar los pasos esenciales para concretar el *derecho notarial justo*.

(7) Un buen *iusnaturalista* acepta definitivamente al derecho positivo, es más: ningún buen *iusnaturalista* podría negar la importancia del mismo como fuente primaria del derecho; sólo que la misma no puede tener éxito, cuando es *absurda* o cuando genera a partir de su cumplimiento una determinada e innegable *injusticia extrema*.

V. La determinación y argumentación notarial del derecho actual

En algunos de los tantos aportes que la doctrina jusfilosófica ha venido realizando en los últimos tiempos puede advertirse el claro ejemplo de mutación de paradigma jurídico que viene sufriendo el mundo contemporáneo a la luz de los cambios en la manera y en la forma de vivir. Si la vida muta, también muta el derecho, y más específicamente, la manera de ejercer las profesiones jurídicas. En efecto, las últimas obras del profesor Rodolfo Vigo (2005) pueden resumir toda esta evolución que he pretendido demostrar hasta aquí, a partir de análisis realmente coordinados que prueban como ha sido el camino natural de la postura del jurista a la hora de tener que resolver los casos o problemas que se le presentan. Así, el profesor santafesino presenta dos análisis indispensables para alcanzar la comprensión que pretendo se destaque en el presente ensayo. Primero, se esfuerza por comprobar que el jurista moderno ha pasado de un modelo de interpretación de la ley hacia una argumentación del derecho; refiere allí un camino de trayectoria que ocurre desde el legalismo al constitucionalismo (Vigo, 2005: 9), y en lo que a este estudio atañe, precisa un camino de interpretación que también naturalmente ocurrió a partir de la segunda guerra mundial, que explica cómo se considera al derecho desde el *normativismo* hacia el *principialismo* (Vigo, 2005: 34).

Comprobadas estas premisas, una nueva obra viene a demostrar que el modelo habitual de interpretación de la ley ha prácticamente fenecido (Vigo, 2012: 2 y ss.) y con él, las teorías que lo sustentaban han quedado al menos frente a una necesidad de un replanteamiento de sus bases y sus características principales (2012: 78 y ss.), por cuanto se ha sustituido el modelo de interpretación —asociado al Estado de derecho legal— por un modelo de principios que le ordenan al jurista plantear su argumentación desde la constitución nacional —la argumentación se asocia a Estado de derecho constitucional (2012: 81 y ss.)—.

Los fundamentos del derecho notarial tienen que ser consecuentemente diferentes a los actuales. Cristina Noemí Armella afirmó: “El notario es el primer interprete de la ley, porque su aplicación en el ámbito del acuerdo, del pacto, de la convención entre partes es anterior a cualquier conflicto y ese posterior acaecimiento de la controversia interesara luego al abogado y ulteriormente a los jueces que solo intervendrán para dirimirlo” (2001: 14). Es este el momento entonces de incentivar al jurista notario comprometido, para poder comprobar y llevar adelante una nueva argumentación en el ejercicio de la función notarial.

La filosofía del derecho realista permite así que la misión notarial se aleje de reiterar todos los días, un opus de actividades administrativas y cotidianas que cobran relevancia únicamente para asegurar jurídica y documentalmente la relación de las personas con las cosas (de manera lógica y matemática). El fundamento notarial es mucho más fuerte que lo antedicho, por cuanto el documento elaborado es, en última instancia, una consecuencia natural que se desprende secundariamente como resultado de la argumentación y determinación del derecho notarial justo.

A mayor argumentación notarial del derecho, mayor seguridad jurídica. Se trata de potenciar ciertos deberes éticos notariales para que la creación del documento sea una consecuencia natural del desempeño notarial justo, y para que las personas accedan a sus derechos a través de una ingeniería jurídica sin conflicto, que pondera la paz. Como recuerda Robert Alexy (2010), los *derechos fundamentales* se construyen a través de las *normas* y también a través de los *principios*.

VI. La prudencia jurídica

Estimo que quizás el concepto de prudencia resulte oportuno para poder llegar a alcanzar la tópica del *derecho notarial justo*, ya que para el *realismo jurídico clásico*, la prudencia es el método para determinar o establecer el derecho positivo (Vigo, 2012: 134).

Desde Roma se enseña que los prudentes eran hombres de derecho que tenían aptitud para investigar cual era la *solución justa* para cada caso concreto (Massini Correas, 2006: 21). La *prudencia*

jurídica entonces puede hacer alusión a aquella búsqueda inicial, aunque lo justo concreto pueda plantear el problema de considerar al derecho no como normas abstractas y generales, sino como una serie de conductas concretas, a actos del hombre, o a determinadas operaciones singulares (Massini Correas, 2006: 26). Se trata de comprender entonces que “los preceptos generales contenidos en la ley no establecen sino orientaciones globales, pautas genéricas, que es preciso completar con una determinación concreta, para que puedan servir de guías eficaces de la conducta humana en los cambiantes caminos de las circunstancias singulares” (2006: 28).

La respuesta a la consideración de lo justo concreto se encuentra en las soluciones realistas, y así, el paso de la norma general hacia lo justo concreto reconoce un acto de la razón práctica (2006: 29). Es así entonces que la prudencia, como virtud del intelectual —y más precisamente del intelecto práctico—, tiene por objeto establecer y prescribir lo que es recto en el obrar propiamente humano (2006: 34). Para la determinación de la conducta humana, la prudencia presenta un modo de *paradigma* (2006: 35) siempre que sea preciso realizar un proceso de determinación en el orden práctico que intente *precisar aquello que es debido, a una circunstancia más o menos singularizada, para el logro del bien común del hombre* (2006: 35) (8).

Este proceso de determinación o concreción de las exigencias del obrar humano, supone la existencia de principios que describen, con máxima generalidad *las coordinadas primeras del obrar ético*. Por ello, en la razón práctica preexisten ciertos principios naturalmente conocidos como fines de las virtudes morales: el fin en el orden de la acción es como el principio en el del conocimiento, y a su vez hay conclusiones, que son los medios, por los cuales llegamos a los mismos fines (2006: 35).

La prudencia, explica Massini, se ocupa de aplicar los *principios universales* —conocidos por la *syndéresis* y por la *evidencia analítica*— a las conclusiones particulares del orden de la acción, expresándose en *juicios normativos primeros*, a través de *normas*.

Las normas universales que expresan los primeros principios (9) o los principios generales (10) determinan la conducta humana a través de la prudencia. Y también es misión de la prudencia *mover al hombre a realizarla* (2006: 35). Tiene que haber en el hombre entonces no solo entendimiento de la misma, sino además voluntad de realizarla, por cuanto no puede ser prudente quien además de entendimiento, no tenga un aspecto volitivo potenciado dirigido a cumplir con esa acción referida. Si no se es prudente, en definitiva, no se es justo (2006: 39).

Dentro del realismo, la inteligencia tiene la función de conocimiento y dirección del obrar humano. Potenciada, alcanzará la perfección del *hombre justo*. Se trata entonces de hacer del hombre un mejor hombre, tal cual lo enseña Massini: “(...) el prudente no solo hace bien la obra, sino que se hace bien así mismo, se perfecciona en su dimensión más específica (...)” (2006: 41).

VII. La prudencia notarial

En los momentos quizás más importantes de la determinación de la seguridad jurídica familiar, la presencia de un intérprete imparcial e independiente se vuelve tan necesaria como indispensable. El notario desempeña una función social por excelencia en cuyo ministerio es fundamental tener el más alto concepto de *prudencia* y de *responsabilidad profesional*. Pero además, el notariado se nutre de la confianza social. En un sinnúmero de situaciones la ciudadanía concurre a la escribanía: para constatar hechos, para certificar derechos, para autenticar acuerdos, para invertir con fe pública notarial los documentos que contengan las declaraciones más relevantes de la vida de las

(8) Advierte Massini: “ya sea trate de la delimitación más o menos genérica de los que es justo para toda la comunidad (...) o de lo que es justo para una persona individual en una situación singular y máximamente concreta”.

(9) Los primeros principios para el autor en estudio pueden referir a respetar la vida ajena.

(10) Se refiere a principios derivados, como por ejemplo, no hacer uso abusivo de las armas.

personas. Esto es precisamente, porque el notariado vive con principios propios de una ciencia autónoma, que los capta a través de la argumentación. Es más, esta pretendida argumentación del notariado ya ha sido captada por el mencionado Sanahuja y Soler: “El derecho notarial solo se da cuando la sociedad siente, no la necesidad de un derecho como regulador o dirimente de puros derechos antagónicos, sino como seguridad previa de que el conflicto de intereses no ha de producirse” (1945: 6).

Así ha sido y así será para el futuro. El escribano, profesional del derecho a cargo de una función pública, dentro de un *magisterio de paz*, tiene como misión adecuar la voluntad de las personas —sin vicios y sin defectos— invistiéndolas con el manto del derecho. Un manto que ya documentado sobre una adecuada argumentación, tenderá a ser lo más plenamente perfecto y perpetuo que la propia noción de seguridad jurídica permita para sí. El escribano es quien convierte los hechos en derecho, los dichos en reglas, las palabras en formulas y los deseos en principios.

Pero sobre esto, es sumamente relevante tener en cuenta que la creación del documento deviene secundariamente, como consecuencia de la argumentación notarial del derecho.

Es así entonces que ni la piedra, ni la letra, ni la pluma, ni el documento, ni la escritura son hoy los baluartes fundamentales que mantienen esta milenaria institución de pie. Muy a pesar del planteamiento de esas respetadas teorías, la confianza, el conocimiento y la honorabilidad indubitables aplicadas por el escribano en la argumentación notarial del derecho son, en mi visión, los elementos esenciales con los que en la actualidad se cuenta para contribuir al desarrollo del derecho en paz.

El ejercicio prudente del notariado se conforma a través de la determinación:

- a) de lo que es lo justo para cada uno;
- b) de las virtudes notariales.

Por cuanto si el acto justo consiste en darle al otro lo suyo, se requiere “*determinar lo que es justo o suyo*” (Vigo, 2012: 135), quien así lo determine debe tener bien definidas el conjunto de virtudes que, en sus muchas manifestaciones y naturalezas cambiantes (MacIntyre, 2004: 226-251), puedan efectivamente enaltecer la función a través de su aplicación y de su ponderación (Hart, 2004: 253).

Si pretendiera ensayarse una aplicación del derecho notarial justo en la *Metodología del derecho notarial de Vallet (cavere)* podría según lo antedicho, argumentarse lo siguiente:

- a) La *relación jurídica* se analiza desde el *origen de la vida* (sociedad).
- b) Continúa con las *instituciones* como bases del derecho sustantivo (documento).
- c) Se resguarda en un sistema que pretenda la aplicación de lo *justo concreto* en un *sano* y —casi perfecto— *equilibrio* (los deberes éticos notariales).

VIII. Excursus: hacia una teoría general del derecho notarial justo (a partir del método realista)

La argumentación *realista* del derecho notarial sustantivo se impone en la actualidad, tan *natural* como *esencialmente*. Y por todas las razones apuntadas a lo largo de este ensayo, no puedo dejar de escribir con énfasis que cuanto más clara sea la argumentación notarial del derecho mucho mayor será la seguridad jurídica preventiva que resulte de las operaciones cotidianas de ejercicio de la comunidad. A mayor argumentación notarial del derecho, menor posibilidad de litigio. Cuanto menor sea el litigio, mayor será la paz. Cuanta más paz sobrevenga, mayor será el orden, y dado el orden, lo que viene es la tranquilidad. Solo de esta única manera, las relaciones humanas prosperarán en sanidad y en compromiso; los problemas cotidianos se irán desvaneciendo pausadamente,

y así, imbatible será la esperanza (11) del hombre, que solo se preocupará por ser mejor cada día consigo mismo, y con las personas que a su alrededor, vuelvan su vida feliz.

Por ello es mi convencimiento afirmar que el *derecho notarial justo* queda conformado sobre un elemento esencial y dos elementos secundarios de una *tríada del derecho notarial sustantivo*:

a) Los *deberes éticos notariales aplicados* componen el elemento esencial de la tríada, por cuanto aquí definitivamente se aplica la *prudencia notarial*. De esta manera, la concreción del *derecho notarial justo* presupone una aplicación coherente de los deberes éticos de *información, asesoramiento*, y de *consejo*. Supone también la argumentación notarial del derecho a partir del adecuado ejercicio de la *imparcialidad* y de la —quizás necesaria— puesta en práctica de la *independencia*, todo en relación directa con el principio de legalidad, comprensivo de las normas, de las reglas y de los principios que se captan por evidencia (12).

b) *El desarrollo del documento notarial* conforma el primer elemento secundario. La creación del documento notarial deviene secundaria, porque el documento mismo reflejará lo que la prudencia notarial haya advertido y repartido con anterioridad. Este elemento secundario, supone a la técnica. Siguiendo a Del Carril, podré concluir que para el notario, las preguntas a responder desde el documento notarial son: ¿qué ocurre?, en referencia al planteamiento biológico de los derechos en la normalidad, y ¿cómo ocurrirá de aquí en más?, por cuanto la documentación notarial del derecho proyecta la seguridad jurídica en su doble faz, estática y dinámica, destinada a durar en el tiempo hasta las más lejana prosperidad (13).

c) *La función notarial* y con ella, *la fe pública*, vienen a confirmar el tercer elemento secundario del derecho notarial justo (14). Como profesionales del derecho en ejercicio de una función pública que, en palabras del genial Antonio Monasterio y Gallí (1968), se desempeñan dentro de un *magisterio de paz*.

Tanto la función notarial como el documento presentan la misma jerarquía, y ambos se ubican debajo del elemento *rector*, que se compone y nutre con los *deberes éticos notariales aplicados: información* (Cosola, 2008: 468), *asesoramiento y consejo* (Cosola, 2008: 470), *imparcialidad* (Cosola, 2008: 459), *independencia* (Cosola, 2008: 466)), y *legalidad* (Cosola, 2008: 478), comprensiva de las *normas, las reglas y los principios* (Cosola, 2013: 187-236).

Para completar el contenido *formal del derecho notarial sustantivo*, resta agregar los temas del desarrollo teórico y práctico de esta disciplina que operan como uniones o *puentes* entre el elemento rector y los dos elementos secundarios mencionados anteriormente.

Así, el tratamiento de los *sistemas notariales* (Cosola, 2008: 159 y ss.) surge desde el elemento rector hacia el documento, por cuanto deberá el jurista posicionarse en el tipo de notariado de que se trate para poder, una vez determinado el derecho notarial justo, *causar* el documento con las formalidades requeridas al efecto de cada región. Por esta razón, el documento nunca es origen en

(11) Galeano, Eduardo (1993). *Ventana sobre el error*. Buenos Aires: Las palabras andantes, Catálogos. Acerca de la esperanza, de lo mejor que he leído en mi vida.

(12) En la obra de Vallet, este elemento esencial cobra fundamento en relación al tratamiento de la *Sociedad* —en especial, la de *masas*—. Según ha quedado demostrado, el *bien común* reconoce a la *justicia general* como rectora de las conductas sociales. La vida de relación se aprende desde los sentidos, en reconocimiento de las realidades históricas concretas. La sociedad responde a las conductas ejemplares, y, en un momento de desprotección masiva, recurrirá a un profesional del derecho imparcial que justifique su confianza —inclusive por sobre toda ciencia— con la *ética*, con la *conducta*.

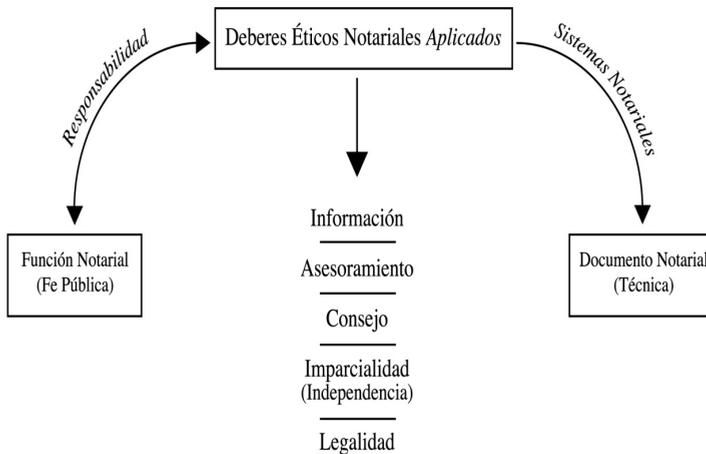
(13) Sin dudas el documento conforma el aspecto *Derecho* de Juan Vallet, por cuanto el mismo debe presentar un fuerte argumento, investido del principio de *autenticidad y legalidad*, de lo que a cada uno corresponde de acuerdo a derecho.

(14) Este tercer elemento secundario concuerda con el tratamiento del *Estado* según Juan Vallet. En efecto, del poder del *Estado* emerge la *dación de fe*, que delega su potestad depositándola en los notarios, al resguardo de la seguridad jurídica preventiva (*cavere*).

la determinación notarial del derecho. La misma siempre se origina desde los deberes éticos notariales aplicados hacia el documento y no a la inversa.

La *teoría general de la responsabilidad* (Cosola, 2008: 333) en cambio, conecta al elemento rector con el ejercicio práctico de la función. Aquí la unión es diferente, por cuanto el elemento responsabilidad genera un reconocimiento a la *prudencia* filosófica ya *positivizada* en la realización de la mencionada función (15). Por ello, esta unión puede ser origen en ambos elementos, desde los *deberes éticos aplicados* hacia la *función*, o desde la *función* hacia los *deberes éticos aplicados*. Por cuanto el elemento rector supone un ejercicio responsable y prudente, no hay manera de considerar un ejercicio de la función responsable que no tenga en cuenta la argumentación y determinación notarial del derecho que ordena realizar el mencionado elemento rector.

Gráfico N° 1: Esquema de la Teoría general del derecho notarial justo



Fuente: elaboración propia.

IX. Ensayando una despedida

Con estas líneas, concluyo este ensayo con la convicción de que otros continuarán en el camino de la investigación iusfilosófica del (necesariamente) nuevo derecho notarial, en el intento por afirmar, reafirmar o contradecir lo aquí expuesto, siempre en la búsqueda de alcanzar la excelencia en el desempeño de nuestra función. Es que en última instancia, todo remite a las palabras del profesor Rodolfo Vigo cuando reconoce que trabajar sus teorías —producto de sus convicciones académicas— desde un estudio dialógico y crítico de autores de otras escuelas le fue extremadamente útil y ventajoso: “Me sirvió para confirmar con habitualidad el enriquecimiento que implica el diálogo de escuelas y también descubrir que los afectos propios de la amistad no tienen que ver con las ideas. Una vez más podríamos decir: primero la vida, y luego las teorías” (Vigo, 1984: 18).

(15) Artículo 902 del derogado Código Civil argentino redactado por Dn. Dalmacio Velez Sarsfield: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

He escrito además, con la esperanza de que el recuerdo permanente de Juan Vallet de Goytisolo se albergara por siempre en el corazón de cada jurista y especialmente, de cada notario. Y es mi deseo que su célebre y más profunda enseñanza, esa que cité al comienzo de este artículo, pueda seguir perfeccionándose a través del tiempo aun mucho más y mejor que desde su origen, tal como lo ha venido haciendo hasta su partida, el propio Juan Vallet de Goytisolo:

“Si al notario le faltara la ciencia, podría funcionar más o menos perfectamente. Si le faltara la experiencia, le sería mucho más difícil, pero podría ir adquiriéndola poco a poco y tratar de suplirla acudiendo al asesoramiento de sus compañeros más antiguos. Pero, sin moral, sin ética, sin su buena fe, no sería posible la función notarial. El sentido del servicio y la hermandad debe ser el núcleo del ejercicio de esa función, que debe hallarse nucleada por su labor ajustada a los intereses de la sociedad a la que ha de servir (16)” (2005).

Como bien lo expreso Eduardo Justo Cosola en el momento de aprobación de la creación del *Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino*, sin ser filósofo del derecho pero con un enorme sentido de gratitud a la profesión y a la vida, al momento de argumentar, según sus motivos, la necesidad de que el notario argentino alcance la excelencia en el desempeño profesional a través de la ética y de la justicia: “Esa es la idea y esta es la propuesta (de creación del Consejo)”, siempre teniendo en cuenta que la ética no es una utopía. La ética es un ideal, como lo es el logro de la excelencia dentro de los colegios profesionales. Son ideales, y como tales, tenemos que tratar de alcanzarlos, de obtener y de hacernos de esos objetivos, con la esperanza de llegar a plasmar un mejoramiento en todo el notariado del país. José Castán Tobeñas, en función de una elaboración notarial traía los dichos de Calamandrei, quien sostenía que el derecho avanza en todas las direcciones a pasos agigantados, pero que con respecto a la ética es muy lento. Entonces aquel autor decía que la misión del notariado es la de coadyuvar a que esa manecilla del reloj trate de ser más rápida o trate de mejorar. Por eso, termino con algo que decía Miguel de Unamuno: “Sólo el que espera vive. Teme el día en que no encuentres motivo para seguir esperando”. Esa es nuestra idea: que no perdamos nunca las esperanzas de que podemos mejorar” (Cosola, 2003).

X. Bibliografía

ALEXY, Robert (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad Hoc.

ALLENDE, Ignacio M. (1969). *La institución notarial y el derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 127.

ALVAREZ GARDIOL, Ariel (2009). *Pensamiento jurídico contemporáneo*. Rosario: Fundación para el desarrollo de las ciencias jurídicas, pp. 23, 26 y 27.

ARMELLA, Cristina Noemí (2001). *Cheque Cancelatorio y otros medios de pago. Ley 25.345. Teoría y práctica*. Buenos Aires: Ad hoc, p. 14.

CARRIÓ, Genaro (2006). *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 5° ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 213 y ss.

COSOLA, Eduardo Justo (2003). “Discurso de aprobación de la creación del CCE del CFNA”. En: *Acta 149, III Reunión cuatrimestral*, CFNA. San Martín de los Andes.

COSOLA, Sebastián Justo (2008). *Los deberes éticos notariales*. Buenos Aires: Ad Hoc.

(16) Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans (2005). *Comunicación al Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino*. Disponible en: www.cfna.org.ar Entiendo que esta versión es mejorada de la anterior: “Si le faltara la ciencia al notariado, este podría funcionar más o menos imperfectamente. Pero sin moral, sin su buena fe, no sería posible su función”.

- (2010). *Los fundamentos éticos del derecho notarial*. Lima: Gaceta Notarial.
- (2011). *Los deberes éticos notariales*. Buenos Aires: Ad Hoc, pp. 468, 470, 459, 466, 478.
- (2013). *Los fundamentos del derecho notarial - La concreción del método*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- (2013). “Perfiles ético-jurídicos de los principios de legalidad notarial y registral (Armonía y complementariedad)”, en *Estudios de Derecho Notarial Iberoamericano (Homenaje al Prof. Nery Roberto MUÑOZ)*. Guatemala: Infoconsult Editores, pp. 187-236.
- (2014). *La prudencia notarial*. Perú: Gaceta Notarial.
- DWORKIN, Ronald (2002). *Los derechos en serio*. 5° reimp. Barcelona: Ariel-Derecho, p. 36.
- GALENAO, Eduardo (1993). *Ventana sobre el error. Las palabras andantes*. Buenos Aires: Catálogos.
- HART, Herbert L. A. (2004). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 253.
- MacINTYRE, Alasdair (2004). *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica, pp. 226-251.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio (1978). *Sobre el realismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 13 y ss.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio (2006). *La prudencia jurídica*. Buenos Aires: Lexis Nexis, pp. 21, 26, 28, 29, 34, 35,36, 37, 39, 41, 81.
- MONASTERIO, Antonio (1968). *Declaración biológica de los derechos en la normalidad*. Argentina: Ediciones de la Universidad Notarial.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2005). *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*. Perú: Palestra, pp. 47 y ss.
- ROSSI, Abelardo F. (2000). *Aproximación a la justicia y a la equidad*. Buenos Aires: Ediciones de la Universidad Católica Argentina, p. 159.
- SANAHUJA Y SOLER, José María (1945). *Tratado de derecho notarial*. Barcelona: Bosch, T. I. p. 6.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans (1973). *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico- En torno al derecho natural*. Madrid: Sala Editorial, pp. 65 y ss.
- (2005). *Comunicación al Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino*. Buenos Aires. Disponible en: www.cfna.org.ar
- VIGO, Rodolfo Luis (1984). *Visión crítica de la historia de la filosofía*. Universidad de Texas: Rubinzal y Culzoni, p. 18.
- (2005). *De la ley al derecho*. 2° ed. México: Porrúa, pp. 9, 34.
- (2008). “El iusnaturalismo realista-clásico”, en: *Filosofía del derecho Argentina*, Andrés Botero Bernal (Coord.). Bogotá: Temis, pp. 157, 194.
- (2008). *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Santa Fe-Argentina: Rubinzal Culzoni.
- (2010). *Las causas del derecho*. 2° ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2011). *Como argumentar jurídicamente*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 134.
- (2012). *Como argumentar jurídicamente*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 2, 78, 183.

De sentencias y sentimientos. Ideas para la construcción de sentencias

POR ERNESTO E. DOMENECH (*)

Sumario: I. Construcción de una sentencia. — II. Características generales. — III. La organización y usos de un formulario. — IV. Continuará mañana. — V. Bibliografía.

Pero al contar la vida, todo cambia; sólo que es un cambio que nadie nota; la prueba es que se habla de historias verdaderas. Como si pudiera haber historias verdaderas; los acontecimientos se producen en un sentido, y nosotros los contamos en sentido inverso.

Sartre, *La Náusea*

(...) de hecho no hay nada que canse más a una persona que tener que luchar no contra su propio espíritu sino contra una abstracción.

Saramago, *Todos los fuegos*

Resumen: este trabajo propone el análisis del proceso de construcción de sentencias, deteniéndose en las de primera instancia, su lenguaje, la narratividad y justificación. Parte de los errores que la propia jurisprudencia y ciertos análisis teóricos detectan en la construcción de sentencias, para imaginar reglas que posibiliten la construcción de otras mejores. Propone formularios como protocolos de construcción que no invaliden la independencia del juzgador y mejoren la gestión y análisis de los casos.

Palabras claves: sentencias - lenguaje claro - narratividad judicial - formularios de sentencias

Sentencing and feelings. Concept for construction of judgments

Abstract: *this paper sets out to perform an analysis of the process which underlies the construction of a sentence focusing on those of the trial courts, especially on their language, their narration and the way they are justified. It starts with the mistakes detected by jurisprudence and also by certain theoretical analysis in order to imagine rules that may guide towards the construction of improved sentences. As construction protocols it proposes forms that in no way should invalidate the independence of the judge but should improve case management and analysis.*

Keywords: *sentence - clear language - legal narration judicial - sentence forms*

I. Construcción de una sentencia

Nos proponemos analizar el proceso de construcción de una sentencia a partir de las dificultades e indicaciones que, tanto en la jurisprudencia como en la teoría, se han formulado, sin olvidar las muy valiosas lecciones que da la práctica.

(*) Prof. Titular Ordinario Derecho Penal I. Director del Instituto de Derecho Penal y de Derechos del Niño, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

El desempeño de la abogacía en los roles de terceridad que ejercen fiscales, magistrados, asesores de incapaces, han permanecido ajenas a los procesos de formación de abogados, en especial a la formación de práctica de la profesión.

Abordaremos ciertas características generales de las sentencias relacionadas con el lenguaje empleado y sus supuestos implícitos en la forma de narrar las historias judiciales, y los procesos de justificación de las decisiones.

En especial nos detendremos en el diseño y construcción de un formulario que se comporte como una suerte de protocolo inteligente para construir sentencias con el menor número de errores posibles y que evite condicionar la independencia del juzgador, o lo instale en modos burocráticos de proceder, en los que se olviden los propósitos para que las instituciones han sido diseñadas, privilegiándose intereses de otra índole.

II. Características generales

Estudiamos poco nuestras prácticas. Accedemos a ellas por copia o imitación de modelos. Las aprehendemos por repetición. Por la participación en rutinas que se realizan siempre de la misma manera, que implican formas de saber hacerlas no formuladas, que, por tanto, instalan obstáculos a otras formas de conocer. No hablamos sobre ellas, y no poseemos buenas palabras para hacerlo. Las infravaloramos: no integran los tratados de las especialidades, sino apenas esos libros que se adquieren, en el mejor de los casos y para ejercicios privados de la abogacía, como *vademecums* para copiar y adaptar, meros recetarios. Tampoco las utilizamos para evaluar la idoneidad de nuestros candidatos a jueces, no las incluimos en los programas con que los examinamos, aunque figuren en las Escuelas judiciales y poco hacemos para analizar la calidad de las producciones de los operadores judiciales.

Y lo que en general ocurre con las prácticas, en particular acaece con las sentencias. Aunque aquí el silencio es mayor (1).

Pero las sentencias poseen un valor indudable en un Estado Constitucional de Derecho. Configuran un acto de importancia capital de uno de los poderes políticos del Estado, y se erigen sobre una ineludible participación ciudadana aunque mediada por los abogados como operadores. Nadie puede ser condenado sin juicio previo. La defensa es esencial, la bilateralidad también. Son ejercicios del poder con múltiples formas de controlarlos. Por las partes con los recursos, por las autoridades y los ciudadanos con enjuiciamientos a que se someten a los magistrados.

Por otro lado, en las sentencias se especifican los significados de las palabras legales. En ellas se interpretan las palabras de la ley y se las modelan en la singularidad de cada caso. Se hable de ello o no. En este aspecto el contenido político implícito en la forma de construir las sentencias es también indudable. Ahora bien, sin buenas teorías para hablar de las sentencias en las prácticas... ¿Nada sabemos sobre ellas?, ¿nada podemos decir? ¿Estamos constreñidos por el silencio de las reiteraciones?

Sin duda no. Las prácticas, y en especial las que versan sobre actos de poder, están acompañadas de formas de saber. Existen saberes implícitos, no formulados, pero fecundos y eficientes que deben ser descubiertos y desentrañados. Puestos en evidencia.

(1) La formación de los abogados es curiosa y paradójica. En tanto la teoría, como lo destacó Genaro Carrió, forma a los estudiantes desde un único punto de vista, como si se capacitasen para el lugar de los jueces, las prácticas de papel, y aún las clínicas sólo los familiarizan con los ejercicios de la abogacía como partes, no como terceros imparciales. Por otra parte, la ausencia sistemática de la investigación, la reiteración acrítica y la problemática en las evaluaciones, y el nulo énfasis en la escritura conspiran con eficiencia en la formación de los abogados. Si la teoría se desinteresa de las prácticas y la enseñanza no estimula la observación crítica y reflexiva, sólo se estimula una reiteración mecánica de las rutinas instaladas.

Por otra parte, existen también las posibilidades de formular buenas preguntas de modo de insinuar otras formas de conocer, y por tanto otros modos de sentenciar.

Recorrer el modo cómo las sentencias se dictan, en especial aquellas que no estarán condenadas a la inmortalidad un tanto efímera del papel de los tratados y repertorios de jurisprudencia, es un emprendimiento que puede arrojar buenos frutos ¿cómo organizar estas pesquisas? ¿Cómo imaginar este desafío? He aquí posibles recorridos. Comenzaremos con el lenguaje que se emplea en las sentencias, seguiremos luego con la forma de narrarlas y de justificarlas. Por último, nos referiremos a la construcción de guías para construir sentencias que en la jerga burocrática suelen llamarse formularios.

II.1. El lenguaje empleado y sus supuestos

Comenzaremos analizando el lenguaje que se emplea en las sentencias en forma habitual.

Veamos primero sentencias célebres en textos añosos. Clásicos. Son fallos simples de tiempos remotos y conflictos inexistentes, conjeturales, imaginarios. El primero pertenece al Rey Salomón y dice así:

“Dijo entonces el Rey: la una dice: mi hijo es el vivo, el muerto es el tuyo. La otra responde: no, que tu hijo es el muerto, y el vivo es el mío. Ahora bien, dijo el Rey, traedme una espada. Y así que se la hubieran traído: Partid, dijo, por la mitad al niño vivo y dad la una mitad a la una, y la otra mitad a la otra. Mas entonces, la mujer que era madre del hijo vivo, clamó al Rey (porque se le conmovieron sus entrañas por amor a su hijo): Dale, te ruego, ¡Oh Señor!, a ella vivo el niño, y no le mates. Al contrario, decía la otra: Ni sea mío ni tuyo, sino dividase. Entonces el Rey tomó la palabra y dijo: Dad a la primer el niño vivo, y no hay que matarlo, pues ella es su madre”.

La segunda sentencia la dictó Sancho Panza en la Ínsula de Barataria (que no era en modo alguno una isla), estas fueron sus palabras: “Paréceme que en este pleito no ha de haber largas dilaciones, sino juzgar a juicio de buen varón; y así, yo doy por sentencia que el sastre pierda las hechuras, y el labrador el paño y las caperuzas se lleven a los presos de la cárcel, y no haya más”. Dirimía así la disputa entre un sastre que se había comprometido a hacer cinco caperuzas de un trozo de paño que sólo daba para una, ante la demanda insistente y prejuiciosa de un labrador que entregaba la tela, al que le ofrecía cinco que podían adornar sólo los dedos de una mano.

Estos textos son clarísimos. Han soportado el tiempo y se evocan o recuerdan. Cualquier persona que los escuchase podría entenderlos. Presentan el conflicto con claridad, e intuitivamente diríamos que lo resuelven con justicia y sabiduría.

Otras formas de resolver los conflictos, aunque no ficcionales ni míticos, apenas duran unos pocos días. Son efímeras como los diarios y las noticias. Si nos colocamos frente a un noticiero de TV. tan dispuesto a vender hechos de sangre, seguramente sonreiremos cuando un funcionario policial narra lo que ha acontecido. El crimen cometido, la pesquisa exitosa. Para decir, por ejemplo, que un automóvil a 60 kilómetros atropelló en una esquina cualquiera un peatón, se dirá que “en ocasión en que un vehículo automotor se desplazaba por la arteria X al llegar a la intersección con la arteria XI (...)”. Estas palabras suenan graciosas, rituales, estereotipadas. Reiremos y hasta podremos imitarlas. Conocemos las rigideces y debilidades en esta humorada.

Ahora bien, ¿dista el lenguaje empleado en los casos y los fallos cotidianos del empleado por este policía imaginario frente a una cámara de televisión? Por lo pronto no estamos acostumbrados demasiado a ver jueces por televisión (2), y sobre todo casi nunca los hemos visto leyendo sentencias. Las sentencias ya no se leen antes de las ejecuciones penales públicas de la pena

(2) Una tendencia que ha declinado pues fotografías de jueces se muestran en las páginas de periódicos (sobre todo en las amarillas) y hasta se cuenta con suplementos periódicos de asociaciones de jueces.

de muerte (3). Tampoco se publican íntegras en los diarios, excepto en algunos pocos casos resonantes. De modo que debemos explorar un poco el polvo de los archivos y algunos hallazgos nos depararán sorpresas.

Consideremos el siguiente texto tomado de una sentencia judicial. La Fiscalía, representada por el doctor J.C., entendió acreditada la realidad fáctica de tres sucesos antijurídicos (dos contra la propiedad y el restante contra la seguridad pública).

La Defensa, ejercida por el doctor F.L., no puso en crisis la existencia misma de los injustos: centrandolo en su embate en abogar por la amenidad participativa de su defendido.

¿Qué ha dicho? ¿Quién podría desenmascarar estos decires? ¿Sonreiría quien lo escuche? ¿Lo entendería?

Intentemos una traducción. “La fiscalía consideró que se probaron tres delitos (...). La defensa no discutió la existencia de estos delitos, sino la actuación del acusado (...)”. Como puede verse distan de las sentencias añosas y salomónicas. Pero a diferencia de ellas resuelven conflictos reales. Disputas que existieron, pero que cuesta identificar. Que es necesario traducir a un lenguaje accesible.

Y si la traducción ha sido exitosa, lo que se ha dicho se podía decir de otra manera. Es decir, de una manera distinta. Pero si se podía decir de otra manera, ¿por qué se ha dicho de este modo? ¿Cuáles han sido sus rigideces? ¿Para quién se ha dicho? ¿Cómo se ha dicho?

La sentencia ha sido escrita en una verdadera *antilingua*, una expresión que pertenece a Italo Calvino (4), en una jerga o dialecto. Está poblada de expresiones no habituales como “injusto”, “amenidad participativa”. Se escribe en tercera persona, se abusa de los gerundios. Su lectura no atrae para nada.

En otras sentencias se abusa de expresiones latinas que no se traducen, o se conocen poco (“*in situ*”, “*de visu*”, “*iuria curia novit*”, “*in dubio pro reo*”), o se emplean abreviaturas curiosas como C.C., C.P., C.P.P., C.N.

En ocasiones se citan libros y autores que un lector no especializado desconoce. Se alude a diálogos entre partes no del todo esclarecidos, y se realizan extensas digresiones, sin relación con lo que se ha decidido.

¿Quién las podría entender? Un lector especializado que conozca las entrelíneas de los debates académicos. Un ciudadano, en cambio, poseería dificultades que le harían indispensable recurrir a un traductor. Y ese traductor no puede ser otro que un abogado. De este modo el ciudadano no puede acceder al fallo por sí mismo. Precisa llaves que no posee para abrir las puertas de los signi-

(3) El artículo 92 del Código de Tejedor (Buenos Aires, 1881) disponía: el condenado a la pena de muerte será conducido al lugar del suplicio con su traje ordinario, acompañado del Juez del Crimen, del Escribano y de la fuerza militar necesaria, y precedido el cortejo del prisionero que leerá en voz alta la sentencia. El Juez que asista al acto presidirá la ejecución hasta su fin, y el escribano redactará un acta que quedará unida al proceso.

(4) “En la antilingua —escribe Calvino— los significados son continuamente eludidos, relegados en el fondo a una perspectiva de vocablos que nada quieren decir en sí mismos o quieren decir algo vago e inaprensible. ‘Tenemos una línea finísima, compuesta de nombres unidos por preposiciones, por una conjunción o por algunos verbos vaciados de su fuerza’, como muy bien dice Pietro Citati, que ha hecho en estas columnas una eficaz descripción de este fenómeno. El que habla la antilingua siempre tiene miedo de mostrar familiaridad e interés por las cosas de las que habla, y se siente en el deber de dar a entender: ‘Yo hablo de estas cosas casualmente, pero mi función está muy por encima de las cosas que digo y que hago, mi función está por encima de todo, incluso por encima de mí mismo’. La motivación psicológica de la antilingua es la falta de un verdadero contacto con la vida, es decir, en el fondo, el odio por uno mismo. La lengua, en cambio, vive sólo de una relación con la vida que se traduce en comunicación, y de una plenitud existencial que se traduce en expresión. Por ello, allí donde triunfa la antilingua —el italiano de los que no saben decir «he hecho» sino que tienen que decir ‘he efectuado’— la lengua es asesinada” (Calvino, 1983).

ficados de la ley. Aunque hubiese aprendido las lecciones de Kafka y su señor K y lejos de quedarse sentado ante las puertas de La Ley, las golpease con insistencia y se atreviese a interpelarla, poco podría lograr. La justicia se le presenta como una gran puerta que necesita cerrajeros especializados, custodios con llaveros y diplomas en la mano. Hasta las propias leyes reconocen estos límites. A los ciudadanos que se llama justiciables se les notifica sólo la parte resolutive. La decisión, no la justificación. Pareciese cumplirse con el mandato de la Reina de Corazones “¡No, no! exclamó la Reina. Primero la sentencia, luego el veredicto” (Lewis Carroll, 2004). (...) Y la decisión es mucho más comprensible, menos encriptada, más accesible.

En la contracara de esta lengua existe una estrategia comunicacional implícita. Una estrategia de incomunicación para con el lego que domine la lectoescritura.

Detrás de la abundancia de citas, se exhibe la valoración del erudito, del profesor académico, del experto. Escritas por expertos y para expertos, las sentencias eruditas remiten a un corpus de saberes que presentan no pocas dificultades (5). En primer lugar, claro está, la legitimación lógica del empleo del experto. Muchos razonamientos próximos a las falacias de autoridad, se acompañan de inventarios de opiniones, vertidas de modo abstracto y más allá la singularidad extrema del caso, sus matices y derivas. ¿Cuál es la pertinencia de estas invocaciones? Es una buena pregunta en la exploración de las sentencias, y por cierto en la construcción de las futuras. La segunda es la legitimidad política del saber invocado. Exploremos esta cuestión con más detalle. Posee matices. ¿Puede un juez invocar la opinión de otros, no llamados a juzgar, para sustituir la propia o para prescindir del caso? ¿Cuándo una ley se interpreta según la opinión de un experto, no se altera el régimen de la responsabilidad política en el juzgamiento? ¿No se transfiere la responsabilidad del juzgar? ¿No se desvirtúa el significado político de una ley? ¿Puede la opinión o el criterio de un experto en derecho foráneo ser trasladada sin más a la interpretación de la ley nacional? ¿No hay una delegación del poder político al fallar en estos casos? ¿Debe un ciudadano obedecer la ley según la opinión de un experto que desconoce? Son todas cuestiones que merecen un debate cuidadoso, pero exceden los límites de este trabajo.

Claro que, detrás del lenguaje que se emplea se enuncian importantes ideas sobre el rol y el papel del juzgador, sobre la importancia de sus opiniones, sobre la relación con los ciudadanos y con las partes. Por lo tanto reparar en él, emplear otro, o modificar el existente, no son para nada problemas triviales.

Muy por el contrario estas formas de usar el lenguaje, estas formas de acudir a autoridades desconocidas para el ciudadano, estos modos de contar los hechos, a las que más adelante nos referiremos, plantean interrogaciones claves para una democracia republicana. ¿Para quiénes escribe un juez? ¿Lo hace para los que quedan sometidos a sus decisiones, o para otros? ¿O para muchos? ¿Quiénes serían esos otros que no son las partes? Y estrechamente relacionada a estas preguntas surge otra de no menor importancia ¿qué virtudes debe reunir un juez, cuando construye sentencias? (Atienza, 2004).

Es posible, sin duda, imaginar el empleo de lenguajes distintos. El desafío debe sortear los obstáculos que imponen las rutinas, y estimular la creación.

Veamos: la prescindencia del gerundio y los latinazgos, el empleo de la palabra propia y de la opinión propia, serían (por contraste) rasgos imaginables en otros modos de construir sentencias, puntos de partida para hacerlas distintas, accesibles, interesantes, no aburridas. Nada hay más aburrido que estar leyendo en votos de tribunales colegiados idénticas consideraciones relacionadas con las peticiones de las partes y el estado del proceso.

(5) No obstante no todos los expertos son aficionados al lenguaje extraño o encriptado. Los hay quienes exigen la claridad del lenguaje como condición necesaria de la imposición de castigos penales (Duff, 2015).

La redacción clara, amena y comunicativa de una sentencia es una condición necesaria de las valoraciones que subyacen a la transparencia de los actos de gobierno en una República. Las reglas constitucionales que prescriben la publicidad de los actos (6), en especial los judiciales, se despojan de contenido frente a pronunciamientos encriptados por el lenguaje utilizado.

Sin embargo no sólo el lenguaje empleado está relacionado con la posibilidad de acceder a una sentencia. Muchas otras cuestiones facilitan u obstaculizan la lectura de ella.

Anticipar una idea o una secuencia de ideas como preámbulo de su desarrollo facilita al lector la comprensión, sobre todo si el desarrollo de esas ideas es extenso. Del mismo modo sintetizar, a modo de conclusión el desarrollo de las ideas expuestas coopera para fijarlas.

Titular o subtítular la exposición también facilita el acceso a la sentencia.

Emplear letras negritas o cursivas en una palabra o expresión permite destacarla y discriminarla. Del mismo modo que mutar el tipo de letra que se emplea.

Generar un índice posee un valor doble. Permite al lector ubicarse en algo así como un mapa de la sentencia y a quien lo diseña le posibilita pensar y repensar el orden de su exposición. El índice se convierte de este modo en algo así como el “mapa” de un modo de pensar y de escribir. Más adelante nos detendremos en estas cuestiones.

II.2. La narratividad, el juez y la cultura judicial

Las sentencias más sencillas y frecuentes son también buenas fuentes para descubrir ciertas pautas de una “cultura judicial”, que se evidencia en formas de narrar.

Reparemos ahora en este relato:

El 2 de febrero de 2007, siendo la 1.40 horas, una persona del sexo femenino mayor de edad, en la plaza cita en la calle Formosa entre Santa Rosa y Posadas de la localidad de La Unión, partido de Ezeiza, poseía en el bolsillo delantero de la mochila de color negra de su propiedad, ocho (8) envoltorios de papel glásé de diferentes colores que contenían en su interior cocaína básica con fines de comercialización.

Como puede observarse, esta forma de narrar presenta ciertas características. Son elaboraciones sin autor, o al menos, escrituras donde el autor queda neutralizado. No se exhibe. Pese a que, en muchos casos, es posible discernir estilos de escrituras de sentencias.

Son asimismo narraciones objetivas que aluden poco, no aluden, o neutralizan, los sentimientos de las personas o personajes que intervienen en ella, o las de los eventuales lectores. Son textos que pareciesen devolver tranquilidad a la conflictividad de los juicios y sus emociones: se cuentan casi de modo lógico, con variables (de acciones o de personas) en vez de singularidades. Se mencionan a las personas de carne y hueso con las máscaras del discurso jurídico, como “un sujeto de sexo masculino o femenino” cuya edad u otras señas particulares parecen haber quedado en el anonimato. Se los iguala artificialmente ante la ley al no tomar en cuenta las historias personales inevitablemente diversas y singulares cuyo conocimiento harían a una verdadera equidad ante los estrados.

(6) La publicidad de los actos de gobierno es clave en una República, en la que el secreto es sólo excepcional y se vincula o bien con graves intereses nacionales, con la investigación de grandes crímenes, o con el interés de los niños. Las leyes obligan sólo a partir de su publicación en el Boletín Oficial, los actos del Ejecutivo se publican en él, las causas judiciales en la provincia de Buenos Aires son públicas, y las sentencias publicables. “Las sentencias de cualquier instancia —prescribe el artículo 164 del C.P.C. y Com.— podrán ser dadas a publicidad salvo que, por la naturaleza del juicio, razones de decoro aconsejaren su reserva, en cuyo caso así se declarará. Si afectare la intimidad de las partes o de terceros, los nombres de éstos serán eliminados de la copias para la publicidad”.

Las acciones se describen con los verbos legales, o con verbos fácilmente asimilables a ellos. Si una persona le arranca a otra una cartera que se rompe y se va corriendo, la descripción más probable será que “se apoderó de modo ilegítimo de cosas muebles ajenas con fuerza en las cosas” y si en vez de arrancarle la cartera le pegó un sopapo la caracterización se hará “con violencia en las personas”.

En el párrafo de la sentencia transcripto no se indica cuando pesaba la cocaína, ni las actitudes que asumía la acusada, pero se describe que la tenía “con fines de comercialización”. De este modo el hecho narrado se desprovee de matices, pierde su singularidad y deviene tan abstracto como el texto legal mismo. En estas formas de narrar el hecho es idéntico a las previsiones de la ley. Y si el hecho es idéntico a la ley, entonces todos los procesos de interpretación de ella se volverán innecesarios. Y la condición de intérprete del juzgador quedará claramente opacada, invisibilizada. No hay autores ni intérpretes en estos relatos.

La complejidad y la historicidad de los acontecimientos sufrirán un acelerado proceso de simplificación y abstracción de modo tal que permita asimilarla a la ley sin hesitaciones ni mediaciones. Será entonces “la ley” y no el juez que la aplica y la interpreta la responsable final de las sentencias. Estas narraciones pareciesen decir *no soy yo el que te castiga, son tus actos y la ley los que lo hacen*.

En las escrituras de la cultura judicial se evidenciará, por otra parte, el abuso de los gerundios como si la escritura y la decisión fuesen un presente perpetuo o un razonamiento permanente. Frecuentemente se empleará la tercera persona y ciertas expresiones de una lengua poco comprensible para el ciudadano por el abuso de latinazgos, de jergas extrañas, o de lenguaje de procedencia “científico-académica”.

En el anverso de esta descripción podrá percibirse un patrón para elaborar sentencias diversas. Helo aquí:

- Contar asumiendo el relato. Decir, por ejemplo, “He aquí el hecho que entiendo probado”.
- Evitar que se relaten hechos empleando las palabras de la ley. No contar un robo diciendo que existió “un apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena con violencia”.
- Narrar con matices y detalles (7).
- Hacerlo de modo ameno, de lectura interesante.
- Evitar los gerundios.
- No emplear latinazgos.
- Evitar el abuso de frases subordinadas.
- Reemplazar términos poco comprensibles para el ciudadano, como “prisonización”, o “injusto” (en el sentido utilizado por los penalistas), por ejemplo.
- Evitar los “conceptos” y definiciones de interés teórico/académico.
- Eludir las expresiones generalizadoras como “sujeto de sexo masculino” que desencarnan a las personas de carne y hueso.

(7) Ni los matices, ni los detalles son irrelevantes. Indicarán el detalle con que se ha mirado la prueba, y servirán para otros propósitos importantes. Por ejemplo, para considerar motivos por los cuales una pena puede o no agravarse. No es lo mismo que un hecho se cometa o no de noche, que ocurra o no dentro de la vivienda de una persona, que se la golpee una vez, que se lo haga muchas veces y se la ate. Que se exhiba un revólver, o que se lo gatille, o dispare, por mencionar sólo algunos detalles que escaparían si una narración se limita a decir que se actuó con violencia en las personas.

La narratividad de la causa suscita preguntas: ¿qué se debe narrar? ¿Cuáles son los límites del narrador? A estas preguntas nos referiremos más adelante al abordar los “obiters dictums”, sin embargo conviene adelantar que si un riesgo en la narración es su abstracción, otro es el exceso en lo dicho, la falta de economía en el decir.

II.3. Las reglas para construir sentencias válidas

Hasta ahora hemos empleado sentencias como muestra de una cultura oficial y judicial no enunciada. Pero, a la vez, las hemos empleado como “referentes negativos”, como poseedoras de patrones que pueden, en contrario, posibilitar patrones distintos. ¿Es que nada en absoluto podemos rescatar de los nutridos archivos judiciales? No. Existen dos fuentes que posibilitan aprender de las sentencias que se dictan. Una está constituida por aquellas sentencias de tribunales superiores que al invalidar sentencias de otros tribunales indican, de alguna manera, reglas del buen proceder. La otra fuente de aprendizaje la constituye la imitación de sentencias excelentes (8). La práctica, entonces, y por vías diversas, se convierte en maestra abnegada y ejemplar. Repasemos un poco sus lecciones.

II.3.1. Las sentencias descalificadas

Por otros recorridos, que enuncian errores cometidos por jueces al dictar sentencias es posible encontrar más reglas para construir sentencias que, al menos, no repitan estas equivocaciones.

Ahora bien ¿existe algún compendio de los casos en que las sentencias han sido descalificadas?

II.3.1.1. Las sentencias arbitrarias

Fue el profesor Genaro Carrió (9) un buscador obstinado de aquellos fallos en los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación descalificó sentencias de tribunales inferiores por considerarlas arbitrarias. Su exploración cuidada ordenó los motivos de semejante descalificación.

Si estos motivos descalificadores se niegan, podemos encontrar otro buen repertorio de recomendaciones para construir sentencias que tengan menos chances de ser descalificadas. Este sería el catálogo del buen sentenciar:

Decidir las cuestiones planteadas.

No decidir cuestiones no planteadas.

No arrogarse al fallar el papel del legislador.

No prescindir del texto legal sin dar razón plausible alguna.

No aplicar una norma derogada o aún no vigente.

No dar como fundamento pautas de excesiva latitud.

No prescindir de prueba decisiva.

(8) Surge entonces una pregunta: ¿qué es una sentencia excelente? Una primera respuesta a esta pregunta puede encontrarse en los criterios descalificadores inventariados poco antes. Una buena sentencia es una sentencia que ha sabido esquivarlos. Pero este elusión ¿agota la valoración de una sentencia? No parece. Otras interrogaciones pueden ayudarnos a profundizar el tema. ¿Qué papel asignamos a la Justicia de la decisión? ¿A su novedad; al lenguaje con el que ha sido construida, a los precedentes que invoca, a la doctrina que cita? Acaso podría pesquisarse que es lo que en la entrecasa judicial se considera una buena sentencia y conjeturo que se mencionarían ideas como “una sentencia larga”, “una sentencia con muchas citas de autores prestigiosos”, una sentencias con abundantes fallos” que muestre que se está al día o a la moda. Una etnografía que registre las conversaciones que sostienen los operadores cuando hablan de las sentencias, ayudaría y mucho al registro de estas valoraciones.

(9) Conf. Carrió, Genaro y Alejandro D. (1983).

No invocar prueba inexistente.

No contradecir otras constancias de los autos.

No sustentar el fallo en afirmaciones dogmáticas o dar un fundamento solo aparente.

No incurrir en excesos rituales.

No incurrir en auto contradicción.

No pretender dejar sin efecto decisiones anteriores firmes.

Claro que en ocasiones los recetarios como éste pueden ser engañosos. En materia penal, por ejemplo, es posible que el juez decida cuestiones no planteadas cuando dicta cierto tipo de sobreseimientos, o cuando valora circunstancias atenuantes no discutidas por las partes, o cuando se enfrentan con nulidades de origen constitucional. Es decir actos que afectan garantías constitucionales, que se pueden declarar, aun de oficio, en cualquier estado del proceso.

También es posible que el juez aplique leyes que si bien han sido derogadas deben aplicarse al caso por ser más benignas por imperio del artículo 2 del C.P. Y hasta puede darse el caso que revise decisiones anteriores firmes cuando unifica pena siguiendo los parámetros del artículo 58 del C.P.

Una forma de estar prevenido frente a estas dificultades es verificar en qué medida las leyes de fondo, o las de procedimiento autorizan al Juez a actuar de oficio.

Por otra parte es menester considerar otras reglas que se imponen cuando debe dictarse una sentencia, pesquisando otros motivos o razones vinculadas con la descalificación de decisiones judiciales.

II.3.1.2. Otros motivos de descalificación u observación

Por ejemplo si un Tribunal es colegiado y dicta una sentencia en la provincia de Buenos Aires debe hacerlo de manera individual, porque una regla constitucional lo exige (10).

Y suele ser relevante también transcribir la parte pertinente de la prueba que se invoca de modo que los Tribunales encargados de revisar la sentencia puedan contar con suficiente material para hacerlo con la mayor profundidad posible. Estas transcripciones son más importantes en los casos en que no se cuenta con un soporte escrito de la prueba como puede suceder en los juicios orales. Sin embargo, debe tenerse presente que los recortes de las transcripciones pueden ser inadecuados y engañosos, y que destacarlos gráficamente (con comillas, cursivas, o tipología de letras) permite evitar ingratas confusiones.

II.3.2. La imitación de excelentes sentencias es otro recorrido posible

Otro recorrido para aprender la construcción de sentencias es imitar aquellas sentencias que valoramos por su excelencia. Claro que aquí nos enfrentamos con una dificultad inicial, con un interrogante ineludible: ¿cuándo valoramos que una sentencia es excelente? ¿Cuándo consideramos que es una sentencia de calidad? (11) No poseemos patrones escritos que permitan identificar

(10) Artículo 168: Los tribunales de justicia deberán resolver todas las cuestiones que le fueren sometidas por las partes, en la forma y plazos establecidos al efecto por las leyes procesales.

Los jueces que integran los tribunales colegiados, deberán dar su voto en todas las cuestiones esenciales a decidir. Para que exista sentencia debe concurrir mayoría de opiniones acerca de cada una de ellas.

(11) Una primera respuesta a estas preguntas puede encontrarse en los criterios descalificadores inventariados poco antes. Una buena sentencia es una sentencia que ha sabido esquivarlos. Pero esta elusión ¿agota la valoración de una sentencia? No parece. Otras interrogaciones pueden ayudarnos a profundizar el tema. ¿Qué papel asignamos a la Justicia

sentencias de calidad. En cambio intuimos y reconocemos sentencias de indudable valor. Sentencias que nos han enseñado, que nos dejan marcas. Sentencias de maestros y artesanos anónimos muchas veces, que no han hecho más que trabajar bien y con justicia.

Hay algunos maestros que han reflexionado sobre la escritura de sentencias en coloquios con sus colaboradores cotidianos, otros, acaso horrorizados por los errores ortográficos construyeron algunos manuales destinados a evitarlos (12).

El Dr. Ouviaña mostró en el trabajo cotidiano en el fuero penal, algunas de las pautas que empleó para hacer las sentencias. Me permito resumirlas según un inventario realizado en entrevista por Carmen Viale que fue su relatora en la Cámara del Crimen de la Capital Federal:

“1. — Nadie dice la verdad, ni el juez, ni el fiscal, ni la defensa, ni la policía... nadie. Y todo deberá ser probado.

2. — La Cámara tiene la misión no solo de examinar los recursos sino también de controlar la labor desarrollada por los jueces, tanto de instrucción como de sentencia, y también abarcar la del fiscal y el defensor.

3. — La redacción debía ser comprensible para el común denominador de la población y sobre todo para que el justiciable pudiera entender por qué se lo condenaba o absolvía. Las sentencias no solo deben ser redactadas para ser leídas por los operadores políticos. Esto se basa en el principio republicano de gobierno.

4. — La redacción debe reflejar las circunstancias de la causa, con una descripción clara, sencilla y detallada del hecho y todos los elementos conducentes para resolverla.

5. — La sentencia debe estar fundada, valorando el plexo cargoso y evaluando que acreditaba cada una de las pruebas ‘conducentes’. La sentencia debe contestar los agravios.

6. — La redacción no solo debe evitar el aburrimiento del lector sino que además debe ser entretenida (13). Para lo cual utilizaba diversos recursos, como por ejemplo, adelantar la decisión que finalmente tomaría antes de hacer el análisis puntual. Esto es común en aquellos votos sumamente extensos.

7. — La sentencia debe ser bella.

8. — El juez debe aprender a leer ‘entre líneas’”.

II.4. La justificación

La relevancia de la justificación de la motivación es crucial porque las sentencias inmotivadas o con motivaciones inadecuadas son descalificadas. Claro que, ni el análisis de las sentencias puede agotarse en sus motivaciones, ni las motivaciones en problemas lógicos. Explicitar estas limitaciones es muy relevante.

En las sentencias de Tribunales colegiados (en general los que abordan problemas más graves, o los de mayor jerarquía) las decisiones se adoptan por mayorías. Es decir, por la postura que obtuvo más votos en la cuestión que se analiza. Es un modo de decidir al que se apela en las democracias. Claro que una mayoría no es una garantía de la felicidad argumental de las decisiones. Es un modo de decidir sin un respaldo lógico o argumental.

Por otra parte no existe acuerdo sobre qué debe entenderse por una argumentación, una cuestión que se complica pues se motivan muy distintos tipos de cuestiones: cómo se prueba un hecho, como se interpreta una regla, cuáles deben ser las reglas de la interpretación, cuáles son las valora-

de la decisión? ¿A su novedad; al lenguaje con el que ha sido construida, a los precedentes que invoca, a la doctrina que cita? Acaso podría pesquisar que es lo que en la “entrecasa” judicial se considera una buena sentencia y conjeturo que se mencionarían ideas como “una sentencia larga”, “una sentencia con muchas citas de autores prestigiosos”, “una sentencia con abundantes fallos” que muestre que se está al día o a la moda. Una etnografía que registre las conversaciones que sostienen los operadores cuando hablan de las sentencias, ayudaría y mucho, al registro de estas valoraciones.

(12) Un ejemplo puede consultarse en Augusto C. Belluscio (2006). Disponible en: [http:// ftp.justiciachaco.gov.ar/.../ ESCRITOS%20JUDICIALES%20TECNwww.cij.gov.ar/adj/ADJ-0.879233001226861360.pdf](http://ftp.justiciachaco.gov.ar/.../ESCRITOS%20JUDICIALES%20TECNwww.cij.gov.ar/adj/ADJ-0.879233001226861360.pdf)

(13) El subrayado nos pertenece.

ciones que subyacen a una norma, cuándo un valor es más importante que otro, como se resuelve una contradicción, cuando una disposición no es razonable, cuando una ley es más benigna que otra, cómo se lee una prueba o un precedente...

Muchas veces las sentencias han sido presentadas como la conclusión de un gran silogismo, y el juez, por ende, como un gran lógico. La premisa mayor de este silogismo sería la ley. La menor, el caso. La conclusión, la sentencia (14). Y, como hemos visto, la racionalidad de una decisión es condición necesaria de su validez, como la descalifica el incurrir en contradicciones.

Pero esta imagen del juez lógico, expresado por ideas fundantes de la Modernidad es engañosa ¿son acaso sólo lógicos? Frente a estas seductoras ideas enunciadas por Beccaria (2000) para reclamar claridad en las leyes, ¿no existirá otro modelo, más cercano a esa Reina que quería sentencias primero y justificaciones después? (15) Las preguntas están estrechamente ligadas a los problemas que suscita la motivación de las sentencias, sus justificaciones, que, en definitiva, exponen al ejercicio del poder de juzgar frente a la racionalidad.

El razonamiento lógico asume un valor singular, que las falacias y la autocontradicción descalifican. Pero en una sentencia las actividades que despliega un juez son variadas.

Una primera actividad consiste en la *interpretación de las reglas*. A veces las reglas de la prueba u otras reglas del procedimiento, en otras las reglas de los castigos, que se suelen llamar reglas de fondo (16).

En estos procesos de interpretación de reglas muchas veces se ponen en juego otras reglas (17), principios y *procesos de valoración*. Se justifican, apelando a principios o valores, ciertos modos de leer las reglas o de resolver los problemas que presentan. Son modos de argumentar complejos, no sólo porque esos principios o valores no se encuentran en muchas ocasiones enunciados, sino porque determinarlos suscita no pocas controversias. Lo que también ocurre cuando colisionan valores o principios entre sí. Se apela a veces a la “intención del legislador”, una metáfora que provoca dificultades adicionales. O la “intención del texto”, como si fuese una entidad “autosuficiente”. Pues bien, en estos casos el mero razonamiento lógico no agota la justificación. Es sin duda útil, es indispensable en el proceso de la justificación, pero no lo agota, es insuficiente. Y para nada sencillo es determinar cuáles son las condiciones que permitan satisfacer la suficiencia. Dar buenas razones, se dice, es una forma de argumentar (18).

En otras ocasiones debe justificarse cómo se tiene por probado un hecho, o como se derivan consecuencias del hecho que se tenga por probado. Es diverso, por ejemplo, justificar cuándo una

(14) Así lo hizo Cesare Beccaria (2000) en: *De los delitos y de las penas*.

(15) Una aproximación diversa es insinuada por Ernesto J. Ure en la evocación que de sus clases realiza Jose María Orgeira (2001). Dice Orgeira: “Siempre recuerdo una enseñanza del académico y profesor de Derecho Penal Ernesto J. Ure, cuando dio en 1964 una clase magistral de hermenéutica, en un ciclo de exposiciones dictadas por docentes de la UBA. Dijo este insigne catedrático “el juez debe leer el expediente, pensar en la solución que mejor se adecue al criterio de justicia y después seleccionar las normas aplicables”. Entonces me sobresalté, pero mucho más tarde comprendí que ese mecanismo intelectual tornó posible que sus pronunciamientos con, magistrados nunca fueran arbitrarios. El problema no es pequeño y pone sobre el tapete el peso de los valores y los sentimientos del juzgador en la toma de decisiones.

(16) Al interpretar los Jueces asignan significados a las palabras de la ley (resuelven los problemas que les plantean la ambigüedad de los términos, su vaguedad, o su vaguedad potencial) y también resuelven otras posibles dificultades de la gran cantidad de reglas que conforman los “ordenamientos jurídicos”, las posibles redundancias, contradicciones lógicas o axiológicas, las lagunas, e indefiniciones que se pueden suscitar. En todas estas faenas suelen apelar a los tratadistas de la cuestión que enfrentan.

(17) Que se encuentran en una gama variada de leyes y depende de qué tipo de norma se está interpretando. Así por ejemplo la interpretación analógica está vedada en materia penal (se apela al artículo 18 de la Constitución Nacional para justificar esta conclusión), pero desde la Convención de Viena (para la interpretación de ciertos Tratados Internacionales), hasta el Código Civil o los Códigos de Procedimiento poseen reglas de interpretación.

(18) Aienza (2004) denomina esta forma de argumentar “material” por oposición a la argumentación formal o lógica, y al proceso de argumentación pragmática en el cual lo relevante es persuadir a otro con el que se interactúa de manera constante.

persona ha sido muerta o cuándo lo ha sido intencionalmente por otra, que hacerlo para decidir las consecuencias de que una persona haya matado a otra. Por otro lado puede ocurrir que se deban dar razones por las que un determinado hecho o matiz de un hecho, o antecedentes de una persona se consideran agravantes o atenuantes. En este proceso se ponen en juego mandas especiales del Código Penal, pero también razones de otra índole que aluden a: valores en juego, bienes jurídicos, etc. El juez que da por probado un hecho valora pruebas, se comporta como una suerte de científico (o un historiador) que infiere a partir de ellas, acontecimientos. Pero este pensamiento inferencial, indiciario, no posee las características del pensamiento silogístico. Se justifica con otras reglas diversas de las que se emplean para concluir si un silogismo es correcto. En estos casos las falacias formales no son suficientes, y hay que pesquisar otros tipos de razonamiento como el pensamiento analógico que se realiza al invocar precedentes.

En las sentencias que emplean un pensamiento indiciario es necesario, por un lado, probar el hecho que servirá de indicio, y luego justificar qué razones permiten realizar inferencias a partir de él. En estos procesos la mera transcripción de pruebas es absolutamente insuficiente, pues lo decisivo es cómo el juez las valora, cómo las asocia, cómo las “hace hablar”.

En este proceso de valoración de pruebas el juez debe “interpretar” palabras que aparecen en testimonios, o en dichos de expertos, y ponderar el valor que poseen cotejándolas entre sí, además de interpretar las reglas de la prueba.

Es importante relacionar la prueba con aquello que se prueba, lo que un mero inventario de pruebas oculta.

Si de valorar motivos de agravación o atenuación de una pena se trata el proceso de justificación es más complicado, pues no sólo se debe probar el hecho o las circunstancia que se consideren como atenuantes o agravantes, si no exponer las razones por las que esa circunstancia es valorada como tal.

Más adelante mencionaremos algunas dificultades que se presentan en las sentencias cotidianas que si por un lado evidencian modos complicados de escribir, por otro evidencian severos problemas en la motivación.

II.4.1. La justificación por la apelación a fallos de Tribunales Superiores

Jonathan Swift (1993) era sumamente crítico con los abogados y con los jueces. Tenía poca fe en los precedentes judiciales. Leámonoslo un poco cuando narró la visita de Gulliver al país de los Hounyns: “Hay una máxima entre estos abogados que consiste en que todo lo que se haya hecho antes se puede hacer legalmente después y, por eso, tienen buen cuidado de que se registren todas las resoluciones tomadas con anterioridad contra la justicia ordinaria y los derechos naturales de la humanidad. Así, con el nombre de antecedentes, las aducen como jurisdicción para justificar las opiniones más inicuas y los jueces nunca dejan de fallar en ese sentido”.

Conviene, entonces, tener presente que la justificación de una decisión por la apelación a fallos de tribunales superiores plantea diversas dificultades.

La primera radica en conocer cuál es la intención de la cita. Si se cita un precedente porque se considere que el precedente es obligatorio o si se lo hace para simplemente avalar la decisión que se adopta, lo que en muchas ocasiones ocurre con las invocaciones que un mismo Tribunal hace en relación a fallos propios dictados con antelación.

La obligatoriedad de los precedentes superiores ha sido muy debatida tanto por la doctrina penal o procesal, como por los propios tribunales superiores sin que se haya llegado a un acuerdo decisivo. Por otra parte muchas leyes, y aun reglamentos de Tribunales, han consagrado la obligatoriedad

de ciertos fallos: los llamados fallos plenarios o las decisiones de la Casación, o la Corte Suprema de Justicia. Pero este tipo de reglas también han merecido objeciones de constitucionalidad.

Sin embargo, cualquiera fuere la intención de la invocación de un tribunal superior subsiste la dificultad de analizar la pertinencia de la invocación, para lo cual es indispensable tener muy en cuenta no sólo la doctrina sentada, sino las circunstancias del caso que la provocaron y las leyes vigentes al momento en que se dictó. Y las circunstancias del caso suelen no relevarse con detalle en los repertorios de doctrinas jurisprudenciales, aunque si se pueden entrever en el fallo completo.

Muchas veces se cita una doctrina de un Tribunal Superior y es una posición minoritaria en el precedente, o una doctrina sentada en otro fuero u otro tipo de procedimientos, o con una constelación procesal o de hechos poco pertinente al caso que se decide. En ocasiones se invoca una doctrina del propio Tribunal o de otros, pero con una integración que no es la actual.

Con la selección de las doctrinas relevantes es conveniente tener presentes los criterios de ponderación de los razonamientos por analogía. Mayor valor poseerá la invocación que posea mayores similitudes con el caso que se resuelve.

Pero una pregunta no podrá ser omitida para valorar la pertinencia de la cita: la ley que invocó el fallo ¿es la actualmente vigente, o la que rige el caso que se decide? Por otro lado la doctrina que se “recorta” e invoca ¿es la que fundó decisión alguna en el fallo, o sólo el fundamento de una opinión minoritaria? El Tribunal que sostuvo ese criterio ¿no lo habrá variado?, ¿no ha cambiado su composición?, ¿no habrá mediante ciertas afirmaciones limitado el uso futuro de esa doctrina como precedente?

De este modo al construirse una sentencia es necesario tener presente todos estos interrogantes, sin citar un fallo por el mero deseo de demostrar que otras personas “con autoridad” y “con antelación” ya han sostenido lo que se afirma.

II.4.2. La apelación a las autoridades de la materia

Ya adelantamos que la abundancia de citas de expertos en la materia suele adornar muchas sentencias. Y que esta abundancia presenta no pocas dificultades e interrogantes de diversa procedencia. Una de las dificultades que es necesario considerar es de orden lógico. Y consiste en evaluar la pertinencia de la cita. Su atingencia. En este sentido, como ocurre con las doctrinas de otros tribunales, es menester analizar el modo de invocar la cita y los parámetros de su pertinencia. El momento en el texto citado fue escrito, la legislación que regía y las circunstancias en que el autor lo produjo.

Las mayores dificultades pueden provenir del inadecuado recorte de una cita. Ella se comporta como un recorte de un texto, un trozo que se separa del mismo, se “destextualiza”, y en esta operación se puede extraviar el significado de la afirmación recortada. Algo muy similar a lo que se suele invocar con las noticias periodísticas en las que con frecuencia se arguye que una determinada manifestación ha sido sacada de contexto. En ocasiones un autor dice algo al pasar, sin meditarlo suficientemente, o transcribe la opinión de otro con quien no coincide, y si estas expresiones se valoran en forma aislada se corre el riesgo de recortarlas con extravío de la opinión que se sustenta. Del mismo modo pueden existir dificultades de traducción de una cita cuando el idioma en el que se la transcribe no es aquel en el cual fue escrita. O cuando se trata de un autor que alude a una legislación que no coincide con la nacional. Una cita, por otra parte, puede ser inatingente o inadecuadamente invocada. Puede no tener nada que ver con el razonamiento en el que se la invoca, o puede tener poco que ver con él. Por otra parte la mera invocación de la opinión de un autor no garantiza, por sí misma, su valor justificante. Conviene, siempre, analizar los argumentos de quien la ha sostenido. También las autoridades pueden equivocarse, o realizar afirmaciones dogmáticas, o poco justificadas, o justificadas de un modo insuficiente o incorrecto.

Una segunda limitación relevante en este tipo de invocaciones es que, usualmente, las teorías que se invocan son abstractas, poco afectas a la casuística, en tanto el caso que se juzga es extremadamente concreto ¿ha el autor pensado o podido pensar en la singularidad del caso que se juzga? ¿Ha referido a casos similares?

Como ocurre con el empleo de precedentes otras preguntas están ligadas a la aplicabilidad de la cita doctrinaria. El autor ¿especuló sobre las mismas reglas que se aplican al caso?, ¿no habrá cambiado de opinión?, ¿no habrá limitado el alcance de su opinión?

En síntesis, tampoco deben citarse las autoridades porque sí, o por otras razones. Debe analizarse si esas autoridades (que no han conocido en absoluto el caso sobre el que el Juez debe fallar) han dado buenos motivos de sus opiniones.

II.4.3. Las falacias

Los procesos de justificación de una sentencia pueden verse afectados cuando el juzgador razone empleando falacias. Es decir modos de razonar que tienen la apariencia de ser razonamiento válido pero que, en realidad no lo son, es decir que no pueden garantizar que si las premisas son verdaderas entonces la conclusión lo será. No es posible presentar una perspectiva general de las falacias (la obra de Irving Copi (1962) lo hace de modo muy accesible). No obstante hay algunas que suelen frecuentar los razonamientos de las partes y eventualmente los jueces. La falacia de autoridad es una de ellas. En este caso se citan maestros sin más, como si ciertos nombres fuesen garantía de veracidad. Han quedado en punto precedente las limitaciones argumentales de estos modos de invocar los prestigios que, en general, son de autores académicos. Lo mismo puede suceder cuando se invocan precedentes, sólo que allí la autoridad es, diría jurisdiccional, lo que en modo alguno garantiza la bondad del razonamiento. Otras falacias son las llamadas *ad hominen*, en las que se ataca a una persona o sus circunstancias para descalificar la información o razonamientos que invoca. O se la elogia con los mismos propósitos. Un tipo de falacia no menos interesante es el que se rotula como *ad misericordiam*. Un risueño ejemplo permitirá mostrarlas: Señores jueces, decía un acusado de matar a sus padres, tengan piedad de mí que soy huérfano.

III. La organización y usos de un formulario

En general la construcción de sentencias se aprende por repetición de modelos en las rutinas judiciales. Y este aprendizaje, eficiente como modo de mantenimiento de las rutinas, las enriquece poco o no las enriquece. En muchas ocasiones las degrada porque, con el tiempo, las motivaciones y justificaciones que determinaron la construcción de sentencias de determinada manera se va perdiendo, se extravía, y las reglas que se mencionan ni siquiera se consultan. De este modo la reiteración de modelos suele ser descalificada como modo de estímulo del pensamiento crítico y creativo. Pero ¿es qué para nada sirve un modelo o un formulario? Otros usos de los formularios son pensables, usos que impliquen búsquedas, ordenamientos del modo de decidir, en fin estrategias que eviten omisiones relevantes y otras descalificaciones de las sentencias.

III.1. Cierta estructura tradicional y formal: autos, vistos, resultandos, considerandos y decisión

En general las diversas sentencias y resoluciones que se dictan usan estas palabras extrañas para un lector común, y desagradables gerundios para un degustador de la lengua (19). Muchas veces se emplean sin saber bien por qué, ni para qué, y como parte de un cierto rito verbal, una liturgia del lenguaje judicial.

Recuperar el sentido de estas expresiones es una condición útil para continuar usándolas o sustituirlas por otras diversas. Son todas palabras que pueden ser halladas en un diccionario no especializado. Recopilemos sus definiciones.

(19) Para analizar una perspectiva lingüística de la construcción de una sentencia ver Pardo (1992).

Manuel Ossorio (1981: 157) define “autos” como “el conjunto de documentos y piezas de que compone una causa o pleito. Los autos son los que en el sistema procesal de algunos países se denominan expedientes, que suele preferirse, no obstante para lo administrativa y sus actuaciones escritas” (Ossorio, 1981: 73), ‘considerando’ del siguiente modo: “Cada una de las razones esenciales que preceden y sirven de apoyo a un fallo o dictamen y empiezan con esas palabras. Couture lo define como ‘gerundio’ utilizado en las sentencias para agrupar bajo ese rubro los motivos o razones de Derecho en que se funda la decisión” y al ‘resultando’ como “Con expreso uso de esta palabra, con precepto legal o sin él, cada uno de los hechos probados que, como fundamento material de un fallo consta en la redacción de una sentencia” (Ossorio, 1981: 674) “Vistos”, en lo referido a actuaciones judiciales como “Fórmula con que el Juez o el Presidente del Tribunal colegiado da por concluida la vista de una causa o anuncia el pronunciamiento del fallo. Además la parte de la sentencia, resolución o dictamen en que un Tribunal, antes de los considerandos, por lo general cita los preceptos aplicables para el fallo o resolución” (Ossorio, 1981: 788).

El significado de la palabra “autos” aplicado a una sentencia pareciese que no presenta dificultades pues aplicado a una sentencia indica el expediente en el que se dicta.

La palabra “vistos”, aunque ambigua, pareciese indicar el anunciamiento de la decisión (20).

En cambio los gerundios “resultando” y “considerando” son más problemáticos pues parten de una discriminación que no parece sencilla de realizar, entre “hechos probados” y “consideraciones jurídico argumentales sobre esos hechos”. Es que “los hechos” se prueban conforme a ciertas reglas, las reglas de la prueba que pueden variar desde ciertos sistemas estrictos de prueba “tasados” hasta otros sistemas como el de las libres convicciones razonadas. Más aún, el valor probatorio de muchas “pruebas”, como los instrumentos públicos o privados se encuentra regulado en el Código Civil. En este proceso las reglas de la prueba o bien se interpretan o bien se usan de un cierto modo, de manera que no parece fácil desguazar lo probado de las reglas que permiten considerarlo de ese modo. Pues habrá ciertos “hechos” cuya caracterización dependerá de las valoraciones que de las reglas de la prueba realice quien deba confeccionar una sentencia.

Además en una sentencia suele relevarse el procedimiento seguido hasta llegar a la misma, tanto como las peticiones de las partes.

Sobre la base de estas consideraciones y sin perjuicio de la reglamentación más que expresa que de las sentencias realicen los Códigos de Procedimiento, es posible acordar el siguiente uso de estos términos. “Autos”, permite identificar la causa en la que una resolución o sentencia se dicta. “Vistos” para individualizar el motivo de la decisión que se adoptará.

El gerundio “resultando” servirá para describir la tramitación preliminar que permite arribar a la decisión que habrá de adoptarse, con especial referencia al planteamiento de cuestiones que se habrán de decidir y eventualmente el orden de sorteo de jueces con el que votarán las diferentes cuestiones.

En los Tribunales colegiados esta agrupación de “resultandos” evitará que cada magistrado deba reiterarlos en su voto, una práctica que afecta la lectura y legibilidad de las decisiones.

Y en el rubro “Considerando” el catálogo de argumentos que fundamentan la decisión que se toma que conviene agruparlos por las cuestiones que deban abordarse.

(20) Este es uno de los sentidos que se le asigna en definiciones de “visto”: “Fórmula con que el juez o el presidente de un tribunal colegiado da por concluida la vista de una causa o anuncia le pronunciamiento del fallo. Declaración con que un juez o tribunal expresa haber examinado un escrito, expediente, documento o asunto. Además la parte de la sentencia, resolución o dictamen en que un tribunal, antes de los considerandos por lo general, cita los preceptos aplicables para el fallo o resolución” (Ossorio, 1996).

III.2. El formulario como orientador de la toma de decisiones

Una de las mayores dificultades que enfrenta quien debe construir una sentencia es la complejidad de las cuestiones que se someten a decisión. Complejidad que en muchas ocasiones, relaciona de modo intrincado las interrogaciones, los problemas, y por cierto, las respuestas.

Una sentencia es un acto en el que quedan comprometidas múltiples reglas de jerarquía diversa. Las constitucionales que instituyen mandatos a los jueces, las procedimentales que ordenan el lenguaje que se emplea y las cuestiones que se deben enfrentar en cada caso, con cierto ordenamiento. También muchas cuestiones accesorias reguladas en leyes especiales, como las de ejercicio profesional de la abogacía, honorarios, costas, o por acordadas de la SCBA, como las relacionadas con aspectos ejecutivos de la sentencia, o de sus registraciones y copia. Finalmente, reglas de fondo que enmarcan la efectiva asignación de consecuencias que una sentencia prescriba. ¿Cómo hacer frente a estas dificultades? Un formulario “inteligente” permite:

- ordenar el procedimiento seguido hasta llegar a la decisión,
- ordenar las cuestiones a decidir,
- orientar la percepción de quien deba habérselas con una decisión o sentencia sin subrogarlo ni condicionarlo,
- enfrentar la complejidad y proliferación de las cuestiones.

Un formulario “inteligente” no pretende reiteración alguna por parte de quien deba llenarlo, no prescribe modos de redacción ni de utilización de las palabras. Sencillamente es un inventario de cuestiones, de cajas vacías, de casilleros, que el constructor de sentencias debe tener en cuenta, para no omitirlas.

Claro que no existe un formulario único posible, y que los que se insinúen pueden y deben ser mejorados. Y que cada sentencia o resolución probablemente merezca uno distinto, porque las prescripciones para construir sentencias varían significativamente de acuerdo al tipo de cuestión que se dilucida, al marco del procedimiento en que se ventila y a la instancia que la produce, descontando (es obvio) el fuero en el que tiene lugar. Los formularios son apenas herramientas que en el uso muestran sus posibilidades y límites. De ninguna manera recetas que aseguren sentencias sabrosas. Son “protocolos” que al menos ayudan a no omitir tópicos capaces de procurar la descalificación de la sentencia.

Serán los modos y los usos que del formulario se hagan fuentes valiosas para desentrañar la ideología que el juzgador aplica a su tarea. Los modos que concibe, por ejemplo, su relación con el ciudadano. Ya nos hemos referido a las sentencias como actos comunicativos, y las implicaciones del modo como se emplean las palabras en ellas. Veamos ahora otro pequeño ejemplo.

Si se piensa que la sentencia define, de algún modo, aunque sea provisorio, sobre conflictos que involucran ciudadanos, las palabras que ellos viertan en los juicios deben poseer un interés particular. Y las sentencias pueden receptor estas palabras, escucharlas con detalle, considerarlas, aunque puedan no creerlas o refutarlas. De este modo si una persona acusada en un juicio ha hablado, desconsiderar lo que ha dicho, no aludirlo si quiera, no parece ser una actitud deseable. En el extremo opuesto transcribir sus palabras, analizar su credibilidad y su peso probatorio, o analizar los argumentos que pudiesen enunciar se convertirán en contenidos indispensables al momento de construir una sentencia. Porque evidenciarán que se ha valorado a los ciudadanos involucrados como verdaderos sujetos con palabras que se escuchan. Del mismo modo los sentimientos de las personas involucradas cobrarán un peso especial. Sean víctimas, testigos o victimarios.

Un formulario inteligente es valioso también para la relatoría de una causa judicial, de modo tal que el relator pueda tener cabal conciencia de la complejidad y completitud de la decisión que se vaya a adoptar.

III.3. La organización según las mandas de una sentencia

La organización de la decisión depende de:

- El tipo de decisión de que se trate: sentencia/interlocutoria.
- El tipo de proceso en el que se dicte: abreviado o con debate (en el proceso penal).

La instancia en que se pronuncie: primera o ulteriores.

De modo entonces que no es posible elaborar un modelo único de decisión. Por el contrario, lo aconsejable es reparar adecuadamente en las reglas de la decisión que se debe adoptar que involucran un complejo conjunto de normas. Desde las que se vinculan con el procedimiento y la notificación de sus decisiones, hasta las que se incluyen en leyes de honorarios profesionales o reglamentos administrativos de las Cortes, como las que ordenan registraciones de las decisiones.

Las rutinas suelen ocultar estas reglas. Se las reduce, muchas veces a una mera cita. Y las leyes más frecuentes, como los monumentos de una ciudad (21), se vuelven invisibles para quienes las usan a diario.

III.4. La secuencia decisoria: las cuestiones previas

Una estrategia básica es discriminar las cuestiones previas que se deben tener en cuenta al elaborar una sentencia.

La más previa de todas, en las sentencias penales, es la determinación de la legalidad aplicable al caso. La legalidad, como lo esencial en *El Principito*, es invisible a los ojos. En general, se somete poco a discusión la legalidad que se aplica en una sentencia. Y se discute poco en razón de la estabilidad de las reglas, o de las certidumbres de las interpretaciones o porque “siempre algo ha sido hecho así”, de modo que ya no es indispensable pensar ni por qué, ni para qué se hizo. Sin embargo no son estas, precisamente, circunstancias que evidencien estabilidad normativa o conformidad con la forma como los problemas son resueltos. Por el contrario, son épocas de cambios constantes y de crisis. Y esta cotidianeidad del cambio hace necesario someter a análisis la ley que debe ser aplicada. Claro que, al coincidir en una misma decisión diversos tipos de leyes, es menester analizar el cambio en todo tipo de reglas. Si lo que han cambiado son las reglas de decisión de una sentencia (que en el C.P.P. están previstas) entonces esta mutación se reflejará de inmediato en la estructuración de la decisión. Si en cambio, lo que han variado son las leyes penales, las que instituyen los delitos y sus consecuencias, la decisión afectará tópicos como la viabilidad de la acción penal. La calificación legal, el estudio de las eximentes, la pena aplicable y la individualización de la misma.

Más allá del examen de la legalidad aplicable otros problemas se presentan como preliminares en el dictado de una sentencia. Problemas de cuyas respuestas dependen, precisamente, que esa sentencia pueda ser dictada. La tipicidad del hecho materia de acusación (su encuadre legal) o la viabilidad de la acción penal que nace con la comisión de un delito son ejemplos.

La *tipicidad de la acción*: si un delito ha sido derogado (cosa improbable en este nuevo derecho penal prolífico al incriminar nuevas acciones y aumentar penas) de modo que el hecho materia de acusación fiscal, sea absolutamente atípico, ya no es posible sostener que exista acción penal alguna que sustente el juicio y por ende la sentencia.

(21) Horst Hohesiel (2004) ha hecho semejante afirmación, sus palabras, pensadas para las arquitecturas de la memoria, en especial de grandes crímenes, son las siguientes: “Los monumentos están vivos mientras se discute sobre ellos. Una vez instalados esas moles de mármol, bronce o concreto, por más grandes que sean se vuelven invisibles o se olvidan”. Muchas veces las leyes y los ordenamientos jurídicos han sido pensados bajo imágenes monumentales, más precisamente piramidales. Propongo al lector que en ese texto sustituya la palabra monumento por la palabra ley.

La *viabilidad de la acción*: si por alguna razón —muerte del imputado, prescripción, amnistía— la acción penal se ha extinguido, tampoco la sentencia es posible, de modo entonces que resolver primero estos problemas es necesario.

Otros problemas son también previos pero no ya en relación a toda la sentencia, sino simplemente a una cuestión de las que en ellas se planteen. Imaginemos, por ejemplo, que se discute la validez de una prueba. Sin duda determinarla afectará el acontecimiento que se pretende probar y la cuestión asociada a él pero no toda la sentencia. Afectará, por ejemplo, la posibilidad de probar el cuerpo del delito de determinada manera pero nada más. En estos supuestos la cuestión previa no es un preámbulo indispensable de toda la sentencia, sino simplemente de la cuestión a la que aparezca asociada, y podrá ser planteada al decidirse sobre la misma.

En las sentencias que se dictan por tribunales de alzada las cuestiones vinculadas con la procedencia y admisibilidad del recurso preceden a las restantes. Verificar si un recurso ha sido deducido en término, si la persona que lo ha hecho está habilitada para hacerlo, y si la decisión es recurrible, son algunas de ellas.

Este ordenamiento de las cuestiones necesita una *estrategia clara de lectura y justifica la adopción de estrategias de gestión de una oficina judicial*. Al abordar un expediente los interrogantes conviene plantearlos en orden sucesivo. No es lo mismo analizar una causa pesquizando la validez de los procedimientos y de las pruebas que hacerlo con otros intereses. Y la simultaneidad de los intereses puede obstaculizar un estudio detenido de cada uno de ellos. Es muy difícil advertir nulidades sin una causa se lee de atrás hacia delante como, en general, las rutinas instaladas lo propician, porque las nulidades suelen registrarse teniendo en cuenta la cronología de las peticiones, las decisiones y sus respectivas notificaciones. Lo razonable, por tanto, es revisar las actuaciones en primer lugar para verificar su validez, y luego avocarse a otras cuestiones. Lo mismo ocurre si se desea analizar la procedencia de un recurso, o las notificaciones a que de lugar, o el procedimiento generado para concederlo. El análisis de la notificación de una resolución determinada implica una suerte de lectura a los saltos donde, entre una maraña de fojas, sólo interesan las pertinentes a la notificación que se pesquia. Claro que esta forma secuenciada, a veces lineal de lectura, no debe empañar el hecho que los problemas suelen estar relacionados unos con otros. Un ejemplo ayudará a percibir mejor esta dificultad.

Un problema inicial que afronta el lector de una causa penal interesado en verificar su validez es ver si el procedimiento ha sido correctamente iniciado. Si una causa versa sobre un delito dependiente se instancia privada, la primer cuestión que se suscitará es determinar si ha existido denuncia o acusación del agraviado, su tutor o guardador. Claro que para ello será necesario de algún modo predeterminar cuál es la calificación legal del hecho que se juzga. Es decir examinar si trata de un delito de aquellos que se considera son de instancia privada. De este modo es la calificación legal del hecho el preámbulo indispensable para verificar si el procedimiento ha sido correcta o incorrectamente iniciado. Si una lesión es leve, la acción que corresponderá será, en general de instancia privada, pero si es grave no lo será. Y la gravedad de una lesión estará determinada por la prueba que se haya producido validamente. De modo entonces que antes será indispensable dilucidar la validez de las pruebas que permiten una cierta calificación legal.

El análisis de cuestiones previas o preliminares avala que se diseñen *estrategias de gestión de casos* que tengan en cuenta estas prioridades. Estrategias que revisen las nulidades procedimentales lo antes posibles, o las cuestiones de procedencia formal de un recurso en forma prioritaria, o que analicen la viabilidad de las acciones de modo oficioso. ¿Se deben esperar años para concluir que un recurso está interpuesto fuera de término? ¿O para resolver que una decisión no era claramente susceptible del recurso interpuesto? ¿O para determinar que no se es competente frente a un caso? No importan estas morosidades conjeturadas y evitables una singular transgresión al añoso ruego evangélico “lo que has de hacer hazlo pronto” (Juan, 13, 26), en momentos en que se critica la lentitud e ineficacia judiciales.

III.5. Estructuración de las cuestiones

Las restantes cuestiones poseen un orden significativo que las reglas del procedimiento instituyen.

Según este orden ciertas cuestiones se formulan primero y luego las restantes, si la falta de prueba de una de ellas desarticula posibilidad de seguir planteando las restantes.

Así, por ejemplo, si no se prueba el hecho materia de acusación, el llamado cuerpo del delito, entonces carecerá de sentido plantear la autoría y las cuestiones restantes. Si se prueba el cuerpo del delito, pero no la autoría, no será relevante analizar si existen circunstancias eximentes de pena. Si median eximentes tampoco se analizarán agravantes o atenuantes, y así sucesivamente (22).

¿Es posible encontrar algún ordenamiento en el abordaje de estas cuestiones? Sin duda. Puede comenzarse por la descripción o narración del hecho que se considera probado, seguirse luego con la valoración de la prueba que permite hacerlo y fundar la prueba que se desecha y concluir luego con el análisis de los acuerdos y desacuerdos con las partes, los dichos del imputado y otros intervinientes.

Claro que en muchos casos la cuestión que se trata no se agota en la descripción de un cierto hecho, en mostrar cómo se prueba, y en responder argumentos de las partes. En ocasiones el problema es más complicado e importa procesos de valoración e interpretación, tanto de hechos, como de reglas.

Si se analiza una eximente no basta con aludir a la situación de hecho que la posibilita (el estado psicofísico del acusado, por ejemplo) sino que es indispensable un proceso de interpretación de esa situación de hecho en relación al texto legal que le asigna valor eximente. No bastará describir una cierta anomalía o patología psiquiátrica: habrá que fundamentar porque esa anomalía es eximente, habrá que especificar que configura una alteración morbosa de las facultades, o una insuficiencia de las mismas, que, al momento del hecho, le impidió comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, de modo que el acusado no sea punible aunque pueda ser pasible de otras consecuencias jurídicas y, claro está, justificar esta conclusión.

Un registro no adecuado de estas secuencias de las decisiones puede provocar pronunciamientos inadecuados o injustos. Si, por ejemplo, se verifica la inidoneidad psíquica de un acusado, y con ello se lo sobresee o absuelve y se le aplica una medida de cuidado o reclusión es posible que se haya omitido analizar si la acción que haya desplegado sea delictiva o no, o que no sea el autor o que se haya defendido legítimamente frente a una agresión actual o inminente, o que haya obrado en estado de necesidad, casos todos en los que ninguna consecuencia debería sufrir.

III.6. Subcuestiones

En ocasiones el tratamiento de una cuestión debe ser planteado y decidido en subcuestiones para que exista cierta racionalidad decisoria, y para que existan posibilidades ciertas de decidir.

Imaginemos una cuestión que debe decidir un cuerpo colegiado. Por ejemplo, la prescripción de la acción penal. Consideremos que el juez 1 piensa que no está prescripta porque asigna a los hechos una calificación legal tal que implica que el término de la prescripción no ha transcurrido. El juez 2, en cambio, entiende que los hechos se deben calificar de un modo distinto al que pretende el juez 1 pero que en realidad existen actos interruptivos de la prescripción, que el juez 1 piensa

(22) En el ámbito penal esta secuencia analítica suele ser presentada con la definición de delito, que se emplea como orientadora en el análisis y resolución de casos. la definición propone una secuencia analítica que comienza por la acción, luego por la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad y finalmente la culpabilidad. Sin embargo existentes eximentes no receptadas en este esquema: las llamadas excusas absolutorias.

que no pueden considerarse como tales. En cambio el juez 3 coincide con el juez 2 en la calificación legal del hecho y con el juez 1 en la inexistencia de actos interruptivos. ¿Cómo resolver semejantes desacuerdos? Pareciese que el modo razonable es plantear al menos dos subcuestiones. La primera abordaría la pregunta ¿cuál es la calificación legal de los hechos que se analizan y por ende el término de prescripción de la acción? La segunda el siguiente interrogante: ¿cuál es el último acto interruptivo de la prescripción? En la primera coincidirían el juez 2 y el 3, y resultaría vencido el juez 1. En la segunda, debería salvar la opinión el juez 1, y formar mayoría junto al juez 3, de modo que resultaría vencido el juez 2. Se habría alcanzado de este modo mayorías de fundamentos en cada subcuestión, aunque el resultado fuese paradójal, pues inicialmente dos jueces habrían considerado por motivos distintos, que la acción no estaba prescripta.

III.7. Cuestiones de hecho y de derecho (23)

En el párrafo anterior distinguimos las cuestiones de hecho de las cuestiones de derecho, y al analizar la distinción entre resultando y considerandos hemos cuestionado esa discriminación. Ahora exploraremos un poco más esta distinción para relativizarla.

En realidad una cuestión de hecho es un relato de un hecho, una narración (24). El hombre es un gran fabricante de relatos (25), y —en palabras de Sartre— “para que el suceso más trivial se convierta en aventura, es necesario y suficiente contarlos. Esto es lo que engaña a la gente, el hombre es siempre un narrador de historias; vive rodeado de sus historias y de las ajenas, ve a través de ellas todo lo que le sucede, y trata de vivir su vida como si la contara” (Sartre, 2011). Parece obvia esta afirmación y por ello poco visible. No accedemos a los hechos sino por medio de construcciones que hacemos con lenguaje. Ahora bien, lo que se narra está estrechamente ligado a cuestiones de derecho, por, al menos, dos caminos. No se narra azarosamente, sino que por el contrario, se describen situaciones relevantes para, al menos, una regla. Las reglas y sus interpretaciones se convierten entonces en horizontes y marcas para seleccionar lo que habremos de contar como un hecho. Se produce entonces una suerte de selección de las circunstancias que habrán de ser contadas en función de una referencia normativa.

Por otra parte sólo se narra aquello “bien probado”, y la conclusión de que se encuentra bien probado depende, por cierto, de las reglas de la prueba, de los modos cómo se las interpreta o cómo se las usa, como ya lo adelantamos.

Claro que la forma cómo los hechos se narran, la selección que se efectúa para caracterizarlos exhibe la idiosincrasia del narrador. Muestra cómo concibe su rol. Cuáles son sus sentimientos o si los acalla y neutraliza. Exhibe si somete a contralor su poder de decisión o si lo oculta. No pareciese igual referirse a una persona acusada en estos términos que llamarlo “sujeto punible”, “encartado”, “caco” o “malviviente”.

III.8. La estructuración de la escritura de la decisión

Al imaginar cómo es posible estructurar la escritura de una decisión puede ser útil distinguir aquellos aspectos que la pueden “ordenar” o mejorar su “visibilidad” y su acceso, pero que no son la escritura en sí misma. Estos aspectos suelen considerarse como “para textuales”.

(23) Sobre la relación del derecho y el relato de hechos ver Bert Van Roermund (1997).

(24) La idea que subyace a una cuestión de hecho consiste en que concebimos al hecho como algo foráneo, por completo, a quien lo percibe y narra, en fuerte contraste con la caracterización sartreana que he transcrito. Enfatizar, en cambio, que un hecho se registra como una narración desplaza este eje a la persona del narrador. El hecho, está hecho, por el narrador de alguna manera.

(25) Jerome Brumer (2003).

De este modo un índice posible de una sentencia servirá para poner en evidencia, y eventualmente construir la estrategia de la decisión. El índice de una sentencia algo realmente infrecuente, muestra no sólo un “mapa” que permite ubicarse en la sentencia, sino también un modo de “pensar” la organización de pronunciamiento. El índice paradójicamente “indica”, es una suerte de vestigio de estos modos de pensar y debatir, y de comunicar la decisión.

La existencia de un índice es especialmente útil en sentencias extensas de Tribunales Colegiados. No es habitual en nuestras prácticas encontrar sentencias con índices, pero pareciera una rutina en, al menos algunos Tribunales Internacionales.

He aquí un índice de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso “Quispialaya Vilcapoma vs. Perú”:

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSI A	4
II. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE.....	5
III. COMPETENCIA.....	7
IV. EXCEPCIONES PRELIMINARES DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS.....	7
A. Sobre el recurso de queja en la investigación fiscal.....	7
A.1 Argumentos de las partes y de la Comisión.....	7
A.2 Consideraciones de la Corte	8
B. Sobre la solicitud de pensión por invalidez.....	9
B.1 Argumentos de las partes y de la Comisión	9
B.2 Consideraciones de la Corte	10
V. PRUEBA.....	10
A. Prueba documental, testimonial y pericial	10
B. Admisión de la prueba	10
B.1 Admisión de la prueba documental	10
B.2 Admisión de la prueba testimonial y pericial	12
C. Valoración de la prueba	12
VI. HECHOS.....	13
A. Contexto	13
B. Sobre el señor Valdemir Quispialaya Vilcapoma	16
C. Agresión en perjuicio del señor Valdemir Quispialaya	17
D. Estado de salud física del señor Valdemir Quispialaya	18
E. Estado de salud psicológica del señor Valdemir Quispialaya	19
F. Investigación administrativa en el ámbito militar.....	20
G. Investigación y procesos judiciales.....	21
H. Amenazas al señor Valdemir Quispialaya y su madre	25
VII. FONDO.....	27
VII.1 DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL DE VALDEMIR QUISPIALAYA	27
A. Argumentos de las partes y de la Comisión	27
B. Consideraciones de la Corte.....	29
B.1 Posición especial de garante del Estado respecto de personas bajo su custodia u especial relación de sujeción	29
B.2. La agresión cometida en perjuicio de Valdemir Quispialaya	32
VII.2 DERECHOS A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL	34
A. Consideraciones generales de la Corte	34
B. Incompatibilidad del fuero militar para juzgar violaciones de derechos humanos	34
B.1 Argumentos de las partes y de la Comisión	35
B.2 Consideraciones de la Corte	36

C. Investigación de los hechos en la jurisdicción ordinaria	39
C.1 Argumentos de las partes y de la Comisión	39
C.2 Consideraciones de la Corte	40
D. Plazo razonable	43
D.1 Argumentos de las partes y de la Comisión	43
D.2 Consideraciones de la Corte	44
E. Investigación de las amenazas denunciadas	47
E.1 Argumentos de las partes y de la Comisión	47
E.2 Consideraciones de la Corte	48
VII. 3 DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO	51
A. Argumentos de las partes y de la Comisión	51
B. Consideraciones de la Corte	53
VII. 4 DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL DE VICTORIA VILCAPOMA TAQUIA	58
A. Argumentos de las partes y de la Comisión	58
B. Consideraciones de la Corte	58
VIII. REPARACIONES	59
A. Parte Lesionada	60
B. Medidas de investigación	61
C. Garantías de no repetición	63
D. Medidas de restitución	65
E. Medidas de rehabilitación	66
F. Medidas de satisfacción	67
G. Indemnización compensatoria por el daño material e inmaterial	68
H. Costas y gastos	71
I. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas	72
J. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados	73
IX. PUNTOS RESOLUTIVOS	74
ABREVIATURAS EMPLEADAS	

El índice, por otra parte, puede servir en el proceso de escritura de la sentencia como una guía de lo que se pretende decir, como un modo de ordenar lo que se ha de escribir, y como una estrategia para eludir posibles omisiones.

Si se mira con detalle el índice de la sentencia de la Corte Interamericana, se verá un claro ordenamiento en el que las peticiones de las partes ocupan un valor destacado, y que se han reseñado por un lado la presentar la contienda, y por el otro en cada una de los derechos analizados. También puede verse cómo se agrupa la prueba y cómo se discriminan las cuestiones de hechos de las de derecho. Finalmente el último punto agrupa las abreviaturas empleadas un recurso muy importante para mejorar la accesibilidad de la sentencia. El índice entonces evidencia una estrategia analítica del caso y una estrategia destinada a facilitar acceso a la sentencia, al acceso lingüístico, y al acceso argumental.

En general los índices preceden a las escrituras, cuando todo ha concluido, del mismo modo que el planteamiento de las cuestiones que se abordan. Pero no nacen más que al final aunque se escriban al principio. Los índices se van gestando hasta su forma definitiva, como las personas. No son, sin embargo, las únicas herramientas para acceder a un fallo.

El uso de título y subtítulos también permite ver mejor el contenido del fallo y si se han meditado se constituyen en verdaderos organizadores de la escritura misma. Y este empleo también puede verse en el índice antes mostrado.

Destacar nombres o conclusiones con letras en negrita, como subrayarlas, también beneficia la lectura y comprensión.

Para diferenciar la escritura del juez de otras escrituras que cite (como pericias, testimonios, citas de jurisprudencia o citas de doctrina), coopera de igual manera con la legibilidad de una sentencia, y muy en especial con discriminar niveles del lenguaje, es conveniente el uso de cursivas.

El empleo de gráficos o cuadros de doble entrada también permite hacer más comprensible las sentencias, aunque casi no se usen o se usen poco.

Otras circunstancias de estructuración de la escritura devienen de la forma misma de escribir. ¿Cómo pensar estos temas?

Alicia en *Alicia a través del espejo* (Carroll, 2004) se encuentra con reinas o mundos que dictan las sentencias primero, mucho antes que los crímenes se cometieran, una regla que controvierde los enigmas de cualquier policial, pero pareciese describir bastante bien algunos aspectos de la comunicación de las sentencias, de cuya mano podemos descubrir estrategias de escritura.

En el capítulo de las notificaciones los Códigos de Procedimiento suelen ordenar que sean comunicadas las partes dispositivas de las sentencias (26), es decir lo que se ha resuelto, no los argumentos que permitieron resolverlo de cierta manera. Del mismo modo el profesor Gordillo cuando de analizar sentencias se trata, comienza siempre por el final, es decir lo resuelto. En el orden del interés y de la lectura (me atrevo a sostener que también en el del análisis) la condena fue primero y las razones después. Ahora bien ¿puede esta guía ayudar en la escritura misma de las sentencias?

Creemos que sí. Para pensar la escritura de la decisión que se adopta es conveniente imaginar la decisión bajo la forma de un razonamiento. Muchos razonamientos ponen en primer lugar la conclusión, y luego ordenan las premisas que la sustentan. En otras ocasiones el recorrido es exactamente inverso. En ambos casos, sin embargo, lo importante es la claridad de la enunciación de conclusión y premisas. Se puede afirmar, por ejemplo, en primer lugar la decisión y luego sus fundamentos, o invertir el procedimiento, pero la primera estrategia, quita suspenso y da serenidad a la lectura subsiguiente.

Más allá de esta estructura queda el ¿qué decir? en cada caso. Las sentencias en muchos casos contienen decires que no son del todo relevantes. Decires al margen de las cuestiones principales. Decires marginales, dichos al pasar, *obiters dictums*. Y en otros tanto se incluyen decires claramente irrelevantes. Afirmaciones innecesarias sobre temas tal vez introducidos por las partes pero no cruciales al decidir. ¿Qué decir de todas estas formas de decir? ¿Qué estrategias emplear frente a ellos?

Comencemos por ciertas estrategias que se encuentran presentes en los habitualmente en las sentencias y que presentan dificultades.

Una de ellas es la enunciación global de pruebas o argumentos.

Ciertas formas de decir enuncian ciertas formas de pensar y ciertas ideologías sobre la faena del juzgar, sobre el ejercicio del poder jurisdiccional, de decir en la jurisdicción.

Muchas veces los resultandos se elaboran copiando los argumentos de las partes, primero una y luego la otra, de manera indiscriminada, sin alusión a temas o cuestiones. No se proponen como un diálogo argumental, sino como una mera sucesión. Y este entramado obstaculiza, y hasta impide un registro adecuado de la polémica sobre la cual el tercero juzgador habrá de decidir. Es posible entonces que también le impida considerarlos de manera cuidadosa y diferenciada. Y este impedimento se vincula de modo estrecho con el registro mismo de la parte y sus palabras, del otro y sus argumentos y peticiones.

(26) C.P.P.B.A. Artículo 126.

Una petición de elevación a juicio permite identificar modos de narrar los hechos y las pruebas muy frecuentes en las sentencias. He aquí un ejemplo:

“I. MATERIALIDAD ILÍCITA:

Que de las constancias de autos se pudo acreditar que, en los primeros minutos del día 19 de septiembre del año en curso, una persona del sexo masculino irrumpió en el domicilio sito en calle esquina de la localidad de —partido de— y, mediante el empleo de un arma blanca y aprovechándose del estado de indefensión de su propietario, Juan —quien se encontraba durmiendo—, intentó provocarle la muerte, lo que no logró concretar por razones ajenas a su voluntad, para posteriormente darse a la fuga.

Que ello surge de las siguientes constancias de autos: denuncia de N de fs 1/3vta. y 48, constancia médica de fs 6, declaración testimonial de Juan de fs 7/vta. y 50/51vta., inspección ocular de fs 8/vta., fotografías de fs 20, y reconocimiento médico de fs.17, acta de secuestro de fs.43/vta., declaración testimonial de Gustavo de fs.45/46vta., actas de reconocimiento de fs.47, 49 y 52, fotografía de fs. 53 e informes periciales de fs.70/75”.

Como puede verse esta descripción del cuerpo del delito y su prueba procede según el siguiente esquema: inventario indiscriminado y sucesivo de pruebas, y narración probada. En ocasiones, aunque no sea el caso del ejemplo, se agregan citas legales. La narración probada emerge, casi mágicamente, del inventario. No como un proceso razonado en el que se muestra qué prueba sostiene los diversos aspectos del hecho narrado. Y la cita legal es casi una suerte de adorno normativo. Las reglas no se han explicitado en su operatoria, no se emplean para organizar un razonamiento o como premisas de él, sino como puro complemento. En este caso la estrategia del inventario exhibe un ejercicio del poder que escamotea la motivación que rehúsa exhibir su racionalidad, muchas veces apelando a la íntima y sincera convicción.

En síntesis una estrategia acumulativa, de pruebas o de argumentos, resta racionalidad a la decisión, o al menos resta accesibilidad a la racionalidad de la decisión. Al igual que lo que ocurre cuando los hechos se describen con las palabras con que las leyes definen los delitos, el poder del juzgador queda oculto, escondido tras inventarios y narraciones abstractas. Y cuando de acusaciones fiscales se trata esta acumulación de pruebas dificulta las posibilidades de contestarlas, es decir de ejercer la defensa.

En ocasiones la prueba se transcribe de un modo más complejo, más extenso. Se copian testimonios y pericias, unos tras otros, muchas veces eludiendo la elaboración de la prueba misma y sus intrincadas y complejas relaciones. Estas transcripciones, frecuentemente extensas no aseguran por sí mismas la elaboración probatoria, del mismo modo que contar con ingredientes para confeccionar algo no asegura una buena elaboración de los mismos.

En juicios abreviados, en los que se juzga con las constancias escritas durante la investigación preliminar la transcripción del contenido de la prueba puede ser redundante, pues la escritura ya ha sido realizada.

En cambio en juicios orales la transcripción de la prueba tiene significativo valor, pues, salvo ocasiones, no hay un registro de la prueba fuera del acta de debate.

Los *obiters dictums* se vinculan, en cambio, con otras cuestiones. Una de ellas puede enunciarse con una pregunta ¿para quién escriben los jueces? En ocasiones pareciese que tras las escrituras de sentencias se encuentran más polémicas que provienen de las teorías, de las doctrinas, o de las academias en las que se hayan formado los jueces, que de peticiones de las partes.

En otras circunstancias el juez puede manifestar los límites para que la “doctrina” que sienta en el fallo pueda ser aplicada en el futuro como “precedente jurisprudencial”. En ocasiones el juez deja a salvo, de alguna manera, su opinión personal sobre el contenido de la sentencias, en

aquellos casos en que el procedimiento elegido por las partes no es el que le permite sostener lo que en realidad piensa. En otras ocasiones el juez se explaya haciendo gala de singular erudición, jurídica o no.

Sin embargo no está demás recordar una regla del Código de Procedimiento de Jofré que, muchos años rigió en la provincia de Buenos Aires y marca límites al decir de los jueces, una regla, sin duda, de prudencia: artículo 368. La sentencia sólo decide en el caso controvertido. No corresponde al Poder Judicial hacer declaraciones en los fallos.

IV. Continuará mañana

Las ideas y sugerencias esbozadas para construir sentencias no pueden ser consideradas como recetas infalibles. No constituyen una garantía de sentencias justas y virtuosas.

Son apenas consideraciones para que personas prudentes y virtuosas lo hagan. Pues la peor escrita de las sentencias, la que no posea ningún maquillaje paratextual, ningún adorno teórico, y ningún ilustre precedente, aun así puede decidir con justicia las pretensiones de las partes.

Acaso la prudencia merezca estar acompañada de sentimientos, imaginación y creatividad, para intentar mejores resultados, mayor credibilidad de los ciudadanos, mayor fe en la justicia.

No son ideas nuevas. Las insinuó Martha Nussbaum (1997) en su *Justicia Poética*, y las resumió el Dr. Guillermo Oviña cuando dijo a Emanuel Rives: “El penalista primero siente, luego piensa y finalmente dice”.

V. Bibliografía

ATIENZA, Manuel (1993). *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel.

— (1998). “Virtudes Judiciales”, en: *Claves de Razón Práctica*, p. 86.

— (2004). *Bioética, Derecho y Argumentación*. Bogotá: Editorial Temis.

BRUMER, Jerome (2003). *La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida*. Buenos Aires: FCE.

BELLUSCIO, Augusto C. (2006). “Técnica jurídica para la redacción de escritos y sentencias”, en: *La Ley*, marzo, suplemento especial. Buenos Aires: La Ley.

BECCARIA, Cessare (2000). *De los delitos y las penas*. Traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774, con un estudio Introductorio de Sergio García Ramírez. México: FCE.

BIDART CAMPOS, Germán (2003). “La defensa de nuestro idioma castellano como bien cultural colectivo”, en: *La Ley*, 2003-D-1464-1465. Buenos Aires: La Ley.

CARRIÓ, Genaro y Alejandro D. (1983). *El Recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CALVINO, Italo (1983). “La antilengua”, en: *Punto y aparte*. Disponible en: <http://edder.org/literatura/Antilengua.pdf>

CAROLL, Lewis (2004). “Capítulo 12: El testimonio de Alicia”, en: *Alicia en el País de las Maravillas*. Traducción de Manuel Barbera. Buenos Aires: Acme Agency.

COPI, Irving M. (1971 [1962]). *Introducción a la lógica*. 9ª ed. Buenos Aires: Eudeba.

DUFF, Anthony (2015). *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo XXI.

FUCITO, Felipe (2003/2004). "Digresiones sobre el discurso judicial", en: *Revista de Sociología del Derecho*. La Plata, pp. 22 y ss.

HORST, Hohesiel (2004). "El arte que se impuso al dogma", entrevista de Jorgelina Nuñez, en: *Revista Ñ*, 24-7-2004. Buenos Aires.

NINO, Carlos Santiago (1984). *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

ORGEIRA, José María (2001). "Control de la Prueba testimonial en la etapa sumarial. Más sobre 'Abasto versus Novoa'", en: *La Ley*, 2001-B-359. Buenos Aires: La Ley.

OSSORIO, Manuel (1981). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 23 ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

PARDO, María Laura (1996 [1992]). *Derecho y Lingüística. Cómo se juzga con palabras*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.

RIVES, Emanuel (s.f). "El penalista primero siente, luego piensa y finalmente dice", en: *Revista Virtual Intercambios*, 17 (en prensa). Disponible en: www.intercambios.jursoc.unlp.edu.ar

SARAMAGO, José (1998). *Todos los nombres*. Buenos Aires: Alfaguara.

SARTRE, Jean Paul (2011). *La Náusea*. 9a. ed. México: Editorial Época, S. A. Disponible en: www.infojur.ufsc.br/.../Jean%20Paul%20Sartre%20-%20La%20Nausea.pdf

SWIFT, Jonathan (1993). *Los Viajes de Gulliver*. Traducción de Pedro Barbadillo. Madrid: Biblioteca Virtual Universal y Ediciones SM.

VAN ROERMUND, Bert (1997). *Derecho, Relato y Realidad*. Traducción de Hans Lindahl. Madrid: Editorial Tecnos.

Fecha de recepción: 30-03-2016

Fecha de aceptación: 09-07-2016

La eximente del miedo insuperable en el ordenamiento jurídico penal cubano

POR LIUVER CAMILO MOMBLANC (*) y ERNESTO ORTIZ IMBERT (**)

Sumario: I. Exordio. — II. El miedo insuperable como causa de inexigibilidad de la responsabilidad penal. — III. Estudio diacrónico del miedo insuperable en el ordenamiento jurídico penal cubano. — IV. El miedo insuperable. Problemas prácticos y normativos. — V. Presupuestos para la *lex ferenda* del miedo insuperable. — VI. Consideraciones finales. — VII. Bibliografía.

Resumen: en el artículo los autores realizan el estudio histórico-lógico de la eximente del miedo insuperable y el diagnóstico de las deficiencias que se advierten, tanto en su configuración normativa como en relación a su interpretación y aplicación en la práctica judicial cubana. No pretende ser un tratado exhaustivo ni abarcador de todos los elementos doctrinales asociados al miedo insuperable como eximente de la responsabilidad penal. Existen numerosas obras dedicadas al tema y ello excedería los propósitos de esta. Como resultado se propone un conjunto de presupuestos teórico-prácticos encaminados al perfeccionamiento normativo de la institución y su adecuada aplicación, que dotarían de mayor garantía al ordenamiento penal cubano.

Palabras claves: eximente - miedo insuperable - Código Penal cubano

The insuperable fear in the Cuban penal code

Abstract: *in the article, the authors carry out the logical historical study of the grounds for acquittal of the insuperable fear, and the diagnosis of the noticeable shortcomings; so as, their interpretation and application in the Cuban judicial practice. This article is not intended to be an exhaustive treatise covering all theories related to the insuperable fear as a ground for acquittal on penal offense responsibility. On the other hand, there are numerous papers based on this topic which overcome the present work purpose. To conclude, a group of theoretical-practical criteria are proposed aiming at the improvement of the regulations of the institution and their appropriate application which provide greater order to the Cuban penal code.*

Keywords: *grounds for acquittal - insuperable fear - Cuban Penal Code*

I. Exordio

La ciudadana Beatriz GB de 17 años de edad era requerida por su padrastro Jesús RF para establecer relaciones maritales, quien constantemente la amenazaba con darle muerte por su negativa. Así las cosas en la noche del 25 de mayo de 2014, cuando la madre de la joven necesitó salir para llevar a su pequeño hijo al hospital, el padrastro se dirigió hacia la cama de Beatriz, vistiendo sólo calzoncillos y medias y ella al verlo, llena de espanto alcanzó una botella de salfumán que tenía cerca y se la lanzó a la cara, causándole lesiones que fueron calificadas por los médicos como graves.

(*) Prof. Auxiliar de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanística. Vicedecano Docente, Universidad de Guantánamo, Cuba.

(**) Prof. del Centro docente, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Guantánamo, Cuba.

¿Debe Beatriz responder por la comisión del delito de lesiones? ¿Podría exigírsele en tales circunstancias un comportamiento diferente al realizado? Para dar respuesta a estas interrogantes surgieron en la dogmática penal las causas de inexigibilidad. Entre ellas se estudia en estas cuartillas la del miedo insuperable por resultar una de la más controvertidas doctrinalmente y menos apreciadas en la práctica judicial cubana.

Del miedo, como sentimiento de inquietud producido por un individuo o cosa que se consideran dañinas o peligrosas, no escapa ninguna persona. Las reacciones que genera varían de un sujeto a otro e incluso pueden resultar impredecibles. Por ello, hechos similares al narrado en el cual se lesiona un bien jurídico tutelado por el Derecho Penal motivado en el temor, puede ocurrirnos a todos. Sin embargo, no siempre que se obre bajo una situación de esta naturaleza se actúa amparado en una causa de inexigibilidad de la responsabilidad penal. Solo el miedo que afecta la capacidad volitiva en forma tal que resulta incontrolable, invencible, insuperable, podrá alcanzar la categoría de eximente.

La problemática de su naturaleza jurídica como causa de inimputabilidad, justificación o inculpabilidad, unido a la determinación de los requisitos para su configuración, a pesar de su antigüedad, genera importantes polémicas. De la posición teórica que se asuma en relación a estos elementos depende tanto su apreciación práctica como los efectos jurídicos que produzca. Por ello el carácter recurrente de este tema en las jornadas técnicas realizadas en las instituciones del sector jurídico en Cuba.

Una mirada a la producción científica internacional, en la que varios autores han escrito sobre el miedo insuperable como causa de inexigibilidad, constituye prueba fehaciente de la preocupación que en torno a su adecuada configuración normativa, interpretación y aplicación existe. De ello depende la correcta y justa solución de los supuestos de hechos en los que se causa un mal dada la insuperabilidad de un mal temido. Depende entonces que un sujeto no se vea injustamente privado de su fundamental derecho a libertad con el consecuente deterioro de sus relaciones familiares y sociales como ser humano.

En el escenario nacional, a pesar de la preocupación académica existente, no son frecuentes los estudios teóricos relacionados con el miedo insuperable. Solo se tiene como principal referente el manual del profesor Quirós (2005), que dedica unas líneas al final de su obra cuando aborda las eximentes de la responsabilidad penal, con unos pocos comentarios.

Escasos son los autores que han dedicado artículos independientes para tratar esta temática que también ha preocupado a especialistas de otra rama del saber científico como la psiquiatría (1). Sin embargo, en ningún caso se encauzan sus publicaciones por el mismo sendero que la presente. En esta ocasión se parte del diagnóstico de las principales deficiencias teóricas, normativas y prácticas asociadas al eximente objeto de estudio y se concluye con una propuesta de presupuestos para su adecuada configuración, interpretación y aplicación que dotarían de mayor garantía al ordenamiento penal cubano.

Considerando lo expuesto se realizó un diagnóstico inicial a través de la aplicación de encuestas, entrevistas exploratorias, la revisión bibliográfica y estudios de sentencias del Supremo Tribunal de Justicia. Este estudio arrojó un conjunto de irregularidades en torno a la eximente del miedo insuperable en Cuba. Entre ellas se destaca el desconocimiento por los operadores jurídicos de sus requisitos y estructura. La existencia de posiciones encontradas en relación a su naturaleza jurídica y por tanto, en cuanto a sus efectos jurídicos. La prácticamente nula apreciación en la práctica judicial cubana encontrándose sentencias incongruentes con la naturaleza subjetiva de esta causa de exención. Situación a la que se adiciona la problemática de que el miedo insuperable presenta

(1) *V. gr.*, Suárez (2013); Haydee Martínez y Belkis Martínez (2013).

puntos de conexión con el resto de las eximentes que complejiza su diferenciación de tal forma que algunos autores la consideran superflua (Ferrer, 1946).

Lo expresado permite revelar la contradicción existente entre la necesidad de potenciar el desarrollo de la eximente del miedo insuperable en Cuba para favorecer la adecuada solución de aquellos supuestos en los que se lesionan bienes jurídicos bajo sus efectos y la insuficiente concepción teórica y normativa de esta causa de exención, que redundando en la preparación y prácticamente nula apreciación de los actores encargados de su configuración, interpretación y aplicación.

Como resultados se presenta un diagnóstico de las deficiencias que se advierten en el Código Penal cubano en relación a la regulación del miedo insuperable, de manera que puedan servir para fundamentar una posible modificación legislativa. Recomendaciones dirigidas al perfeccionamiento de las normas jurídicas que regulan esta eximente en el ordenamiento jurídico penal cubano, sobre el análisis de los presupuestos propuestos que se plantean; y material bibliográfico, actualizado alcance teórico-práctico que pueda ser consultado por estudiantes y profesores de Derecho Penal, así como por jueces, fiscales y abogados, para que contribuya a una mejor interpretación y aplicación de esta institución en la práctica jurídico-penal cubana.

II. El miedo insuperable como causa de inexigibilidad de la responsabilidad penal

En su teoría axiomatizada del Derecho, Ferrajoli (1997) expone como de las normas jurídicas derivan modalidades deónticas que se traducen en situaciones de deber para sus destinatarios. Éstos en correspondencia con el mandato jurídico deben actuar o abstenerse de hacerlo en el sentido requerido por la norma, generándose en la sociedad y en el Estado la expectativa de que el bien jurídico protegido no será lesionado. Si ello ocurriera, recaerá sobre el infractor toda la furia del *ius puniendi* porque tal expectativa se cimienta en la posibilidad que tiene el sujeto de realizar el comportamiento jurídicamente correcto que exige el Derecho. Posibilidad y exigibilidad son, por tanto, categorías que requieren ser valoradas en este trabajo para la fundamentación del miedo insuperable como causal de inexigibilidad de la responsabilidad penal.

Desde el Derecho Romano existe la máxima de que *impossibilium nulla obligatio*, o sea, a lo imposible nadie está obligado, lo imposible no es exigible, lo posible sí. Posibilidad es entonces, conforme sustenta la Real Academia Española y la Asociación de la Lengua Española (2007), “capacidad de alguien para hacer algo. Cualidad de lo posible”. Mientras que este último término se refiere a lo “que puede existir o suceder, lo que puede ser o realizarse”. Sin embargo, la praxis ha demostrado que incluso no todo lo realizable puede ser jurídicamente exigido.

El Derecho, como mecanismo de control social, se limita a regular la convivencia externa y solo demanda de los ciudadanos conductas compatibles con una adecuada ordenación en la misma, posibles de cumplir y racionalmente realizables. En el cumplimiento de esa función no se puede desconocer la complejidad de las relaciones sociales y los diferentes conflictos que se generan entre los ciudadanos en dicho proceso de interacción, la necesaria tutela de bienes jurídicos y la exigibilidad o no de un comportamiento en determinadas circunstancias.

La racionalidad del Derecho radica en que sus normas pueden exigir la realización de comportamientos más o menos difíciles pero no imposibles o carentes de lógica. Toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia fuera del cual no es racional reclamar responsabilidad alguna. Por tanto, cuando la obediencia a la ley pone al sujeto en una situación que genera un conflicto de intereses entre la situación de deber en ella contenida y la necesidad que él tiene de salvaguardar un bien jurídico, dicho comportamiento prohibitivo u obligatorio no le podrá ser exigido. De ahí la importancia del estudio de las causas de inexigibilidad en sede penal.

Las causas de inexigibilidad se fundan en circunstancias que justifican la no exigencia de un proceder diferente al sujeto que ha ejecutado un hecho que la ley tipifica como delito. Pero ello no

significa, como sostiene Sebastián Soler (1992: 149), que objetivamente el comisor no tuviera otra alternativa de actuación que la delictiva realizada. El sujeto siempre tendrá más de una alternativa a realizar; en *stricto sensu* siempre podrá actuar de otro modo. Lo que sucede es que en el caso concreto optó por la opción que revisten caracteres de delito bajo la influencia de determinadas circunstancias que coartan su voluntad. En consecuencia, racionalmente no es justo que en tales casos le resulte exigida una meditación sobre las posibles alternativas de conducta existentes. Por ello, la no exigibilidad representa una dispensa otorgada al sujeto bajo la concurrencia de ciertas situaciones en el marco del injusto realizado.

Cobo del Rosal y Vives Antón (1987: 473), con similar postura y sustentados en la teoría normativa de la culpabilidad, acotan que:

“La inexigibilidad no se funda en la ausencia de capacidad para ‘motivarse’ conforme a la norma, ni en la falta de conocimiento necesario para adecuar el querer a los requerimientos normativos, sino en la presencia de circunstancias que determinan la anormalidad del proceso motivador. En las situaciones de no exigibilidad, la norma prohibitiva o perceptiva no despliega su normal eficacia motivadora frente al sujeto, porque existe un ‘contramotivo’, jurídicamente relevante, determina[n]te de que no pueda exigirse al sujeto la realización del comportamiento jurídicamente correcto; o dicho con otras palabras: que el individuo no se halle obligado a llevar a cabo una conducta jurídicamente justa”.

Como se aprecia hasta aquí, la exigibilidad constituye la esencia misma del deber desde la perspectiva del ordenamiento jurídico que lo impone. Éste se concreta en un poder de exigencia por parte del Estado y un correlativo vínculo obligatorio para el sujeto destinatario de la norma, razón por la cual la exigibilidad no es sino, el deber visto desde una perspectiva del poder de exigencia. De tal forma que la exigibilidad se configura como un requisito condicionante de la culpabilidad y la no exigibilidad de una conducta distinta a la ejecutada, como su excluyente. Por tanto, la existencia de una causal de inexigibilidad impedirá el nacimiento del juicio de reproche que supone la culpabilidad.

Ahora bien, debe precisarse que no se puede hablar de inexigibilidad en todos los casos de ausencia de culpabilidad. La culpabilidad no existe cuando el sujeto es inimputable o cuando se obra con desconocimiento de la significación antijurídica de su conducta. Sin embargo, en ninguno de estos dos supuestos el sujeto actúa amparado por una causa de inexigibilidad. En el primero de los casos falta la capacidad de culpabilidad, en el segundo, el elemento subjetivo de la intencionalidad (Cobo y Vives, 1987).

Con estos ejemplos se quiere precisar que cuando se hable de exclusión de la culpabilidad por la apreciación de una causa de inexigibilidad, el hecho típico sería siempre el producto de la autoría de un comisor imputable y consciente de la antijuridicidad de su actuar, solo que, como expresan los citados autores españoles, en el caso concreto existe un “contramotivo”, jurídicamente relevante, determinante de que no pueda exigirse al sujeto la realización del comportamiento jurídicamente correcto. Definitivamente, en los supuestos de no exigibilidad el sujeto habrá obrado bajo la influencia de circunstancias que determinan la anormalidad del proceso motivador de la norma, como sucede cuando el comisor obró violentado por amenazas de sufrir un mal grave, supuesto en el cual la acción no es punible según el derecho vigente. Por ello, la inexigibilidad no significa ausencia de una prohibición; al contrario, su apreciación sólo se plantea en el ámbito de la culpabilidad después de que se haya comprobado la antijuridicidad del hecho (Plascencia, 2004: 175).

Además del estado de necesidad disculpante y la obediencia debida (2) existe *communis opinio* sobre la evaluación del miedo insuperable como causa de inexigibilidad. Quirós (2005: 384) lo define como aquel que “(...) implica el constreñimiento que se ejerce sobre una persona que por estar dominada por ese serio temor, no se halla en condiciones de dirigir libremente su voluntad”. Por

(2) En relación a la obediencia debida es loable destacar que existen autores que la consideran una causa de justificación.

consiguiente, también sostiene este autor que “la esencia de esta eximente es la coerción, el ataque a la voluntad ajena, la cual se pliega al querer de quien la constriñe”.

Díaz Palos (1978: 56) explica que “el Miedo Insuperable surge cuando el sujeto obra compelido por miedo invencible de un mal igual o mayor. El miedo invencible se da en los casos en que la fuerte emoción producida por la perspectiva de un mal deja al sujeto un margen de opción entre soportar que lo amenace, o eludirlo realizando un acto punible”.

A partir de lo expuesto se afirma que la eximente objeto de estudio se fundamenta en la disminución relevante de la libertad de elección o voluntad de la persona afectada por la situación de miedo. Por lo que lo decisivo en las situaciones de miedo insuperable no es la anulación de las facultades (de actuación o volitivas) de las personas, sino, que debido a las circunstancias que presionan su actuación (la amenaza de un mal), ésta se ve decisivamente coaccionada y con ello sus posibilidades de actuación se ven limitadas de formas penalmente relevante. Significa que el sujeto que bajo estas condiciones actúa en ejecución de un hecho antijurídico, sucumbe a una debilidad humana contra la cual la ley es impotente.

Autores como Mir Puig (1999: 621) coincide con lo expuesto al expresar que el miedo insuperable no excluye la voluntariedad de la acción, sino que la priva de la normalidad necesaria para que pueda imputarse penalmente al sujeto. Razón ésta por la cual no puede aplicarse una pena cuando la persona no tenga una justa oportunidad de adecuar su comportamiento al imperio legal.

De este modo se centra el análisis en que el sujeto que actúa por miedo no ha podido vencerlo, está impedido de reaccionar neutralmente ante la equivalencia de males, por lo que no puede pedírsele que actué en la solución de un conflicto sino de forma parcial, en beneficio de sus propios intereses, viendo el conflicto desde su interior y salvo los casos de quienes por deber legal han de afrontar un peligro, no está obligado a hacerlo, por lo que el derecho no puede exigirle otra conducta. Es por eso que Sebastián Soler (1992: 121), afirma que en Derecho Penal no puede exigirse a los hombres la ejecución de una conducta heroica. En este mismo sentido tratadistas como Muñoz Conde (1991: 235) señalan que en determinadas situaciones extremas no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él, al que no está obligado por motivos de oficio o cargo.

En resumen, el miedo insuperable responde a una situación de inexigibilidad toda vez que no se puede demandar responsabilidad al individuo que a pesar de tener capacidad para conocer y adecuar su actuación conforme a derecho, se encontraba en un estado de miedo tal que lo conllevó a cometer un delito. En consecuencia, no le puede ser exigible subjetivamente la ejecución de una conducta distinta aunque objetivamente pudiese haberla realizado. Por lo que, coincidiendo con Díaz Palos (1978: 46), si la culpabilidad supone que se le pueda exigir al sujeto imputable un comportamiento conforme a derecho como base del reproche penal, al no resultarle exigible esa conducta bajo determinadas circunstancias como el miedo insuperable, la reprochabilidad no puede concretarse a pesar de haber obrado de manera voluntaria antijurídicamente.

Sin embargo, de la revisión del patrimonio bibliográfico sobre la eximente del miedo insuperable, no existe consenso en relación a la determinación de su naturaleza jurídica. Sobre este tópico se advierten tres criterios divergentes. Destacan los que lo valoran como una causa de justificación, aquellos que lo estiman como una causa de inimputabilidad y los que lo ubican entre las eximentes que excluyen la culpabilidad, concepción esta última que congruentemente con lo expuesto hasta aquí, es la que se sostiene.

Como sentencia Quirós (2005: 395-396), los que defienden que constituye una causa de justificación se fundan en que esta eximente constituía un caso singular de estado de necesidad. Sin embargo, tal opinión no resiste los argumentos por los que fue objeto de crítica, toda vez que las causas de

justificación convierten en lícita una conducta que es ilícita y en los casos de miedo insuperable, el hecho del sujeto actuante sigue siendo ilícito.

Los que sustentan que es una causa de inimputabilidad se basan en que el carácter de insuperable del miedo es resultado de una situación psíquica del individuo constitutiva de trastorno mental transitorio. De ser así, se estimaría redundante e innecesaria esta causa de exoneración porque bastaría con la eximente de enfermedad mental dentro de la cual se encontraría comprendida.

Efectivamente, se insiste que el miedo insuperable es una causa de exclusión de la culpabilidad por inexigibilidad al sujeto en el caso concreto de un comportamiento ajustado a derecho. Constituye una causa de exención que repercute sobre la relación psicológica del autor con su acto; afecta su capacidad volitiva de querer, por cuanto el sujeto actúa bajo los efectos de la amenaza de un peligro o daño que lo constriñe a actuar en forma tal que de no haber mediado la situación de miedo no lo hubiera hecho. Por tanto, su naturaleza es de carácter subjetivo y personal, pudiendo solamente apreciarse en la persona en quien concurra (3).

III. Estudio diacrónico del miedo insuperable en el ordenamiento jurídico penal cubano

“Para comprender la esencia de una institución jurídica se impone conocer su evolución histórica. El jurista apreciará con más justeza la institución que lo preocupa cuanto más haya penetrado en el campo de la Historia” (Fontán, 1998: 39). Siguiendo esta importante máxima se impone la realización del análisis histórico jurídico de la eximente del miedo insuperable en el entorno historiográfico del ordenamiento penal cubano. Solo se facilitará la comprensión de las características de su actual regulación y sus deficiencias si se incursiona, con auxilio de los métodos exegético e histórico jurídicos en un estudio desde esta perspectiva. Para ello se definen como puntos de análisis aquellos en que se promulgaron leyes penales en Cuba desde el Código Penal español de 1870 hasta la ley N° 62, actual Código Penal en vigor desde el año 1988. Y se determinaron como principales criterios de evaluación la calidad técnica de la regulación de la institución, su estructura y requisitos.

Pero no sería loable iniciar el análisis histórico directamente en el escenario cubano con total preterición de los orígenes de esta institución en el Derecho Romano. En consecuencia, se advierte cierto consenso en que la génesis del miedo insuperable se encuentra en la institución romana de la *vis* [violencia]. Término que surge en los predios del Derecho Civil limitado a la violencia física hasta que se extiende al escenario penal ampliándose su alcance para comprender tanto la *vis absoluta* [violencia física] como la *vis relativa* [violencia moral]. Ello fundamentado en que ambas tenían como común denominador la anulación de la voluntad del sujeto actuante y su suplantación por la del sujeto que ejercía la violencia (Quirós, 2005: 381).

Resultado de la evolución teórica que se sustenta en el carácter complejo de las relaciones humanas y su propio desarrollo, más tarde se identificó en sede penal la *vis relativa* con la coacción de la cual derivaron dos vertientes. La comprensión de la coacción como comportamiento delictivo y como modalidad de exención de la responsabilidad penal. Como comportamiento delictivo para quien la ejercía y como eximente de la responsabilidad para quien bajo su sufrimiento resultaba constreñido a la realización de un acto lesivo de un bien jurídico penal (Quirós, 2005: 381).

Esa concepción de la eximente, conforme sostiene Quirós (2005: 382), favoreció la extensión de su contenido, lo que se materializó tanto en el ámbito legislativo como en el teórico. La pauta, en

(3) En este sentido es claro el artículo 51 del vigente Código Penal al regular el principio de incomunicabilidad de las circunstancias cuando expresa que “las circunstancias estrictamente personales, eximentes, atenuantes o agravantes, de la responsabilidad penal solo se aprecian respecto a la persona en que concurran”.

el orden legislativo, la proporcionó el Código Penal francés de 1810 (4) que integró, en una sola fórmula, ambas modalidades de la violencia. En él se aludía a “la fuerza a la que no se ha podido resistir”, fórmula que además de la coacción incluía la legítima defensa y el estado de necesidad bajo el mismo rubro de la violencia moral. Particular que no resulta descabellado si se valora que en todas ellas el sujeto obra con cierta afectación en su capacidad de decisión ante la situación de elegir entre cometer el delito o sufrir un mal que lo amenaza.

También sostiene este autor que en el orden legislativo la pauta la proporcionó Carrara, quien dentro del rubro de “violencia moral” [*vis compulsiva*] comprendió la legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia jerárquica y la coacción. Sin embargo, se considera que tan amplio alcance llegó a constituir un freno al avance teórico de cada una de estas eximentes y un factor perjudicial a la configuración de sus diferentes naturaleza jurídico-penal. Situación que subsistió hasta que a principios del siglo XX un proceso de separación de las causales de exención de la responsabilidad penal condujo a la concreción de sus diferencias desde el ámbito teórico con su lógico reflejo en las legislaciones penales (Quirós, 2005: 382).

Así, de la coacción fueron gradualmente desagregándose, a medida que alcanzaban aceptable desarrollo teórico y normativo, el resto de las eximentes mencionadas. Sin embargo, dentro de la genérica “violencia moral” aún se ubican a la coacción y al miedo insuperable. La razón es obvia: guardan estrecha relación conceptual, aun cuando con sus denominaciones se pretenda instituir una separación que la realidad de sus requisitos condicionantes se encarga de desvirtuar (Quirós, 2005: 382).

De todo lo expuesto pueden colegirse, coincidiendo con Quirós (2005: 382), que la esfera propia del miedo insuperable no se ha definido con sentido de universalidad. De ahí que algunas legislaciones lo han previsto de manera independiente y en otras su previsión se ha llevado a cabo dentro de la coacción como causa eximente. Así como que el miedo insuperable y la coacción constituyen conceptos afines, estrechamente vinculados.

También se pudo apreciar que el miedo insuperable no nace como una eximente independiente, sino como una cuestión inherente a la *vis relativa* o *compulsiva* que se ejercía sobre un sujeto resultado de lo cual se anulaba su voluntad. Categoría ésta que tiene su génesis en la institución romana de la *vis* de naturaleza civilista y que en ulterior etapa del desarrollo humano alcanzó los predios del Derecho Penal. Pero desde entonces se sostiene que “(...) las acciones hijas de una voluntad determinada por miedo debían considerarse como no ejecutadas, y por lo tanto, era preciso hacer cesar las consecuencias jurídicas derivadas de ellas” (Mommesen, 1898: 411).

Ahora bien, se sostiene que esta eximente llegó a configurarse en el escenario jurídico romano resultado de la obra de juriconsultos como Celso, Labeón y Gayo. Que el pretor Octavius la reguló a través de la introducción de una innovación jurídica conocida como acción *metus causa* [por causa de miedo]. Y que desde entonces no se declaraba exento de responsabilidad al que obrare impulsado por cualquier clase de miedo, sino que se exigía la *vanistemoris*, es decir, que fuese propulsado por un temor de un mal mayor y no por un temor insignificante (Suñez, 2013).

Con estos antecedentes y dada la influencia del Derecho Romano en España, se considera que dichas concepciones dogmáticas se importan a Cuba con la colonización española. Constituye una verdad histórica conocida que el escenario jurídico cubano comienza a edificarse a partir de la conquista de la Isla por un contingente castellano al mando de Diego Velázquez entre los años 1510 y 1511. Desde entonces y hasta 1898, los monarcas españoles gobernaron a Cuba como provincia de ultramar según su voluntad y leyes (5). Razón por la que el surgimiento del Estado y del Derecho no

(4) *Vid.* artículo 64 de este cuerpo legal.

(5) De esa forma comenzó el proceso de colonización y dominación de la Isla por España. La llegada de los colonizadores españoles representaba el surgimiento de nuevas relaciones entre indios y colonos. Estos se apoderaron de las riquezas

es fruto del desarrollo económico social, sino que fueron traídos de España. Pero dado el distanciamiento existente entre la realidad de la metrópoli y su colonia fue necesaria la implementación de normas jurídicas que se atemperaran a la situación de esta última. Para ello se dictaron un conjunto de disposiciones que fueron luego bautizadas con el nombre de Derecho Indiano y que venían a fungir como una especie de ley especial frente al Derecho Castellano, “uno gozaba de aplicación inmediata y directa, el otro de aplicación supletoria” (Soberanes, 2002: 67).

A modo de resumen, en esta primera etapa rigieron con carácter supletorio junto al Derecho Indiano: las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484, la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias promulgadas en 1680, el Fuero Real, las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Leyes de Toro, la Novísima Recopilación y las Ordenanzas del Consulado de Bilbao. Aunque no se puede negar que también subsistieron las primitivas costumbres de los indios sometidos, siempre que no contradijeran los principios básicos de la sociedad y del Estado colonizador, así como las disposiciones dictadas por Virreyes y Gobernadores. Por lo que coincidiendo con Alarcón Borges (2011: 98), la etapa anterior a la llegada del Código Penal español de 1870 se caracterizó por ser anárquica y dispersa.

De esta forma se vislumbra un desconcierto legal que convierte en ardua la identificación de cualquier pronunciamiento en dichas disposiciones relativo a la institución que se estudia. No obstante, se puede afirmar que es en Las Partidas de Alfonso El Sabio donde se encuentran referencias que se remontan a viejos conceptos del Derecho Romano, relativas al miedo que exime de responsabilidad. Las mismas concretamente enfatizaban las clases de miedo que posibilitaban la exención. La ley VII, título XXXIII, párrafo 7 explicaba como únicos motivos, el miedo a la muerte, a tormentos corporales, a la enervación de un miembro, a la pérdida de libertad o a la desacreditación moral.

Posteriormente el Código Penal español de 1822 en su artículo 21 exigía que el mal con que se amenazara fuera inminente y tan grave que bastare para intimidar a un hombre prudente y dejarlo sin arbitrio de obrar. Y luego el Código de 1870 en su artículo 8, apartado 10, estableció que era eximido de responsabilidad el que obrare impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor, advirtiéndose así la expresa regulación de esta eximente. Este Código se hizo extensivo a Cuba en 1879 (6) y en él se regulaba en el capítulo II las eximentes de responsabilidad criminal, estableciendo en el artículo 8.11 que no delinqua y por consiguiente estaba exento de responsabilidad criminal el que obraba impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

Así se mantuvo hasta que el Código de Defensa Social (CDS) regula esta eximente en el artículo 35-G como una causa de inimputabilidad: “es inimputable el que obra impulsado por un mal ilegítimo igual o mayor”. A su vez, el artículo 38-F se limitaba a incluirlo como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, mientras que el artículo 35-F incluyó como eximente a quien obrara impulsado por una fuerza material exterior irresistible o mediante sugestión patológica o fuerza psíquica igualmente irresistible.

El CDS permaneció vigente al producirse el triunfo revolucionario en 1959 pero, fueron tan amplias las reformas que se le hicieron en aras ajustarlo a las circunstancias de la nueva sociedad que

del país, promovieron la expansión del comercio y el desarrollo de la agricultura convirtiendo a Cuba en una base de abastecimiento para sus expediciones a México y Florida.

(6) Esta resultó del encargo dado a una comisión constituida, a tenor del Real decreto de 9 de febrero de 1874, por juristas de relevancia del reino, o sea, cuatro años después de la promulgación de su nuevo Código Penal de 1870. Dicha comisión debía estudiar las modificaciones pertinentes de la referida legislación en aras de su puesta en vigor en las provincias de ultramar (Cuba y Puerto Rico). Fue en aquel tiempo como resultado de estas diligencias, que por el Real Decreto de 23 de mayo de 1879 se hace extensivo a nuestro país y a Puerto Rico, entonces colonias de España, su Código Penal de 17 de junio de 1870 pero con algunas modificaciones. En sentido general se trata de una legislación que siguió el modelo del Código Penal francés de 1810 y que fue expresión de los principios enarbolados por la llamada Escuela Clásica.

terminó afectado en su sistemática interna, aunque en relación a la institución objeto de estudio no se realizaron cambios. Así, una vez que existieron todas las condiciones culturales, políticas y económicas para la promulgación de un nuevo Código Penal que fuera expresión y reflejo de las nuevas relaciones socialistas se aprobó en 1979 la ley N° 21. Para su elaboración sirvieron de base los principios, concepciones y experiencias acumuladas por la ciencia del Derecho Penal de la comunidad socialista, en especial del Derecho Penal soviético.

La ley N° 21 de 1979 regulaba en su artículo 26 lo concerniente al miedo insuperable como lo hace la ley N° 62 de 1987 en el propio artículo. Sin embargo, la última añade en un segundo apartado que cuando el mal temido es menor que el que se produce, pero causa al agente por sus circunstancias personales, un miedo insuperable determinante de su acción, el tribunal potestativamente puede rebajar hasta dos tercios el límite mínimo y máximo de la sanción imponible según el delito cometido. Esta legislación fue el resultado de diez años de intenso trabajo que inició en 1968 una subcomisión y la Comisión de Estudios Jurídicos del Comité Central del Partido Comunista de Cuba en la que participaron especialistas de las diversas ramas de la actividad jurídica incluyendo la docente.

“No obstante, muy pronto se vio superado por la realidad social. La tipificación como delitos de un alto número de figuras de escasa peligrosidad social (...) y la existencia en sus regulaciones de la Parte Especial de marcos sancionadores muy cerrados, con límites mínimos de las sanciones de numerosos delitos muy elevados (...) entre otros aspectos, así como el hecho de que fuera aprobado diez años después del inicio de su redacción, que lo hicieron envejecer antes de su nacimiento, hicieron aconsejable someter el Código Penal a una transformación de tal naturaleza, que finalmente motivó que se adoptara con acierto la decisión de sustituirlo por uno nuevo” (Medina, 2003: 56).

Fue así que el 30 de abril de 1988 comenzó a regir un nuevo Código Penal, la ley N° 62 en vigor hasta la actualidad. Este Código fue objeto de modificación por los decretos-leyes 140/93, 150/94 y 175/97, la ley 93 de 2001, la ley 87 del 16 de febrero de 1999 y el decreto-ley 310 de 2013, sin embargo, la regulación del miedo insuperable no ha cambiado en ninguna de estas oportunidades. Hasta hoy se mantiene del mismo modo que en la ley 21, con la salvedad realizada, razón por la que se reserva su estudio para el epígrafe siguiente.

IV. El miedo insuperable. Problemas prácticos y normativos

Una exhaustiva revisión de la legislación penal cubana encaminada a la determinación de las deficiencias de las que adolece la configuración de la eximente del miedo insuperable, exige la adopción como herramienta teórica del marco conceptual de esta investigación. Lo que unido al escrutinio de las sentencias del Tribunal Supremo Popular de la Isla, serán elementos suficientes para el diagnóstico de las dificultades, que también se expresan en la actividad de interpretación y aplicación de dicha eximente como además certifican las encuestas aplicadas.

En relación a su construcción normativa el legislador cubano en una fórmula aparentemente sencilla estableció la eximente en el artículo 26 del vigente Código Penal de la siguiente forma:

“Artículo 26. 1: está exento de responsabilidad penal el que obra impulsado por un miedo insuperable de un mal ilegítimo, inmediato o igual o mayor que el que se produce.

2. Cuando el mal temido es menor que el que se produce, pero causa al agente, por sus circunstancias personales, un miedo insuperable determinante de su acción, el tribunal puede rebajar hasta en dos tercios el límite mínimo de la sanción imponible”.

El cuestionamiento del que puede ser objeto esta regulación radica en la exigencia de la proporcionalidad entre el mal temido y el mal causado. Basta solo un análisis gramatical para advertir la exigibilidad de que el mal causado por el sujeto que actúa motivado por miedo no puede ser mayor que la causa que lo motiva, de lo contrario no surtiría los efectos atribuibles a la eximente. Este requisito se considera incoherente con la naturaleza subjetiva de esta causa de exención y las cir-

cunstances de anormalidad en que se encuentra el sujeto, a quien resulta absurdo exigirle en tales condiciones la medición de los males en conflicto.

Igualmente el apartado 2 del citado artículo 26 en cierto modo oscurece la norma, porque trata de resolver la ponderación de males que se establece en el apartado 1; sin embargo, este sigue un criterio objetivo atendiendo a condiciones externas al sujeto. Lo ideal sería eliminar la ponderación de males porque no se le puede exigir a una persona que se encuentra ante un miedo insuperable que mida las consecuencias de sus actos.

Desde el punto de vista normativo considera el autor que no existe otra posibilidad de cuestionamientos al legislador, pero el escenario cambia bruscamente resultado del examen de su interpretación y aplicación en la práctica judicial cubana. En tal sentido la apreciación de la eximente por el Tribunal Supremo Popular se caracteriza por la poca uniformidad en el criterio de lo trascendental al análisis, observándose posiciones encontradas. De tal forma que para un mismo caso y en una misma sentencia se valoran tanto los requisitos objetivos como los subjetivos a pesar de su carácter contrapuesto (7). Lo correcto sería el respeto del juzgador a uno de los criterios doctrinales y no su indistinta admisión.

También existen sentencias que hacen depender la concurrencia de la eximente de las circunstancias externas en que se desarrolló el hecho sin valorar el miedo que pudo causar el mismo al sujeto, que es lo realmente trascendental para su configuración (8). Asimismo, se encuentran resoluciones judiciales que se sustentan en la observancia de requisitos objetivos que riñen con la naturaleza subjetiva del miedo insuperable (9).

Otras de las dificultades halladas en las sentencias es la evidencia de que en ciertos momentos la jurisprudencia ha apreciado que la naturaleza jurídica del miedo insuperable se halla en una causa de inimputabilidad (10), siendo confundida con el trastorno mental transitorio o con un temor patológico. Además, se aprecia que en otras ocasiones no se detiene el Tribunal a evaluar la insuperabilidad del miedo (11).

(7) Esto se aprecia en la sentencia número 125 del 21 de enero del 2013 del Tribunal Supremo que se ilustra: CONSIDERANDO: "Que respecto a la eximente de miedo insuperable solo ha de ser apreciada cuando el autor actúa impulsado por un temor de muy relevantes características, que lo diferencian del que corrientemente experimenta ante una situación difícil o de peligro de escasa gravedad, que sea el único factor que influya en la ejecución del acto infractor, nacido aquel de una causa cierta e inminente constituida por un mal real o conocido que limite la voluntad del agente por la gravísima impresión que le produce, lo que, como es evidente, no aparece en el contexto del hecho relatado en la sentencia, pues el acusado después de observar a la víctima en sus predios se armó de un machete y fue a su encuentro, situándose detrás del mismo y acusándolo de ladrón le descargó un machetazo cuando aquel ante la sorpresa se viró, en consecuencia tampoco existió error en la desestimación de la concurrencia de esta eximente de la responsabilidad penal alegada, lo que obliga a rechazar este extremo del motivo de fondo alegado y el recurso, establecido al amparo del ordinal primero, del Artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal, en su totalidad". Asimismo, la Sentencia número 304 del 12 de noviembre de 1940 del Tribunal Supremo, donde se exige que el mal temido sea "cierto, grave, justificado, inminente y de igual o mayor entidad que el causado a la víctima" y además se hace referencia a las influencias psíquicas y volitivas.

(8) Sentencia del 2 de enero de 1933 del Tribunal Supremo expresa: "para obrar impulsado por miedo insuperable de un mal o mayor se requiere que el miedo proceda de una causa cierta e inminente, que sea el móvil único de la acción que, como delito, se persigue, y que cohiba la voluntad del agente, colocándolo en la alternativa de sufrir un daño o de inferirlo dentro del límite que la ley marca; cuando el miedo surge como accidente de la lucha que el mismo procesado inició, sin previa provocación, insulto ni amenaza por parte del ofendido, no reúne el aludido miedo los caracteres legales indispensables para que constituya circunstancia de exención ni de atenuación".

(9) Sentencia del 13 de mayo de 1933 y Sentencia número 1781 del 27 de marzo de 2001 del Tribunal Supremo en la primera de ellas de ellas se da gran significación a "que el mal temido fuera real y a su inmediatez".

(10) Sentencia número 472 del 24 de agosto de 1966 del Tribunal Supremo.

(11) Sentencia número 650 del 17 de febrero de 2005 del Tribunal Supremo.

La valoración de lo insuperable se debe determinar bajo un criterio subjetivo, es decir, la valoración del juez debe realizarse al caso concreto atendiendo a las características y particularidades del sujeto. Es por eso que se debe valorar como único fundamento de la insuperabilidad del miedo: la intensidad del temor a un mal que trastorna la voluntad e incita la acción contraria a derecho.

Las características del mal temido regulada por la norma penal y exigidos por los tribunales hace depender su apreciación de elementos objetivos (realidad, gravedad, inmediatez y la proporcionalidad de males), desnaturalizando una eximente que tiene un marcado carácter subjetivo. Por ello, se debería valorar la desaparición de estos requisitos y devolverle al miedo insuperable su verdadera fundamentación ya que bajo su manto el individuo se siente atezado por su miedo, imposibilitando el exigible dominio racional sobre sus actos.

De esta forma, se han expuesto los principales problemas prácticos normativos de la eximente tratada, de la cual se encontraron pocas sentencias que demuestran la prácticamente nula aplicación que tiene en los tribunales cubanos. Aunque como se aprecia del estudio histórico realizado en el epígrafe anterior, no es una eximente nueva. También se pudo evaluar que los jueces, en la mayoría de los casos exigen elementos objetivos para la integración del miedo insuperable a pesar de su naturaleza subjetiva. Asimismo, se puede afirmar que los distintos requisitos o elementos que regula el Código Penal cubano en cierto modo hacen peligrar la apreciación de la eximente en la práctica judicial, porque como ya se expuso, en un mismo caso se valoran requisitos objetivos y subjetivos soslayando la esencia de esta eximente.

La validez o confiabilidad de las valoraciones expuestas se corroboran con los resultados derivados de la aplicación de la técnica de encuesta. El cuestionario se aplicó a 29 operadores jurídicos (12) que realizan su ejercicio en el campo de acción penal del municipio Guantánamo, que por sus niveles de radicación resulta el más representativo de la provincia homónima.

Para la selección de la muestra se determinó el universo de forma aproximada teniendo en cuenta las fluctuaciones que se producen por bajas, jubilaciones, nuevos ingresos, entre otras causas, considerándose como universo la cantidad de 41. Se empleó la muestra aleatoria simple con una representación del 70,7% del universo y una experiencia profesional promedio de 15 años.

De ellos, el 55,2% -16- no han conocido procesos penales donde el inculcado haya actuado bajo los efectos del miedo insuperable; dato que se corrobora con la interrogante relativa a la frecuencia con la que desde enero del año 2000 hasta el año 2014 conocieron de dicho proceso: a veces 6,9% -2-, muy pocas veces 37,9% -11- y nunca 55,2% -16-. Información que confirma la inexistencia de sentencias sobre la eximente objeto de estudio en el período que se analiza.

El 55,2% -16- de los encuestados opina que la forma en que ha sido establecida la eximente en el Código Penal cubano no muestra claridad en su configuración y solo 44,8% -13- piensa lo contrario. En correspondencia con lo anterior, al preguntársele su valoración acerca de la calidad técnica, el 75,9% -22- la evalúa como mala; 24,1% -7- de regular y como buena ningún encuestado. Por lo que, en correspondencia con lo anterior, el 79,3% -23- aprecia la necesidad del perfeccionamiento legislativo de esta institución y solo el 20,7% -6- opina lo contrario.

En relación a la naturaleza jurídica 37,9% -11- considera el miedo insuperable como causa de inimputabilidad, 48,3% -14- como causa de justificación y 13,8% -4- la aprecia como causa de inculabilidad, a pesar de ser esta última su naturaleza. Y en relación a sus efectos, el 55,2% -16- opina que elimina solo la responsabilidad penal y el 44,8% -13- que excluye tanto la responsabilidad penal

(12) De ellos: 7 jueces, 10 fiscales, 8 abogados y 4 profesores del Departamento de Derecho de la Universidad de Guantánamo.

como la civil, advirtiéndose así una correlación con su postura en relación a la naturaleza jurídica defendida.

Por otra parte, al indagar sobre el conocimiento de los requisitos necesarios para la configuración de la eximente, ninguno de los encuestados pudo identificar todos los que se exigen en la doctrina y en la práctica judicial; incluso confunden requisitos con estructura, lo que denota desconocimiento de los elementos de la eximente, que sin dudas se traduce en su no apreciación.

Finalmente, fueron sometidos a la solución de un supuesto práctico para que evaluaran si se podría apreciar la eximente del miedo insuperable: el 20,7% -6- la consideró mientras que el 79,3% -23- no la apreció, a pesar de existir todos los presupuestos para su valoración.

En resumen, con la aplicación de este instrumento también se pudo apreciar que si las dificultades en torno a la eximente del miedo insuperable inician desde su propia concepción normativa como se expuso *ut supra*, esta misma situación incide en el desconocimiento que sobre ella se advierte en la praxis y fundamenta la necesidad de su perfeccionamiento.

V. Presupuestos para la *lex ferenda* del miedo insuperable

Para la solución de los problemas expuestos en el epígrafe precedente se han previsto un grupo de presupuestos como sustento primordial para el legislador en una posterior modificación legislativa y su apreciación por parte de los tribunales en su labor de interpretación y aplicación del Derecho. Ello permitirá, no solo fijar los límites al legislador y al operador del derecho en general, sino sobre todo asegurar la regularidad, generalidad e igualdad en la aplicación de la eximente que se estudia, así como proporcionar criterios firmes para llegar a conclusiones estables en la aplicación de la ley.

Para la conformación de los presupuestos se adoptaron como fundamentos los criterios doctrinales existentes sobre la estructura y requisitos de la eximente, estructurándose para su mejor comprensión en dos grupos.

Primer grupo: presupuestos que integran el marco conceptual, constituidos por las invariantes que conforman la definición de la eximente del miedo insuperable, como soporte básico a respetar por el legislador en su formulación normativa.

A) Definición: está exento de responsabilidad penal el que obre impulsado por miedo insuperable de un mal ilegítimo.

Como se aprecia, para la regulación del miedo insuperable en la legislación penal basta con la adopción de la fórmula anterior. En ella solo se hace referencia al requisito de la ilegitimidad por considerar que es el único de necesaria manifestación expresa. Asimismo, desde la perspectiva teórica constituye otro presupuesto la definición de insuperabilidad del miedo, entendida como:

B) La imposibilidad manifiesta del individuo para comportarse según su libre albedrío, de tal forma que cualquier acción que lleve a efecto viene condicionada por ese miedo que resulta incontrollable, irresistible, del cual no es humanamente posible desprenderse ni sobreponerse. Para quien obra bajo sus efectos, desaparecen los patrones de conducta e, incluso, la racionalidad suficiente y necesaria para actuar en consecuencia. En estos casos el individuo se siente atenazado por su miedo, imposibilitando el exigible dominio racional sobre sus actos.

Segundo grupo: presupuestos teórico-prácticos relativos a los requisitos para la configuración de la eximente como elementos de orientación al legislador al momento de su construcción normativa y a los operadores jurídicos en su interpretación y aplicación.

A) El miedo ha de ser insuperable y no se ha de requerir que el sujeto pierda la capacidad de culpabilidad, en este caso no pierde la voluntad sino que la misma queda doblegada.

B) Para discernir si el miedo sentido por la persona es insuperable se valorará con criterios subjetivos porque no todas las personas sufren los efectos del miedo con igual intensidad. En consecuencia el juez debe valorar lo insuperable en atención a las cualidades concretas de quien lo sufre y el caso concreto.

C) El mal debe ser ilegítimo, y no provocado por el sujeto, de forma tal que no podrá alegar esta eximente si la causa amenazadora se produce intencionalmente por él.

D) El mal podrá o no ser inmediato, porque la inmediatez no se debe valorar de forma absoluta, pues la condición de miedo puede crearse como secuela de una experiencia traumática anterior o que alcanzó un estado de perturbación como resultado de un dilatado proceso.

E) El mal podrá o no ser real, de manera que puede existir auténticamente o no, para nada afecta a la presencia del miedo psicológicamente entendido, y por ende debería apreciarse la eximente siempre que el autor obre impulsado por miedo insuperable.

F) El mal podrá o no ser grave, lo que verdaderamente interesa es la intensidad que causa sobre la psiquis del sujeto, quebrantando su voluntad, imposibilitándole motivarse ante la norma y resistir ante las circunstancias que lo provoca.

G) El mal podrá o no ser proporcional, porque no se le puede pedir a quien se encuentra ante un miedo que le es invencible, que calcule el alcance de sus acciones.

H) Por su naturaleza subjetiva la eximente del miedo insuperable constituye una causa de inexigibilidad que excluye la culpabilidad del sujeto actuante, por lo que exime de responsabilidad penal pero no de la responsabilidad civil.

I) La eximente del miedo insuperable es de carácter personal razón por la cual resulta incommunicable en casos de participación.

VI. Consideraciones finales

El miedo insuperable responde a una situación de inexigibilidad porque no se puede demandar responsabilidad al individuo, que a pesar de tener capacidad para conocer y adecuar su actuación conforme a derecho, se encontraba en un estado de miedo tal que lo conllevó a cometer un delito. En consecuencia, no le puede ser exigible subjetivamente la ejecución de una conducta distinta aunque objetivamente pudiese haberla realizado. Su naturaleza es de carácter subjetivo y personal pudiendo solamente apreciarse en la persona en quien concurra.

En la dogmática penal se plantean un conjunto de requisitos que se exigen para la apreciación del miedo insuperable como eximente de la responsabilidad penal que se encuentran relacionados con sus elementos estructurales. Su configuración normativa no solo complejiza la redacción del texto legal sino que influyen en su casi nula apreciación por los tribunales, dado el carácter objetivo con que son valorados, debiéndose admitir solamente el de la insuperabilidad e ilegitimidad del miedo.

La evolución del miedo insuperable como eximente de la responsabilidad penal llega a Cuba como extensión de los Códigos Penales de España. Se modifica con la promulgación del Código de Defensa Social hasta llegar a la actualidad en la ley 62. En ninguna de las modificaciones realizadas al texto legal las normas relativas a la eximente han sido reformadas, con excepción de la adición del apartado dos.

Los distintos requisitos o elementos que regula el Código Penal cubano en cierto modo hacen peligrar la apreciación de la eximente del miedo insuperable en la práctica judicial, porque en un mismo caso se valoran tantos requisitos objetivos y subjetivos soslayando de cierto modo la naturaleza de la misma.

En el ámbito del Derecho Positivo cubano y de su práctica jurídica se advierten deficiencias en cuanto a la configuración normativa y conocimiento teórico del miedo insuperable como eximente de la responsabilidad penal, situación que incide en su inobservancia en la praxis judicial e invita a la necesidad de un perfeccionamiento legislativo. Entre ellas se destacan la exigencia normativa del requisito de la proporcionalidad del mal ocasionado y el apego de los jueces a criterios objetivos para su apreciación en detrimento del carácter subjetivo de la eximente.

El diseño de presupuestos teóricos-prácticos permitirá fijar el alcance y límites en la apreciación del miedo insuperable, asegurando la regularidad, generalidad e igualdad en su aplicación, los que se agruparán de la siguiente forma:

Primer grupo: presupuestos que integran el marco conceptual, constituidos por las invariantes que conforman la definición de la eximente del miedo insuperable, como soporte básico a respetar por el legislador en su formulación normativa.

Segundo grupo: presupuestos teórico-prácticos relativos a los requisitos para la configuración de la eximente como elementos de orientación al legislador al momento de su construcción normativa y a los operadores jurídicos en su interpretación y aplicación.

VII. Bibliografía

ALARCÓN BORGES, Ramón Yordanis (2011). *Las normas penales en blanco en el ordenamiento jurídico penal cubano*. (Tesis de doctorado). Santiago de Cuba: Universidad de Oriente.

AVELERO FRANCÉS, Francisco (2008). *Cervantes. Diccionario manual de la Lengua Española*. t. II. 7ª ed. La Habana: Editorial Pueblo y Educación.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, T. S. (1996). *Derecho Penal, Parte General*. 4ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch.

DÍAZ PALOS, Fernando (1978). "Miedo Insuperable", en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona: Francisco Seix.

FERRAJOLI, Luigi (1997). "Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho", en: *Revistas - DOXA* [on line], núm. 20. Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10446/1/doxa20_08.pdf [Fecha de consulta: 07/01/2014].

FERRER SAMA, Antonio (1946). *Comentarios al Código Penal*. 1ª ed. Murcia: Sucesores de Nogue, T. I.

FONTÁN BALESTRA, Carlos (1998). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

MARTÍNEZ VASALLO, Haydee M. y BELKIS MARTÍNEZ VASALLO (2013). "El miedo insuperable como eximente de la responsabilidad penal y su implicación en las Ciencias Médicas", en: *Revista Médica Electrón* [on line]. Ene.-Feb., 35(1). Disponible en: <http://www.revmatanzas.sld.cu/revista%20medica/ano%202013/vol1%202013/tema08.htm> [Fecha de consulta: 25/10/2015].

MEDINA CUENCA, Arnel (2003). "Comentarios a la Ley No. 62 de 29 de septiembre de 1987: Código Penal", en: AA. *VV. Derecho Penal Especial*. La Habana: Editorial Félix Varela, T. III.

MIR PUIG, Santiago (1999). *Derecho Penal. Parte General*. 4ª ed. Barcelona: TECFOTO.

MOMMSEN, Teodoro (1898). *Derecho Penal Romano*. Charlottenburgo: (s.n).

MUÑOZ CONDE, Francisco (1991). *Teoría General del Delito*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

QUIRÓS PÍREZ, Renén (2005). *Manual de Derecho Penal*. La Habana: Félix Varela. T. III.

SOBERRANES FERNÁNDEZ, J. L. (2002). *Historia del Derecho Mexicano*. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/311/3.pdf> [Fecha de consulta: 25/10/2015].

SOLER, Sebastián (1992). *Derecho Penal Argentino*. 10ª reimpression. Actualizador Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. T. II.

SUÑEZ TEJERA, Yoruanys (2013). *Valoraciones teórico jurídicas en torno a la exigente del miedo insuperable*. Disponible en: <http://psicologiajuridica.org/archives/2856> [Fecha de consulta: 25/10/2015].

Legislación

Proyecto de Código Penal (enero de 1975). (Concordado con Códigos Penales de Países Socialistas). Departamento de Reproducciones del Ministerio de Justicia.

Ley Orgánica N.º 10. Código Penal de España. 23/11/1995. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf> [Fecha de consulta: 25/10/2015].

Ley N.º 87. Modificaciones al Código Penal. Gaceta Oficial, N.º 1, 15/03/1999.

Ley N.º 62/1987. Código Penal anotado con Instrucciones y Sentencias del Tribunal Supremo Popular. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales. 1998.

Ley N.º 21 Código Penal, Gaceta Oficial de la República. 01/03/1979.

Decreto-ley 175/1997. Modificaciones al Código Penal. Gaceta Oficial, Extraordinaria, N.º 6, 26/06/1997.

Decreto-ley 150/1994. Modificaciones al Código Penal. Gaceta Oficial, Extraordinaria, N.º 6, 10/06/1994.

Decreto-ley 140/1993. Modificaciones al Código Penal. Gaceta Oficial, Extraordinaria, N.º 4, 13/08/1993.

Código de Defensa Social. La Habana: Jesús Montero Editor, 1939.

Otros documentos

Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2007). *Diccionario Práctico del Estudiante*. España: Santillana Ediciones Generales, S. L.

Fecha de recepción: 13-11-2015

Fecha de aceptación: 09-05-2016

Conteo de la prisión preventiva: unificación de cómputos por sobreseimiento, absolución y pena en exceso

POR **NATALIA LORENA ARGENTI** (*)

Sumario: I. Palabras iniciales. — II. Estructura del trabajo. — III. Desarrollo de la propuesta, preguntas. — IV. Conclusiones. — V. Bibliografía.

Resumen: el tema que he seleccionado se ubica dentro del proceso, en la etapa final, al tiempo en que debe efectuarse el cómputo de pena de una sanción penal privativa de la libertad, para determinar cuánto tiempo se ha cumplido, cuánto resta cumplir y por ende, en qué fecha habrá de operar el vencimiento de la pena. En algunos casos puede suceder que quien ha resultado condenado y respecto de quien se está confeccionado el cómputo de pena, registre una causa en la que haya purgado una prisión preventiva, pero que su resultado final haya sido un sobreseimiento o una absolución. Y he aquí la pregunta que no tarda en llegar, y la constituye el hecho de si es factible traer al cómputo de la pena, los días sufridos en prisión preventiva en la causa en la que se obtuvo ese resultado favorable (una desvinculación) y descontarlos del tiempo total, o si ello no resulta factible y el reclamo sólo puede traducirse en una indemnización monetaria. Respuestas que serán abordadas en este trabajo de la mano de variada jurisprudencia que nos ilustrará acabadamente sobre las aristas que posee el tema.

Palabras claves: cómputo de pena - sobreseimiento - absolución

Count of the remand: unification of computations by dismissal, acquittal and penalty in excess

Abstract: *the theme I selected is located, in the process, in the final stage, at the time that must perform the computation of penalty of a private criminal sanction of the freedom to determine how long has been fulfilled, remaining comply and therefore which date there will be to operate the expiration of the penalty. In some cases it may happen that who has been convicted and with respect to whom the penalty computation, is made to record a cause which has purged a pre-trial detention but that the final result was a dismissal or an acquittal. Here's the question that does not take long to arrive, and is the fact if it is feasible to bring to the computation of the penalty, the days in pre-trial detention in the case which was obtained this favorable outcome (a decoupling) and deduct them from the total time, or if this is not feasible and the claim only can result in monetary compensation. Answers that will be addressed in this work from the hand of the opinion of judges from different courts, which we will illustrate fully on the fundamentals of both antagonistic positions.*

Keywords: computer - dismissal - absolution

I. Palabras iniciales

La pregunta que brinda el título a este trabajo no es una rareza jurídica propia de doctrinarios o estudiosos del derecho, sino que a menudo se deja oír en boca de quien recibe una condena a una pena de cumplimiento efectivo e interroga a su defensor, al fiscal o al juez, en relación a si le será descontado del tiempo que le resta cumplir, aquel lapso en el que estuvo privado de la libertad en otra causa, la que culminó con un sobreseimiento o absolución (por el motivo que sea: por falta de comprobación del hecho, de la autoría, ante la presencia de una causa de justificación o la ausencia de culpabilidad).

(*) Prof. de Adaptación Profesional a las Prácticas penales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

La respuesta a dicho interrogante puede tomar dos carriles totalmente diferentes. Hay quienes sostienen que la única reparación posible es la monetaria. Una indemnización en caso de resultar viable, que otorgará el equivalente en pesos de curso legal al tiempo de la privación de libertad sufrida (de acuerdo a las características del caso concreto), y otros que sostienen que el pago debe efectuarse en especie o lo que es lo mismo: en días de privación de la libertad y son quienes avalan lo que se ha dado en llamar unificación de cómputos.

En este trabajo se abordará en profundidad el tema propuesto, para conocer cuáles son las bases de cada postura, los puntos de desencuentro, si existen puntos de coincidencia, el detalle de los obstáculos y su posibilidad de superación.

II. Estructura del trabajo

La estructura del trabajo se encuentra compuesta por una sucesión de nueve preguntas y respuestas sobre los puntos más ricos de la temática escogida.

Los interrogantes son los siguientes: Pregunta 1: ¿es posible computar la prisión preventiva cumplida en exceso por quien fuera a la postre condenado a una pena menor? Pregunta 2: ¿es posible computar la prisión preventiva cumplida por quien resultó sobreseído o absuelto? Pregunta 3: ¿el tema recibe acogida en el artículo 24 del Código Penal (CP)? Pregunta 4: ¿es una solución posible la realización de un juicio contra el Estado para el cobro de una indemnización? ¿Una solución posible la compensación en especie? Pregunta 5: ¿la compensación en especie otorga un crédito para delitos futuros? Pregunta 6: ¿la injusticia intrínseca de la detención que precede a la sentencia absolutoria constituye una causa legítima de reparación? ¿Es una chance de resarcir el perjuicio? Pregunta 7: ¿sólo es computable el tiempo sufrido en un proceso paralelo? Pregunta 8: ¿cuáles son los principios constitucionales en juego? Pregunta 9: ¿se puede computar el tiempo sufrido en prisión preventiva en una causa pendiente de resolución?

No se efectuarán citas bibliográficas, ya que el objeto de este trabajo es dejar al descubierto la faz práctica del tema escogido. Y es en tal dirección que los interrogantes y sus respuestas se formularon empleando jurisprudencia de la casación nacional y provincial. Ubicándose al final una breve reflexión personal a modo de conclusión.

III. Desarrollo de la propuesta: preguntas

Pregunta 1: ¿es posible computar la prisión preventiva cumplida en exceso por quien fuera a la postre condenado a una pena menor?

En la causa “ROA, Jorge Alberto”, C.F.C.P., sala IV, 17/06/2008, reg. N° 10.559.4, la defensa petitionó en dicho sentido. Encarriló su agravio del modo siguiente: indicó que su defendido Jorge Alberto Roa permaneció detenido un año, un mes y quince días, en relación a una pena única dictada en su contra de ocho meses de prisión. Sostuvo que dicho excedente constituye un interés legítimo del imputado. Se quejó de que en el pronunciamiento impugnado no se había tratado adecuadamente el interés legítimo invocado en nombre de su asistido. Explicó que si bien la condena única dictada por el Tribunal oral en lo Criminal Nro. 20 se dio por compurgada en atención al tiempo de detención sufrido y que dicha causa nunca tramitó en forma paralela a las actuaciones recaídas en el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 19 —ante el cual formuló la petición unificadora— lo cierto es que su asistido tiene un interés legítimo en que se produzca dicha unificación, y concluyó en que no hacer lugar a la unificación petitionada, importaría confirmar la irracionalidad con la que se manifiesta el poder punitivo estatal, toda vez que, de ese modo el justiciable no sólo se vería perjudicado por el uso excesivo de la prisión preventiva sino también por la falta de reconocimiento del tiempo en excedente sufrido.

El Dr. Gustavo Hornos, en su voto en minoría, rechazó el planteo diciendo que la condena única de ocho meses de prisión impuesta a ROA ya se encontraba agotada al momento de la comisión

del hecho que motivó el dictado de la segunda condena y ante la ausencia de un concurso real no tenía sentido “unificar una pena que ya no existe”.

La mayoría apuntó que “donde exista un interés legítimo para reparar un error u omisión, en perjuicio del condenado, durante la sustanciación del proceso penal o ejecución de la pena, se utilice el procedimiento de unificación, por aplicación analógica *in bonam partem*.”

Pregunta 2: ¿es posible computar la prisión preventiva cumplida por quien resultó sobreseído o absuelto?

Nuevamente la C.F.C.P., sala IV, en la causa “IÑIGUEZ, Claudio Fabián”, 21/9/2009, reg. N° 12.302.4 respondió afirmativamente tal cuestión, recalcando que:

“(…) mientras que en el caso ‘Roa’ se ordenó tener en cuenta la prisión preventiva cumplida en exceso por quien fuera a la postre condenado, la circunstancia de que en el supuesto de Claudio Fabián IÑIGUEZ se pretenda el cómputo del tiempo de prisión preventiva cumplida en un proceso resultante en absolución, acentúa aún más mi convencimiento en esta segunda oportunidad de expresarlo, porque en definitiva la detención preventiva ha sido aplicada a un inocente (...) Cuando el sujeto sea procesado por dos o más delitos, por el mismo o por diferentes tribunales, y resultase condenado por uno o unos y absuelto del o de los restantes, el tiempo de prisión preventiva sufrida por todos o por alguno o algunos de ellos, debe computarse en la pena impuesta, incluso cuando haya sufrido la prisión preventiva por un delito del que resulte absuelto” (Zaffaroni y otros, 2003: 942).

Pregunta 3: ¿el tema recibe acogida en el artículo 24 del Código Penal?

En el caso “ROA” el voto mayoritario indicó que no se puede desconocer que la situación planteada se adecúa a la prevista por el artículo 24 del Código Penal, que dispone el cómputo de un día de prisión, por cada día de prisión preventiva sufrida, sin exigir que se trate del mismo u otro proceso, anterior o concomitante, donde hubiere resultado sobreseído o absuelto. Puntualizó que el hecho de que se trate de un exceso de prisión preventiva o de cumplimiento de condena, no cambia la naturaleza de la lesión sufrida y, por ende, para ello se torna necesaria una sentencia de unificación.

En la causa “RODRIGUEZ SISTI, Marcelo Adrián”, la CFCEP, sala IV, 17/08/2011 nuevamente, por mayoría, reiteró dichos argumentos y agregó una mayor fundamentación diciendo que tal tempe-ramento responde al hecho de que en los casos donde el imputado ha sufrido una lesión indebida al derecho constitucional más relevante, esto es, la libertad (ya sea mediante un exceso de prisión preventiva o un encierro padecido en una causa donde finalmente se lo sobresee o absuelve), debe satisfacerse al reclamo de justicia mediante una reparación concreta a dicha lesión; y ese interés legítimo para reparar un error u omisión provocado por los órganos del Estado en perjuicio del individuo, de ningún modo puede verse obstaculizado por la mera circunstancia que la situación bajo análisis no se encuentre entre las expresamente descriptas por el artículo 58 del CP.

Pregunta 4: ¿es una solución posible la realización de un juicio contra el Estado para el cobro de una indemnización? ¿Una solución posible la compensación en especie?

La primera solución la promovió como única salida, por mayoría, la Sala I de la CFCEP, en la causa “PETRISSANS” expresando que por no resultar de aplicación al caso, el artículo 24 del Código Penal, toda vez que la causa nro. 1232/05 del TOC N5 de Lomas de Zamora que la defensa pretende computar, culminó con una absolución y no con una pena de prisión, debía realizarse el pertinente reclamo monetario. Así dijo que “no corresponde computar el tiempo que Petrisans permaneció detenido en relación a dicha causa, contando el nombrado con otros remedios procesales, como un eventual juicio contra el Estado, para reclamar ser indemnizado por el perjuicio que le pudo haber ocasionado dicha detención” (CFCEP, sala I, 02/11/2010, “PETRISSANS, Diego Sebastián”, reg. N° 16.826).

La segunda respuesta la ofrece el voto mayoritario de la sala IV, CFCP, en la causa “ROA”, realizando un ilustrativo parangón entre el caso en estudio con el derecho indiscutible de restitución que nace ante una multa cobrada en exceso, o en el decomiso de un objeto sin razón y se recostó en “razones de justicia indiscutible”.

“Existen dificultades filosóficas, para definir lo que es justo, ya que la sola afirmación de “dar a cada uno lo suyo” encuentra la dificultad para determinar “que es lo suyo, de cada quien”, pero ello se facilita enormemente en los casos concretos y así nadie duda que devolverle a una persona, lo que le fue privado sin razón, constituye una manifestación de justicia indiscutible. Así, nadie discutiría el derecho a la restitución de una pena de multa cobrada en exceso o de un objeto decomisado sin razón y resultaría paradójico que, por tratarse de una lesión a la libertad del individuo, que además da sentido y contenido a todos los demás derechos, no debamos restituírsela en días de libertad o, lo que es lo mismo, en días de vida” (C.F.C.P., sala IV, 17/06/2008, “ROA, Jorge Alberto”, reg. N° 10.559.4).

En este mismo sentido se expresó la sala I del TCPP, 26/02/2013, en la causa “SALDIAS, Fernando Ariel”, N° 56138. En este precedente se analizó la posibilidad de indemnizar y la de compensar en especie, inclinándose la balanza por esta última opción, por entenderla como la más justa. Explicando que la reparación puede asumir la forma de indemnización económica (como la del artículo 477 CPP) pero nada impide que atendiendo a la índole de la lesión la compensación en tiempo vivencial, se erige como aquella que asegura mayor equipolencia ya que la reparación económica resulta tardía y escasa. Sus palabras fueron:

“(…) que, tal como lo sostuve en causa n° 29803 (‘Carbonell’ sent. Sala I integrada conforme ley 11982, reg. 1209 de 26/11/2011), bien que en un caso de sobreseimiento pero cuya argumentación es válida para la especie (...) el sobreseimiento o la absolución posterior del procesado no convierte en ilegítima la prisión preventiva dispuesta en el curso del proceso en cuestión, pero no menos cierto es, que ella importó un sufrimiento irreparable para el encausado de autos, y que el Estado debe reparar, o en su defecto y dada las circunstancias y particularidades del caso se debe compensar. Como bien señala el defensor de instancia, resulta ilógico que a una persona que luego de permanecer detenido sea privado de que se le compute el período de encierro a su favor, cuando de ser declarada culpable, le sería computado. Ello contra a los principios ‘pro homine’, ‘dignidad humana’, ‘ultima ratio del derecho penal’ e ‘irracionalidad mínima’. Tal solución viene impuesta si se entiende que el poder punitivo no puede ignorar que el imputado sufrió una pena por orden estatal sin condena, tal como se entiende a todas las privaciones de libertad sufridas por un imputado antes de la sentencia definitiva, por lo que debe ser compensarse tal sufrimiento reconociéndole en el cómputo todo el período que la defensa con acuerdo del fiscal pide y ello en cumplimiento de la inteligencia de que todo sufrimiento ilegítimo de prisión antes de una sentencia no sólo es computable sino también compensable en el ejercicio de la función judicial de individualización o cuantificación de la pena (...) hay una situación de injusticia para quien ha padecido la privación de la libertad, o sea por quien ha sido privado de un bien que no le puede ser restituido y que siempre será insuficientemente reparado con un mero resarcimiento pecuniario, por costumbre escaso y tardío”.

Pregunta 5: ¿la compensación en especie otorga un crédito para delitos futuros?

En la causa “ROA” el voto mayoritario le contestó de modo rotundo a aquellos que sostienen que un cómputo del estilo del solicitado por la defensa, equivaldría a otorgar un crédito para la comisión de delitos futuros.

“No puedo dejar de responder la objeción, que me hiciera algún colega, sosteniendo que el cómputo de privaciones de libertad sufridas en otros procesos previos, donde hubiere resultado absuelto, sobreseído o cumplido pena en exceso el justiciable, implica tanto como otorgarle un crédito para delitos futuros. Más allá de que tal objeción, no se aplica al caso que nos ocupa, por tratarse de conductas anteriores y no futuras, debo señalar que aquella afirmación tiene valor de afirmación lógica, que no se sustenta en fundamentación científica y criminológica alguna y, lo que es más grave, omite considerar que la lesión jurídica padecida, encuentra origen, exclusivamente en la actuación estatal, y por tanto, debe ser reparada, más allá de toda especulación, que sólo tenga consistencia deductiva”(C.F.C.P., sala IV, 17/06/2008, “ROA, Jorge Alberto”, reg. N° 10.559.4).

Pregunta 6: ¿la injusticia intrínseca de la detención que precede a la sentencia absolutoria constituye una causa legítima de reparación? ¿Es una chance de resarcir el perjuicio?

En la causa “IÑIGUEZ” (CFCP, sala IV, 17/06/2008, “IÑIGUEZ, Claudio Fabián”, reg. N° 10.559.4) se dijo al respecto, que resultaría paradójico que en tiempos en que legisladores, juristas y magistrados —frente al lógico temor de encarcelar a un inocente— se encuentran empeñados en una colectiva búsqueda de los justos límites del instituto de la prisión preventiva, para equilibrarlo con la debida vigencia de las garantías constitucionales, claudiquen ante una posibilidad tan clara de resarcir el perjuicio que se ha causado, tan sólo porque la norma legal específica que rige el caso no haya expresamente previsto la reparación.

Justifica esto expresando que es atendible que ocurra, dada la imposibilidad del legislador de presumir o adelantar los errores o fracasos del sistema que se intenta instaurar, para justamente evitarlos o solucionarlos. Resalta que la lesión jurídica padecida, encuentra su origen exclusivamente en la actuación estatal y por ello debe ser reparada, más allá de toda especulación. Si bien reconoce que existen hipotéticos escollos por superar, por ejemplo el relativo a la antigüedad de una detención, esto no debería disuadir a los jueces de aplicar la interpretación legal que mejor encuadre en nuestro marco constitucional y legal, y que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal con cita del caso “Acosta” de la CSJN.

En un sentido coincidente y en el caso “PETRISSANS, Diego Sebastián”, el voto en minoría del Dr. Raúl Madueño, expuso que la detención originada en un proceso que culmina con la absolución o con el sobreseimiento del encartado importa indiscutiblemente un daño a éste imputable a los órganos del Estado que merece ser atendido. Sin hacer discusiones acerca de la legalidad de la medida cautelar oportunamente implementada, dice que “(...) la injusticia intrínseca de la detención que precede a la sentencia absolutoria firme o al sobreseimiento del encausado, objetivamente valorada en función de estas formas conclusivas del procedimiento, desde mi personal perspectiva constituye una causa legítima de reparación”.

Por la misma senda transita el fallo “SALDÍAS”, ya citado, en el que se afirmó que dado el imperativo constitucional de afianzar la justicia debe evitarse un nuevo sufrimiento, en razón del anterior ya padecido indebidamente:

“En el caso, la persona tiene que sufrir una privación de libertad irredimible a título de pena. Sería justo impedir que experimente otra condena en toda su extensión, cuando ya sufrió una en una extensión descomulgada o desmesurada. Si la unificación de las sentencias no es posible, en cambio sí es factible la de los cómputos, figura autónoma tanto en la legislación sustantiva como procedimental. O sea en este caso, transferir un sufrimiento experimentado con una encarcelación indebida (...), en este particular caso para evitar otro sufrimiento en la causa posterior, en la que también se yergue la autoridad de la cosa juzgada del fallo condenatorio. Entiendo que esta situación, contemplada específicamente en algunos derechos extranjeros como en el italiano (artículo 657 del C.P.P.), debe ser acogida en nuestro sistema a través del activismo judicial, esto es, la co-construcción del ordenamiento jurídico vivo por parte de los operadores del sistema, haciendo frente a las necesidades que crea el imperativo constitucional insoslayable y omnipresente de ‘afianzar la justicia’” (TCPP, sala I, 26/02/2013, “SALDIAS, Fernando Ariel s/ Hábeas Corpus”, reg. N° 56138).

Pregunta 7: ¿solo es computable el tiempo sufrido en un proceso paralelo?

En el caso “IÑIGUEZ” (CFCP, sala IV, 17/06/2008, “IÑIGUEZ, Claudio Fabián”, reg. N° 10.559.4) la respuesta fue negativa y se enroló en una postura amplia a la hora de interpretar la posibilidad de computar tiempos cumplidos en otras causas.

Se expresó que el hecho de que la prisión preventiva cumplida por Iñiguez no haya sido paralela con la ordenada en las presentes actuaciones ni con la de la causa que sí se ha unificado, no era óbice a fin de poder computarse, porque no se trataba de una cuestión temporal respecto al

cumplimiento de la prisión preventiva en relación a un proceso de condena, sino más bien, de una reparación a un reclamo de justicia que, en el marco de nuestro orden constitucional y legal, debe dar respuesta a la lesión que los órganos estatales han provocado en el señor Iñiguez: “(...) máxime cuando aquella privación de libertad como medida cautelar ordenada por el Tribunal en lo Criminal Nro. 2 de San Martín fue cumplida en el marco de un proceso que culminar con su absolución”.

En la vereda contraria, la sala I de la CFCP, en la causa “PETRISSANS, Diego Sebastián”, por mayoría, expuso que:

“el lapso en que el imputado fue privado de su libertad en otro proceso en el cual resultó sobreesido ingresará al cómputo de la pena de aquél en el que recayó condena cuando se trate de procesos paralelos (confr. voto del Dr. David al cual adherí in re “Molina, Pablo Alejandro s/recurso de casación”, registro de la Sala II nro. 4933 del 23/05/02). En la misma línea se ha señalado que la manifiesta desvinculación de la prisión preventiva sufrida en otra causa —aunque en ella hubiere mediado un fallo absolutorio— con anterioridad a la iniciación de una nueva, obsta a que aquella privación de la libertad pueda ser ahora considerada en el cómputo de la pena impuesta por sentencia condenatoria (confr. causa ‘Burgues Rosas, José Pedro y otros s/ recurso de casación’, registro nro. 431.98.3 de la Sala III del 15 de octubre de 1998) (...) (‘Celuzzi, Pablo Gustavo’, c.9924, Reg. N° 12.914., rta. 21/11/08)” (CFCP, sala I, 02/11/2010, “PETRISSANS, Diego Sebastián”, reg. N° 16.826).

El votante en minoría, Dr. Raúl Madueño, brindó su parecer, haciendo alusión a lo inequitativo que deviene no computar el tiempo cumplido en otras causas sucesivas, ya que si el proceso hubiese arrojado un resultado desfavorable para el imputado (condena) el tiempo de privación de la libertad resultaría computable, mientras que en caso contrario, si el imputado hubiese sido beneficiado con una resolución de mérito (sobreseimiento o absolución) el tiempo sufrido dejaría de ser computable. Opinión que vale la pena citar en detalle:

“Que esta Cámara ha reconocido en diferentes pronunciamientos, a los efectos del cómputo de la pena, la inclusión del tiempo en que permaneció privado de su libertad el imputado en el marco de otro proceso en el que recayó sentencia absolutoria o se lo sobreesió (cfr. Sala II, causa n° 3747, ‘Molina, Pablo Alejandro s/ recurso de casación’, reg. n° 4933, rta. 23/05/02; Sala III en causa n° 265, ‘Miniacci, Rubén A. s/ recurso de casación’, reg. n° 17/95, rta. 28/2/95; causa n° 5021, reg. n° 274/04, ‘Anaya, Marcelo Martín s/recurso de casación’, rta. 28/4/04). Sin embargo, en todos los casos citados los procesos examinados habían tramitado en forma paralela, situación que no se verifica en el presente caso. Considero que el hecho de tener en cuenta —en el cómputo de pena posterior— el tiempo de detención padecido por el imputado en el marco de otro proceso en el que recayó sentencia absolutoria o sobreseimiento, es una solución que se presenta como la más adecuada desde que una interpretación diversa de la normativa en juego conduciría a una solución más gravosa para el encausado en aquellos casos en los que su responsabilidad en el proceso haya logrado una definición favorable, en comparación con los beneficios que le cabrían si hubiera resultado condenado (...) esta interpretación es la que se muestra como la más razonable en función de las consideraciones antes señaladas, puesto que los fundamentos que hacen a la admisión del cómputo de la privación de la libertad en los casos de absolución o sobreseimiento recaídos en causas de trámite paralelo sirven de base primera para sustentar la inclusión de los casos en los que los procesos se sustanciaron en forma sucesiva. Ello así toda vez que de haber mediado un pronunciamiento condenatorio en la primera causa, se hubiera impuesto la unificación de las condenas y la consecuente consideración de los tiempos de detención sufridos en uno y otro proceso. Resulta inequitativo entonces negar una solución similar en casos análogos al que nos ocupa, máxime cuando esta definición del problema descansa sobre los principios constitucionales ya mencionados que gobiernan la interpretación del plexo normativo vigente”.

En el camino en el que se hace menester, contar con una violación a las reglas del concurso, se enroló la sala II, CFCP en la causa “SILVERO, Matías Omar”, 07/10/2010, reg. N° 17.316, señalando que si se presenta hipotéticamente una relación de concurso real entre los hechos objeto de persecución en distintos procesos, corresponde un enjuiciamiento único —salvo que reglas de orden público impidan la acumulación de procesos y conduzcan al resultado de decisiones plurales en violación a las reglas del concurso—, también indica como evidente que si ninguna regla jurídica obsta a la unificación de procesos, deben computarse a tenor del artículo 24 CP todos los tiempos de detención cautelar sufridos en ese proceso único, con independencia de que el imputado resulte

liberado de algunas imputaciones. Dice que “la solución no puede ser distinta por el hecho de que tal unidad de procesos no hubiese sido jurídicamente posible, porque la imposibilidad de enjuiciamiento único no puede resultar en perjuicio del imputado”.

Pregunta 8: ¿cuáles son los principios constitucionales en juego?

El voto en minoría en la causa “PETRISSANS” se ocupa en detalle de los principios constitucionales que articulan en el tema, haciendo un pormenorizado desarrollo en relación a cómo debe interpretarse la prisión preventiva sufrida, a la luz del principio de inocencia y del debido proceso. Enseña que a fin de evitar una solución contraria al espíritu del ordenamiento penal vigente, cabe efectuar una interpretación que armonice las disposiciones relativas a la detención, con los principios constitucionales involucrados. Explica que estos principios cumplen una función orientadora en nuestro orden jurídico tanto para el legislador como para el juez, que en el ámbito penal, frente al poder coactivo del Estado se erigen los principios de inocencia y debido proceso como bases innegables del Estado de Derecho.

“Diversos tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución a partir de la reforma operada en el año 1994 han consagrado en su texto un catálogo de derechos y garantías tendientes a brindar protección estatal a tales postulados. Así, cabe mencionar las directivas emanadas del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en cuanto describe las garantías judiciales que deben guiar todo proceso penal. Se enrolan en similar sentido los principios contenidos en los artículos 9, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 25 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Que sin menoscabo al principio de inocencia que goza toda persona en el marco de un proceso penal hasta tanto una sentencia judicial lo declare culpable tras cursar un proceso sustanciado conforme a la ley y a la Constitución, el Estado puede, durante el trámite del proceso imponer ciertas formas de coacción legítima con el propósito de lograr determinados fines. Tal es el caso de la prisión preventiva, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 18 de la Constitución Nacional que admite el arresto por orden escrita de autoridad competente. De ello se deriva como regla la interpretación restrictiva de las disposiciones procedimentales que restrinjan o limiten la libertad del imputado” (CFCP, sala I, 02/11/2010, “PETRISSANS, Diego Sebastián”, reg. N° 16.826).

En tal sintonía, cabe transcribir el voto del juez Augusto Diez Ojeda, de la CFCP, sala IV, 17/08/2011, “RODRIGUEZ SISTI, Marcelo Adrián”, reg. N° 15.341, en el cual trabaja sobre la intensidad de la lesión, que en la temática en estudio, se produce en el derecho constitucional más relevante, que no es otro que la libertad. También se refiere al principio de legalidad, a los defectos de la técnica legislativa y al principio *pro homine* o *pro persona*. Recalca que en los casos donde el imputado ha sufrido una lesión indebida al derecho constitucional más relevante, esto es, la libertad (ya sea mediante un exceso de prisión preventiva o un encierro padecido en una causa donde finalmente se lo sobresee o absuelve), debe satisfacerse al reclamo de justicia mediante una reparación concreta a dicha lesión. Y ese interés legítimo para reparar un error u omisión provocado por los órganos del estado en perjuicio del individuo, de ningún modo puede verse obstaculizado por la mera circunstancia que la situación bajo análisis no se encuentre entre las expresamente descriptas por el artículo 58 del CP. Así dice que:

“la exégesis propuesta se encuentra en consonancia con la doctrina de Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en los importantes precedentes ‘Siri’ y ‘Kot’, estableció, respectivamente que (...) basta la comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integralidad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias (...)” (Fallos 239:459). Y “La Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes los beneficios de la libertad y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos” (Fallos 241:291). Además, en lo relativo a la tarea de interpretación que realizan los jueces, ha señalado recientemente que “(...) las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal (...) deben ser superadas en

procura de una aplicación racional (...) cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (...) el principio de legalidad (...) en consonancia con el principio política criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que mas derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (CSJN, “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción artículo 14, primer párrafo de la ley 23.737, causa N° 25/05” S.C.A. 2186, L.X.L, rta. 23/04/2008) —el destacado no obra en el original—. Teniendo en cuenta tales pautas, advierto que la situación planteada en el sub *iudice* debe resolverse según los criterios mencionados.

Pregunta 9: ¿se puede computar el tiempo cumplido en prisión preventiva en una causa pendiente de resolución?

El principio general lo ha dado la Sala III, de la CFCP, en la causa “ANAYA, Marcelo Martín”, 28/5/2004, reg. N° 274/2004, brindando una respuesta negativa, resaltando que el planteo no podía tener acogida favorable dada su falta de actualidad, ya que “a tenor del artículo 24 del Código Penal, el cómputo de la prisión preventiva debe realizarse cuando recaiga condena o absolución”.

Como casos de excepción, pueden citarse dos precedentes de la misma CFCP que abordan supuestos especiales:

El primero es un caso en el que se computó el tiempo de cumplimiento, en una causa en la que no se adoptó un temperamento de merito final, sino que se retrotrajo el curso de las actuaciones ante una declaración de nulidad.

Esto aconteció en el marco del expediente “RODRIGUEZ SISTI, Marcelo Adrián”, sala IV, 17/08/2011, reg. N° 15.341.4, en el que la mayoría hizo lugar al recurso interpuesto por la defensa (en que el eje de su agravio consistió en que el *a quo* no computó un período de encierro que su pupilo padeció en una causa de trámite ante la Justicia Federal de Lomas de Zamora, en la que finalmente se declaró la nulidad de todo lo actuado y se ordenó su libertad) y dio el visto bueno a la unificación con el tiempo cumplido en una causa en trámite, señalado que:

“(…) resulta a todas luces irrazonable diferir el cómputo del cuestionado plazo de detención hasta tanto se adopte una decisión definitiva en la causa que tramita ante la justicia federal, pues, en definitiva, en el supuesto de que recaiga sentencia condenatoria contra el imputado, en dicha oportunidad se procederá a un nuevo cómputo de vencimiento de pena, de acuerdo a la unificación punitiva correspondiente”.

Mientras que el voto en soledad y de rechazo, del Dr. Gustavo Hornos se basó en que entre los hechos juzgados por el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 19 y los en trámite ante el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Lomas de Zamora, medió un concurso real que debe resolverse en una única sentencia conforme lo dispone el artículo 58, primer párrafo, segunda regla del CP, ello una vez que sea dictada y se encuentre firme la sentencia por los hechos que se investigan en el Juzgado de Lomas de Zamora. Señaló que el mencionado artículo establece que la unificación de condenas procede cuando se hubiesen dictado dos o más sentencias firmes en violación a las reglas del concurso y concluyó que la cuestión de cómo habrá de computarse el tiempo que Rodríguez Sisti estuvo detenido preventivamente en la causa de Lomas será dilucidada, una vez que haya recaído sentencia firme en esa causa.

La otra excepción, se observa en el caso “OLIVERA, Walter Daniel”, sala II, 31/07/2012, en la que se contabilizó el tiempo de detención (en rigor lapsos de internación) en dos causas que se encontraban en pleno trámite ante el fuero de menores, en razón del gran retraso que llevaban dichos proceso y de la alta probabilidad de que culminen en una libre absolución. Vale la pena, por su claridad, transcribir algunos pasajes del voto de la Sra. juez Ángela Ester Ledesma:

“Tal como sostuve en los precedentes ‘Anaya, Marcelo Martín s/ rec. Casación’, causa Nro. 5021, reg. 274/2004, rta. 28/5/04; ‘Fantozzi, Miguel Ángel s/rec. de casación’, causa Nro. 6169, reg. 17/2006,

rta. 7/2/2006; 'Coronel, Sebastián Marcelo s/ rec. de casación,' causa Nro. 9852, reg. 1838/08, rta. 18/12/2007 y 'Ronconi, Pablo Adrian s/ rec. de casación,' causa Nro. 10.073, reg. 1821/08, rta. 17/12/08, de la Sala III, el tiempo de prisión preventiva sufrido en causas paralelas es computable recién cuando recaiga un pronunciamiento condenatorio o absolutorio, o en su defecto un sobreseimiento (causa Nro. 1084 'Correa, Christian Ariel Darío s/rec. de casación,' reg. 1485/09, rta. 20/1102009). De esta manera, resulta claro que el tiempo que O. estuvo detenido en la causa Nro. 1423 del Tribunal Oral Federal N° 4, en la que finalmente resultó absuelto (ver certificación de fs. 376), debe ser considerado. Ahora bien, sin perjuicio que la doctrina recientemente mencionada constituye la regla general, las especiales circunstancias del caso me llevan a contemplar una excepción respecto a los plazos de detención sufridos en las causas Nro. 4929 y 5228 del Tribunal Oral de Menores N° 3 (correspondientes a períodos de tiempo parcial cumplidos en los años 2007 y 2008) y en las que aún no ha recaído sentencia firme. Ello así pues, al tramitar los procesos pendientes de resolución ante el fuero penal de menores, existe la probabilidad de que el imputado resulte absuelto (artículo 4 de la ley 22.278). De modo tal que al computarse el tiempo de detención al momento de dictarse sentencia, se ocasionaría un perjuicio irreparable para O., toda vez que aún no se avizora la finalización del procedimiento pues no se ha fijado fecha de audiencia de debate (ver fs. 376). Por ello habré de adherir a la solución propuesta por el colega que lidera el acuerdo”.

IV. Conclusiones

Teniendo en cuenta todo lo expuesto y siendo que el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley, que el artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación y en su artículo 14.6 que cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley. Cabe resaltar que la indemnización debe ser interpretada en términos de reparación del daño ocasionado por el propio Estado (el principio de superioridad ética del Estado así lo impelen).

Una indemnización monetaria no alcanza a reparar el porte de la lesión padecida por quien ha perdido días de su proyecto personal de vida, para ajustarse a las limitaciones de la prisión preventiva.

Cada día que un ciudadano inocente se vio privado de su libertad, en la medida de lo posible —en casos como los que se han estudiado— debe ser compensada en días de libertad. Por ello, si bien a muchos les impacta el hecho de restar del tiempo de una condena aquel período de privación de la libertad sufrido en otra causa, imaginando que ese primer proceso representa un llamado al delito futuro, un crédito o pagaré para delinquir sin amenaza de sanción penal, se olvidan de que el sistema penal no es un oráculo y de que una persona inocente ha purgado una sanción cautelar que no pudo convertirse en pena (ante el sobreseimiento o la absolución) o permaneció un mayor tiempo detenido de la medida aconsejada por el principio de culpabilidad y proporcionalidad (pena en exceso).

En todos estos casos, y también en las excepciones que se vieron en el desarrollo de este trabajo (causas en trámite con aristas de especial tratamiento) es lógico, justo y responde al curso natural de las reglas de la vida en sociedad, que aquello tomado sin derecho, debe ser restituido o devuelto.

La porción de vida que se ha perdido ya no tiene retorno pero para que esa tremenda lesión reciba al menos un paliativo, a mi criterio, resulta justo y equitativo, que el tiempo de cumplimiento en otra causa, y en un sentido amplio de interpretación (procesos paralelos y sucesivos) forme parte del computo de la sanción penal y sea detruido del conteo total, como muestra de que en un Estado de derecho el principio de inocencia y todas las consecuencias que de este derivan, debe ser plenamente respetado.

V. Bibliografía

ZAFFARONI, Eugenio y otros (2003). *Derecho Penal. Parte General*. 2da ed. Buenos Aires: Ediar.

Jurisprudencia

CFCP, sala III, 28/05/2004, "ANAYA, Marcelo Martín s/ recurso de casación", reg. N° 274/2004.

CFCP, sala IV, 17/06/2008, "ROA, Jorge Alberto s/ recurso de casación", reg. N° 10.559.4.

CFCP, sala IV, 21/09/2009, "IÑIGUEZ, Claudio Fabián s/ recurso de casación", reg. N° 12.302.4.

CFCP, sala II, 07/10/2010, "SILVERO, Matías Omar s/ recurso de casación", reg. N° 17.316.

CFCP, sala I, 02/11/2010, "PETRISSANS, Diego Sebastián s/ recurso de casación", reg. N° 16.826.

CFCP, sala II, 31/07/2012, "OLIVERA, Walter Daniel s/ recurso de casación".

TCCP, sala I, 26/02/2013, "SALDIAS, Fernando Ariel s/ Hábeas Corpus", reg. N° 56138.

Fecha de recepción: 01-05-2016

Fecha de aceptación: 27-07-2016

Estado, educación y cárceles (*)

POR FRANCISCO SCARFÓ (**) y JUAN CASTRO (***)

Sumario: I. Introducción. — II. Análisis de la situación. — III. El rol del Estado. — IV. Legislación vigente. — V. Importancia de la educación. — VI. Distintas agrupaciones sociales. — VII. Conclusión. — VIII. Bibliografía.

Resumen: en el presente trabajo se intentarán abordar las problemáticas que existen en las unidades penitenciarias con respecto al acceso a la educación, teniendo en cuenta la situación en la que se encuentran los sujetos privados de su libertad. Luego se verá el marco normativo que prevé la educación en las cárceles (artículos 2 y 140 de la ley 24.660, tratados internacionales); las modificaciones legislativas (Ley de Estímulo Educativo) y las dificultades que existen para llevarlas a cabo. Asimismo, será relevante determinar si el Estado cumple con las obligaciones que le son inherentes respecto al goce de los derechos de las personas que son privadas de su libertad, sobre todo en lo que respecta a la educación. Por último, se esgrimirá la importancia de la educación en las cárceles y su recepción en el marco normativo tanto internacional como nacional.

Palabras claves: educación - cárcel - estado - derechos humanos

State, education and prisons

Abstract: *in this paper we will try to address the problems that exist in the prison units with respect to access to education, taking into account the situation in which private individuals of their liberty are. Then will the regulatory framework that provides education in prisons (arts. 2 and 140 of law 24,660, international treaties), the legislative amendments (law of educational stimulus) and the difficulties in carrying them out. It will also be important to determine whether the State complies with its obligations inherent in the enjoyment of the rights of people who are deprived of their liberty, especially with regard to education. Finally, the importance of education in prisons and reception at both international and national regulatory framework will wield.*

Keywords: *education - jail - state - human rights*

I. Introducción

La intención del presente trabajo es analizar la situación de las personas privadas de su libertad, en primer término respecto a las condiciones sociales, económicas y de afectación de derechos que tenían al momento de tener un conflicto con la ley penal. La importancia que se le da a saber la condición de la persona, resulta fundamental para intentar conocer cuál es el papel que tiene el Estado al momento de producirse el delito. Y una vez en la unidad penitenciaria, cuáles son las condiciones de los sujetos, si tienen acceso a una educación de calidad y qué es lo que prevé nuestra legislación.

Además, se esbozará sobre la importancia que tiene la educación como derecho humano fundamental, su función en la compleja vida diaria y como herramienta de poder. Por otro lado, hay que

(*) Este trabajo se realizó con la colaboración de Victoria Aued, Presidenta del Grupo de Estudio sobre educación en cárceles.

(**) Prof. en Ciencias de la Educación, UNLP. Fundador del Grupo de estudio sobre educación en cárceles. Miembro del Comité Científico de la Cátedra UNESCO de investigación aplicada para la educación en la cárcel.

(***) Coordinador del Programa de Educación en contextos de encierro de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Integrante del Grupo de estudios sobre educación en cárceles.

señalar que no sólo el Estado es el único responsable de la situación carcelaria —sí el mayor— sino que también es importante el papel que desempeña la sociedad civil y aquí es otro punto clave el rol de distintas asociaciones civiles que realizan trabajos en materia de educación en las cárceles.

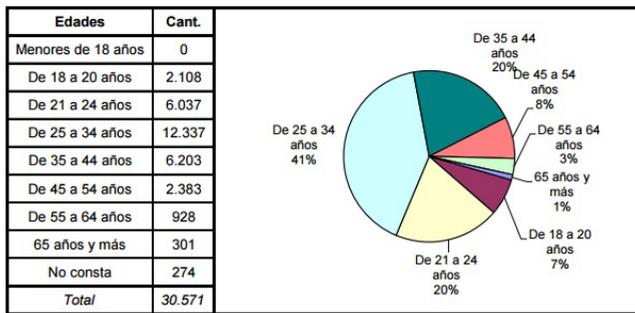
II. Análisis de la situación

En primer lugar, es fundamental determinar cuál es la población que se encuentra detenida, de dónde proviene, cuál es su grado de educación formal, si cuenta con un trabajo y de qué tipo y, por último, qué clases de delitos se cometieron.

Para ello se tomarán los últimos datos estadísticos elaborados por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) en su Informe Anual de la provincia de Buenos Aires 2014. En base a esto, podemos concluir que en la provincia de Buenos Aires:

Edad: el 68% de la población carcelaria es joven (entre 18 y 34 años).

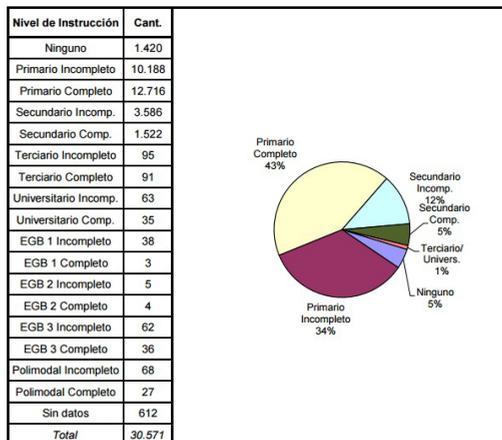
Cuadro N° 1. Edad de la población en las cárceles bonaerenses



Fuente: SNEEP

Educación: el 94% del total de la población carcelaria no cuenta con la educación secundaria completa (ningún nivel de instrucción: 5%; primario incompleto: 34%; primario completo: 43%; secundario incompleto: 12%).

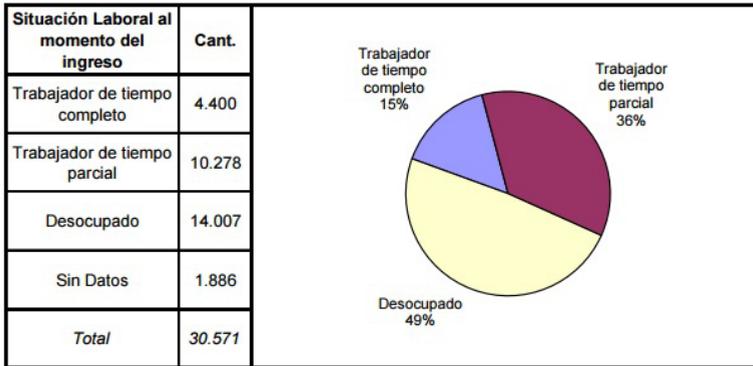
Cuadro N° 2. Nivel de instrucción de la población en las cárceles bonaerenses



Fuente: SNEEP

La situación laboral al momento del ingreso: el 49% se encontraba desocupado, mientras que el 36% era trabajador de tiempo parcial y sólo el 15% era trabajador de tiempo completo.

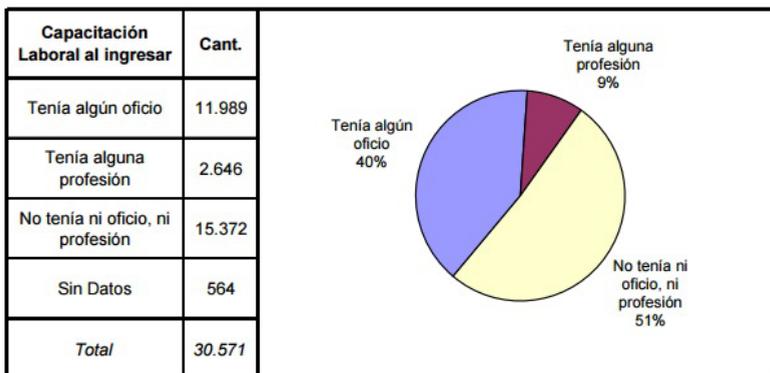
Cuadro N° 3. Situación laboral al momento del ingreso de la población en cárceles bonaerenses



Fuente: SNEEP

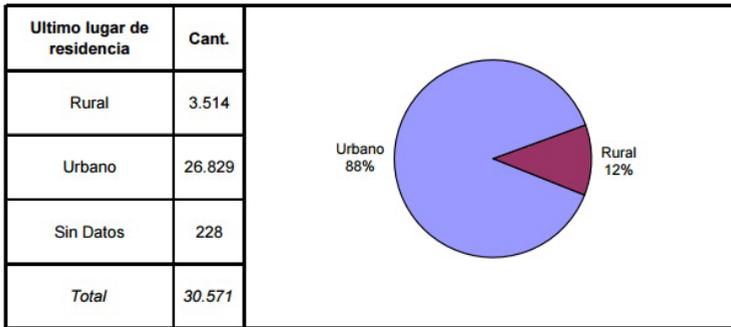
Capacitación laboral al ingresar: el 40% tenía algún oficio, el 51% no tenía ni oficio ni profesión y el 9% tenía alguna profesión.

Cuadro N° 4. Capacitación laboral al ingresar de la población en cárceles bonaerenses



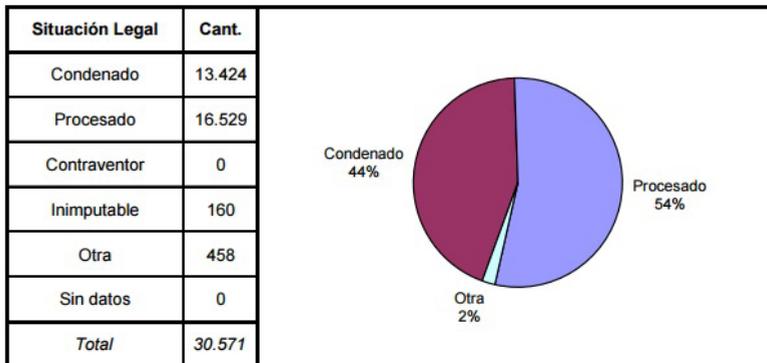
Fuente: SNEEP

Último lugar de residencia: el 88% residía en el espacio urbano, mientras que el 12% restante en el rural.

Cuadro N° 5. Último lugar de residencia de la población en las cárceles bonaerenses

Fuente: SNEEP

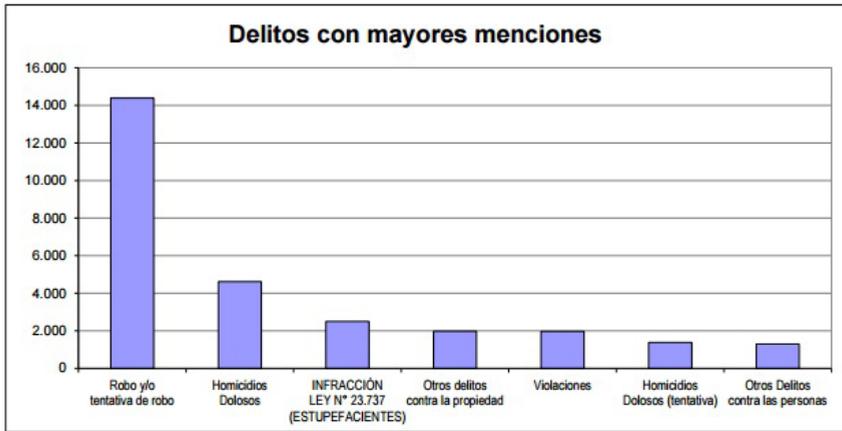
Situación legal: del total de personas detenidas en las cárceles bonaerenses, el 54% se encontraba procesado, el 44% condenado, el 2% restante en otra situación judicial.

Cuadro N° 6. Situación legal de la población en las cárceles bonaerenses

Fuente: SNEEP

Delitos con mayores menciones: 14.383 fueron robos y/o tentativa de robo, 4.620 homicidios dolosos, 2.506 infracción a la ley N° 23.737 de estupefacientes, 1.968 violaciones, 1.111 delitos contra la seguridad pública y 566 homicidios culposos.

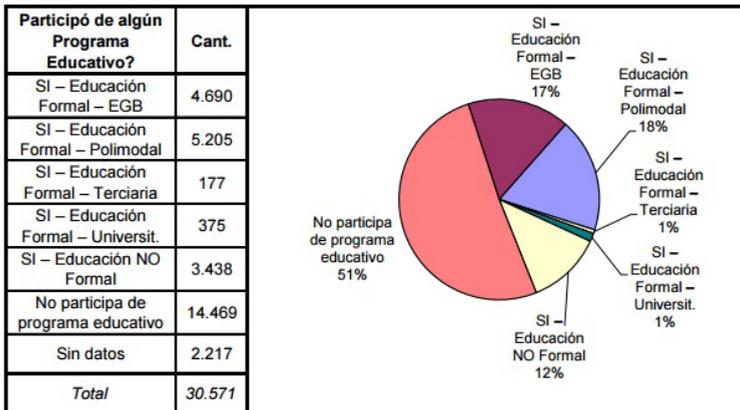
Cuadro N° 7. Delitos con mayores menciones de la población en las cárceles bonaerenses



Fuente: SNEEP

Participó de algún Programa Educativo: del total de la población carcelaria, el 51% no participa, el 18% del Polimodal, el 17% de la E.G.B., el 12% de la educación no formal, el 1% de la educación universitaria y el 1% restante de la terciaria.

Cuadro N° 8. Participación en programas educativos de la población en las cárceles bonaerenses



Fuente: SNEEP

En base a los datos mencionados, podemos afirmar que el Estado no ha garantizado a gran parte del total de las personas privadas de su libertad, al momento de su detención, derechos humanos básicos como el acceso a la educación (93% sin secundario completo) y el trabajo (sólo el 20% posee uno de tiempo completo). Vale aclarar que, además, no estamos en situación de determinar si dicho trabajo era digno y de calidad.

Otra de las falencias importantes del Estado es que más de la mitad de la población carcelaria bonaerense no tiene condena: según las estadísticas, el 54% se encuentra detenido en prisión pre-

ventiva (en el Servicio Penitenciario Federal el porcentaje alcanza al 60%), situación que podría colisionar con la obligación estatal de no restringir la libertad de una persona más allá de los límites necesarios para asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo de la investigación ni eludirá a la justicia.

“(…) La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de los principios general del derecho universalmente reconocido.

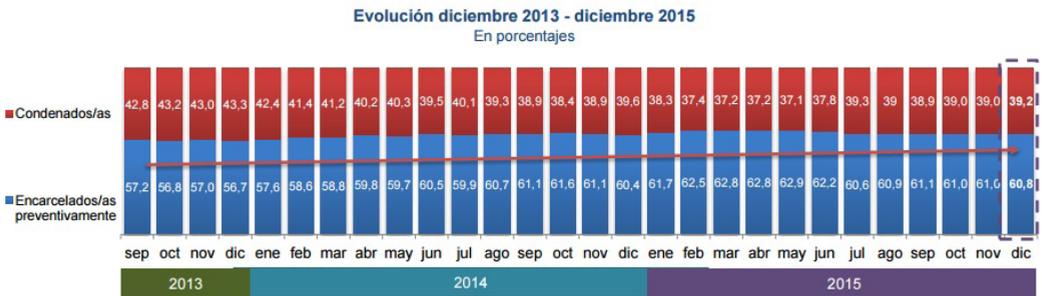
La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática” (Larsen, 2014: 30).

Por ello, y en base a lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y los datos estadísticos, podemos señalar que nuestro país no cumple con los parámetros fijados ya que más de la mitad de las personas privadas de la libertad se encuentran en esta situación en forma preventiva.

En este sentido, es dable resaltar que nuestro país ha sido sancionado por dicha Corte en el caso Bayarri con fecha 30 de octubre de 2008, por prolongar excesivamente el encarcelamiento preventivo a una persona.

Por otro lado, hay que señalar que del informe “Población en el Servicio Penitenciario Federal” del año 2015 elaborado por la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN), se desprende una evolución de la situación procesal que da cuenta que aumenta respecto del mes anterior el conjunto de personas encarceladas preventivamente, consolidando su tendencia. Eran 6.271 las personas sin condena firme a diciembre de 2015 en las cárceles federales de la Argentina.

Cuadro Nº 9.



Fuente: PROCUVIN

Tampoco hay que dejar de lado que la gran mayoría de los detenidos vivían en las ciudades, lugar donde se acentúan las diferencias sociales y donde mayormente se generan situaciones violentas. Se refleja esto también con que un número significativo de las personas encarceladas son por delitos contra la propiedad. A su vez, es importante tener presente que, en este sentido, se podrían proyectar nuevas formas de solucionar el conflicto, como por ejemplo con una justicia restaurativa.

En tanto, en el Servicio Penitenciario Federal, al igual que en la provincia de Buenos Aires, el nivel de personas privadas de la libertad se encuentra en aumento: mientras que el primero contaba en diciembre de 2015 con 10.323 personas privadas de su libertad, las cárceles bonaerenses en el año 2014 (la última estadística publicada) contaban con 31.224.

III. El rol del Estado

Cuando analizamos la población carcelaria podemos observar que la gran mayoría se encontraba en una situación de vulnerabilidad, ya que no cuentan con un pleno goce de los derechos humanos básicos (educación, trabajo, salud, etc.).

Posteriormente al ingresar a una Unidad Penitenciaria, el Estado asume un rol más preponderante (en la instancia previa ya se encontraba incumpliendo con sus deberes) ya que se encuentra como garante del sujeto en la privación de la libertad.

En este sentido se pronunció la CIDH en el caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay” del 20 de septiembre de 2004 al sostener que “el Estado como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos”. Se cita:

“(…) Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar” (CIDH, 2004: 94).

Es aquí donde el Estado tiene una falencia —otra más— con las personas que se encontraban en una situación de vulnerabilidad al momento de quedar detenidas cumpliendo una pena privativa de libertad: aquellos que quieren hacer uso del derecho a la educación y se ven imposibilitados por distintas cuestiones.

En diversas unidades penitenciarias existen un número limitado de “cupos” para que los internos puedan estudiar y la elección la realiza personal penitenciario. Esta situación se vio reflejado en el fallo “Trapanesi, Diego Hernán s/ recurso de casación”.

El documento refleja que Diego Hernán Trapanesi solicitó inscribirse en los cursos de formación profesional que se dictan en la unidad donde se encontraba alojado (Módulo II del CPF I) y los funcionarios le denegaron la posibilidad debido a que se encontraba cursando la carrera de abogacía. Esto no sólo le ocurrió al nombrado sino a todas aquellas personas que se encontraban realizando un tramo de la educación formal, un curso o carrera universitaria, ya que no se no se les permitía hacer un curso distinto, lo que impedía avanzar en el régimen de progresividad.

En el mencionado fallo, el presidente de la Sala IV de la Cámara de Casación Penal, Dr. Gustavo M. Hornos, consideró: “Contrariamente a lo resuelto en las anteriores instancias, afirmo que la acción intentada resulta la vía idónea para perseguir la corrección de situaciones que, al restringir el derecho a la educación garantizado por ley a los internos, afectan de modo relevante las condiciones del encierro”. Y en relación a la solución “con el fin de conjugar de la mejor manera posible los

intereses en juego con las posibilidades reales, y teniendo en cuenta las dificultades de la situación, se presenta procedente y hasta necesaria la conformación de una Mesa de Diálogo con las partes intervinientes”.

Así mismo, la Dra. Ana María Figueroa (vocal del tribunal) hace hincapié en la recepción de Tratados Internacionales y sobre todo a la educación como derecho humano. Además, destaca que “en la actualidad los derechos humanos son aceptados por sus características de suprallegalidad interna, de orden público, indivisibilidad, exigibilidad, irrenunciabilidad, no regresividad y aplicación del principio *pro homine*”, y luego continua “pero a la vez, los Estados que ratifican dichos instrumentos no pueden alegar cuestiones domésticas para incumplirlos, debiendo siempre respetar dicho estándar mínimo”.

En síntesis, la Sala resolvió disponer la conformación de una mesa de diálogo, bajo la dirección del juez federal, que debería convocar a las partes intervinientes en la presente acción (Defensa Pública, Procuración Penitenciaria de la Nación, autoridades penitenciarias), y a los actores involucrados (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dirección General de Escuelas de la Provincia de Buenos Aires, autoridades penitenciarias), sin perjuicio de la eventual participación de otro actor que tenga interés legítimo en integrarse, con el objeto de que en un ámbito de discusión evalúen la elaboración de un programa que permita lograr una oferta educativa de cursos de capacitación profesional con cupo suficiente para todos los internos interesados.

Volviendo a la cuestiones atinentes a las falencias que hacen al efectivo ejercicio del derecho a la educación, cabe destacar los constantes traslados que padecen la mayoría de las personas que cursan una carrera universitaria mientras están detenidas. Esta actitud sistemática limita el goce del derecho a la educación, como señalan Aponte y Cuschnir en “El derecho a la educación de las personas en contextos de encierro punitivo”:

“El Estado debe omitir realizar acciones que vulneren los derechos a algún ciudadano, pero también la obligación de impedir que terceros obstruyan el ejercicio de los derechos de una persona o grupo de personas. Respecto a la obligación de garantizar, el Estado debe implementar los mecanismos que faciliten el acceso al goce de determinado derecho, ya sea adoptando las medidas necesarias y desarrollando las condiciones adecuadas (ajustar la legislación, modificar prácticas y crear instituciones y políticas públicas) que permitan a todas las personas el goce pleno y efectivo de los derechos humanos. Cuando los Estados ratifican tratados o convenciones internacionales en materia de derechos humanos adquieren las obligaciones de respetar y garantizar en el ámbito nacional los compromisos adquiridos. Asumen así la obligación jurídica de asegurar que sus leyes, prácticas y políticas nacionales estén en armonía con los derechos humanos” (Aponte y otros, 2015).

Como lo explicara Angelo Papacchini (1994), los derechos humanos surgen como las reivindicaciones de “unos bienes primarios considerados de vital importancia para todo ser humano que concretan en cada época histórica las demandas de la libertad y de dignidad. Estas reivindicaciones van dirigidas en primera instancia al Estado, y están legitimadas por un sistema normativo o simplemente por el reconocimiento de la comunidad internacional. El renunciar a estos derechos, se debe interpretar como el abandono a la condición humana, o dichos en otros términos: dejar de ser humano”.

Por lo mencionado en los párrafos anteriores podemos decir que cuando el Estado no cumple con el goce de los derechos, la persona pierde su condición de humanidad, se ve forjado a ser menos persona, a vulnerarse su desarrollo.

IV. Legislación vigente

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se ocupan de la educación, entre otros en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —artículos IV, XII, XIV y XVIII—; en la Declaración Universal de Derechos Humanos —artículos 19, 26—; en el Pacto Internacional

de los Derechos Civiles y Políticos —Parte III, artículo 6.2, artículo 13—; en la Convención Interamericana sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial —artículo 7—; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos —artículo 13— y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —artículo 13 inc. 1 y 2 y artículo 14—.

En igual dirección, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) elaboró la Observación General N° 13 que remarca la importancia de la educación como derecho fundamental, que permite el crecimiento personal y el de acceder a otros derechos. Es decir, la educación constituye un derecho “llave” que permite acceder al cumplimiento de otros derechos (la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente). A su vez, la mencionada Observación General remarca en el párrafo dos, cuatro características que debe tener la educación.

a. Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.

b. Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

- No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación).

- Accesibilidad material: La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia).

- Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

c. Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13).

d. Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico interno encontramos en primer lugar la Constitución Nacional en su artículo 14 y la Constitución Provincial en su artículo 35.

En lo atinente a educación encontramos la Ley de Educación Nacional N° 26.206, que posee un capítulo especial para la educación en contexto de privación de libertad, en donde se señala que las personas detenidas deberán tener un acceso pleno a la educación en todos sus niveles y modalidades, como también fija las mismas finalidades que para el resto de los habitantes de la Nación.

Por otro lado, la ley N° 24.660 que en su primer artículo hace referencia a que el fin de la ejecución penal es la reinserción social, comprendiendo y respetando la ley. Mientras que el segundo artículo

reza: “El condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone”.

Ambos artículos son de vital importancia para entender a la educación como un medio para el fin de la inserción social y luego el segundo para comprender que la educación en las unidades penitenciarias es un Derecho Humano tanto o más importante que en la vida en libertad.

Además, el artículo 2 menciona que no deben existir limitaciones de orden material como que el Servicio Penitenciario imponga “cupos”, aunque esta idea se desarrollará más adelante.

Por otro lado, es importante señalar que el 27 de julio de 2011 se introdujo una reforma legislativa que se ha denominado de “estímulo educativo”. En la ley 26.695 se sustituyeron los artículos 133 a 142 que conforman el Capítulo VIII “Educación de la ley de ejecución penal”. Este cambio es relevante debido a que:

1. — Establece el derecho a la educación pública y al Estado como garante, mientras que señala que todos los internos deben completar la escolaridad obligatoria fijada por ley —es decir terminar la secundaria conf. ley 26.206—.

2. — Se encuentran prohibidas todas las restricciones al derecho a la educación. Esto reviste suma importancia ya que en ocasiones se da como argumento distintas situaciones que vulneran el derecho a la persona, verbigracia ocasiones que hay peligro en la unidad. Aquí encontramos el choque de dos intereses: la seguridad contra la educación, y el Servicio Penitenciario generalmente le da prioridad a la primera.

3. — Relevante es también artículo 137: “En caso de ingresar con algún nivel de escolaridad incompleto, la autoridad educativa determinará el grado de estudio alcanzado mediante los procedimientos estipulados para los alumnos del sistema educativo y asegurará la continuidad de esos estudios desde el último grado alcanzado al momento de privación de libertad”. Como se desprende de las estadísticas, el Estado no cumple con la continuidad de los estudios, ya que la gran mayoría de las personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires no participa de ningún programa educativo. Podemos decir que las cárceles son un depósito de seres humanos que previamente, en su mayoría, no han tenido un goce efectivo de derechos por parte del Estado, y una vez en la cárcel se repite la misma lógica, sin la posibilidad de desarrollar actividades para crecer, sino todo lo contrario: la cárcel, con su funcionamiento, daña la subjetividad y la independencia (requisitos necesarios para la vida en libertad).

4. — Se estimula a las personas a que a medida de que avancen en sus estudios se reducirán los plazos de los periodos de progresividad de la pena.

V. Importancia de la educación

Podemos entender a la educación como práctica de la libertad, intervención del docente que permite el aprendizaje conjunto de nuevos conceptos. En términos de Freire (1968), pedagogía que debe ser elaborada con el oprimido, no para él, no para domesticarlo. Entendida como intervención, que si no resulta clara, programada, reflexionada, puede ser dañosa para los estudiantes, el docente y la institución educativa.

Como se mencionó anteriormente, la educación es un derecho, pero tiene una importancia mayúscula porque cuando se ejerce podremos construir lazos de pertenencia con la sociedad, con la palabra, la tradición y además nos permite conocer nuestro entorno y nos brinda las herramientas para intentar desenvolvernos mejor en nuestro medio.

“Es la educación en general, y en especial en los establecimientos penales, la que actúa como resguardo de la condición de ser humano para aquellas personas que alguna vez han delinquido” (Scarfó, 2003). Es así que mediante la educación podemos hacer valer el resto de los derechos que nos pertenecen por el hecho de ser persona.

Si no pudiéramos leer, interactuar con nuestro medio, nos sería imposible saber que contamos con ciertos derechos y garantías que tienen como finalidad protegernos de los abusos de poder del Estado como de los particulares.

Además, cómo pensar el por qué de las cosas, por qué la mayoría de las personas privadas de libertad se encuentran vulneradas en su derecho a la educación —93% en la provincia de Buenos Aires—, por qué volvemos a la cárcel. Pareciera que con una educación de calidad, con un crecimiento en la subjetividad de la persona, estas preguntas serían mejor resueltas y tal vez cambiarían su modo de ver el mundo y consecuentemente su modo de actuar frente al mundo.

“La educación, como acción de la sociedad y responsabilidad del Estado y vista desde la mirada de la Educación Social, significaría un componente insoslayable de la construcción social y co-producción de subjetividad, ya que ella tramita el abordaje de conocimientos, distribuye el capital cultural, socializa y asocia saberes, incorpora actores, recuerda mitos, teje vínculos con lo desconocido, con el conocimiento, con los otros, con el mundo. La educación así entendida se hace un imperativo de inscripción, construcción de identidad, pertenencia y lazo en las sociedades humanas” (Núñez, 1999).

Es así que en el contexto específico de las cárceles, la educación es vital y gravitante para lograr un proceso formativo susceptible de producir cambios en las actitudes. La educación contribuye al proceso de integración social y, asimismo, hay que resaltar que la educación básica de adultos en particular, puede aliviar algunos de los problemas generados por la situación de vulnerabilidad cultural, comunicacional, social y psicológica que sufren las personas detenidas.

“En este aspecto, la enseñanza de la comunicación social resulta muy oportuna, en personas con dificultades para establecer y mantener contactos sociales. Uno de los objetivos a considerar es el mitigar mediante el diálogo las reacciones agresivas. Otro beneficio de la comunicación, es el de apuntalar al sujeto para tomar decisiones mientras tenga un amplio abanico de opciones” (Scarfó, 2003).

Por lo mencionado precedentemente es que resulta trascendente que realmente todas las personas detenidas tengan acceso a una educación de calidad en tanto a lo desarrollado del derecho humano —y caracterizado por la mencionada Observación General N°13 de la ONU—, que les permita un crecimiento y no sólo sea para contar con las instancias obligatorias.

Es por eso que, en este sentido, también son de gran importancia los talleres, charlas y demás formas de educación no formal que realizan las organizaciones no gubernamentales y de derechos humanos que trabajan en contexto de encierro, ya que cumple acabadamente con el crecimiento antes mencionado.

Con la finalidad de que se garantice el derecho a la educación de las personas privadas de libertad, nuestra Facultad ha firmado en el año 2006, un convenio con el Ministerio de Justicia de la provincia de Buenos Aires, mediante dicho instrumento las partes se comprometen a:

- Los cursos de adaptación universitaria se dictará en las Unidades Penitenciarias.
- Las mesas examinadoras de las primeras 6 materias (Introducción a la Sociología, Historia Constitucional, Introducción al Derecho, Derecho Político, Derecho Romano y Economía Política) se constituyen en las Unidades Carcelarias en forma bimestral.
- Luego de aprobadas las materias mencionadas en el ítems anterior, la Facultad garantiza que los alumnos en contextos de encierro concurren a la Facultad a cursar o rendir en las distintas mesas examinadoras, las restantes materias de la Facultad.

En este sentido, para garantizar el convenio, en nuestra Casa de Estudios se creó en el ámbito de la Secretaría Académica el Programa de Educación en Contextos de Encierro (PECE). Se cuenta al momento con 732 estudiantes residentes en unidades penales de la zona capital de la provincia.

Desde el PECE se realizan distintas actividades para asegurar que se efectivice el Derecho a la Educación. Las podemos “categorizar” en: trabajo territorial, institucional y de investigación.

Previo a desarrollar brevemente cada una de las categorías, es necesario aclarar que dicha distinción es solo al efecto de describir las tareas desarrolladas en el espacio.

Trabajo territorial

Siendo que los alumnos que se encuentran privados de libertad se encuentran en las distintas UP del Gran La Plata (Gorina, Los Hornos, Olmos, Romero), Magdalena y Florencio Varela, se torna indispensable planificar visitas periódicas del PECE a las UP, con el objetivo de realizar entrevistas con los alumnos para atender sus necesidades administrativas (certificados de alumno regular y analítico, inscripciones a cursadas, pedido de material).

Una vez en la Facultad con todos los pedidos de los alumnos se procede a solicitar a las distintas áreas lo requerido. Ésta es una de las actividades más importantes del PECE, toda vez que sin ella, el derecho a la educación se vería frustrado.

Asimismo, se libran informes de la situación académica a los distintos juzgados y al SPB para que los alumnos puedan concurrir a la Facultad a cursar sus estudios o acceder a los distintos institutos que prevé el Código de Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires.

Por otra parte, también concurren a las UP, un equipo de docentes los cuales conforman mesas examinadoras en forma bimestral y también brindan clases periódicas o distintos seminarios.

Con el fin de acompañar la trayectoria académica de los estudiantes intramuros, se han conformado Grupos de Estudios, que consisten en que alumnos concurren a las distintas UP del Gran La Plata en forma periódica —generalmente en forma semanal— a estudiar y trabajar en las distintas materias de la carrera.

Las actividades precedentemente señaladas poseen una importancia mayúscula, toda vez que al concurrir al lugar en donde se encuentran nuestros estudiantes, podemos observar la situación particular de cada lugar y en caso de que exista una vulnerabilidad de derechos, se comunica a los distintos organismos competentes (Comité Contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria, Defensorías, Tribunales, Ministerio de Justicia, SPB).

Es importante señalar aquí que una de las características de los derechos humanos, es su interdependencia, por lo cual, ante una afectación de uno, repercute en los restantes, *vrg.* si una persona no cuenta con los niveles de alimentación necesarios, no podrá gozar satisfactoriamente del derecho a la educación.

Institucional

Se puede apreciar el grado de importancia que tiene la Educación en Contextos de Encierro, al analizar las distintas resoluciones que el Honorable Consejo Directivo trata sobre la temática, aquí mencionaremos las más relevantes, como ser:

Resolución 421/11: Llamado a concurso que prevé la obligatoriedad del dictado de clases en Unidades Penitenciarias.

Resolución 150/12: Se crea sede en el Sistema Informático Siu Guaraní, que incluya a los estudiantes privados de libertad, bajo el nombre “Abogacía 00”, sin alusión a la condición de privados de la libertad.

Resolución 410/12: Prohibición de ingresar a la Facultad con mecanismos de restricción de libertad en el cuerpo de estudiantes, y prohibición de portación de arma de fuego.

Resolución 489/12: Designación docente tutores.

Resolución 490/12: Autorización al área de enseñanza para otorgar clave del SIU Guaraní, una vez que el alumno se encuentre en libertad.

Asimismo hay que señalar que en la actualidad se encuentra en trámite un proyecto de resolución con dictamen favorable de la Secretaría Académica, en donde se asigna un cupo de 3 lugares a los estudiantes que se encuentra en contextos de encierro para cada uno de los posgrados (doctorados, maestría y especializaciones) de la Facultad.

Por otra parte, también desde la Secretaría Académica, al observar la especificidad de la tarea a desarrollar por los Docentes, se han dictado varios cursos de capacitación en Educación en Contextos de Encierro.

Los mismos, en primer orden abordan la problemática carcelaria, desde una perspectiva histórica y sociológica, para luego analizar el marco normativo actual y finalmente trabajar sobre las cuestiones pedagógicas particulares que posee el contexto.

Investigación

También resulta indispensable contar con un área de investigación que tenga como objetivo reflexionar sobre las tareas desarrolladas, re-pensarlas, y brindar un marco teórico a las actividades llevadas a cabo por la institución. Es así que en el año 2015 se formó un grupo interdisciplinario en donde participan docentes, investigadores de la Facultad, profesionales de las ciencias de la educación, trabajadores sociales y psicólogos.

En primer término se consensuó un método de trabajo, el cual consistía, en asignarle a cada integrante un texto que debía estudiarlo y realizar una ficha de lectura, luego sería expuesto en las reuniones mensuales.

El grupo, actualmente ha sido acreditado en los Proyectos Bienales de Investigación y Desarrollo de la Universidad Nacional de La Plata para trabajar sobre un proyecto de “Educación en Contextos de Encierro en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Diagnóstico y perspectivas”.

VI. Distintas agrupaciones sociales

Como definiera el sociólogo Erving Goffman (1961), la institución total trata de repeler a toda persona extraña a ella, quizás para ocultar sus modos de actuar y de tratar a las personas. Es por esto que consideramos de suma importancia realizar distintas tareas para visualizar a la cárcel y sus prácticas para luego re-pensarla y analizar distintas alternativas/soluciones.

Es en este punto importante resaltar la necesidad de crear un protocolo de ingreso de la sociedad civil a las cárceles, ya que la admisión de las distintas formas de educación no formal en las prisiones queda sujeta a la aceptación del servicio penitenciario.

En esta dirección es que se encuentran distintas agrupaciones sociales, que no sólo problematizan la función de la cárcel en la sociedad sino que intervienen en ellas y realizan distintas actividades como talleres, jornadas de debate, reflexión, etc.

A modo de ejemplo podemos citar al Grupo de Estudios Sobre Educación en Cárceles (GESEC) y a Atrapamuros.

VI.1. Grupo de Estudio Sobre Educación en Cárceles (GESEC)

Es una organización no gubernamental creada el 4 de octubre de 2002 que centra su militancia en promover el ejercicio efectivo del derecho a la educación de calidad de las personas privadas de libertad ambulatoria. Se destaca por su carácter interdisciplinario y su trabajo desde una perspectiva de derechos humanos. Tiene como principios fundamentales:

- El derecho a la educación como derecho llave que permite el goce y disfrute de los demás derechos humanos.
- Los derechos humanos como única garantía de un proyecto de vida digna para los grupos en situación de vulnerabilidad, en especial, las personas privadas de la libertad.
- La investigación interdisciplinaria y la formación crítica como sustento de la acción en compromiso con los sectores más desprotegidos de la sociedad.
- La promoción del acceso a derechos fundamentales en forma equitativa.
- La defensa de los valores democráticos.
- La promoción de la autonomía y el derecho a la palabra.
- La no discriminación.
- La convicción de que las políticas públicas deben ser una construcción colectiva.
- El compromiso ético de la acción con fundamento en la dignidad humana que postulan los derechos humanos.

En este sentido, sus líneas de trabajo son:

- La investigación interdisciplinaria para sistematizar el conocimiento práctico sobre la educación pública de las personas privadas de la libertad.
- La promoción de la educación pública de las personas privadas de la libertad tanto en el ámbito de la cárcel como fuera de ella.
- La formación de docentes y profesionales para el ámbito de encierro.

La acción del GESEC se dirige a:

- Las agencias estatales, instituciones académicas, investigadores/as, ONG y sociedad civil vinculadas con la educación en cárceles.
- Los/as docentes del ámbito educativo formal que se desempeñan en la privación de libertad de Argentina y el resto de América Latina.
- La población carcelaria que participa de las propuestas educativas que acerca el grupo.

Sus acciones son:

- Diseñar y coordinar propuestas académicas (seminarios, congresos, charlas) sobre los ejes de trabajo para Universidades del país y de América Latina, y otras instituciones educativas.

- Promover espacios educativos no formales en instituciones de privación de la libertad (unidades penitenciarias e institutos para jóvenes).
- Desarrollar consultoría e investigaciones sobre la educación en las cárceles.
- Concretar convenios con otras ONG y organismos del Estado vinculados a la educación en las cárceles y al derecho a la educación.
- Participar en la elaboración de informes, textos académicos y proyectos legislativos.
- Diseñar, producir y editar publicaciones.
- Fortalecer los saberes de los/as integrantes del grupo a través de espacios de formación interna.

VI.2. Atrapamuros

El objetivo de este Colectivo de Educación Popular es visibilizar y problematizar la realidad de las cárceles, cuestión sumamente importante para poder romper con la lógica de la institución. Es gráfico cuando manifiestan: “sacar a la calle la voz y la realidad de los hombres y mujeres que hoy están privadas de su libertad nos parece fundamental para visibilizar la crueldad e injusticia que reinan tras los muros, así como una instancia necesaria para instalar un problema del que la sociedad se desentiende. Por eso, poder generar intercambios entre el adentro y el afuera es una de las herramientas más poderosas para combatir la exclusión y la violencia que se sufren en el encierro. Nuestro trabajo nos llevó a notar que nada de lo que ocurre en una cárcel pasaría a no ser por las injusticias que caracterizan a nuestra sociedad, por esto, tratamos de generar espacios de acción y de participar de instancias a un lado y otro de los muros”.

En función de esto, realizan distintos talleres de Educación Popular con el objetivo de tomar conciencia de la realidad y así poder pensar soluciones al sistema carcelario, a la vez que entienden que la desigualdad reinante en la sociedad tiene vital relación con el sistema punitivo —cuestión que se reflejó en las estadísticas—.

A su vez, fuera de la cárcel, Atrapamuros visibiliza las problemáticas carcelarias y para ello utilizan distintos medios de comunicación como una Revista Anual. Por otro lado, crearon distintos talleres para pensar y debatir la cuestión: secundaria, género, seguridad y prensa.

VII. Conclusión

A lo largo del presente trabajo pudimos observar que el sistema carcelario está superpoblado de personas en franca situación de vulnerabilidad social y el Estado, que antes de que la persona sea encerrada no se ha ocupado de ella, encuentra a la cárcel como la principal solución al problema del delito, al conflicto social.

Sería ingenuo pensar que en esta situación el único responsable es el Estado como ente de gestor de la política, administración y aplicación de justicia, sino que el problema tiene diversos matices, económicos, sociales, de medios de producción y, sobre todo, de mecanismos para mantener el statu quo que hace que lleguen a la cárcel siempre los mismos: los pobres, los desempleados, los analfabetos.

Entendemos que el Estado responde a la demanda de un sector de la población —el que acumula mayor poder, sea económico, cultural o electoral— y he aquí en donde el lenguaje, la economía y las prácticas sociales cobran un interés superlativo.

En primer lugar, cuando nos ocupamos de esa persona que se encuentra en los márgenes de la dignidad, despojado de un goce de derechos. Según las estadísticas, el Estado aparece generalmen-

te cuando la persona ha cometido un delito o ha sido imputado por eso —tenemos que recordar el alto índice de personas en prisión preventiva—, es decir, cuando ha generado una lesión en un bien jurídico ajeno.

En consecuencia, está íntimamente relacionado con la economía capitalista y la concepción individualista que existe en la actualidad, ergo, el problema aparece cuando “me veo lesionado”. Por otro lado, el rol de los medios masivos de comunicación al tratar el problema, suelen ser netamente superficiales y “amarillistas”, estigmatizando a las personas encarceladas.

Resulta necesario realizar distintas acciones con el objetivo de cambiar esta matriz individualista, tomar conciencia de que si todos gozan de sus derechos la sociedad sería más igualitaria, más justa y menos violenta. Una sociedad es segura si solo si asegura los derechos humanos de sus habitantes.

Esto implica una acción estatal integral que piense y actué antes, durante y después de la cárcel y en vistas siempre a la garantía de los derechos humanos y en especial el de la educación, que como se ha visto, goza de un potencial multiplicador de dignidad humana.

En esta acción integral de momentos conflictivos no debe dejarse de lado el trabajo intersectorial con otros organismos oficiales y gubernamentales como también la sociedad civil (ONG) que de seguro no solo sumará voluntades sino la seguridad de acciones conducentes a la transformación de la sociedad más humana, más digna.

VIII. Bibliografía

APONTE, Gustavo Antonio y CUSCHNIR, Mónica Ester (2014). “El Derecho a la Educación de las Personas en contexto de encierro punitivo”, en: *Revista Pensamiento Penal* [on line]. Disponible en: www.pensamientopenal.com.ar/articulos/derecho-educacion-personas-contextos-encierro-punitivo-pdf [Fecha de consulta: 20/04/2016].

FREIRE, Paulo (1968). *Pedagogía del oprimido*. Buenos Aires: Siglo XXI.

GOFFMAN, Erving (1961). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires: Amorrortu.

LARSEN, Pablo (2014). “Las Garantías Judiciales y el Debido Proceso a través de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Revista Pensamiento Penal*. Ed. 174 [on line]. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39035-garantias-judiciales-y-debido-proceso-traves-jurisprudencia-corte-interamericana-pdf> [Fecha de consulta: 22/04/2016].

NUÑEZ, Violeta (2004). *Pedagogía Social: cartas para navegar en el nuevo milenio*. Buenos Aires: Santillana.

PAPACCHINI, Angelo (1994). *Filosofía y derechos humanos*. Colombia: Universidad del Valle.

SCARFÓ, Francisco José (2003). “El derecho a la educación en las cárceles como garantía de la educación en derechos humanos”, en: *Revista IIDD Instituto Interamericano de Derechos Humanos* [on line]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r06835-11.pdf> [Fecha de consulta: 19/04/2016].

Legislación

Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Observación General N°13.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Constitución Nacional Argentina.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Interamericana sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Ley de Educación Nacional N° 26.206.

Ley Federal de Educación N° 24.195.

Ley N° 24.660.

Ley N° 26.695.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Jurisprudencia

CIDH, 30/10/2008, “Caso Bayarri vs. Argentina”, [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf [Fecha de consulta: 25/04/2016].

CID, 02/07/2004, “Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, [on line]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf [Fecha de consulta: 25/04/2016].

CFCP, Sala IV, 18/07/2014, “Trapanesi, Diego Hernán s/ recurso de casación”, [on line]. Disponible en: <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/051/606/000051606.pdf> [Fecha de consulta: 25/04/2016].

Otros documentos consultados

SISTEMA NACIONAL DE ESTADÍSTICAS SOBRE EJECUCIÓN DE LA PENA -SNEEP- Informe Anual Provincia de Buenos Aires 2014. Disponible en: <http://www.jus.gob.ar/media/2986525/SneepBuenosAires2014.pdf>

PROCURADURÍA DE VIOLENCIA INSTITUCIONAL - PROCUVIN - Informe 2015 sobre Población en el Servicio Penitenciario Federal. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/procuvin/files/2016/03/Reporte-de-informaci%C3%B3n-Poblaci%C3%B3n-penal-Diciembre-2015.pdf>

Fecha de recepción: 29-04-2016

Fecha de aceptación: 21-07-2016

De la República oligárquica a la República democrática. Discusión en torno a la estrategia del presidente Roque Sáenz Peña para asegurar el éxito de su reforma política

POR **MARIO JUSTO LÓPEZ** (*)

Sumario: I. Introducción. — II. La reforma de la legislación. — III. La nueva ley electoral. — IV. La movilización de la opinión pública. — V. La acción sobre las autoridades provinciales. — VI. La “presidencia excepcional”. — VII. Las elecciones de 1912 a 1916: una evolución ascendente. — VIII. Conclusión: una transición completa hacia la democracia. — IX. Bibliografía.

Resumen: el presidente Roque Sáenz Peña produjo un cambio de régimen político llevando a la Argentina, por primera vez, a una democracia representativa plena. La transformación quedó consagrada con la elección presidencial del 2 de abril de 1916 y la asunción al cargo por el candidato vencedor en ella, Hipólito Yrigoyen, el 12 de octubre siguiente. Generalmente se ha pretendido limitar la acción de Sáenz Peña a una mera reforma de la legislación electoral. Sin embargo, lo llevado a cabo de 1910 a 1916 fue mucho más complejo que la mera sanción y puesta en vigencia de normas acerca de cómo llevar adelante los comicios. En esos años se logró un cambio en los comportamientos tanto de quienes detentaban el poder estatal y de quienes formaban parte de la clase política como de quienes formaban el cuerpo de los ciudadanos. Este trabajo describe las distintas acciones llevadas a cabo, en conjunto, que permitieron la transición a la democracia.

Palabras claves: democracia - transición - Argentina - Sáenz Peña - estrategia

The oligarchic republic to a the democratic republic. Discussion about the strategy of President Roque Saenz Pena to ensure the success of political reform

Abstract: president Roque Sáenz Peña led the Argentine Republic towards free and fair elections and political democracy. In April 1916 the opposition leader, Hipólito Yrigoyen, was elected President. He took office October that year. President Sáenz Peña used various tools to build a new order and transform the Argentine political system. First he succeeded in having acts approved by the Argentine Congress that created new rules for electoral competition and electoral organization. Second he obliged the Provincial Governors to obey these rules and to end distorting and controlling the electoral process. Third he convinced the main opposition party, the Radicals, to give up his revolutionary tactics and stand for election. This paper outlines the complexity of Sáenz Peña actions.

Keywords: democracy - transition - Argentina - Sáenz Peña - strategy

I. Introducción

El objetivo de este trabajo es reflexionar en torno a cuáles fueron las acciones planeadas y ejecutadas a partir de 1910 por el gobierno del presidente Roque Sáenz Peña para llevar adelante lo que terminó siendo seis años después una completa transición hacia la democracia. El hecho de que

(*) Prof. Titular Regular Teoría del Estado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

durante el corriente año se cumple el centenario del comienzo de la primera democracia argentina con la celebración de la elección presidencial del 2 de abril de 1916 y la asunción del candidato ganador en ella, Hipólito Yrigoyen, el 12 de octubre siguiente, nos hace pensar que esa reflexión es oportuna.

Generalmente, en la descripción que se hace de estos acontecimientos, se reduce la acción reformadora de Sáenz Peña a una tarea legislativa consistente en la preparación de tres proyectos de leyes sucesivas, de enrolamiento general, de padrón electoral y de regulación de elecciones, y su defensa en el Congreso. Creemos que lo hecho, que en definitiva llevó al éxito de aquella transición, fue mucho más que una cuestión de leyes, aunque éstas ocuparon un lugar relevante. La complejidad de las acciones de Sáenz Peña será el tema de este artículo.

Como punto de partida cabe hacer una consideración respecto del régimen vigente en la Argentina con anterioridad a la transición a la democracia iniciada en 1910. Normalmente se lo ha considerado como un ejemplo de las llamadas “oligarquías competitivas” o “democracias oligárquicas”, en las cuales los gobiernos resultan elegidos en elecciones pero estas no pueden ser calificadas como libres o justas por una de estas dos situaciones: o existe una restricción del sufragio que hace que se excluya, ilegítimamente, a una parte mayoritaria de las personas adultas o, sin la existencia de restricciones, los actos electorales son manipulados por quienes detentan el poder estatal que imponen su voluntad por encima de la de los votantes (Linz, 1987: 252-264; Morlino, 1989: 88-92). La literatura también ha sostenido que de las dos situaciones la más difícil de remontar es la segunda y en ella el proceso de transición a la democracia requiere de acciones más complejas. Para alcanzar el objetivo en esta segunda situación no basta una discusión y acción en torno a las reglas del proceso democrático sino que se hace imprescindible enfrentar la cuestión más amplia del respeto a las normas y de los procesos de internalización de la idea de la obediencia y legitimidad normativa (Huntington, 1991: 3).

La oligarquía competitiva existente en 1910 en la Argentina pertenecía, claramente, a este segundo tipo enunciado. Desde 1853, con la sanción de la Constitución, el país había experimentado un progreso institucional notable y había consagrado una serie de formas respecto de la organización del poder estatal. La norma suprema caracterizaba al régimen político como “republicano y representativo”. Los órganos de gobierno estaban diseñados sobre la base de que sus ocupantes provenían del sufragio individual de los ciudadanos. Las leyes electorales dictadas en consecuencia no habían introducido calificaciones que limitaban el derecho de los varones adultos, lo que bastaba para aceptar la universalidad con los criterios vigentes. En ese marco institucional las elecciones se celebraban periódicamente. El plazo de los mandatos de quienes ocupaban cargos en los distintos poderes del Estado se respetaba en forma estricta. La división de poderes, las libertades conexas con lo político, de expresión, de reunión, de asociación, los procedimientos para la sanción de leyes, la independencia del Poder Judicial, etcétera, todo se llevaba a cabo de acuerdo, en líneas generales, a las normas constitucionales y legales. Pero había un punto oscuro, sumamente oscuro: las elecciones. La república representativa había comenzado su existencia en un medio no acostumbrado a la libertad electoral, en una sociedad tradicional, jerarquizada, en la que los individuos regían su comportamiento en relación con otros seres humanos, todos ellos vinculados por lazos sociales jerárquicos. La libre voluntad individual, base central de la democracia electoral, se encontraba reducida por una sociedad que necesitaba transformarse. En un comienzo, hasta promediar la década de 1870, cabe afirmar que el régimen evolucionó de acuerdo a los principios que lo regían y en materia política existió un primitivo pluralismo que podría haber sido el punto de partida para llegar en un futuro cercano a la celebración de elecciones competitivas (López, 2001: 37-65) (1).

(1) He llamado al régimen vigente entre 1852 y 1879 “pluralismo de provincias” porque, si bien en cada Estado local los oficialismos de turno usaban de su poder para destruir a la oposición, en el orden nacional convivían distintas corrientes políticas que competían entre sí para alcanzar la Presidencia o la mayoría en el Congreso.

Pero, a partir de 1880, se dio un retroceso al consolidarse un régimen en el cual los gobiernos provinciales, que controlaban las elecciones en sus respectivos territorios quedaron sometidos al poder presidencial que se preocupó en unificar el espectro político para perpetuar su poder (López, 2001: 68-81) (2). La base de este régimen fue el control de las elecciones por los gobiernos provinciales.

La Argentina, en consecuencia, se encontraba en una situación de divorcio entre las formas proclamadas en la Constitución y en las leyes, por un lado, y la realidad, por otro. El divorcio no tardó en generar en vastos sectores de la sociedad una creciente sensación de ilegitimidad respecto del régimen político. Los acontecimientos de 1890 fueron un reflejo de esa sensación. El fracaso de la revolución para cambiar ese estado de cosas, la inoperancia del “Acuerdo” de 1891 para avanzar en un sentido diferente y el regreso de Roca a la presidencia en 1898 mostraron las dificultades con las que se enfrentaba todo intento de llevar los comportamientos concretos de los actores políticos a la senda que marcaba lo institucional. Al comenzar el siglo XX había una agenda pendiente que la facción reformista de la clase política tomó como propia. El acceso a la presidencia de José Figueroa Alcorta permitió que los reformistas ingresaran en el poder estatal y pudieran llevar a la próxima presidencia a una persona con la misión de producir el cambio (Castro, 2012: 173-270; Sciarrotta, 2005: 143-188; López, 2005b: 217-236) (3).

El problema al que se enfrentó el presidente Roque Sáenz Peña fue, en consecuencia, un problema complejo. Era necesario emprender un largo camino para desmontar una maquinaria de manipulación electoral que existía en todos los distritos electorales, es decir las provincias, del país y que tenía como sus agentes a las personas que ocupaban los cargos en cada uno de los gobiernos locales, fundamentalmente los gobernadores. Como veremos enseguida, el nuevo presidente planeó su estrategia con sumo cuidado y esta quedó conformada con la suma de distintas acciones, cada una de las cuales jugó un papel crucial para alcanzar el éxito final.

Esas distintas acciones pueden enumerarse en la forma siguiente: reforma legislativa tendiente a crear un nuevo marco de regulación de elecciones que hiciera más difícil la manipulación por parte de los detentadores del poder estatal; movilización de la opinión pública que en buena parte se había vuelto indiferente ante las cuestiones políticas tras tantos años de elecciones manipuladas; acción sobre las autoridades provinciales para llevarlas, de manera espontánea o forzada, a un cambio de actitud en materia electoral que comprendía tanto el respeto de la nueva legislación nacional como la sanción en el ámbito local de leyes acordes con ella, y proclamación y cumplimiento de la idea de “prescindencia excepcional” que pretendía mostrar al país y, en especial, a la oposición más tenaz que el gobierno de Sáenz Peña era de carácter fundacional y diferente a los precedentes.

La descripción de cada una de estas acciones formará el contenido principal de este trabajo que terminará con la discusión acerca del grado de transformación del régimen político al que se llegó en 1916 después de la celebración de las primeras elecciones presidenciales desde el inicio de la transición.

II. La reforma de la legislación

Modificar las leyes que regían las elecciones en la Argentina fue una de las tareas que concentró los esfuerzos del gobierno inaugurado el 12 de octubre de 1910 durante el primer año y medio de gestión. Esta tarea de cambios en las normas fue planeada con detalle y ejecutada con tenacidad

(2) He llamado a la etapa de 1880 en adelante la del “Unicato” en razón de que el presidente de la Nación se convirtió en el único jefe del único partido político que controlaba todos los gobiernos de provincia y las mayorías en ambas cámaras del Congreso.

(3) La presidencia de Figueroa Alcorta fue dedicada a destruir el poder de Roca y de Ugarte y a colocar a los reformistas en el poder.

cumpliendo una serie de pasos: se tuvo en cuenta toda la experiencia acumulada en el país en materia de legislación electoral, en especial todo lo llevado a cabo desde 1893 a 1910; se elaboraron, sucesivamente, tres proyectos de ley que contuvieron todos los cambios que se pensaban necesarios para garantizar la seriedad electoral en el futuro; se estableció como algo ineludible que la reforma en la legislación estuviera completa para que las primeras elecciones nacionales a realizarse bajo el gobierno de Sáenz Peña fueran regidas por las nuevas leyes.

La Revolución de 1890, como anticipamos, había puesto de manifiesto la ilegitimidad del régimen de gobiernos electores impuesto sobre todo el territorio nacional. De ahí que, a partir del gobierno del presidente Luis Sáenz Peña, elegido en base al Acuerdo entre roquistas y mitristas, se pusiera en marcha un proceso de reforma de la legislación electoral que, si bien no llegó a buen puerto, dio lugar a la formación de una nutrida doctrina que fue usada por el gobierno iniciado en octubre de 1910 (López, 2005a: 183-216). Veamos, brevemente, las ideas que formaron parte de dicha doctrina.

Los principales defectos de la legislación electoral argentina hacia 1890 pueden resumirse en los siguientes: a) el empadronamiento electoral era voluntario y se llevaba a cabo para cada elección en base a la actuación de personas designadas arbitrariamente. Su resultado eran padrones precarios absolutamente irregulares; b) el documento electoral no tenía otro uso que la emisión del sufragio por lo que era objeto de todo tipo de transacciones; c) el sufragio era facultativo y ello, ante la irregularidad del comicio alejaba de él a todos aquellos que no hacían de las elecciones su modo de vida; d) el sufragio era público lo que, combinado con una sociedad violenta y opresiva, impedía el ejercicio libre del derecho a voto; e) el control de la regularidad del comicio quedaba librado a los interesados y casi sin intervención del poder judicial; f) el sistema electoral de sufragio completo derivaba en que el grupo o partido que dominaba el comicio consagraba su lista completa de candidatos (Segovia, 1995).

Fue el presidente Luis Sáenz Peña, como anticipamos, el que realizó los primeros esfuerzos para introducir reformas legislativas que terminaran con ese estado de cosas mediante la presentación de un proyecto de ley que ingresó al Congreso en 1893. Aunque la iniciativa no prosperó, ante una mayoría de legisladores adversos a la reforma, ese proyecto, debatido a lo largo del año 1895, incorporó a la doctrina valiosos conceptos: el padrón electoral debía ser permanente y la inscripción en él obligatoria, el control judicial sobre la regularidad electoral debía ser directo, las mesas de votación debían reunir a un número reducido de personas y las penas para quienes alteraban la regularidad electoral ser más severas (4). Además, el proyecto de Luis Sáenz Peña fue una especie de disparador. A partir de él fueron presentados sucesivos proyectos que incorporaron otros remedios al mal electoral: el padrón debía ser confeccionado por funcionarios profesionales, el documento electoral debía servir para la vida civil a fin de convertirlo en algo valioso para su titular y el sufragio debía ser obligatorio para revertir la indiferencia general (5).

El siguiente paso importante en la formación de la doctrina resultó de la aprobación de una nueva ley electoral en 1902, a iniciativa del Ministro del Interior Joaquín V. González. Con ella, parte de los principios e ideas mencionados antes se convirtieron en normas legales (6). A partir de entonces comenzó a existir un padrón electoral permanente lo que tuvo efecto sólo en la Capital Federal donde las elecciones comenzaron a adquirir mayor seriedad. La inscripción en él se convirtió en obligación y su confección fue conferida a los registros civiles. Si bien en las provincias la intromisión de los gobernadores impidió que esas oficinas actuaran correctamente, la regla era indudablemente un avance. El documento cívico se convirtió en documento de identidad, necesario para todos los actos civiles. Se redujo el tamaño de las mesas electorales para hacer menos tumultuoso el comicio. Se creó un control judicial más estricto que por primera vez dio lugar a condenas por delitos elec-

(4) DSCD 1895: 683-696.

(5) DSCD 1898: 580 y 591.

(6) DSCD 1902: 371-383.

torales. Por último, se modificó el sistema electoral de lista completa a fin de introducir variedad en la representación (López, 2005a: 203-204).

La reforma de Joaquín V. González, a pesar de todo, no pudo desmontar las máquinas electorales controladas por los gobernadores de provincia. Ello fue debido, en gran parte, a que el presidente Julio A. Roca, que había dejado hacer a su ministro, no tenía voluntad de producir reforma alguna. También a que, a pesar de los cambios introducidos, faltaban consagrar en la legislación partes importantes para llevar adelante un cambio efectivo: la obligatoriedad del sufragio, su secreto y la representación de minorías. Pero, en este último sentido, la doctrina también había resultado enriquecida en los debates en el Congreso con la discusión y defensa de los sistemas de representación proporcional o por la introducción de ideas moderadas pero efectivas como la “lista fraccionaria” del diputado Gouchon (7).

La presidencia de Manuel Quintana tampoco no creó un ambiente propicio a los cambios. Su breve gobierno se caracterizó por la falta de una acción enérgica por parte del primer mandatario y de ello fue fiel reflejo la cuestión de la reforma electoral. Un proyecto de reforma que contemplaba aspectos importantes para dar más seriedad a las elecciones se redujo en el Congreso a un mero cambio de sistema electoral que implicó la vuelta a la lista completa. Pero, nuevamente, los debates fueron profundos en uno de los aspectos en que se había avanzado menos: cómo asegurar el secreto del voto (8). Aparecieron en el catálogo de recetas para la regulación electoral el sobre donde depositar el sufragio, la urna donde depositar el voto y el gabinete de aislamiento, o cuarto oscuro, para evitar la observación del votante en el momento de decidir. El último paso en la formación de la doctrina, por fin, lo dio el presidente José Figueroa Alcorta en agosto de 1906 al presentar un proyecto de ley en el cual proponía confeccionar el padrón electoral sobre la base de la lista de enrolamiento militar, eliminando el problema creado por el control provincial sobre los registros civiles (9). Con ello, el conocimiento necesario para producir un cambio legislativo efectivo estaba reunido en un cuerpo de conocimientos que sólo había que consultar si se tenía voluntad de hacerlo. Fue eso, en definitiva, lo que llevó a cabo el presidente Roque Sáenz Peña.

El mismo sistema de control de elecciones que el nuevo presidente se proponía destruir fue el que permitió su elección en base al apoyo que Figueroa Alcorta le prestó, después de haber controlado todos los gobiernos de provincia. Ese sistema, al mismo tiempo, hizo que Sáenz Peña supiera con muchos meses de anticipación que iba a ser presidente. Esos meses no pasaron en vano. Durante ellos diseñó la estrategia para llevar adelante la reforma política, que fue el centro de su programa, con la ayuda que quien sería su principal colaborador como Ministro del Interior, Indalecio Gómez. Dicha estrategia contenía un cuidadoso manejo del tiempo político. Ese manejo implicaba que el aspecto legal de la reforma debía producirse inmediatamente después de asumida la primera magistratura, en dos etapas en rápida sucesión: primero sancionar leyes que dispusieran la formación de un nuevo padrón electoral; luego, la adopción de una ley estrictamente electoral para elegir diputados nacionales y electores a presidente y vice (y también a senadores en la Ciudad de Buenos Aires). El plazo máximo para completar esta primera tarea resultó fijado por el hecho de que en marzo o abril de 1912 debían celebrarse elecciones para diputados nacionales.

El primer paso previsto se dio inmediatamente después de la asunción presidencial. El 17 de diciembre de 1910 el Poder Ejecutivo presentó a la Cámara de Diputados dos proyectos de ley simultáneamente, uno ordenando un nuevo enrolamiento militar general, el otro creando un padrón electoral sobre la base de aquél. En el mensaje que acompañaba a esta última iniciativa Sáenz Peña y Gómez señalaban que el objetivo era que “no quede excluido un solo ciudadano hábil para el ejercicio de los derechos políticos”. También agregaba que la papeleta de enrolamiento sería con-

(7) DSCD Prórroga 1902: 444-464 y 467-469.

(8) DSCD 1905 II: 1056 -1059.

(9) DSCD 1906: 447-448. Diario *La Prensa*, 4 y 5 de agosto de 1906.

siderada documento de identidad y que su necesidad para la vida diaria implicaría la no venta de la misma. Por último, se hacía público el cronograma que el nuevo gobierno había fijado para la reforma electoral: en 1911 se presentaría, para ser sancionado ese año, un proyecto de nueva ley de elecciones. Mientras tanto se organizaría el padrón siguiendo las normas de los proyectos citados más arriba, cuya sanción no debía demorar. Para las elecciones de marzo de 1912 la reforma legal debía haber sido completada (Sáenz Peña, 1952: 86).

La discusión de los proyectos presentados en diciembre de 1910 mostró la existencia en el Congreso de legisladores favorables al Presidente pero también una oposición, a veces no frontal, que no ahorra esfuerzos para frustrar el plan de transformación política. El trámite fue más lento de lo que el Ejecutivo había proyectado. Recién en junio de 1911 los proyectos llegaron al Senado. El vinculado al enrolamiento fue aprobado el 4 de julio, dando lugar a la ley nro. 8.129 y pudiendo las autoridades militares, a partir de allí, comenzar a realizar su tarea que no era sencilla por cierto. La sanción de la ley de padrón requirió una nueva intervención de la cámara baja. Fue aprobada el 19 de julio y le correspondió el número 8130. Los principales defensores de las iniciativas en las discusiones fueron el diputado José Fonrouge y el senador Pedro Olaechea y Alcorta. Ambos contaron con la participación en los debates de Indalecio Gómez. Los opositores más destacados fueron los ugartistas Pastor Lacasa, en Diputados, y Manuel Láinez, en el Senado, donde también hizo sonar su voz reaccionaria Benito Villanueva (10).

El nuevo mecanismo de confección del padrón resultó efectivo. Disponía que los funcionarios encargados de su formación eran los jueces federales quienes debían designar en cada sección electoral comisarios de padrón elegidos de la lista de contribuyentes. El procedimiento comenzaba con la remisión de la lista de enrolamiento militar al Ministerio del Interior, quien la dividía por distritos y la entregaba a los jueces. El documento electoral era el documento militar, es decir la libreta de enrolamiento.

III. La nueva ley electoral

El Poder Ejecutivo esperó a que sus dos primeros proyectos se convirtieran en ley para enviar al Congreso el tercero y el más complejo del conjunto: la nueva ley electoral. Lo hizo el 11 de agosto de 1911. En el mensaje con el que lo acompañaba se hacía notar que: "La Nación se encontrará, dentro de algunos meses, con un censo electoral completo y cada uno de los ciudadanos inscriptos en él tendrán en su mano un título cívico que le permitirá el acceso a los comicios en condiciones de no hallar junto a su propio voto o en frente de él sino a otros electores con títulos igualmente auténticos y depurados". A continuación Roque Sáenz Peña señalaba que "garantizar el sufragio y crear el sufragante fue uno de los enunciados de mi programa presidencial" y a ello obedecía el proyecto que no era, por cierto, original, según palabras del propio presidente. Los temas electorales habían sido tratados largamente con anterioridad y no eran "ya posibles los descubrimientos en tales materias" (11).

Pero el conocimiento acumulado estaba organizado de una manera especial y reunía las recetas indicadas por la doctrina de forma tal de lograr un conjunto eficiente. Característica importante del proyecto era que estaba concebido como un todo indivisible. Sus partes se unían y se potenciaban entre sí para alcanzar el fin último: la libertad y pureza del sufragio. La indivisibilidad resultó con claridad de los debates y los defensores de la reforma se empeñaron en lograr una aprobación de todas las partes centrales del proyecto: la obligatoriedad del voto, la forma de emitir el voto y el sistema electoral. La modificación o rechazo de una de ellas podía llevar al fracaso del todo (López, 2005c: 252-316).

(10) DSCD 1911 I: 220-246, 261, 267, 298-306, 313-331, 392-398 y 584-588; DSCS 1911 I: 75, 84, 97, 126, 130 y 148-168.

(11) DSCD 1911 III: 102-113; Sáenz Peña, 1952: 89.

La obligatoriedad del voto solía ser defendida como forma de combatir la apatía cívica producto de años de elecciones manipuladas. Pero unida a la forma de emitir el sufragio, en la cual al voto secreto se sumaba una organización detallada de las mesas, de las urnas, de los sobres, del escrutinio, todo supervisado por autoridades imparciales, la obligatoriedad tendía a reforzar el hecho de la corrección. Un comicio al que concurrían miles de ciudadanos era más difícil de manipular que uno con escasas decenas de votantes. Donde más claro se comprendía la indivisibilidad de las partes del proyecto era en el tema del sistema electoral. Mucho se había discutido al respecto y cabe reconocer que en la adopción de un sistema u otro estaban en juego cuestiones importantes, ajenas a la corrección electoral. Pero, no cabe duda de que la adopción del mecanismo de sufragio incompleto, o de lista incompleta como comúnmente se lo denominó, obedeció a que era el sistema que más vinculación tenía con la lucha contra el fraude y la intromisión del poder en los comicios. Así lo dijo expresamente Indalecio Gómez en el transcurso de los debates, en especial en la sesión de Diputados del 8 de noviembre de 1911.

Ese sistema electoral tenía la virtud de desairar a cualquier “máquina electoral” que subsistiera y continuara operando a pesar de todas las precauciones adoptadas en la legislación. Con la representación de minorías se aseguraba que la manipulación electoral subsistente no podía conseguir todos los cargos en juego. Gómez sostuvo que, aunque todos los demás mecanismos de la ley fracasaran, después de la próxima elección habría 40 o 50 diputados que “revolucionarían” la Cámara. El Ministro del Interior aceptaba que iba a ser muy difícil que las elecciones se hicieran en forma correcta de un día para otro, pero la presencia de los diputados de las “minorías”, es decir, en muchos casos, de las víctimas de las “máquinas” que subsistían, llevaría nueva fuerza a la reforma y lograría que, en definitiva ésta terminara imponiéndose (12). Es por esa razón que el Poder Ejecutivo no estaba dispuesto a aceptar mayores cambios en su proyecto. El voto secreto, el voto obligatorio, la lista incompleta, el padrón sobre la lista de enrolamiento militar, la intervención directa de la justicia federal, eran todas “herramientas” que se completaban unas a otras y no podía alcanzarse el objetivo final sin una de ellas. El Ministro del Interior, al concluir su exposición en el Senado, después de haber hablado Joaquín V. González, y entendiendo la actitud del riojano como favorable al proyecto presidencial, pidió que fuera aprobado en un todo (sistema electoral, voto obligatorio y procedimiento detallado para combatir maniobras fraudulentas). Si ello no ocurría, anticipó Gómez, el Poder Ejecutivo no podría cumplir con su programa (13).

El proyecto de nueva ley electoral generó muchas más discusiones en el Congreso que los otros dos proyectos ya comentados. La oposición a la reforma política tomó conciencia de que la acción de Sáenz Peña podía arrasar con el sistema político sin competencia electoral controlado desde el Estado. Tanto es así que, si se analiza el comportamiento de diputados y senadores en los largos debates que se llevaron a cabo y en las votaciones a que dieron lugar, se puede afirmar que la cuestión electoral dio lugar a la formación de dos partidos parlamentarios, estables y bastante coherentes, opuestos entre sí, al lado de un conjunto de legisladores que se mostraron indecisos y no participaron. En la cámara de diputados el partido reformista, que apoyaba al Ejecutivo, contó con cincuenta miembros, de los ciento diecisiete cargos que en ese momento estaban cubiertos (14). En cambio los antirreformistas juntaron en total treinta y cuatro diputados (López, 2005c: 282), quedando el resto, unos treinta tres, en el campo de los indecisos. En el Senado la reforma política contó con catorce senadores, la antirreforma con siete y ocho se comportaron como indecisos (López, 2005c: 285). En líneas generales puede decirse que aquellos que habían accedido a los cargos en fecha más cercana, a partir del control del poder por parte de Figueroa Alcorta, adoptaron una posición favorable a los cambios aunque también hubo influencia de los distritos de los que provenían. La provincia de Buenos Aires, donde perduraba la influencia de Marcelino Ugarte, fue un bastión de la oposición, con quince diputados, sobre un total de veintiocho, y los dos senadores que le correspondían en el bando antirreformista.

(12) DSCD 1911III: 150-151. Gómez, 1953: 324-344.

(13) DSCS 1911 II: 3 20. Gómez, 1953: 377-85.

(14) La nómina de los cincuenta diputados puede verse en López, 2005c: 281.

Los temas más debatidos fueron el sistema electoral de lista incompleta, el voto obligatorio y el procedimiento comicial. El gobierno sólo tuvo un tropiezo en Diputados respecto de la obligatoriedad del sufragio, producto de un error táctico, pero su rechazo inicial pudo ser revertido en el Senado y aprobado como parte de la ley en la segunda revisión en la cámara baja. Las principales figuras en el reformismo, siempre bajo la conducción de Indalecio Gómez, fueron, como en las leyes anteriores, el diputado José Fonrouge y el senador Pedro Olaechea y Alcorta, que informaron los dictámenes de mayoría. También tuvieron participación importante en los debates a favor de los proyectos los diputados José Miguel Olmedo y Ramón J. Cárcano y el senador Joaquín V. González quien, aunque opuesto al sistema electoral de la lista incompleta, dio un espaldarazo al proyecto de Sáenz Peña y allanó su aprobación en la cámara alta. El partido antirreformista no tuvo figuras destacadas ni conductores claros. Formaron parte de él los diputados Marco A. Avellaneda, Julio A. Roca (h.), Pastor Lacasa y Julio A. Costa y los senadores Benito Villanueva, Ignacio Irigoyen y Pedro A. Echagüe (López, 2005c: 278-280).

El proyecto del Poder Ejecutivo, en definitiva, quedó aprobado por ambas cámaras el 10 de febrero de 1912 convirtiéndose en la ley 8871. Contenía todos los aspectos centrales de la iniciativa del gobierno. El sufragio era universal, obligatorio y secreto. Este último quedaba garantizado por el procedimiento detallado que la norma contenía, que unía el llamado “cuarto oscuro” al sobre que encerraba el voto individual y a la urna donde éste se depositaba. El sistema electoral aprobado, de sufragio incompleto, permitía que, al menos en los distritos más grandes, la oposición al oficialismo local obtuviera un tercio de la representación aun cuando las corruptelas perduraran por un tiempo. La nueva ley, aplicada sobre un padrón correcto, daba ahora sí la posibilidad cierta de que las elecciones se hicieran en forma regular (López, 2005c: 290-306).

IV. La movilización de la opinión pública

La sanción de las leyes de enrolamiento general, padrón cívico y electoral era sólo una parte del plan de acción reformista. El gobierno tenía clara conciencia de que ello era insuficiente para modificar los comportamientos, tanto de los oficialismos provinciales como de la oposición y la opinión pública, acostumbradas a décadas de manipulación electoral. Era necesario complementar la labor legislativa con una enérgica acción de gobierno y esta fue comenzada ya antes de que concluyera la labor legislativa. Esa acción puede subdividirse en declaraciones para incidir en la opinión pública, nuevas relaciones con las autoridades locales y aplicación del concepto de “prescindencia” política.

En el primer grupo podemos incluir el mensaje pronunciado ante el Congreso el 12 de mayo de 1911, el manifiesto al pueblo argentino del 28 de febrero de 1912 y el mensaje pronunciado ante el Congreso el 7 de junio de 1912. Entre ellos cobra especial relevancia, por su contenido doctrinario, el primer mensaje dado por Sáenz Peña al abrir las sesiones ordinarias del Poder Legislativo. Fue allí donde precisó las partes de su estrategia señalando que la transformación política requería la sanción de leyes, un comportamiento adecuado de los gobiernos y un ejercicio acorde de sus derechos por los electores (15). El primer paso, y el más complejo, debía partir de quienes ejercían el poder. Comprendía la labor legislativa sobre la cual dio los detalles que ya hemos mencionado. Se refirió al efecto que la legislación debía tener sobre el sistema de partidos: “La representación de minorías, dijo en esa oportunidad el Presidente, no sólo traerá al gobierno el concurso solidario de todas las opiniones, sino que ha de crear en los partidos, contra la actuación transitoria, un interés directo y permanente. Las grandes agrupaciones habrán así de constituirse o de ampliarse, desenvolviéndose por acción propia, con caracteres verdaderamente orgánicos” (Sáenz Peña, 1935 II: 435).

Al surgimiento o transformación de los partidos debía sumarse un comportamiento concreto de las autoridades. Sáenz Peña sostuvo que quería contar con el apoyo de los gobernadores de provincia en su tarea de reforma. A cambio el gobierno nacional les anticipaba que no tomaría partido en

(15) El mensaje del 12/5/1912 completo puede verse en Sáenz Peña, 1935 II: 433-464.

la política interna provincial y que respetaría las autonomías locales en toda su extensión. Pero ello tenía una condición: el respeto a la ley, específicamente la legislación electoral que se estaba creando. En ese sentido declaraba públicamente que había puesto en claro las nuevas reglas de juego a los gobernadores con “amistosas insinuaciones o apremiantes solicitudes” (Sáenz Peña, 1935 II: 437). Para completar la idea de su relación con las provincias Sáenz Peña explicó las razones de la intervención federal dispuesta en la provincia de Santa Fe. No había sido buscada por el Presidente sino que obedeció a un grave conflicto entre la legislatura y el gobernador que había llevado a éste, antes de pedir él mismo la intervención, a ocupar el recinto del otro poder.

La intervención a Santa Fe dio pie a Sáenz Peña para referirse a la oposición más intransigente, la Unión Cívica Radical:

“Una agrupación política, señaló, ha mantenido con insistencia conocida su bandera de abstención. Desde hace muchos años, nadie lo ignora, se ha conservado alejada de las urnas en actitud de protesta, y acaso fuera extemporáneo traer a este recinto el recuerdo de los medios que ensayara alguna vez. Y bien, señores Senadores y Diputados, ese partido se dispone a concurrir a los comicios en las próximas elecciones de Santa Fe, las primeras que durante este Gobierno habrán de realizarse bajo sus auspicios. Celebremos su vuelta a las contiendas comiciales, porque tiene su significado: de hoy en más no habrá abstenciones nocivas a la vida republicana, ni amenazas ni violencias contra el orden gobernante” (Sáenz Peña, 1935 II: 463).

El cierre del mensaje contiene una definición del régimen político que la reforma política iniciada quería instalar. La democracia representativa, según Sáenz Peña, se funda en la libertad y el pluralismo. En ella quienes ocupan el poder lo hacen por un tiempo y los partidos políticos se alternan en el control del gobierno. En sus propias palabras: “No habrá sistema, no habrá orden ni regímenes estables si la autoridad no gira en la órbita de la libertad común y en el derecho de todos los ciudadanos y partidos, medidos por el criterio de la igualdad democrática (...). No se gobierna para un día ni se prevalece siempre, y en las alternativas de los partidos, como en la vida ciudadana, debe existir una protección perenne como la luz denunciadora del rumbo” (Sáenz Peña 1935 II: 464). El mensaje tuvo buena repercusión. Un diario opositor y escéptico como *La Prensa* comentó en una nota editorial: “El tema político, conserva la preferencia del Dr. Sáenz Peña (...) ¡Qué pequeños y qué menguados resultan, la politiquería oligárquica y sus prejuicios, contemplados desde esas eminencias!” (16).

La segunda declaración pública que citamos al comienzo de este apartado, el manifiesto lanzado al acercarse la fecha de las primeras elecciones a llevarse a cabo según la nueva ley electoral, contiene referencias, nuevamente, a los partidos políticos y se centra en el comportamiento de los gobernadores de provincia. Como en el caso anterior, si bien se refería a grupos y personas concretos, Sáenz Peña utilizó un discurso de amplia difusión para comprometer a unos y otros frente a la opinión pública en cuya formación confiaba. Respecto de los partidos su primera reflexión mostró un sentimiento de frustración. El Presidente consideraba que los partidos no habían comprendido que se iniciaba en el país una nueva época en la que debían ser protagonistas centrales en el mecanismo para la elección de autoridades (Sáenz Peña, 1935 II: 91-97) (17). Sin embargo, también reconoció que los partidos habían contribuido, de una u otra forma, a que el proceso legislativo se concluyera exitosamente. Pero su mayor preocupación fue que se comprendiera que las nuevas normas electorales, con el voto obligatorio y la representación de minorías, exigían la actividad de partidos permanentes.

Se refirió después a las virtudes del voto secreto. Además de matar la venalidad, permitía la sanción política y el hacer valer verdaderamente la responsabilidad política. El ciudadano, sólo frente a sí mismo, sin coacción externa ni posibilidad de lucrar con el sufragio, aun en caso de extrema ne-

(16) Diario *La Prensa* del 13/5/1911.

(17) “No percibo actividad de los partidos”, dijo Sáenz Peña al comienzo del manifiesto, con contundencia.

cesidad, votaría en atención a la opinión que la labor de los candidatos le mereciera. Pero más importante aun era lograr los comportamientos necesarios en las autoridades. Al respecto distinguió lo que debía esperar de los gobernadores y de él mismo. De aquellos se esperaba prescindencia, en el sentido de no intromisión en el acto electoral. Este comportamiento “era indispensable, advertía, a la conservación de las autonomías” (Sáenz Peña, 1935 II: 96). El Poder Ejecutivo controlaría ese comportamiento. Pero, para el gobierno nacional, entendiendo a éste como al Presidente y su gabinete, la prescindencia exigida era aun mayor. Sin perjuicio de volver sobre esta idea más adelante, basta señalar que Sáenz Peña, respecto de su gobierno, exigía no sólo ser imparcial frente a las elecciones sino también no manifestar simpatía por ningún partido o candidato, no realizar acto alguno que mostrara inclinación política concreta. Especialmente consistía en el rechazo de la formación de un partido oficial con el presidente a su cabeza. De lo contrario, pensaba Sáenz Peña, la confianza lograda hasta el momento podía perderse y frustrar lo ya hecho (Sáenz Peña, 1935 II: 97).

La última de las declaraciones de Sáenz Peña tendiente a convencer a la opinión pública sobre el sentido de la reforma fue el mensaje enviado para inaugurar las sesiones ordinarias del Congreso de 1912, leído el 7 de junio. En su primera parte, el presidente se ocupó de los partidos y candidatos que habían resultado derrotados en las elecciones nacionales llevadas a cabo a principios de abril con el fin de mostrar lo profundo del cambio experimentado por el sistema político. “Lo que ha faltado a los partidos vencidos, seamos francos, observó Sáenz Peña, no es orientación, es disciplina: no es el rumbo, sino la organización y el solidario contacto de intereses generales, sin tributo a los personalismos”. A ello agregó que las candidaturas independientes eran un derroche de esfuerzo. En una contienda electoral con miles de votantes no se podía luchar aislado (Sáenz Peña, 1935 II: 476) (18).

El resto del mensaje fue destinado a mostrar lo mucho que se había avanzado en materia electoral, convirtiendo en realidad algo que para muchos pocos meses antes era sólo una utopía. Destacó el hecho de que fueron varios los partidos que obtuvieron representación. Habían votado setecientas mil personas, algo impensable hacía apenas dos años. Reconocía que podía haber todavía defectos en el mecanismo electoral. Faltaba completar en forma adecuada el padrón pero con la colaboración de las autoridades militares y los jueces federales se seguiría avanzando en ello. Se enorgullecó de lo hecho concretamente en materia electoral por el propio gobierno nacional que no sólo organizó las elecciones en la intervenida provincia de Santa Fe sino que también envió comisionados a Santiago del Estero, San Juan y Jujuy. Concluyó con una cita de Pellegrini que alguna vez en una carta le había dicho: “La generación que logre sacar al país de su sopor y encaminarlo a las urnas, le habrá prestado servicio tan trascendente como el de su independencia” (Sáenz Peña, 1935 II: 478).

V. La acción sobre las autoridades provinciales

Parte importante de la acción no legislativa para el éxito de la reforma fue lo hecho en relación a los gobiernos de provincia en la forma de persuasión, advertencia, amistosa o no tanto, amenazas de actos concretos del gobierno central y, finalmente, intervención federal con desplazamiento del gobierno local y pérdida de la autonomía provincial por un término más o menos prolongado. Era una idea generalizada que en la actitud de los gobiernos de provincia se jugaba el destino de la transformación política y Sáenz Peña había recibido presiones desde diferentes lugares para que arrasara con las autonomías, paso que se negaba a dar. Al respecto, como ejemplo, el diario *La Prensa* el 1 de enero de 1911 observaba:

“El Presidente trajo, en efecto, un buen programa; pero los hechos no corresponden al ideal. No intervenir en la vida política de los Estados (provincias); retirar de ellos la enorme influencia presidencial (...) ¡He ahí el ideal excelente! (...). El año que empieza, encuentra, pues, al Presidente de la República

(18) El mensaje completo puede verse en Sáenz Peña, 1935 II: 469-480. Sáenz Peña estaba convencido de la necesidad de organización para tener éxito en la lucha electoral. En carta a Mariano de Vedia, candidato derrotado en la Capital federal, del 28 de abril de 1912, luego de destacar haber “detenido de un solo golpe al fraude y a la violencia”, le indicaba que sin organización no se puede vencer en “la táctica moderna”. Sáenz Peña, 1935 II: 85.

en una situación extraña, colocado entre los nobles ideales de su programa aceptado y aplaudido por el país y los hechos finales y reales, de que a su vez se felicitan los oficialismos salvados de la anunciada reacción” (19).

En el mismo sentido, el diario *La Nación*, pocos meses después, afirmaba que “como siempre, los gobernadores dispondrán del votante, que actuará bajo su coacción (...). La imparcialidad y la austeridad presidencial, serán juguetes y cómplices inocentes de esa sofisticación de la cual resultarán triunfantes los candidatos que patrocinen los gobernadores, impune y arteramente (...)” (20).

Sáenz Peña eligió un camino diferente al que reclamaban los órganos de prensa, y también el Partido radical. Su acción pretendía guiarse, estrictamente, por caminos institucionales. Su transición a la democracia era un proceso que se hacía desde dentro mismo del régimen político y cumpliendo estrictamente sus normas. Había en su actuación una profesión de fe pero también un ejemplo de actuación política en base a reglas, con ánimo docente ante una sociedad que no respetaba la ley. No obstante ello, tenía bien en claro que en el comportamiento de los gobiernos de provincia se encontraba el mayor obstáculo a vencer y, como vimos, puso en evidencia esa situación en sus declaraciones públicas. El camino institucional exigía, pues, desplegar una acción compleja en la que podemos distinguir, como anticipamos, tres formas: la persuasión personal, la designación de comisionados y la intervención federal. Veamos ejemplos de las tres.

En sus comunicaciones epistolares con los gobernadores de provincia Sáenz Peña se guió por un objetivo concreto: lograr que cada distrito modificara su legislación electoral para hacerla similar a la que estaba adoptando la Nación. Uno de los destinatarios preferidos de su correspondencia fue el gobernador de Córdoba Félix T. Garzón. A él le señaló que las provincias debían cumplir el programa presidencial, en caso contrario “en vez de un elector, habría catorce”. Y también le advertía que la decisión presidencial de no destruir las autonomías provinciales “no quiere decir que va a cerrar los ojos cuando se ataque el sistema republicano” (Sáenz Peña, 1952: 74-75).

La pretensión presidencial tuvo aceptables resultados y muchas provincias se apresuraron a modificar su legislación electoral. En fecha tan temprana como el 18 de noviembre de 1910 el vicepresidente del Senado de la provincia de Buenos Aires le envió al presidente un proyecto de ley electoral que él mismo había redactado (21). Cada vez que en los gobiernos locales se presentaban proyectos de ley reformistas Sáenz Peña se comunicaba para alentar y felicitar a las autoridades (22). La *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, órgano independiente y no pocas veces crítico del gobierno nacional, comentaba que la adopción por parte de la Provincia de Tucumán de una ley que contemplaba el principio de representación de minorías había obedecido a la presión ejercida por Sáenz Peña (RACP, Nro. 19, 12/4/1912).

En lo que sería su último mensaje al Congreso, el 6 de mayo de 1913, el presidente resumió el tema de las reformas electorales provinciales diciendo que muchas legislaturas ya habían adoptado la ley electoral nacional con voto secreto y obligatorio y con representación de minorías. Ello era un avance notable, agregaba, sin perjuicio de lo cual el poder ejecutivo nacional seguiría manteniendo su celo para evitar corruptelas (Sáenz Peña, 1935 II: 535).

La medida quizá más eficaz que Sáenz Peña utilizó para obligar a los gobernadores reticentes a seguir su política de reforma fue la designación de comisionados federales con el fin de observar las situaciones electorales que ofrecían dudas. El primer comisionado fue designado en marzo de 1911

(19) Diario *La Prensa* del 1/1/1911.

(20) Diario *La Nación* del 15/8/1911.

(21) Fondo Roque Sáenz Peña, *Academia Nacional de la Historia*, Caja Nº 51.

(22) Así ocurrió, por ejemplo, en 1911 y principios de 1912 con Mendoza, San Juan, Córdoba y Buenos Aires. Ver Sáenz Peña 1952: 79, 126, 127 y 130.

para la provincia de Santa Fe y derivó luego en la intervención federal de la que enseguida nos ocuparemos con más detalle. La elección de diputados nacionales de abril de 1912 llevó al Poder Ejecutivo a designar comisionados en otras provincias: San Juan, Santiago del Estero y Jujuy (Sáenz Peña, 1935 II: 143, 144 y 301).

Estos primeros casos no generaron mayor reacción. Los comisionados se preocuparon en mostrar que su actividad no significaba una intromisión en el manejo autónomo de los asuntos provinciales sino una acción del gobierno federal tendiente a obtener información sobre la marcha de elecciones nacionales. Así, el primer comisionado en San Juan, Ramón J. Cárcano, definía su labor de la siguiente forma: “La misión carecía de toda jurisdicción y ejercicio de autoridad (...) estaba circunscripta al estudio del gobierno y prácticas institucionales (...) sin afectar ninguna autonomía” (23). Sin embargo, con el correr del tiempo y la toma de conciencia de los manejos electorales de los gobernadores, la idea de lo que correspondía hacer a un comisionado fue cambiando. El segundo de esos funcionarios designado en San Juan, Rafael Castillo, decía: “No se trataba de ‘decretar intervención’ sino de garantizar derechos políticos e impedir excesos o violaciones posibles de las autoridades locales, en la elección de dos diputados nacionales el 7 de abril” (24).

La actuación del gobierno de Sáenz Peña en materia de comisionados dejó de ser pacíficamente aceptada cuando los comisionados fueron designados para supervisar elecciones locales. Así ocurrió, por ejemplo, para la elección a gobernador de Salta en septiembre de 1912, con el nombramiento de Horacio Rodríguez Larreta. El antirreformismo pidió inmediatamente la interpelación del Ministro del Interior sosteniendo que “los comisionados de esta presidencia (...) no son, en realidad, si no verdaderas intervenciones sin autorización legislativa (...). El Poder Ejecutivo (ha ido) erigiendo por sobre las autonomías de los estados provinciales una especie de patriarcado sin límite ni jurisdicción” (25). El encargado de defender la posición del gobierno fue, como tantas veces, Indalecio Gómez. El ministro, en su presentación ante los diputados, luego de recordar los antecedentes constitucionales de la institución, admitió que correspondía distinguir dos tipos de comisionados: los que concurrían a elecciones nacionales de los que lo hacían a elecciones locales. En el primer caso, el presidente, al enviarlos, actuaba en jurisdicción propia porque la elección nacional era un acto que debía llevar a cabo el Poder Ejecutivo Nacional. En las locales su función se limitaba a controlar la vigencia de las formas republicanas y, en principio, la designación de comisionado procedía cuando, como en el caso de Salta, las fuerzas políticas en competencia la solicitaban. En palabras del Ministro el comisionado “va a saber si hay un punto de la Nación donde la libertad de sufragio no está suficientemente asegurada; va porque la Constitución le impone al poder ejecutivo nacional en la esfera de sus funciones propias, el deber de garantizar el goce y ejercicio de la libertad electoral (...) (Persigue) el propósito de asegurar una vez por todas, de entrar una vez por todas, noble y lealmente, por los caminos de la práctica de nuestras instituciones, por el camino de la libertad electoral” (Gómez, 1953: 368-391) (26).

La designación de comisionados podía ser el paso previo a decretar la intervención federal, que era el último remedio contra la no aceptación provincial a la reforma del régimen. Además de Santa Fe, el gobierno de Sáenz Peña intervino la provincia de Jujuy y defendió el mismo remedio en los casos de Santiago del Estero y La Rioja. En esta provincia, en definitiva, la medida extrema no avanzó por oposición del Senado, oposición que el Presidente, respetuoso de la institucionalidad, respetó, aunque, para evitar violencia envió tropas militares (27). Pero fue la intervención en Santa Fe la que

(23) DSCD 1912 I: 359-363.

(24) DSCD 1912 I: 365 y 366.

(25) DSCD 1912 I: 649. Las palabras transcritas son del diputado de Santa Fe Víctor Pesenti. Los representantes de esta Provincia, desde hacía un tiempo, habían mostrado posiciones fuertemente reaccionarias, las que se habían acentuado a partir de la intervención federal.

(26) El debate puede seguirse en DSCD II: 799-803.

(27) DSCD 1912 I: 279-290 y 512; III: 15, 72 y 173.

cobró relieve fundamental por el momento en que se dio y por la importancia que le concedió el gobierno como antecedente para influir en el resto del país.

Sáenz Peña aprovechó el caso de Santa Fe, en donde la intervención, como dijimos, procedió por un conflicto institucional local y sin que el gobierno nacional lo deseara, y le dio el carácter de experiencia piloto: las elecciones locales a realizarse en esa provincia para poner fin a la intervención serían las primeras a realizarse bajo su directa autoridad, aun antes de las de diputados de abril de 1912. El presidente se ocupó del caso personalmente, mantuvo contacto permanente con el interventor designado, Anacleto Gil, y llegado el caso dio directamente instrucciones sobre lo que correspondía hacer. Las primeras medidas adoptadas tuvieron el objetivo de cambiar la situación electoral local. Se dejó sin efecto las leyes provinciales electorales y se las reemplazó por una norma copiada de los proyectos que el Congreso estaba debatiendo. Se desechó el padrón provincial y se comenzó a confeccionar uno nuevo en base a la lista de enrolamiento militar. El presidente mantuvo diálogo con las tres fuerzas políticas que planeaban competir en las próximas elecciones, la Coalición del ex oficialismo, la Liga del Sur de Lisandro de la Torre y la Unión Cívica Radical. En base a todo ello obtuvo que ésta última abandonara su política de abstención lo que fue para Sáenz Peña, y para la reforma, un enorme éxito (Sáenz Peña, 1935 II: 154).

La intervención federal fue larga porque el gobierno no quería dejar librado nada al azar y apostaba fuertemente a que las elecciones locales, finalmente fijadas para fines de marzo de 1912, no tuvieran defectos. El día del comicio Sáenz Peña siguió su desarrollo desde la Casa de Gobierno en Buenos Aires y el interventor lo mantuvo al tanto de lo que ocurría por telegramas frecuentes. Con ello no terminó su participación en el tema. Después de haber felicitado al interventor y a las autoridades militares por haber logrado comicios regulares y con participación de todos, le ordenó a Gil que no pusiera ningún inconveniente a cuanto fiscal partidario quisiera presenciar el escrutinio y hasta dio instrucciones concretas de cómo resolver algunos problemas que surgían en el recuento de votos (Sáenz Peña, 1935 II: 156-170).

VI. La “prescindencia excepcional”

Pero quizá de todas las acciones desplegadas por Sáenz Peña para transformar los comportamientos políticos la más eficaz fue la llamada “prescindencia”, ya anticipada al hacer la reseña de sus declaraciones y manifiestos a la opinión pública. La idea fue lanzada en el momento mismo de asumir la primera magistratura el 12 de octubre de 1910 y se fue precisando en los tiempos siguientes. Al principio fue una afirmación general de alejamiento de las luchas políticas. “El deber me preceptúa colocarme, dijo Sáenz Peña al asumir su cargo, en un punto elevado de observación, contemplando serena y lealmente el choque saludable de los partidos con sus ideales y sus esperanzas, sus decepciones y sus triunfos, sus pasiones y sus banderas de lucha” (Sáenz Peña, 1935 II: 49).

Poco a poco esa idea general fue dando lugar a dos formas más concretas como ya puede verse en su mensaje del 28 de febrero de 1912, citado antes, cuando se dirigió a los ciudadanos ante la aplicación de las leyes electorales reformistas. Por un lado la forma “corriente” de prescindencia, como obligación de cualquier gobierno que pretenda llamarse democrático de no manipular los actos electorales, forma exigible a todos quienes ocupan cargos de poder y en esa especial circunstancia especialmente a los gobernadores de provincia. En su análisis Sáenz Peña expresamente afirmaba que aceptaba que en las provincias hubiera un partido oficial y otro u otros de oposición pero adelantaba que no aceptaría la intromisión del gobierno local en el acto electoral para beneficiar a sus candidatos. Pero para sí mismo y sus colaboradores inmediatos el presidente, al lado de la “prescindencia corriente”, postulaba, como también dijimos, la necesidad de una “prescindencia excepcional” que implicaba rechazar la idea de un partido oficial nacional con el primer mandatario a su cabeza, como muchos de sus propios partidarios le habían reclamado y que era perfectamente factible pero, en su opinión, absolutamente inconveniente. No es que Sáenz Peña afirmara que quien ocupaba el cargo de presidente debía apartarse de la vida partidaria o renunciar a contar con

partido político que lo apoyara o abstenerse de manifestar sus preferencias políticas. Nada de ello era normal. Sin embargo, en la especial circunstancia en la que se encontraba la democracia argentina y en vista de los antecedentes del sistema político tal cual había venido existiendo, en el cual el Presidente era habitual hacedor de candidaturas políticas triunfantes y quien toleraba, cuando no inducía, la manipulación electoral por los gobiernos de provincia, en esa especial circunstancia, era necesario un comportamiento excepcional. En caso contrario pocos confiarían en sus palabras y en sus actos. Por esa única vez, durante esa presidencia, si se quería erradicar los vicios electorales y lograr la participación de todos, el primer magistrado y sus ministros no tenían que tener partido ni candidatos.

Sáenz Peña se apartó progresivamente de quienes habían formado la Unión Nacional, partido que lo había llevado como candidato, que comenzó a desintegrarse a partir de octubre de 1910. En los debates en el Congreso, cada vez que un legislador afirmaba pertenecer al partido del presidente, el Ministro del Interior se apresuraba a decir que el presidente no tenía partido. Así, en agosto de 1911, ante la afirmación de un diputado de que la Unión Nacional era el partido del gobierno, Gómez contestó: "Ningún partido puede llamarse oficial; y si alguno afecta los aires del partido oficial está cometiendo una simulación" (28).

José Miguel Olmedo, uno de los diputados más capaces del grupo reformista explicó con claridad la situación excepcional a la que había llevado el comportamiento de Sáenz Peña.

"Más o menos, dijo, representamos las fuerzas políticas actuales dueñas de las elecciones de la Capital y de las catorce provincias de la República: más o menos tenemos nosotros en nuestras manos todos los resortes políticos que pueden jugar en una lucha electoral de mañana para hacer prevalecer nuestras tendencias o nuestras aspiraciones más o menos legítimas ¿Qué hemos hecho? Nos hemos desprendido generosamente, patrióticamente, de estas fuerzas; y parecería —empleando una figura que es gráfica— no que el pueblo ha venido a tomar la Bastilla y derrumbar sus murallas a cañonazos, sino que dentro de sus bastiones hemos ametrallado las murallas, las hemos derruido, dejando amplia y expedita la entrada a todos los que estaban excluidos de la vida política dirigente, por una u otra razón, dando a las minorías, en todas las provincias y en la Capital, el acceso franco y fácil a la lucha para hacer prevalecer sus opiniones y sus aspiraciones, si ellas tienen el consenso popular (...) (se) ha ido hasta donde he dicho: hasta la abnegación, quizá hasta el suicidio, porque no otra cosa significa la política de entregar la mayoría posible de representaciones de las situaciones provinciales a los adversarios" (29).

Otro diputado reformista, Adolfo Múgica, hablando del presidente, sorprendido, explicaba la prescindencia excepcional con las siguientes palabras: "Se trata de un gobierno (...) un poco raro, un poco extraño, un poco caído de la luna (...) que no hace diputados, que no hace senadores, y que no hace tampoco gobernadores de provincia" (30). La importancia que Sáenz Peña daba a su prescindencia excepcional hizo que mantuviera en secreto cuál iba a ser el sentido de su voto en las elecciones de abril de 1912. En la carta que envió a uno de los candidatos en esa elección, Mariano de Vedia, mostró por qué actuaba de esa forma al señalarle que en otro tiempo el voto del presidente era suficiente para ungir a alguien como diputado, mientras que "hoy representa tan sólo un voto más" (Sáenz Peña, 1935 II: 85).

La prescindencia excepcional fue ratificada cuando se alzaron voces de protesta porque en la Capital Federal habían vuelto a triunfar candidatos de partidos nuevos en las elecciones de 1913 para elegir tres diputados y un senador vacantes. Al dirigirse al Congreso, después, de esas elecciones, Sáenz Peña dijo que el gobierno se mantenía unido y que no había disensos en el gabinete para afirmar a continuación que su política de reforma no iba a cambiar y que mantenía su negativa de organizar un partido oficialista. La creación de tal partido llevaría a la desconfianza, la desconfianza

(28) DSCD 1911 II: 205.

(29) DSCD 1911 III: 602-603.

(30) DSCD 1911 III: 273.

a la abstención y la abstención al fracaso del proyecto de establecer elecciones democráticas (Sáenz Peña 1952: 120/123).

VII. Las elecciones de 1912 a 1916: una evolución ascendente

El análisis de las elecciones, tanto locales como nacionales, llevadas a cabo desde 1912 a 1916 muestra el acierto de la estrategia diseñada por el presidente Roque Sáenz Peña. La aprobación por el Congreso de los proyectos de leyes del Poder Ejecutivo tuvo su impacto pero fue insuficiente para llevar corrección electoral a todo el país. Fue necesaria la realización constante y continua de los otros tipos de actos descriptos más arriba, tanto por el gobierno de Sáenz Peña como el de su sucesor Victorino de la Plaza (Scherlis y López 2005: 377-386)(31), para que, poco a poco, cada vez más actos electorales cumplieran con los requisitos de ser libres y justos. El breve resumen que sigue pretende mostrar, aunque sea en forma superficial, tal circunstancia.

El primer paso importante, como se anticipó, fue lo ocurrido con la elección local en Santa Fe, bajo intervención federal, y con la elección para diputados nacionales celebradas, con diferencia de una semana, en marzo y abril de 1912. La primera se desarrolló con toda normalidad. Como señaló el diario *La Prensa* “los comicios funcionaron con perfecta regularidad (...). Todas las sospechas se desvanecieron ante el cumplimiento de las promesas reiteradas de justicia política (...) los partidos contendientes acataron el veredicto de las urnas” (32). La elección nacional mostró un panorama más complejo. Hubo claramente corrección electoral en los distritos donde el gobierno nacional ejerció un control directo, como la Capital Federal, la todavía intervenida Santa Fe y San Juan, controlada por un comisionado. También se reconoció en forma unánime que Mendoza había logrado la celebración de comicios correctos. En otros distritos hubo competencia, aunque subsistían vicios, en forma aislada o más generales, como en Córdoba, Entre Ríos, Corrientes, Jujuy, La Rioja, San Juan, San Luis y Santiago del Estero. Por último, en cuatro provincias todavía se daba el hecho de que sólo el oficialismo local había concurrido a las urnas: Buenos Aires, Catamarca, Salta y Tucumán (Scherlis y López 2005: 334-349). El diario *La Prensa*, al analizar la composición de la nueva Cámara de diputados después de la elección, a pesar de acusar a Sáenz Peña de ingenuo, terminaba haciendo un balance positivo: “Es enorme la diferencia entre este Congreso con los precedentes. Es la diferencia entre el principio de la muerte y el de la vida (...). Manteniéndose el doctor Sáenz Peña en la posición política en que ha situado a la autoridad que inviste, es tan evidente como la luz que el electoralismo oficial de provincia se desarrollará en lo sucesivo en marcha franca a su ocaso” (33).

En las elecciones locales, para renovar legislaturas o elegir gobernador, el progreso fue más lento. Durante el año 1912 se celebraron ese tipo de comicios en Mendoza, Entre Ríos, Jujuy, La Rioja, Salta, Córdoba y Tucumán. Otra vez Mendoza se destacó como el distrito donde la corrección electoral había triunfado sin dificultades. En los demás, aunque hubo competencia, hubo intromisión oficial. Ello volcó al diario *La Prensa* al pesimismo y a sostener que volvía a imponerse “la tendencia a conservar el viejo sistema de hacer elecciones” (34). *La Nación*, en cambio, aunque no ahorra críticas, encontraba avances importantes: en Salta se había observado una lucha electoral reñida, en Córdoba se había celebrado la elección para gobernador más libre de su historia, en Tucumán se habían presentado dos candidaturas prestigiosas (35).

(31) Victorino de la Plaza se mantuvo fiel al compromiso asumido de llevar adelante la reforma hasta sus últimas consecuencias. No podemos extendernos sobre ello en este trabajo por razones de espacio.

(32) Diario *La Prensa* del 1 de abril de 1912.

(33) Diario *La Prensa* del 4 de junio de 1912. El diario *La Nación*, el 1 de enero de 1913, al hacer un balance del año anterior, afirmó: “En varias provincias donde siempre funcionó la máquina oficial, se hicieron elecciones limpias”.

(34) Diario *La Prensa* del 1º de diciembre de 1912.

(35) Diario *La Nación* del 1 y 31 de enero de 1913.

Durante el año 1913 se llevaron a cabo elecciones nacionales en varios distritos para cubrir vacantes en el Congreso. Nuevamente en la Capital Federal y en Mendoza hubo comicios serios. En Salta y en Santiago del Estero hubo competencia pero con denuncias de irregularidades. En cambio en Buenos Aires, Corrientes y Tucumán la oposición no concurrió a la elección. Las elecciones locales llevadas a cabo durante el mismo año mostraron un panorama similar. Hubo competencia en Jujuy, La Rioja, Mendoza, Córdoba y Catamarca. No la hubo en San Luis, Corrientes y Buenos Aires. En este distrito, además el partido reformista sufrió un duro golpe: Marcelino Ugarte fue elegido gobernador por segunda vez. La prensa diaria no ahorra críticas a la falta de progresos en algunas provincias. Sin embargo, comenzaban a aceptar que la tendencia triunfante era la reformista. El diario *La Nación* observaba que “se advierte en casi todas las provincias la presencia de dos o más agrupaciones concurriendo a los comicios (...) el predominio de cualquiera de ellas es una incógnita, contrastando con el pasado, en que de antemano era conocido el triunfo de la lista oficial” (36). *La Prensa*, por su parte, aceptaba que en el futuro habría lucha electoral en todas las provincias (37).

Las elecciones nacionales de 1914 mostraron la certeza de esos anuncios. Aun cuando no hubo competencia en cuatro distritos (Catamarca, La Rioja, Salta y Santiago del Estero), en todos los demás las elecciones fueron disputadas con triunfos opositores en algunos casos. De ahí en más, las elecciones locales que se celebraron hasta la presidencial de 1916 mostraron competencia en casi todos los casos, con triunfos opositores en elecciones para gobernador. El clima estaba preparado para la elección del 2 de abril de 1916 en la cual debía elegirse nuevo presidente de la Nación. Por primera vez, en todas y cada una de las provincias existió verdadera competencia. Hubo irregularidades en algunos casos pero en líneas generales fue una elección sin incidentes. *La Revista Argentina de Ciencias Políticas* afirmó que fue una elección “libre y pacífica en toda la República” y el diario *La Prensa* reconoció que constituía un “progreso verdaderamente notable sobre las costumbres argentinas” y que su celebración significaba “la victoria de la civilización argentina” (38).

VIII. Conclusión: una transición completa hacia la democracia

Creemos que de lo dicho en apartados anteriores surge que la estrategia puesta en marcha en 1910 fue exitosa. Cada una de las acciones planteadas como necesarias se cumplió en los tiempos previstos. Ello permitió que desde las primeras elecciones bajo Sáenz Peña, celebradas a comienzos de 1912, rigieran nuevas reglas, cuidadosamente pensadas para hacer extremadamente difícil la manipulación por las autoridades. Si bien en los comicios locales hubo más dificultades, también estos evolucionaron para convertirse en elecciones con competencia y resultado incierto. El prestigio del presidente unido a sus declaraciones y su comportamiento excepcional de no prestar apoyo a ninguna facción o candidato generaron una situación de confianza que fue haciendo imposible la actitud de abstención y de amenaza revolucionaria que había seguido hasta entonces el radicalismo. En este sentido lo hecho por Sáenz Peña produjo resultados admirables tales como que los radicales de Santa Fe, después de las elecciones del 31 de marzo, vivaran públicamente su nombre. También cabe observar que parte del éxito obedeció a que Sáenz Peña pudo comprometer con su programa de regeneración política a un conjunto de hombres que colaboraron con él o que lo continuaron cuando él ya no estuvo en condiciones de gobernar, como fue el caso ya citado de De la Plaza. En definitiva, sin destruir la autonomía provincial, respetando la independencia del Congreso, usando de todos los mecanismos institucionales posibles, sin crear una situación de confusión, llevó a diputados y senadores a aprobar sus proyectos, a los gobernadores a cambiar su comportamiento, por convicción o forzados, y a la oposición más intransigente a confiar en él y a participar.

(36) Diario *La Nación* del 21 de marzo de 1914.

(37) Diario *La Prensa* del 9 de marzo de 1914.

(38) *Revista Argentina de Ciencias Políticas* Nro. 68, mayo de 1916. Diario *La Prensa* del 3 y 4 de abril de 1916.

Probablemente Sáenz Peña pecaba por excesivamente optimista. Confiaba, y lo decía, que el pueblo, que no había participado de las elecciones desde décadas atrás, se convertiría en un conjunto de ciudadanos que ejercerían con responsabilidad su derecho a elegir. Confiaba, también, que se formarían partidos modernos, “orgánicos y doctrinarios”, como le gustaba decir, o sea permanentes, con dirigentes y con programas. En todo caso, que ello ocurriera o no, iba más allá de su tarea de permitir en la Argentina la celebración de elecciones a la que concurrían los contendientes en igualdad de condiciones y en la que los votantes expresaban su voluntad libremente. La tarea fue cumplida. A lo largo de los años de su Presidencia y de su sucesor los comicios se fueron haciendo cada vez más en forma regular. Quienes resultaron elegidos en ellos, cualquiera fuera su procedencia, asumieron sus cargos y los ejercieron. La culminación del proceso, como dijimos al comienzo, fue la elección presidencial del 2 de abril de 1916 y la asunción de la primera magistratura por quien resultó elegido en ella. La Argentina, sin sobresaltos, había alcanzado así la plenitud de su vida democrática.

IX. Bibliografía

- CASTRO, Martín O. (2012). *El ocaso de la república oligárquica. Poder, política y reforma electoral. 1898-1912*. Buenos Aires: Edhasa.
- GÓMEZ, Indalecio (1953). *Los discursos*. Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft.
- HUNTINGTON, Samuel P. (1991). “Democracy’s Third Wave”, en: *Journal of Democracy* 2, Nro. 2. Reimpresión en Robert A. Dahl, Ian Shapiro y José Antonio Cheibub, *The Democracy Sourcebook*. Cambridge (Ma): The MIT Press, 2003.
- LINZ, Juan José (1987). *La quiebra de las democracias*. Madrid: Alianza Editorial.
- LÓPEZ, Mario Justo (2001). *Entre la hegemonía y el pluralismo. Evolución del sistema de partidos políticos argentinos*. Buenos Aires: Ed. Lumière.
- (2005a). “Antecedentes de la reforma electoral. 1893-1910”, en: Mario Justo López (comp.), *De la república oligárquica a la república democrática. Estudio sobre la reforma política de Roque Sáenz Peña*. Buenos Aires: Ed. Lumière, pp. 183-216.
- (2005b). “La elección de Roque Sáenz Peña y la estrategia para la reforma electoral”, en: Mario Justo López (comp.), *De la república oligárquica a la república democrática. Estudio sobre la reforma política de Roque Sáenz Peña*, Buenos Aires: Ed. Lumière, pp. 217-252.
- (2005c). “La nueva ley electoral”, en: Mario Justo López (comp.), *De la república oligárquica a la república democrática. Estudio sobre la reforma política de Roque Sáenz Peña*, Buenos Aires: Ed. Lumière, pp. 253-316.
- MORLINO, Leonardo (1989). *Cómo cambian los regímenes políticos*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales.
- SÁENZ PEÑA, Roque (1935). *Escritos y discursos compilados por el doctor Ricardo Olivera*. Buenos Aires: Casa Jacobo Peuser.
- (1952). *La reforma electoral y temas de política internacional americana*. Buenos Aires: Ed. Raigal.
- SCIARROTTA, Fernando J. (2005). “Las presidencias de Manuel Quintana y de José Figueroa Alcorta. De la prescindencia a la desarticulación del aparato roquista”, en: Mario Justo López (Comp.), *De la república oligárquica a la república democrática. Estudio sobre la reforma política de Roque Sáenz Peña*. Buenos Aires: Ed. Lumière, pp. 144-188.

SCHERLIS, Gerardo y LÓPEZ, Mario Justo (2005). "La aplicación de la reforma. 1912-1916", en: Mario Justo López (comp.), cit., pp. 317-394.

SEGOVIA, Juan Fernando (1995). "La reforma electoral de 1873. Problemas, programas, actitudes e ideologías", en: *Revista de Historia del Derecho*, Nro. 23. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del derecho.

Fuentes consultadas

DSCD. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*.

DSCS. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*.

Diario *La Prensa*, Buenos Aires.

Diario *La Nación*, Buenos Aires.

RACP Revista Argentina de Ciencias Políticas, Buenos Aires.

Fondo Roque Sáenz Peña, *Archivo de la Academia Nacional de la Historia*, Buenos Aires.

Fecha de recepción: 01-05-2016

Fecha de aceptación: 19-08-2016

1916-2016. Centenario de una “nueva” legitimidad (por legitimación del sistema y de los elementos del sistema)

POR **MARÍA CRISTINA LINCHETTA** (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Legitimidad-legitimación. — III. La identidad nacional. — IV. Poder y obediencia. — V. Principio electivo-democrático. Sistema de partidos. — VI. El rol de los partidos políticos y de la U.C.R. El surgimiento del ciudadano y de la voluntad popular como elementos del sistema político. — VII. Conclusión. — VIII. Bibliografía.

Resumen: es en la búsqueda por armonizar la dialéctica entre libertad-poder que el concepto de legitimidad recupera el sentido y la significación que los hombres dan a la relación de poder (Botana, 1968: 13). Dialéctica que se integra con el esquema de legitimación que implica una “imagen o representación” generada en la internalización de valores por parte de un grupo de hombres. Valores que, institucionalizados y articulados, delinear todo un diseño de vida (Barbé, 1973: 42-43). El dictado de la Ley Sáenz Peña en el año 1912, habilitó un inédito proceso de legitimación, generando una nueva legitimidad al consagrar el voto universal, secreto y obligatorio (aunque sin participación femenina). (Historia del Radicalismo, 1982: 164-165). Ello permitió, por vez primera, que la República Argentina contara con un poder legítimo resultante del debido proceso de legitimación. Definitivamente, el Estado argentino gozaba de una nueva legitimidad por legitimación del sistema y de los elementos del sistema.

Palabras claves: 1916 - poder - nueva legitimidad - legitimación del sistema - legitimación de los elementos

1916-2016. Centenaire d'une “nouvelle” légitimité (par la légitimation du système et les éléments du système)

Résumé: dans la quête d'harmoniser la dialectique entre liberté-pouvoir, le concept de légitimité, récupérer le sens et l'importance que les hommes donnent au rapport puissance. (Botana, 1968:13). Dialectique qui est intégré à la légitimité du régime, ce qui implique une “image ou représentation” générée dans l'intériorisation des valeurs par un groupe d'hommes. Valeurs qui institutionnalisent et articulés, délimiter une conception de la vie entière (Barbé, 1973:42-43). La disposition de la loi Sáenz Peña en 1912, a permis un processus sans précédent de légitimation, générant une nouvelle légitimité par vote consacrant universel, secret et obligatoire (mais pas les femmes). (Histoire du radicalisme, 1982:164-165) Cela a permis, pour la première fois, que la République de l'Argentine a un pouvoir légitime résultant de l'application régulière de légitimation. Certainement, l'Etat argentin a apprécié une nouvelle légitimité par la légitimation du système, et les éléments du système.

Mots clés: 1916 - Pouvoir - Nouvelle Légitimité - Légitimation du système - Légitimation des éléments

(*) Prof. Historia Constitucional y Derecho Político, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. Ciencia Política, Maestría en Ciencia Política, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Directora de la Maestría en Ciencia Política, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. de Introducción a la Ciencia Política, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, UNLP.

I. Introducción

La humanidad toda registra desde el inicio de los tiempos distintos “pactos y/o contratos” (en la Biblia: Moisés; en los Reinos Germánicos: Carlomagno, etc.) por medio de los cuales los hombres han bregado en la consecución de formas de vida, vida en forma y formas que nacen de la vida.

Si estamos contestes en la importancia que han revestido y revisten los acuerdos y contratos, es porque surgen cuando los hombres se unen, actúan juntos, de común acuerdo, vinculados por la fuerza de las “promesas” que los han llevado a concretarlos (la llamada *memoria de la voluntad*, Nietzsche, 1980 (1972¹: 66). Convenciones que desaparecen cuando los hombres se dispersan, pues entonces pierden la *fuerza* que los mantuvo unidos: la fuerza del contrato (Arendt, 2012) (1).

Y es, precisamente en la búsqueda por armonizar la dialéctica entre libertad-poder, que el concepto, la idea de legitimidad recupera el sentido y la significación que los hombres han dado y dan a la relación de poder (Botana, 1968: 13). Dialéctica que se integra con el esquema de legitimación que implica una “imagen o representación” generada en la internalización de valores (no inmutables) por parte de un grupo o sector de hombres que —en tanto antecedente de la *creencia*— es lógica consecuencia de aquella representación. Paradigma que, en definitiva, es el resultado de la institucionalización de valores que, articulados delinean todo un modo de vida o proyecto de vida o diseño de vida (Barbé, 1973: 42-43).

Si bien el *hecho* de la legitimidad es universal, vale decir que se encuentra ampliamente atestado, los *principios* que la sustentan son diferentes en todos los casos. Su carácter analítico-operacional está insoslayablemente unido a la valoración, a la “historia de vida”, de cada actor social en tanto integrante de una sociedad civil acotada espacio temporalmente.

El acontecer humano se da, acaece en lo substancial de manera ininterrumpida. Existe, pues, “una continuidad de fondo”. Vale decir que, no obstante las variables que formalmente se multiplican en la humanidad subsiste, se mantiene, una unidad que hace a la esencia vital y que se reproduce a lo largo de la existencia (Bobbio, 1985: 11) (2).

Y es en este “acontecer humano” en donde se concreta el *proceso de legitimación*. Generador —a la par que debido correlato— de la *legitimidad* atribuida a un poder. Proceso, interacción, por cuyo intermedio se manifiesta, el proyecto, el *diseño de vida* pergeñado “desde abajo” por la sociedad civil.

Al leer por primera vez a G. Ferrero pensamos, como él, que sólo era posible comparar los variados regímenes políticos que existieron, existen y existirán, utilizando inferencias (falaces o no) y conjeturas, como también explicaciones tal vez inconsistentes per se, por lo que no resultaría viable comparar la realidad efectivamente acaecida con deducciones intelectuales.

Sin embargo, en un intento por comprender los llamados “*genios invisibles de la ciudad*” como generadores de los principios de legitimidad y su gravitación en la construcción del Estado argentino, compartimos también su idea sobre que —al interior de las sociedades— existen ciertas fuerzas

(1) Sostiene Arendt que: “El peligro y la ventaja inherente a todos los cuerpos políticos que confían en contratos y tratados radica en que (...) dejan tal como son el carácter de no-predicción de los asuntos humanos y la desconfianza de los hombres, usándolos simplemente como el expediente (...) en el que se arrojan ciertas islas de predicción y se levantan ciertos hitos de confianza. Cuando (...) las promesas pierden su carácter de aisladas islas de seguridad en un océano de inseguridad (...) pierden su poder vinculante y, así, toda la empresa resulta contraproducente” (2012: 263).

(2) El autor cita, en tal sentido, a Maquiavelo (Discorsi, III: 43): “Suelen decir los hombres prudentes, y no a bulto ni sin mérito que quien quiera ver lo que ha de ser, que considere lo que ha sido: porque todas las cosas del mundo tienen en todo tiempo su correspondencia con los antiguos tiempos. Lo que procede de que, al ser aquéllas realizadas por los hombres que tienen y han tenido siempre las mismas pasiones, resulta de necesidad que les siga el mismo efecto”.

que, al igual que los seres humanos nacen, se desarrollan y mueren pero que resultan intangibles cual si fueran *genii* (palabra con la que los romanos designaban a los genios). Seres estos que ocupaban un lugar intermedio entre los dioses y los hombres y que, invisibles, se encuentran omnipresentes en el colectivo para ayudar o atormentar. Condición ésta, “ser intangibles”, que llevó a ignorar no solo su presencia, sino su existencia, sin reparar que esos genios invisibles rigen para bien o para mal la vida y el comportamiento de los hombres. Y no es que existan “buenos” y “malos” ya que lo son sucesivamente. Vale decir, el que ayuda hoy, mañana puede atormentar y viceversa (Ferrero, 1943: 29).

También sabíamos que el humanismo acompañado de movimientos como el Renacimiento, los descubrimientos y avances científicos, así como la colonización de América, despertó el espíritu crítico de los hombres, al aumentar su confianza en ellos mismos, en la fuerza de su voluntad y en su inteligencia. Circunstancias éstas, que poco a poco fueron atenuando ese primigenio determinismo —señalado por la existencia de los *genios*— favoreciendo la aparición, aunque —deber es reconocerlo— muy despaciosamente de individuos que, primando el raciocinio y la razonabilidad, intentaron una praxis agonista, superando el mero antagonismo, para de ese modo, favorecer el bienestar y el progreso (Ferrero, 1943: 71).

Considerando a la política no solo como *natural* sino también como una actividad netamente social, la individualidad que caracterizó —y caracteriza— lo que debió ser un tejido social gestado, como sostuvo Santo Tomás de Aquino, en la “amistad política” dando origen al Estado (Sabine, 1990: 189-194 y cc.), no tuvo lugar en nuestro caso, por la sola razón que, en el período de conformación del pacto social, no se habló del *concreto poder*, de la *legitimidad* como problema político, de la *legitimación* como resultado y origen de aquella, sino que el tema preocupante, al momento de darse una Constitución —“el” pacto fundacional— y como lógico corolario de la guerra fratricida, fue resolver la secular porfía de la organización nacional bajo el ideario unitario o federal.

Si la Historia no es sólo un conjunto de fechas, batallas y grandes personajes, ¿cómo conocer realmente qué pasó con los conflictos, expectativas y demandas que estuvieron en debate y las circunstancias en que acontecieron? Esto es, ¿cómo lograrlo, sin contar con la “objetiva certeza” de la acción comunicativa que existió “allá y entonces”?

Si, además, la cultura, fundamentalmente, y el condicionamiento cultural con que el ser humano enfrentó los problemas existenciales, otorgaron respuestas en este sentido y —descartando el llamado “estado de naturaleza”— la solidaridad, la creación de lazos fraternos, definitivamente la cooperación resultaron la principal condición humana, esta *affectio societatis* producto de un sentir racional y “razonable” —antes que jurídico— provocó la evolución, como también la involución de las organizaciones humanas. Extremos estos conducentes a la denominada, *democracia consentida* (Botana, 1968).

Señala Tokatlian (2005) que un pensador del siglo XIV (3) al analizar esta problemática descubrió la existencia en las sociedades de una *pauta recurrente*: un “destino común” o *asabiyah*. El sentido de pertenencia grupal, de solidaridad, es, pues, lo que permitió a distintas organizaciones sociales (familias, dinastías, civilizaciones, formaciones políticas) el ascenso colectivo y, consecuente con ello, a la riqueza generalizada. Por el contrario, la inexistencia del sentido de pertenencia, vale decir, de compartir un “destino común” desembocó, inexorablemente, en el descenso del colectivo y un masivo y generalizado descontento.

De donde, si “(...) la cooperación como condición humana primordial está asociada a la ‘asa-biyah’ como práctica ciudadana (...)” (Tokatlian, 2005: 21), ello pareciera no haber acontecido en nuestro caso.

(3) El autor se refiere a Ibn Khaldun (nacido en Túnez el 27 de mayo de 1332).

II. Legitimidad-legitimación

Un primer interrogante se impone *ab initio* si nos remontamos a la doctrina clásica.

Cuando hablamos de *legitimidad* ¿lo hacemos en relación a las formas de gobierno: monarquía-aristocracia-democracia?; al poder: ¿quién y cómo lo ejerce?; a las instituciones: ¿para qué existen, quiénes les dan vida? o a las normas: ¿son justas, para quiénes y por qué se dictaron?

La teoría toda gira en torno a que la noción de *legitimidad* está indisolublemente unida al significativo-significado del *Poder*. Probado está que, al interior de cada sociedad —obviamente dotada de un determinado ordenamiento— y tal como lo investigara Weber (1968: 29-30), subsisten más diseños de vida que incluyen diversas orientaciones (Barbé, 1973: 56-57) (4).

En cualquier caso, el “diseño de vida” (oficial) será el que resulte del proceso “oficial” de legitimación (Barbé, 1973: 57-59, nota 21) (5).

Esto así, resulta claro, que la totalidad del entramado social debe compartir —sino todo— por lo menos, parcialmente, los elementos por el cual se articula. Esto explica que al interior de esa misma sociedad, pueda generarse, simultáneamente, la legitimación de un proyecto de vida alternativo. De tal modo, una persona, un grupo social, o un estrato social, tratarán de infundir su diseño de vida propio. Por lo que, si visualizamos la legitimación como un proceso que va del legitimante hacia el poder legitimado, es porque, *a priori*, existe un proceso de “socialización de valores”, que va del sistema de poder —que persigue su propia legitimación— hacia aquellos que aparecen como eventuales “legitimados”. Proceso que, formalmente, se desarrolla a nivel del sistema político; pero, puede suceder que un proceso “oficial” de legitimación tenga su raíz en un “momento pre-político” (o pre-estatal) que es el de la sociedad civil.

Entendida la legitimidad —como *atributo* de un sistema de poder— toca ahora referirnos a los denominados tipos de legitimación. La legitimación es un *proceso* por el cual se produce la aceptación de un sistema de poder —o de alguno de sus elementos— por parte de los legitimantes, generada en el hecho de *reconocerse* en los valores que “comparten”, y que, además, resultan fundantes del sistema de poder. Una conceptualización de este orden permite esbozar tres tipos de clasificación: 1) una fundada sobre el “tipo de participación” generada por la legitimación; 2) otra basada en el “carácter de los valores socializados” y 3) una última, que logra sustento en la jerarquía de los elementos legitimados (Barbé, 1973: 65).

En cuanto al tipo de participación, existe “legitimación activa”, cuando media una relativa participación política dentro del canal legitimado del sistema, esto es, en el marco del diseño de vida “oficial”.

Por su parte, la “legitimación pasiva” abarca sectores más vastos del entramado social, los que —si bien no están fuera del diseño “oficial”— lo aceptan como algo que acontece lógica y natural-

(4) Expresa Weber que: “se puede ‘orientar’ el propio obrar en base a la validez de un ordenamiento no solamente mediante la ‘observación’ de su sentido (cuál tiene acuerdo en promedio). También en el caso de una ‘elusión’ o de una ‘infracción’ de tal sentido (acuerdo en promedio), puede todavía operar la chance de su validez en cualquier ámbito (como norma vinculante): y esto, dicho de manera puramente racional respecto al fin. (...) Entre la validez y la no validez de un determinado ordenamiento, no existe pues, para la sociología (...) una alternativa absoluta. Sino (...) un tránsito incierto entre los dos casos, teniendo a la vez ‘valor’ ordenamientos contradictorios (...)”.

(5) Indica Barbé que “después de dos siglos de constitucionalismo no podemos poner en duda la existencia de un diseño de vida ‘oficial’ que es el que ‘inspira’ el texto constitucional de cada estado. Aunque aquel diseño no permanece cristalizado, sino que cambia permanentemente como consecuencia de la interacción poder-súbdito. A nivel jurídico lo demuestra la constante mutación (o reinterpretación) de la constitución escrita. Diseño oficial y diseño del ‘sector dominante’ no son sinónimos.” A propósito utilizamos la categoría proceso oficial de legitimación en vez de ‘dominante’. El término ‘dominante’ fue adoptado por K. Marx (...) (Editori Riuniti, 1969: 35-36).

mente, resultando su participación política fortuita y limitada por factores contingentes. Vale decir que no tienen suficientemente asimilado el modelo de vida “oficial” parsoniano (Barbé, 1973: 66).

En lo que hace a la deslegitimación, se llega a tal comportamiento “desviado”, cuando, en relación al modelo “oficial” de legitimación, los actores sociales intuyen, al menos como factible, la existencia de un sistema de poder alternativo (6).

Comportamiento “desviado” que no siempre fue considerado legitimante por buena parte de la literatura, sin que, previamente, estuviere determinado si estos actores conciben como factible un sistema de poder alternativo. También porque la tesis de una participación política muy difusa sería a la recíproca contraproducente para el sistema. Por lo cual, si bien resulta erróneo hacer de cada comportamiento apático un indicador de des-legitimación, no está menos equivocada la corriente opuesta (Barbé, 1973: 67) (7).

Respecto al “carácter que revisten los valores socializados”, el tema de la legitimación y legitimación revolucionaria —bastamente abordado por Guglielmo Ferrero— constituye un intento por sortear las galimatías que aparecen ante la existencia de una “legitimación” surgida de un proceso revolucionario. Cuestión ésta que problematiza el concepto mismo de “legitimidad”, al no resultar claro el carácter que revisten los valores socializados durante el proceso, toda vez que —la legitimación que se propone— no se referirá a un sistema de valores ya institucionalizados o en proceso de institucionalización, sino a un conjunto de valores que se quieren vivir (Barbé, 1973: 68).

Materia distinta al de un acto revolucionario, supone un acto contestario o de restauración, pues, en este último, la legitimación precedente ha sido quebrada por la instauración de un nuevo poder de facto, que propone el restablecimiento de valores legitimantes de un sistema anterior sin que medie una reproducción exacta del mismo.

En consecuencia, revolución y restauración devienen antagónicas, puesto que, en la revolución no existe relación alguna con los valores precedentemente institucionalizados. Sin embargo, lo dicho no impide que Parsons entienda que también la autoridad carismática está caracterizada en Weber en términos de legitimación. De donde, se infiere que, también la legitimación carismática es precedida por un proceso de institucionalización y socialización de valores. Por lo tanto y siguiendo ese orden de ideas, el mecanismo de legitimación de un poder revolucionario no discrepa —en lo que a dirección del proceso se refiere— de aquello que funda un poder tradicional o legal, desde que la legitimación también se hace a través de un proceso previo de institucionalización y socialización de los valores. El poder revolucionario es una cabal formulación de un diseño de vida alternativo que se produce el interior de un subgrupo de la sociedad total.

La diferencia existente entre uno y otro tipo de legitimación, no reside pues, en lo referente a la dirección del proceso de legitimación, sino en lo que hace al arquetipo de valores a socializar (en el caso revolucionario se discurre sobre nuevos valores o aquellos que aún no revisten actualidad en una sociedad determinada). Es por ello que, antes de la toma del poder, la institucionalización del nuevo diseño de vida aparece como preocupación fundamental de los líderes revolucionarios, manifestada a través de sus enunciados y manifiestos. Acaecido, el acto revolucionario, la socialización y el mecanismo de institucionalización, detentan un rol privilegiado ya que legitiman el nuevo poder, desencadenando la movilización política.

(6) Así lo manifiesta Barbe, refiriéndose a investigaciones que, en cierto momento político, afirmaban “que esta categoría comprende en Italia estratos cada vez más vastos de la población, caracterizada por la cuasi absoluta falta de participación” (cfr. Donolo, C. (1970). “Politizzazione e crisi di legittimità” en: *Cuaderni di Sociologia*, n. 3-4).

(7) Menciona el autor que ésa es una de las críticas que C. Pateman (1971) formula a la producción de Almond.

Por el contrario, en la restauración, el proceso de institucionalización no tiene un puesto relevante ya que, el nuevo poder se referirá a un modelo precedente de legitimación. No es necesario socializar un nuevo diseño, sino que es suficiente negar la legitimación del poder inmediatamente antecedente, esto es, “hacer” anti-fascismo; anti-nazismo; anti-liberalismo o anti-comunismo.

Con relación a la legitimación del sistema y de los “elementos del sistema”, en rigor lo que se produce es la legitimación articulada de uno o más elementos del sistema de poder al interior del cual, uno de sus subsistemas, el “sistema político” desempeña un importante rol. De allí que el análisis se realice sobre un “elemento” del sistema político y no sobre todo el sistema, dado que esa participación se produce dentro del canal institucional, que implica, *per se*, la legitimación de uno de los elementos claves del propio sistema.

El mensurar la legitimación del sistema político a través de la legitimación de sus elementos presupone una jerarquización de ellos, ya que algunos resultan más relevantes dado que, su legitimación repercute en todo el sistema. Dicha jerarquización obedece, por ejemplo, a la circunstancia que —ya antes de la toma del poder— la legitimación del canal de aumento de la demanda política —los partidos políticos, los sindicatos— parece más importante en lo interno de la estructura total de legitimación, que la mera legitimación de los *outputs* económicos del sistema, los cuales son contingentes. Una legitimación fundada sobre un bienestar económico —que puede resultar solo transitorio— resultaría así muy frágil. También si, la sola permanencia de aquel bienestar en el tiempo, da juego a los “factores secundarios de legitimación”, vale decir, la presencia de legalidad, coerción, prestigio, etc. (Barbé, 1973: 71).

Entendiendo que la temática de la participación política se genera a nivel de grupo o estructura de solidaridad, es en ese mismo nivel que tiene lugar el proceso de legitimación. Por lo que, queda claro, que la legitimación se verifica a través de concretos y efectivos comportamientos, los cuales —en su mutuo y recíproco contralor— constituyen la auténtica “historia de vida” o “diseño de vida”.

Estamos hablando de una medida “cualitativa” no “cuantitativa” de legitimación. Si aplicamos un principio de nuestros días, aceptado por todos, al menos declarativamente —el de “la mayoría”— podremos decir que un elemento de sistema de poder está “legitimado” cuando recibe la legitimación de la mayoría de la población. Sin embargo, se trataría de una afirmación genérica, ya que, debería deslindarse, cuál formación de tal legitimación está constituida por una legitimación activa y cuál otra, por una legitimación pasiva.

Por ello, si el objeto de una indagación sobre legitimación es determinar la posibilidad de estabilidad (o permanencia) de un sistema de poder o de alguno de sus elementos, se debe tener en cuenta que no todos los eventuales legitimantes tienen el mismo peso al interior de un determinado sistema de poder. Esto es, no todas las des-legitimaciones significan el mismo peligro para un sistema de poder. Así, la estabilidad de una democracia dada no depende solamente del desarrollo económico sino también de la eficacia y la legitimidad de su sistema político. E insistimos en ello, por eficacia se entiende la verdadera conducta, el grado en que el sistema tiende a satisfacer las fundamentales funciones de gobierno, tal como lo consideran la mayor parte de la población y, al interior de ella, por poderosos grupos como lo son las altas finanzas y las fuerzas armadas (Lipset, 1977: 57).

Ahora bien, siendo la legitimidad una cuestión de grado, determinar el “grado” de legitimidad de un régimen político presenta serias dificultades a causa de todos los matices que puede presentar la expresión concreta de la “creencia” y del “acuerdo” compartido por gobernantes y gobernados. Prueba de ello, lo constituyen las nociones *pre-legitimidad*, *cuasi-legitimidad* e *ilegitimidad* (enunciadas por Ferrero) y que persiguen poner de manifiesto la multiplicidad de fenómenos y situaciones que la categoría legitimidad encierra. Al respecto, sostiene Botana que, en los tres casos existe *legitimidad en crisis*, que en última *ratio*, no significan más que los diferentes grados que puede alcanzar la atribución de legitimidad de un sistema de poder.

La generalidad de los autores, sitúan el punto, en relación a la *estabilidad* —los sistemas de legitimidad— o respecto a la *crisis*, los regímenes donde la atribución de legitimidad hace falta. ¿No será posible que un régimen pueda funcionar con una legitimidad parcial ó déficit de legitimidad? Y aquí nos encontramos con aquello que Ferrero denomina distintos *grados* de legitimidad. En los hechos, esas categorías intentan manifestar la multiplicidad de fenómenos y de situaciones que la noción de legitimidad apunta a explicitar y que señalan toda una serie de casos intermedios entre la legitimidad completa por una parte y la legitimidad en crisis por la otra. No se trata de reducir la política a un concepto único sino por el contrario de precisar el concepto analítico de legitimidad, a fin que él pueda aclarar uno de los numerosos aspectos que, en conjunto, constituyen el dominio de la política.

Por lo expuesto, reiteramos el carácter plausible de la noción operacional de legitimidad adoptado, teniendo en cuenta, el hecho que la atribución de legitimidad puede alcanzar grados diferentes (Botana, 1968: 212) (8), mientras que, paralelamente, el proceso de legitimación presenta distintos tipos (participación, valores o elementos, conf. Barbé, 1973: 65 y ss.). Resultando, ambos conceptos, aplicables a la praxis de la formación política argentina.

Consideramos que todas y cada una de las crisis por déficit de legitimidad, cuanto los disímiles procesos de legitimación, han sido signados —en la consecución de la formación política argentina y más allá de la lucha entre *“los genios invisibles de la ciudad”*— por un estado larval de “deslegitimación latente” protagonizado por las distintas fuerzas en pugna.

Cíclico acontecer que no solo conjugamos en tiempo pasado, sino que pareciera constituirse en el único presente (sin que tal opinión signifique formular conjetura alguna en prospectiva).

Por lo expuesto, entendemos que la dialéctica entre *“legitimidad-legitimación”* y los solapamientos realizados entre dichas categorías han otorgado sustento a la originaria proposición: la existencia de una *deslegitimación latente* —por *déficit de legitimación*— y las recurrentes *crisis de legitimidad* habidas en la formación política argentina.

III. La identidad nacional

La apropiación territorial —ideológicamente hablando, *creación de identidad nacional*— es un requisito que todo estado —que pretenda ser “fuerte”— debe tener como obligada tésis. A cumplir ese objetivo debieron entonces volcarse tanto los estados provinciales, cuanto sus elites dirigenciales en búsqueda de la organización nacional. Para ello fue necesario que políticos e intelectuales se situaran frente a la cuestión de la identidad nacional y de sus formas de constitución. La formación de una elite internalizada en los valores sociales de este bloque hegemónico, estuvo conformada por hombres provenientes de familias de “nombre” acompañados por antecedentes históricos que trasvararon la hegemonía política llegando a la cultural para, de este modo, llegar a la sociedad civil toda, utilizando, por ejemplo, la primegenia prensa, los periódicos fieles a su ideología. No solo no se “quitó la vista” de Europa, sino que —en muchos casos— se ignoró la propia realidad, olvidando la búsqueda y análisis de peculiaridades regionales. No mediaron acciones comunes aglutinantes, sino que, muy por el contrario los “localismos” se exacerbaban, a no dudar por carencia —de la que aún estamos faltos y que necesitamos conseguir— de “capital social”. Genéricamente hablando, el incipiente entramado social careció de “virtud republicana” no se interesó por la *res publica*, condiciones estas que, de modo cuasi inexorable y cual hilo conductor, conducen a la debida participación institucional.

(8) Considera el autor que: “(...) los tres casos constituyen (...) las tres fuerzas de un mismo tríptico y que bautizaremos con el nombre de legitimidad en crisis. Hay crisis (...) si la obediencia del principio es rechazado, por el mismo poder, pleno de buenas intenciones (pre-legitimidad). (...) si la obediencia dada a una fórmula híbrida es obtenida parcialmente, porque ni uno ni otro de los principios acoplados por el poder, son capaces de lograr la unidad del cuerpo político (cuasi-legitimidad), o (...) si el poder ensaya imponer obediencia por la fuerza o el miedo, porque carece de una legitimidad de reemplazo (ilegitimidad)”.

Participación que genera el necesario “capital social”, permitiendo que la interacción se construya sobre la base de relaciones de *confianza* (Putnam, 1993) lo cual hubiera superado, quizás y en principio, la *desconfianza*, resolviendo en cualquier caso, el enigma de la “acción colectiva”.

IV. Poder y obediencia

Para deslindar la problemática del poder y la obediencia, esto es de la relación dialéctica y conflictiva entre quienes detentaron roles de autoridad y aquellos que debieron obedecer y que, al igual que ocurriera en el orbe todo, signara también nuestra república desde su nacimiento, hemos de imbricar la teoría política con nuestra praxis histórica, analizando, para ello, la vigencia de las categorías conceptuales en los sistemas de poder de la formación política argentina durante el período 1853-1930.

N. Botana analiza la legitimidad como problema político, considerando la categoría tematizada, como un concepto operacional —valorativo, axiológico— en la intención de volver perceptibles una serie de fenómenos políticos y, al propio tiempo, en la búsqueda por determinar la lógica interna de los mismos, dada su complejidad, teniendo en cuenta que, el proceso de atribución de legitimidad puede alcanzar diferentes grados (Botana, 1968: 201-202) (9).

El grado de legitimidad de un régimen político resultará difícil de establecer a raíz de todos los matices que puede presentar la expresión concreta de la *creencia* y del *acuerdo* compartido por gobernantes y gobernados. Esto es, la significación, la valoración axiológica que el actor social atribuye a esos fenómenos, lo cual implica una referencia al comportamiento político y la directa relación del poder y la legitimidad (Botana, 1968: 213) (10).

Cimentada durante los años 1853-1860, la formación política argentina surgió como un sistema de alianzas que no pudo evitar reproducir, a nivel nacional, las dialécticas interestructurales provinciales, y en la que actuó —como vínculo orgánico— la élite intelectual encargada de canalizar y transmitir mediante sus escritos y obras literarias, los intereses específicos del grupo hegemónico *terrateniente-hacendado-militar*. Para, más tarde, ya convertido ese *bloc* no sólo en clase dominante sino dirigente, establecer, a través del derecho, las ‘reglas de juego’ válidas para el colectivo. Esto es, establecer desde su posición prevalente, la *dirección cultural*, definitivamente, la ideología de la formación toda.

Entendiendo por formación política el ensamble existente entre sociedad civil y sociedad política (o estado propiamente dicho), toca interrogarnos sobre la dialéctica que existió entre ambas; cuál fue la mediación pretensa y/o lograda por la dirigencia argentina, en tanto nódulo de conformación de la sociedad civil, así como el predominio de una u otra, en el devenir histórico. Considerando que la apropiación territorial ideológicamente hablando, vale decir, la generación de lazos identitarios, es un requisito de todo estado que pretenda ser “fuerte” (*v. g.*: todos los estados provinciales, así como sus élites dirigenciales en búsqueda de la organización nacional) fue necesario que políticos e intelectuales se situaran frente a la cuestión de la identidad nacional y de sus formas de constitución, dando paso a una elite internalizada en los valores sociales de este bloque hegemónico: familias de “nombre”, acompañadas por antecedentes históricos que trasvasaban la hegemonía política llegando a la cultural a través de periódicos fieles a su ideología. Bloque que, lejos de quitar la vista de Europa,

(9) Botana define la noción de legitimidad como “(...) la cualidad que puede revestir un régimen político cuando: a) existe una creencia compartida por los gobernantes y los gobernados con respecto a la traducción institucional de un principio de legitimidad; b) existe un acuerdo entre gobernantes y gobernados con respecto a las reglas que rigen la solución de los conflictos nacidos en ocasión de la transferencia del gobierno”.

(10) Ambas categorías, creencia y acuerdo, tienen directa referencia con los dos momentos en que se perfecciona el proceso de legitimación, originando grados de legitimidad y de paralelos regímenes políticos: a) legitimidad plena-régimen estable; b) legitimidad parcial-régimen inestable y c) ilegitimidad-régimen en crisis. La *creencia* valoriza la traducción institucional de un principio de legitimidad (característico de un régimen monocrático). El *acuerdo* valora las reglas que rigen la solución de los conflictos generados en el momento de la transferencia del gobierno (propio de las poliarquías). Cada régimen tiene un mecanismo de legitimación *prioritario* y un mecanismo de legitimación *secundario*.

ignoró la propia realidad, olvidando de tal modo, la búsqueda y análisis de peculiaridades regionales. De modo que, al no mediar acciones comunes aglutinantes en lo social y carentes de creencias colectivas identitarias, se exacerbaban los regionalismos locales obedeciendo, diríamos hoy, a la carencia de “capital social” (Putnam, 1993). Entendiendo por tal, aquel basado en la “confianza” que debe mediar en todo entramado social que pretende constituirse en Sociedad Civil.

Veamos el “escenario”. La Argentina de mitad del siglo diecinueve, guardaba en su territorio, idéntica situación conflictiva a la que, por entonces, había caracterizado a la sociedad civil occidental de la época. A no dudar, la asimetría existente en el espacio geográfico, de alguna manera condicionó a sus habitantes, llevándolos a adoptar posturas actitudinales variopintas que, poco a poco y andando el tiempo, se agudizaron aún más.

No obstante lo apuntado, la polarización de fuerzas colectivas —iniciada con la diáspora entre morenistas y saavedristas— seguida por el enfrentamiento entre unitarios y federales durante la poliarquía y/o anarquía culminó, *prima facie*, con el dictado de la Constitución Nacional y el surgimiento del Estado-Nación.

Pero, ¿fue esto así? Creemos que no. En rigor, lo fue “formalmente” pero no en el relacionamiento interestructural acaecido en las distintas instancias regionales. Ello, toda vez que —las turbulencias infraestructurales, canalizadas, en principio, por la nascente dirigencia para lograr así impactar en la escena política y proveer de acuerdo y conforme a las demandas de la sociedad— no tuvieron fin. Preguntarnos cuál fue el proyecto político del bloque hegemónico, implica, pues, escudriñar acerca de si lo hubo en 1953, en los sesenta, en los ochenta, o en 1916. ¿Acaso medió otro a partir de 1930, con la primer fractura del orden constitucional? o ¿solo se trató, de un mero artilugio político?

Si observamos, la complejidad aparece a poco que se analice el proceso de “conformación del estado argentino”: mezcla de diversos grupos étnicos, convivencia de burguesía-terrateniente-hacendada con “peonadas” y procesos de ascenso social (movilidad) solo para algunos. Tal estado de cosas, puso en evidencia una lógica de organización política y social bien diferenciada y, a decir verdad, poco virtuosa.

La incorporación expresa al texto constitucional de la “forma federal”, también lo fue solo *formalmente* —vale decir como *ideal*, nunca en la praxis— permitiendo la hegemonía de las provincias que habían tenido éxito desde el punto de vista económico. Por lo que, una vez más, se puso de manifiesto que el *bloque* constituido por la oligarquía terrateniente-hacendada no estuvo dispuesto a someter sus intereses específicos de clase a los intereses nacionales, sino, todo lo contrario. Una pregunta se impone: ¿estaban los representantes, cuando corría el año 1853, realmente imbuidos de las necesidades, expectativas y demandas del pueblo? ¿Acaso percibieron cómo compensar los *recursos escasos*, cómo reconocer *valores* para otorgar, desde el Estado, *sentido*? ¿Comprendieron quizás, que no resultaba condición suficiente para obtener lealtad de masas, la adopción de *una ideología universalista o planetaria* como fundamento de un régimen, si éste se basaba en una desigual y asimétrica distribución de la riqueza social?

Mientras la dirigencia *porteñista* estaba integrada por hacendados, generales y abogados del rosismo —acompañados por periodistas y tribunos del Partido Liberal— supuestos legitimados (Sáenz Quesada, 2001: 343), menester es preguntarnos ¿qué pasó *con* y *entre* aquellos que debían otorgar legitimación? ¿Acaso, existía un *pueblo*?

Mariano Moreno cerraría el interrogante en 1810, al sostener que la reunión de los diputados a la Junta:

“(…) concentra una representación legítima de todos los pueblos, constituye un órgano seguro de su voluntad, y sus decisiones, en cuanto no desmientan la intención de sus representados, llevan el sello sagrado de la verdadera soberanía de estas regiones” (Roldán, 2003: 38).

En el mismo sentido, el Ministro Agüero —en su intervención en la sesión de la Asamblea Constituyente del 15 de febrero de 1826— sostuvo:

“Por una fatalidad, los vínculos de unión que componían la nación se disolvieron y la nación dejó de existir de hecho, y dejó de existir contra los deseos, contra la voluntad, contra los clamores y contra los sentimientos de los pueblos (...)” (Roldán, 2003: 39).

Si bien las revueltas habidas, destruyeron los “vínculos” con el nivel superestructural, no ocurrió lo propio en el ámbito del tejido social. La permanencia de los Cabildos, durante algunos años más, y la restringida aunque activa “presencia” de los *pueblos*, fortaleció la voluntad del colectivo de mantenerse unidos, circunstancia ésta que, junto a la comunidad de intereses compartidos, hizo que el problema a dilucidar fuere el de encontrar un principio de legitimidad, que reemplazara al “tradicional-monárquico”.

El interrogante no lo fue, pues, en lo aparential de sus manifestaciones, sino que nuestra pregunta apuntó a conocer si medió, en la relación representado-representante, la suficiente acción comunicativa capaz de hacer nacer roles identitarios en una comunidad que pretendió constituirse en Nación. Esto es, si existieron —entre el sistema de poder legitimado (representantes) y aquellos que legitimaron el sistema (representados)— comportamientos *genéticos predispuestos*, socialmente hablando, esto es, interacción, representaciones comunes, valores compartidos, sentido de pertenencia y esa *nostridad*, el necesario reconocimiento en el *alter*. No obstante, la integración del entramado social, se vio siempre amenazado *por problemas de autogobierno*.

El acaecimiento de hechos que, por su originalidad, habían resultado definitorios, como la supresión del tirano y la abdicación de diferencias que hasta entonces parecían irreconciliables, fueron puntos de partida para algunos, no todos, pero sí para la mayoría que se hizo escuchar. Hombres provenientes de distintas regiones, portadores de diferentes ideologías -reiteramos, aún no podía hablarse de partidos- discutieron, sancionaron y finalmente acataron el texto constitucional. Para ellos, no fue suficiente garantizar la no agresión, sino bregar por la unión, por la comunión de ideas matrices que permanecían inmaduras; por la celebración de un “contrato social”, en el que se abandonaran las mezquindades de momento, reemplazándolas por la firme voluntad de constituirse en estado/nación mediante el dictado de un contrato fundacional.

Pero, ¿puede quizás discurrirse acerca de la existencia de un “contrato fundador” de una nacionalidad?, ¿de un “contrato moral” constructor de sentido identitario? Acaso ¿constituyó un acto fundacional el Acuerdo de San Nicolás? A no dudar el “capital social” con que contó nuestro formación política registró variables respecto a otras estado-céntricas y la historia demostró que no fue suficiente lo “formal”, lo “explícito”, para dotarla de valor y de sentido. De manera que, en lo aparential, los problemas habidos desde la Revolución de Mayo, fueron más importantes que los principios por los cuales se había luchado durante treinta años. Se diría que, pese a los ingentes esfuerzos y debates, para algunos la *desunión* fue un hecho, toda vez que, la inexistencia de roles identitarios había frustrado la unidad nacional.

Tal situación llevó a sostener que:

(...) El acuerdo que llevó a Caseros (federales provincianos, unitarios, ideólogos románticos, caudillos, etc.) se rompió en seguida, apenas Urquiza pisó Buenos Aires y trató de poner en ejecución un programa de reconciliación (...)” (Jitrik, 1968: 24).

Sin embargo y sin desconocer la objetividad del hecho histórico en sí, formalizado en la mencionada cita, creemos que —definitivamente, más acá y más allá de disquisiciones que podamos formular entre *significante-significado*— la existencia del texto constitucional como resultado de arduas discusiones, es el producto de la irrenunciable decisión de, pese a todo, *construir un futuro común*.

La historia nos entregó una “obra” que fijó límites al otorgar, por una parte, una declaración de derechos y garantías y establecer, por otra, una forma representativa, republicana y federal. Refiriéndose a ello, sostuvo N. Botana que cada potestad, cada derecho, así como las instituciones u órganos creados por la Constitución Nacional,

“(…) hunde sus raíces en una historia que reúne en torno suyo períodos de consenso y de impugnación, diversas épocas en las cuales quedó retratada nuestra larga discordia entre la libertad y la igualdad” (Botana, 1988: 30).

Con relación al Acuerdo de San Nicolás —cuya finalidad fue “asegurar la organización y funcionamiento del congreso general que, en ejercicio del poder constituyente, sancionara una constitución definitiva” (Zarini, 1981: 143)—, si bien la cuasi-totalidad de las provincias lo apoyó, el rechazo del Acuerdo por la legislatura de Buenos Aires —en las llamadas *jornadas de junio*— produjo la secesión de esa provincia. Sin embargo, ello no le restó importancia.

Hasta aquí, las decisiones políticas —también el “Acuerdo de San Nicolás”— pasaron por la determinación, no exenta de arrojo, de aquellos que ejercían funciones ejecutivas de gobierno, por lo que:

“Ni la ciudadanía argentina ni la ciudadanía bonaerense hicieron su aparición en la primera mitad del siglo pasado” (Chiaromonte, 2003b: 116).

A partir de 1852, el protagonismo pasará —en principio y “formalmente”— al pronunciamiento popular para la elección de aquellos que fueran sus “representantes” a la Asamblea Constituyente. Toca entonces analizar si medió *legitimación activa* en términos de relativa “participación política”. Sin duda que, teórica y doctrinariamente, el “poder” del Congreso Constituyente tuvo una confusa *melange* de *legalidad-legitimidad* pero no contó, en nuestra concepción, con *legitimación activa*.

¿Existió, quizás, sólo *legitimación pasiva*, toda vez que la participación política estuvo condicionada por factores contingentes? Si ello fue así y en términos de eficacia, de resultado, ¿cuáles fueron los elementos legitimados?

A no dudar, la gesta en la consecución de la unidad nacional, tuvo una cara revolucionaria y otra reaccionaria que originó una nueva sociedad, ordenada conforme a razón y que priorizó el progreso socio-cultural como requisito del progreso económico. Hecho que fue patentizado —después de 1852— a través del surgimiento de los partidos políticos (fuerzas que, en su época, *condenara* Alberdi).

Inoslayable deviene, entonces, conocer cuáles fueron los instrumentos electorales con que contaron aquellos que constituyeron el *iceberg* del proceso de *legitimación* habido en el colectivo y, en su consecuencia, capaz de dotar —mediante el voto— de *legitimidad* a los elegidos.

La circunstancia de resultar aceptado a partir de la segunda mitad del siglo XIX el principio *electivo* —como forma para designar o transferir el poder público— puso al descubierto la presunción de potencial capacidad virtuosa que poseen los electores precisamente para seleccionar, escoger, votar, a quienes han de ejercer el mando. Y si bien no se trató de elegir un “gobernante”, pensamos que la elección tuvo mayor relevancia político-institucional toda vez que el pueblo otorgó mandato a quienes en su nombre y representación estuvieron encargados de dictar la norma mediante la cual habría de concretarse la organización nacional. Mandato que, a nuestro juicio, constituyó un valor agregado toda vez que puso en ejercicio el poder constituyente originario, la soberanía popular. Lo señalado no constituye —aunque resulte obvia la aclaración— un absoluto, ya que no invalida la circunstancia, ya enunciada, de encontramos ante un *legitimidad heredada*

(Bragoni, 2003: 205) (11) toda vez que la Constitución de la Nación deriva de distintas *fuentes*. Circunstancia que no empecé mencionar los procedimientos electorales que fueron utilizados para otorgar mandato, esto es conferir *legitimidad*, a los Diputados convencionales.

Recordemos cómo se expresaba el pueblo desde la separación —fuere de hecho o de derecho— de la metrópoli. Siempre se recurrió a técnicas electorales que, a lo largo de diez años, presentan designaciones de representantes por vía indirecta: se elegía un cuerpo de “compromisarios” quienes estaban encargados de nombrar a un ciudadano para integrar un cuerpo colegiado (Junta Grande, Asamblea del Año XIII o Congreso de Tucumán). A tales efectos, las convocatorias se realizaban generalmente en los respectivos Cabildos —a excepción de Buenos Aires en que se celebraban asambleas seccionales— firmándose un acta en la que se listaban los presentes.

En tren de discernir como se vivenciaron y dirimieron los procesos electorales habidos en nuestra formación social, fuerza es enfatizar los cambios acaecidos —en el año 1821— en la técnica aplicable: primero en la provincia de Córdoba, más tarde en la provincia de Buenos, ya que —el establecer el voto *universal*— significó un intento por aproximarse hacia un quehacer democrático (Luna, 1995: 28-29) (12). Característica que la generación romántica cuestionaría luego, considerando que en dicho mecanismo radicaba “uno de los obstáculos principales para la estabilidad institucional argentina durante la primera mitad del siglo XIX” (Bragoni, 2003: 208) (13). De manera que:

“las elecciones formaban parte de una parodia en la que podía conocerse desde el escenario hasta sus protagonistas y que, por consiguiente, desnaturalizaba la democracia. En cambio, en la actualidad, la idea de pensar las elecciones como instrumento político ha arrojado resultados novedosos en la experiencia porteña del siglo XIX” (Bragoni, 2003: 206).

El Congreso de la Confederación dictó las leyes 140 y 207, en los años 1857 y 1859. Por la primera, se estableció el voto calificado —aceptando la doctrina expuesta por Alberdi, “*de la pureza del sufragio*”— facultativo, personal y no secreto (podía emitirse de modo verbal o escrito), para los varones mayores de 21 años; se votaba por una lista de candidatos a simple mayoría; autorizaba el uso de la fuerza pública contra “elementos indeseables” que se atrevieran a inscribirse en el padrón. El acto comicial —que se efectuaba en las Iglesias— se extendía por tres días (cada día se realizaba un escrutinio provisorio y el último día el definitivo o final). La ley 207 estableció la lista completa y el voto público, no obligatorio.

En el año 1863, consolidada la unión, el Congreso de la Nación dictó la ley 75, estableciendo cómo debía formarse el padrón electoral y el mecanismo de funcionamiento de las Asambleas Electorales; los comicios se realizaban un solo día; el voto era público y no obligatorio; la edad mínima

(11) Observa la autora que “vale recordar que para la mayoría de las comunidades políticas heredadas del poder colonial, el constitucionalismo liberal se convirtió en la única ideología legitimadora para organizar los nuevos Estados. Pensada la sociedad como pactos de individuos y pensado el poder como producto de la elección de ciudadanos, todo hacía prever que (...) el desenvolvimiento de la política se despegaría para siempre de las amarras corporativas del antiguo régimen e inauguraría en su lugar una tradición republicana afirmada en la costumbre revolucionaria”.

(12) Expresa F. Luna que “La primera norma (...) fue el Reglamento Provisorio de la Provincia de Córdoba, (...) de 1821, (...) todo hombre mayor de 18 años podía votar. (...) podían emitirlo los extranjeros con un mínimo de cuatro años de residencia, (...) los hombres de color nacidos en el país si eran hijos de padres libres; (...) los negros podían ser elegido para cargos concejiles si fueran nietos de negros libres. (...) se negaba el derecho al voto a los españoles mientras su gobierno no reconociera la independencia de estas provincias. (...) sistema de elección indirecta (...) sufragio (...) verbal o escrito”.

(13) En ese sentido, ante el repudio al acuerdo de gobernadores —por el que se habilitó la apertura de la asamblea constituyente de 1853— manifestado por la Legislatura de Buenos Aires, J. B. Alberdi, ratificaba su desconfianza sobre el voto popular: “Los escándalos de junio en Buenos Aires son resultado del sistema de 1821, que Alsina y López, tuvieron el desacierto de restablecer en nombre de una libertad mal entendida. Ha dado esta vez, el fruto que entonces y que dará siempre: mientras la ley llame a elegir al populacho, el populacho elegirá niños que dicen lindas frases, porque lo representan”.

para ejercer el derecho a sufragar, se redujo a 18 años. La ley 623 (1873) disminuyó la edad a 17 años y eliminó el voto oral, pero siguió siendo público. Las leyes electorales 209 (1866), 893 (1877), 1012 (1879), 1024 (1880) y 2742 (1890) no alteraron el mecanismo sustantivamente, aunque fijaron algunas modificaciones. En todas rigió el sistema de “lista completa” y la nota característica de los actos electorales fue el fraude, 1881, 1890 y 1895.

El análisis de las manifestaciones vertidas por los congresales —elegidos conforme la normativa de la ley 140— durante el desarrollo de las sesiones, nos permite inferir que existió margen para el patriotismo y el disenso, interpretando, a nuestro juicio, el sentir del pueblo. Insistimos, no sólo el pensamiento, sino el sentimiento nacional y, por ende, el *por qué* de la búsqueda de un Poder Nacional. Búsqueda que se tradujo, como no podía ser de otro modo, en la necesidad de dictar la Constitución como modo de satisfacer, al menos en el plano del *deber ser* el vacío institucional. Así, la respuesta de quienes se consideraban depositarios del poder soberano, fue dada *ab initio* de las sesiones de la Convención, al sostener —desde la fórmula de juramento con que se aprestaron a cumplir con la tarea— la profunda responsabilidad y “creencia” en su cometido, por lo que debían convertirse en auténticos representantes de la “nación” abandonando la mera condición de representantes de una “provincia” (Ravignani, 1937: 406) (14).

Siendo la legitimidad una condición propia de la sociedad política —porque justifica el poder público y a quienes lo detentan— y la legitimación una categoría específica de la sociedad civil —en tanto sistema de creencias, valores y principios compartidos, o no, por el colectivo social— resulta claramente explicitado, la existencia de una *deslegitimación latente* en el entramado social argentino, que, entendemos, resultó producto de una sociedad civil débil —por déficit de legitimación— generadora, a su turno, de una formación política (sistema político) débil, por crisis de legitimidad.

Sin embargo y no obstante lo señalado, la dialéctica nunca acabada entre legitimidad-legitimación permitió —en las últimas décadas del siglo XIX— encontrarnos con diferentes sendas en la consecución de una auténtica democracia.

V. Principio electivo-democrático. Sistema de partidos

En plena “era aluvial” (Romero, 1969: 167) y en clara y explícita disconformidad con la ideología impuesta por el liberalismo conservador, en 1880 comenzó a gestarse una nueva dirección política: la democracia popular. Régimen que surgió a la escena política, en respuesta a la crisis que representó el sistema político durante el unicato de Miguel Juárez Celman. Así, esta novísima generatriz que conmovió el tejido social todo,

“nació como una aspiración en el seno del conglomerado criollo-inmigratorio y adquirió forma y sentido de movimiento político por obra de otros grupos que se aprestaron a la lucha contra la oligarquía encabezando aquella masa, informe e insegura en sus convicciones e ideales (...)” (Romero, 1969: 205).

Ideales que —aunque confusos e inciertos— estaban latentes en el pueblo y que lograron concreción —acaecida la revolución de 1890— a través de las reivindicaciones de la Unión Cívica Radical. Partido que, históricamente, señaló el derrotero de la libertad, la ética y el camino de las urnas obteniendo como respuesta la empatía popular y del que, cual crisol, fueron despegando hombres y grupos generando distintos movimientos políticos cada uno con sus propios anhelos, sueños y pretensiones.

(14) En referencia a ello manifestó “(...) hoy más que nunca —en los momentos solemnes en que se halla la República y cuando una Provincia había dado el escándalo de la desunión, convenía que el juramento no fuese una vana fórmula repetida—. Que el diputado, al tomar posesión de su cargo, debía jurar sostener a toda costa la integridad del territorio contra toda usurpación, sostener la unión y la nacionalidad argentina; desprenderse de todo sentimiento mezquino de localidad, y al tomar posesión de su cargo, dejar de ser representante de una Provincia para ser representante de la Nación”.

Lo hasta aquí señalado permite concluir que hasta el año 1916, la inexistente *legitimación* —en la conceptualización por nosotros adoptada— pseudolegitimó, una sociedad política constituida por unos “pocos”, una élite encargada de decidir *formalmente* (“legalmente”) el destino de una formación política en ciernes.

Así, el mensurar la legitimación del *sistema* político a través de la legitimación de sus *elementos*, presupone una jerarquización de los mismos ya que, “algunos”, resultan más relevantes pues, su justificación, repercute en todo el sistema (*v. g.*: accionar de partidos políticos y sindicatos, frente a los inputs/outputs de la instancia regional de lo económico) que, por ser elementos contingentes, proporcionan un transitorio bienestar económico.

Lo propio acontece con el mero sostenimiento de los denominados “factores secundarios de legitimación”. Ninguno se basta a sí mismo para superar las *crisis*, permitiéndonos concluir en que, un sistema de poder o alguno de sus elementos se legitima en base a un modelo socio-económico-político (o diseño de vida) (Barbé, 1968: 43-44) (15).

Lo que nos interesa reiterar, es que existe un poder legitimado por la *creencia*, que supone la internalización previa del sistema de valores. Definitivamente, no existe un *sistema político legítimo o ilegítimo*, sino un proceso de constante interacción entre *legitimado* —sistema político, a través de un concreto poder— y *legitimante*, los actores, la sociedad civil, al que, siguiendo a C. Barbé denominaremos *proceso de legitimación*.

El estado de ebullición por el que atravesó la sociedad civil, permitió que el lento y farragoso proceso culminara en el año 1916, “con” y “gracias” al dictado de la Ley Sáenz Peña en el año 1912. Ley que fue “algo” más que el *iceberg* del nuevo proceso de legitimación, ya que generó una nueva legitimidad al consagrar el voto universal, secreto y obligatorio (aunque sin participación femenina) (Historia del Radicalismo, 1982: 164-165) (16).

Las palabras pronunciadas por R. Sáenz Peña, al fundamentar el mensaje con el que acompañó el proyecto de ley, resultan esclarecedores de su postura y pensamiento.

“Esto que se ha dado en llamar la quimera de un romántico, es una verdad tan práctica y un precepto de ejecución tan sencilla que cuando la sintamos realizada, recordaremos como un anacronismo los regímenes que la han desconocido”. Ya promulgada, y explicitando el sentido de la norma, se dirigió al país diciendo: ‘¡Quiera el pueblo votar!’ (Historia del Radicalismo, 1982: 143).

Consagrando normativamente el principio de legitimidad “electivo-democrático” por cuyo logro se había luchado desde los comienzos de la organización política, la ley N° 8.871 —“Ley Sáenz Peña”— estableció el régimen electoral, fijando las calidades, derechos y deberes de los electores. Al instituir las elecciones parlamentarias y presidenciales, organizó colegios electorales; dispuso las

(15) Sostiene el autor que debe quedar claramente explicitado que la legitimación se verifica a través de concretos y efectivos comportamientos (que no se reducen a la esfera de lo económico) los cuales —en su mutuo y recíproco contralor— constituyen la auténtica “historia de vida” o “diseño de vida”. Cita en tal sentido a Smelser (1968:237, tit. orig. *Theory of Collective Behavior*, New York, 1963), quien manifiesta que el modelo de vida implica “el puesto ocupado por el hombre en la naturaleza, la relación entre los hombres, en fin, lo deseable y lo no deseable en el ámbito de las relaciones humanas”. Refiriéndose a N. Poulantzas, (1971, vol. II: 28-29), agrega que, también “queda comprendido en esa noción, el proceso de simbolización, la transposición mítica, el ‘gusto’, el ‘estilo’, el ‘modo’ de vida’ en general (...)”

(16) Enuncia entonces, A. Rouquié que, evaluando el accionar político argentino: “Las circunstancias de la vida política resultaron considerablemente modificadas por la nueva ley (Sáenz Peña). Las posibilidades de participación política, hasta entonces muy limitadas, se ampliaron considerablemente (...). A partir de entonces, las capas populares que habían permanecido al margen de los juegos electorales reservados a la elite tradicional y a sus clientelas pasivas, entraron progresivamente en la vida política. Se pasó de una ‘democracia limitada’ a un sistema de ‘participación ampliada’: los individuos de transformaron en ciudadanos. En lo sucesivo, los estratos populares estarían en condiciones de movilizarse en pos de objetivos políticos (...)”

características del sufragio (secreto, universal y obligatorio) para todos los argentinos varones mayores de 18 años y su específico procedimiento, como también el funcionamiento de las juntas escrutadoras o electorales, con fiscalización de los partidos; adoptando el sistema de representación de lista incompleta (mayoría y minoría). Finalmente regló la forma del escrutinio y el régimen de sanciones, precisando normas procesales como también disposiciones complementarias (Digesto constitucional, electoral y municipal de la República Argentina, 1924: 39) (17).

Sin embargo, fue necesario mucho más que una norma para educar al ciudadano y de ese modo terminar con los entuertos generados por el régimen y el consabido fraude. Por una parte, los hombres del radicalismo, demostrando su credo marchaban mostrando sus documentos y manifestando a viva voz “¡No se vende!”. Al propio tiempo, y en función docente la Unión Cívica Radical, luchaba por formar políticamente al ciudadano (18) así como también, bregar por la observancia de lo que Yrigoyen llamara la *reparación*, vale decir, “la corrección de los vicios políticos y administrativos propios del régimen conservador”.

En ese orden de ideas, manifestó en su mensaje de 1922,

“Hemos venido a las representaciones públicas acatando los mandatos de la opinión y estimulados por el deber de reparar, dentro de nuestras facultades y en la medida de la acción del tiempo, todas las injusticias morales y políticas, sociales y positivas, que agravaron al país durante tanto tiempo. Por esto no habremos de declinar, en ningún caso ni circunstancia, de tan sagrados, porque ellos constituyen la salud moral y física de la Patria” (Romero, 1969: 219).

Ante la réplica que formulara Lisandro de la Torre, respecto a que el radicalismo no contaba con un programa de acción para remediar las dificultades y contrariedades por los que atravesaba el estado, Yrigoyen había expresado que, intrínsecamente, la U.C.R. representaba la Nación. Esto es, que simbolizaba *per se* un sistema, dotado de lineamientos doctrinarios que señalaban la conducta a seguir para otorgar soluciones a la problemática estatal (Romero, 1969: 220) (19).

VI. El rol de los partidos políticos y de la U.C.R. El surgimiento del ciudadano y de la voluntad popular como *elementos* del sistema político

La dinámica de las fuerzas políticas, permitió visualizar la significativa importancia que los años *Noventa* imprimieron a la escena política. Esa década, señaló el origen de los partidos políticos que intentaron responder a las demandas formuladas por el entramado social ante la emergencia de cierta *conciencia* de clase. La presencia de “fuerzas de tensión”, fue debilitando y disgregando la “oligarquía liberal” cuyo punto de inflexión lo constituyó, a no dudar, la Ley Sáenz Peña y la posterior llegada del Radicalismo al gobierno, con el advenimiento de la clase media al poder (1916). En cualquier caso, tal acontecer no fue suficiente para quebrar las profundas diferencias existentes en la dialéctica “normatividad-normalidad”.

(17) Sancionada el 10 de febrero y promulgada el 13 de febrero de 1912, fue reglamentada mediante decretos del 21 de marzo y 3 de abril de 1912 y publicada en el Boletín Oficial el 26 de marzo de 1912. En el lapso transcurrido entre 1912 y 1930, hubieron reformas legislativas: leyes 9.147 (1913); 10.267 (1917); 10.269 (1917); 11.050 (1920) y 11.387 (1926), que no modificaron sustancialmente el sistema de la Ley 8.871 (se introdujeron reformas en los cuadros burocráticos y procedimentales, v.g.: creación de una Secretaría Electoral en cada Distrito).

(18) De modo que en muchos comités funcionaban las denominadas *academias de enseñanza electoral*, circunstancia que se daba a conocer por intermedio de los diarios de ese entonces.

(19) Y agregaba: “Extraviados viven los que piden programa de gobierno a la causa reivindicadora. Como exigencia legal y como sanción de justicia me hace el efecto del mandatario pidiendo rendición de cuentas al mandante o del reo interrogando y juzgando al juez. Sería lo mismo que pretender el ejercicio de instituciones que no se han fundado o la aplicación de una constitución que no se ha hecho.” Tal vez, si bien pueden entenderse estas palabras con pretensión mesiánica (como algunos mencionaron), nosotros preferimos hablar de postura idealista, propia del romanticismo-histórico.

A su turno, los grupos en pugna que, paulatinamente fueron imbricándose e instalando, por ende, la desunión en diferentes agrupaciones políticas —aún las pertenecientes a la oligarquía— estuvieron constituidos por inmigrantes, en su gran parte ideológicamente formados en el anarquismo (Gilimón, 1997: 531-538)(20) y socialismo, y que, con el decurso del tiempo, resultarían fundamentales en la consecución de nuevos comportamientos y prácticas políticas (Partido Demócrata Progresista, organizado en torno a la figura de Lisandro de la Torre; el Partido Socialista de Juan B. Justo, que se desmembró al comenzar el año 1918, constituyendo el grupo disidente el Partido Socialista Internacional, más tarde convertido en Partido Comunista; con la aparición de Alfredo Palacios —quien llegara como Diputado Nacional en representación del socialismo en 1904— en el año 1915, nació a la faz política el Partido Socialista Argentino. Una última escisión se produjo en 1927 dando paso a la formación del Partido Socialista Independiente).

Definitivamente, la gente toda, cualesquiera fuere su origen y creencia, el “pueblo” que desde el inicio existió —aparencial y potencialmente— pero que hasta el dictado de la Ley Sáenz Peña no adquirió identidad institucional, pareció —a través del accionar de la Unión Cívica Radical— haber encontrado el modo, el camino para dejar de lado las lógicas diferencias y cerrar filas al servicio de un propósito mayor que podría resumirse en considerar a la política como una acción de carácter ético y entender el concepto del federalismo como una forma de soberanía institucional de la Argentina y de libertad personal (del Mazo, 1951: 11) (21). Conteste con ello, andando el tiempo y refiriéndose más a un estilo de vida que a una forma de gobierno, sostiene Habermas, que no hay democracia sin escuchar y reconocerse en el otro, lo que conduce a la afirmación clásica según la cual los juicios morales y sociales son los medios de conservación y de reproducción de valores culturales, de normas sociales y de mecanismos de socialización (...) que la sociedad no es solamente un conjunto de producción, sino un colectivo que exige integración social y el mantenimiento de sus valores culturales tanto como los de producción; en términos más concretos, donde la educación y la justicia son tan importantes como la economía y la política (Touraine, 1993: 389).

La llegada del radicalismo al gobierno, representó una auténtica revolución. Teniendo como postulado esencial el *orden* basado en la vigencia de la Constitución, la U.C.R. promovió una nueva época en la política argentina, al penetrar profundamente en las instituciones de nuestra formación política toda.

Significó también abandonar la concepción existente hasta fines del siglo XIX en el sentido de entender la política como un signo de distinción y privilegio de unos “pocos” —poseedores de poder económico y de una mayor cultura— quienes *gerenciaban* el sistema político como si fuere un bien propio.

Los comicios celebrados, dieron como resultado la elección de Hipólito Yrigoyen como presidente de la república. El año 1916 constituyó la génesis de una coyuntura que, a no dudar, configuró el umbral generador de la depuración ideológica habida en el pueblo, que buscaba contar con una democracia representativa y terminar con el sectarismo del régimen. Su origen popular, su pensamiento innovador por fuera de las estrechas fronteras del régimen, fue innegable. Ningún

(20) El “anarquismo”, movimiento cuantitativamente integrado por obreros, tuvo como mayor exponente a la F.O.R.A. (Federación Obrera Regional Argentina) constituida en el año 1901. Así como en Europa se habían dividido en colectivistas y comunistas, el pragmatismo americano llevó a la conformación de dos ejes: organizadores y antiorganizadores. Poca a poco los primeros constituyeron el movimiento. Las huelgas, la violencia y el rechazo por la acción política (lo que provocó el definitivo alejamiento de sectores socialistas) caracterizaron su accionar.

(21) Dijo Yrigoyen en 1905: “La Nación, en todos sus ámbitos, fortificó la frente de los vencidos y compensó sus pesares, demostrando en todo sentido y de la manera más imponente que registran sus anales, que no son, precisamente, triunfos los que requiere de sus hijos, sino superiores abnegaciones y luchas fecundas, concordantes con sus aspiraciones y con los solemnes deberes de las horas por las que atraviesa. Por eso también el movimiento radical fue más grande al día siguiente del contraste y sigue siendo en tales proporciones que es corto el tiempo para incorporar todas las decisiones que quieren alistarse en sus filas”.

elemento lo unía a la oligarquía, representada por el liberalismo conservador. Las elecciones de 1916, marcaron pues un hito, ya que incorporó a la noción *líquida* (Baubam, 2009) de “ciudadano” —candidatos y/u “ocasionales” electores y/o “grandes” electores— la participación de todos aquellos que hasta ese momento se habían abstenido de participar ante la presencia del “régimen” (22).

Esta incipiente participación y, como ya dijésemos, la tibia emergencia de un “Sistema de Partidos”, junto con la consagración normativa del principio *electivo-democrático*, dieron como resultante la irrupción del primigenio gobierno popular. Gobierno que —elegido por primera vez en la historia de la Nación Argentina, mediante elecciones *legítimas* además de legales— puso énfasis en los valores democráticos, sin abandonar las ideas de desarrollo y “progreso”. Progreso no contemplado como pensamiento único y desde un punto de vista positivista (“hacer”), sino priorizando el “ser” y el “valer” del *hombre*, de la persona-humana en la conformación del *pueblo* y de su importancia respecto a “la” política y “lo” político, como condiciones necesarias para arribar a las otras instancias.

El retorno a la escena política de la Unión Cívica Radical —dando fin a su larga abstención—, y reiteramos, como primer gobierno popular, fue acompañado por nuevos grupos que, procedentes de los tiempos revueltos habidos en el entramado social y hasta ese momento ignorados, se incorporaron a “lo” político. De tal modo, a la fuerza de una clase media en gestación y de un proletariado industrial, se unió el aporte inmigratorio, como también una juventud amante del progreso. Segmentos constitutivos del tejido social que, portadores de nuevas demandas, exigían mayor participación y que en amplio abanico provenían

“(…) de todos los estratos sociales, desde el peón al estanciero, desde el proletario al comerciante; tanto el moderno empleado como el profesional liberal. Todas las capas sociales le prestaban su aporte, interpretada su honda protesta de renovación institucional” (Etchepareborda, 1986: 5).

Profusas fueron las declaraciones de H. Yrigoyen en el sentido de avizorar el triunfo en las urnas de la Unión Cívica Radical, así como su paralela no aceptación a ser candidato a Presidente, teniendo por premisas el poder legítimo y la existencia de un pueblo soberano (Historia del Radicalismo, 1982: 158) (23).

Aunque nunca fue un movimiento, mucho menos un partido político de unanimidades —lo cual motivó una intensa vida al interior partidario con disímiles puntos de vista y divergentes actitudes— Hipólito Yrigoyen fue elegido por la Convención Nacional de la U.C.R. como candidato del partido para ocupar el cargo de Presidente. Si bien se negó al ser anoticiado de tal decisión, su negativa llevó a la Convención a insistir y, ante una nueva resistencia, los delegados respondieron amenazando con regresar a sus provincias y disolver la U.C.R. La alternativa y complejidad del tema, llevó a H. Yrigoyen a expresar: “*Hagan de mi lo que quieran*” (Historia del Radicalismo, 1982: 160).

No fue un momento fácil. Por primera vez se utilizaría con alcance nacional el voto universal, secreto y obligatorio. La oligarquía presionaba y los fraudes denunciados tenían como meollo la provincia de Buenos Aires, de todos modos pese a los favoritismos políticos y a las señaladas prácticas falaces, el pueblo deseaba ejercer su soberanía en las urnas. Por cierto, el padrón electoral —con lógicas imperfecciones— no llegaba al millón doscientos mil (1.200.000) de ciudadanos. Si a ello agregamos la inexperiencia de los votantes, las maniobras disuasorias y el sempiterno “fraude”,

(22) Dado que las mujeres no gozaban del derecho a sufragar, el total de argentinos varones representó un 30,3% de la población total, mientras los extranjeros varones aumentaron al 35,7%, registrándose un descenso en la tasa de masculinidad respecto a la década anterior (Historia Integral Argentina, op. cit., vol. 5, 1974: 224).

(23) Sostuvo al respecto, “(…) cuando hayan desaparecido todas las opresiones que ha soportado el país, dando paso a los gobiernos legítimos que exalten y cimenten la voluntad popular (...). Y reorganizada la República sobre una representación veraz de la democracia, los poderes ejercerán sus funciones con la más alta autoridad y el aplauso unánime de los pueblos, porque el respeto y el cariño que éstos profesan a las magistraturas legítimas determinan el enaltecimiento de la investidura de la misma”.

el resultado fue que sólo el 64% de los inscriptos (759.000 ciudadanos) acudió a las urnas: 339.332 votos correspondieron a la U.C.R., lo cual representó 143 electores. La cantidad alcanzada, no garantizó el triunfo en el Colegio Electoral ya que, para obtener la mayoría, era necesario contar con 151 votos y existían disidentes dentro de la U.C.R. que representaban a la pcia. de Santa Fe (28.267 votos, 19 electores). Finalmente primaron los principios por sobre los hombres y la fórmula de la U.C.R., Yrigoyen-Luna, recibió 152 votos (uno más de los que necesarios para la mayoría absoluta) (Etchepareborda, 1986: 17-19).

La impronta rectora del quehacer yrigoyenista, llevó a Carlos Ibarguren, decidido censor del radicalismo, a sostener:

“Ese gobierno de Yrigoyen fue, en nuestra historia, muy representativo, no porque significara el de una mayoría electoral, sino porque entregó la suerte del estado y de sus resortes políticos al dominio de un vasto estrato de la sociedad argentina que hasta ese momento jamás había gravitado ni ascendido al poder, y que constituía una de las capas básicas en que se asentaba la nueva Argentina de la inmigración (...). El historiador debe considerar que fue necesaria, en su momento, esa importante evolución, resultado de la reforma electoral hecha por el presidente Sáenz Peña, quien con su honda mirada de estadista vio que en los renovados cimientos de nuestro país estaba comprimida una enorme represa de ciudadanía a la que era indispensable darle salida en la vida cívica para que no rompiera con violencia y rebeliones el dique que la sofocaba” (cit. en Etchepareborda, 1986: 20).

La lucha agonal no había resultado fácil para la U.C.R., ni para Yrigoyen. Tampoco lo fue el ejercicio del poder. Lo cierto es que, al abandonar la abstención, Yrigoyen no sólo había elegido sino también aceptado una *legalidad* ‘heredada’ del régimen. Circunstancia que, además de impedirle ‘purgar’, desbaratar las trasnochadas prácticas existentes en los tres poderes, le obligó a gobernar con un Congreso adverso (en las provincias, sólo tres Gobernadores respondían a su ideología: Córdoba, Santa Fe (aunque con disidencias) y Entre Ríos. El resto (once provincias) se mantuvieron leales al “régimen” ya que no estaban dispuestas a desafiarlo, permitiendo el voto libre y limpio de la ciudadanía, toda vez que eso significaba poner en peligro sus particulares situaciones distritales.

Desde su gestación la U.C.R. no poseyó un pensamiento dogmático, ni único —propio de totalitarismos— sino que, muy por el contrario, erigida en fuerza política popular y de mayorías, las divergencias habidas en el seno entre sus partidarios y militantes fueron naturales y esperables. Se suscitaron de manera espontánea ante la existencia de disímiles enfoques, aunque encuadrados en comunes y esenciales creencias habidas en el colectivo.

Definitivamente, por la convicción que “(...) los hombres deben ser sagrados para los hombres y los pueblos para los pueblos (...)” (Historia del Radicalismo, 1982: 287, 297) (24).

Pensamos que como en tantos otros momentos de nuestra historia institucional, el triunfo del radicalismo en 1916, que, a no dudar, imprimió una nueva dirección cultural al entramado social, no fue suficiente para lograr similar revulsivo en la sociedad política.

VII. Conclusión

En los capítulos precedentes hemos proporcionado una breve visión sobre el significante-significado de varias categorías conceptuales, ubicándolas en texto y contexto. De allí, la apelación al racconto histórico.

En cualquier caso, las reflexiones hasta aquí formuladas, permiten conjeturar que —no obstante la inercia aún existente en parte de la sociedad política— por vez primera, hace un siglo, la República Argentina contó con un gobierno surgido de la voluntad popular y con un poder legítimo

(24) Cabe señalar que solamente los anarquistas advirtieron —desde su órgano de prensa “La Protesta”— el avance dictatorial.

resultante del debido proceso de legitimación. Ello significó la fijación de nuevas reglas de juego no solo consolidadas en el derecho, sino incorporadas y representadas en la ciudadanía a través de creencias y valores compartidos.

Definitivamente, el Estado argentino gozaba de una nueva legitimidad por legitimación del *sistema* y de los *elementos* del sistema.

El “hoy” —al cumplirse el Centenario de aquella primigenia consagración dialéctica (legitimación-legitimidad)— presenta una *efectividad humana* (Heller, 1987) que luego de atravesar por largos períodos de falta de confianza, de creencia, vale decir, de *desconfianza* hacia *la política* y los *políticos*, que caracterizara —y aún anida en varios sectores— a la Sociedad Civil, pareciera haberse revertido a partir de la segunda mitad del 2015, por la existencia de un debido proceso de *legitimación* —alternativo, de reemplazo— que movilizó a la sociedad civil, permitiendo el resurgimiento de *creencias* y *valores* compartidos, generando un nuevo “diseño de vida”. Proceso que, una vez más —como en aquel lejano 1916— otorgó *legitimidad* a los nuevos actores de la sociedad política, por legitimación del *sistema* y de los *elementos* del sistema (Linchetta, 2014).

VIII. Bibliografía

ARENDRT, Hanna (2012). *La condición humana*. Buenos Aires: Paidós.

BAGÚ, Sergio y otros (1974). *Crecimiento y desequilibrios*, vol. 5. Buenos Aires: CEAL.

BARBE, Carlos (1973). *Appunti per una teoria della legittimazione*. Torino: G. Giappichelli editori.

— (1974). *Progresso e Sviluppo*. Torino: Edizioni Giappichelli.

BARBE, Carlos y OLIVIERI, Mabel (1972). *Analisi in prospettiva storica comparata sull' inadeguatezza della teoría funzionalista per lo studio dell' instabilità política argentina: una proposta alternativa*. Torino: Estratto dagli ANNALI della FONDAZIONE LUIGI EINAUDI, vol. VI.

BAUMAN, Zygmunt (2001). *En busca de la política*. Buenos Aires: FCE.

— (2009). *Amor líquido*. Buenos Aires: FCE.

BIDART CAMPOS, Germán. “Prólogo” en Corbetta J. C. y Piana S., *La noción de legitimidad en el concepto de lo político de Carl Schmitt*. Buenos Aires: Edit Struhart & Cía., p. 5.

BOTANA, Natalio (1968). *La légitimité problème politique*. Buenos Aires: C. L. BROUSSE.

— (1970). “La crisis de legitimidad en Argentina y el desarrollo de los partidos políticos”, en: *Revista Criterio*, N° 1604, septiembre. Buenos Aires.

BOURDIEU, Pierre (1980). “Le capital social”, en: *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 31: 2-3. Disponible en: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/arss_0335-5322_1980_num.31_1_2069

FERRERO, Guglielmo (1943a). *El Poder*. Buenos Aires: Inter Americana.

— (1943b). *Reconstrucción*. Buenos Aires: Sudamericana.

HABERMAS, Jürgen (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, pp. 619-643.

HELLER, Hermann (1987). *Teoría del Estado*. México: FCE.

- HISTORIA DE LAS ELECCIONES ARGENTINAS (2011). Vol. 02. Buenos Aires: Clarín.
- HISTORIA DEL RADICALISMO (1982). Vol. 1/21. Buenos Aires: Edit. GAM.
- HISTORIA INTEGRAL ARGENTINA (1974). *Crecimiento y Desequilibrios*. Vol. 5. Buenos Aires: CEAL.
- INFORMACION PARLAMENTARIA (1993). *ELECCIONES*. (Abril). Vol. I. Nº 7. Buenos Aires: Serie Estudios e Investigaciones.
- LINCETTA, María C. (2014). “*Legitimidad y Legitimación en la Argentina. 1853-1930*” (Tesis de doctorado). Disponible en: www.sedici.unlp.ar/handle/10915/38112
- LIPSET, Seymour (1964). *El hombre político*. Buenos Aires: EUDEBA.
- LOBATO, Mirta Zaida (directora del tomo) (2000). *Nueva Historia Argentina- El progreso, la modernización y sus límites (1880-1916)*. Barcelona: Edit. Sudamericana.
- LUNA, Félix (1995). *Fuerzas hegemónicas y Partidos Políticos*. Buenos Aires: Sudamericana.
- MALLEA, Eduardo (1984). *Historia de una pasión argentina*. Buenos Aires: Sudamericana.
- MAZO, Gabriel del (1964). *Breve historia del radicalismo*. Buenos Aires: Coepla.
- MONTERO, Manuel (2007). “Nuestra nostridad”, Diario *El País* 18/11/2007. Madrid.
- POULANTZAS, Nicos (1985). *Las clases sociales en el capitalismo actual*. México: Siglo XXI.
- (1985). *Poder político y clases sociales en el estado capitalista*. México: Siglo XXI.
- ROLDAN, Darío, (2003). “La cuestión de la representación en el origen de la política moderna”, en: Sabato, Hilda y Lettieri, Alberto (comp.), *La vida política en la Argentina del siglo XIX- Armas, votos y voces*. Buenos Aires: FCE.
- ROMERO, José Luis (1969). *Las ideas políticas en Argentina*. Buenos Aires: FCE.
- SABATO, Hilda y LETTIERI, Alberto (comp.) (2003a). *La vida política en la Argentina del siglo XIX- Armas, votos y voces*. Buenos Aires: FCE.
- SABATO, Hilda (coord.) (2003b). *Ciudadanía política y formación de las naciones- Perspectivas históricas de América Latina*. México: FCE.
- TOKATLIAN, Juan Gabriel (2005). “Ninguna caída es para siempre”, en: Diario *Clarín*, 14/11/05. Buenos Aires.
- TOURAINÉ, Alain (1993). *Critique de la modernité*. París: Fayard.
- (1995). *¿Qué es la Democracia?* Montevideo: FCE.

Fecha de recepción: 18-04-2016

Fecha de aceptación: 20-07-2016

La doctrina del absurdo en la experiencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires (*)

POR LEANDRO J. GIANNINI (**)

Sumario: I. Introducción. — II. La doctrina del “absurdo”: concepto y caracteres. — III. Estudio de casos: resultados relevantes. — IV. Conclusiones. — V. Bibliografía.

Resumen: el presente trabajo constituye el informe final del proyecto de investigación destinado a analizar la experiencia concreta de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en la aplicación de su conocida doctrina del “absurdo”, por la que se habilita excepcionalmente la revisión del juicio de hecho en el ámbito de la casación provincial.

Palabras claves: Suprema Corte - recursos extraordinarios - casación - absurdo - recurso de inaplicabilidad de ley

The doctrine of absurdity at the Supreme Court of justice of Buenos Aires

Abstract: *this work constitutes the final report of a research project conducted to analyze the concrete experience of the Supreme Court of Buenos Aires province (Argentina) in the implementation of its known “absurd doctrine”, which allows exceptional review of the judgment of fact, within its extraordinary appeal jurisdiction based on a “cassation” regime.*

Keywords: *Supreme Court- extraordinary appeals - cassation - revision of facts*

I. Introducción

El presente trabajo constituye el informe final del proyecto de investigación desarrollado en el ámbito del Instituto de Derecho Procesal y la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de La Plata, durante la segunda mitad del año 2015 e inicios del 2016. Tuvo por objeto analizar la experiencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la aplicación de su conocida doctrina del “absurdo”.

Como es sabido, dicha doctrina fue pergeñada desde la primera mitad del siglo pasado por la SCBA como un instrumento excepcional de revisión de cuestiones de hecho en el ámbito de la casación. A través de ella, la Corte reexamina ante el Superior Tribunal provincial la determinación de la plataforma fáctica de la litis, cuando la misma es producto de errores graves, manifiestos o evidentes por parte de los tribunales de grado.

La notable consolidación y expansión de esta doctrina la han transformado en un concepto clásico de la casación bonaerense, ampliamente conocido no sólo por los jueces de la Corte, sino tam-

(*) Trabajo elaborado por el Equipo de investigación: Leandro J. Giannini (director), Norberto Abaca, Guillermo Aban Burgos, Lisi Alday, Adrian Víctor Bugvila, Diego Cazeaux, Mariano S. Fernández, Juan Andrés Gasparini, Javier Martín Gonzalez, Mariela Galeazzi, Sebastián Irazusta Badi, Gabriela Linares, Ignacio Martínez, Lucas Orlando, Francisco Oviedo, Lucia Richiusa, Gonzalo Sarachaga, Martín Yurec, Guillermo Zappacosta, María Juliana Zicavo. (Las opiniones vertidas en este trabajo no necesariamente reflejan la de los colaboradores de la investigación desarrollada).

(**) Prof. Titular Ordinario Derecho Procesal II; Prof. de la Maestría en Derecho Procesal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP.

bién por académicos, abogados y operadores del sistema. Sus rasgos generales han sido analizados por reconocidos autores (como Hitters, 1998: 452-477; Morello, 2000: 341-368; Ibáñez Frocham, 1957: 314-315; Sosa-Mancuso, 1982: *pássim*; Tessone, 2004: 341-379; Fernández, 2011: *pássim*) siguiendo, en general, la jurisprudencia de la Corte, que reiteradamente se ha esforzado por intentar definir su heterogénea fisonomía.

Sin embargo, dichos esfuerzos se han concentrado habitualmente en la enunciación teórica de los principales contornos de la figura, sin explicar múltiples aspectos de su funcionamiento concreto. Entre los capítulos que no han merecido suficiente desarrollo es dable advertir que, al día de la fecha, no existen estudios de campo que permitan evaluar múltiples resultados de su aplicación práctica. Muchas de las aproximaciones generales que se tienen de la institución no han sido contrastadas con la praxis cotidiana de la casación bonaerense, a través de un método empírico que exceda la ejemplificación jurisprudencial de las nociones teóricas aludidas.

Sabemos por ejemplo que, de acuerdo con una constante jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA), la doctrina del absurdo tiene ciertos caracteres que definen un perfil, como son su excepcionalidad, la patencia del vicio que se pretende corregir acudiendo a ella, la consecuente falta de necesidad de grandes desarrollos argumentales para verificar su presencia en un caso concreto (el absurdo “se muestra”, no se “demuestra”), etcétera.

También asumimos intuitivamente que, frente a dichas notas definitorias: a) la tasa de rechazo de los recursos que invocan esta clase de vicios es elevada; b) la discusión acerca de la presencia de absurdo en un caso concreto es acotada y no genera demasiadas disidencias internas en un tribunal colegiado como la SCBA (lo “evidente” suele ser tal, por ser prácticamente incontestable, por no admitir dudas entre quienes lo observan); c) la motivación necesaria para tener por demostrado un caso de absurdo es menor que para resolver otros planteos formulados en dicha instancia extraordinaria (la carga de justificación necesaria para revelar lo evidente no es la misma que demostrar lo discutible), etcétera.

Sin embargo, pese a aceptarse axiomáticamente estas afirmaciones como típicas de la experiencia de la casación bonaerense, carecemos de estudios empíricos que las sustenten. En líneas generales, puede sostenerse que la literatura sobre la doctrina del absurdo se enfoca en la descripción de sus rasgos generales, la importancia y antecedentes de la función axiológica desarrollada mediante la misma y algunos aspectos técnicos acerca del modo de articularla adecuadamente en la casación bonaerense.

Pero, insistimos, hasta la actualidad no se registran investigaciones de campo que permitan dar mayores precisiones sobre el saldo concreto de su aplicación en esta instancia. No se sabe con precisión qué grado de éxito suelen tener los casos en los que se denuncia la presencia de este vicio. Tampoco se puede afirmar con exactitud si los estándares tradicionalmente consagrados por la Corte para definir su perfil, tienen reflejo en la praxis cotidiana.

Para remediar estas lagunas en el conocimiento de una de las instituciones más conocidas y utilizadas en el ámbito de la casación bonaerense, asumimos la tarea de estudiar la totalidad de las sentencias y resoluciones de la Suprema Corte en un período de tiempo dado. Tomamos un lapso de dos años, que entendemos suficiente para obtener conclusiones válidas que se alejen de episodios estacionales en los que la doctrina en cuestión pueda ser más o menos utilizada por las partes o por la Corte. Todas las sentencias y resoluciones de la Suprema Corte de índole jurisdiccional dictadas durante ese período fueron examinadas, extrayendo de ellas indicadores que consideramos valiosos para abordar los problemas planteados como relevantes para la investigación. Tales indicadores fueron luego sistematizados y procesados para obtener datos de campo que permitan extraer conclusiones verificables sobre los temas referidos.

El resultado final constituye un aporte relevante para el estudio de la casación y, en particular, de la delicada misión dikelógica que la Corte ejercita a través de la creación pretoriana del absurdo.

II. La doctrina del “absurdo”: concepto y caracteres

II.1. Concepto. Ámbito de aplicación. Propuesta de revisión conceptual

Si bien el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley está previsto en la provincia de Buenos sólo para controlar errores en la interpretación y aplicación de la ley o de la doctrina legal de la SCBA (artículos 161, inc. 3, ap. a Constitución de la provincia de Buenos Aires; 278 y ss., Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires —CPCBA—), a partir de la creación pretoriana a la que se dedica esta investigación, es posible penetrar en la determinación de la plataforma fáctica de la litis, cuando los tribunales de grado hayan incurrido en errores graves, manifiestos, palmarios o intolerables en la valoración de la prueba.

Algunos doctrinarios cuestionaron originariamente la instalación de esta doctrina, al considerar que la Corte pretendía con ella hacer primar su propia valoración de la prueba, a la de los jueces de grado:

“(…) la Corte local descubrió que solamente podría primar su conciencia a la de los jueces de los hechos, imputándoles absurdos (...) si lo ‘absurdo’ es lo contrario a la razón y sinónimo de ‘disparate’ no parece muy feliz el uso de tal expresión. Máxime cuando actúa como cortina de humo para encubrir el exceso que significa inmiscuirse en las conclusiones sobre los hechos que el juez laboral sienta, en única instancia, apreciando la prueba en conciencia” (Ibáñez Frocham, 1957: 314-315).

En cambio, más modernamente, autores como Morello han justificado su preferencia por este modelo intermedio de casación, atendiendo a las ventajas que supone un diseño recursivo extraordinario que no se desentiende de las particularidades del caso, que hace mérito del modelo de acceso a la jurisdicción, que humaniza los resultados del servicio de justicia y que controla el razonamiento judicial previniendo toda forma de arbitrariedad (Morello, 2000: 123-132) (1).

Siguiendo la conceptualización inicial, se suele considerar que el *ámbito de acción* de la doctrina del absurdo se concentra exclusivamente en la revisión excepcional de la determinación de los hechos y de la valoración de la prueba llevada a cabo en las instancias de grado. Típicas manifestaciones de esta variante propia de funcionamiento de la doctrina analizada, son los casos en los que la SCBA penetra en la conclusión fáctica de un tribunal inferior, considerando que la composición probatoria respectiva es irrazonable o prescinde abiertamente de elementos probatorios relevantes. Así, por ejemplo, cuando se omite considerar elementos de juicio que desvirtúan conclusiones periciales (2); cuando se prescinde de prueba esencial y decisiva para la suerte de la controversia (3), cuando se valora fragmentaria y aisladamente la prueba (4); cuando se incurre en una ausencia total de valoración de los elementos probatorios aportados por las partes, quedando las conclusiones fácticas despojadas de todo fundamento (5); cuando el tribunal de grado se aparta sin razones atendibles de un dictamen pericial no impugnado por las partes y corroborado por prueba testimonial y con-

(1) Véase asimismo, sobre la finalidad axiológica de la casación que se satisface con esta doctrina, Hitters, 1998: 171-185.

(2) SCBA, P. 90.213, sent. del 20/12/2006, “G., J. C.”

(3) SCBA, L. 38.602, sent. del 22/07/1987, “Aspeleiter”; L. 58.062, sent. del 20/08/1996, “Altamirano”; L. 99.499, sent. del 10/08/2011, “E, H. O.”; L. 102.040, sent. del 10/12/2012, “Brea”; L. 116.450, sent. del 2/07/2014, “Bernar”, etc.

(4) SCBA, L. 44.713, sent. del 18/09/1990, “Bandieri”; L. 74.003, sent. del 12/02/2003. En similar sentido: SCBA, C. 94.503, sent. del 31/10/2007, “M., A.” (tratamiento individual de los medios de prueba sin entrelazarlos acumulativamente con los restantes elaborando un plexo o tejido de hechos recíprocamente compenetrados).

(5) SCBA, L. 108.109, sent. del 29/05/2013, “Vanucci”.

fesional (6); cuando se extraen inferencias ilógicas de un único indicio (7); cuando se valora parcialmente la prueba testimonial prescindiéndose de indicios que, por su número, precisión y gravedad, daban sustento suficiente a la responsabilidad (8); cuando se valoran irrazonablemente los indicios por lo que se determinó la responsabilidad médica por mala praxis (9); o frente a un desvío notorio de la aplicación del raciocinio en la intelección o aprehensión del contenido de una declaración testimonial y del indicio derivado de la misma (10); cuando se desconoce el pleno valor de la prueba confesional expresa, condicionándose su eficacia bajo el argumento de que lo declarado no coincidía con lo expresado en los escritos constitutivos (11); o ante el desconocimiento de la prueba testimonial rendida en la causa para acreditar los presupuestos de procedencia de la pretensión de alimentos dirigida contra los abuelos de un menor (12); o frente a la cuantificación del valor del bien expropiado sobre la base de promediar los montos determinados en pericias previamente descalificadas por carecer de rigor científico (13). En definitiva, se da esta variante de absurdo siempre que el fallo que se aparte de la verdad jurídica objetiva al establecer una conclusión en abierta contraposición con las constancias de la causa (14).

En los ejemplos precedentes, como fuera anticipado, el absurdo se desenvuelve dentro de su fisonomía más típica: la revisión excepcional del juicio de hecho, frente a desvíos manifiestos en la valoración de los elementos de prueba.

Además de esas variantes de absurdo, el elenco clásico de vicios susceptibles de ser atacados por este carril está compuesto por los defectos lógico-formales del razonamiento. A esta especie se la ha denominado absurdo “formal”, por enfocarse en el apartamiento de los principios lógicos utilizados en la justificación de la decisión, más que en la valoración del material probatorio aportado en la causa. Así, por ejemplo, cuando se incurre en incoherencias, se cometen falacias (15) o se vulneran los clásicos postulados de identidad, tercero excluido y no contradicción (16).

De todos modos, la diferencia entre una y otra hipótesis de absurdo no siempre es tajante y, en múltiples oportunidades, los graves vicios valorativos se combinan con defectos lógico formales. Es por ello que la definición más utilizada por la Suprema Corte adopta una fórmula condensada que incluye a ambas especies, luego de describir sus principales caracteres: “la configuración del absurdo requiere la acreditación de un error grave, grosero y fundamental [caracteres], plasmado en una conclusión incoherente y contradictoria en el orden lógico formal [absurdo formal], o incompatible con las constancias objetivas que resultan de la causa [absurdo material]” (17) (lo expresado entre corchetes nos pertenece).

(6) SCBA, L. 37.235, sent. del 19/05/1987, “Vialá”. En similar sentido: véase SCBA, L. 32.610, sent. del 17/09/1985, “Benavidez”.

(7) SCBA, C. 117.750, sent. del 8/04/2015, “Plaquín”.

(8) SCBA, C. 99.887, sent. del 27/04/2011, “Martínez”.

(9) SCBA, C. 111.009, sent. del 12/03/2014, “B., M. N.”.

(10) SCBA, P. 71.611, sent. del 1/12/2004, “G., C. A.”.

(11) SCBA, C. 104.516, sent. del 30/03/2010, “Villanueva” (en el caso, pese a advertirse dicho vicio, el recurso fue desestimado por insuficiente, al dejar en pie otros argumentos del fallo que le daban sustento bastante).

(12) SCBA, C. 99.898, sent. del 17/03/2010, “M., L. M.”.

(13) SCBA, C. 95.603, sent. del 2/09/2009, “Indaburu”.

(14) SCBA C. 117.878, sent. del 01/04/2015, “Espósito”; C. 104.397, sent. del 11/05/2011, “G., L. A.”; Ac. 87.420, sent. del 16/02/2005, “Ferretti”; Ac. 80.105, sent. del 01/04/2004, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires”; Ac. 66.193, sent. del 03/06/1997, “Lago”, etc.

(15) SCBA, causa L. 85.312, sent. del 25/04/2007, “Jara”.

(16) SCBA, causa P. 111.735, sent. del 04/06/2014, “Altuve”.

(17) SCBA, causas L. 110.362, sent. del 14/08/2013, “Douton”; L. 107.854, sent. del 03/04/2014, “Moreno”; L. 111.319, sent. del 20/08/2014, “Dimotta”; L. 117.190, sent. del 17/09/2014, “Almada”; L. 111.123, sent. del 25/02/2015, “Marianache”; L. 117.129, sent. del 11/03/2015, “Vázquez”; L. 107.358, sent. del 15/07/2015, “López”, entre muchas otras.

Más allá de lo referido, debe resaltarse que, dadas las dificultades que en la teoría y en la práctica produce la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, la doctrina del absurdo ha ganado terreno más allá de dicho núcleo básico de funcionamiento (revisión de cuestiones de hecho *stricto sensu*), para jugar un papel relevante en la revisión de cuestiones de derecho que dependen especialmente de la apreciación de las circunstancias de cada caso. Nos explicamos.

Analizando la jurisprudencia de la Suprema Corte acerca del estándar de revisión utilizado para verificar la procedencia de los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley llevados a sus estrados, encontramos numerosos ejemplos en los que el Máximo Tribunal considera que la inspección de la aplicación que los tribunales de grado hacen de conceptos jurídicos indeterminados, es una tarea ajena a dicha vía de impugnación, salvo que se demuestre una hipótesis de absurdo.

Múltiples son las manifestaciones de este fenómeno, por el que la Corte considera que la revisión de definiciones casuísticas o circunstanciales, por más que no involucren una crítica a la determinación de la plataforma fáctica del caso, son cuestiones “de hecho” ajenas —por regla— a la casación. Es habitual que se trate de ese modo a planteos que, sin que intentar un reexamen de los hechos cuestionan la conclusión que los tribunales inferiores extraen a partir de dichas circunstancias, cuando dicha conclusión depende de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. Por ejemplo, cuando se trata de verificar si de las mismas puede afirmarse la presencia de “culpa de la víctima o de un tercero por el que no se debe responder” (18) o si de cualquier otro modo se ha quebrado el nexo causal (19). O si la cosa que produjo el daño, puede ser considerada “riesgosa” en concreto (conf. artículo 1113 del ex Código Civil; artículo 1757 del Código Civil y Comercial) (20). O si la actitud de alguna de las partes puede ser calificada como “contraria a la buena fe” o “abusiva” (artículos 1198 y 1071 del Cód. Civ. derogado; artículos 9 y 10 del nuevo Código Civil y Comercial (Civ. y Com.) (21). O si una conducta determinada es lo suficientemente “grave” como para justificar un despido (artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) (22), extinguir un matrimonio (durante el régimen del divorcio vigente hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, artículos 202 inc. 4 y 214, inc. 1, del Código Civil derogado) (23) o excluir la responsabilidad de

(18) Se trata de otro de los más reiterados criterios de exclusión, por los que la Corte se rehúsa a entender en problemas de aplicación de conceptos especialmente dependientes de las circunstancias del caso, aunque la plataforma fáctica propiamente dicha, no sea cuestionada ante sus estrados. Así lo ha señalado la Corte en reiteradas oportunidades: “Determinar si la conducta de la víctima o de un tercero eximió total o parcialmente de responsabilidad al dueño o guardián de la cosa, constituye una cuestión de hecho, ajena -en principio- a su función revisora” (véase SCBA causas Ac. 35.822, “Montesino”, sent. del 27/05/1986, Ac. 51.817, “Santillán”, sent. del 8/06/1993; Ac. 67.732, “Meza”, sent. del 24/02/1998; Ac. 87.784, sent. del 28/02/2007; C. 98.336, “Lusto”, sent. del 28/10/2009; C. 97.794, “Pouso”, sent. del 3/11/2010, entre muchas otras).

(19) SCBA, causas C. 104.874, sent. del 04/05/2011, “Falco”; C. 108.501, sent. del 06/04/2011, “Moroni de Collazo”; C. 107.621, sent. del 14/04/2010, “R., W.”; C. 96.518, sent. del 18/03/2009, “A. d. C., M. A.”; C. 105.397, sent. del 27/04/2011, “Vides”; C. 107.904, sent. del 09/06/2010, “Walfisch”, etc.

(20) SCBA, causas L. 34.235, sent. del 15/10/1985, “Varino”; Ac. 39.782, “Sánchez de Cócáro”, sent. del 29/11/1988; Ac. 65.155, “Lucero”, sent. del 2/03/1999; Ac. 93.748, “Hessling”, sent. del 11/07/2007; L. 94.502, sent. del 18/08/2010, “M., J.M.”.

(21) SCBA, Ac. 34.410, “Massaro”, sent. del 18/06/1985; Ac. 45.861, “Sabione”, 7/04/1992; C. 93.827, “Montenegro”, sent. del 20/08/2008; L. 94.033, sent. del 16/03/2011, “Brites”; Rl 118.684, res. del 08/07/2015, “Meaurio”.

(22) La SCBA ha considerado en reiteradas oportunidades que la tarea de evaluación de la “conducta de las partes previa a la rescisión del vínculo laboral, para establecer la existencia o no de injuria legitimante del despido remite a típicas cuestiones de hecho inabordables en casación, salvo absurdo” (causas L. 89.160, “Pucheta”, sent. del 8/07/2008; L. 97.612, “García Moyano”, sent. del 9/06/2010, etc.).

(23) También la Suprema Corte ha considerado en estos casos que “determinar si en el caso se han producido las ‘injurias’, así como si las circunstancias caracterizadas como tales revisten el carácter de ‘graves’ en los términos del artículo cuya infracción se denuncia, implica adentrarse en el ámbito de las cuestiones de hecho y que, como tales, son, en principio, ajenas a esta sede extraordinaria” (Ac. 40.854, sent. del 13/06/1989, Ac. y Sent. 1989/02/381; Ac. 65.752, sent. del 21/04/1998, en *DJBA* t. 155, p. 264 y en *ED*, t. 181, p. 816; Ac. 91.545, “R., A.”, sent. del 22/08/2007; C. 94.570, “R., S.”, sent. del 10/09/2008; en igual sentido: SCBA, causas C. 98.569, sent. del 18/03/2009, “S., G.”; C. 105.767, sent. del 19/12/2012, “B., M.”, entre muchas otras).

la aseguradora en la cobertura de un siniestro (artículo 70, ley 17.418)(24). O si las explicaciones brindadas por las autoridades públicas son “suficientes” como para tener por abastecido el derecho de acceso a la información de un ciudadano (25). O si hay “suficiente identidad” entre dos o más pretensiones para hacer lugar o desestimar la excepción de cosa juzgada (26). O si la fundamentación de la apelación ordinaria contenía una crítica adecuada de los fundamentos de la sentencia de primera instancia (artículo 260, CPCBA) (27), etcétera.

Como se aprecia fácilmente, esta clase de preceptos están dotados de expresiones de una textura especialmente abierta, por lo que su aplicación en cada caso demanda una delicada valoración de las especiales circunstancias que le dieron lugar, por más que no se discuta el modo en que los hechos sucedieron. Esta dificultad es una de las principales razones que explican la adopción de reglas de exclusión que limitan el acceso a sus estrados de este tipo de cuestiones. Sin embargo, es discutible la *ratio* utilizada para sostener este principio limitativo de la propia competencia. No parece acertado afirmar que el reexamen de dicha tarea valorativa, cuando no signifique modificar la plataforma fáctica tenida por probada por el *a quo*, constituya una cuestión de hecho. Consecuentemente, no puede ser ése el motivo por el que la aplicación en concreto de esta clase de estándares (“curso normal de las cosas”, “buen hombre de negocios”, “suficiencia”, “gravedad”, “buena fe”, carácter “abusivo” de una conducta, “desproporción”, etc.), quede librada a la estimación prudencial de los jueces de grado.

Como hemos explicado en otra oportunidad (Giannini, 2016: 2) (28), el criterio aludido no parece afinarse en una adecuada distinción entre cuestiones de hecho y de derecho (29). Si bien no es éste el lugar para desarrollar acabadamente la problemática de la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho en el ámbito de la casación, a efectos de dejar exteriorizadas las premisas conceptuales de nuestro marco teórico, corresponde aclarar que nos enrolamos entre quienes consideran que dicha diferenciación constituye una guía posible para determinar el ámbito general de actuación de un tribunal superior.

Ello no significa la adopción de criterios de interpretación formalista, ni mucho menos tomar partido a favor de las superadas corrientes “silogísticas”, que intentaron ceñir la tarea de juzgar a la mera deducción de conclusiones lineales derivadas de una premisa mayor (la formulación hipotética prevista en la norma) y una premisa menor (los hechos del caso), para verificar si estos últimos coinciden con los enunciados en la “prótasis” del precepto general (30). Por el contrario, el marco

(24) La Corte también ha aplicado en este ámbito la regla de exclusión que venimos examinando, juzgando que: “determinar, conforme las circunstancias de tiempo, lugar y modo del accidente si el asegurado actuó o no con ‘culpa grave’, a fin de liberar a la aseguradora de la garantía de indemnidad que asumiera, constituye una cuestión de hecho” (v. SCBA, Ac. 40.812, “Romero”, sent. del 4/07/1989; Ac. 85.694, sent. del 1/09/2004; Ac. 87.541, “Rocoma”, sent. del 24/05/2006).

(25) Véase SCBA, A. 72.274, sent. del 9/03/2016, “Albaytero”, en el que la Corte tuvo por acreditada la presencia de absurdo en la valoración que habían hecho las instancias de grado acerca de la suficiencia de la información brindada al actor.

(26) SCBA, C. 102.847, sent. del 03/11/2010, “Escobar”; C. 117.350, sent. del 10/12/2014, “S. d. B., M. C.”; C. 117.198, sent. del 1/07/2015, “Rodríguez”.

(27) SCBA C. 111.640, sent. del 24/04/2013, “Rzepeski”; C. 116.866, sent. del 6/11/2013, “Martino”; C. 119.005, sent. del 1/07/2015, “Jaime”; C. 115.864, sent. del 04/03/2015, “Zamorano”, entre muchos otros.

(28) Los desarrollos siguientes del texto siguen fundamentalmente lo expresado en ese lugar.

(29) Desde hace tiempo se ha calificado a esta tendencia como un “abuso” en la utilización de la categoría de las cuestiones de hecho. V. Morello, 1981: 613-616; Condorelli y Méndez, 1982: 316. También Tessone ha observado “una cierta tendencia a calificar de cuestiones fácticas, típicas cuestiones de derecho, como son, por caso, la subsunción normativa de circunstancias particulares o singulares de la causa, no mentadas en las referencias dogmáticas, o de hechos en conceptos jurídicos indeterminados” (2011: 155).

(30) Utilizamos una terminología difundida en el ámbito de la Teoría General del Derecho acerca de la estructura de las normas, que puede ser sintéticamente recordada acudiendo a las palabras introductorias de Guastini sobre la noción en cuestión: “(...) toda norma jurídica es reconducible a la forma condicional o hipotética: ‘Si F, entonces G’, donde el antecedente (o prótasis) se refiere a una clase de circunstancias fácticas y el consecuente (o apódosis) a una clase de

teórico que adoptamos, parte de reconocer la complejidad tanto del juicio de hecho, como del juicio de derecho, con la consecuente irreductibilidad de dicha tarea a meras operaciones deductivas. También importa admitir la interacción necesaria que, en la tarea de juzgar, existe entre norma y hecho, por la cual la selección de la norma aplicable al caso depende precisamente del énfasis o enfoque que se adopte al valorar la preponderancia de determinados elementos fácticos, dentro de la serie infinita de contingencias que pueden conformar el relato histórico de los antecedentes de un caso.

Ahora bien, ni la complejidad de la tarea decisoria, ni la interacción entre “norma y hecho” son obstáculos para mantener vigente la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, como pauta idónea para definir inicialmente el campo de actuación de una Corte Suprema.

Más aún, en un contexto social cada vez más complejo y dinámico, en el que la definición de las reglas generales y abstractas de conducta por el legislador, crecientemente se vale de fórmulas abiertas (como precio a pagar para mantener la posibilidad de regular conductas hipotéticas cuya enunciación no expire a corto plazo (31)), se vuelve fundamental la guía de los máximos tribunales, como faro al que puedan acudir los tribunales de grado en búsqueda de criterios hermenéuticos adecuados para el manejo de tales categorías. De otro modo, si la tarea de una Corte Suprema se limitara exclusivamente a la interpretación y aplicación de preceptos de alcances más o menos rígidos, en los que la construcción sistemática predomina frente a la labor axiológica, la jurisprudencia consecuente corría el riesgo de burocratizarse y de perder aptitud para amoldarse a las necesidades de una legislación que —repetimos— cada vez más se vale de normas de contenido predominantemente abierto para regular la conducta de los particulares y del Estado. Dicho estancamiento no estaría exento de consecuencias, ya que los cimeros cuerpos de justicia se alejarían cada vez más de la problemática actual de los protagonistas del fenómeno jurídico, que palpita mucho más cerca de las pujas por la adecuada interpretación de los estándares abiertos de conducta, que de la discusión sobre el alcance de preceptos dotados de presupuestos más certeros de aplicación.

Sostenemos, en definitiva, es que la tarea hermenéutica de uno y otro tipo normativo forman parte de un mismo fenómeno: la interpretación de la norma y su aplicación al caso concreto de conformidad con los hechos verificados en la causa. Que en el caso de aplicación concreta de conceptos indeterminados el examen recaiga fuertemente sobre aspectos valorativos de la decisión, no quita a dicha tarea su naturaleza interpretativa (y —por ello— “de derecho”).

De lo expresado puede concluirse que la tradicional línea jurisprudencial de la Suprema Corte según la cual se considera que múltiples juicios predominantemente valorativos de los tribunales de grado son ajenos a la casación, como ocurre con la aplicación al caso concreto de ciertos conceptos jurídicos indeterminados, no encuentra un sustento aceptable en la clásica distinción entre cuestiones de hecho y de derecho.

La señalada regla de exclusión podría explicarse (no necesariamente justificarse) en dos motivos de diversa índole. Uno de naturaleza práctica: no forzar a la Corte a revisar (con el esfuerzo que ello conlleva en la ya dilatada carga de trabajo del cuerpo) los juicios de valor que efectúan los tribunales ordinarios al “concretizar” (aplicar) dichas cláusulas generales en las circunstancias variables de cada caso. Asociado a ello puede verificarse un segundo motivo de índole institucional: el reexamen de dichas cuestiones, al enfocarse en las particularidades de cada asunto, importa concentrar

consecuencias jurídicas (como en nacimiento de una obligación o de un derecho, la imposición de una sanción, la validez o invalidez de un acto, etc.)” (Guastini, 1999: 95).

(31) Son de recordar en tal sentido las conocidas palabras de Hart, para quien la indeterminación (falta de certeza en la zona marginal de penumbra de una norma) es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales; no sería posible (y ni siquiera deseable) una situación en la que las reglas fueran tan detalladas que, de antemano, estuviera siempre resuelto si son o no aplicables a cada caso particular, de modo que nunca se hiciera necesario, en el momento de su aplicación efectiva, una nueva elección entre distintas alternativas (1968: 159-160).

los esfuerzos del tribunal en tareas que carecen de impacto más allá de las partes en litigio. Se trata de cuestiones de derecho que pueden ser calificadas de intrascendentes, por carecer de repercusión general, pero no como cuestiones de hecho.

Cuando un tribunal como la SCBA integrado por siete jueces que no se divide en salas, decide fortalecer su rol institucional a través de una selección cualitativa de su agenda jurisdiccional, puede válidamente concentrar su atención en asuntos que le permitan guiar la interpretación y desarrollo del derecho, orientar la conducta de la comunidad y la resolución de casos análogos actuales o futuros.

Si se acepta esta revisión conceptual, debe concluirse que la tarea de revisión de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, no debería seguir siendo considerada como ajena a la casación por tratarse de cuestiones de hecho. Consecuentemente, su planteo no debería requerir la denuncia ni la demostración de absurdo. Sin embargo, por tratarse frecuentemente de debates en los que predomina la tutela del *ius litigatoris*, careciendo consecuentemente de repercusión general, dichas cuestiones pierden *trascendencia* (artículo 31 bis, ley 5827). En otras palabras, dado que las conclusiones de la Corte sobre el punto difícilmente repercutan en estos casos más allá de la contienda cuya justa composición se pretende, se debilitan las razones por las que un asunto deba ser reexaminado en esta instancia.

La postura que adoptamos, lejos de proponer una corrección ateneísta o gramatical, tiende a impulsar un cambio sustancial en la mecánica de la casación, en lo que se refiere a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, desde dos vertientes principales. En primer lugar, al considerar que la tarea aludida configura una cuestión de derecho de las definidas en el artículo 279 del Código Procesal Civil y Comercial (CPCC), definición a partir de la cual, la labor interpretativa-axiológica de marras pasa a formar parte del ejido normal de revisión de la Corte. Al ingresar en un caso que porte este tipo de problemática, el estándar de su inspección será pleno y no excepcional. Además, su decisión será idónea para sentar doctrina legal en la materia. De este modo, se maximiza su rol institucional, abriéndosele la posibilidad de desarrollar un papel más dinámico en la creación del derecho viviente, papel que, hasta ahora, ha quedado confinado en esta materia a hipótesis marginales.

La segunda razón por la que consideramos que el criterio defendido variará la fisonomía de la casación, es precisamente la imposición de un estudio liminar de cada causa, para desentrañar, entre la infinidad de asuntos en los que los litigantes vencidos denuncian que el criterio sostenido por los tribunales de grado vulnera un estándar general de conducta o un precepto legal de textura abierta, cuáles son los casos que verdaderamente le permiten adoptar posturas relevantes en la materia, de modo de desplegar, dentro de sus posibilidades materiales, la misión que le es más eminente.

Dicha selección no puede entonces justificarse en una discutible expansión de la categoría de las cuestiones de hecho, sino que debe ser encarada valorando la trascendencia de cada caso y utilizando adecuadamente el poder discrecional de admitir recursos carentes de dicha nota. Con un ejercicio efectivo, transparente y equilibrado de dichas potestades, que constituyen la principal innovación incorporada en la casación bonaerense por la última reforma al artículo 31 bis de la ley 5.827 (ley 13.812), podría revisarse el tradicional enfoque en esta materia, sin afectar las posibilidades materiales de respuesta de la Suprema Corte.

Sin perjuicio de ello, mientras no se modifique este arraigado criterio de la casación bonaerense, la doctrina del absurdo mantendrá el rol dual al que nos hemos referido. Seguirá sirviendo como un dispositivo excepcional para la revisión de errores manifiestos producidos: I) en la determinación de la plataforma fáctica de la litis (valoración de la prueba) y II) en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados especialmente dependientes de la valoración de las circunstancias del caso.

II.2. Caracteres

Dos notas generales son distinguibles tradicionalmente en la conceptualización y aplicación de la doctrina del absurdo. La primera se refiere a la doctrina en sí, al calificársela como “excepcional” y de “interpretación restrictiva”. La segunda, íntimamente asociada a la anterior, se vincula con la calidad de los defectos susceptibles de revisión por esta vía.

El *carácter excepcional* de esta atribución ha sido destacada por la Corte, en términos explícitos y reiterados: “la revocación por absurdo es de carácter excepcional y restrictivo, correspondiendo al recurrente acreditar su existencia” (32), a través de una técnica que ha sido calificada en alguna oportunidad como “severa, aunque no rigorista” (33).

Esta nota no sólo se deriva de la idea según la cual el reexamen del juicio de hecho constituye un apartamiento de la regla general que sólo habilita en esta instancia la presentación de cuestiones de derecho (esto es: atinentes a la interpretación y aplicación de la “ley”). También se ha predicado la excepcionalidad del absurdo a partir del rigor del estándar exigido para tenerlo por verificado.

Ello nos conecta con el segundo rasgo anticipado, referido a la calidad de los vicios que pueden ser controlados por este medio. En tal sentido, la Corte ha reservado el instituto de marras para situaciones “extremas” en las que el yerro cometido es palmario o evidente:

“Si bien a través de la doctrina del absurdo se admite una apertura a la revisión de los hechos de la causa en casación, a ella sólo puede acudir en situaciones que bien pueden calificarse de *extremas*. No cualquier disentimiento autoriza a tener por acreditado dicho vicio, ni tampoco puede la Corte sustituir con su propio criterio al de los jueces de mérito. El absurdo no queda configurado aun cuando el criterio de los sentenciantes pudiera ser calificado de objetable, discutible o poco convincente porque se requiere algo más: el *error grave, grosero y manifiesto* que conduzca a conclusiones inconciliables con las constancias objetivas de la causa” (34) (SCBA C. 100.963, sent. del 25/11/2009).

En otras palabras, el recurrente debe demostrar que lo decidido es un dislate (35).

Como toda vía excepcional por la que un superior tribunal rompe con las barreras pretendidamente rígidas que buscan limitar su competencia apelada (en este caso, la restricción de la instancia extraordinaria a la revisión de cuestiones de derecho), doctrinas como el absurdo (SCBA) o la arbitrariedad (CSN) pueden ser vista como manifestaciones de la “discrecionalidad” con la que estos cuerpos suelen determinar los alcances de su competencia (36). No siempre son claras las

(32) SCBA causa A. 71.315, sent. del 27/05/2015; C. 92.877, sent. del 22/09/2010, “Mondini”; Ac. 96.879, sent. del 18/07/2007, “Mansilla”; Ac. 85.570, sent. del 14/04/2004, “Casa Vasco Sociedad de hecho”; P. 70.878, sent. del 08/07/2003, “C., P. G. s/Homicidio culposo”; P. 35.852, sent. del 13/03/1990, “F., R. D. s/ Homicidio”, entre otras.

(33) SCBA C. 100.963, sent. del 25/11/2009, “Basabe”, voto del Dr. Hitters.

(34) SCBA C. 119.324, sent. del 15/07/2015, “Romero”; C. 116.975, sent. del 04/03/2015 “Yacopini”; C. 100.803, sent. del 22/12/2010, “Pajón”; C. 107.181, sent. del 09/12/2010, “Heim”; C. 100.091, sent. del 11/03/2009, “Setau”; C. 97.830, sent. del 11/02/2009, “Ferri”; C. 100.565, sent. del 12/11/2008, “González”; C. 97.577, sent. del 28/05/2008, “García”; C. 94.117, sent. del 05/12/2007, “M., D. H.”; Ac. 91.558, sent. del 24/05/2006, “Fleytes”; Ac. 90.443, sent. del 13/04/2005 “Adano”; Ac. 77.310, sent. del 02/10/2002, “La Rosaura S.A.”; Ac. 70.845, sent. del 15/03/2000, “Guastavino”; Ac. 64.420, sent. del 01/12/1999, “Tamborenea”; Ac. 70.890, sent. del 08/09/1998, “González”; Ac. 55.367, sent. del 20/05/1997, “Sánchez de Jesús”; Ac. 57.505, sent. del 10/07/1996, “Martínez”; Ac. 44.854, sent. del 16/11/1993, “Escumbarti”; Ac. 45.683, sent. del 08/09/1992, “La Aseguradora del Oeste Compañía de Seguros”; Ac. 45.198, sent. del 20/08/1991, “Inveraldi y Ruibal”; Ac. 38.765, sent. del 16/05/1989, “Dall’Occhio”; Ac. 39.063, sent. del 11/10/1988, “Grinszpun”.

(35) SCBA, C. 118.900, sent. del 15/07/2015, “Centrales de la Costa Atlántica S.A.”; C. 118.235, sent. del 13/05/2015, “Sierra”; C. 117.165, sent. del 31/07/2013, “M. L. c/ L., S. C.”; C. 107.908, sent. del 17/08/2011, “Alonso”.

(36) Adoptamos aquí la voz “discrecionalidad” en un sentido lato, comprendiendo aquellas variantes de actuación de los superiores tribunales que se caracterizan por la especial vaguedad o indeterminación de los límites de su competencia. En otras oportunidades nos hemos inclinado por distinguir terminológicamente a la discrecionalidad de la interpretación

fronteras que separan las sucesivas magnitudes que puede exhibir un defecto sentencial, que van del error probadamente inexistente, pasan por el error discutible u opinable (37), el error “a secas” y finalizan en el error manifiesto u ostensible, que es el que da lugar a la aplicación del absurdo. La flexibilidad con la que las cortes supremas manejan este tipo de categorías, especialmente las dos últimas, han permitido incluir a este tipo de doctrinas dentro del elenco de dispositivos que transforman a la jurisdicción de las cortes supremas en “discrecional” (38).

Como ocurre frecuentemente cuando se analizan estas variantes de actuación de los tribunales supremos, el conocimiento sobre las instituciones suele concentrarse en una serie de nociones generales que se repiten axiomáticamente y que sólo recalcan de modo muy genérico sobre su perfil y funcionamiento. Las dificultades para predecir cuándo las cortes ingresarán en un caso apelando a este tipo de dispositivos o cuándo tendrán por verificada la presencia de hipótesis de excepción que habiliten la revisión de errores que —por regla— son ajenos a su competencia, han obstaculizado una sistematización segura de instituciones como la gravedad institucional, el *certiorari*, el absurdo o la arbitrariedad.

Como fuera anticipado, esta investigación fue diseñada para profundizar en estos aspectos funcionales de la doctrina del absurdo que sólo pueden ser verificados sistematizando los resultados concretos de su aplicación en la multiplicidad de asuntos en los que aquella es planteada y decidida. Dicha tarea, muchas veces olvidada en el análisis de la institución, no agota su problemática, pero aporta aspectos relevantes sobre su funcionamiento, que permiten profundizar el conocimiento de la casación bonaerense. A ello nos referiremos en el apartado siguiente.

III. Estudio de casos: resultados relevantes

III.1. Introducción

Pasemos ahora a los resultados del relevamiento documental realizado sobre los fallos y resoluciones de la Suprema Corte, en busca de datos relevantes en torno al funcionamiento de la doctrina analizada.

Como fuera anticipado, esta fase de la investigación fue desarrollada por un grupo integrado por 21 maestrandos, dirigidos por el autor de este informe, tomando como muestra la totalidad de las sentencias y resoluciones jurisdiccionales interlocutorias dictadas por la Suprema Corte entre el 28 de agosto de 2013 y el 19 de agosto de 2015. Dos años completos de actuación jurisdiccional de la Corte fueron examinados en su totalidad para obtener información sometida a parámetros previamente definidos. Varias hipótesis de trabajo fueron presentadas para decidir dichos parámetros.

En primer lugar, interesaba conocer la *cantidad de asuntos en los que la doctrina del absurdo fue invocada* durante ese período como sustento total o parcial de la impugnación, cotejando la

y aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados con los que se determina muchas veces la jurisdicción apelada de las Cortes Supremas (véase Giannini, 2016). Sin embargo, dicha distinción no es necesaria aquí, permitiéndonos utilizar la expresión en términos genéricos, aunque con la salvedad aquí formulada.

(37) La Corte ha señalado reiteradamente que “la valoración de la prueba realizada por la alzada puede resultar discutible o poco convincente, pero ello no es suficiente para descalificarla por absurda” (SCBA, causas C. 105.718, sent. del 21/12/2011, “Cedro Azul S.A.”; C. 104.758, sent. del 7/08/2013, “Cecconi”; C. 99.055, sent. del 7/05/2014, “Fabiani”; C. 112.442, sent. del 2/07/2014, “Gallardo”, etc.). En similar sentido, acudiendo a la terminología del doctor de Lázari que la Corte ha hecho propia, se ha señalado en más de una oportunidad que: “a quien postula este remedio no le alcanza con argumentar que la valoración de la prueba de los hechos, o la interpretación de la normativa *prima facie* aplicable, pudo ocurrir o hacerse de otra forma, aunque esa forma fuera más probable o aceptable; en cambio, le es indispensable demostrar que de la manera sostenida en la sentencia *no puede ser*” (C. 119.362, sent. del 21/10/2015, “Unilever de Argentina S.A.”; C. 119.269, sent. del 15/07/2015, “Aldonatte”; C. 109.731, sent. del 2/05/2013, “R. C., F. J.”; C. 102.803, sent. del 31/10/2012, “Queirof”, entre otras).

(38) Bianchi, 1997: 923.

incidencia porcentual de dichos asuntos sobre el universo total de casos resueltos. De este modo, es posible verificar la importancia de la doctrina en cuestión y la incidencia que ella tiene en la aplicación de los recursos materiales y humanos con los que la Corte enfrenta el rol institucional que, en general, define su fisonomía: la casación.

El dato es importante asimismo para la planificación de la agenda del Máximo Tribunal, en caso de promoverse una profundización del ejercicio de las potestades de selección de causas reconocida en el artículo 31 bis de la ley 5.827, a partir del análisis de la trascendencia de las cuestiones articuladas ante sus estrados. Siendo que los casos en los que se predomina la tutela del *ius litigatoris* frente a la injusticia de la decisión atacada, en general, no influyen en sectores relevantes de la comunidad, es habitual que se piense que la reducción de la agenda de la Corte puede encararse válidamente limitando el acceso de los recursos basados en la doctrina del absurdo, considerándose los “intrascendentes”. Más allá del acierto o error de dicha aproximación al tema de la selección de causas basada en el estándar de la trascendencia (39), lo cierto es que una proyección de ese tipo debe contar con elementos adecuados para estimar el impacto que una línea semejante tendría sobre el funcionamiento de la Suprema Corte. Al día de hoy, no existen estudios que permitan realizar este tipo de previsiones.

Tampoco existen precisiones acerca de la *tasa de éxito* que tienen los recursos en los que se denuncia absurdo. Elemento que también resulta útil para encarar varios aspectos de planificación o reforma de funcionamiento de esta instancia extraordinaria.

Lo mismo cabe señalar respecto de la razón por la que los recursos de este tipo son desestimados. Por ejemplo, en el derecho comparado se ha sostenido como uno de los principales instrumentos para mejorar el funcionamiento de la casación, la creación de un foro especializado en actuación ante las cortes supremas. Se sostiene que al limitarse a especialistas el elenco de abogados capaces de litigar ante un superior tribunal, se mejora la experiencia en este ámbito. Esta optimización tendría lugar, por ejemplo: a) al perfeccionarse la calidad de este tipo de presentaciones; b) al evitar, gracias a dicha evolución técnica, que las partes pierdan la oportunidad de revisión ante la Corte por razones diversas al mérito de su postulación; c) al agilizarse, en paralelo, el estudio de los casos por la Corte misma, al estar en condiciones de penetrar directamente en la cuestión de derecho controvertida, sin tener que consumir horas intentando comprender la base del planteo del recurrente, como ocurre con lamentable frecuencia en la práctica; d) al reducirse la litigiosidad en esta instancia, por el asesoramiento preventivo que los abogados especializados están en condiciones de realizar acerca de las perspectivas de éxito de un recurso extraordinario, etcétera.

Para encarar una reforma de este tipo con elementos que no sea meramente intuitivos, es también necesario verificar la incidencia porcentual que tiene la declaración de insuficiencia como causal de desestimación de los recursos extraordinarios basados en la doctrina del absurdo. Tampoco se cuenta con datos rigurosos en este ámbito.

Lo mismo ocurre cuando se trata de confirmar otras nociones generales asociadas habitualmente al funcionamiento práctico de la institución. Por ejemplo, cuando se afirma que el absurdo “se muestra” en pocas palabras, porque, de lo contrario, el error no sería tan evidente. Para confirmar dicha apreciación, es útil conocer el grado de desarrollo argumental que demandan los fallos en los que se tiene por demostrado el absurdo, en comparación con el resto de la producción sentencial del Máximo Tribunal. Algo parecido sucede cuando se sostiene que el yerro jurisdiccional que da lugar a esta doctrina debe ser “indiscutible”. También es valioso conocer qué porcentaje de casos en los que se tiene por verificado el absurdo son resueltos por unanimidad o, por el contrario, con disidencias.

(39) Remitimos nuevamente al análisis formulado en Giannini, 2016: pássim.

Estos datos también pueden ser útiles a la hora de diseñar reformas estructurales. Servirá, por ejemplo, para analizar el mérito de propuestas como la división en salas de este superior tribunal. Si la pretensión de revisión axiológica de los casos en los que se denuncia absurdo sólo interesa —por lo general— a las partes del juicio, sería admisible reducir el número de jueces que participen en la deliberación del caso, ya que: I) no se está sentando en él una doctrina que impacte en el resto de la comunidad; II) no puede haber mucha discusión acerca de si una sentencia incurrió o no en absurdo, porque esta clase de vicios no admiten mayor debate, exhibiéndose notorios a los ojos de cualquier cantidad de magistrados. Si bien esta línea argumental podría admitirse en un debate como el presentado, lo cierto es que no se tienen datos concretos que permitan afirmar qué porcentaje de asuntos en los que se dirime una denuncia de absurdo, son resueltos por unanimidad o con disidencias.

Veamos entonces algunos de estos aspectos de la problemática de la casación, tratados con datos más concretos.

III.2. Incidencia de la doctrina del absurdo en el trabajo jurisdiccional de la Suprema Corte

Un parámetro interesante a evaluar respecto de la primera de las líneas de investigación aludidas en el apartado anterior, es la incidencia de los planteos de absurdo en la labor jurisdiccional de la Suprema Corte.

A estos efectos, el análisis documental formulado incluyó el relevamiento de la cantidad de asuntos en los que se planteó ante la Suprema Corte la existencia de absurdo de la sentencia atacada, comparándolo con: a) el resto de las decisiones jurisdiccionales; b) el resto de las decisiones jurisdiccionales definitivas.

Dada la metodología de la investigación, que para este tipo de verificación sólo incluyó el estudio documental de las resoluciones y sentencias, las cifras que se exhiben han sido extraídas tomando como base el contenido de los documentos analizados. La aclaración es relevante, ya que, por ejemplo, si en un caso se hubiera denunciado la existencia de absurdo en el recurso extraordinario y dicha línea argumental no hubiera sido explicitada en el relato de antecedentes que realiza en general la Suprema Corte antes de fundar el acogimiento o rechazo del recurso, el caso no será computado dentro de aquéllos en los que aparece denunciada esta doctrina excepcional.

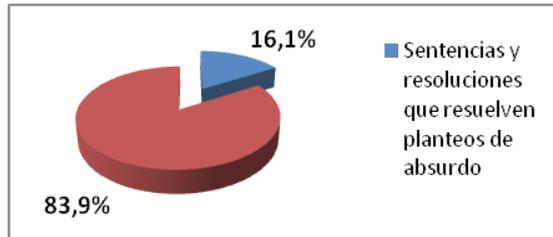
Este reparo metodológico sólo podría ser corregido teniendo acceso a la totalidad de los expedientes y revisando el 100% de los recursos extraordinarios, para verificar si cada denuncia de absurdo fue registrada en el fallo o resolución que se pronuncia sobre cada asunto considerado. Teniendo a la vista la precisión con la que la Corte sintetiza los planteos recursivos en sus resoluciones y sentencias, consideramos que dicha compleja metodología es innecesaria. El dato de la denuncia formulada por el recurrente es generalmente explicitada en los fallos, aunque se lo haga sintéticamente. En efecto, es frecuente encontrar en las decisiones de la SCBA expresiones como: “(...) la parte (...) interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denuncia absurdo y violación de los artículos (...)”. O: “la parte (...) mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, denuncia la errónea aplicación y violación de los artículos (...) y de la doctrina legal que cita. Asimismo alega absurdo en la ponderación de la prueba (...)”. Como fuera anticipado, sólo han sido considerados como casos en los que se denuncia absurdo, aquellos que cuenten con referencias de ese tipo o de la fundamentación del fallo es dable concluir que dicha alegación ha sido introducida.

Hecha esta aclaración, vayamos a los resultados del estudio.

El primer dato a destacar en este punto es que de las 20.206 decisiones analizadas (computando la totalidad de las resoluciones jurisdiccionales y sentencias dictadas durante el período examinado), en 3.258 fue planteada alguna forma de absurdo. Lo que equivale al 16,1% de la actividad ju-

risdiccional de la Corte. Gráficamente, los resultados referidos pueden ser expresados del siguiente modo.

Gráfico N°1. Incidencia del absurdo en el trabajo jurisdiccional de la SCBA

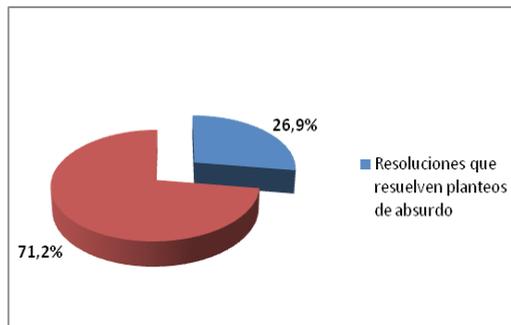


Fuente: elaboración propia.

Comparando las decisiones que resuelven alguna denuncia de absurdo únicamente con las decisiones definitivas de la Suprema Corte (12.132), la incidencia porcentual de los pronunciamientos en caso de denuncia de absurdo crece al 26,9%.

La exclusión de resoluciones no definitivas implica reducir la base de comparación dejando de lado resoluciones que no se pronuncian finalmente sobre la admisibilidad o procedencia de los recursos extraordinarios, sino que se expiden sobre cuestiones de competencia, intimaciones (por ejemplo, resoluciones interlocutorias que advierten la insuficiencia del depósito previsto en el artículo 280 del CPCC e imponen al recurrente depositar la diferencia correspondiente), prórrogas de plazo (*vg.*, el otorgamiento del plazo de tres meses a efectos de acreditar el beneficio de litigar sin gastos definitivo, para tornarse operativa la excepción a la aludida carga económica), el acogimiento de una queja (que sólo se expide sobre la admisión del recurso extraordinario, sin resolverlo en cuanto al mérito), recursos posteriores a la sentencia definitiva (típicamente: la concesión o denegación del recurso extraordinario federal en los términos del artículo 14 de la ley 48), etcétera. La supresión de este tipo de decisiones en el segundo cálculo propuesto, permite obtener un dato útil, ya que, al excluir decisiones que no resuelven casos concretos, se puede tener una noción más precisa de la incidencia porcentual de la invocación de la doctrina del absurdo en el tipo de actividad en la que ella impacta concretamente, dejando al costado resoluciones en la que el absurdo no tiene ninguna utilidad o aplicación.

Gráfico N° 2. Incidencia del absurdo en el trabajo jurisdiccional de la SCBA (excluyendo resoluciones no definitivas)



Fuente: elaboración propia.

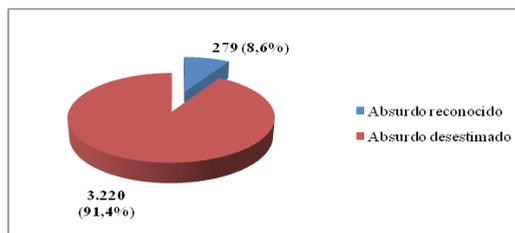
III.3. Tasa de éxito de los planteos de absurdo

La segunda línea de investigación se orientó a verificar el grado de recepción que la doctrina del absurdo tiene en los estrados de la Corte.

Dado el carácter excepcional de la institución analizada y el particular rigor del estándar utilizado por la SCBA para juzgar su existencia, no es difícil presumir el predominio de los casos de desestimación de los recursos que se basan en ella. Sin embargo, como fuera adelantado, no existen estudios que permitan verificar esta inferencia intuitiva, ni se pronuncien acerca de la tasa concreta de éxito de los planteos de absurdo.

Los resultados del examen documental desarrollado confirman el amplio predominio de los casos de rechazo de los recursos extraordinarios basados en esta doctrina, por sobre los de procedencia. En el período analizado, de las 3.258 denuncias de absurdo llevadas a la Corte, sólo 279 prosperaron, lo que equivale a un 8,6%. Las restantes 3.220 (91,4%) fueron rechazadas por diversos motivos. Pasado a términos gráficos:

Gráfico N° 3. Tasa de éxito (absurdo)



Fuente: elaboración propia.

En este punto, resulta interesante verificar la variabilidad de los resultados dependiendo de la materia involucrada. Una de las hipótesis la investigación procuró a verificar respecto del rendimiento del absurdo, es la incidencia del sistema procesal de instancia única o de doble instancia, en la tasa de éxito de las impugnaciones basadas en esta doctrina. Como es en general sabido, este dispositivo excepcional se potenció en la provincia de Buenos Aires a partir de la creación del fuero laboral y sus tribunales de instancia única (40). Dada la ausencia de una instancia recursiva ordinaria, la Suprema Corte se transformó, gracias a este diseño, en la única sede de revisión de la valoración con la que los tribunales colegiados del trabajo definen la plataforma fáctica de la litis y se pronuncian sobre las cuestiones “circunstanciales” a las que hemos hecho referencia previamente (véase *supra*, apartado II.1). Es interesante verificar si dados estos antecedentes, la doctrina del absurdo tiene un mayor grado de recepción en el fuero aludido o si, por el contrario, la existencia de una sola instancia jurisdiccional no tiene incidencia significativa sobre la comisión de esta clase de yerros. El dato puede interesar no sólo para revisar el funcionamiento de la casación, sino para encarar cualquier reforma general de la estructura jurisdiccional.

Como se aprecia de los resultados siguientes, la hipótesis según la cual la doble instancia, por la mayor profundidad del examen, reduciría la tasa de absurdo, no se corrobora en la experiencia de la casación bonaerense:

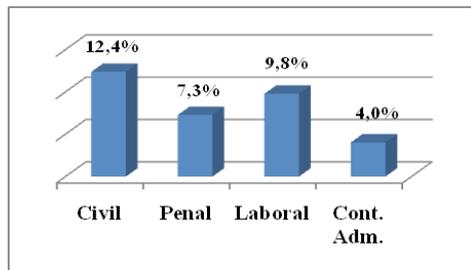
(40) Véase Ibáñez Frocham, 1957: 314.

Cuadro N° 1. Absurdo. Tasas de éxito por materia

Materia	Denunciado	Reconocido	%
Civil	533	66	12,4%
Penal	1921	140	7,3%
Laboral	705	69	9,8%
Cont. Adm.	99	4	4,0%

Fuente: elaboración propia.

Lo que, en términos gráficos, puede expresarse del siguiente modo:

Gráfico N°4. Absurdo. Tasa de éxito por materia

Fuente: elaboración propia.

Una sola aclaración se impone para analizar correctamente los resultados ofrecidos, en particular con relación al fuero laboral que es el único que mantiene al régimen de instancia única ordinaria en la provincia de Buenos Aires. Dado que este último se caracteriza no sólo por la instancia única sino también por el predominio de la oralidad y la ausencia de transcripción en actas de las declaraciones testimoniales y confesionales, suele ser extremadamente difícil plantear exitosamente ante la Corte una denuncia de absurdo basada en la irrazonable valoración de este tipo de prueba (41). Siendo ello así, la tasa de éxito de la doctrina del absurdo en esta materia, queda parcialmente condicionada por las dificultades que el sistema de oralidad impone los intentos de revisión de ciertos medios de prueba (fundamentalmente la prueba testimonial).

De todos modos, los resultados de la indagación son importantes ya que, como vimos, el ámbito de acción de la doctrina del absurdo no se reduce a las hipótesis de revisión de la valoración de la prueba oral. También incluye el reexamen de la valoración de la prueba restante, así como la aplicación al caso concreto de conceptos jurídicos indeterminados o de estándares normativos especialmente dependientes de las circunstancias del caso.

(41) Si bien la Corte siempre destaca la aplicabilidad de la doctrina del absurdo en este ámbito, se encarga de resaltar la dificultad que tiene cualquier intento de revisión de la valoración de la prueba testimonial, frente a la oralidad imperante en el fuero y el régimen legal de apreciación "en conciencia" de aquélla: "en el proceso laboral, la valoración de la prueba testimonial queda reservada a los jueces de grado, que gozan de amplias atribuciones en razón del sistema de 'apreciación en conciencia' en lo que concierne al mérito, habilidad de las exposiciones, así como la confiabilidad que alguna o algunas de ellas le merezcan con relación a otras, salvo absurdo" (SCBA L. 117.721, sent. del 25/11/2015 "Agapito"; L. 107.358 sent. del 15/07/2015, "López"; L. 114.577, sent. del 24/06/2015, "Díaz"; L. 117.458, sent. del 27/05/2015, "Vidal", entre muchas otras).

Finalmente, resulta interesante verificar qué tipo de absurdo predomina en la experiencia concreta de la Corte. Para ello, tomamos los casos de procedencia de los recursos basados en dicha doctrina y clasificamos a los defectos verificados en cuatro grandes categorías: 1) absurdo en la determinación de la plataforma fáctica o en la valoración de la prueba; 2) absurdo en la determinación de cuestiones de derecho “circunstanciales” (véase *supra*, ap. II.1), en el que nos referimos a la aplicación de esta doctrina para reexaminar la valoración de las circunstancias tenidas en cuenta en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados); 3) defectos de motivación (dogmatismo, falta de fundamentación); 4) absurdo lógico (*vg.*, contradicción).

La clasificación propuesta es algo más amplia que la clásica distinción entre absurdo “material” y “formal”, presente en la generalidad de la doctrina (42) y reconocida por la misma jurisprudencia de la SCBA (43). Consideramos relevante introducir las referidas categorías, para verificar la incidencia de cada una de las manifestaciones más frecuentes de absurdo, dando así más precisión a los datos presentados. Los resultados muestran un predominio de la configuración más tradicional del instituto, consistente en la revisión excepcional de la definición que los tribunales de grado hacen de la plataforma fáctica de la litis o de la valoración de la prueba (56,3% de los casos de absurdo receptados), causal que muchas veces está combinada con la segunda principal manifestación de la doctrina analizada: los defectos de motivación (23,4%).

El siguiente cuadro presenta los resultados referidos por categoría:

Cuadro N° 2. Tipo de absurdo

Tipo de absurdo	Cantidad	%
Absurdo fáctico o probatorio	183	56,3%
Absurdo en la determinación de cuestiones de derecho “circunstanciales”	33	10,2%
Absurdo lógico	33	10,2%
Defectos de motivación	76	23,4%

Fuente: elaboración propia.

III.4. ¿El absurdo siempre se “muestra” en pocas palabras? Carga argumental y extensión de la fundamentación de las decisiones sobre absurdo

Como fuera anticipado, uno de los axiomas generalmente utilizados en la explicación de la doctrina del absurdo, es que verificar su presencia en un caso concreto no requiere mayores desarrollos (44). Dada la patencia del vicio que se denuncia, la Corte ha señalado reiteradamente que “más que demostrado debe ser mostrado, puesto en evidencia, porque por su propia naturaleza pocas palabras bastan para él” (45).

(42) Hitters, 1998:456-459; Sosa-Mancuso, 1982:284; Tessone, 2004:342; Fernández, 2011:17.

(43) Véase SCBA, causas C. 112.130, sent. del 04/09/2013, “Ramírez”; C. 108.632, sent. del 02/11/2011, “M. , J. c/ D., A.”; C. 107.359, sent. del 25/08/2010, “Cuiña”; C. 117.327, sent. del 01/07/2015, “P. M. P.” (voto del doctor de Lázzari). Sostuvo aquí el magistrado citado en último término: “Este vicio, tal como el concepto ha ido elaborándose por esta Suprema Corte, hace referencia a la existencia, en la sentencia atacada, o bien de un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica (absurdo por inatención o error en la inferencia, o absurdo formal), o bien a una aseveración groseramente desacertada respecto del material probatorio o de las constancias objetivas de la causa (absurdo por falsedad o error en las premisas, o absurdo material)”.

(44) SCBA, causas C. 85.625, sent. del 19/09/2007; C. 96.867, sent. del 3/06/2009.

(45) SCBA, causas Ac. 35.589, sent. del 11/02/1986, “Bonillo Sanchez”; Ac. 52.963, sent. del 20/12/1994, “Caputo”; Ac. 63.908, sent. del 20/11/1996, “Berea”; Ac. 66.562, sent. del 03/06/1997, “Pasqualone”; Ac. 74.574, sent. del 16/08/2000,

Nos pareció interesante plantear como objetivo particular de la investigación verificar si dicha reiterada premisa es cierta o si, por el contrario, como la experiencia parece demostrarlo en ciertas ocasiones, la verificación de ciertas hipótesis de absurdo demandan una justificación más abundante, para permitir al tribunal (en el caso del recurrente) o a la comunidad (en el caso de la Corte), remover todo aquello que impide visualizar lo evidente. Hay defectos argumentales de las decisiones jurisdiccionales que muchas veces ocultan una grave falacia en argumentos que prima facie parecen convincentes. Esta presencia retórica de fundamentos que lucen inicialmente convincentes, pero que, una vez verificadas sus falencias de base, caen en el absurdo, coloca al recurrente en la necesidad de quebrar sucesivamente múltiples velos argumentales hasta llegar al núcleo del insostenible error valorativo que se denuncia. Lo mismo debe a veces hacer la Corte para revocar una sentencia en la que se advierte este tipo de defectos.

Para coadyuvar a verificar esta hipótesis, comparamos la extensión promedio de las sentencias y resoluciones totales de la SCBA durante el período analizado, con aquellas en las que se pronuncia en casos en los que se denuncia absurdo. Dentro de estas últimas, distinguimos aquellas decisiones en las que: a) se tiene por verificado el absurdo y b) se rechaza la existencia de este vicio. El resultado, como se ve a continuación, es el rechazo de la hipótesis aludida y la confirmación de que aquello de que “el absurdo se muestra en pocas palabras” es una afirmación que no se verifica en los hechos.

En los siguientes cuadros presentamos los resultados de la comparación anticipada. Del primer cotejo puede advertirse que las decisiones en las que la Corte tiene por demostrado este vicio excepcional, tienen una extensión promedio que supera el doble de la extensión promedio general de las sentencias y resoluciones de la SCBA.

La extensión media de las decisiones de la Corte, incluyendo la totalidad de la producción jurisdiccional (sentencias y resoluciones) es de 8,5 páginas. De ellas, las sentencias propiamente dichas, dictadas con forma de acuerdo y voto individual, tienen mayor extensión promedio (21,46 páginas) que las resoluciones interlocutorias, dictadas con forma de voto conjunto o concurrente, pero que muchas veces ponen fin al pleito en esta instancia (5,08 páginas). Expresado en el Cuadro, los resultados son los siguientes:

Cuadro N° 3. Extensión de las sentencias y resoluciones de la SCBA

Concepto	Páginas	% respecto del promedio general
Promedio general (sentencias + resoluciones)	8,51	100%
Promedio sentencias	21,46	252,2%
Promedio resoluciones	5,08	59,7%

Fuente: elaboración propia.

Veamos el cotejo del promedio general aludido, con la longitud media de las decisiones en las que se resuelven planteos de absurdo. Como puede verse, en todos los casos la extensión de estas últimas es muy superior al promedio general. Ello permitiría descartar radicalmente inicialmente la hipótesis presentada (que el absurdo se demuestre en pocas palabras), ya que a diferencia del resto de los problemas que el Máximo Tribunal resuelve en sus distintas modalidades de actuación

“Ferrari”; Ac. 85.357, sent. del 09/06/2004, “Llanos”; C. 98.462, sent. del 29/10/2008, “Paskvan”; C. 111.721, sent. del 30/09/2014, “M., J. J.”, entre otras.

jurisdiccional (que demandan un promedio de 8,5 páginas), los casos en los que se denuncia absurdo le toman en general 13,1 páginas. Incluso la desestimación de la visión tradicional se agrava, al advertirse que las sentencias que tienen por verificado el absurdo demandan en promedio una carga argumental 2,2 veces mayor a la media ordinaria (18,7 páginas para tener por demostrado este vicio, frente a las 8,5 páginas generales).

Cuadro N° 4. Extensión de las sentencias y resoluciones de la SCBA en materia de absurdo

Concepto	Páginas	% respecto del promedio general
Extensión promedio	8,51	100%
Extensión promedio decisiones que resuelven denuncias de absurdo	13,1	154%
Extensión promedio de las decisiones que tienen por verificado el absurdo	18,7	220%
Extensión promedio de las decisiones que rechazan el absurdo	13,2	155%

Fuente: elaboración propia.

Sin perjuicio de lo expuesto, la comparación estaría incompleta si no redujéramos la base de comparación, cotejando las decisiones sobre absurdo no ya con el total de los pronunciamientos de la SCBA, sino únicamente con sus sentencias definitivas. El dato es importante, ya que —como vimos— existe una diferencia considerable entre la extensión promedio de las resoluciones (dictadas con voto concurrente) y las sentencias definitivas (registradas con forma de acuerdo y voto individual de los jueces). Las segundas son unas cuatro veces más extensas que las primeras. Tomando en cuenta este dato, y siendo que la totalidad de las decisiones que tienen por verificado el absurdo son dictadas con forma de sentencia, es útil hacer el cotejo tomando como base el promedio de pronunciamientos dictados con de este modo, para evitar que los resultados se vean teñidos por el formato del fallo, más que por su carga de motivación.

Afinando la comparación en estos términos, sí es posible verificar la hipótesis anticipada, ya que las decisiones en materia de absurdo tienen una extensión promedio sustancialmente inferior al de las sentencias definitivas propiamente dichas (es decir, dictadas con forma de acuerdo y voto individual). Mientras las primeras demandan una longitud media de 13,1 páginas, las segundas —como vimos— rondan las 21,4 páginas. Es decir, que las decisiones sobre absurdo tienen una extensión equivalente a 0,6 veces la del promedio general de sentencias *stricto sensu* (o, lo que es lo mismo, un 40% menos de longitud). Cabe destacar, de todos modos, que las decisiones sobre absurdo, las que tienen por configurado este vicio son algo más extensas, aproximándose al promedio general de extensión de las sentencias definitivas *stricto sensu* (18,7 páginas, que equivalen, a un 61% de lo que demandan las sentencias en general).

Los últimos resultados quedan expresados en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 5. Comparación reducida (extensión de las decisiones en materia de absurdo con la de las sentencias definitivas *stricto sensu*)

Concepto	Páginas	% respecto del promedio general
Extensión promedio de las sentencias	21,46	100%
Extensión promedio decisiones que resuelven denuncias de absurdo	13,1	61%
Extensión promedio de las decisiones que tienen por verificado el absurdo	18,7	87%
Extensión promedio de las decisiones que rechazan el absurdo	13,2	62%

Fuente: elaboración propia.

III. 5. Grado de cohesión de las decisiones sobre absurdo

Otro axioma que interesó verificar en la investigación encarada, es el del carácter evidente o manifiesto con el que la Corte tradicionalmente califica al vicio de absurdo, dejando fuera de sus confines a los defectos que resulten “opinables” o “discutibles”.

Una manera de analizar si dicho reiterado postulado general se convalida en la praxis cotidiana de la casación, es la de verificar el grado de cohesión de los pronunciamientos de la Corte en materia de absurdo. Si fuera habitual que dos o más jueces del Alto Cuerpo tuvieran distintas opiniones acerca de la configuración de este vicio jurisdiccional en concreto, podría quedar en jaque el rigor del estándar que históricamente se afirma aplicable en esta tarea. En otros términos, de presentarse habitualmente disidencias sobre el punto entre magistrados especialmente formados en la casación, podría pensarse que cuando la Corte revisa esta clase de juicios está avanzando en el terreno de lo opinable, pese a predicar reiteradamente lo contrario.

Los resultados arrojan un bajo grado de discrepancias internas en el Tribunal. De las decisiones adoptadas por la Corte en casos en los que se denunciara la presencia de absurdo, el 83,9% fue resuelto por unanimidad, mientras que el 16,1% lo fue por mayoría (es decir, con votos disidentes).

Cuadro N° 6. Grado de cohesión de la SCBA

Unanimidad	2.733	83,9%
Mayoría	525	16,1%
Total	3.258	100%

Fuente: elaboración propia.

Cabe destacar que los datos precedentes reflejan el resultado global de los recursos (que pueden incluir temas distintos a la denuncia de absurdo). Por lo que, para brindar más precisión a los resultados será recomendable indagar más profundamente acerca del grado de disidencias específicas que en cada caso se identifiquen respecto de la presencia o no de este vicio excepcional.

III.6. Influencia del *certiorari* provincial (artículo 31 bis, ley 5.827) en la resolución de los planteos de absurdo

El presente apartado muestra los resultados del procesamiento de los datos referidos a la incidencia del *certiorari* provincial (artículo 31 bis de la ley 5.827) en la resolución de casos en los que se denuncia absurdo.

Como es sabido, el citado precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires permite a la Suprema Corte desestimar prácticamente sin motivación, cualquiera de los recursos extraordinarios habilitados ante sus estrados (recursos de nulidad, de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad de ley), cuando no reúnan requisitos esenciales, hayan sido insuficientemente fundados, planteen agravios desestimados por ese tribunal en otros casos análogos, o cuando la cuestión sometida a su conocimiento sea insustancial o carezca de trascendencia. En tales casos, la SCBA puede rechazar las impugnaciones con la sola invocación de la citada norma y la referencia a la(s) circunstancia(s) aludidas.

Pese a la habilitación del legislador a restringir de ese modo la fundamentación, en la práctica la Corte ha seguido en general una tendencia a brindar una motivación somera que permite verificar brevemente algunos antecedentes primarios del caso y la causal por la que se aplica el “filtro” en cuestión. Sienta con ello una diferencia respecto de la conocida y cuestionada praxis de su par federal, que agota la exteriorización del juicio en una lacónica frase estereotipada (“(...) el recurso es inadmisibile [artículo 280, CPCN]”).

Ello permite, entre otras cosas, procesar documentalmente la información contenida en la sentencia o resolución, para verificar la influencia que este dispositivo de selección o de agilización (según el caso) (46) tiene en el juzgamiento de los casos en los que se denuncia la presencia de la doctrina del absurdo.

El relevamiento realizado permite advertir que del total de las decisiones definitivas de la SCBA (incluyendo en esta categoría a las sentencias propiamente dichas y las resoluciones que ponen fin al pleito en esta instancia) el 25,6% (3.110 decisiones) son desestimaciones por aplicación de alguna de las causales del *certiorari* provincial (artículo 31 bis ley 5.827). Si se compara esta última cifra con el total de la actividad jurisdiccional de la Corte (incluyendo las decisiones no definitivas), el *certiorari* está presente en un 15,4% de los casos.

En lo concerniente a la influencia específica de este dispositivo sobre la doctrina del absurdo, en el período analizado se dictaron 906 decisiones en las que se aplicó el *certiorari* en casos en los que se había denunciado la presencia de esta clase de defectos sentenciales, lo que equivale al 29% de las decisiones sobre *certiorari*, al 7,5% de los pronunciamientos definitivos de la Corte y al 4,5% de las decisiones totales (incluyendo las no definitivas).

En el siguiente cuadro se ven los datos con más detalle, con la indicación de cada una de las causales de *certiorari* aplicadas en general y a efectos de resolver casos en los que se denunciara absurdo.

(46) Para una distinción entre los filtros “propios” (mecanismos de selección propiamente dichos) e “impropios” (instrumentos de simplificación y agilización procedimental), véase Giannini, 2016, capítulo segundo, ap. I. 3.

Cuadro N° 7. Influencia del *certiorari*

Concepto	Cantidad	% sobre <i>certiorari</i>	% sobre decisiones totales	% sobre decisiones definitivas
Decisiones totales dictadas durante el período	20.205		100%	
Decisiones definitivas dictadas durante el período	12.132		60,0%	
Decisiones adoptadas por <i>certiorari</i> (total)	3.110	100%	15,4%	25,6%
Ausencia requisitos esenciales	156	5,0%	0,8%	1,3%
Insuficiencia	599	19,3%	3,0%	4,9%
Casos análogos (desestimación)	589	18,9%	2,9%	4,9%
Cuestiones Insustanciales	5	0,2%	0,0%	0,0%
Cuestiones intrascendentes	5	0,2%	0,0%	0,0%
Casos análogos (procedencia del recurso)	487	15,7%	2,4%	4,0%
Decisiones sobre absurdo adoptadas por <i>certiorari</i>	906	29%	4,5%	7,5%
Ausencia requisitos esenciales	103	3,3%	0,5%	0,8%
Insuficiencia	346	11,1%	1,7%	2,9%
Casos análogos (desestimación)	202	6,5%	1,0%	1,7%
Cuestiones Insustanciales	2	0,1%	0,0%	0,0%
Cuestiones intrascendentes	2	0,1%	0,0%	0,0%
Casos análogos (procedencia del recurso)	33	1,1%	0,2%	0,3%

Fuente: elaboración propia.

Como puede advertirse, dentro de las causales de aplicación del artículo 31 bis de la ley 5.827 predomina en general la desestimación por insuficiencia recursiva y la resolución en casos análogos. En los casos de absurdo, se profundiza la influencia porcentual de la primera de las causales aludidas (insuficiencia).

Para completar el panorama de la utilización del *certiorari* en casos de absurdo, volvamos sobre los últimos datos del cuadro anterior, aunque cotejando porcentualmente las cantidades respectivas únicamente con las decisiones que aplican el artículo 31 bis frente a denuncias de absurdo. De este modo, puede terminarse de apreciarse qué causales de *certiorari* son más utilizadas para la resolución de casos de absurdo y en qué porcentaje específico lo son.

Cuadro N° 8. Influencia del *certiorari* (continuación)

Concepto	cantidad	% s/ decisiones sobre absurdo
Decisiones sobre absurdo	3.258	100%
Decisiones sobre absurdo adoptadas por <i>certiorari</i>	906	27,8%
Ausencia requisitos esenciales	103	3,2%
Insuficiencia	346	10,6%
Casos análogos (desestimación)	202	6,2%
Cuestiones Insustanciales	2	0,1%
Cuestiones intrascendentes	2	0,1%
Casos análogos (procedencia del recurso)	33	1,0%

Fuente: elaboración propia.

III.7. Resultados generales de los recursos interpuestos y otras decisiones

Pese a no tratarse de una evaluación de datos asociados específicamente con la aplicación de la doctrina del absurdo, resulta relevante conocer finalmente la performance general de los recursos deducidos ante la Corte bonaerense.

A tales efectos, se tomó la totalidad de las decisiones dictadas en el período analizado distinguiendo la suerte de las impugnaciones que en ellas se decidían. Se discriminaron estos resultados en recursos inadmisibles, insuficientes, improcedentes, totalmente procedentes y parcialmente procedentes. Se identificaron asimismo los casos de anulación de oficio y la declaración de abstracción original o sobreviniente. Por último, las resoluciones que denominamos como “no definitivas” fueron tomadas como una categoría única, incluyendo un grupo variado de resoluciones como las intimaciones, cuestiones de competencia, resolución de pedidos de conmutación de pena no introducidos mediante recurso extraordinario, quejas por retardación de justicia, etcétera.

Como puede apreciarse, predomina claramente la declaración de inadmisibilidad de los recursos extraordinarios, que configuran un 34,8% de la actuación jurisdiccional total y un 49,6% de las decisiones definitivas (incluyendo sentencias y resoluciones). La siguen los recursos insuficientes, incluyendo en esta categoría a las decisiones en las que la Corte identifica defectos argumentales o técnicos de la pieza impugnativa como ratio fundamental de su desestimación (13,6% del *corpus* completo y 19,4% de los pronunciamientos definitivos *lato sensu*). Por su parte, en líneas generales, la Corte hace lugar al 17,7% de los recursos deducidos ante sus estrados (incluyendo casos de procedencia total y parcial), lo que configura un 12,5% de la actividad jurisdiccional total examinada.

Veamos los números con mayor precisión:

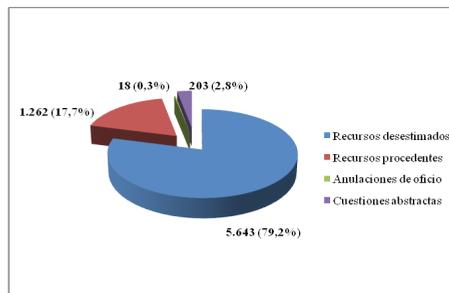
Cuadro N° 9. SCBA (resultado de los recursos y otras decisiones)

Resultado	Cantidad	% (sobre el total)	% (excluyendo no definitivas)
Recurso inadmisibile	3.536	34,8%	49,6%
Recurso insuficiente	1.383	13,6%	19,4%
Recurso improcedente	724	7,1%	10,2%
Recurso procedente (total)	901	8,9%	12,6%
Recurso procedente (parcial)	361	3,6%	5,1%
Anulación de oficio	18	0,2%	0,3%
Cuestión abstracta o desistimiento	203	2,0%	2,8%
Resolución no definitiva	3.022	29,8%	
Total	10.148	100%	

Fuente: elaboración propia.

Computando únicamente las decisiones que se pronuncian finalmente sobre los recursos extraordinarios (es decir, dejando de lado las resoluciones no definitivas), puede obtenerse también la tasa general de éxito y de rechazo, computándose dentro de la primera categoría a los casos de acogimiento total y parcial) y en la segunda a los supuestos de desestimación por inadmisibilidad, insuficiencia e improcedencia. El resultado puede ser graficado del siguiente modo:

Gráfico N° 5. Tasa de éxito/rechazo de los recursos extraordinarios (general)



Fuente: elaboración propia.

IV. Conclusiones

Sin perjuicio de los resultados y conclusiones anticipados, es posible extraer, a modo de síntesis, los principales corolarios de la investigación desarrollada.

Pese a la notable consolidación y expansión de la doctrina del absurdo, que al día de hoy constituye una institución clásica y reconocida en la casación bonaerense, los esfuerzos por estudiar su

heterogénea fisonomía se han concentrado en general en la enunciación teórica de sus principales caracteres, sin explicar con estudios de campo múltiples aspectos de su funcionamiento concreto, como los que se han intentado verificar en esta investigación.

El ámbito de acción de la doctrina del absurdo no se reduce a las hipótesis de revisión de la valoración de la prueba o de la determinación de la plataforma fáctica de la litis. También incluye el reexamen de la aplicación al caso concreto de conceptos jurídicos indeterminados o de estándares normativos especialmente dependientes de las circunstancias del caso (cuestiones de derecho “circunstanciales”), a los que la SCBA excluye —por regla— de su competencia apelada, considerándolas cuestiones de hecho ajenas a la casación.

La *ratio* de la adopción de dicha regla de exclusión es observable. No parece acertado afirmar que el reexamen de dicha tarea valorativa, cuando no signifique modificar la plataforma fáctica tenida por probada por el *a quo*, constituya una cuestión de hecho. Consecuentemente, no puede ser ése el motivo por el que la aplicación en concreto de esta clase de estándares quede librada a la estimación prudencial de los jueces de grado.

La tarea de revisión de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, no debería seguir siendo considerada como ajena a la casación por tratarse de cuestiones de hecho. Consecuentemente, su planteo no debería requerir la denuncia ni la demostración de absurdo ni la Corte debería aplicar un estándar riguroso o excepcional para juzgar su procedencia. Sin embargo, por tratarse frecuentemente de debates en los que predomina la tutela del *ius litigatoris*, careciendo consecuentemente de repercusión general, la admisibilidad de dichos planteos puede ser limitada mediante una utilización efectiva, equilibrada y transparente del régimen de selección basado en el estándar de trascendencia (artículo 31 bis, ley 5.827).

La doctrina del absurdo tiene una incidencia moderada en el trabajo jurisdiccional de la Suprema Corte, ya que sólo el 16,1% de los pronunciamientos de este Tribunal abordan explícitamente la resolución de casos en los que se denuncia absurdo por parte del recurrente. Comparando tales decisiones con los pronunciamientos definitivos de la Corte, la incidencia de la doctrina en cuestión asciende al 26,9% de su trabajo jurisdiccional.

La tasa de éxito de los planteos basados en la doctrina del absurdo es reducida. Sólo el 8,6% de los casos en los que se denuncia la presencia de este vicio excepcional, éste último es reconocido como tal.

La tasa referida en el inciso anterior no exhibe variaciones significativas dependiendo de la estructura del fuero respectivo, ni en el sistema recursivo ordinario que precede a la casación. Ejemplo de ello es la superioridad de los casos de absurdo declarados procedentes en materia civil (12,4% en un fuero de doble instancia ordinaria) y laboral (9,8% en un fuero de instancia única ordinaria, sin recurso de apelación).

Pese a que habitualmente se sostiene que el absurdo se “muestra” en pocas palabras, la resolución de los casos en los que se denuncia absurdo tienen una extensión promedio 2,2 mayor a la media ordinaria (18,7 páginas promedio para tener por demostrado este vicio, frente a las 8,5 páginas generales).

Sin embargo, cotejando dicha longitud exclusivamente con las sentencias definitivas propiamente dichas, las decisiones sobre absurdo se muestran un 40% más breve que el promedio general (13,1 páginas sobre las 21,4 páginas que insumen las sentencias dictadas mediante acuerdo y voto individual). La extensión aumenta cuando se trata de decisiones que tienen por configurado el absurdo, en las que se invierte un promedio de 18,7 páginas por caso.

La Suprema Corte exhibe un alto grado de cohesión en la resolución de los casos en los que se denuncia una hipótesis de absurdo. El 83,9% de dichos recursos son resueltos por unanimidad, mientras que el 16,1% restante lo son por mayoría (es decir, con disidencias). Estos datos confirman en líneas generales la afirmación tradicional según la cual lo “opinable” queda fuera de los confines de la doctrina analizada.

El *certiorari* provincial (artículo 31 bis, ley 5.827), tiene un impacto considerable en la resolución de casos en los que se denuncia absurdo. Alrededor del 28% de las decisiones de este tipo de asuntos, son resueltos aplicando este “filtro”. Dentro de las causales del artículo 31 bis predomina la desestimación por insuficiencia recursiva y la resolución en casos análogos, profundizándose la influencia porcentual de la primera causal (insuficiencia) a la hora de decidir asuntos en los que se plantea absurdo.

El futuro de la doctrina del absurdo seguramente quedará condicionado por el desarrollo progresivo de la potestad de selección que la Corte aún no ha ejercitado en plenitud, con sustento en el parámetro de trascendencia contemplado en el artículo 31 bis de la ley 5.827. Al igual que la doctrina de la arbitrariedad en la órbita de federal, que quedara reducida pero no extinguida por la reforma del artículo 280 del CPCN (ley 23.774), el *certiorari* bonaerense seguramente no provocará la extinción de la doctrina del absurdo ni evaporará la función axiológica que la SCBA asume desde hace varias décadas como una de sus misiones fundamentales.

V. Bibliografía

BIANCHI, Alberto (1997). “¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional? (Perspectivas actuales y futuras del recurso extraordinario)”, en: *Revista El Derecho*. Buenos Aires. T. 125, p. 923.

CONDORELLI, Epifanio J. L. y MÉNDEZ, Héctor (1982). “En torno a los hechos y el derecho”, en: *Temas de casación y recursos extraordinarios*. La Plata: Platense, pp. 297-325.

FERNÁNDEZ, Eduardo A. (2011). “El vicio de absurdo”, en: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. La Plata: Colegio de Abogados de La Plata. Año LIII. n° 73, pp. 15-20.

GIANNINI, Leandro (2016). *El certiorari. La jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas*. La Plata: Platense.

GUASTINI, Riccardo (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Traducción: Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa.

HART, Herbert L. A. (1968). *El concepto de derecho*. 2ª ed. traducción: Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

HITTERS, Juan Carlos (1998). *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. 2º ed. La Plata: Platense.

IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel (1957). *Tratado de los recursos en el proceso civil*. 1º ed. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina.

MERCADER, Amílcar (1964). “El hecho y el derecho en la Casación”, en: *Estudios de Derecho Procesal*. La Plata: Platense, pp. 439-449.

MORELLO, Augusto Mario (1981). *Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso*. Buenos Aires: Hammurabi. T.II.

MORELLO, Augusto Mario (2000). *La casación. Un modelo intermedio eficiente*. 2° ed. La Plata: Platense.

SOSA, Gualberto L. y MANCUSO, Francisco (1982). "El absurdo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires", en: *Temas de casación y recursos extraordinarios*. La Plata: Platense, pp. 187-296.

TESSONE, Alberto (2004). *Recursos extraordinarios*. La Plata: Platense, T 2 (*Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal*).

— (2011). "Funciones de las Cortes Provinciales", en: Oteiza (Coord.), *VVAA Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 151-165.

Legislación

Leyes nacionales

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ley 17.454 y sus modificatorias. Boletín Oficial de la Nación, Buenos Aires, 07/11/1967. Texto actualizado disponible en: <http://www.saij.gov.ar> (documento: LNS0004592) [Fecha de consulta: 14/04/2016].

Código Civil de la Nación, ley 340 y sus modificatorias. Buenos Aires, 25/09/1869, última versión actualizada antes de su derogación disponible en: <http://www.saij.gov.ar> (documento: LNS0002653) [Fecha de consulta: 14/04/2016].

Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994. Boletín Oficial de la Nación, Buenos Aires, Suplemento Especial, 08/10/2014 (Fe de erratas: 10/10/2014). Disponible en: <http://www.saij.gov.ar> (documento: LNS0005965) [Fecha de consulta: 14/04/2016].

Ley de Contrato de Trabajo, N° 23.774 y sus modificatorias. Boletín Oficial de la Nación, Buenos Aires, 21/05/1976. Versión actualizada disponible en: <http://www.saij.gov.ar> (documento: LNS0000516) [Fecha de consulta: 14/04/2016].

Ley de Seguros N° 17.418. Boletín Oficial de la Nación, Buenos Aires, 16/09/1967. Versión actualizada disponible en: <http://www.saij.gov.ar> (documento: LNS0001167) [Fecha de consulta: 14/04/2016].

Leyes de la provincia de Buenos Aires

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, ley 7.425 y sus modificatorias. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 24/10/1968. Texto actualizado disponible en: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-7425.html> [Fecha de consulta: 14/04/2016].

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, ley 5.827 y sus modificatorias. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 12/07/1955. Texto actualizado disponible en: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-5827.html> [Fecha de consulta: 14/04/2016].

Ley 13.812. Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 21/04/2008. Disponible en: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13812.html> [Fecha de consulta: 14/04/2016].

Jurisprudencia

SCBA, texto completo de la totalidad de las sentencias y resoluciones jurisdiccionales, definitivas e interlocutorias, dictadas por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires entre el 28 de agosto de 2013 y el 19 de agosto de 2015.

SCBA, sentencia del 18/06/1985 causa Ac. 34.410, “Massaro, Félix (suc.) c/Auteri, Rubén Nicolás s/ Desalojo. Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 17/09/1985, causa L. 32.610, “Benavidez, Aurelio c/ALPESA S.A. s/ Enfermedad accidente”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 15/10/1985, causa L. 34.235, “Varino, Hilda Cesarea c/Lavadero Lopettegui s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 11/02/1986, causa Ac. 35.589, “Bonillo Sanchez, Pedro c/Muñoz Ruiz, Manuel s/ Daños y perjuicios. Cobro de intereses”, disponible en <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 27/05/1986, causa Ac. 35.822, “Montesino, Atilio c/Ailan, Héctor Alfredo y otros s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 19-5-1987, causa L. 37.235, “Vialá, Juan Carlos c/Mercedes Benz Arg.S.A. s/ Enfermedad accidente Ley 9.688”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 22-12-1987, causa L. 38.602, “Aspeleiter, Claudio D. c/Antonio D’Antonio Pesquera S.A. s/ Haberes adeudados, etc.”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 24/02/1988, causa Ac.51.817, “Meza, María Teófilo c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires y otros s/ Indemnización de daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 11/10/1988, causa Ac. 39.063, “Grinszpun, Jorge Luis c/Isoldi Hnos. y Cía S.A. s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 29/11/1988, causa Ac. 39.782, “Sánchez de Cocaro, Norma Nora y otros c/ Trevisiol Hnos. empresa constructora s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA sentencia del 16/05/1989, causa Ac 38765 “Dall’Occhio, Ricardo c/Dall’Occhio, Irene s/ Nulidad de testamento y petición de herencia” disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 13/6/1989, causa Ac. 40.854, “D., L. c/C. d. D., A. E. s/ Divorcio. Disolución sociedad conyugal”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 04/07/1989, causa Ac. 40.812, “Romero, Juan c/Rincón, Martín Julio y otros s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 13/03/1990 Causa P.35.852 “E, R. D. s/ Homicidio”

SCBA, sentencia del 18-9-1990, causa L. 44.713, “Bandieri, Nora Lía c/ Centro Privado de Traumatología y Ortopedia de Alejandro Tomadín s/ Ley 9688”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 20/08/1991, causa Ac 45198 “Inveraldi y Ruibal, Patricia c/Forja San Martín s/ Cobro de pesos” disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 7/4/1992, causa Ac. 45.861, “Sabione, Antonio c/ Porthos S.R.L. s/ Consignación”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 08/09/1992, causa Ac 45683 “La Aseguradora del Oeste Compañía de Seguros s/ Liquidación” disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 08/03/1993, causa Ac.51.817, “Santillán, Marcos Nicolás c/ Municipalidad de Morón s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 16/11/1993, causa Ac 44854 “Escumbarti, Ramón y otros c/De Jesús, Horacio Antonio y otros s/ Daños y perjuicios” disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 20/12/1994, causa Ac. 52963, “Berea, Claudio Marcelo c/Clínica Modelo “Los Cedros” s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 10/07/1996, causa Ac 57505 “Martínez, José y otro c/Sandoval, Alfredo Rolando s/ Daños y perjuicios” disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 20-8-1996, causa L 58-062, “Altamirano, José Aliro c/Danilo de Pellegrini S.A. s/ Indemnización accidente de trabajo”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 20/11/1996, causa Ac. 63908, “Caputo, Salvador Daniel c/ Constantino de Caputo, Filomena y otro s/ Nulidad de acto jurídico”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 20/05/1997, causa Ac 55367 “Sánchez de Jesús, María Antonia y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ Cumplimiento de contrato” disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 3/6/1997, causa Ac. 66.562, “Pasqualone, Gabriel c/ Zgrablich, Luis C. s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 03/06/1997, causa Ac. 66.193, “Lago, Mónica Andrea c/ Municipalidad de Azul. Hospital Chillar y doctor José Urlezaga s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 08/09/1998, causa Ac 70890 “González, Claudia B. c/ Boschi, Maximiliano s/ Daños y perjuicios” disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 02/03/1999, causa Ac. 65.155, “Lucero, Carlos Del Luján y otra c/ Paganelli, Rubén Lucio y/o quien resulte prop. y/o responsable s/ Cobro de Pesos por Daños y Perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 01/12/1999, causa Ac 64420 “Tamborenea, José Antonio y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 15/03/2000, causa Ac 70845 “Guastavino, Julio Enrique c/ Fernández, Carlos Abel y otro s/ Daños y perjuicios” disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 16/8/2000, causa Ac. 74.574, “Ferrari, Luis c/ Greco, Felipe A. s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 02/10/2002, causa Ac 77310 “La Rosaura S.A. c/Municipalidad de Saladillo s/ Daños y perjuicios” disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia 8/07/2003 Causa P.70.878 “Chipont, Paula Gabriela. Homicidio culposo”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

SCBA, sentencia del 03/11/2003, causa C. 97.794, “Pouso, Sergio Luis c/ Almada, Marcelo y otros t/o quien resulte responsable s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 01/04/2004, causa Ac. 80.105, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Benvenuto y Aguirre, Emilse y otros s/ Expropiación”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia 14/04/2004 - Causa Ac. 85.570, “Casa Vasco Sociedad de hecho contra Nobleza Picardo SAIC y F. s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

SCBA, sentencia del 9/6/2004, causa Ac. 85.357, “Llanos, Nélide Beatriz c/ Clínica Monte Grande S.A. s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 01/09/2004, causa Ac. 85.694, “García, Héctor y otros c/ Paredes, José V. y otros s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 01/12/2004, causa P. 71.611, “G., C.A. s/ Lesiones graves”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 16/02/2005, causa Ac. 87.420, “Ferretti, Mario Gustavo c/ Operadora de Estaciones de Servicios S.A. s/ Cobro de pesos e indemnización de daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 13/04/2005, causa Ac. 90.443, “Adano, Enrique Germán c/ Díaz, Sandra Fabiana y otro s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 24/05/2006, causa Ac. 91.558, “Fleytes, Luis Alberto y otra c/ Empresa Coarco S. A. s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 24/05/2006, causa Ac. 87.541, “Rocoma, Berta María y Rodríguez, María José c/ Díaz, Mario Alberto s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 20/12/2006, causa P. 90.213, “G., J. C. s/ Recurso de casación”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 13/04/2016].

SCBA, sentencia del 28/02/2007, causa Ac.51.817, "Presta, Adriana Beatriz c/ Bustamante, Fa-bián Roberto s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 25/04/2007, causa L. 85.312, "Jara Mendoza, Efrén y otros c/ Gutovich, Pedro y otros s/ Fondo de desempleo, etc.", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 11/07/2007, causa Ac. 93.748, "Hessling, Jorge Alberto y otra c/ Punto de Encuentro y otra s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia 18/07/2007 Causa Ac. 96.879, "Mansilla, Víctor c/ López, Ángel Osmar s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

SCBA, sentencia de 12/28/2007, causa Ac. 91.545, "R., A. c/M., T. s/ Divorcio vincular", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016]

SCBA, sentencia del 19/09/2007, causa Ac. 85.625, "Melón Gil, José c/Caminos del Atlántico y otra s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 31-10-2007, causa C. 94.503, "M., A. c/ d. R., C. s/ Divorcio", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 05/12/2007, causa C. 94.117, "M., D. H. c/ B., J. C. s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 28/05/2008, causa C. 97.577, "García, Luis Alberto c/ Rodríguez, Marcos Abel y otro s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 8/8/2008, causa L. 89.160, "Pucheta, Luis B. c/ Royal Group Technologies del Sur S.A. y otros s/ Despido", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 20/8/2008, causa C. 93.827, "Montenegro, Julia y otro c/ Ciccarelli, Sandra y otro s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 10/9/2008, causa C. 94.570, "R., S. M. c/ C., J. L. s/Divorcio", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 29/10/2008, causa C. 98.462, "Paskvan, Daniel Federico c/ Policía de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 12/11/2008, causa C. 100.565, "González, Blanca Beatriz c/ Transporte José Hernández s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 11/02/2009, causa C. 97.830, "Ferri, Elsa Albina c/ Marote, Jorge Enrique y otra s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 11/03/2009, causa C. 100.091, "Setau, Américo s/ Tercería de dominio en 'Banco de la Prov. Bs .As. c/Milia de Cataldi y otro s/ Ejecutivo", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 18/3/2009, causa C. 98.569, “S., G. C. c/L. t., J. A. s/ Divorcio contradictorio”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 18/03/2009, causa C. 96.518, “A. D. C., M. A. y o. c/ E. D. S. y F. y o. s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 03/06/2009, causa Ac. 96,867, “Angrigiani, Fabio Marcelo c/Neumáticos Navarro S.A. s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 02/09/2009, causa C. 95.603, “Indaburu, Juana Puchelu y otro c/ Fisco de la Provincia de Bs. As. s/ Expropiación inversa”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 28/10/2009, causa C. 98.336, “Lusto, Mariana Esther c/ Crosta, Maximiliano y otros s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia 25/11/2009 C. 100.963 “Basabe, Horacio y otra contra Miodyk, Dino y otros s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

SCBA, sentencia del 17/03/2010, causa C. 99.898, “M., L. M. c/ M., R. R. y o. s/ Alimentos”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 30/03/2010, causa C. 104.516, “Villanueva, Carlos Rubén c/ Transporte Ideal San Justo y Araoz, Javier Andrés s/ Daños y Perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 14/04/2010, causa C. 107.621, “R., W. y o. c/ D. G. d. c. y E. d. l. P. d. B. A. y o. s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 9/6/2010, causa L. 97.612, “García Moyano, Mercedes c/ Kaski Fullone, Marta Raquel s/ Indemnización por despido”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 09/06/2010, causa C. 107.904, “Walfisch, Vanesa Paula c/ Aquasol S.A. y Nestle Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 18/08/2010, causa L. 94.502, “M., J. M. c/ S. P. d. l. P. d. B. A. s/ Indemnización por enfermedad y daños”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 25/08/2010, causa C. 107.359, “Cuiña, Julia Marcela y otra c/ Luenzo, Juan Pablo y otros s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 19/04/2016].

SCBA, sentencia 22/09/2010, Causa C. 92.877 “M., R. D. y otros c. Lapenta, Ricardo Cesar y/o quien resulte responsable”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

SCBA, sentencia del 03/11/2010, causa C. 102.847, “Escobar, Abelardo c/ Consorcio de copropietarios de Edificio de calle 2 número 877 y otro s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 09/12/2010, causa C. 101.181, “Heim, Germán Luis y otro c/Zito, Cono y otro s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 22/12/2010, causa C. 100.803, "Pajón, Celso Lionel c/ Hernández, Oscar y otro s/ Desalojo", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 16/3/2011, causa L. 94.033, "Brites, José Domingo c/ Bridgestone/Firestone de Argentina S.A.I.C. s/ Despido", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 06/04/2011, causa C. 108.501, "Moroni de Collazo Vilma J, y otros c/ Banco Bansud S.A. y otros s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 27/04/2011, causa C. 99.887, "Martínez, María Esther c/ Rodríguez, Francisco Gerardo s/ Daños y Perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 27/04/2011, causa C. 105.397, "Vides, María Luisa c/ Osés, Luis Ricardo y otros s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 04/05/2011, causa C. 104.874, "Falco, Delia Beatriz y otros c/ Espiño, Antonio y otros s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 11/05/2011, causa C. 104.397, "G., L. A. c/ M., A. y o. s/ Medidas cautelares", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 10-8-2011, causa L. 99.499, "F., H. O. c/B. B. N. s/ Diferencias de sueldos e indemnización", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 17/08/2011, causa C. 107.908, "Alonso, Eulogio c/Piñeiro, Carlos Alberto y otros s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 02/11/2011, causa C. 108.632, "M., J. c/D., A. y o. s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 19/04/2016].

SCBA, sentencia del 21/12/2011, causa C. 105.718, "Cedro Azul S.A. c/Dos Ángeles S.A. s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 31/10/2012, causa C. 102.803, "Queiro, Beatriz Aída y otros c/Barrera, Leonardo Andrés y otro s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 19/04/2016].

SCBA, sentencia del 10-12-2012, causa L. 102.040, "Brea, Noelia Grisel c/PHYNX S.A. y otro s/ Despido y cobro", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 19/12/2012, causa C. 105.767, "B., M. E. c/ A., A. s/ Divorcio", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 12-2-2003, causa L. 74.003, "G., M. E c/ L. P. S. y o. s/ Enfermedad accidente", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 24/04/2013, causa C. 111.640, "Rzepeski, Antonio José c/ ICF S.A. y otros s/ Daños y perjuicios", disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 29-5-2013, causa L. 108.109, “Vanucci, Omar Juan y otro c/ Bank Boston N.A. s/ Indemnización por despido” disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 31/07/2013, causa C. 117.165, “M. L. c/L., S. C. s/ Divorcio”, disponible en <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 07/08/2013, causa C. 104.758, “Cecconi, Hugo Américo y otros c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 14/08/2013, causa L. 110.362, “Douton, Néstor c/ Cimet S.A. s/ Diferencias salariales”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 04/09/2013, causa C. 112.130, “Ramírez, Natividad Concepción c/ Treinta de Agosto S.A. s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 19/04/2016].

SCBA, sentencia del 06/11/2013, causa C. 116.866, “Martino, Rosa Josefina c/ Chiarella, Ana María s/ Simulación, nulidad y colación”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 12/03/2014, causa C. 111.009, “B., M. N. c/ Municipalidad de Malvinas Argentinas y otro s/ Daños y Perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 03/04/2014, causa L. 107.854, “Moreno, Ramón Antonio c/ Servicios Aeroportuarios XXI S.A. y otro/a s/ Incapacidad absoluta (art. 212 L. C. T.)”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 07/05/2014, causa C. 99.055, “Fabiani, Laura c/ Di Nunzio, Daniel s/ Acción de reivindicación”, disponible en <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 05/06/2014, causa P. 111.735, “Altuve, Carlos Arturo -Fiscal de Casación-. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 25.841 seguida a Duarte, Norberto Osvaldo y Casas, Claudio José. Tribunal de Casación - Sala I”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 02/07/2014, causa C.112.442, “Gallardo, Julia O. y otro c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios”, disponible en <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 2-7-2014, causa L. 116.450, “Bernar, Atilio Fabián contra ‘Transportes 25 de Mayo S.R.L.’ y otros. Despido”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 20/08/2014, causa L. 111.319, “Dimotta, Oscar Antonio c/ Magrini, Anselmo Antonio y otro s/ Enfermedad Accidente”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 17/09/2014, causa L. 117.190, “Almada, Jorge Luis c/ Provincia A.R.T. S.A. y Municipalidad de Rojas s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 30/09/2014, causa C. 111.721, “M., J. J. y otro c/ Administración General de Obras Sanitarias, Ministerio de Obras Públicas de la Provincia de Buenos Aires y otra s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 10/12/2014, causa C. 117.350, “S. d. B., M. c/ B., W. s/ Divorcio”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 25/02/2015, causa L. 111.123, “Marianache, Clara María contra Tancredi, José María. Indemnización por despido, etc.”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 04/03/2015, causa C. 116.975, “Yacopini, Sergio Gustavo José contra Municipalidad de Lomas de Zamora s/ Daños y Perjuicios”, disponible en <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia 4/03/15 Causa C 115.864 “Zamorano, Eduardo contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 11/03/2015, causa L. 117.125, “Vázquez, Eduardo Roberto c/ Gladys E. Peters e Hijos y/u otros. Accidente de trabajo”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 01/04/2015, causa C. 117.878, “Espósito, Francisco Gustavo c/ E.D.E.A. S.A. s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 08/04/2015, causa C. 117.750, “Plaquín, Pedro Raúl y otra c/ Castellano, Raúl Bernabé y otros s/ Daños y Perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 13/05/2015, causa C. 118.235, “Sierra, Hidalgo Ricardo y otra c/ Genoro, Héctor Antonio y otros s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia 27/05/2015 Causa A. 71.315, “Luis Gurevich S.A.C.I. contra Provincia de Bs. As. Exp. Inversa. Recurso extraordinario de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de ley”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

SCBA, sentencia del 27/05/2015, causa L. 117.458, “Vidal, María Gabriela contra El Día S.A.C.I.F. Despido”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 19/04/2016].

SCBA, sentencia del 24/06/2015, causa L. 114.577, “Díaz, Daniel Norberto contra Lumenac S.A. y otro. Despido y diferencias salariales”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 19/04/2016].

SCBA, sentencia del 01/07/2015, causa Ac. 117,327, “P., M. P. contra I., F. S/ Liquidación de sociedad conyugal”, disponible en <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 01/07/2015, causa C. 117.198, “Rodríguez, Dardo J. c/ La Pampa Cooperativa Agrícola Ganadera de Colonización y Consumo Limitada s/ Indemnización por daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 1/07/2015, causa C. 119.005 “Jaime, Nilda Angélica contra Municipalidad de San Nicolás y otros s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

SCBA, sentencia del 8/7/2015, causa Rl 118.684, “Meaurio, Sergio Alejandro contra Mezetelle, Reynaldo Omar s/ Despido”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 15/07/2015, causa L. 117.125, “López, José Daniel c/ Emp. Transp. 12 de octubre S.R.L. s/ Despido”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

SCBA, sentencia del 15/07/2015, causa C. 118.900, “Centrales de la Costa Atlántica S.A. c/ M.F.S.A. s/ Cobro de pesos”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia 15/07/2015 C. 119.324, “Romero, Petrona y otros contra Empresa ‘El Negro S.A.’ y otros s/ Daños y perjuicios” (causa 51.876) y su acumulada “Volker, José Luis contra Empresa ‘El Negro S.A.’ y otros s/ Daños y perjuicios”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

SCBA, sentencia del 15/07/2015, causa C.119.269, “Aldonatte, Jorge Omar y otros contra Provincia de Buenos Aires s/ Ordinario”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 19/04/2016].

SCBA, sentencia del 15/07/2015, causa L.107.358, “López, José Daniel contra Empresa de Transporte 12 de Octubre S.R.L. s/ Despido”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 19/04/2016].

SCBA, sentencia del 21/10/2015, causa C.119.3622, “Unilever de Argentina S.A. c /Punta Iglesia S.A. s/ Incidencia de revisión”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

SCBA, sentencia del 25/11/2015, causa L. 117.721, “Agapito, Ana María contra Mossuto, Blanca Ester s/ Materia a categorizar”, disponible en: <http://juba.scba.gov.a.r> [Fecha de consulta: 19/04/2016].

SCBA, sentencia del 09/03/2016, causa A. 72.274, “Albaytero, Juan Aníbal c/ Municipalidad de Quilmes s/ Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, disponible en: <http://juba.scba.gov.ar> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

Fecha de recepción: 30-04-2016

Fecha de aceptación: 29-07-2016

Independencia del Poder Judicial. Punto final al peligroso mecanismo de designación de jueces subrogantes

POR **GONZALO FUENTES** (*)

Sumario: I. Introducción. — II. El dato de una época. — III. El avance sobre la independencia del Poder Judicial. — IV. Desnaturalización de las misiones del Consejo de la Magistratura. — V. El caso “Uriarte”. Su trascendencia republicana. — VI. Conclusión. — VII. Bibliografía.

Resumen: el artículo constituye una referencia circunstanciada del contexto político de la Argentina en el periodo comprendido entre los años 2003-2015 y cómo las distintas leyes dictadas por el Congreso de la Nación permitieron la utilización impropia de la figura de los jueces subrogantes. Para ello, se citan precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el tópico, efectuándose un comentario de lo que fue el último pronunciamiento judicial que puso fin a dicha problemática.

Palabras claves: garantía - independencia - imparcialidad judicial - subrogantes

Independence of the Judiciary: An end to dangerous mechanism for appointing deputy judges

Abstract: *the article is a circumscribed reference to the political context of Argentina in the period between 2003-2015, and how the various laws enacted by the National Congress, led to the improper use of the figure of the subrogate judges. To do this, we cited precedents of the National Supreme Court of Justice on the topic, carrying out a review of what was the last court ruling that ended this problem.*

Keywords: *guarantee - independence - judicial impartiality - subrogates*

I. Introducción

El día 4 de noviembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió un trascendental pronunciamiento (1) que puso fin al peligroso mecanismo utilizado por el Poder Ejecutivo Nacional para designar jueces subrogantes, no solo desconociendo los precedentes de aquel máximo tribunal al respecto, sino eludiendo los dispositivos emergentes de la legalidad constitucional y supranacional.

La importancia del precedente y la rapidez con la que se resolvió la cuestión, denotan la enorme importancia que el tema presentaba.

Ello es así, puesto que desde la sanción de la ley 27.145 (2) se generó un estado de enorme incertidumbre en torno a la independencia, imparcialidad e inamovilidad de ciertos magistrados judiciales que habían sido designados para cubrir, como subrogantes, las vacancias en distintos tribunales de la justicia federal y nacional. Dicho contexto, generó múltiples denuncias de inconstitucionalidad sobre aquel cuerpo normativo.

(*) Prof. Derecho Público Provincial y Municipal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

(1) CSJN: “Uriarte Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción mera declarativa de inconstitucionalidad”. Fallo FLP 9116/2015.

(2) Boletín Oficial de la República Argentina Nro. 33153, Buenos Aires, 18-06-15.

En el presente trabajo se abordará el contexto político que desencadenó este valioso fallo de la Corte Suprema y sus implicancias hacia el futuro en pos de la observancia de la garantía republicana de independencia del Poder Judicial.

II. El dato de una época

Como dato introductorio y para contextualizar la simiente de la problemática que intentaremos abordar, es dable recordar que durante la última década, los argentinos observamos como la independencia y autonomía de los poderes del estado experimentaron un equilibrio cada vez más inestable. Para entender este fenómeno, quizás debamos analizar y poner en cuestión algunos aspectos de nuestra historia política más reciente.

El desarrollo efectuado por el recordado Guillermo O'Donnell (3), en su trabajo *Democracia Delegativa*, predijo cuestiones que, con el paso del tiempo, tuvieron significativa relevancia y tal vez sea hoy la crónica más acotada del ciclo político comprendido entre los años 2003-2015. En la exégesis de su pensamiento, tomada de aquel trabajo, se destaca que, en este particular ejercicio de la democracia, el presidente es considerado como la encarnación del país, principal custodio e intérprete de sus intereses y una figura eminentemente paternalista. Su base política es un movimiento que se sitúa a sí mismo tanto sobre los partidos políticos, como sobre los intereses organizados. De acuerdo con esta visión, otras instituciones —por ejemplo la justicia y el poder legislativo— constituyen estorbos que acompañan a las ventajas a nivel nacional e internacional de ser un presidente democráticamente elegido.

Esta modalidad consiste en establecer mediante elecciones limpias una mayoría que faculta a alguien para convertirse, durante un determinado número de años, en la encarnación y el intérprete de los altos intereses de la nación. La nación y su expresión política “auténtica”, el líder y su “movimiento”, se presentan como organismos vivos.

El líder debe sanar a la nación mediante la unión de sus fragmentos dispersos en un todo armonioso que apela directamente a las masas. Este modo de concebir el poder, en nuestro país fue cimentado en una retórica dominada por dos potencias: la alabanza y la desaprobación.

En este contexto, los consensos y el diálogo como punto de encuentro de la razón colectiva han ido lentamente desapareciendo, segmentando y dividiendo a la sociedad entre fervorosos fanáticos y réprobos opositores.

Este escenario resultó inadecuado para el sostenimiento del pensamiento diverso y pluralista que distingue a la sociedad democrática; en el entendimiento que el pluralismo es la base sobre la que se erige la democracia y significa el reconocimiento del otro, la capacidad para aceptar las diversidades y las discrepancias como condición para la existencia de una sociedad libre. No resulta un dato menor recordar que la democracia rechaza un mundo de semejanzas y uniformidades que, en cambio, forma la trama íntima de los totalitarismos.

(3) O'Donnell, Guillermo *Democracia Delegativa*, Publicado originalmente como “Delegative Democracy”, en: *Journal of Democracy*, Vol. 5, No. 1, January 1994: 55-69, 1994. National Endowment for Democracy and The Johns Hopkins University Pres. La democracia delegativa se basa en la premisa de quien sea que gane una elección presidencial tendrá el derecho a gobernar como considere apropiado, restringido sólo por la dura realidad de las relaciones de poder existentes y por un período en funciones limitado constitucionalmente. El presidente es considerado como la encarnación del país, principal custodio e intérprete de sus intereses y una figura eminentemente paternalista. Su base política es un movimiento que se sitúa a sí mismo tanto sobre los partidos políticos como sobre los intereses organizados. De acuerdo con esta visión, otras instituciones —por ejemplo la justicia y el poder legislativo— constituyen estorbos que acompañan a las ventajas a nivel nacional e internacional de ser un presidente democráticamente elegido. Consiste en constituir mediante elecciones limpias una mayoría que faculta a alguien para convertirse, durante un determinado número de años, en la encarnación y el intérprete de los altos intereses de la nación. La nación y su expresión política “auténtica”, el líder y su “movimiento”, se presentan como organismos vivos. El líder debe sanar a la nación mediante la unión de sus fragmentos dispersos en un todo armonioso que apela directamente a las masas.

En consonancia con ello, se colige que no es posible construir un sistema democrático sino a través de los disensos republicanos que permitan arribar a reglas de juego compartidas, donde cada ciudadano vea parcializada “su” razón en miras de la construcción colectiva.

Lo dicho hasta aquí, resulta un dato de insoslayable ponderación para poner en tensión lo ocurrido en la Argentina desde el año 2003, donde, producto del contexto referido, progresivamente el poder del presidente de la Nación fue engrosándose avanzando sobre la independencia de los otros poderes del estado.

El afianzamiento de este *hiperpresidencialismo* (4) tuvo dos fases; la primera en un contexto de emergencia económica y política en la cual era necesario reconstruir las bases de la legitimación y la representación popular y luego, en una segunda etapa, al amparo de la expresión de una amplia mayoría popular que legitimó su ejercicio y permitió profundizar la concentración de poder y la disminución de los controles.

III. El avance sobre la independencia del Poder Judicial

En el año 2006, en lo que fue presentado como un crítico contexto sobre la excesiva burocratización en el funcionamiento del Consejo de la Magistratura de la Nación, con la sanción de la ley 26.080 (5) —*aún vigente pese a los múltiples achaques sobre su constitucionalidad*— se introdujeron significativas reformas a la ley orgánica que regula su funcionamiento, entre las que figura como dato saliente, la reducción de veinte a trece de los miembros que lo integran.

En esta nueva composición que intentaba dotar de mayor operatividad al cuerpo, no se observa la “equilibrada” integración que dispone el artículo 114 de la Constitución Nacional y se otorga una excesiva participación a los órganos políticos (6) resultantes de la elección popular (siete en total), asegurándose el oficialismo cinco de esos consejeros, lo cual generó que para que ese cuerpo cumpla sus funciones específicas (aprobación de ternas y habilitación de proceso de remoción de magistrados) necesariamente se deba contar con la anuencia de los representantes del oficialismo gobernante. Más claramente, con esta composición se buscó detentar un poder de veto sobre las decisiones más trascendentales que debe cumplir el Consejo de la Magistratura.

Vale recordar que el proyecto de reforma fue impulsado por quién entonces se desempeñaba como Senadora por la provincia de Buenos Aires, Cristina Fernández de Kirchner.

La reforma en la composición del Consejo de la Magistratura presenta varios matices que no pueden ser acabadamente reflejados en este trabajo, aunque su importancia quizás sea la de haber sido el punto de inflexión en esta secuencia de velados embates a la independencia del Poder Judicial, a lo que posteriormente se suman algunos fallidos intentos declarados inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (7), como fue la ley 26.855 (8) denominada de democratización de la justicia.

(4) Término acuñado por Nino Carlos Santiago (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Capítulo “Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional” Buenos Aires: Astrea. Sobre el punto también se puede analizar un reciente trabajo de Hernandez Antonio M. (2016). “Reformas constitucionales y los sistemas de gobiernos presidenciales”, en: *Diario La Ley* del 19 de febrero.

(5) Boletín Oficial de la República Argentina N° 30854, Buenos Aires, 27-02-06.

(6) Badeni, Gregorio (2015). “La reorganización del Consejo de la Magistratura”, en: *La Ley* 18 de diciembre de [on line]: AR/DOC/4400/2015. “Con la Ley 26.080 se incrementó el desequilibrio. El estamento político cuenta con siete miembros (53,8%), los jueces con tres (23%), los abogados con dos (15,3%), mientras que el sector científico y académico está representado por una persona”.

(7) CSJN: “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista Gente de Derecho) s/acción de amparo el Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26.855, medida cautelar” (Expte. N° 3034/13) R. 369. XLIX.

(8) Boletín Oficial de la República Argentina N° 32647, Buenos Aires, 27-05-2013.

Curiosamente, pese a la pretendida dinámica de funcionamiento que quiso brindarse al Consejo de la Magistratura, se produjo una llamativa demora por parte de este cuerpo, en la realización de los concursos necesarios para cubrir las vacantes judiciales.

El Poder Ejecutivo, a su vez, aplazó la remisión de las ternas de los candidatos al Senado y provocó que el número de subrogancias (por vacancias en los distintos fueros) fuera en aumento. Según estimaciones efectuadas por la Corte Suprema en “Uriarte”, por aquel momento, la cuarta parte del poder judicial funcionaba con jueces subrogantes. De tal modo, la excepcionalidad se transformó en regla y el servicio de justicia brindado al amparo de la legalidad constitucional fue puesto en serio riesgo.

III.1. Inicio de las conflictivas designaciones de jueces subrogantes

La forma de cobertura de las vacancias en tribunales del fuero federal y de la justicia nacional ha sido durante esta última década cuanto menos polémica y motivó, que la Corte Suprema ya en el año 2007 declarara su inconstitucionalidad en el Fallo “Rosza” (9) y dispusiera que debía cumplirse con los subrogantes, un procedimiento análogo al de los titulares, con la intervención de todos los órganos que contempla la Constitución, precedido ello de un criterio de razonabilidad.

No resulta baladí aclarar que la subrogancia en un tribunal ocurre frente a la ausencia del titular, cualquiera sea el motivo (renuncia, licencia, excusación, recusación), y es una circunstancia transitoria, excepcional y debe ser —*en principio*— temporalmente restringida hasta que desaparezcan las razones que la motivaron o el tiempo que se le asignó.

En ese orden, se sancionaron las leyes 26.372 (10) y 26.376 (11), que estipulaban que las vacantes en principio tenían que ser cubiertas por otros jueces y, en su defecto, por sorteo entre los integrantes de una lista de conjuces elaborada por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

III.1.1. Evolución normativa y jurisprudencial

A los fines de recordar los antecedentes que han dado origen a esta peligrosa modalidad de cobertura de subrogancias judiciales, vale remontarse a diciembre de 2003, cuando se sancionó la ley 25.876 (12) que, en su artículo 1, en lo que aquí importa, determinó lo siguiente:

“Incluyese como incisos del artículo 7 de la ley del Consejo de la Magistratura; inciso 15: Dictar los reglamentos que establezcan el procedimiento y los requisitos para la designación de jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión de su titular y transitorios en los casos de vacancia para los tribunales inferiores. El juez designado deberá cumplir con los requisitos previstos en el artículo 13 inciso b) primera parte de la presente ley, y percibirá una remuneración equivalente a la que correspondiera al titular. En caso de vacancia las designaciones efectuadas en virtud del presente inciso no podrán superar el plazo de doce meses. Dicho plazo podrá ser prorrogado por seis meses por decisión fundada”.

A consecuencia de la norma legal recién citada, el Consejo de la Magistratura dictó la resolución N° 76/2004 aprobatoria del Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales inferiores de la Nación, el cual en su artículo 2 admitía la designación secretarios de ambas instancias para ocupar cargos de subrogantes de Juzgados de Primera Instancia.

En cambio, el artículo 4, referido al reemplazo en las Cámaras Federales con asiento en las provincias, no menciona la subrogación como juez de Cámara de los secretarios. Esta norma se apli-

(9) CSJN: Fallos: 330:2361 “Carlos Alberto Rosza” (considerando 14).

(10) Boletín Oficial de la República Argentina, N° 31416, Buenos Aires, 30-05-2008.

(11) Boletín Oficial de la República Argentina, N° 31420, Buenos Aires, 05-06-2008.

(12) Boletín Oficial de la República Argentina, N° 30323, Buenos Aires, 22-01-2004.

caba a los demás tribunales superiores según los artículos 6 y 7. En las subrogaciones prolongadas (mayores a 60 días) los Tribunales Superiores —Cámaras o Tribunales Orales— debían elevar una terna en la cual no se menciona que pudiera incluirse a los secretarios.

La modificación que introdujo en el artículo 2 del reglamento citado, la resolución N° 232/2004 del Consejo de la Magistratura, incluyó entre los funcionarios que podían actuar como subrogantes de primera instancia a los prosecretarios de Cámara. Y, en el artículo 4 incluyó a los secretarios de cámara, no a los de primera instancia.

La Corte Suprema, inicialmente, otorgó una suerte de aval provisorio a la aplicación del citado reglamento aprobado por resolución 76/2004, fundándose en los trastornos que provocaría en la administración de justicia declarar la nulidad masiva de los actos producidos o que produjeran los subrogantes que proviniesen del rango de los secretarios, ello por medio de la acordada 7/2005 de la CSJN.

Posteriormente, el Congreso sancionó la ley 26.080 por la que derogó el mencionado inc. 15 del artículo 7 de la ley del Consejo de la Magistratura. Ello dio lugar a que el 28 de febrero de 2006 el Consejo de la Magistratura de la Nación dictase el Acta 4/06 por la que dispuso que hasta tanto el Congreso Nacional sancionara una ley reguladora de la materia, el Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación mantendría plena vigencia.

Sin embargo, cuando la cuestión de constitucionalidad sobre la integración de los tribunales con secretarios llegó a la Corte Suprema en forma de caso concreto, ésta se pronunció por la inconstitucionalidad.

A ese respecto, el Máximo Tribunal concluyó que el régimen de subrogantes regulado mediante la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura —que establecía la posibilidad de subrogación por parte de los secretarios judiciales— no se adecuaba a los:

“(…) parámetros establecidos por la Constitución Nacional para la designación de magistrados judiciales, en particular, en cuanto autorizaba un método de nombramiento circunscripto a la intervención exclusiva de organismos que operaban en el ámbito del Poder Judicial (tribunales orales, cámaras nacionales de apelación y, para algunos supuestos, Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial de Consejo de la Magistratura). De ahí, que la no intervención de los Poderes en cuyas manos la Ley Suprema ha puesto la atribución para realizar aquellas designaciones tornaba al régimen en inconstitucional” (13).

No obstante, la declaración de inconstitucionalidad no se hizo valer para el pasado (14) y dio a los Poderes Ejecutivo y Legislativo el plazo de un año para establecer legalmente un régimen que se conformara a las pautas establecidas en el fallo previamente aludido. Ese fallo de la CSJN fue seguido por sendas acordadas, la N° 16 del 17 de julio de 2007 y la N° 22 del 4 de septiembre del mismo año, según las cuales en el plazo dado para que se dicte la nueva ley de subrogaciones, éstas debían efectuarse siempre con jueces titulares o jubilados o con abogados de la matrícula pertenecientes a la lista de conjucees.

A consecuencia de lo decidido en el precedente “Rosza”, el Congreso Nacional dictó la ley 26.376, la cual, teniendo en cuenta la reforma posterior introducida por la ley 26.855 estableció:

(13) CSJN Fallos 330:2361 cit. “Rosza” (considerandos 14, 15 y 19 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda; considerandos 20 y 21 del voto concurrente del juez Fayt).

(14) En cuanto al efecto que la CSJN determinó en el precedente “Rosza”, siendo que allí se adoptó una decisión con efecto prospectivo, para un acabado y detenido análisis sobre este punto, puede consultarse Garay Alberto F. (2013). *La doctrina del Precedente en la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 289.

“artículo 1: En caso de recusación, excusación, licencia, vacancia u otro impedimento de los jueces de Primera Instancia Nacionales o Federales, la respectiva Cámara de la jurisdicción procederá a la designación de un subrogante de acuerdo al siguiente orden:

- a) Con un juez de igual competencia de la misma jurisdicción, teniendo prelación el juez de la nominación inmediata siguiente en aquellos lugares donde tengan asiento más de un juzgado de igual competencia;
- b) Por sorteo, entre la lista de conjuces confeccionada por el Poder Ejecutivo nacional, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3 de la presente ley”.

A su vez, el artículo 3 mencionado estableció que:

“el Poder Ejecutivo nacional confeccionará cada tres (3) años una lista de conjuces, que contara con el acuerdo del Honorable Senado de la Nación. Los integrantes de la misma serán abogados de la matrícula federal que reúnan los requisitos exigidos por la normativa vigente para los cargos que deberán desempeñar. A esos efectos, se designaran entre DIEZ (10) y TREINTA (30) conjuces por Cámara Nacional o Federal, según la necesidad de las respectivas jurisdicciones”.

Conviene destacar que la Corte Suprema de la Nación, en el caso “Asociación de Magistrados y Funcionarios” (15) decidió que el artículo 3 mencionado impide habilitar a los secretarios de ambas instancias para integrar las listas de conjuces que hayan de someterse a la aprobación del Senado. Y, también, declaró que esta limitación no afectaba la garantía de la igualdad. Reforzando de esta forma lo ya decidido en el precedente Rosza.

En suma, tanto la Constitución Nacional, como la normativa aplicable al caso, como los precedentes de la Corte Suprema de la Nación; resultaban uniformes en no habilitar a los Secretarios judiciales para el ejercicio de la función de Jueces Subrogantes.

III.2. Persistente inconstitucionalidad del mecanismo para la designación de jueces subrogantes

Sin perjuicio de lo antedicho en el acápite anterior, acerca de los precedentes del Máximo Tribunal se sancionó en junio del año 2015 la nueva ley 27.145 —que derogó las leyes 26.372 y 26.376— aunque mantuvo el sistema de designación de jueces subrogantes, por parte del Consejo de la Magistratura, según atribución de la ley 26.855, siendo inclusive el nuevo régimen, aún más gravoso que el previsto en las normas derogadas.

Sobre el particular vale resaltar que el artículo 2, en sus párrafos 2º, 3º y 7º, de la ley 27.145 contemplaba un mecanismo mediante el cual ante una vacante: a) el Consejo de la Magistratura como órgano de aplicación de la ley podía, sin ninguna clase de límite, elegir entre un juez, un conjuce abogado o un conjuce-secretario y b) si resolvía designar a un conjuce-abogado o a un conjuce-secretario, esto no se hacía mediante un mecanismo basado en baremos objetivos, sino que dependía la absoluta discrecionalidad del Consejo de la Magistratura. El artículo 3, párrafo 1º permitía que el Plenario del Consejo de la Magistratura apruebe las listas de conjuces-abogados y conjuces-secretarios con mayoría simple. El artículo 4 disponía que para el supuesto excepcional que no hubiere disponible una lista de conjuces con acuerdo del Senado para cubrir una vacante producida, el Consejo de la Magistratura designaría subrogantes de la lista aprobada por el Plenario. Estas designaciones tendrán un plazo máximo de duración de noventa (90) días hábiles, prorrogable por única vez por igual término. El artículo 10 permitía a su vez designar a conjuces abogados de una lista propuesta por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado pero sin aprobación del Consejo de la Magistratura.

Por último, en lo que resulta un dato de extrema irrazonabilidad, el artículo 1 —último párrafo— disponía que en el caso de tribunales respecto de los cuales hubiera transcurrido el plazo previsto

(15) CSJN “Asociación de Magistrados y Funcionarios c/ EN - Ley 26.372 artículo 2 s/ amparo Ley 16.986” A. 910 XLVI.

por la ley de creación para su puesta en funcionamiento, se contara con el crédito presupuestario necesario para la habilitación y se encontrara en trámite el concurso para cubrir la vacante, el Consejo de la Magistratura podía designar un juez subrogante y hacer efectivo su inmediato funcionamiento.

III.2.1. Análisis de la ley 27.145 y su manifiesta inconstitucionalidad

En efecto, el artículo 2 de dicha ley estableció que “el Consejo de la Magistratura designará subrogantes por mayoría absoluta de los miembros presentes. La designación se realizará con un juez o jueza de igual competencia de la misma jurisdicción o con un miembro de la lista de conjuces confeccionada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la presente ley”.

El precepto transcripto contenía dos inconstitucionalidades flagrantes, las cuales fueron acogidas en la contundente sentencia de la Corte Suprema, sobre las que ahondaremos en los acápites siguientes.

Asimismo, resultaba inconstitucional —según ya lo había determinado la Corte Suprema— el artículo 7 del “Reglamento para Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación” dictado por el Consejo de la Magistratura (res. N° 8/2014 según atribución reconocida por la ley 26.855), en cuanto allí se contemplaba la posibilidad de designar a los Secretarios Judiciales como Jueces Subrogantes.

III.2.1.1. Irrazonable modificación del régimen de mayorías y el rol del Consejo de la Magistratura en el procedimiento de designación de magistrados

En primer lugar, el artículo 2 de la ley 27.145 resultaba inconstitucional por cuanto modificaba el régimen de mayorías que se requiere para aprobar los concursos de designación de jueces y remitir al Poder Ejecutivo la terna vinculante.

Así es que, con la entrada en vigencia de dicha ley se disponía que “el Consejo de la Magistratura designará subrogantes por mayoría absoluta de los miembros presentes”. Dicho dispositivo, resultaba claramente contrario a los precedentes aplicables a la cuestión de las subrogancias judiciales ya que la Corte Suprema, en el considerando 14 en “Rosza”, había precisado que el procedimiento de nombramiento de jueces subrogantes inexorablemente debe cumplir con los mismos requisitos institucionales que el nombramiento de los jueces titulares en cada una de las instancias correspondientes y estar precedido de un criterio de “razonabilidad”.

En tal sentido, a fin de garantizar la independencia de los jueces, la Corte Suprema, en el precedente aludido, entendió que corresponde que las mayorías requeridas al Plenario del Consejo, en cuanto a los jueces subrogantes, sean idénticas que para los jueces titulares. Es decir, cumplir la exigencia de contar con el aval de, al menos, 2/3 de los miembros del Plenario del Consejo de la Magistratura.

A mayor abundamiento, si lo dispuesto en el artículo 2 de la ley se analiza en conjunto con otras estipulaciones que establecían que la lista de subrogantes podía ser conformada sin que los candidatos sean sometidos a un correcto análisis de idoneidad (artículo 3), y que en algunos casos hasta se podrá prescindir de la participación del Poder Ejecutivo Nacional y/o del Senado de la Nación —siendo el Consejo de la Magistratura quien directamente designe y ponga en funciones al subrogante (artículo 4)—, se evidencia la enorme peligrosidad que la utilización de ese mecanismo irradiaba sobre la independencia e imparcialidad del poder judicial.

De tal modo, es dable colegir que el Consejo de la Magistratura, según lo estipulaba el régimen de la ley 27.145, dejaba de actuar sus competencias propias, siendo que no resultaba necesario transi-

tar las instancias evaluadoras que la manda constitucional le asigna en el artículo 114 Constitución Nacional (CN) para designar a los jueces subrogantes.

Frente a dicho estrepito jurídico, se generó una suerte de jurisdicción paralela con jueces que fueron puestos en su cargo, a partir de un procedimiento que se sustentaba en una ajustada mayoría simple de consejeros de la magistratura.

Este sistema previsto en la ley 27.145, que reedita el mecanismo de la 26.376, desnaturaliza la función para la cual fue creado el Consejo de la Magistratura, violándose los superiores principios de la CN y lo resuelto por la CSJN en el precedente “Rizzo”.

Así, según los criterios del Constituyente del año 1994, recogidos por la CSJN en “Rizzo”:

“(…) sin un Poder Judicial independiente e idóneo resulta imposible controlar los actos de gobierno y garantizar los derechos de los habitantes. Las reformas propuestas en el despacho que defendemos tienden a otorgarle independencia e idoneidad al Poder Judicial. Ello se consigue a través de la creación de un Consejo de la Magistratura (...), “(...) queremos ser bien precisos en los objetivos que esta reforma persigue y en el sentido de las cláusulas que estamos reformando, de modo tal de constituir una fuente clara de interpretación (...). Toda norma que pueda implicar alguna limitación a la independencia del Poder Judicial, a la independencia e imparcialidad de la composición del Consejo de la Magistratura (...) debe considerarse que vulnera el espíritu de la Constitución y contradice la intención del constituyente. (...) no puede quedar duda alguna de que las propuestas que estamos analizando tienden a construir la base de una nueva y más amplia democracia, al crearse nuevas instituciones que aseguren un mejor equilibrio entre los poderes y desconcentren las facultades presidenciales” (Alfonsín, 1994: 824).

Vale rememorar que el objetivo buscado al incorporar el artículo 114 de la Constitución Nacional, fue reducir la injerencia de la política en el procedimiento de selección de magistrados inferiores, especialmente en la etapa que se cumple ante el Consejo de la Magistratura.

III.2.1.2. Desaparición de la preferencia a favor de magistrados para la cobertura de subrogancias

En segundo lugar, el artículo 2 de la ley 27.145 resultaba inconstitucional, como lo juzgó el Máximo Tribunal, en tanto modificaba el régimen anterior previsto en la leyes 26.372 y 26.376, las cuales preveían que en el caso de subrogancias, en primer lugar, las vacantes debían de ser cubiertas por otros jueces y, en su defecto, por sorteo entre los integrantes de una lista de conjuces, elaborada por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo del Senado de la Nación.

Con la sanción de esta nueva ley, se modificó dicha prelación, estableciéndose que el Consejo de la Magistratura podía designar a su arbitrio entre un juez de igual competencia y de la misma jurisdicción; o un miembro de una lista de conjuces elaborada por el propio Consejo con acuerdo del Senado.

Ello acarrea que la designación de subrogantes podía recaer indistintamente (sin orden de prevalencia ni necesidad de justificación) en un magistrado de igual competencia y jurisdicción (que cuenta con las garantías de independencia e imparcialidad propias de su calidad) o, bien, en un conjuce elegido discrecionalmente y sin sorteo, pudiendo ser escogidos estos abogados, sin experiencia judicial y carentes de aquellas garantías.

La norma habilitaba que la mayoría simple del Consejo de la Magistratura pueda optar discrecionalmente en cubrir una vacante con un juez de la Constitución de igual competencia, o elegir libremente a un integrante de la lista de conjuces, sin expresar las razones que justifiquen el motivo de dicha elección entre una y otra alternativa. Lo expuesto denota la inocultable irrazonabilidad legislativa que presentaba el sistema.

Ello es así, en tanto que ante una situación de vacancia, por los motivos que fuere, la cobertura más apropiada a la jurisprudencia y a la legalidad constitucional lógicamente debe ser la que recaen un juez titular, que cumplió con todos los procedimientos legales para acceder al cargo y provisto de las garantías de independencia e imparcialidad que le asigna el artículo 110 de la Constitución Nacional.

Vale recordar que la integración de los abogados al sistema de subrogaciones fue concebida para situaciones excepcionales, puntualmente delimitadas y, en todos los casos, en pos de la resolución de una causa puntual en caso de excusación, recusación o impedimento alguno del juez natural.

Ahora bien, hacer extensivo dicho principio de manera general, implica permitir que un abogado de la matrícula —incluso funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional matriculado según lo preveía el artículo 6 de la ley 27.145— podía subrogar un juzgado y ejercer, en idénticas condiciones que los jueces titulares, las demás funciones que recaen sobre los magistrados, lo cual constituye un dato carente de toda lógica.

La ley 27.145 eliminaba la razonable prelación para la designación de un juez subrogante: 1) en primer lugar, debería recaer la función en cabeza de un magistrado de igual competencia, de la misma jurisdicción de ser posible; 2) como segunda opción, el régimen de la ley 26.376 establecía que de resultar imposible designar a un magistrado, se proceda a un sorteo de una lista de conjuces. En cambio, esta nueva ley eliminó, la exigencia de un sorteo, dejando librada la designación de un juez subrogante a la mera discrecionalidad de una simple mayoría absoluta de miembros presentes del Consejo de la Magistratura.

En razón de ello, resulta absurdo en términos constitucionales, que se haya habilitado al Consejo de la Magistratura para que, indistintamente, optara por un juez o miembro de la lista de conjuces por sobre los jueces de la constitución.

Desde luego que por la trascendencia que acarrea el debido proceso y la figura del “juez natural” estas premisas resultaban inadmisibles en pos de la defensa del estado de derecho. Lo expuesto implicaba una grosera irregularidad en el proceso de selección para la designación de un juez, habiéndose instaurado de esta forma, un sistema que permitía la conformación de comisiones especiales de juzgamiento expresamente prohibidas por la Constitución Nacional en su artículo 18.

A un mayor abundamiento, si colegimos que los concursos deben de garantizar la mayor idoneidad entre los postulantes, no existe razón para que un juez subrogante no cumpla con tales parámetros, esa era la solución prevista por la ley 26.376 y que la CSJN avaló en el precedente “Aparicio” (16) donde el Máximo Tribunal entendió que:

“la situación de los abogados conjuces no guarda analogía con la de los presidentes de las cámaras federales que, de acuerdo a las disposiciones del artículo 22 del decreto ley 1285/1958 —texto según ley 14.467 y sus modificatorias—, pueden ser convocados para integrar la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello es así pues estos magistrados, a diferencia de los abogados que integran la lista de conjuces, cuentan al momento de asumir su función provisoria con una designación ajustada a los procedimientos que, conforme a la Constitución Nacional, los habilitan a administrar justicia en forma independiente e imparcial, asegurando las garantías constitucionales y convencionales de los justiciables (confr. artículo 99, inc. 4º, segundo párrafo), y el legislador les asignó esa función atendiendo a esa condición preexistente”.

El otorgamiento de funciones judiciales en personas que no son jueces sólo debería estar reservado para casos de extrema necesidad constitucional, es decir, cuando no exista absolutamente ninguna posibilidad de designar para el cargo o para la causa a un juez que cumpla el estándar de razonabilidad constitucional.

(16) CSJN “Aparicio Ana Beatriz y otro” CSJ 1095/2008, fallado el 21 de abril de 2015.

IV. Desnaturalización de las misiones del Consejo de la Magistratura

Con lo expuesto en los puntos anteriores, se concluye que la ley 27.145, importó una norma inconstitucional, en tanto confirió al Consejo de la Magistratura una competencia de la que carece, convirtiéndolo en un órgano de designación de magistrados.

En el procedimiento de la designación magistrados, la función que debe actuar el Consejo de la Magistratura debe ceñirse, por imperio constitucional, a la elaboración de una terna vinculante, previo concurso público de antecedentes y oposición.

El constituyente le ha atribuido la función de selección y no la de designación, puesto que ello importa un acto complejo que excede la labor propia del Consejo, en tanto requiere de la necesaria intervención de otros poderes y órganos públicos.

Como hemos reflejado, la ley no discriminaba entre “selección” y “propuesta”, por un lado, con “designación” por el otro. Aquellas atribuciones, sí corresponden al Consejo de la Magistratura, aunque la última, resulta impropia y de imposible atribución por la voluntad del legislador ordinario.

A tal punto era el absurdo, que la ley 27.145 permitía que el Consejo de la Magistratura, designe unilateralmente un juez subrogante con una mayoría absoluta, aunque para aprobar una terna es necesario contar con dos tercios de los votos de la totalidad de los Consejeros.

Tal contrasentido obedecía a la intención de eludir el esquema constitucional de designación de magistrados, optando por un mecanismo cuyo deliberado fin era copar el Poder Judicial con jueces subrogantes dependientes del oficialismo de turno.

Así, se configuró la gravísima situación de que coexistan, en paralelo, dos categorías de jueces: unos, ajustados al mandato constitucional, en tanto resultan dotados de las garantías previstas por la norma suprema a fin de apuntalar su independencia; y otros que —desprovistos de tales resortes institucionales— eran jueces a todas luces inconstitucionales, lo cual indudablemente generó una situación más gravosa e ilegítima aún que la existente antes de que la CSJN se pronunciara en “Rosza”.

Todo ello acarreó una grave afectación al normal servicio de justicia, puesto que el Poder Judicial, en condición de Poder contra mayoritario, debe conservar las garantías suficientes para mantener la equidistancia de los otros poderes del estado. Por esa razón, a fin de salvaguardar su legitimidad resulta necesario que quienes accedan a la magistratura lo hagan por los canales institucionales reglados, a fin de garantizar la idoneidad e independencia que por imperativo constitucional resultan intrínsecas a la función judicial.

V. El caso “Uriarte”. Su trascendencia republicana

La modalidad de cobertura de subrogancias judiciales antes particularizada fue la aplicada por el Consejo de la Magistratura, en diciembre del año 2014 (17), para proveer la designación del juez subrogante que cubrió la vacancia de Juzgado Federal N° 1 de La Plata. Resultaba objetable dicha

(17) La cobertura de la vacancia del Juzgado Federal N° 1 de La Plata fue provista por el Consejo de la Magistratura de la Nación el día 18 de diciembre de 2014 por res. 331/14, en cumplimiento del artículo 7 del Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación, aprobado por la resolución 8/14 del Consejo de la Magistratura. En ese entonces se encontraban vigentes las leyes 26.372 y 26.376, aunque al momento de fallar la CSJN la validez del acto de designación del juez subrogante de aquel trascendental Juzgado, dicha designación se había provisto conforme las estipulaciones de la nueva ley 27.145 sancionada luego de promovida la acción de inconstitucionalidad. Al respecto ver fallo “Uriarte” considerandos 5 y 6.

subrogancia —*según los precedentes de la CSJN sobre el particular*— por el hecho que la misma se había dispuesto con la designación de un secretario de cámara.

Dicho juzgado, es importante mencionar, tiene competencia electoral para controlar la legalidad de todo el proceso electoral, ya sea en la PASO como en la elección general, en toda la provincia de Buenos Aires que representa casi el 40% del padrón electoral nacional.

Frente a dicha circunstancia y en consonancia al dudoso marco normativo aludido, los presidentes la Unión Cívica Radical de La Plata y de Magdalena, demandaron mediante una acción declarativa de certeza, la inconstitucionalidad de la normativa legal y reglamentaria por la cual el Consejo de la Magistratura de la Nación determinó la subrogancia para el juzgado con competencia electoral para toda la provincia de Buenos Aires, ante la razonable incertidumbre de encontrarnos en vísperas de un proceso electoral sin juez natural designado por el mecanismo constitucional.

V.1. Sumario de lo acontecido en las instancias ordinarias

En los autos “Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción mera declarativa de inconstitucionalidad”, que tramitaron ante el Juzgado Federal N° 4 de La Plata se dictó sentencia de grado que declaró inconstitucional el régimen de subrogancias previsto en la ley 27.145, dejando sin efecto la designación dispuesta para cubrir la vacante del Juzgado Federal N°1, ordenando al Consejo de la Magistratura de la Nación que, hasta tanto sea cubierta la vacante en forma definitiva, provea la designación de juez subrogante en dicho juzgado de acuerdo a la legalidad constitucional. El pronunciamiento judicial fue proyectado para ser de cumplimiento inmediato, aunque la Sala I de la Excm. Cámara Federal de La Plata entendió que existía un supuesto de gravedad institucional y otorgó efecto suspensivo al pronunciamiento hasta tanto se expida sobre la apelación interpuesta por el Estado Nacional.

El fallo dictado por el juez a cargo del Juzgado Federal N° 4 constituyó un resguardo a la garantía de independencia del poder judicial y su lectura invita a la reflexión, no ya sobre el caso particular, sino acerca de la perniciosa realidad de pretender jueces militantes y consustanciados con las necesidades del poder de turno.

Posteriormente el Tribunal de Alzada interviniente revocó el fallo de primera instancia en cuanto entendió que la ley 27.145 regló definitivamente lo resuelto por la CSJN en el fallo Rosza; y concluyó, que esta nueva ley es superadora del bagaje normativo anterior, pues permite al Consejo de la Magistratura decidir quién resulta ser el más idóneo para cubrir una subrogancia entre un juez de igual competencia o un integrante de la lista de conjueces.

En esta síntesis de antecedentes vale destacar las conclusiones a las que arriba el fallo: (1) que el Poder Judicial debe limitar su control constitucional a verificar que las normas en juego cumplan con los requisitos formales y (2) que el Consejo de la Magistratura posee facultades que sustituyen a las otorgadas por la Constitución Nacional al Senado de la Nación y al Poder Ejecutivo Nacional; en tanto “el mecanismo arbitrado por el CM aquí puesto en discusión, se enrola dentro de las facultades organizativas que le confieren al organismo la Constitución Nacional (conf. artículo 114 inc. 6) y artículo 7 inc. 15 de la ley 24.937)”.

Así la Alzada arribó a la conclusión final respecto que:

“Si bien en el procedimiento de subrogación no intervinieron el Poder Ejecutivo —elección de uno de los candidatos de la terna— ni el Poder Legislativo —acuerdo del Senado—, el Consejo de la Magistratura está integrado con representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y los abogados de la matrícula federal (artículo 114 C.N.), de forma tal que se procura un esquema participativo entre los poderes democráticos, estamentos vinculados con la actividad forense y por los propios jueces”.

En resumen de lo acontecido en la instancia ordinaria; la sentencia de grado declaró la inconstitucionalidad del artículo 2 de la ley 27.145 por la eliminación del orden de prelación y por atribuirse al Consejo de la Magistratura la facultad de elegir entre un juez o un miembro de la lista de conjuces. Entendió que esa concesión legislativa transgredía los artículos 18, 99 inc. 4, 108, 109, 114 inc. 6 y cc. de la CN porque permitía al Consejo de la Magistratura “prescindir de la prerrogativa constitucional de que sean, en primer lugar, los magistrados de igual competencia quienes deban asumir las subrogancias”. Esta determinación fue cuestionada en la apelación, y la Cámara Federal de La Plata —Sala I— otorgó razón y en su mérito revocó el fallo de primera instancia. Al hacerlo, sostuvo que la CN no prevé un régimen de subrogancias, que la designación de subrogantes es una facultad de superintendencia, que le corresponde al Consejo de la Magistratura tal atribución, y que es una cuestión privativa del legislador adoptar un mecanismo de designación de subrogantes y establecer el orden de prelación entre jueces y conjuces, o la selección indistinta entre unos y otros, que dicho mérito se encuentra ajeno del control judicial.

V.2. El fallo de la Corte Suprema de Justicia

Frente al resolutorio de Cámara antes extractado, se interpuso recurso extraordinario federal, que dio lugar al pronunciamiento de la Corte Suprema del día 4 de noviembre de 2015, en el cual el máximo tribunal por unanimidad declaró la inconstitucionalidad la de la resolución 331/14 del Consejo de la Magistratura de la Nación; del artículo 7 del Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación, aprobado por la resolución 8/14 del Consejo de la Magistratura; del decreto 1264/2015 y del régimen de subrogaciones establecido por la ley 27.145. En el mismo sentido, se declaró la nulidad del acto de designación del Juez Subrogante del Juzgado Federal N°1 de La Plata y se resolvió la invalidez del nombramiento de todos aquellos jueces que se encuentren subrogando y cuyo procedimiento de designación no se haya ajustado a las pautas fijadas en dicha sentencia.

En los considerandos de dicha sentencia, la Corte Suprema entendió que los principios constitucionales y supranacionales que rigen para la designación de los magistrados a efectos de preservar la garantía del juez natural y el derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente, independiente e imparcial, tienen como objeto evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de sus funciones por parte de órganos ajenos al Poder Judicial. Por ende, es un deber insoslayable del Estado garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente al justiciable y al resto de las personas que conviven en una sociedad democrática (18).

En el cumplimiento de dichos preceptos esenciales que aseguren la recta prestación del servicio de justicia mediante jueces independientes, resulta imperioso que ellos cuenten con garantías reforzadas que son indispensables para el ejercicio de su función. Entre ellas, en lo que a este caso interesa, se encuentran la de un adecuado proceso de nombramiento y la inamovilidad en el cargo. En ese orden, el máximo tribunal sentenció que los procedimientos constitucionales que regulan la integración de los tribunales han sido inspirados en móviles superiores de elevada política institucional, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley.

Las disposiciones que rigen esos procedimientos se sustentan, pues, en la aspiración de contar con una magistratura independiente e imparcial, lo que está directamente relacionado con la consagración constitucional de la garantía del “juez natural”, expresada en la contundente prohibición de que los habitantes de la Nación puedan ser juzgados por comisiones especiales o sacados de los jueces legítimamente nombrados (artículo 18 de la Constitución Nacional) (19).

(18) CSJN Fallo “Uriarte” considerandos 7, 8 y 9.

(19) CSJN “Uriarte” cit. considerando 10.

En cuanto al tema puntual de los jueces subrogantes, el máximo tribunal consideró que los principios antes expuestos no excluyen la implementación de un régimen de jueces subrogantes para actuar en el supuesto de producirse una vacante y hasta tanto esta sea cubierta de conformidad con el sistema constitucional, a los efectos de no afectar el derecho de las personas de contar con un tribunal que atienda en tiempo oportuno sus reclamos.

Sin embargo, enfatizó —*conforme lo había ya expresado en “Rosza” en el año 2007*— que los subrogantes desempeñan las mismas funciones que los jueces titulares, esto es, administrar justicia. En consecuencia, los justiciables tienen el derecho que surge de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales. Para ello citó los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (20) en el sentido que, “(...) los jueces que resuelvan sus controversias, aunque provisorios, sean y aparenten ser independientes (...)”. De ese modo al efectuar el control de convencionalidad nuestro máximo tribunal invocó la jurisprudencia de la Corte Interamericana, mediante la cual se considera que la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables. De aquí se sigue que, aunque los jueces titulares y los subrogantes son designados de manera diferente y tienen un grado distinto de estabilidad, el Estado debe garantizar un procedimiento para el nombramiento de estos últimos sobre la base de parámetros básicos de objetividad y razonabilidad que aseguren el ejercicio independiente de su cargo (21).

En ese orden, ahondó la Corte Suprema (22) en que, la implementación de un régimen de subrogaciones es un remedio excepcional de política judicial que, ante supuestos de ausencia transitoria o permanente del juez titular de un determinado tribunal, persigue mantener el normal funcionamiento de la administración de justicia mediante el reemplazo de dicho magistrado, sea para una causa en particular —recusación o excusación— o para todas aquellas que se encuentren en trámite y que se inicien con posterioridad —vacancia, licencia, suspensión o cualquier otro impedimento—; utilizando nuevamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana (23) la cual ha sostenido que:

“los nombramientos provisionales deben constituir una situación de excepción y no la regla, ya que la extensión en el tiempo de la provisionalidad de los jueces o el hecho de que la mayoría de ellos se encuentren en dicha situación, generan importantes obstáculos para la independencia judicial”; y agregó dicha Corte Interamericana que a los efectos de que “el Poder Judicial cumpla con la función de garantizar la mayor idoneidad de sus integrantes, los nombramientos en provisionalidad no pueden prolongarse de manera indefinida, de tal forma que se conviertan en nombramientos permanentes. Ello es una nueva razón que explica que la provisionalidad sea admisible como excepción y no como regla general y que deba tener una duración limitada en el tiempo, en orden a ser compatible con el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad” (24).

Al calor de estos fundamentos la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad del régimen de subrogancias establecido por la ley 27.145 y reafirmó los parámetros constitucionales y supranacionales que se deben instar para proveer el mecanismo de designación de jueces subrogantes para cubrir las vacantes transitorias o permanentes que se produzcan.

De tal modo, la sentencia comentada determinó que las vacantes siempre deben ser cubiertas por magistrados de otros tribunales que fueron designados mediante los procedimientos previstos

(20) Apitz Barbera y otros. Sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafo 43; caso “Reverón Trujillo vs. Venezuela” Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio de 2009, párrafo 114 y caso ChocrónChocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1° de julio de 2011, párrafo 103.

(21) CSJN “Uriarte” cit. considerando 11.

(22) CSJN “Uriarte” cit. considerando 12.

(23) Caso “Apitz Barbera” cit., párrafo 43 y caso “Reverón Trujillo” cit., párrafo 118.

(24) Caso “Reverón Trujillo” cit., párrafo 118 y caso “Chocrón Chocrón” cit., párrafo 107.

por la Constitución; y, solo de manera excepcional y frente a razones objetivas que impidan designar a jueces, se puede recurrir a jueces provisionales provenientes de una lista de conjuces (25).

El sistema de designación de los subrogantes, según el fallo en análisis, debe estar basado en baremos objetivos que puedan justificar para cada designación la preferencia de un candidato respecto de los restantes, toda vez que el sistema impugnado permite que el Consejo de la Magistratura ejerza, con absoluta discrecionalidad su atribución de designar jueces subrogantes pudiendo elegir directamente —entre aquellos comprendidos en el artículo 2 de la ley 27.145— qué persona quiere para un juzgado o tribunal determinado y también para una causa en particular. Para ello la Corte Suprema sostuvo que los Principios Básicos Relativos a la independencia de la judicatura expuesto por las Naciones Unidas disponen, en su punto 10, que todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos. En tanto el relator especial de Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados, recomendó que los Estados establecieran mecanismos objetivos tales como el sorteo o la distribución automática siguiendo un orden alfabético con el objeto de evitar manipulaciones en la asignación de casos (26).

En cuanto a la aprobación de la lista de conjuces por parte del Consejo de la Magistratura, estas deben responder a una mayoría agravada de dos tercios que es la que fija el artículo 13, apart. C, de la ley 24.937 para aprobar las ternas de candidatos a jueces permanentes. En esta materia, la importancia de las mayorías calificadas ha sido destacada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien ha señalado —en las *“Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas”*, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/ II, Doc. 44, del 5/12/2013, pto. 93— que ellas constituyen una salvaguardia para reforzar los procedimientos de selección de magistrados pues evitan las mayorías partidarias e incrementan la transparencia, resultando más evidente para el público que se elige a los candidatos con base al mérito y las capacidades personales. En consecuencia, concluyó el máximo tribunal, la disposición examinada soslaya el importante rol que cumplen las mayorías calificadas en la búsqueda de equilibrios y consensos en los órganos colegiados y colisiona con la intención del constituyente de 1994 que, al definir la composición del Consejo de la Magistratura, procuró evitar que en el seno de ese cuerpo pudieran consolidarse posiciones hegemónicas (confr. “Rizzo”, en especial considerando 25) (27).

Por ello es que la Corte Suprema reiteró la doctrina del precedente *“Rosza”* y determinó que los conjuces integrantes de esas listas, deben ser nombrados mediante un procedimiento complejo donde participen el Consejo de la Magistratura, el Poder Ejecutivo y el Senado de la Nación (28).

En cuanto al último párrafo del artículo 1 de la ley 27.145, la Corte Suprema sostuvo que no se pueden realizar designaciones de jueces subrogantes respecto de tribunales que todavía no se encuentran en funcionamiento porque no hay juez a quien sustituir, ni causas en trámite, ni posibilidad de que se asigne el conocimiento de las que se iniciaren en el futuro (29).

Sentados los puntos antes extractados, el máximo tribunal se vio nuevamente obligado a destacar la significativa cantidad de designaciones provisionarias existentes en el ámbito del Poder Judicial de la Nación. Esta situación, que ya fuera señalada en el año 2007 al decidir la causa *“Rosza”*, se ha agravado con el transcurso de los años, siendo que al momento de dictarse el fallo, aproximadamente un

(25) CSJN “Uriarte” cit. considerando 18.

(26) CSJN “Uriarte” cit. considerandos 20 y 21.

(27) CSJN “Uriarte” cit. considerando 24.

(28) CSJN “Uriarte” cit. considerando 25.

(29) CSJN “Uriarte” considerandos 26 a 29.

cuarto de los cargos de los tribunales nacionales y federales se encontraban vacantes en forma permanente. Esta realidad, según lo reflejó el tribunal, devino imputable en gran medida a la demora en los procesos de selección y designación de magistrados a cargo del Consejo de la Magistratura, del Senado y del Poder Ejecutivo de la Nación, y pone de manifiesto que el carácter extraordinario del sistema de reemplazos se encuentra claramente desvirtuado, convirtiéndose en regla la excepción. Más claramente determinó “Hoy la regla es designar un subrogante y la excepción es nombrar a un juez mediante un concurso”. Además, atento a las mencionadas demoras que se verifican en los concursos para cubrir en forma definitiva las vacantes, estos jueces subrogantes pueden perdurar por un plazo indefinido en esos cargos, desnaturalizándose la esencia y la razón de ser de la figura del subrogante. De este modo, los propios órganos a los que la Constitución Nacional les asigna la función de designar jueces no solo no han cubierto en tiempo y forma, el importante porcentaje de cargos vacantes sino que, además, han dictado normas por las que se habilitaron a designar jueces al margen del procedimiento constitucional creando una justicia de excepción en la que no rige la garantía del juez natural ni de independencia judicial (30).

VI. Conclusión

El judicial es considerado un poder contra mayoritario por tener la misión republicana de controlar los excesos de los poderes políticos, de allí su marcado y preponderante perfil técnico.

Es cuanto menos contrario a los principios fundantes del constitucionalismo, el argumento —antes que ahora empleado— por el cual se sostuvo que la legitimación popular y la representación parlamentaria constituyen elementos para gobernar prescindiendo del programa constitucional. Justamente, en sus orígenes, el control judicial de constitucionalidad surgió frente a la sospecha o desconfianza sobre las mayorías asamblearias de ocasión y propende a evitar que los poderes constituidos desconozcan la supremacía de la soberanía del pueblo y del poder constituyente.

Un poder Judicial independiente e imparcial implica una garantía por la que los derechos y libertades individuales se encuentren a resguardo de cualquier menoscabo.

Por ello, una vez sorteado el proceso de acreditación de idoneidad y cumplidos los pasos del mecanismo complejo de designación, es de vital trascendencia que quienes desempeñen la magistratura, lo hagan a resguardo de elementales garantías como lo es la inamovilidad de sus cargos, lo cual permite conservar la necesaria equidistancia de los otros poderes constituidos.

En el bicentenario de la declaración de nuestra independencia no debemos olvidar que las cuestiones referentes al afianzamiento de la justicia, como dato sustancial de la vida republicana, fue motivo de especial preocupación de nuestros constituyentes originarios, y sobre la base de dicho principio se proyectó la pervivencia y supremacía de la Constitución.

De allí nuestro histórico compromiso con su progresiva y recta observancia en pos del sostenimiento de una de las ficciones esenciales del estado de derecho.

En ese segmento, tal vez debamos tomar nota de lo peligroso que pueden ser los procesos de construcción de poder en torno a figuras que se proyectan por sobre las instituciones.

Si detenemos la mirada en los considerandos de la Corte, en el resolutorio que da razón al presente comentario, observaremos que el tribunal emite un mensaje claro y preciso; hay una constitución que se encuentra vigente y que delimita el poder; y los desatinos en torno a la normal prestación del servicio de justicia en estos últimos años, son producto de haberse soslayado su letra y su espíritu.

(30) CSJN “Uriarte” considerandos 31 y 32.

Las leyes son el cabal reflejo de las circunstancias políticas, sociales, culturales y económicas de cada momento de la historia. No es casual que durante los últimos doce años se hayan pergeñado distintos cuerpos normativos con el afán de incidir en la independencia e imparcialidad del poder judicial, como lo fue la ley 27.145.

Este tipo de experiencias, colocan a la sociedad ante el desafío cultural de reflexionar con madurez y sin apasionamientos, cuan perjudicial puede resultar impregnar de ideología política a quien tiene la delicada misión de impartir justicia. Ello cundió hasta el punto de haberse trazado un segmento entre jueces militantes de la ideología gobernante y los restantes.

La directriz de superación indica que el camino que debemos transitar y no permitir su desvío, es el de los jueces de la constitución, que garanticen la división de los poderes públicos, colocándonos a debido resguardo de actos autoritarios.

VII. Bibliografía

ALFONSIN, Raúl R. (1994). “Núcleo de Coincidencias Básicas”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. 1994-D, p. 824.

BIDART CAMPOS, José G. (1967). *El Derecho Constitucional del Poder*, Tomos I y II. Buenos Aires: Ediar.

— (1997). *Manual de la Constitución reformada*, Tomos I y III. Buenos Aires: Ediar.

GARAY, Alberto F. (2013). *La doctrina del Precedente en la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

LINARES, Juan Francisco (2015). *Razonabilidad de las Leyes. El debido proceso como garantía constitucional innominada*. 2da. ed. actualizada. 4ta. reimpresión. Buenos Aires: Astrea.

NINO, Carlos Santiago (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

— (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

PALACIO DE CAEIRO, Silvia (2012). “Recurso Extraordinario Federal”. 2da. ed. actualizada y ampliada, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley.

ROSANVALLON, Pierre (2009). *La Legitimidad Democrática*. Buenos Aires: Manantial.

SOLA, Juan Vicente (2009). *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomos I, II y V. Buenos Aires: La Ley.

Fecha de recepción: 18-03-2016

Fecha de aceptación: 15-07-2016

Direitos sociais da pessoa com deficiência no Brasil: trabalho, previdência e assistência social

POR **MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR** (*) y **JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA** (**)

Sumario: I. Introdução. — II. A concepção da deficiência ao longo da história. — III. Direitos da pessoa com deficiência a partir de uma perspectiva de direitos fundamentais: universalidade e especificação das políticas públicas. — IV. Inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. — V. Direitos previdenciários da pessoa com deficiência. — VI. Benefício assistencial destinado à pessoa com deficiência. — VII. Conclusões. — VIII. Bibliografia.

Resumo: o presente artigo trata dos principais direitos sociais das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. Estuda o direito ao trabalho, os direitos previdenciários e os direitos de assistência social das pessoas com deficiência, a partir da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, da necessidade de ações afirmativas, adotando-se o prisma da primazia da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chaves: direitos Fundamentais - direitos Sociais - incapacidade - trabalho - previdência social

Derechos Sociales del minusválido en Brasil: trabajo, previsión social y derecho asistencial

Resumen: el presente artículo estudia los principales derechos sociales de los minusválidos en el ordenamiento jurídico brasileño: los derechos al trabajo, el derecho previsional y la asistencia social (minimum vital) de los discapacitados, desde el prisma de los derechos fundamentales, de las discriminaciones positivas y de la dignidad de la persona humana.

Palabras clave: derechos fundamentales - derechos sociales - discapacidad - trabajo - previsión social

I. Introdução

O presente artigo trata dos principais direitos sociais da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. Abordamos o direito ao trabalho e os direitos trabalhistas, seus direitos previdenciários e a proteção assistencial.

A reflexão proposta se dá a partir da perspectiva dos direitos fundamentais, indicando especialmente a dicotomia entre universalidade e políticas especializadas/focalizadas de direitos fundamentais, a justificar o tratamento normativo diferenciado dispensado aos portadores de deficiências.

Com esse prisma, analisa-se criticamente as dificuldades relativas à inserção do deficiente no mercado de trabalho brasileiro, dificultando o exercício da cidadania como um todo e, em parti-

(*) Prof. de grado y posgrado, Universidade de São Paulo.

(**) Prof. de la Maestría en Derecho y Justicia Social, FADIR/FURG, Facultad de Derecho, Universidad Federal do Rio Grande.

cular, dos demais direitos sociais, em particular os direitos previdenciários. *Ultima ratio*, o artigo examina a cobertura assistencial destinada aos deficientes, a qual acaba por ser o modelo de proteção social mais frequente, diante das vicissitudes encontradas nos demais campos de direitos fundamentais.

Exposto esse panorama, espera-se contribuir para a elucidação do panorama de direitos da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no campo dos direitos sociais, contribuindo, mormente, para que tais direitos alcancem plena efetividade no plano social.

II. A concepção da deficiência ao longo da história

A discriminação e alijamento da sociedade caminhou junto com a humanidade. Lamentavelmente. A Roma antiga nos fornece um exemplo dessa realidade: nobres e plebeus podiam sacrificar os filhos que apresentavam alguma espécie de deficiência. Segundo os cânones do Direito Romano, direito este que serviu de modelo para a civilização ocidental, não era reconhecido os direitos das crianças que nasciam com alguma deficiência. A saída, conforme nos legam os livros de história, era a duas uma: ou a criança era sumariamente executada ou, alternativamente, era deixada às margens do rio Tibre para que alguma família plebeia a arrecadasse e lhe desse um lar (1).

No decorrer dos vários volumes escritos pelo historiador Will Durantt (1957), intitulado *História da Civilização*, este autor afirma, diante de suas pesquisas, que homens cegos eram utilizados como remadores nas travessias a barco no rio Tibres, bem como da existência em Roma de um mercado de compra e venda de homens sem pernas ou sem braços, anões, hermafroditas e outros tantos tipos de deficiências, inclusive na utilização de mulheres para a prostituição.

A obra *De Ira*, de LuciusAnnaeus Sêneca (2009), traduz inequivocadamente a forma como os deficientes eram tratados na sociedade romana. Por revelar a naturalidade como é tratada as crianças com deficiências é digno de citação o seguinte trecho de sua obra: “Não se sente ira contra um membro gangrenado que se manda amputar; não o cortamos por ressentimento, pois, trata-se de um rigor salutar. Matam-se os cães que estão com raiva; exterminam-se touros bravios; cortam-se as cabeças das ovelhas enfermas para que as demais não sejam contaminadas. Matamos os fetos e os recém-nascidos monstruosos. Se nascerem defeituosos ou monstruosos, afogamo-los. Não é devido ao ódio, mas à razão, para distinguirmos as coisas inúteis das saudáveis.” Por mais doloroso, à luz da concepção atual da deficiência, é necessário que façamos estas considerações para melhor compreender o propósito exposto nesta obra, culminando com a abordagem acerca da Aposentadoria dos Deficientes como um direito que deve ser assegurado.

Importa citar que os dois principais pensadores da Grécia Antiga, Platão e Aristóteles, mantinham uma clara concepção exclusiva e discriminatória dos deficientes.

Para Platão, na clássica obra *A República*, a sociedade deveria ser governada por filósofos esclarecidos, sendo que todos devem cuidar do corpo através de ginástica, muito embora não deva ter-se a finalidade de torná-los atletas. Segundo este pensador, a alimentação será simples, cabendo a medicina o cuidado com os acidentes banais. Aos inválidos, por outro lado, não serão dados cuidados, vez que devem ser simplesmente abandonados.

Aristóteles, por sua vez, na reconhecida e decantada obra *A Política*, indica que o governo da sociedade deve ser feito por homens virtuosos, preconizando uma sociedade ideal cuja ética, em

(1) O que não torna tão romântica essa possibilidade diante da narrativa, de vários autores, do fato destes deficientes serem, posteriormente, utilizados pelos plebeus para arremetarem esmolas, o que reverteriam à família adotante e garantiria uma renda para manter suas miseráveis subsistências.

relação às crianças deficientes, é a seguinte: “quanto a saber quais os filhos que se devem abandonar ou educar, deve haver uma lei que proíba alimentar toda criança disforme” (Aristóteles, 1988: 153).

Na Grécia, especialmente na cidade guerreira de Esparta, também encontramos esta mesma concepção, mormente quando esta cidade-estado vivia para a guerra e necessitava de guerreiros, saudáveis e eficientes, para seus propósitos. Por outro lado, embora Esparta detivesse grande parcela da população de amputados diante das consequências da guerra, as crianças recém-nascidas que possuíam qualquer “defeito” ou deformidade era lançada em um “precipício”. O ritual pode assim ser traduzido: todo o recém-nascido, independente se apresentasse sinais de anomalias ou não, era apresentado perante o Conselho de Espartanos que tinha por incumbência julgar se o nascituro era ou não deficiente. Se fosse considerado não deficiente, era devolvido ao pai que o mantinha sob sua tutela até os sete anos, quando então era devolvido ao Estado que o tornava um guerreiro. Caso fosse julgado pelo Conselho como “feio”, “disforme” ou indicando qualquer anomalia, eram lançados ao Apothetai, um abismo que servia de depósito de crianças julgadas sem serventia futura aos fins do Estado.

Os mil anos consagrados à Idade Média (Séculos V ao XV, conhecidos como *Idade das Trevas*), não auxiliaram na alteração desta concepção. Agregou-se, porém, um elemento fundamental, qual seja o de que as deformidades e deficiências estariam vinculadas aos aspectos místicos e religiosos. Logo, o nascimento de uma criança com qualquer problema seria uma manifestação irada da divindade, que recaía no nascituro e condenaria a si e a sua família.

A Santa Inquisição, especialmente entre os Séculos XI e XII, passou a identificar como “bruxaria” os casos envolvendo as pessoas deficientes e suas famílias.

Além disso, é de se frisar que a deficiência se agudizou diante das condições de vida precárias vivenciadas pelos pobres e miseráveis na Idade Média. As pestes, epidemias e endemias mais diversas são prova dessa condição. Por isso, vários autores entendem que as deficiências não somente aumentaram como passaram a ser vinculadas à condição de pobreza.

A partir da Idade Moderna (Séculos XV ao XVII), período conhecido como Renascimento, a concepção da deficiência observou, paulatinamente, alterações em seu significado e, o mais importante, na sua prática.

Primeiro, parece consenso que este período, impregnado pelo movimento denominado “Racionalista”, deixou de entender a deficiência de forma mística ou religiosa. A Idade Moderna rompe com a cultura mística imposta pela Idade Média, vindo a predominar a razão sobre a crença e os dogmas.

Observa-se, neste novo contexto, que tanto a Igreja Católica passou a compreender a pobreza e as pessoas com deficiência como mercedoras de proteção, mesmo que sob o manto da esmola e da caridade (2). Por outro lado, foram criadas, ao longo da Idade Moderna, instituições encarregadas do cuidado dos pobres, miseráveis e doentes (3).

(2) Interessante observarmos que a própria Igreja Católica proibiu, talvez pela tradição vinda desde o povo hebreu, a participação dos deficientes no clero. Essa forma de discriminação perdurou por toda a Idade Moderna, sendo ainda, nos dias atuais, incomum encontrarmos algum membro do clero que seja portador de deficiência.

(3) Mais uma vez é necessário que se diga que não existe nenhum romantismo nesta proteção. Como observou argutamente Karl Polanyi a constituição de uma sociedade de mercado livre somente foi possível com o término dessa proteção social dos pobres e miseráveis. Isso porque era fundamental, neste momento histórico, a criação de uma mão-de-obra “livre” para o fornecimento de trabalho para as indústrias em crescendo (Polanyi, 2000).

A partir do Século XX, como veremos adiante, os deficientes passam a ter seus direitos estabelecidos e respeitados, gozando de uma proteção social dantes não imagináveis (4).

Interessa-nos, diante dos propósitos colimados nesta obra, analisar a inserção dos deficientes no “mundo do trabalho”, corolário fundamental para a formatação, no caso brasileiro, da Aposentadoria cunhada pela Lei Complementar n. 142/13.

III. Direitos da pessoa com deficiência a partir de uma perspectiva de direitos fundamentais: universalidade e especificação das políticas públicas

No âmbito dos direitos humanos, atualmente, prepondera a concepção de *universalidade*. Com isso não queremos fazer menção à dicotomia entre concepções *universalistas* e *relativistas* de direitos humanos. Mais precisamente, pretendemos indicar a ideia de que hodiernamente os direitos fundamentais são compreendidos em uma perspectiva de *universalidade*: ninguém se encontra excluído da prerrogativa de ser *titular de direitos fundamentais*.

Hoje, portanto, vigora o ideário de que as pessoas são iguais em direitos (*universalidade de direitos*), independentemente de diferenças de gênero, cor, etnia e faixa etária, por exemplo.

Igualdade, porém, não é plena identidade, devendo ser conjugada como respeito à diferença e à diversidade, sendo duas as formas de isso ocorrer: o combate à discriminação e a *promoção positiva da igualdade*, a qual deve considerar as especificidades dos concretos sujeitos de direito alvo de proteção (Piovesan, 2003).

A partir deste panorama é que surgem os temas da *multiplicação do rol de direitos fundamentais* e da *especificação* dos sujeitos de direito que são seus titulares (5).

A *proliferação de direitos* se inicia com a positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, determinando a extensão, igualmente, do rol de titulares de direitos e, conseqüentemente, do próprio conceito de sujeito de direito, abrangendo, além do indivíduo, as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e, numa concepção mais recente, a própria humanidade (Segovia, 2004). Esse fenômeno é bem delineado no magistério de Flávia Piovesan:

“Esse processo implicou ainda a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delinea-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concretidade de suas diversas relações. Isto é, do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérico abstratamente considerado, mas ao indivíduo “especificado”, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.

Consolida-se, gradativamente, um aparato normativo especial de proteção endereçado à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem proteção especial. Os sistemas normativos internacional e nacional passam a reconhecer direitos endereçados às crianças, aos idosos, às mulheres, às pessoas vítimas de tortura, às pessoas vítimas de discriminação racial, dentre outros” (2003: 194).

(4) Como sempre, não é pacífica essa verificação. Prova disso é o esboço da eugenia como concepção de mundo assumida pelo movimento nazi-fascista. Este conceito, cunhado por Francis Galton no final do Século XIX, pugnava pela existência de uma raça superior, fruto de uma evolução moral e biológica. Para Hitler, essa raça era a ariana e todas as demais estariam em nível inferior. O holocausto traduziu historicamente esse momento histórico com o extermínio de milhares de judeus. O Terceiro Reich, é necessário que se diga, criou um programa para avaliação de pessoas com problemas de qualquer ordem, sejam psíquicas ou físicas, sendo que, tal como o Conselho dos Espartanos, um Comitê de 25 especialistas, entre médicos e psiquiatras, decidiam quem devia morrer ou viver. Neste programa, conhecido como Aktion T-4 Euthanasia Program, foram sacrificados mais de 200 mil cidadãos alemães.

(5) No caso brasileiro, a doutrina destaca que esse processo de *especificação dos sujeitos de direitos humanos* somente ocorre, propriamente, com a Constituição Federal de 1988 (Piovesan, 2003).

O tema da *especificação dos sujeitos de direitos humanos* redunda em outro, igualmente importante, atinente à *focalização de políticas públicas*, o que nada mais é do que a implementação de políticas públicas específicas conforme as diferentes e determinadas necessidades/desigualdades que caracterizam cada determinado e específico sujeito de direitos humanos (criança, idoso, pessoas com deficiência, questões de gênero ou raciais, etc.).

Nada mais que uma nova roupagem (jurídica) para a velha máxima, de inspiração filosófica, que exige tratar de forma igual aos iguais e de modo desigual aos que se encontrem em situações diferenciadas.

Na linguagem do moderno Direito Constitucional, a proteção diferenciada dos sujeitos de Direito está inscrita. A fim de explicar esse princípio utilizamos o magistério de Meirelles Teixeira:

Realmente, se o princípio da igualdade não constitui regra rígida, a ser aplicada, mas princípio adaptável à variabilidade das condições e situações individuais e sociais, tendo-se em vista tanto as exigências da justiça distributiva, como ainda as da utilidade social, isto é, do Bem Comum, como importante consequência, a possibilidade (...) de estatutos jurídicos distintos, diferenciais ou mesmo preferenciais, para atender a situações individuais ou sociais também distintas, ou (...) de uma igualdade aplicável a círculos ou categorias, representativa dessas diferentes situações individuais ou sociais (2011: 660-661).

Sublinhe-se, por fim, que o processo de especificação de direitos fundamentais, com a correlata *focalização* de políticas públicas, comporta o risco da *fragmentação* das políticas públicas e, conseqüentemente, a fragmentação dos laços sociais entre os sujeitos de direito (Segovia, 2004).

Em relação aos direitos da pessoa com deficiência, além de diversas Convenções da OIT (6) a respeito do assunto, destacamos a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência, de 13.12.2006, assinada pelo Brasil em 30.03.2007, sendo incorporada pelo ordenamento jurídico nacional com o *status* de norma constitucional (nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988).

Todos estes elementos, impõem seja dado tratamento jurídico diferenciado e compatível com a peculiar situação da pessoa deficiente.

IV. Inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho

No Brasil, conforme dados do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2010 haviam cerca de 24,5 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência no Brasil, cerca de 14,5% da população. Destaca-se, nesse grupo, a existência de cerca de 2 milhões de pessoas com deficiência intelectual e 1 milhão de pessoas com algum tipo de deficiência visual (7).

No direito brasileiro há duas modalidades de inclusão laboral dos deficientes, uma reserva de 5% das vagas previstas em concursos públicos, a teor do disposto no art. 5º, § 2º, da Lei 8.112/90, e, na iniciativa privada, uma determinação de inclusão de pessoas com deficiência, em proporção ao número total de vagas da empresa, nos termos do art. 93, da Lei 8.213/91 (8).

(6) Convenções da OIT 159 e 111, respectivamente tratando de readaptação profissional e emprego e, discriminação, emprego e ocupação, além das Recomendações 99, 150 e 168, respectivamente sobre habilitação e reabilitação profissionais dos deficientes; desenvolvimento dos recursos humanos e sobre readaptação profissional e emprego das pessoas deficientes, dentre outras.

(7) Os dados estatísticos mencionados neste artigo, além de uma referência teórica segura sobre o tema da pessoa com deficiência, foram extraídos da fundamental obra de Kátia Regina Cezar (2012), de consulta obrigatória neste tema, cuja indicação bibliográfica completa segue ao fim deste trabalho.

(8) Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte

A despeito da base legal clara a respeito da necessidade de inclusão no mundo laboral das pessoas com deficiência, os dados produzidos pelo Ministério do Trabalho revelam que menos de 1% dos empregos formais são ocupados por pessoas com deficiência, sendo que há primazia da contratação de pessoas com deficiências “mais leves” e que tenham tido acesso ao ensino médio ou superior (Cezar, 2012).

Registre-se também a diferenciação/discriminação salarial que é bastante presente quando da contratação das pessoas com deficiência (Cezar, 2012). Fator que inequivocamente irá impactar, em momento futuro, a obtenção e o valor da aposentadoria desse grupo de segurados — tornando eventualmente mais atrativo o benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal.

Outros aspectos que devem ser considerados em relação à inserção do deficiente no mercado de trabalho compõem uma moldura mais ampla em relação às políticas afirmativas destinadas às pessoas com deficiência. A legislação brasileira garante expressamente direitos de acessibilidade/mobilidade urbana, além de ensino inclusivo. Porém, tais normas muitas vezes não ganham efetividade, sendo que ainda hoje esses dois segmentos dos direitos sociais ainda são tormentosos para aqueles que possuem deficiência.

Os problemas de dificuldade de inclusão das pessoas com deficiência e de seu pleno exercício da cidadania ainda são agravados diante da multiplicidade de contextos sócio-econômicos existentes no Brasil: um país múltiplo, que conta com variadas e diversas realidades nacionais, que tornam a inclusão social da pessoa com deficiência particularizada e dependente de distintas condições locais.

Além dos problemas decorrentes da baixa efetividade das normas jurídicas asseguradoras de direitos às pessoas com deficiência, registre-se o puro e simples preconceito que ainda é latente na sociedade.

Diante destes fatores, e conforme já indicado pela autora acima citada, há somente um pequeno universo laboral de pessoas com deficiência no Brasil.

V. Direitos previdenciários da pessoa com deficiência

Inicialmente, cumpre identificar a Seguridade Social, e todos seus elementos constitutivos, como um verdadeiro direito fundamental (Serau Jr., 2011), inclusive em razão de sua incorporação pela comunidade internacional nos diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

A Previdência Social, um dos pilares da Seguridade Social, bem como todas as instituições, organismos e direitos que dela decorrem, são direitos fundamentais, pois possuem previsão constitucional diferenciada e, ademais, destinam-se à proteção da dignidade da pessoa humana dentro de uma esfera muito sensível dos direitos das pessoas, amparando-as no momento de retirada do mercado de trabalho ou de outras contingências sociais previstas em lei, como a idade avançada, a doença incapacitante, etc.

A Previdência Social possui característica universalizante e é aperfeiçoada pelo processo de *especificação das políticas públicas diferenciação dos direitos fundamentais*: a proteção jurídica espe-

proporção: I até 200 empregados 2%; II de 201 a 5003%; III de 501 a 1.0004%; IV de 1.001 em diante 5%. § 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante. § 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

cial dos direitos fundamentais deve ajustar-se às específicas situações materiais de cada segmento social.

Em outros termos: deve ser conferida à aposentadoria da pessoa com deficiência a necessária igualdade material (isonomia) em relação às demais hipóteses de aposentadoria, isto é, deve haver um tratamento jurídico adequado às características particulares dessa população.

O segundo aspecto fundamental para o intuito desta pesquisa reside na posição constitucional diferenciada da pessoa com deficiência e seu tratamento previdenciário. A começar da regra contida no art. 201, § 1º, do Texto Constitucional:

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

O discrimine constitucional é de todo justificado e veio a ser regulamentado apenas com a promulgação da Lei Complementar nº 142, de 08.05.2013.

Esse diploma legal regulamentou após grande atraso a previsão de aposentadoria especial para as pessoas com deficiência, contida no art. 201, § 1º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 47/05.

A referida Lei Complementar estabelece basicamente duas modalidades de aposentadoria para a pessoa com deficiência: uma modalidade por tempo de contribuição, embora o tempo exigido seja reduzido em relação aos demais segurados; outra forma de aposentadoria por idade.

A aposentadoria por idade em tudo é semelhante à aposentadoria por idade dos demais segurados: não traz, a nosso ver, nenhuma vantagem ao segurado deficiente, ferindo o espírito da proteção especial aos deficientes que se encontra inserido no texto constitucional.

Em relação à aposentadoria por tempo de contribuição do segurado deficiente, estabelece-se que seja aos 25 anos de contribuição, se homem, e 20 anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave; aos 29 anos de contribuição, se homem, e 24 anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada; e, finalmente, aos 33 anos de contribuição, se homem, e 28 anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve. Os critérios para a aferição do nível de deficiência são estabelecidos em regulamento.

Salta aos olhos que não se propiciou grande benefício às pessoas com deficiência, visto que a aposentadoria especial tradicional se dá aos 25, 20 ou 15 anos, no caso de segurado que exerça atividade prejudicial à saúde ou à integridade física. Diante das barreiras sociais que se colocam à inserção do deficiente no mercado de trabalho, julgamos que a redução de tempo de contribuição proporcionada pela Lei Complementar nº 142/2013 não é significativa e a norma jurídica poderia ter avançado mais.

Outro aspecto a ser criticado é a aplicação do *fator previdenciário* no cálculo do valor dos benefícios. Ainda que isso seja facultativo, incidindo apenas nos casos em que houver vantagem ao segurado, a Lei Complementar deveria ter definitivamente excluído essa possibilidade, tal como os artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91 estabelecem para aposentadoria especial dos segurados não deficientes.

V.1. A difícil prova da deficiência para os fins do benefício da Aposentadoria Especial dos Deficientes

Se é correto afirmarmos que a Aposentadoria Especial dos Deficientes, ora analisada, é uma espécie derivada do gênero Aposentadoria por Tempo de Contribuição, também parece ser correto

que guarda, no método de avaliação, uma relação com os benefícios assistenciais, justamente pela presença da *perícia biopsicossocial* (Costa, 2014).

Esta avaliação conjunta, já realizada há vários anos na dinâmica da concessão dos benefícios de prestação continuada da Lei Orgânica da Assistência Social (lei nº 8742/93), é trazida como método de avaliação, embora bem mais complexa, como veremos adiante.

Como já vimos alhures, não é mais possível, a partir da CIF-2001 e da Convenção de Nova Iorque, de 2007, entendermos o ser humano, suas relações com o trabalho, a doença, a falta de saúde e outros aspectos, em uma dimensão unicamente unívoca, a partir de suas estruturas fisiológicas.

A constatação da deficiência, bem como de seus graus ou níveis, é resultado de uma avaliação médica e social, sendo a primeira realizada pelos peritos médicos e a segunda pelos Assistentes Sociais.

Vejamos, mais detidamente, cada uma destas searas do saber, seus desafios e perspectivas face a essa nova avaliação biopsicossocial.

A Perícia Médica a cargo da Previdência Social, até então, vinha tendo um papel bastante reduzido na avaliação dos segurados, na busca da constatação de suas patologias e, portanto, incapacidade laboral, invalidez ou deficiência.

Em perícias rápidas, sem a análise mais detida de cada segurado e suas circunstâncias, os médicos, nem sempre especialistas nas áreas respectivas, emitiam seus vereditos de forma também rápida, por vezes contraditória e lacunosa.

O sistema pericial, historicamente, passou a ser vinculado a um serviço técnico, frio, insensível à dor e ao sentimento humano dos segurados. O distanciamento dos peritos, inclusive aconselhável para a obtenção de um melhor resultado, fizeram com que o ato pericial se tornasse um ato mecânico: o segurado é ou não é incapaz ou inválido para o trabalho.

Os segurados, por seu turno, passaram a ser vistos com certa desconfiança, como se fossem usurpadores do sistema, sempre tentando ludibriar o mesmo para obter os benefícios. Essa desconfiança, recíproca entre os envolvidos no processo, predominou e talvez ainda predomine até os dias atuais.

Por outro lado, é necessário que se diga que se na avaliação dos pedidos feitos nos pedidos ordinatórios de auxílio-doença, em que a incapacidade laboral é a determinante para concessão ou não destes benefícios por incapacidade temporária, no caso das aposentadorias por deficiência, a questão é mais complexa. Isso porque o que está sendo avaliado não é a incapacidade ou não dos segurados para o trabalho mas sim as dificuldades com que estes segurados exercem seus misteres.

Neste sentido é a orientação trazida pela Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP nº 1, de 27/01/14. Citamos alguns pontos importantes desta Portaria:

- a) A pontuação dos níveis de independência de cada atividade deverá refletir o desempenho do indivíduo e não a sua capacidade.
- b) O desempenho é o que ele faz em seu ambiente habitual, e não o que ele é capaz de fazer em uma situação ideal ou eventual.
- c) A única exceção a essa regra é se a pessoa responder que não realiza o atividade por um motivo pessoal.

Diante disso podemos afirmar, sem dúvidas, que o referencial do “mundo do trabalho” e sua relação para com o segurado, em termos de falta de saúde para o exercício de alguma atividade, não serve para avaliar este novo benefício.

Não importa se o segurado deficiente esteja com falta de saúde. Importa, isto sim, qual é o nível de dificuldade que ele apresenta na consecução de determinada tarefa.

Por óbvio que é de menor complexidade a avaliação da falta de saúde para determinado trabalho do que as condições, limites e dificuldades com que os segurados deficientes exercem determinadas atividades.

Para romper com esse paradigma retrogrado da avaliação médica baseada unicamente no Código Internacional de Doenças (CID) que a Portaria nº 1/2014 estabeleceu parâmetros de avaliação médica baseado nas barreiras funcionais que o segurado precisa transpor para desenvolver seu trabalho. Tal critério é baseado na CIF e seu produto gera o índice de funcionalidade Brasil — Apontadoria, o IFBrA.

VI. Benefício assistencial destinado à pessoa com deficiência

O artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, assegura à pessoa com deficiência sem condições de se sustentar, ou de ter sua subsistência provida por sua família, uma garantia de recebimento mensal de um benefício econômico correspondente ao salário-mínimo brasileiro:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Esse direito fundamental é regulamentado através da redação do art. 20, da lei 8.472/93:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

§ 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada.

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2o, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS.

§ 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura.

§ 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido.

§ 9º Os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar per capita a que se refere o § 3º deste artigo.

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

§ 11. Para concessão do benefício de que trata o caput deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.

O benefício assistencial, diante da dificuldade de inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho e, em consequência, da dificuldade de obtenção da aposentadoria especial dirigida a este segmento da população, acaba por se tornar, na grande maioria dos casos, na única fonte de renda das pessoas com deficiência.

Entretanto, ainda se encontram dificuldades na obtenção do benefício assistencial, como a dificuldade de prova da deficiência ou do critério de hipossuficiência econômica. Além disso, o benefício aqui discutido é de “menor qualidade” em relação aos benefícios previdenciários, visto que não pode ser cumulado com outro, não gera direito à pensão por morte, dentre outras limitações.

Essa situação torna a política assistencial aqui discutida uma fundamental política pública, bem como sinaliza, paradoxalmente, que os direitos fundamentais dos deficientes não são efetivados plenamente dentro do Estado brasileiro.

VII. Conclusões

A análise de todos os tópicos acima debatidos demonstra a justificativa para o tratamento previdenciário diferenciado dispensado às pessoas com deficiência.

A fundamentação constitucional utilizada, especialmente do ponto de vista da Previdência Social como direito fundamental e da concepção da aplicação da igualdade material, revelam a importância e necessidade do tratamento diferenciado.

A lei complementar nº 142/13, ainda que eivada de críticas, representa ganho de cidadania vez que, após longo lapso temporal, deu concreção a um importante direito fundamental das pessoas com deficiência — sua aposentadoria.

O sistema de avaliação da deficiência, por meio da perícia biopsicossocial, por sua vez, apresenta-se como uma curiosa contradição: se, por um lado, avança na compreensão do que é deficiência, não sendo suficiente somente a perícia médica para aferir sua manifestação, por outro a avaliação social não está sendo realizada de forma satisfatória. A não realização deste complexo sistema pericial, por sua vez, pode colocar em risco o próprio direito representado pela Aposentadoria dos Deficientes, em suas diferentes modalidades.

Os direitos sociais das pessoas com deficiência, no Brasil, encontram, em síntese, um panorama normativo bastante relevante, com normas dignas de elogios. Entretanto, ainda é longo o caminho para sua plena efetividade.

VIII. Bibliografia

ARISTÓTELES (1988). *A Política*. São Paulo: Martin Claret.

BIDART CAMPOS, Germán J. (1991). *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.

CEZAR, Kátia Regina (2012). *Pessoas com deficiência intelectual: inclusão trabalhista — Lei de Cotas*. São Paulo: LTr.

COSTA, José Ricardo Caetano (2014). *Perícia Biopsicossocial: perspectivas de um novo modelo pericial*. Caxias do Sul: Plenum.

DURANTT, Will (1957). *História da Civilização*. São Paulo: Companhia Editora Nacional.

MAUSS, Adriano y COSTA, José Ricardo Caetano (2015). *Aposentadoria Especial dos Deficientes: aspectos legais, processuais e administrativos*. São Paulo: LTr.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio (2011). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Conceito.

PIOVESAN, Flávia (2003). *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2003). "Por uma concepção multicultural de direitos humanos", em: Santos, Boaventura de Souza (Org.). *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 429-461.

SEGOVIA, Juan Fernando (2004). *Derechos Humanos y constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.

SÊNECA (2009). *Sobre a Ira*. São Paulo: Editora Shcwarz S.A.

SERAU JR., Marco Aurélio (2011). *Seguridade Social como direito fundamental material*, 2ª ed. Curitiba: Juruá.

— (2013). *Aposentadoria especial da pessoa com deficiência entra em vigor*. Portal Previdência Total (www.previdenciatotal.com.br). Publicado em 08.11.2013 [acesso em: 23/10/2014].

Fecha de recepción: 26-03-2016

Fecha de aceptación: 04-07-2016

Capacidad jurídica y protección de los ancianos y discapacitados en Cuba

POR **ORIS PALENCIA SERRANO** (*)

Sumario: I. A modo de introducción. — II. Desarrollo. Los institutos protectores de tutela y curatela en la Historia del Derecho. — III. Ideas generales acerca de la protección de las personas de la tercera edad y los discapacitados en el derecho comparado. — IV. Propuestas. — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía.

Resumen: constituye un logro de las sociedades modernas la igualdad de derechos entre las personas, reconocidos en la Constitución y demás leyes; la libre determinación de la persona a elegir que actos debe o no realizar; que bienes enajenar o simplemente donar; acudir libremente ante un Funcionario Público y realizar un acto jurídico en beneficio de sí mismo o de otra persona. La problemática se encuentra cuando esta persona sufre alguna afección mental derivada de una enfermedad o del simple envejecimiento, hecho este, al cual casi todos estamos destinados, y carece de suficiente capacidad mental para discernir hasta qué punto este acto puede provocar un perjuicio presente o futuro. A menudo, encontramos procesos judiciales donde el presunto afectado es una persona que tiene un déficit de su capacidad mental para discernir o prever los resultados de sus actos; la función protectora y preventiva del derecho tendría una razón más de ser si contrarrestamos estas lagunas, estableciendo procedimientos judiciales mas expeditos y específicos para estos casos, que cada día son más frecuentes.

Palabras claves: capacidad jurídica - curatela - incapacidad parcial - derecho civil - tribunales de justicia

Legal capacity and protection of the elderly and disabled in Cuba

Abstract: *it is an achievement of modern societies equal rights between people, enshrined in the Constitution and other laws; self-determination of the individual to choose to act or not to perform; you simply sell or donate goods; go freely before a public official and perform a legal act for the benefit of himself or another person. The problem is when the person suffers from a mental condition resulting from a disease or simply aging, a fact to which almost all are bound, and lacks sufficient mental capacity to discern how this act can cause damage present or future. We often find legal processes where the alleged affected is a person who has a mental deficiency to discern or predict the results of their actions capacity; protective and preventive role of law would be one more reason if we counteract these loopholes by establishing more expeditious and specific judicial procedures for such cases, which are increasingly more frequent.*

Keywords: *legal capacity - conservatorship - partial disability - civil law - courts*

(*) Prof. Derecho Romano y Filosofía del Derecho, Departamento de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Guantánamo, Cuba.

I. A modo de introducción

La capacidad jurídica ha sido definida proverbialmente como:

“las facultades que tiene la persona de gozar y ejercer derechos; por ello se desdobra en dos clases de capacidades: capacidad de derecho que es la aptitud para ser titular de un derecho y se relaciona por tanto, con el goce de los mismos y, la capacidad de hecho que es la aptitud para ejercer los derechos por sí mismo, sin la intervención de terceras personas” (Fernández Bulté, 2004).

La distinción anteriormente planteada, entre capacidad de derecho y capacidad de obrar, no fue reconocida totalmente desde los inicios o surgimiento del derecho como fuente reguladora de las relaciones sociales, pues esta responde a concepciones contemporáneas.

La doctrina romana no reconoció categóricamente esta distinción pero sí estableció limitaciones a la capacidad jurídica, determinadas éstas por el tipo de sociedad patriarcal y esclavista que representaban.

Su noción de capacidad se desenvolvía en torno a tres *status: libertatis, civitatis y familiae*. El primero suponía ser libre y no esclavo pues el esclavo lejos de ser considerado sujeto de derecho más bien era un objeto de derecho, en el segundo caso, el hombre para gozar de las garantías establecidas en el derecho civil, además de nacer y cumplir con todos los requisitos establecidos para ser considerado persona, debía ser ciudadano romano y el último daba lugar a la distinción de persona *sui iuris*, de derecho propio, y persona *alieni iuris*, de derecho ajeno, determinando en los sometidos al poder ajeno una incapacidad pero en el orden del derecho privado.

Hoy, desaparecida toda huella de esclavitud (1) en Cuba, equiparada la condición del extranjero, con residencia permanente, a la del ciudadano en cuanto al goce de los derechos civiles, transformado profundamente el contenido y la esencia de los poderes familiares, que no suprimen, como en otro tiempo, la capacidad jurídica, es condición única para ser sujeto de derechos: ser hombre.

La plenitud de la capacidad jurídica se alcanza en nuestro país cuando el menor arriba a los 18 años de edad o por matrimonio; no obstante pueden existir causas que limitan el ejercicio de los derechos, no así con la capacidad de derecho. Una de estas causales que limitan la capacidad de ejercicio del individuo es la enfermedad o retraso mental, regulada en nuestra ley sustantiva civil vigente en el artículo 30 inciso b) (2). En este caso están las adicciones (3) al alcohol, drogas ilegales y de prescripción médica; la ansiedad y depresiones transitorias pues se pueden presentar y no convertirse en crónicas; los trastornos obsesivos compulsivos; el alzhéimer que va deteriorando al individuo de manera progresiva provocándole un déficit de sus capacidades; la meningitis; las lesiones cerebrales, entre otras.

Una problemática frecuente, a raíz del artículo antes mencionado, es cuando se trata de obtener una declaración de capacidad restringida para un individuo que padece alguna de las enfermeda-

(1) Cfr: Constitución de la República de Cuba, 24 de febrero 1976: “sólo en el socialismo y el comunismo, cuando el hombre ha sido librado de todas las formas de explotación: de la esclavitud, de la servidumbre y del capitalismo, se alcanza la entera dignidad del ser humano; y de que nuestra Revolución elevó la dignidad de la patria y del cubano a superior altura”.

(2) Debemos tener en cuenta en este caso la distinción que hace las Ciencia Médicas entre enfermedades mentales y físicas pues no todas las enfermedades tienden a incapacitar total o parcialmente a un individuo para realizar actos jurídicos, en este caso solo nos remitiremos a aquellas que afectan la capacidad mental de la persona de manera transitoria y a las que van deteriorando sus facultades mentales de manera progresiva.

(3) El alcohol es quizás la droga con mayor número de mecanismos de acción sobre el sistema nervioso central y la que más diversos y graves trastornos mentales produce, cuando no los agrava en aquellos que abusan y dependen de él de forma secundaria a una enfermedad mental previa. Muchos expertos reconocen a las adicciones (a sustancias psicoactivas) como una enfermedad con entidad propia, además de ir deteriorando progresivamente la psiquis del individuo.

des señaladas, nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico vigente, no regula en su articulado la forma de obtener esta declaración de capacidad restringida (4), a pesar de que como hemos analizado anteriormente la ley sustantiva sí prevé la capacidad restringida.

Como bien asegura María Milagrosa Días Magrans, es criterio de los juristas que habría que acudir al denominado proceso civil ordinario (5) para obtener esta declaración de capacidad restringida. La incapacidad de esta persona se suplirá, en este caso, con la Tutela regulada en el Código de Familia.

Son varios los criterios acerca de cómo se debe suplir este tipo de incapacidad, coincidimos con el que plantea que la tutela debe ser ordenada para personas absolutamente incapaces y no para personas parcialmente incapaces. Igualmente, coincidimos en que la labor del tutor es la protección (de la persona y bienes) y representación de la persona en todos los actos de la vida civil en que intervenga, una vez declarado absolutamente incapaz para realizar actos jurídicos por: ser menor de edad y no estar sujeto a la Patria Potestad, mayores de edad que padecen una enfermedad mental crónica que los priva totalmente de medir el alcance y resultados de sus actos, u otra causa.

Un estudio de derecho comparado en países de varios continentes acredita que actualmente existen variadas formas de tomar la curatela. Alemania otorga la curatela para las llamadas “curatelas de bienes”, de igual forma prevén esta institución para los adictos a las drogas teniendo en cuenta la gravedad o afectación psíquica del sujeto cuando un mayor de edad debido a una enfermedad psíquica o minusvalía corporal, intelectual o emocional, no se puede ocupar de sus diligencias parcialmente, en estos casos el Tribunal de Tutelas y Curatelas nombrará, a solicitud de este o de oficio, a un curador. En Francia (6) la curatela se da a favor del mayor de edad incapaz de administrar sus bienes, al sordomudo, a los disminuidos en sus facultades, al menor emancipado, a la mujer casada, al pródigo y al imbecil.

En Chile se otorga al menor adulto, al pródigo, al demente interdicto y al sordomudo que no sabe expresarse. En Perú por medio del artículo 44 del Código Civil se otorga la curatela a los enfermos o débiles mentales, sordomudos que no saben expresarse y débiles seniles, a los pródigos, ebrios, toxicómanos, malos gestores o a quienes sufren la interdicción civil. El curador podrá en algunos casos representarlos y en otros, simplemente asistirlos. Para declarar un curador en Argentina conforme el Código hoy ya derogado existen dos vías procesales que se diferencian en el grado de incapacidad de la persona que deberá ser mayor de 21 años, salvo excepciones desde los 14 años de edad:

- Proceso de insania: del artículo 141 del Código Civil que declara incapaz o insana a una persona que no tienen capacidad para dirigir su persona o administrar sus bienes debido a una enfermedad mental.
- Inhabilitación judicial: del artículo 152 *bis* del Código Civil, considerando la inhabilitación de personas que se embriagan o usan estupefacientes a modo de prevención de auto realizarse jurídicamente perjuicios a sí mismos o a su patrimonio.

(4) La protección o tutoría de las personas con capacidad restringida no tiene respuesta o solución legal, pronunciamiento en el ámbito sustantivo ni en el procesal.

(5) Somos del criterio de que en el proceso de jurisdicción voluntaria donde se ventile una cuestión relacionada con la incapacidad total de una persona por razón de enfermedad mental y, oído el parecer del equipo multidisciplinario se compruebe que la persona solo presenta un déficit de su capacidad mental, pueda declararse capacidad restringida para esta persona.

(6) En Francia el inhabilitado judicialmente conservará su capacidad para todos los actos de la vida civil que no sean exceptuados en la sentencia judicial.

Por último, en Cuba la Curatela como institución de guarda, ha recobrado su actualidad al ser abordada en trabajos publicados en la Revista Justicia y Derecho del Tribunal Supremo, además estar incluida en el Anteproyecto de Código de familia.

II. Desarrollo. Los institutos protectores de tutela y curatela en la Historia del Derecho

Según afirma el profesor Julio Fernández Bulté, la función del curador en Roma era la de un Administrador sin ofrecer más detalles, pues según afirma no es el caso o motivo de estudio en su libro "Derecho Romano" que empleamos en el pre-grado. Lo cierto es que la incapacidad relativa ha acompañado al hombre desde que está sobre la faz de la tierra.

Partiendo de lo anterior analizaremos los institutos protectores de tutela y curatela para personas incapaces reguladas en casi todos los ordenamientos jurídicos modernos, no así en el nuestro donde "desaparece" la curatela como medio eficaz de protección jurídica a personas con cierta discapacidad, sea por el simple decursar de los años o enfermedad que lo priva de su sano juicio de manera parcial y la convierte en una persona con cierta incapacidad de medir el alcance de sus actos y por ende sus resultados. De igual modo algunos países reconocen la incapacidad de obrar a las mujeres casadas en cuanto a asuntos que atañen la vida familiar.

La escolástica siempre ha situado el estudio de estos institutos protectores en el derecho de familia restándole importancia, en lo que al derecho civil respecta, a lo que representa en la persona una afección de esta magnitud que obliga a ponerla bajo la custodia de otra. Las instituciones tutelares protegen a los menores de edad e incapacitados que no pueden seguir sujetos a la patria potestad para lo cual se les provee de un tutor para que los represente y defienda sus intereses.

También algunas de estas instituciones completan la capacidad de obrar de los emancipados sin patria potestad residual, de los beneficiarios de la mayoría de edad y de los pródigos. Su finalidad es suplir o complementar la capacidad de obrar de quien no la posee a plenitud, y se consagran como deberes ejercidos en beneficio de los tutelados y controlados por la autoridad judicial.

En la evolución de estas instituciones hemos observado que en la doctrina se reconocen dos tipos de tutela: la de familia y la de autoridad, que han trascendido a las legislaciones modernas como: Italia, Francia, Portugal donde tienen una organización de orden privado donde ocupa el lugar más importante el Consejo de Familia y no existe su control por órganos o poderes públicos. La segunda es seguida de: Inglaterra, Estados Unidos y Alemania, y se asigna la dirección de la tutela a organismos administrativos o judiciales, aunque se le difiera a un pariente del protegido. El control de la misma lo ejerce una autoridad.

El estudio de estos institutos debiera hacerse en la parte relativa al derecho de las personas, como explicábamos anteriormente pues se refieren a determinados status personales cuyo supuesto es una incapacidad natural o legal para realizar actos jurídicos determinados y que implican la necesidad de colocar a tales personas bajo la protección y vigilancia de otras; pero la exposición escolástica suele estudiar tales instituciones en el derecho de familia, considerándolas no sin fundamento, como formando un complemento de este derecho, pues no solamente las normas que las rigen o justifican en la organización familiar, sino que en realidad los casos más importantes y frecuentes (tutela de menores, curatela de los emancipados y curatelas especiales para los casos de conflicto de intereses), crean poderes, subordinación de personas, operándose una subrogación o sustitución de poderes familiares que no existen o que cesaron y en los demás casos, cuando no hay subrogación (tutela de los enfermos mentales y de los condenados, curatela de los inhabilitados y otras curatelas especiales), los poderes creados son una imitación de los primeros.

También aquí, cómo en los derechos de familia, habrá que apreciar un doble aspecto: el de las relaciones meramente personales y el patrimonial, que originan una serie de obligaciones entre la

persona incapaz y aquella a quien se confíe su protección, siendo preponderante el aspecto patrimonial por la idea de que tales instituciones deben tender sobre todo a la defensa de los bienes y de los intereses materiales, no obstante no ser menos importantes que éstos, los morales y sociales.

Distintos son los casos relacionados con el ejercicio de tales funciones protectoras. En cuanto a las causas de tal ejercicio pueden ser la menoría de edad, unida a la carencia originaria o posterior del padre que ejerza la patria potestad (en orden a los hijos legítimos) o la tutela legal (respecto a los hijos ilegítimos, o enfermedad mental grave (interdicción) o menos grave (inhabilitación, o condena penal, interdicción legal), liberación de los vínculos de la patria potestad (emancipación), o enfermedades somáticas (sordomudez o ceguera de nacimiento), o la prodigalidad, es decir todos aquellos hechos que privan al menor de la capacidad de obrar o se la disminuyen; también el hecho de darse un conflicto de intereses (conflicto entre el menor y el padre que ejerce la patria potestad entre menores sujetos a la misma patria potestad, etc.), o la inexistencia del titular de un patrimonio o la ausencia de dicho titular u otras circunstancias que exijan la adopción de medidas cautelares o protectoras de los bienes que no tengan propietario actual, o personas cuyo nacimiento se espere (curatela de vientre, curatela de la herencia deferida a los concebidos y no nacidos, etc.).

En cuanto a las funciones, éstas son de representación con sustitución de la voluntad inexistente de la persona protegida por la del investido con dicha representación, o de simple asistencia con integración plena de la voluntad del incapaz por la adición de la voluntad de otro; de fiscalización y autorización preventiva o de aprobación y autorización posterior; poderes de decisión, de simple ejecución; de vigilancia, de veto, de oposición; concernientes a la esfera personal y moral del incapaz (educación, instrucción, colocación del menor, protección y asistencia del enfermo mental), o a su esfera patrimonial (conservación y administración de los bienes).

Por cuanto, todas estas figuras pueden agruparse en dos tipos fundamentales: los de tutela y curatela, que responden a dos formas sustanciales de protección: representación y asistencia. Pues prescindiendo de las particularidades que ofrecen los casos singulares y de las normas especiales que representan desviaciones del tipo común puede sentarse como principio general, que mientras la tutela es ordenada para personas absolutamente incapaces (menores de edad, enfermos mentales, interdictados por condena penal), y como correspondiente a ella, se da un poder de representación; "la curatela es ordenada para las personas parcialmente incapaces (menores emancipados, inhabilitados por enfermedad mental menos grave, sordomudos y ciegos a *naturitate*, pródigos etc.), y corresponde a ella una simple función de asistencia e integración de la voluntad del incapaz por el consentimiento del curador" (De Ruggiero, 1931).

Esto se entiende aplicable a la curatela ordinaria, porque las curatelas especiales no siempre suponen existencia de un incapaz; tampoco, es legalmente imposible que el curador ejerza funciones de representación. Los orígenes históricos de la doble institución de la tutela y de la curatela (consideradas en su figura ordinaria de protección de menores y de enfermos mentales) se remontan al derecho Estatutario Italiano, y como fuente más remota al Derecho Romano, al cual se añadieron elementos de Derecho Germánico. Pero la ordenación moderna, en la mayoría de los países, de estas instituciones difiere mucho de la antigua.

El propio Derecho Romano ofrece en su proceso histórico modificaciones tan profundas, que bien puede afirmarse que las instituciones del período justiniano apenas si son una sombra de las del período clásico y de la época antigua. En los orígenes la *tutela impuberum* (y más aún la *tutela mulierum*, la cual cayó en desuso y desapareció más tarde) fue concebida como poder creado en ventaja de los agnados para la defensa de los intereses familiares y para asegurar el derecho hereditario del grupo agnaticio con preferencia al provecho o ventaja que tal institución pudiera reportar al pupilo.

Es un derecho del tutor, por la tutela se confiere al tutor un derecho sobre la persona del tutelado cuya personalidad queda más que absorbida, integrada con la del tutor. Este carácter refleja la

definición de este instituto, dada por el jurisconsulto Servio Sulpicio Rufo: “*tutela est vis ac potestas in capite libero*”.

Pero con el tiempo se va afirmando y prevaleciendo la idea de que esta potestad es conferida para la protección del impúber y de la mujer incapaz, por la edad y por el sexo, respectivamente, para actuar por sí solos. La misma definición de Servio añade poniendo de relieve el fin protector la sustitución: *ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere neguit*. De este modo la tutela pasa a ser un *munus*, se convierte de derecho en deber, es un *onus* y por la participación “mayor cada día” que el Estado toma en la organización de la tutela, asume ésta el carácter de un deber público, al cual no es lícito sustraerse sino por causas determinadas de exención (*excusationes*), debidamente comprobadas por el Tribunal.

La actividad del tutor se traduce en dos funciones distintas: integrar por un lado la capacidad del pupilo, cuya voluntad, sin estar totalmente ausente, se completa con la del tutor, quien interpone la propia *auctoritas* en los actos del pupilo; y tener por otro lado a su cargo la gestión patrimonial, actuando el tutor sólo bajo su responsabilidad, sustituyendo al pupilo en los actos concernientes a los bienes de éste. *Interpositio auctoritatis* y *gestio negotiorum* se desenvuelven bajo el control de la autoridad pública, dándose a ambas partes acciones judiciales para exigir la rendición de cuentas, la remoción del tutor y el reembolso de los gastos. La tutela cesa con la pubertad. La que recaía sobre las mujeres era en cambio perpetua, hasta que la institución cayó en desuso.

La curatela es una institución paralela, pero distinta, tiene también carácter de función pública; se da para la protección de personas incapaces y requiere también la intervención de la autoridad, sin embargo, por su esfera personal de aplicación, por las funciones propias que ejerce el investido con la curatela, se contraponen ésta en la tutela. En cuanto a las personas, se da la curatela para el loco (*cura furios*), para el pródigo (*cura prodigi*), para los menores, o sea para quienes habiendo salido de la pubertad no hubieren cumplido veinticinco años (*cura minorum*). En cuanto a las funciones de la curatela, diremos que recaen sobre el patrimonio, nunca sobre la persona, de ahí el proverbio: *tutor personae datur, curator bonis*, el cual en cuanto al primer miembro no es exacto.

Estas funciones se exteriorizan, no con la *interpositio auctoritatis*, que es un acto exclusivo del tutor, y si solamente con la gestión patrimonial, con la administración de los bienes del furioso o del pródigo. Sólo cuando a las dos originarias y más antiguas curatelas del furioso y del pródigo, se añadió la llamada *cura minorum*, la cual se desarrolló luego, ocurre que la actividad del curador se manifiesta mediante un *consensus* que implica una autorización por el curador del acto querido por el menor y consiguiendo una integración de capacidad no distinta de la que realiza el tutor con la *interpositio auctoritatis*.

Ocurrió además este fenómeno: transformada la *cura minorum*, de institución esporádica cuya creación solicitaba el propio menor para realizar un determinado negocio, en institución general y estable para todos los *minoris*, la persona del incapaz se halló primeramente sujeta a tutela por ser impúber, luego a curatela hasta haber cumplido los veinticinco años, así, pues, la curatela apareció como una continuación de la tutela, y poco a poco por efecto de transformaciones sucesivas y de la desaparición, en el período justinianeo, de las diferencias originarias que separaban ambas instituciones, la tutela y la curatela se asemejan y casi se confunden. Tal confusión que es evidencia en la legislación de Justiniano se acentúa en el período siguiente, en el cual, se atenúan o se pierden las características diferenciales de una y otra institución.

Luego se injertan elementos del Derecho Germánico: surgen vivas discusiones entre los historiadores del Derecho sobre la parte de las modernas instituciones que se debe al Derecho Germánico, al Derecho Romano y a las Costumbres locales. Lo cierto es que la confusión a que antes aludimos se aumenta y perpetúa; mientras algunas normas reproducen los principios romanos, otras derivan del derecho bárbaro y quizás de éstas procede la institución del Consejo de Familia adicionada como órgano deliberante al tutor y al curador.

Luego se abre paso el concepto de la representación, provocándose con ello una radical transformación respetivamente a la función ejercitada por el tutor. A través del Derecho municipal y del estatutario se prepara el advenimiento del Derecho Moderno con las instituciones de la tutela y de la curatela. Si comparamos el ordenamiento de nuestro Código con el Derecho Romano, puede decirse que salvo algunos principios fundamentales conservados por virtud de una larga tradición, el sistema vigente nada tiene que ver con el antiguo.

Nuestra tutela no se da solamente por razón de edad, el no sujeto a la patria potestad, si que también por causa de enfermedad mental grave que prive al enajenado de la consciencia de sus actos; para nosotros es tutela no sólo la de los menores de edad, si que también aquélla a la que los romanos llamaban *cura furiosi*. Además la tutela por razón de edad, no se aplica ya solamente en aquel primer estado de la incapacidad que los romanos llamaban *impubertas*, se extiende también a los que no hayan cumplido aún los dieciocho años, es decir, que la tutela ha sustituido a la *cura minorum*. En definitiva la *cura furiosi* y la *cura minorum* se han convertido para nosotros en casos de tutela. Se ha añadido un tercer caso en algunos países: el del interdictado por condena penal.

La curatela también ha experimentado mutaciones en el derecho foráneo por lo que toca a la esfera personal de su aplicación. Subsiste la curatela del pródigo, pero se ha agregado por una parte la curatela del menor emancipado, por otra, la del enfermo mental menos grave, la del ciego y sordomudo de nacimiento, es decir, las de los inhabilitados por sentencia (enfermos mentales) y las de los inhabilitados de derecho (ciego y sordomudo); en cuanto a los poderes y funciones del investido con tales cargos, también la transformación ha sido radical. Nada existe hoy que corresponda a la *interpositio auctoritatis* del tutor romano, sin que pueda decirse tampoco que se reproduzca hoy la otra de sus funciones típicas, la *gestio negotiorum*.

El tutor moderno sustituye, no integra con su propia autoridad la voluntad del tutelado. Al sustituirlo lo representa en todos los negocios (hasta donde sea admisible tal poder de representación). Mientras que en la *gestio negotiorum* no se daba una gestión representativa, en cuanto que todos los efectos de los negocios realizado por el tutor se producían, no en cabeza del *pupillus*, sino en la persona misma del propio tutor, y del patrimonio de éste mediante los oportunos medios procesales, se transferían tales efectos al patrimonio pupilar.

En cambio, es posible establecer un paralelo entre el *consensus del tutor* y la asistencia de nuestro curador, que no ostenta por regla general la representación del incapaz, sino que se limita a integrar la voluntad menos plena de éste, aprobando el acto por él realizado. De este modo, queda restablecida la neta contraposición del tutor y del curador. Pero del Derecho romano proceden el carácter de función esencialmente gratuita y de *munus publicum* que ofrecen ambas instituciones, las causas de delación de la tutela (testamentaria, legítima y dativa), la intervención y el control de la autoridad pública (cada vez más intensa y continuada por lo menos teóricamente), el sistema de las *excusationes* y de la remoción. La materia se halla regulada, estos institutos, en la mayoría de los Códigos Civiles con numerosas normas, a veces muy minuciosas, pero no siempre claras y bien coordinadas.

II.1. De la tutela

La tutela, en fin, es un poder que limita, en gran parte, a la patria potestad; en su especie más importante, la tutela de los menores, que sirve de modelo a las demás, viene a ser un subrogado de la patria potestad, puesto que sólo funciona cuando ésta cesa por muerte de los padres o por perder éstos la patria potestad.

Sus caracteres son:

- a) La naturaleza pública del oficio: *munus publicum*.
- b) La obligatoriedad de la función.

- c) La gratuidad.
- d) La generalidad del poder conferido al tutor.
- e) La indivisibilidad y unidad del poder.

Las especies de tutelas se pueden clasificar en:

A) Tutela de los menores: el principio fundamental, es que ésta no se difiere mientras viva uno solo de los padres y en tanto éste no haya perdido la patria potestad o no esté ausente.

B) Tutela de los mayores (interdicción): la pérdida de capacidad en quien la adquirió ya sólo puede producirse por enfermedad mental grave, comprobada en juicio civil y declarada en sentencia o por condena criminal, como agravación de las penas restrictivas de la libertad personal.

C) Una y otra implican interdicción de la persona: establecida por medio de una condena criminal; la persona interdictada es equiparada al menor y se halla sujeta a tutela. Todo acto jurídico referente a su persona, familia o patrimonio puede realizarse solamente por el tutor, siempre que dicho acto sea de los que admiten representación.

II.2. De la curatela

La definición de la curatela es más difícil que la de tutela. Esta mayor dificultad estriba en la circunstancia —que no se ofrece en materia tutelar— de no presentarse la curatela con el carácter de una institución única, sino, más bien con el carácter de un conjunto de instituciones diversas que se aplica a situaciones profundamente diferentes y a fines variables.

Sus características son poco más o menos las mismas que las de la tutela:

- a) La curatela tiene el carácter de oficio público.
- b) También ella, como la tutela, es oficio gratuito.
- c) Es un oficio obligatorio que no puede renunciarse si no median determinadas causas, previstas en la ley y comprobadas por la autoridad.
- d) Indivisibilidad y unidad de poder.

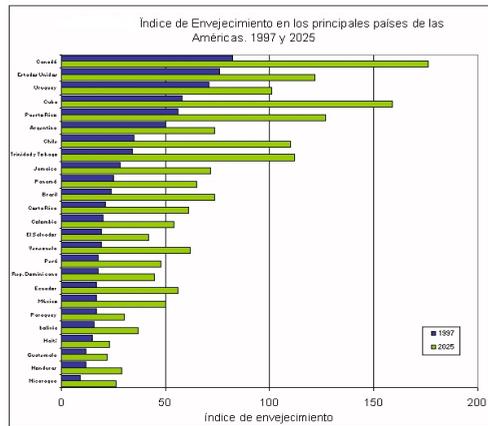
Las especies de curatelas son:

- A) Curatela de los menores emancipados.
- B) Curatela de los mayores (inhabilitación).

III. Ideas generales acerca de la protección de las personas de la tercera edad y los discapacitados en el derecho comparado

A pesar que los estudios sobre el envejecimiento han sido objeto de análisis desde épocas antiguas, no es hasta el pasado siglo alrededor de los años treinta que se desarrollan los principales conceptos de la gerontología y comienza el desarrollo de estos estudios que constituyen una creciente preocupación de todas las naciones como se evidenció en la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de las Naciones Unidas celebrada en Viena en 1982, al que por supuesto se suma el de nuestro país donde alcanza un notable avance en la década de los años '90.

Gráfico N° 1



Fuente: Fernández Castellón, Raúl (1991). *El envejecimiento en Cuba*. La Habana: Cuba, p. 3.

Cuadro N° 1. Población de más de 60 años, estimado y proyectado

El mundo y sus regiones	1950	%	1990	%	2025	%
Total mundial	200 604	8.0	488 756	9.2	1205 338	14.2
Regiones más desarrolladas	94 631	11.4	206 124	17.1	344 608	25.5
Regiones menos desarrolladas	105 974	6.3	282 631	6.9	860 730	12.0
América Latina	8 932	5.4	320 44	7.2	971 74	12.8
América del Norte	20 063	12.1	462 44	16.8	88 521	26.7
Europa	50 625	12.9	93 018	18.7	139 216	27.0

Fuente: Fernández Castellón, Raúl (1991). *El envejecimiento en Cuba*. La Habana: Cuba, p. 5.

Este impulso en el tratamiento al fenómeno del Envejecimiento tiene su antecedente en las resoluciones 46-91, 46-94 y 45-06 de la Asamblea General de la ONU de 1992 que trazan un conjunto de objetivos con relación al tratamiento del envejecimiento destinados a servir como guía para el Plan de Acción Internacional que llevaría a vías de hecho esta política en torno a la ancianidad por todos los países miembros.

Hay que remontarse entonces a la protección jurídica de los ancianos y discapacitados, que aunque no regulado taxativamente, sí aparecen recogidas normas dentro de instituciones de guardaduría reguladas en el Derecho Romano principalmente para:

- a) Los que por razón de su edad no tuvieron plena capacidad de obrar.
- b) Para las mujeres.

- c) Para los locos y furiosos.
- d) Para los pródigos.
- e) Para personas débiles o defectuosas.

A los cuales se les asignaba un curador con facultades singulares "*Cura debilium personarum*" o para igualmente asimilar a algún tutor. En el Derecho germano fue más limitada su regulación, que luego en las partidas vuelve a ordenarse distinguiendo las instituciones de tutela y curatela que trascendieron al derecho histórico español y por supuesto a Latinoamérica, que en la mayoría de sus naciones es seguidor del sistema de Derecho romano-francés. Para este estudio comparado hemos escogido un grupo de países latinoamericanos, sobre todos los que más avances han introducido en el tema de la protección a la tercera edad y la discapacidad, donde este fenómeno también está presente. Igualmente se hace referencia a España a la que viene unida Latinoamérica por lazos históricos y culturales.

Particularizamos en este análisis la protección constitucional ofrecida, las normas de carácter sustantivo como refrendan esta problemática y cuáles son las principales instituciones jurídicas que brindan amparo a estos grupos poblacionales.

Regulaciones de otros países relacionados con la protección al adulto mayor y a los discapacitados.

a. Colombia

El artículo 13 de la Constitución Política de la República de Colombia del 10 de octubre de 1991 señala: "El Estado protegerá especialmente a las personas que por su condición económica, física y mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o sancionará los abusos y maltratos a que se sometan". Los artículos 46 y 48 establecen cuál es la responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en la asistencia y protección de las personas de la tercera edad y el establecimiento de un subsidio alimentario en caso de indigencia.

En tanto el Código Civil de 26 de mayo del 1876 puesto en vigor por la ley 57 de 1887 propugna que: "aunque la emancipación de al hijo derecho de obrar independientemente queda siempre obligado a cuidar de sus padres en la ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida que necesita ser auxilio". Regula también sanciones civiles para el heredero indigno y sanciones penales por la ausencia de asistencia alimentaria a los ascendientes o poder.

b. Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela promulgada en noviembre de 1999 recoge en su artículo 80 que:

"El Estado garantiza a los ancianos y ancianas en pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado con participación solidaria de las familias está obligado a respetar la dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la Seguridad Social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social a los ancianos se les garantizará el derecho a un trabajo acorde a aquellos y aquellas que manifiestan su deseo o estén en capacidad de ello".

Por su parte, el Código Civil establece la obligación de los hijos de asistir y suministrar alimentos a sus padres y a sus ascendientes maternos y paternos y es exigible en la medida que ellos carecieron de recursos o medios para la satisfacción de sus propias necesidades. En esta norma hay un capítulo que se dedica a la inhabilitación y que estipula que el débil de entendimiento cuyo estado no sea tan grave que dé lugar a la interdicción, podrá ser declarado por el juez de primera instancia inhábil

para estar en juicio, celebrar transacciones, dar ni tomar préstamo, percibir sus créditos, dar liberaciones, enajenar o gravar sus bienes o para ejecutar cualquier acto que exceda de la simple administración, sin la asistencia de un curador que nombrará el juez de la misma forma que confiere tutor a los menores, medida que se puede extender en dependencia de su necesidad.

c. Panamá

Existen en su Constitución de 1972 preceptos que ofrecen tutela jurídica al adulto mayor, la responsabilidad familiar y de las autoridades en ese fin, en la legislación sustantiva su Código de Familia que se escindió del Civil del 27 de abril de 1994, regula la institución denominada Colocación Familiar u Hogar Sustituto como vía para ubicar a un menor de edad, un anciano, un discapacitado, o un enfermo desvalido en un hogar distinto al de sus padres con la obligación de alimentarlos, cuidarlos y educarlos. Para estos fines el Estado fija una asignación mensual al acogente en casos que tenga que solventar los gastos del acogido, que es supervisado por un este fiscalizar (artículos 371 y 376).

d. El Salvador

No está redactado en su Constitución de 1985 ningún acápite expresamente dedicado a la protección de los ancianos o desvalidos. Sí en el Código Civil de 1959 se regula la tutela y la curatela y dentro de ésta una curatela especial como negocio particular donde se incluye el adulto mayor.

El Código de Familia de 1 de octubre de 1994 que se independizó del Civil de 20 de octubre de 1943 dedica el Libro V a "*Los menores y las personas de la tercera edad*" y en el título dedicado a estos últimos, los define, reconoce sus derechos a vivir al lado de su familia a la que asigna su protección y que la sociedad y el Estado lo asumirán cuando no existiere aquella o cuando no se le brinde una adecuada protección. Recoge también esta ley los derechos de los ancianos y dispone que su internamiento en asilos o casas de retiro se adoptará siempre como última medida.

e. Costa Rica

Estipula el artículo 51 de su Constitución de 1949 el derecho de los ancianos a la protección del Estado. El Código Civil actualizado en 1996 regula las instituciones de Tutela y Curatela. Esta última en la Legislación familiar de 1973, prescribe que estarán sujetos a curatela los mayores de edad que padezcan de una incapacidad física o mental que les impida atender sus propios intereses en tanto incorpora una curatela accidental para cualquier persona que se encuentre en incapacidad de atender sus asuntos.

f. México

La Constitución mexicana es del año 1917 y en ella no se regula la protección especial del anciano aunque el 22 de agosto de 1979 este estado crea el Instituto Nacional de la Senectud y en el 2000 se promulgó la ley encaminada a coordinar las acciones de apoyo y protección de los ancianos.

No aparece en el Código Civil mexicano del Distrito Federal de 17 de septiembre de 1987 ninguna institución de protección al adulto mayor o a los discapacitados. Aunque en ese Distrito en marzo del 2000 si se dictó la "*Ley de los Derechos de las personas Adultas Mayores*" que reconoce los derechos de las personas con 60 años y más con el objetivo de propiciarle una mejor calidad de vida, establece los derechos de éstas y las obligaciones de la familia así como faculta a la Secretaría de Gobierno en la instrumentación de programas que proporcionen el acceso al empleo de los adultos mayores atendiendo a su profesión u oficio.

Esta propia legislación crea el Consejo Asesor encargado de la integración, asistencia, promoción y defensa de los derechos de las personas ancianas como órgano de consulta, asesoría y evaluación

de las acciones a favor del desarrollo de estas personas e indica las acciones de gobierno para el establecimiento de programas en beneficio de los adultos mayores.

g. Chile

En la Constitución de 1987 no hay regulación alguna referente al adulto mayor y en su Código Civil promulgado el 14 de diciembre de 1855 y vigente desde 1857 que fuera reformada en 1884 define en su artículo 55 quiénes son las personas de la tercera edad y en su precepto se establece la obligación del hijo de cuidar a sus padres en la ancianidad.

h. España

En su Constitución de 31 de octubre de 1978 no se dedica espacio a la protección del Adulto Mayor. Su legislación en materia Civil (Código Civil Español de 1974, que fuera modificado por la Ley de Reforma del 24 de octubre de 1983) introduce la figura del Defensor Judicial y hace un reconocimiento explícito de la guarda de hecho además de establecer un régimen de curatela que es abordado en este trabajo.

Dentro de las funciones del Defensor judicial están las de intervenir en procesos cuando exista conflicto de intereses entre menores o incapacitados y su representante o curador o cuando este último no desempeñe adecuadamente su función.

Sobre la guarda de hecho el capítulo 5 recoge “Sin perjuicio de lo dispuesto cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación con relación a los mismos”.

III.1. Los aspectos más significativos del estudio de derecho comparado

Como resultado de la revisión de las legislaciones de estos países se ha comprobado que hoy existe en el mundo preocupación, interés y voluntad para ordenar jurídicamente la protección a las personas de la tercera edad y en alguna medida también para los discapacitados; ejemplo lo constituyen un grupo de países como los estudiados (Venezuela, Panamá, Costa Rica, Colombia), que han llevado a su ley suprema la protección al adulto mayor y han definido la responsabilidad que en su atención deben asumir el Estado y la familia.

Igualmente, existen países donde sus legislaciones civiles o de familia estipulan el deber de la familia en la atención y cuidado de los ancianos. También asignan responsabilidad al Estado y a instituciones de carácter público o privado en función de esta protección como por Ejemplo: México, Argentina, Colombia, España, Costa Rica, El Salvador, Venezuela etc., aunque no constituye la opción más utilizada se han promulgado con rango de ley algunas normas de carácter específico para ofrecer protección a la tercera edad como en Argentina y México.

Desde el punto de vista de las instituciones protectoras, se constata la incorporación en países como España, El Salvador, Costa Rica y Venezuela que regularon la curatela para brindar asistencia al anciano en aquellos actos que no puedan realizar por sí mismos y que es la figura que más se ajusta esta finalidad, sin menospreciar otras variantes que han utilizado otros países como son:

- En Panamá: la Colocación Familiar y hasta un abogado de oficio para representar al anciano.
- En México: un Consejo Asesor para la defensa de los derechos del anciano que simultánea también con un Defensor Judicial y reconoce también la Guarda de Hecho.
- En Argentina: un Cuidador.

Con ello cabe concluir que con denominaciones o figuras distintas lo cierto es que muchos países han dado ya el paso definitivo para la incorporación en sus legislaciones de institutos jurídicos protectores de los ancianos. En cuanto a los discapacitados se han incorporado algunas normas para su protección aunque como se ha expresado anteriormente, no con toda la intensidad volcada sobre la tercera edad por ser éste último un fenómeno inminente y generalizado para todo el mundo. Así tenemos que en Colombia se alude a la protección de las personas que por su condición física se encuentren en circunstancias de debilidad, sancionando los abusos y maltratos que se cometen contra las mismas.

En Venezuela se regula la inhabilitación para las personas débiles de entendimiento pero que no llegan a ser interdictos y les asigna un curador para su asistencia. Por su parte El Salvador instituye para estas personas una curatela especial dada la necesidad de ser asistidos para determinados actos.

Los panameños constitucionalmente prevén las instancias de colocación familiar, el hogar sustituto para ubicar entre otros a los discapacitados o enfermos desvalidos para ofrecerles un hogar ya bien porque han sido abandonos o porque sus familiares no pueden ofrecerles amparo, obligando a estas a los que se les asigne alimentarlos y cuidarlos.

No sería completa esta valoración de Derecho comparado si no se reconoce que si bien en el orden legislativo muchas de estas naciones han avanzado en la protección del adulto mayor y los discapacitados, en realidad a la materialización de esta política no se le dedican todos los recursos y esfuerzos y la prioridad que merecen en cualquier sociedad los ancianos y las personas débiles. A todo lo anterior se añade la carencia de una labor educativa sostenida de la sociedad, encaminada a la elevación de los valores de amor a la familia, a los ancianos, de protección a las personas enfermas o débiles; la ausencia de trabajo profiláctico y preventivo para evitar la deshumanización de estas personas que deben constituir el centro de atención de toda la sociedad necesitada de justicia social.

IV. Propuestas

A continuación se plantean algunas propuesta de modificación de la legislación familiar, que deben introducirse luego de analizar doctrinalmente la institución propuesta para la guarda y cuidado de las personas mayores de edad, los discapacitados o incapaces declarados judicialmente, sobre todo encaminadas a definir claramente la responsabilidad de la Familia, la Sociedad y el Estado en la protección de las personas ancianas y discapacitadas previamente reconocida la carencia de Capacidad Jurídica Civil según los artículos 30, 31 y 32 del Código Civil.

En tal sentido se propone que queden redactados, de la forma que a continuación se señalan, los siguientes preceptos sustantivos de familia:

Artículo 84: los hijos están obligados a respetar, considerar y ayudar a sus padres mientras estén bajo la patria potestad de aquellos y a obedecerlos, una vez aquellos arribados a la edad adulta mayor a tener igual consideración.

Del **Título IV “La Tutela”** se mantendría con su formulación actual y se agregaría otro título (**Título V “La Curatela”**) que incorporaría la figura de la curatela como una institución de asistencia para los ancianos que por razón de su edad tengan afectadas su capacidad de obrar, para los discapacitados que no puedan por sí solos participar en determinados actos requeridos por la ley, para los pródigos, casos de intereses contrapuestos y capacidad restringida, excepto los menores de edad sujetos a patria potestad o tutela.

Se dedicaran varios artículos para la regulación de esta institución que pudieran ser los siguientes:

Artículo: estarán sujetos a curatela.

1. Los mayores de edad que tengan, por razón de su ancianidad, restringida su capacidad de obrar para la realización de determinados actos.

2. Las personas discapacitadas, que serán asistidas para la realización de determinados actos que por razón de su impedimento no pudieren efectuar.

3. Los pródigos.

Artículo: el curador estará facultado para asistir a los curatelados en determinados actos donde la ley así lo requiera para su válida constitución, en representación y defensa de los intereses de aquellos.

Artículo: los actos en que deba asistir el curador y se realicen sin su concurso, podrán ser convalidados en los casos establecidos en la ley.

Artículo: a la curatela le serán aplicables las normas relativas a la tutela que le sean afines.

Se propone incluir un Título para otras instituciones de guardaduría que pudieran ser: la guarda de hecho y el acogimiento familiar de la forma siguiente:

Artículo: le serán reconocidos los mismos efectos legales de la institución de guarda, a aquella que de hecho ejerza una persona sobre los mayores discapacitados, incapaces y ancianos, sin que exista su nombramiento legal.

Debe recogerse en este Título la figura “Del Acogimiento Familiar” porque de hecho existe en nuestra sociedad con respecto a ancianos, discapacitados, enfermos y desvalidos que carecen de hogar y de una familia y que no están acogidos a Instituciones Estatales porque voluntariamente han sido atendidos por cualquier persona (vecinos por ejemplo) e incluso también por algún pariente o que estén solos y aparezca una familia dispuesta a acogerlos y proveerlos de atención y cuidado.

De esta forma se regularía:

Artículo: cualquier persona, pariente o ajeno a la familia de un anciano, discapacitado, enfermo, o desvalido, podrá admitirlo en su hogar mediante el acogimiento familiar con la obligación de alimentarlo y asistirlo con o sin la ayuda del Estado o de los obligados por ley a solventar las necesidades del protegido o acogido.

Con relación a esta figura se regularán igualmente las obligaciones del acogente, los deberes y derechos del protegido o acogido, la constitución y extinción de esta institución así como los requisitos y las funciones para su configuración.

En tema de legislación familiar y sus modificaciones no puede concluirse sin mencionar la necesidad de instrumentar todas estas normas existentes a través del Derecho Procesal Familiar. Aunque al respecto ya se han escrito valiosos trabajos como los del profesor Osvaldo Álvarez, con el que existe total coincidencia al considerar que el procedimiento especial de familia es necesario introducirlo, dado el alto por ciento de procesos de esta naturaleza que se ventilan hoy en nuestros Tribunales, la necesidad de una especialización de jueces que imparten justicia familiar y la creación de Tribunales o salas especializadas en materia de familia. Al respecto la doctora en Ciencias Jurídicas Olga Mesa Castillo, Profesora Titular de Derecho de Familia ha expresado: “en todo el mundo estos asuntos se juzgan aparte, debido a que tienen otras características, en ellas están en juego los sentimientos de las personas. No son procesos civiles ni administrativos, ni laborales, sino que tienen una entidad completamente diferente (...)”.

De ahí que se impone abogar, junto a estos destacados juristas y otros que también opinan a favor por la más rápida introducción de esta jurisdicción especial que garantizaría agilidad, seguridad y calidad en la impartición de la justicia familiar. No puede soslayarse de este análisis la última versión del Proyecto modificativo del Código de Familia de 9 de mayo del 2003; donde se introducen

modificaciones importantes y sobre todo las que se interesan en este trabajo para los ancianos y discapacitados.

Como propuesta de este trabajo se consigna no la edad, sino específicamente las personas de la tercera edad, que por motivo de ello tuvieren restringida su capacidad de especial obrar, se incluye a los discapacitados y a los pródigos. Con relación a los intereses contrapuestos es válido que se le asigne esta función al curador y que por mucho tiempo en la institución de la tutela la ha asumido el fiscal para proteger a los menores e incapaces, de ahí que para los casos de estas personas mayores de edad muy bien puede estar esta figura y también el Fiscal.

V. Conclusiones

El fenómeno del envejecimiento poblacional requiere en la actualidad de toda atención y preocupación si se tiene en cuenta que para el año 2025 se pronostica que la población cubana mayor de 60 años llegaría al 28% del total, situación de la que no están exentos la mayoría de los países, por lo que se hace necesaria la protección jurídica del anciano partiendo del ámbito internacional y la propia de cada país de manera que se garantice su atención.

La protección de las personas discapacitadas ha recibido un impulso en el orden social y económico para su incorporación en igualdad de condiciones al entorno social que constituye expresión del humanismo y la sensibilidad que caracteriza al proyecto social cubano, sin embargo ese salto en el ámbito de su protección jurídica es aún incompleta.

Al analizar las legislaciones de otros países éstas apuntan hacia el reconocimiento de los derechos de los ancianos y discapacitados y a fortalecer la responsabilidad de la familia y el Estado en su protección, aunque su materialización marcha por caminos diferentes ya que, son segmentos poblacionales marginados, que se encuentran por lo general en el último escalón social.

Cuba exhibe una situación muy diferente en cuanto al establecimiento de políticas sociales que colocan en el centro de atención al anciano y al discapacitado, sin embargo la regulación jurídica se ha quedado a la zaga y no se han creado instituciones de asistencia y protección para contribuir eficazmente a su participación en determinados actos que no pueden hacerlo por sí solos, incluso los términos de ancianos o adultos mayores discapacitados están ausentes de la mayoría de las leyes al igual que la protección especial atendiendo a la edad o discapacidad.

No se hace necesario introducir ninguna institución jurídica nueva o desconocida, ya que históricamente ha existido la curatela como institución de protección y asistencia que muy bien puede rescatar la legislación cubana, así como otras figuras de guarda que resultan necesarias para elevar la tutela jurídica de estas personas tal y como se recoge ya en el último proyecto modificativo de la legislación sustantiva familiar.

VI. Bibliografía

ALBALADEJO, Manuel (2002). *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*. 15a ed. España: Librería Bosch S. L.

CIFUENTES, Santos (1999). *Elementos de Derecho Civil, Parte General*. 4ta ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: ASTREA.

DE RUGGIERO, Roberto (1929). *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción 4º ed. italiana. Madrid: REUS, S. A. Vol. I.

— (1931). *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción 4º ed. italiana. Madrid: Editorial REUS, S. A. Vol. II.

DÍAZ MAGRANS, María M. (2006). "La persona individual", en: Valdés Días, Caridad del Carmen (coord.). *Derecho Civil Parte General*. La Habana: Félix Varela, p. 109.

FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio (2004). *Manual de Derecho Romano*. La Habana: Félix Varela. ISBN 959-258-729-9.

— (2008). *Siete Milenios de Estado y de Derecho*. La Habana: Ciencias Sociales. ISBN 978-959-06-1060-8.

FERNÁNDEZ CASTELLÓN, Raúl (1991). *El envejecimiento en Cuba*. La Habana.

GONZÁLEZ MENÉNDEZ, Ricardo (2006). *Como Enfrentar el Peligro de las Drogas*. La Habana: Política. ISBN 959-01-0593-9.

LA CRUZ BERDEJO, J. L. y otros (1997). *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Barcelona: José M. Bosh.

MESA CASTILLO, Olga (2004). *Derecho de Familia*. La Habana: Félix Varela. Módulo I. ISBN 959-258-731-0.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidro (2007). *Introducción al Derecho Notarial*. La Habana: Félix Varela. ISBN 978- 959.07-0438-3.

RAMOS PAZOS, René (2015). *Derecho de Familia*. Disponible en: http://books.google.com.cu/books?id=fPubf_Z7UIYC&pg=PA628&lpg=PA628&dq=curatela+en+chile&source=bl&ots=mTcEJUwj7Z&sig=EDswWHYMuToPkaBbiSC0iy_gsuw&hl=es&sa=X&ei=lc5HU4DVKqOu7Abu9IGYCA&ved=0CCgQ6AEwAA#v=onepage&q=curatela%20en%20chile&f=false [Fecha de consulta: 11/03/2015].

TÜRK, Ali y otros (2010). *El Derecho de Curatela Alemán*. Alemania: Satz & Druck. Instituto de Curatela Transcultural. Disponible en: <http://www.google.com.cu/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCoQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.mj.niedersachsen.de%2Fdownload%2F58856&ei=8s1HU9y1NoSe7AaW14DYCg&usq=AFQjCNGVPJVLaw6gI7KyC5Cfe3Rz01k9Fg&bvm=bv.64542518,d.d2k> [Fecha de consulta: 12/04/2015].

VALDÉS DÍAS, María del Carmen (2006). *Derecho Civil Parte General*. La Habana: Félix Varela. ISBN 959-258-869-4.

Sitios web

OMS: *Glosarios de Términos de Alcohol y Droga*. España 1994. Disponible en: <http://www.msssi.gob.es/alcoholJovenes/docs/terminosAlcohol2.pdf> [Fecha de consulta: 30/04/2015].

Función del curador. Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Curador_%28derecho%29 [Fecha de consulta: 15/04/2014].

La Curatela. Disponible en: http://www.ibertalleres.com/web_juridica/cap2/27.htm [Fecha de consulta: 19/04/2014].

Tutela y Curatela. Disponible en: <http://www.cocemfe.cocemfecyl.es/index.php/asesoramiento-juridico-legal/27-tutela-y-curatela> [Fecha de consulta: 23/04/2015].

Curatela para personas con discapacidad mental. Disponible en: <http://lafamiliaysusderechos.blogspot.com/2009/07/curatela-para-personas-con-discapacidad.html> [Fecha de consulta: 25/04/2015].

Tratados. Disponible en: <http://legales.com/tratados/f/curatela.html> [Fecha de consulta: 08/03/2015].

Curatela. Disponible en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Curatela> [Fecha de consulta: 15/04/2015].

Artículos de revistas

Justicia y Derecho, Revista del Tribunal Supremo de la República de Cuba, año 9, N°. 16, junio de 2011. ISBN 1810-0171.

Justicia y Derecho, Revista del Tribunal Supremo de la República de Cuba, año 9, N°. 17, diciembre de 2011. ISSN 1810-0171.

Legislación

Constitución de la República de Cuba. 24 de febrero de 1976, con las Reformas de 1992. Ed. Extraordinaria N° 7. La Habana 1 de agosto de 1992, folleto.

Código Civil de la República de Cuba. Ley N° 59. (Actualizado) MINJUS 2009, folleto, p. 26. 16/06/1987.

Código de familia. Ley N° 1289. 14 de febrero de 1975, MINJUS, TSP, FGR y ONBC. Editorial Félix Varela. La Habana 2007. ISBN 959-07-0337-2, folleto.

Código Civil de Perú. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf [Fecha de consulta: 12/04/2014].

Código de Familia de Venezuela. Disponible en: <https://www.google.com.cu/#q=codigo+de+familia+de+venezuela>, p. 90 [Fecha de consulta: 29/04/2014].

Código Civil de Venezuela. 26 de julio 1982. Gaceta Oficial Nro. 2.990. Disponible en: <http://www.asamblea.go.cr> [Fecha de consulta: 10/04/2014].

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Ley N° 7. 19 de agosto de 1977. MINJUS 2004. Con la inclusión del DL N° 241 de 27 de septiembre de 2006. MINJUS, ISBN 0864-0793.

Ley N° 50. 28 de diciembre 1984. "De las Notarías Estatales", MINJUS. La Habana, mayo de 1986; y sus Reglamentos (Resolución 70, de 9 de junio de 1992). La Habana, MINJUS.

Ley N° 3/94. (Panamá) 27 de abril. Código de Familia. Aprobada 17 de mayo 1994. Disponible en: <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/cendojfields/codigos/> [Fecha de consulta: 29/04/2014].

Ley N° 996 /72. (Bolivia) elevado al Rango de ley 4/88. Código Familia. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Familia_Bolivia.pdf [Fecha de consulta: 10/04/2014].

Fecha de recepción: 21-12-2015

Fecha de aceptación: 13-05-2016

Aportes para el estudio de la tutela sindical en el régimen jurídico vigente

POR ADOLFO NICOLÁS BALBÍN (*)

Sumario: I. A modo de introducción: definición y causa fin de la tutela sindical. — II. Orígenes del modelo sindical argentino. Breve reseña. Constitución paulatina de la propiedad social de los trabajadores. — III. La estabilidad y la teoría de las tres propiedades del trabajador. — IV. Sistemática de la ley 23.551. Incongruencia. — V. Reconocimiento legal de la tutela sindical. Algunas líneas. La tutela como forma de propiedad del cargo. — VI. Incongruencias de la ley en materia de tutela. Crisis. Ampliación del alcance inicial de la ley. Doctrina y jurisprudencia. — VII. Una lamentable y peligrosa regresión: el fallo “Orellano” de la CSJN. — VIII. Conclusiones. — IX. Bibliografía.

Resumen: el presente artículo constituye un sencillo pero claro intento para comprender algunos alcances del instituto de la tutela sindical en el derecho argentino, y a la vez contribuir para su progresiva ampliación, para lo cual trabajaremos con la ley 23.551 que regula de manera principal lo atinente al derecho de las asociaciones sindicales en nuestro país. Sin perder de vista también otras fuentes basales del derecho del trabajo igual o más importantes incluso que la antedicha disposición legal, todo con el afán de nutrir progresivamente nuestros conocimientos acerca de uno de los institutos más importantes de la rama jurídica seleccionada y con ello, construir nuevas conclusiones que a futuro, sirvan para proveer nuevas y mejores herramientas de protección a los trabajadores que son los grandes protagonistas de la historia y el sentido de nuestra disciplina.

Palabras claves: tutela - sindicato - trabajo

Contributions to the study of sindical custody of trade unions in the legal system in force

Abstract: *this is a simple but clear attempt to understand some reaches of the institute of trade union protection under Argentine law, while contributing to its progressive expansion, for which we will work with Law 23.551 that regulates main way it pertains to the right of trade unions in our country, without losing sight also other baseline sources of labor law equally or more important even than the above legal provision, all with the aim of progressively nurture our knowledge about one of the most important institutes of the branch legal selected and thus build new findings that in the future, serve to provide new and better tools to protect workers who are the protagonists of history and the meaning of our discipline.*

Keywords: *tutela - union - labor*

I. A modo de introducción: definición y causa fin de la tutela sindical

No es casual la utilización de un término propio del derecho de las obligaciones para titular este apartado, pues aquí el objeto es exponer algunas ideas que den cuenta sobre la razón de existencia y el objeto principal del reconocimiento de la llamada tutela sindical constituida como herramienta

(*) Prof. Adjunto Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

jurídica de protección nacida de un vínculo jurídico obligacional llamado contrato de trabajo, desenvuelto en particulares circunstancias.

En líneas generales, podemos decir que la tutela sindical es un derecho con que cuentan ciertos trabajadores llamados a cumplir funciones de representación —o similares—, de un grupo de obreros, y que se traduce lisa y llanamente en el goce de la estabilidad en su puesto de trabajo por un cierto período de tiempo, o el poder de protección llamado a enervar cualquier conducta tendiente a extinguir su contrato de trabajo, o bien suspenderlo o modificarles algunas de sus condiciones pactadas inicialmente, siempre que no se de alguna causal que justifique, en su caso, proceder de manera contraria al derecho enunciado, todo dentro de los estrictos parámetros legales y constitucionales que tienden siempre a evitar una conducta arbitraria contraria a un derecho de conquista como el explicado en este trabajo.

En este sentido expresa en buen y claro sentido el profesor Ricardo Cornaglia que “en los estados sociales de derecho, la organización de la red de mandatos que constituye el sindicalismo, se fortalece mediante formas de protección establecidas por el instituto de la tutela sindical” (2010: 467).

Efectivamente, el derecho sindical, como rama jurídica perteneciente al derecho colectivo del trabajo, nacido con el afán de regular el fenómeno de agrupamiento o asociación de los trabajadores para la mayor y mejor protección de sus intereses profesionales individuales y colectivos, se hace de un instituto tan importante como la tutela sindical, a fin de resguardar a quienes, actuando en pos de la defensa de esos intereses de clase, se encuentran expuestos a sufrir las presiones provenientes tanto del Estado en sus diversas variantes, como de los empresarios, asociaciones sindicales, entre otros, que pueden afectarlo.

Es que la puesta en práctica de uno de los principios fundantes del derecho sindical, como es la libertad sindical, encuentra indefectiblemente trabas u obstáculos en el ejercicio de la militancia obrera, manifestándose éstas a partir de fuerzas o razones contrarias tanto de orden económico como también político, actuando en diversos momentos del ejercicio profesional como valedores contrarios a los intereses de la clase que se intenta resguardar en atención a sus especiales condiciones.

Así, siendo necesaria la asociación de los trabajadores a fin de poder negociar seriamente con un poder que se torna cada vez más avasallante y dominador, y a partir del reconocimiento de los intereses comunes con sus pares, de necesidades comunes insatisfechas, de iguales condiciones de miseria y explotación traducida después de un cierto tiempo en una verdadera conciencia de clase, paulatinamente fueron gestándose en ese colectivo nuevas formas de reivindicaciones y luchas que, pulidas, comenzaron a representarse como simples reuniones, para pasar luego a formas más desarrolladas que tendieron con el paso del tiempo a configurar las aristas principales de las actuales agrupaciones profesionales, en cuya agenda se incluye de manera permanente la discusión y planificación de ideas tendientes a lograr una mejora en las condiciones de la clase trabajadora.

Esta gesta del movimiento sindical, trajo como influjo la necesaria constitución de mecanismos de coraza, que protegieran a los que intervenían entre los obreros y los demás grupos de poder. Poco a poco este movimiento iba a dar sus frutos.

II. Orígenes del modelo sindical argentino. Breve reseña. Constitución paulatina de la propiedad social de los trabajadores

Mucho antes de la ley 23.551 que estructura el marco actual del sistema sindical argentino, y producto de las innumerables luchas y reclamos de los obreros organizados, se comenzaron a reconocer paulatinamente a los trabajadores ciertos derechos de carácter colectivo que sirvieron para dotar lentamente de legalidad, a un fenómeno que ya se venía gestando desde las masas obreras

desde muchas décadas atrás, y que sin duda fue fruto del desigual e injusto trato conferido por las clases dominantes de la sociedad y de la economía, apropiadores en parte ilegítimos de la energía corporal de una masa de obreros necesitada de empleo como fuente de sustento personal y familiar. Se fue consolidando lo que más adelante explicamos como la propiedad social de los trabajadores.

Así, fue en el año 1943 en que se dictó el decreto 2669/43 siendo ésta la primera normativa regulatoria de las asociaciones sindicales, disponiéndose así un marco general para la organización sindical local.

Es de destacar que hasta ese momento los trabajadores organizados resistieron cualquier intento de regulación normativa que proviniera del Estado y que tratara cuestiones profesionales de su clase, sobre todo en orden a la desconfianza que desde el sector obrero se tenía frente a cualquier disposición pública que los agendara.

Sin duda razones sobradas había para justificar tal comportamiento, más aún si se recuerda la sanción de la llamada Ley de Residencia en el año 1902 (vigente hasta el año 1958), por cuyo intermedio se implementó una política pública tendiente a desbaratar el movimiento sindical en gestación, a partir de la expulsión de aquellos trabajadores que provenían del extranjero y que, según la idea proveniente de ciertos sectores políticos de entonces, podían perturbar las masas obreras locales con la reproducción de ideas de corte revolucionaria o anarquistas.

En rigor de verdad, y sin adentrarnos en profundidad a un análisis que pueda exceder el objetivo de este trabajo, dicha ley otorgaba al Poder Ejecutivo una facultad sin duda inconstitucional tendiente a controlar el ingreso de extranjeros “cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público” (1), pero que en definitiva no fue más que una torpe respuesta al régimen de la huelga de los peones, estibadores y carreros con un claro fin desactivador de las organizaciones sindicales (Cornaglia, 2010: 45).

Varias décadas después a la mencionada ley, más exactamente en el año 1945, se sistematiza la primera normativa que otorga decisiva preeminencia a la entidad más representativa, a la cual se le reconoce el carácter de la personería gremial (Orsini, 2005): el decreto-ley 23.852, luego ratificado por la ley 12.961.

Es a partir de esa norma que quedan diferenciados tres tipos de asociaciones sindicales: sindicatos de hecho, simplemente inscriptos y sindicatos con personería gremial a los que la misma ley les reconoce prerrogativas diferentes.

En cuanto a esto, expresa el profesor Orsini (2005) que “El decreto 23.852/1945 estaba directamente influido por la normativa del régimen fascista italiano, régimen corporativo en el cual se vinculaba al sindicato con la organización estatal, de lo cual se derivaba la natural consecuencia de que la existencia y subsistencia de los sindicatos dependía de la voluntad del Estado”.

Es que el gobierno militar de 1945, y el posterior gobierno constitucional peronista, encontraban su poder inmediato en la masa de trabajadores organizados que, de la manera en que el sistema legal creado se los permitía, era directamente funcional a los intereses del poder de turno.

En efecto, con las regulaciones indicadas *ut supra*, en la década de los cuarenta se inició un modelo sindical rentable a la clase dirigente de entonces, sustentada sobre la fuerza proveniente de la gran masa de trabajadores que bregaban por el reconocimiento de nuevos y mejores derechos de clase, mucho de los cuales fueron consagrados en ese período, vertebrando indirectamente el modelo sindical de base unitaria que rige hasta nuestros días. Todo ello como forma de ampliar el

(1) Artículo 2° de la mencionada ley.

control sobre los obreros dependientes que, representados en definitiva por una asociación profesional, recibían las directivas de un sindicato de neto corte oficialista, coartando la posibilidad de gestar nuevas organizaciones sindicales.

En ese marco, se dictó el decreto 9270/1956 que pretendió imponer un régimen de pluralidad sindical en detrimento de la unicidad promovida por el anterior decreto 23.852, reconociendo igualdad de derechos a todas las asociaciones sindicales (Cornaglia, 2010: 76).

A la par del decreto mencionado, la convencional de 1957 incorporó el artículo 14 bis a la parte dogmática de nuestra Constitución, por cuyo intermedio se le reconoció a los trabajadores el derecho a una constituir una organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial, y la estabilidad de los representantes gremiales.

Sobre dicha base normativa y su arraigo social, ni siquiera la dictadura genocida que usurpó el poder durante los años 1976 a 1983 logró desarticular un modelo sindical ya impuesto en la realidad, en los hechos, no obstante la sanción de diversas normativas contra sindicales, como el decreto 9/76 que directamente las prohibía, o la denominada ley 22.105 que desarticulaba en casi su totalidad los derechos sociales reconocidos por la legislación anterior (Orsini, 2005).

III. La estabilidad y la teoría de las tres propiedades del trabajador

En la definición general aportada en el primer apartado del presente trabajo, dijimos que el efecto más importante que otorga la tutela sindical al representante gremial es el goce de la estabilidad en el puesto de trabajo, es decir le otorga una especie de propiedad.

En este panorama, nos parece interesante hacer mención a los tres tipos de propiedad con que cuenta el trabajador, para finalmente detallar cual es la preponderante frente al instituto en desarrollo y cuál es su sentido elemental.

Como se sabe, el derecho del trabajo se estructura sobre una relación de tipo asimétrica, pues se reconocen principales derechos o prerrogativas al empleador, a quien incluso se lo llega a identificar como el director de la relación laboral.

En efecto, el empleador es el titular de los medios materiales de producción y trabajo, que van desde los más sencillos enceres de labor hasta la propiedad del establecimiento en donde se reproduce el mando del capital sobre cualquier otro tipo de propiedad.

Ahora bien, participamos de la idea de quienes entienden que el trabajador también goza de propiedad, o de propiedades como se detallará seguidamente, las cuales si bien no siempre son advertidas o valoradas como tal por el sistema jurídico así como tampoco por la propia comunidad, constituyen sin embargo, la esencia del contrato de trabajo definido como tal.

De esta manera, entendemos que el trabajador es titular de tres tipos de propiedades, dos de corte individual —propiedad de su cuerpo o energía vital y propiedad de su puesto de trabajo—, y una tercera más de tipo colectivo o profesional, como es la propiedad denominada social.

Desde ahora dejamos aclarado que esta triple clasificación de los tipos de propiedades responde más a un criterio académico pedagógico que a puras concepciones jurídicas pero, no obstante ello, no dejamos de remarcar su utilidad a la hora de proyectar una nueva mirada de la disciplina social tendiente a proteger al sujeto más débil de la relación inmerso en un sistema económico que muchas veces lo aparta de los objetivos primeros que fueron tenidos en cuenta por la comunidad científica al momento de reconocer autonomía al derecho del trabajo como disciplina académica pero también humana.

A continuación, haremos un punteo respecto de los elementos más importantes que cualifican a cada tipo de propiedad, tal cual la identificación anterior.

III.1. La propiedad del cuerpo

Aunque puede resultar obvia la expresión con que se titula el presente apartado, creo que no lo es tanto en la medida en que el propio sistema económico en que campea el contrato de trabajo no brinda al obrero un perfecto reconocimiento de tal titularidad elemental a su condición de persona sino que, contrariamente, lo objetiviza, lo cosifica permanentemente, haciéndolo aparecer únicamente como un sujeto subordinado a las órdenes de otra persona a quien a su vez se reconoce como directora de la relación jurídica denominada contractual, deshumanizando respecto del trabajador el contenido mismo de la mentada vinculación.

Es elemental para el trabajador reconocer este tipo de propiedad. El mismo es titular de su cuerpo, de la energía vital con que se aceita diariamente el contrato de trabajo como relación de apropiación en tanto que, efectivamente, lo que hace el empleador no es alquilar un cuerpo para insertarlo en su proceso productivo, sino mas bien comprar diariamente aquello que únicamente el trabajador aporta a la relación de trabajo y que permite la existencia del contrato como tal. Claramente que dicha compra beneficia en mayor medida al capitalista, pues no sólo éste es retribuido finalmente con la venta de los frutos de la producción alienados a su vez éstos de los trabajadores (el trabajador en la actualidad muchas veces no ve el producto final en que intervino para su elaboración y posterior comercialización), sino que a su vez el beneficio del mismo es poder pagar esa energía humana no sólo a mes vencido, sino también de manera parcializada.

Y es que desde la teoría marxiana del plus valor (o por otros denominada plusvalía), el empleador abonada al obrero solamente una parte de la jornada de trabajo, un porcentaje de ella, acrecentando su riqueza con el restante pecuniario y constituyéndose éste a su vez, en uno de los principales incentivos de la explotación organizada.

Ahora bien, cabría preguntarnos desde cuándo el trabajador es considerado titular de su cuerpo o de su energía vital pues, como se sabe, los antecedentes inmediatos al actual contrato laboral definían la relación de apropiación sobre bases que distan de ser comparables con sus márgenes actuales, considerándose en sistemas precedentes al “subordinado” directamente como una cosa.

Sin duda alguna, la antedicha propiedad va de la mano con el nacimiento mismo del sujeto trabajador como protagonista de la historia hacia fines de la era moderna, con el nacimiento mismo del modelo industrial de producción.

No obstante lo anterior, y coincidiendo en el punto con lo mencionado por Robert Castel en una de sus obras, la sociedad pre industrial (e incluso la medieval), conocieron y desarrollaron formas diversas de situaciones salariales y de hecho el cuerpo de trabajadores manuales cumplía un papel muy importante en la evolución y desenvolvimiento del mercado de por entonces e incluso esa dependencia del mercado respecto de la mano de obra se acentuó de manera considerable a medida que la técnica y las sociedades fueron evolucionando paulatinamente, aunque como sigue el autor de mención, más allá del crecimiento cuantitativo del grupo de salariables, el mismo seguía siendo estructuralmente periférico con relación a las por entonces formas de la división del trabajo (2009: 140).

Y es que el salariado histórico antes mencionado formaba parte de un grupo social fragmentado, dividido, no solamente de manera territorial sino incluso profesionalmente, sobre todo en base a las férreas estructuras del sistema gremial existente en dicha época: limitado ingreso, limitado manejo de la producción, de la comercialización y, por sobre todo, de la profesionalización (fenó-

menos por algunos conocido como el de los salarizados fraccionales). El modelo de la *corvée* seguía siendo el preponderante (2).

Recién con el advenimiento del sistema industrial, el modelo de explotación servil imperante por entonces fue reemplazado pausadamente por la idea de un contrato o negocio jurídico que unía al empleador con su trabajador en base ya no a un vínculo férreo, sino tomando como parámetro una cierta libertad de sus miembros.

Claro que la idea de la libertad fue también una creación ficticia, una creación que impulsaron artificialmente de manera inicial quienes incentivaron el nuevo modelo económico que vendría a gobernar el mercado y con él la circulación de personas y mercancías, pues a través de la idea de la supuesta libertad de las partes contratantes se legitimaba al menos formalmente la apropiación muchas veces arbitraria de la fuerza de trabajo del sujeto trabajador. Y se dice arbitraria no solamente en remisión a la denominada teoría del plus valor —es decir el pago parcial del total del tiempo de prestación de servicios—, sino y más aún teniendo en cuenta las deplorables condiciones de trabajo a que eran sometidos los y las trabajadoras, lo cual hace pensar que más que el gobierno de la libertad, el tracto apropiativo de la energía humana se producía en reales condiciones de necesidad de la clase desposeída de los medios de producción de poder satisfacer sus necesidades elementales en una sociedad en cambio permanente, y en donde el trabajador no lo era solamente de un empleador aislado sino, y por sobre todo, de toda una clase propietaria (Perez Rey, 2004: 31).

Por lo anterior, concordamos con la idea expuesta por Castel en cuanto dice que el salariado no nació de la libertad ni del contrato, sino de la tutela.

En efecto, como se dijo anteriormente, tanto la idea de la libertad como la del contrato habían nacido por entonces como creaciones meramente artificiales para permitir crear el ambiente propicio en momentos en que se deseaba aumentar el flujo de circulación de mercaderías, por lo que en orden a la tutela como factor de liberación a que hicimos referencia en el anterior párrafo, consideramos que debemos encontrar más los primeros mecanismos de real protección de la clase trabajadora en el colectivo obrero aceitado paulatinamente a medida que el sistema fabril se desarrollaba, y no tanto en una política oficial estatal o prácticas profesionales impuestas por los empleadores. De ahí la escasa incidencia positiva que tuvo el modelo decimonónico del Estado liberal sobre la masa de trabajadores.

El salariado industrial se constituía paulatinamente en un estatuto social paradójico pues, más allá de su aparente libertad, lo cierto es que constituía un grupo social progresivamente inestable, menos seguro. Y es que el gran desarrollo de las ciudades y centros de producción, facultó al empresario para poder manejar la mano de obra a su antojo, tanto en orden a las tareas a desarrollar con independencia de sus edades, así como también sus regímenes de jornadas, salarios, condiciones de sanidad y demás. El ejército industrial de reserva le daba al propietario del capital tamaños privilegios.

Castel, citando a Geremek, apuntó que a través del instituto de la contratación laboral primitiva, la mano de obra se exponía en persona en el lugar de cumplimiento del pacto de trabajo, del mismo modo que las otras mercancías, los productos agrícolas o artesanales, y que la contratación era por entonces más una forma más de apropiación puntual de la persona, que un contrato jurídico de venta de la fuerza de trabajo (2009: 154).

En otro orden ideas, pero también relacionado como el sub título que nos convoca en este acápite, nos interesa verter algunas reflexiones sobre la propiedad del cuerpo y el principio de indemnidad.

(2) Este modelo hacía referencia a la división del dominio señorial en dos partes o sectores: el de la “reserva” —que consistía en un espacio de tierra directamente explotada por el señor feudal y los siervos—, y las “tierras de tenencia”, que eran trabajadas por siervos y eventualmente los esclavos que allí habitaban también.

Como se sabe, el principio de indemnidad es considerado como uno de los basamentos elementales y fundantes del derecho del trabajo (Cornaglia, 2001; Orsini, 2010), y sencillamente explicado, puede decirse que tiende a lograr un nivel de protección del trabajador contra los riesgos que hacia su persona le puede provocar el proceso de producción ajena; que el trabajador resulte indemne de los peligros que ocasiona o puede ocasionar la actividad del empleador. Vigencia también de la regla de la ajenidad en su doble sentido: ajenidad en las ganancias, ajenidad en las pérdidas.

Como expresa Ricardo Cornaglia, “no estando asociado el trabajador a la suerte del empleador en lo que hace a la apropiación y aprovechamiento que éste hace de su trabajo, la doctrina lo ajeniza a los riesgos de la actividad apropiatoria” (2001: 51).

Como se advierte, el principio sucintamente explicado tiende a proteger la persona del obrero, claro que ese objetivo bien formulado en abstracto muchas veces no se concretiza de manera suficiente, legitimando, una vez más, los daños que el empleador le provoca al trabajador, y más aún con la vigencia de nuestro actual sistema de riesgos laborales que más allá de la última reforma concretada en el año 2012, no ha perdido su sentido tuitivo en beneficio más que del trabajador, del capital económico que al mismo le es ajeno.

Entonces bien se puede decir que el obrero, contra las reglas de los artículos 14 bis y 19 de la Constitución Nacional (CN), actualmente no solo no resulta ajeno a las ganancias de las empresas, sino que también —y lejos de respetar el paradigma protectorio del derecho del trabajo (DT)—, sigue participando todos los días de un riesgo que no le es propio, desdibujándose cada vez más su condición de ciudadano en la empresa.

Vemos entonces que desde el origen mismo del industrialismo existe una socialización del daño del empleador, contra una privatización del daño del trabajador, en tanto que la regla debería ser la inversa, pues deberíamos proteger a quien menos tiene, a quien en peores condiciones está frente al mercado moderno, o es que lamentablemente nos contaminamos como sociedad de su egoísmo fundante (?).

III.2. La propiedad social

Como apuntamos al inicio de este acápite, de las tres formas de propiedades con que cuenta el trabajador, es en ésta en la que advertimos mayor alcance social o colectivo —para superar cualquier tautología—, pues la misma sobrepasa los intereses propios de un solo trabajador, y se adentra en los derechos de toda una clase profesional.

Podemos decir en pocas líneas que la propiedad social es el reconocimiento normativo —con alcances que también sobrepasan los estrictos marcos del derecho—, de la situación de necesidad de los trabajadores, a la par que, sobre esta nueva reacción, se fueron consagrando los primeros derechos profesionales para la clase obrera. Así, por un lado teníamos la propiedad de los medios de producción en cabeza de los empresarios, en tanto que se fue reconociendo paulatinamente otra titularidad, traducida en un nuevo tipo de derechos que cumplirían en la historia y desarrollo de la instituciones contemporáneas un papel fundamental; la misma no se adhería a los bienes materiales ni a los lujos o suntuosidades, sino que más bien era inmanente a la condición misma de trabajador (3).

(3) Castel, ob. cit. pp. 302 y 303. El autor refiere a la opinión vertida por Harmand, en los debates que precedieron a la sanción de la Constitución de 1793 en Francia, quien dijo en relación a la propiedad social que “los hombres que quieran ser veraces admitirán conmigo que, después de haber obtenido la igualdad política de derecho, el deseo más actual el más activo, es el de la igualdad de hecho. Y digo más, digo que sin el deseo o la esperanza de esa igualdad de hecho, la igualdad de derecho sólo sería una ilusión cruel que, en lugar de los goces que prometió, sólo haría experimentar el suplicio de Tántalo a la porción más útil y más numerosa de los ciudadanos”.

Podemos decir aquí que la propiedad social de los trabajadores resulta ser un homólogo de la propiedad privada del empresario, aunque con diferente contenido y sentido. Esta vez la propiedad tiende a lograr un bien común: el logro de la seguridad.

Ahora bien, hay que aclarar que la solución de la inseguridad social provocada por el industrialismo avasallante no pasó por la supresión o el reparto de la propiedad privada, es decir no se logró lo que Harmand mencionó en su momento como igualdad de hecho más, sobre todo con el cambio en las políticas públicas impulsadas por la creciente presión de las asociaciones de trabajadores alimentadas por una toma de conciencia del estado de explotación generalizada —o conciencia de clase—, lo que sí se logró paulatinamente fue crear una sociedad de semejantes (4), que vendría a redefinir la de por sí desigualdad social estructural.

Se trataba de superar el real fenómeno de la pauperización a partir del cual la inseguridad social no solo mantenía viva la pobreza, sino que a la vez actuaba como principio de desmoralización, de disociación social, a la manera de un virus que impregna la vida cotidiana, disuelve los lazos sociales y socava la estructuras psíquicas del individuo. Induce a una “corrosión” del carácter. En esto, la llave para superar esa situación de indefensión nace con el reconocimiento de un nuevo tipo de propiedad para los trabajadores.

En su conquista progresiva, el proceso de lucha social, las primeras huelgas, los grandes reclamos y revueltas (y con ellas la muchas veces lamentable represión del poder económico), han cumplido en la cimentación de estas nuevas instituciones un papel fundamental. Es decir, la colectivización de los intereses de la clase trabajadora, ocupó desde mediados de siglo XIX la primera fila en el joven espectáculo capitalista.

Paulatinamente al decir de Castel, el salariado se fue convirtiendo en un estatuto por derecho propio, superando su vieja consideración como un estado provisional de poca monta del que se trataba de salir mediante el acceso a la propiedad privada pues, como quedó dicho en los párrafos anteriores, en la nueva realidad social y jurídica comenzó a avizorarse hacia fines el siglo XIX y comienzos del XX un nuevo rumbo en el desarrollo de la sociedad capitalista, dado sobre todo con la superación del primer modelo del Estado, que, atravesando su inicial formulación liberal, inscribe sobre todo desde los años 20 del siglo pasado, un rol eminentemente social.

Paulatinamente se asistirá así a un cambio en el rol del Estado, cambio que irá de la mano con el desarrollo del industrialismo que, no obstante la reconfiguración política gubernamental y de la agenda oficial, seguirá respondiendo en sus postulados esenciales al afán privado de postergación de la igualdad social.

En orden a lo anterior, la mutación en el protagonismo de los trabajadores conllevó progresivamente a la democratización de las relaciones de producción a la par que se desarrollaba la nueva noción de propiedad social.

Y es que en el modelo del puro Estado liberal, con sus premisas de librecambio y engrandecimiento del rol social y político del mercado, bajo la supuesta idea de libertad, se escondía en sí una situación patente de inseguridad humana en perjuicio de los propietarios del cuerpo, es decir, de los trabajadores, quienes en el dinamismo de ese contrato que por el momento quizá resultaba

(4) Coincidiendo con Castel, se debe señalar que uno de los principales factores de cambio en la condición laboral hacia fines del siglo XIX se debió a la participación creciente de obreros en los movimientos profesionales de clase, es decir en su inscripción a colectivos protectores. Y es que ya no importaba tanto, en la configuración del tipo de propiedad a que estamos haciendo mención, lo que se poseía a título individual, sino las adquisiciones colectivas, sucedidas luego de grandes procesos reivindicativos manchados de lucha y sangre de miles de trabajadores que bregaban por la mejora en su condición de empleo y el reconocimiento de derechos de hondo contenido social (ver del autor citado (2008), *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires: Edit. Manantial, p. 50).

innominado (pues no existía acuerdo unánime —en el mejor de los casos—, respecto a su forma y denominación: compraventa, locación de servicios, locación de obras, gestión, entre varios otros) en cierto sentido se encontraban en peor situación a la de los siervos de la gleba, por un lado y, llevándose la comparación quizá a un punto límite, a la situación misma de los esclavos.

En efecto, si bien tanto los esclavos de la antigüedad como los siervos de la gleba —respecto a uno de los modelos estadales de la Edad Media— sufrían reales vejaciones en el tracto apropiativo de su energía corporal, a la vez que se sometían en grado perpetuo al poder de otro sujeto, al menos le era garantizado el acceso a los bienes básicos para la subsistencia, en cambio los obreros del modelo económico decimonónico se enfrentaban no sólo con un poder omnímodo legitimado por el propio modelo de Estado sino, a la vez, con el desarraigo social y cultural a que el nuevo sistema de producción los condujo casi de manera obligada.

Así, el trabajador de los inicios del industrialismo sufría una real situación de inseguridad justificada por un modelo de sociedad en que sólo la propiedad sobre medios materiales valía como estandarte de poder, actuando a su vez dicha premisa en contra de aquellos cuyo único capital lo constituían sus manos raídas por las largas y extenuantes jornadas de trabajo.

En el decir teórico lamentable de algunos autores, los trabajadores constituían una multitud inmensa de instrumentos bípedos sin libertad, sin moralidad, que no poseían más que manos poco gananciosas y un alma absorbida por las preocupaciones de la supervivencia (5).

Para mejorar dicha situación de desamparo, y en orden a la consecuente elevación del estatus profesional obrero, se fueron reconociendo una serie de seguros para algunos optativos y para otros (la gran mayoría de trabajadores) obligatorios, abriendo el camino de los que Henri Hatzfeld denominó como “la difícil mutación de la seguridad-propiedad a la seguridad-derecho” (6).

Con esto, los trabajadores pronto dejarían de ser protagonistas de la relación antagónica entre propiedad y trabajo (o seguridad-inseguridad), para pasar a ser verdaderos titulares en esa relación de intercambio.

Planteado el conflicto en términos de oposición entre propiedad y trabajo, el problema no resultaba insoluble. Su reformulación no consistirá en abolir la oposición entre propietario y no propietario, sino en redefinir dicha vinculación, es decir yuxtaponer a la propiedad privada otro tipo de propiedad, la propiedad social, de manera de que se pueda permanecer por fuera del ámbito de la propiedad privada o material sin que ello conduzca a carecer de la seguridad (Castel, 2009: 302).

Esta yuxtaposición de propiedades no tenía por sentido (ni tampoco el poder para hacerlo), constituir una sociedad de iguales, más sí una sociedad de semejantes, que de por sí seguiría siendo en sí misma una sociedad diferenciada, por lo tanto jerarquizada, pero se habilitaría en esta nueva forma de construcción teórica de sociedad un conjunto de posibilidades para que todos sus miembros pueden mantener relaciones de interdependencia o relación pacífica, ya que todos pasarían a disponer de un fondo de recursos y de derechos comunes.

Y es que la propiedad no solo refiere por extensión a una noción material, ni tampoco es equiparable a los goces privados que permite, sino que además expresa un valor pues da cuenta de las bases sobre la cual se erige toda pertenencia social.

(5) E. J. Sieyes (1985). “Ecrits politiques”. París: Éditions des Archives contemporaines, citado por Castel, “*La inseguridad...*” p. 37.

(6) H. Hatzfeld. “La difficile mutation de la sécurité-propriété à la sécurité-droit”, citado por Castel, “*Las metamorfosis...*”, p. 301.

Estamos hablando aquí de un tipo de propiedad con función social lograda a partir del siglo XIX en que, con la variación paulatina de la función del Estado, varía también el concepto de propiedad, adquiriendo fama la frase de León Duguit quien dijo que “la concepción de la propiedad como derecho subjetivo desaparece para dejar lugar a la concepción de la propiedad como función social”.

Primero servicios públicos y luego una forma de propiedad más personalizada: las de los seguros obligatorios, como forma constitutiva de un tipo de propiedad transferida: en un primer momento a favor del Estado y luego en beneficio del núcleo de trabajadores. La misma lentamente iría asumiendo una nueva función de carácter tutelar (propiedad para la seguridad).

La sociedad a partir de entonces ya no estaría conformada con los propietarios y los no propietarios que formarían juntos una especie de estratificación general insuperable, sino que, paulatinamente, el salariado iría asumiendo una posición estructural en la sociedad, se convertiría pues en un estatuto por derecho propio, en lugar de seguir siendo considerado un estado provisional que se podría suprimir, o del que se trataba de salir mediante el acceso a la propiedad (Castel, 2004: 42; 2009: 314).

En esta circunstancia, el trabajo deja de formar parte de una mera relación de intercambio mercantil, encorsetada en un pseudo contrato del derecho privado, y pasa a ser, al decir de Castel, un empleo, un estado dotado de garantías que escapan al derecho del comercio y que se refieren a derechos de contenido más personal y social como el salario mínimo, la cobertura por accidentes, por enfermedad, el derecho a la jubilación o al retiro, es decir, protecciones éstas dadas paulatinamente por el derecho del trabajo.

III.3. La propiedad como estabilidad: la propiedad del cargo

El trabajador tiene derecho a conservar su puesto de trabajo mientras dure su buena conducta. Lo anterior es sin duda un principio enunciado por nosotros, más dista ciertamente de lo que ocurre en la realidad.

En este punto, y respecto al sub título que nos convoca, bien podríamos materializar el principio de la estabilidad en el derecho que tienen —o deberían tener—, todos los trabajadores de conservar su puesto de trabajo. Y nos referimos a puesto de trabajo no haciendo alusión necesariamente a un lugar concreto dentro de la empresa u organización productiva, sino en relación más que nada al principal derecho que debería cualificar una relación de trabajo verdaderamente protectoria y sería, en tanto reconozca a los obreros el derecho a no ser despedidos de manera injustificada.

En nuestro derecho nacional esta discusión pasa muchas veces inadvertida quizá porque rige hasta la actualidad una gran adhesión a la norma positiva legal, en desmedro de lo que son los principios del derecho del trabajo, y su rica variedad de funciones, además de nuestras bases constitucionales.

Permanentemente se minimizan los derechos sociales consagrados sobre todo a nivel constitucional, dejando paso a otro nivel de regulación, muchas veces contraria al sentido de la norma fundamental.

En el tema en tratamiento nuestra CN garantiza la propiedad del cargo en el artículo 14 bis.

Dicho reconocimiento lo formaliza de tres maneras diferentes: consagrando el derecho de los trabajadores privados a no ser despedidos de manera arbitraria, el de los trabajadores del ámbito público a quienes se le garantiza la estabilidad de su cargo, y similar derecho extensible a los representantes gremiales, esta vez en el segundo párrafo encargado de enmarcar los derechos colectivos del trabajo.

Si comparamos las palabras del artículo 14 bis con el título del presente apartado, bien podríamos decir que la CN solo reconoce expresamente la estabilidad para los empleados públicos y para los representantes gremiales.

Ahora bien: ¿qué sucede con los trabajadores del ámbito privado? Aquí es donde tenemos que analizar la extensión de la “protección” otorgada por el constituyente de 1957.

Tanto en doctrina como en jurisprudencia, se distinguen básicamente dos líneas interpretativas. Por un lado, se engloban aquellos que entienden que la cláusula constitucional en tratamiento refiere a un sistema de estabilidad relativa en tanto se permite o habilita la facultad derogatoria del empleador en orden a la cual puede este extinguir el contrato de trabajo en cualquier oportunidad, apartando al obrero de su empleo, y haciéndolo acreedor solamente de una indemnización por despido que se calcula teniendo en cuenta una tarifa legal y limitada.

En la otra vereda, encontramos a quienes entienden que en verdad se podría limitar el poder derogatorio del empresario dinamizando el precepto constitucional en sentido más positivo para el dependiente, a través del reconocimiento de un verdadero derecho a la estabilidad plena o absoluta de todos los trabajadores. De esta manera, el derecho de protección contra el despido arbitrario se asimilaría en buena medida al derecho a la estabilidad en cabeza de los empleados públicos o de los representantes gremiales.

En esta última vereda bien podríamos colocar la postura doctrinaria de Justo López quien, respondiendo a los que entendían inconstitucional el derecho a la estabilidad de ciertos trabajadores de la actividad privada, e interpretando de manera dinámica el derecho de protección contra el despido arbitrario, argüía que no había mejor manera de proteger a los obreros de los avatares empresariales que reconociéndoles un verdadero derecho a la estabilidad (1973).

En cuanto a la extensión de la garantía de protección enunciada en el primer párrafo del artículo 14 bis nos parece interesante hacer mención a la opinión construida por Germán Bidart Campos quien entendía que cuando el constituyente tuteló al trabajador privado contra el despido arbitrario en el apartado señalado, no prohibió proteger al dependiente contra otras formas de poder empresarial no incluidas claramente entre las causales de extinción del vínculo por justa causa (1981).

El autor de cita menciona tres clases de despidos: despidos con justa causa, despidos sin justa causa o inmotivado, y despidos arbitrarios. En cuanto al primer grupo, se sabe que claramente el trabajador no goza o no podría gozar de algún tipo de protección especial pues ha sido el mismo quien creó o dio lugar a una causa que habilita en su caso la finalización de vínculo jurídico sin derecho indemnizatorio alguno. Más, respecto a los otros dos tipos descriptos, entiende que son diferentes y que la ley (y su aplicador) debía hacer una distinción en cada caso concreto para brindar mayor nivel de protección a los obreros que hubieran sido despedidos de manera arbitraria, lo cual no quita —según agrega el autor—, que se pueda brindar también algún tipo de tutela al trabajador despedido sin justa causa ya que, aún siendo estos casos diferentes a los supuestos calificados como arbitrarios, igualmente podía mediar en este último supuesto algún otro tipo de daño o alteración susceptible de protección.

Ahora bien, si tuviéramos que decidirnos por algunas de las anteriores corrientes interpretativas creemos que la más adecuada es aquella que entiende que la protección contra el despido arbitrario abarcaría el derecho de todo trabajador a no ser despedido si es que el mismo no dio lugar a un tipo de despido por razón justificada, como sería robar bienes de la empresa, o practicar hechos de violencia contra sus compañeros o aún contra el mismo empleador, entre otros ejemplos. Es decir, según este criterio, la protección contra el despido arbitrario del trabajador privado se acercaría al derecho a la estabilidad de los otros dos grupos de trabajadores.

De hecho, el protocolo de San Salvador (protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) vigente en nuestro país luego de la sanción de la ley 24.658(7) refiere en su artículo séptimo —“Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo”—, que el reconocimiento del derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas y equitativas, en orden a lo cual obliga a los Estados partes a que garanticen en sus legislaciones nacionales (...):

“la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional” (inciso d).

De cualquier manera aún para los casos en que existiere alguna duda en relación al alcance de la cláusula que enuncia la protección contra el despido arbitrario, lo cierto es que en función al principio protectorio, y con él la regla del in dubio pro operario, deberíamos estar por la interpretación que mejor resguarde los derechos de los trabajadores, en este caso reconociendo mayor nivel de tutela para los trabajadores del ámbito privado.

Sobre el particular, e interpretando una jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN) en donde dicho tribunal había echado por tierra el derecho a la estabilidad en el empleo consagrado por un convenio colectivo aplicable a ciertos profesionales médicos de la ciudad de Buenos Aires (8), Bidart Campos entendió que no creía válido inferir de dicho fallo que el derecho judicial de la Corte repudiese siempre y en forma absoluta la estabilidad propia en el empleo privado refiriéndose a ello en los siguientes términos:

“El temperamento adverso a la estabilidad propia en el empleo privado nos ofrece serias dudas. La restricción a la libertad contractual no nos parece evidentemente arbitraria ni inconstitucional. Es cierto que la cláusula del art. 14 bis sobre protección contra el despido arbitrario no implica prohibir el despido sino disuadirlo. Pero éste es el mínimo que la norma exige, y no creemos que le esté vedado al congreso implantar una tutela máxima que exceda lo rigurosamente impuesto como mínimo” (1981).

En orden a todo lo anterior creemos que es importante reivindicar la propiedad del cargo en cabeza de todos los trabajadores, no como una forma de apropiarse de un bien ajeno del empleador, sino como medio de reconocer una garantía a nuestro modo de ver esencial en procura de dinamizar el apartado del artículo 14 bis de la CN que protege contra el despido arbitrario.

Como se advierte, del análisis de los anteriores tres modelos o tipos de propiedad, estudiando el derecho de tutela sindical bien se puede destacar sobretudo la preeminencia de la propiedad sobre el puesto de trabajo en cabeza del representante gremial pero sin desvincularla de lo se ha conceptualizado siguiendo a Robert Castel como propiedad social ya que, en los términos en que la misma fue desmenuzada, y teniendo en cuenta los márgenes especiales de esta breve investigación, la protección de los representantes gremiales no deja de ser un derecho de conquista incorporado al patrimonio de los trabajadores es decir no deja de ser un tipo de propiedad social, sobre todo con la actual interpretación constitucional que vale hacer respecto del derecho del trabajo desde el marco general brindado por el artículo 14 bis que, partiendo de la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, nutre a todas las disposiciones de inferior jerarquía con su sentido tuitivo y protectorio en beneficio de los trabajadores.

(7) Sancionada el 19 de junio de 1996 y promulgada de hecho el 15 de julio del mismo año. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37894/norma.htm>

(8) Nos referimos al fallo “Colomer Miguel Ángel c. Colegio Médico de la Ciudad de Córdoba”, aunque también dicho Tribunal de expidió en el mismo sentido en las causas “De Luca c. Banco Francés del Río de La Plata”, “Figueroa Carlos c. Loma Negra”, entre otras.

En efecto, el artículo 14 bis de la CN en su segundo párrafo garantiza el derecho a la estabilidad de los representantes gremiales. Esto es la concreción más acabada de la tutela sindical, por lo que considerando pues al representante gremial como sujeto titular de la propiedad de su cargo, y en orden a una amplia interpretación que efectuamos de esa herramienta, pasaremos a continuación a elaborar un análisis del marco general de la ley de asociaciones sindicales y sus incongruencias, para luego explorar la incidencia de las teorías que hemos esbozado en este apartado, respecto al instituto de la tutela sindical.

IV. Sistemática de la ley 23.551. Incongruencia

Fruto de un acuerdo celebrado entre el radicalismo y el peronismo, logrado sobre todo por el debilitamiento progresivo del primero de los partidos mencionados como consecuencia de la presión ejercida por los grupos de poder empresario y la clase opositora en creciente auge (sobre todo luego de la derrota en las elecciones legislativas de 1987), fue sancionada la Ley de Asociaciones Sindicales actualmente vigente.

Como adelantamos en el subtítulo, nuestra ley 23.551 (en adelante, LAS) adolece ya desde sus inicios de ciertas incongruencias en cuanto a su contenido y sentido jurídico que afectan por extensión, no sólo a su sistematicidad sino lisa y llanamente a su propia utilidad jurídica.

En efecto, si comenzamos a repasar sus primeros artículos, encontramos disposiciones como las que a continuación se transcriben:

- “La libertad sindical será garantizada por todas las normas que se refieran a la organización y acción de las asociaciones sindicales” (artículo 1).
- “Las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los intereses de los trabajadores de regirán por esta ley” (artículo 2).
- “Entiéndase por interés de los trabajadores todo cuanto se refiera a sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador” (artículo 3).
- “Constituir libremente asociaciones sindicales” (artículo 4 inc. a).
- “Las asociaciones sindicales tienen los siguientes derechos (...): Inc. c: Adoptar el tipo de organización que estimen apropiado (...). Inc. d: Formular su programa de acción y realizar todas las actividades lícitas en defensa del interés de los trabajadores” (artículo 5° LAS).

Como se habrá observado de la anterior transcripción, sólo nos hemos remitido a una serie de disposiciones generales ubicadas en la primera parte de la ley de asociaciones sindicales, por ser esta la ubicación metodológica elegida por el legislador para consagrar sus principios generales.

Ahora bien, como se podrá observar de la simple lectura de las citas legales destacadas, pareciera que el legislador anotó ciertas ideas generales como puntapié para un posterior desarrollo legal, entre las cuales destaca con preeminencia la libertad sindical, y ciertas ideas tendientes a lograr un sistema abierto y pluralista de asociaciones sindicales. Prueba de ello, son las disposiciones ubicadas en su primera parte, y que reconocen a la libertad sindical como el pilar fundamental para la organización y acción de las asociaciones sindicales, o aquellas que reconocen a las mismas el derecho a formular su programa de acción y realizar todas las actividades lícitas en defensa del interés de los trabajadores (...), esta vez de la mano del artículo 5° incido d.

Sin embargo, a poco de avanzar en el texto de la ley 23.551, se advierte una notable variación en la postura axiológica-jurídica asumida por el legislador, quien pasa de la defensa general de la libertad e igualdad sindical, a la imposición lisa y llana de un modelo basado en la unicidad sindi-

cal, otorgando el ejercicio de sus principales derechos casi de manera exclusiva a un solo tipo de agrupación profesional.

El ejemplo más grave que da cuenta de la contradicción señalada es el artículo 25 que recepta el privilegio más atentatorio de la libertad sindical al reconocerle a las asociaciones que obtengan la personería gremial el derecho exclusivo de intervenir en la defensa de los intereses individuales y colectivos de los trabajadores ante el Estado y los empleadores, así como también la plena intervención en el procedimiento de negociación colectiva laboral, y la administración y control de las obras sociales profesionales (verbigracia, artículos 25, 31 y ccctes., LAS).

Y es que más allá de que legalmente fueron reconocidas dos tipos de asociaciones sindicales —las simplemente inscriptas (artículo 22 LAS) y aquellas que gozan de la personería gremial (artículo 25 LAS)—, lo cierto es que las principales herramientas de lucha fueron otorgadas a las denominadas entidades más representativas, contra los deshidratados derechos atribuidos a las otras formas de asociación. En este último sentido, el artículo 23 enuncia la serie de derechos que corresponden a las asociaciones simplemente inscriptas, entre los cuales podemos citar a la facultad de peticionar y representar, a solicitud de parte, los intereses individuales de sus afiliados (inc. a), representar los intereses colectivos del sector, cuanto en el ámbito de actuación no exista una asociación con personería gremial (inc. b), la promoción de intereses profesionales, tales como la mejora en la legislación laboral y previsional (inc. c), entre otros.

Como se dijo *ut supra*, a poco de elaborar un análisis crítico de la normativa en tratamiento, bien podemos concluir en sentido positivo respecto a la intención del legislador de promover un sistema basado en la unicidad, en detrimento del principio de libertad sindical inicialmente encumbrado por la propia ley de cita, lo cual da cuenta acerca de su seria incongruencia estructural.

Al respecto, dice Adrián Goldín que “en el marco abrumador de las facultades exclusivas con las que cuenta el sindicato con personería gremial, poco sentido tiene la creación de un sindicato impedido de desarrollar toda actividad sindical; entidad tal no es en verdad un sindicato” (1992: 397).

En efecto, la acotada atribución de facultades con que el legislador dotó a las entidades simplemente inscriptas, da cuenta de su escasez de posibilidades para actuar útilmente con poder negociador en el ámbito profesional de su influencia.

En el marco anterior, bien podemos decir que nuestro modelo sindical constituye en sí un sistema perverso, ya que al otorgar las más importantes herramientas de presión a un solo tipo de entidad (poder de negociar un convenio colectivo de trabajo, representar frente a la empresa los intereses colectivos de los trabajadores del sector, la administración y el control de la obra social), indirectamente incentiva y presiona a los trabajadores a que participen en dicho tipo de asociaciones, en claro detrimento de los principios basales enunciados en la primera parte de su articulado.

Sigue diciendo Goldín que “cuando esa tendencia hacia la unidad no proviene de los trabajadores y de la acción de los dirigentes, sino que es impuesta por la ley y sujeta a diversas formas de tutelaje estatal, el sistema pierde el mas eficaz de los mecanismos del control de la actuación de los dirigentes, que es el que protagonizan naturalmente las propias bases de sindicato cuando se les permite expresarse en libertad” (1992: 399).

Sin duda alguna un modelo con instituciones propias de un sistema de base unitaria podría acarrear notables beneficios para el grupo profesional del ámbito, pero siempre y cuando el mismo no sea el resultado de una férrea imposición de parte de un poder heterónimo como es el Estado, sino el fruto de la libre elección de una clase profesional en pleno ejercicio de la libertad sindical.

Como ya se ha dicho en el presente trabajo, el sistema actualmente vigente en materia de derecho sindical no soporta ningún tipo de análisis comparativo con el texto de nuestra constitución

y, de procederse a su confrontación, directamente muchas de las disposiciones de la ley 23.551 perderían valor legal atento la notable discordancia que se advierte en cuanto a la tésis que nutre a dichas fuentes normativo jurídicas.

V. Reconocimiento legal de la tutela sindical. Algunas líneas. La tutela como forma de propiedad del cargo

Fruto de la herencia dada por el artículo 14 bis de la constitución nacional en cuanto manda en su segundo párrafo proteger a los representantes gremiales contra cualquier accionar que atente contra el ejercicio de su gestión sindical otorgándole para ello garantías necesarias, nuestra Ley de Asociaciones Sindicales argentina N° 23.551 haciendo eco de aquella directriz obligatoria, organiza en su título XII un sistema de protección especial denominado tutela sindical, dedicando para ello seis artículos en donde vierte ciertos principios generales que se complementan, a la vez, con otros artículos de la misma ley, así como también de su reglamentación, estructurada por el decreto 467/88.

Su importancia hace decir a Néstor Corte que “La protección jurídica contra las prácticas anti sindicales constituye un capítulo trascendental, no solo en el moderno Derecho Colectivo del trabajo sino también del sistema de garantías de los derechos humanos fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico” (1988: 437).

En líneas generales podemos decir que nuestro sistema legal de la tutela sindical otorga una especial protección —traducida en el goce de la estabilidad en el empleo—, a todos aquellos trabajadores que tienen un cargo electivo o representativo en asociaciones sindicales con personería gremial (miembros de comisiones directivas de entidades sindicales, seccionales o filiales, delegados o congresistas a los organismos de grado superior, etc.), en organismos que requieran representación gremial (vgr. comisiones paritarias de negociación o interpretación de convenios colectivos de trabajo, entre otros), trabajadores que ocupen cargos políticos en los poderes públicos (electivos o no, si discriminar el grado de descentralización en donde cumple efectivamente funciones: nacional, provincial o municipal), a los candidatos que se postulan para cargos de representación sindical, y a los representantes sindicales en la empresa.

Como se ve, la tutela abarca tanto a quienes se desempeñan en el sindicato (dirigente, congresales, entre otros), así como también los que ejercen funciones fuera del mismo cualquiera que sea el ámbito de su desenvolvimiento, en especial para quienes son representantes en la empresa.

Pasando en limpio lo anterior, debemos decir que se protege tanto a los representantes que han resultado electos en el proceso eleccionario convocado por la asociación sindical de trabajadores con personería gremial (además de cumplir el recaudo de estar afiliados a la misma, conf. artículo 41 LAS), así como también a quienes resulten postulados para un cargo de representación, es decir aquí incursionamos en la figura de los candidatos, cuya protección está asegurada por el artículo 50 de la ley sindical, y se dinamiza a partir de la oficialización de su propuesta en orden al procedimiento electoral aplicable, y siempre que se haya comunicado al empleador en cuestión dicha candidatura (9).

Como se dijo en uno de los primeros párrafos, dicha protección consiste en el derecho a permanecer en su cargo —salvo que mediara justa causa de despido—, durante el período de su mandato y por un año más (artículo 48 LAS, en concordancia con el artículo 42 de la misma ley), lo que también se extiende al derecho a no ser suspendido o sufrir modificaciones en sus condiciones

(9) El artículo 29 del decreto reglamentario 467/88 precisa el concepto legal de “postulación para el cargo”, prescribiendo que se tendrá por tal al trabajador a partir del momento en que el órgano de la asociación sindical con competencia para ello tenga por recibida la lista que lo incluye como candidato, con las formalidades necesarias para pasar a expedirse acerca de su oficialización, vale decir, cuando se concrete la presentación respectiva con los recaudos legales y estatutarios correspondientes ante la Junta Electoral u organismo similar de la respectiva asociación.

de contratación, siendo considerado ese período como tiempo de servicio con todos sus efectos normales, aunque la ley limita este último efecto respecto de la consideración de los plazos para calcular promedios de remuneraciones (10).

Sobre el ámbito material de protección, a diferencia del sistema anterior, la ley 23.551 tutela no solamente frente a los intentos de despido, sino que como hemos mencionado supra, abarca también otras situaciones tales como las suspensiones o las modificaciones en las condiciones de trabajo (artículo 48 *in fine* y 52, LAS).

En relación con el ámbito instrumental de la tutela sindical, el ordenamiento actual ha sido ensanchado, utilizando para prevenir actos contra tutela no solamente medios sancionatorios o represivos (multas al empleador, entre otros), sino que también se ha incluido en el título XII un mecanismo preventivo de protección consistente en el proceso judicial de exclusión de la tutela, como recaudo previo para que los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la ley puedan —luego de su trámite—, ser suspendidos, despedidos, o bien variadas sus condiciones de trabajo (artículo 52 LAS).

A su vez, se enlista en el mismo artículo 52 un mecanismo de tipo reparatorio, tendiente al restablecimiento de las garantías afectadas, permitiendo al trabajador demandar judicialmente por la vía sumarísima la reinstalación en su empleo con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo anteriores al acto violatorio de las garantías consagradas.

La propia ley sindical agrava la protección del representante frente a las situaciones violatorias del mecanismo de la tutela sindical, consagrando esta vez en el título XIII referente a las prácticas desleales, un mecanismo que combina efectos del sistema represivo y la conducta patronal, y que se traduce en un incremento o reducción del monto de las multas por prácticas desleales según que el infractor mantenga la conducta antisindical que la hubiere originado o dejare de cumplir los actos tendientes a la cesación de sus efectos, o bien haya cesado en la medida ilícita y realizado los actos idóneos para reparar sus efectos nocivos (artículo 55 inc. 2 LAS).

En cuanto a la extensión temporal de la protección, se mantiene el término de vigencia de las garantías establecidas en los ordenamientos anteriores en tanto se toma en cuenta para ello el tiempo del mandato o el del desempeño de las funciones previstas por la ley, y un año más, a partir de su expiración o de la cesación de dichas funciones. En cuanto a los candidatos, por la especialidad de su situación, se le confiere una protección cuya duración es menor en tanto la tutela rige en este caso

(10) Efectuando un rápido repaso por las normativas antecedentes sobre tutela sindical, diremos que la ley 14.155 del año 1958 instauró el denominado fuero sindical, mediante el cual se confería estabilidad a los trabajadores que ocuparan cargos en asociaciones con personería gremial, o mayormente representativas, criterio este incorporado por primera vez en nuestro derecho nacional por el decreto 23.852 de 1945. En este tramo histórico legal, se amparaba a los trabajadores contra despidos discriminatorios por el tiempo de su mandato y por un año más. Posteriormente la ley 20.615 de 1973, amplió el espectro de sujetos incluidos dentro de la protección especial bajo análisis, incluyendo además del representante gremial, a los subdelegados de empresa así como también a los candidatos a cargos electivos y a los que hubieren participado en la constitución o formación de asociaciones profesionales. Instituyó esta ley el instituto del desafuero sindical como procedimiento preventivo de obligatorio tránsito antes de alterar las condiciones de trabajo de un trabajador tutelado. Por otra parte, en la misma senda protectoria, también se extendió la tutela material del fuero sindical incluyendo no solo la protección contra los despidos del representante, sino también las suspensiones y modificaciones en las condiciones de prestación de los servicios. Lamentable regresión se advirtió con la denominada ley 22.105, de facto, limitándose en mucho el alcance subjetivo y objetivo de la tutela lograda hasta entonces. Así por un lado, este sistema sólo resguardaba los derechos de los trabajadores integrantes de los órganos directivos o titulares de cargos representativos en las asociaciones con personería gremial y a los delegados de personal o cargos similares, en tanto que los candidatos sólo lograron protección hasta el momento en que se produjese el acto comicial, desgarrándole su protección posterior. En cuanto al aspecto objetivo, desapareció el mecanismo preventivo del desafuero incluido en el sistema anterior, consagrándose solamente medios sancionatorios (multas e indemnizaciones) a cargo del empleador culpable, además de limitarse la protección sólo para el caso de situaciones de despidos.

durante los seis meses posteriores a la finalización del proceso eleccionario del que resultó perdidioso (si hubiera ganado, la extensión sería mayor: duraría lo que dura el cargo a cumplir más un año adicional). No obstante lo anterior, la protección del candidato se acerca a la del representante gremial en momentos en que se decide aplicar una sanción por violación a alguno de los principios del proceso de exclusión de libertad sindical, en tanto también se le confiere al postulante afectado un año de remuneraciones (artículo 52 párr. 4to. LAS).

VI. Incongruencias de la ley en materia de tutela. Crisis. Ampliación del alcance inicial de la ley. Doctrina y jurisprudencia

No obstante la importancia destacada del instituto bajo estudio, lo cierto es que aquí nuevamente encontramos repetidas las incongruencias generales señaladas en uno de los subtítulos que preceden. En estos términos, podemos decir que dentro del articulado del título XII existe una separación central entre el sentido que nutre al artículo 47, y las restantes disposiciones del mismo apartado.

Lo anterior nos conduce a uno de los interrogantes más importantes y discutidos del tema de la tutela sindical, que versa sobre la delimitación del tipo de representantes protegidos por la ley.

Un primer idea nos puede llevar a entender que la misma se halla en cabeza de los representantes que han sido elegidos en comicios convocados por una asociación profesional con personería gremial, y que forman parte de las mismas, criterio este impuesto sobre todo por el artículo 48 de la LAS en tanto reza que tienen derecho al goce especial de protección —es decir, a la propiedad del cargo—, ***“los trabajadores que, por ocupar cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, en organismos que requieran personería gremial, o en cargos políticos en los poderes públicos, dejarán de prestar servicios”*** (...)—el destacado y la cursiva no pertenecen al original—.

Dicho criterio legal es una reiteración de lo que el mismo legislador prescribió varios artículos antes, cuando impuso que para ejercer las funciones de representante sindical se requería estar afiliado a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegido a su vez en comicios convocados por ésta (artículo 41 de la LAS). A su vez, el mismo sentido parece repetirse en el texto del artículo 52 en tanto detalla las formalidades del procedimiento de exclusión de la tutela sindical —como forma preventiva de obligatorio cumplimiento—, haciendo hincapié sobre todo en los artículos 40, 48 y 50. Como se ve, el otorgamiento de la personería gremial resulta definitorio en esta parte de la ley a la hora de definir el ámbito subjetivo de la tutela sindical.

Una segunda respuesta a la pregunta formulada al inicio de este apartado se puede encontrar en la vereda opuesta, esta vez de la mano del artículo 47 de la LAS, consagrador del denominado instituto del *amparo sindical* como medio idóneo y expeditivo cuyo fin es repeler cualquier práctica y comportamiento antisindical que ponga en jaque el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical enunciados en la primera parte de la ley.

Como se observa de su simple lectura, la ley allí no exige la personería gremial como parámetro para el otorgamiento de la protección legal especial, en tanto se consagra una herramienta de protección en beneficio de *todo trabajador o asociación sindical*, sin hacer, reiteramos, ningún tipo de distinciones.

Interesante resulta preguntarnos el porqué de esta variación legislativa en relación con el cerrado alcance protectorio del artículo 48.

Para esto vale aclarar que el artículo 47 de la LAS, ajena por completo al sentido general perseguido por el legislador al sancionar el capítulo respectivo, fue incorporado a último momento al texto del proyecto de ley que ingresó para su tratamiento en la Cámara de Diputados en el año 1988 a partir de un proyecto de los diputados Cornaglia y Terrile, quienes contaron a su vez con el apoyo de la CGT (Cornaglia, 2010: 471).

En efecto, ninguna duda cabe de que el texto del mentado artículo 47 de la Ley de Asociaciones Sindicales no respondió al ideario de aquellos que trataron de asegurar el modelo de unicidad sindical y defender sus postulados básicos conforme con un programa de acción institucionalizada.

Como se advierte, un espíritu totalmente diferente abraza a los artículos 47 y 48 de la LAS, por lo que resulta útil trabajar en un intento de acercar ambas disposiciones, no para que se interpreten de similar manera, sino para que, sobre la diferencia, se logren construir mejores mecanismos de protección para los trabajadores.

Así, si nos detenemos solamente en el texto frío del artículo 48 —en combinación con el 41—, podríamos concluir que solo gozan de la tutela sindical aquellos trabajadores que pertenezcan a una asociación sindical con personería gremial y hayan sido convocados en comicios convocados por la misma, tal como se dijo algunos párrafos antes.

En este restrictivo sentido de interpretación que criticamos, se ha expresado Héctor Jorge Scotti, quien en cuanto al modelo de unicidad promocionada por la ley, dijo que

“no consideramos constitucionalmente objetable el criterio del legislador de restringir la cobertura solo a los directivos o representantes de las asociaciones con personería gremial. Y si se parte de la razonabilidad del sistema, habrá que convenir que siendo las entidades con personería gremial, las que tiene los derechos exclusivos de representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores (artículo 31 inc. A ley 23.551), son sus miembros quienes, evidentemente, aparecen más expuestos a sufrir represalias o ver afectados o dificultado su accionar; visto desde este punto de vista, la reglamentación legal de la garantía consagrada por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional no nos resulta ni ilógica ni, mucho menos, cercenatoria de los derechos sindicales establecidos por la norma suprallegal” (Gatti, 2003).

Ahora bien, desde un punto de vista constitucional, las anteriores posiciones no resisten el mínimo control. En efecto, y como adelantamos anteriormente, siendo el orden jurídico un todo inescindible, sus instituciones deben ser comprendidas y analizadas tomado en cuenta el abanico completo de normas regulatorias sin que ninguna de ellas pueda ser entendida con aptitud suficiente como para configurar compartimientos estancos aislados del resto de sus componentes.

Sobre esto, advertimos que el criterio preceptuado en nuestra constitución nacional en cuanto al tema en debate es muchísimo más amplio que el reconocido por la ley sindical, en tanto expresa el segundo párrafo del artículo 14 bis que ***“Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con las estabilidad de su empleo”*** (11) (se transcribe la parte que aquí nos atañe, aclarando que el destacado, subrayado e itálica no pertenecen al original).

Como se puede observar, a la hora de atribuir protección en atención a las especiales funciones profesionales cumplidas por ciertos representantes de los trabajadores, no hay en el texto transcrito más distinción que el carácter meramente colectivo del ejercicio profesional del representante legal en atención a la referencia que el texto constitucional hace sobre la “gestión sindical”. En tal sentido, expresa Bidart Campos que “las garantías están deparadas en ese marco estrecho: para

(11) Según las ideas vertidas en la convención constituyente del año 1957, la palabra gremio está tomada en un sentido general y es comprensiva del conjunto de los trabajadores que tienen el mismo o similar oficio o profesión (ver: Jaureguiberry, Luis María. *El artículo nuevo*. Santa Fe: Librería y Editorial Castellví S.A.). En la misma senda, Bidart Campos opina que la palabra gremio puede tener dos alcances, uno amplio, que entiende a gremio como la pluralidad o el conjunto de trabajadores que cumplen una misma actividad, un mismo oficio o una misma profesión, y uno restringido, en donde se lo analiza como la entidad sindical que agrupa organizadamente solamente a los trabajadores agrupados a ella (1981: 514). Como se ve, el sentido del artículo 14 bis en el punto escapa a la lógica restrictiva de la ley 23.551 que intenta imponer un modelo de unicidad sindical, contra la pluralidad consagrada por nuestra CN.

cumplir una gestión sindical, y no fuera de él. Si no, serían un privilegio de la persona del representante, y no una protección a su cargo y a su actividad de representante” (1981: 529).

Pero, volviendo al meollo de la cuestión, en ningún momento la norma suprema condiciona el goce de la garantía al recaudo de la pertenencia a un tipo especial de asociación, coincidiendo con buena doctrina en el sentido de que hay que interpretar la locución representante gremial con realismo, pero también con cierta elasticidad, de modo que ningún trabajador que bajo una u otra denominación desempeña, permanente o transitoriamente, esa función, quede desprotegido (Bidart Campos, 1981: 529).

Desde este prisma jurídico resultaría inválida e inconstitucional la exclusión de los representantes que, formando parte de una asociación simplemente inscripta, no lo son a su vez de la asociación con personería gremial, desde que como bien lo señalara Bidart Campos, la garantía otorgada a los representantes gremiales lo es más en miras del interés de los trabajadores llamados a proteger, que del suyo propio, todo en orden a una real consagración y respeto del encumbrado principio de la libertad sindical, norte elemental de la materia.

En este sentido, expresan Oscar A. Cuatango y Gonzalo O. Cuatango que “la efectiva vigencia de la libertad sindical que, como dijimos, constituye un pilar fundamental del régimen de asociaciones sindicales argentino, requiere de la tutela de todos aquellos trabajadores que desempeñan funciones de representación de los intereses individuales y colectivos del sector, profesión o actividad que representa” (2002: 27).

Sobre esta idea, el siempre recordado profesor Ángel Gatti, elaborando una excelente interpretación del instituto bajo análisis, dijo que se debe hacer una interpretación del instituto vinculando derecho y realidad, es decir, sin olvidar el fin para el que ha sido creada la norma, y los sujetos que a través de ella se intentan proteger, es decir los trabajadores. En este sentido destaca que

“es posible afirmar la necesidad de replantear el alcance de la cláusula del artículo 14 bis de la Ley Fundamental, resguardando su supremacía sobre las limitaciones impuestas por la ley 23. 551 con relación a la garantía de la estabilidad sindical, de modo que, en una razonable conjunción de derecho y realidad, una interpretación adecuada, basada en elementos históricos sociales, políticos y económicos, resignifique valores fundantes del orden jurídico pretendido como modelo del estado social de Derecho” (2003).

Coincidiendo con esta segunda forma de interpretar la norma, se ha pronunciado la CSJN efectuando un análisis notoriamente progresista. Nos referimos al fallo “ATE c. Estado Nacional” (12), del 11 de noviembre de 2008, en el cual, el Superior Tribunal, al tener que fallar respecto del agravio producido a la actora a partir de una literal y restrictiva interpretación que tanto el tribunal de origen como la CNAT en la alzada, hicieron del artículo 41 de la LAS, se expresó en sentido favorable al derecho invocado por la peticionante, en cuanto —según expresó—, resultaba contraria a la disposición constitucional del art. 14 bis la regla que manda elegir a representantes gremiales en elecciones convocadas por la asociación sindical con personería gremial, atento que dicha normativa legal no resultaba respetuosa de la tésis constitucional ni de las bases mismas fijadas por el derecho internacional del trabajo de jerarquía superior a las leyes (a saber, Convenios 87 y 98 de la OIT, entre otros, a cuya indispensable lectura remitimos por razones de brevedad).

Por otra parte, y a fin de fundamentar debidamente la posición amplia adoptada en el fallo, también se cita en el mismo las palabras del Convencional Becerra quien, en 1957, expresó: “Nosotros no hemos calificado la forma del sindicalismo, y no lo podemos calificar porque somos respetuosos del derecho de asociación y del derecho de los obreros. Deseamos que los obreros agremiados li-

(12) CSJN, 11/11/08, “Asociación de Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo”, LL, 2008-F-700.

brevemente se den la forma sindical que mejor les parezca y que mejor crean que atiende a sus propios intereses” (consid. 7, primer párrafo).

La Corte también manifiesta (en cuanto a la diferenciación que la LAS realiza respecto de los diferentes tipos de asociaciones profesionales) que la distinción no debería privar a las organizaciones sindicales que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros, ni del derecho de organizar su gestión y su actividad sindical, o de formular su programa de acción (consid. 8, párrafo 5).

Finalmente, también señala que hay una diferencia fundamental entre el monopolio sindical instituido o mantenido por la ley directa o indirectamente, y el que voluntaria y libremente quieran establecer los trabajadores (consid. 8, último párrafo).

Como resolución final, y por los fundamentos que muy brevemente se han invocado, otorga razón a la parte actora, y ordena dictar nueva sentencia al tribunal de origen de acuerdo a las pautas señaladas.

En la misma senda, nos encontramos con otros dos fallos de la CSJN a saber “Rossi c. Estado Nacional” (13), y “ATE c. Municipalidad de Salta” (14), ocasiones éstas en que el Superior Tribunal se expidió en el mismo sentido que el caso primeramente comentado.

Respecto de la jurisprudencia local, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) en octubre del año 2011, superando un prolongado criterio restrictivo anterior (15), se pronunció por el efectivo reconocimiento del derecho de tutela respecto de trabajadores que formaban parte de asociaciones simplemente inscriptas, en dos fallos: “Sandes, Hugo Raúl c/ Subpga S.A s/ indemnización por despido” (16) y “Ferulano, Pio Leonardo y otros c/ FACERA S.A s/ amparo gremial” (17).

En ambos fallos se utilizaron similares argumentos, destacándose, entre muchos otros, los dos párrafos que siguen:

“El reconocimiento constitucional de la libertad sindical camina hermanado con el de la democracia sindical, signo consagrado por el artículo 14 bis de la CN (...), pues el régimen jurídico que se establece en la materia, antes que impedir o entorpecer, debe dejar en libertad las mentadas actividades y fuerzas asociativas, en aras de que puedan desarrollarse en plenitud, vale decir, sin mengua de la participación, y del eventual pluralismo de sindicatos, que el propio universo laboral quiera darse” (punto 6, ap. a, párrafo 8, “Sandes”).

Por otra parte, también dice que: “La protección de los dirigentes gremiales, del modo en que ha sido plasmada en nuestra legislación positiva vigente, cercena la libertad sindical, privando a las organizaciones sindicales sin personería gremial, es decir, a aquéllas que cuentan con simple inscripción (artículo 21 ley cit.) de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros, organizar su gestión y actividad y formular su programa de acción (...)” (punto 7, tercer párrafo, “Sandes”).

Ahora bien, la cláusula amplia incorporada al artículo 47 de la LAS no solamente permite extender la protección de la tutela sindical a los representantes sindicales que forman parte de una asociación simplemente inscripta sino que, una sería interpretación de dicha normativa a la luz del

(13) CSJN, 9/12/09 “Rossi, Adriana María c. Estado Nacional”, LL, 2010-A-208.

(14) CSJN, “Asociación de trabajadores del Estado c. Municipalidad de Salta”, del 18 de junio de 2013.

(15) SCBA: “Galarza c. SUBPGA S.A”, LLBA; 2003-803; “Giménez E. c. SUBPGA S.A”, L. 89.438, entre muchos otros.

(16) SCBA, Juba, L 93.122.

(17) SCBA, Juba, L 79.33.1.

prisma constitucional y la más avanzada jurisprudencia aún vigente en la materia, nos permiten resguardar también los derechos de aquellos activistas sindicales que ejercen de hecho funciones de representación de clase con el objetivo de lograr cierto tipo de reivindicaciones colectivas, ampliado de esta manera incluso la interpretación expuesta en los párrafos anteriores sobre la protección del representante miembro de entidades simplemente inscriptas.

En esta última senda protectoria, encontramos el fallo “Villaba, Franco R. c. The Value Brands Company de Argentina”, de la SCBA de fecha 22 de diciembre de 2010 (18). El caso versó sobre un trabajador que habiendo sido despedido sin expresión de causa por la demandada, interpuso una acción de amparo con sustento en el artículo 47 de la ley 23.551 (Ley de Asociaciones Sindicales) y 1° de la ley 23.592 (Ley Antidiscriminatoria), lográndose probar en el caso que el distracto había constituido un supuesto de despido discriminatorio por razones gremiales, condenándose a la demandada a reincorporar al trabajador afectado, a pagarle los salarios caídos entre la fecha del despido y aquella otra en que se había efectivizado la reinstalación, y la reparación del daño moral.

A través del fallo en comentario, se otorgó una protección legal agravada para un trabajador que ejercía de hecho funciones sindicales —es decir, se trató en el caso de un activista de base—, en atención no sólo a una sana interpretación del artículo 47 de la Ley de Asociaciones Sindicales que manda garantizar a todo trabajador la herramienta del denominado amparo sindical, sino que también se dieron especial cabida a otras fuentes jurídicas como el artículo 1 de la Ley Antidiscriminatoria para catalogar al despido como un acto con tales vicios, en tanto se interpretó que la empleadora había roto de manera arbitraria el contrato atento que a la fecha del despido el trabajador realizaba gestiones por ante el sindicato, el Ministerio de Trabajo y en el ámbito de la empresa a fin de que se convocara a elecciones para la selección de delegados de personal, así como también a las directivas emergentes de los Convenios 98 y 87 de la OIT que versan de manera respectiva sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.

En orden con lo anterior, creemos que resulta válido lograr un tipo de interpretación dinámica del instituto de la tutela sindical que vaya a la par de las nuevas y avanzadas ideas sobre la materia, dejando a entrever que se trata en la especie de una de las propiedades más importantes con que cuenta el trabajador.

Producto de esa interpretación dinámica, y en orden las nuevas miradas provenientes tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, podemos concluir este apartado diciendo que la protección otorgada por la tutela sindical no se circunscribe solamente a los representantes que forman parte de la asociación más representativa sino que, con un criterio mayor y constitucionalmente válido, dicha garantía como forma de propiedad del cargo es extensiva también a otros dos tipos de representantes: aquellos que forman parte de una asociación simplemente inscripta y aquel activista de base que, aún sin sindicación oficial, ejerce funciones colectivas o de representación en un ámbito profesional determinado.

Estos tres tipos de trabajadores deben gozar de especial protección, pues concluir de esa manera es además, ir de la mano con el sentido atribuido a la libertad sindical por nuestro derecho internacional y los órganos especializados encargados de interpretarlo.

Realizar una interpretación dinámica de la libertad sindical no significa romper necesariamente con el modelo de unicidad promocionado por la ley sindical local —aunque podríamos llegar a ese resultado—, sino dotar de sentido y mayor valor jurídico a nuestro derecho colectivo argentino.

Es válido decir a esta altura del desarrollo que la utilidad del artículo 47 de la LES es mayúscula, en tanto no sólo consagra una herramienta procesal en defensa de los trabajadores, sino que nos

(18) SCBA, Juba, L. 97.804.

abre una nueva vía para poder proyectar la protección tutelar por fuera de los límites estrictos de la personería gremial. Lo demás, esta dado por los artículos 48 y siguientes del mencionado texto legal.

VII. Una lamentable y peligrosa regresión: el fallo “Orellano” de la CSJN

Con fecha 7 de junio de 2016, la CSJN con las firmas de Ricardo Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Elena Highton de Nolasco dictó sentencia en los autos caratulados “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo”, mediante la cual, a través de una liviana interpretación de nuestro plexo normativo, avaló el despido del actor Sr. Orellano, empleado del Correo Argentino, en función de su participación en medidas de protesta que no tenían una convocatoria sindical formal. Es de aclarar que el reclamante, había participado en una serie de asambleas y había hecho retención de tareas sin que el sindicato del sector proclamara la medida de fuerza.

Para fundamentar el acto del despido, la empresa argumentó que la desvinculación de Orellano se basaba en que durante dos semanas el mismo había participado en sucesivas “reuniones en el lugar de trabajo y durante la jornada habitual” y que habían “afectado” el desarrollo de las tareas en el centro operativo de Monte Grande, agregando que eso había redundado en “demora, retardo y retención en las imposiciones postales (...)” y que quedó comprometida la entrega de “6.000.000 de piezas postales”.

Vale aclarar que si bien el fallo refiere de manera elemental sobre todo al derecho de huelga y su titularidad, involucra también partes importantes de la presente investigación, toda vez que al sustraerle protección a las formas de sindicalización del movimiento obrero de base —que no cuentan con personería gremial, ni tampoco simple inscripción—, se desprotege gravemente el regular ejercicio de los derechos colectivos a través de (a nuestro modo de ver) una errónea interpretación del plexo legal, sin duda a la luz de un nuevo paradigma liberal de creación y aplicación del derecho, olvidando no ingenuamente muchas conquistas jurídicas de la clase trabajadora y lo que es peor aún, contradiciéndose con su propia doctrina judicial.

Claramente el fallo “Orellano” da base para escribir muchas páginas, pero por una cuestión de congruencia metodológica, en este apartado solamente se tratan algunos puntos que pueden afectar el derecho de la tutela sindical, eje fundamental de este trabajo.

En orden a ello, resulta absolutamente peligroso que la Corte efectúe un distingo entre las asociaciones sindicales que cumplen el requisito mínimo de la simple inscripción en un registro especial, y aquellas literalmente identificadas como “*simples grupos informales*” (v. considerando 8vo., anteúltimo párrafo), como base para reconocer la legitimidad en el ejercicio de ciertos derechos sindicales como la huelga o, por proyección (aunque la Corte no lo trató específicamente, pero se deriva de su doctrina), el derecho de tutela sindical para los representantes o delegados que no pertenezcan a uno de los tipos gremiales reconocidos por el Máximo Tribunal.

La Corte hace una interpretación exegética y restrictiva del término *gremio* receptado en el segundo párrafo del artículo 14 bis de la CN y —con cita de la opinión del convencional Acuña que actuó en la Convención Constituyente de 1957—, llega a decir que la amplitud en el reconocimiento de ciertos derechos a todos los trabajadores (cita la huelga, pero también podemos entender que puede hacer referencia de manera indirecta al goce de la tutela sindical), puede llevar a la anarquía de la clase trabajadora en la postulación de sus reivindicaciones fundamentales, y que la falta del aval responsable del sindicato (con personería gremial o simplemente inscripto) puede llegar a permitir la adopción de resoluciones de fuerza que muchas veces no estuviesen gestionando aquellas reivindicaciones fundamentales que se persiguen a través del último recurso de la clase trabajadora (ver. consid. 9º, 4to. párrafo).

Aunque exceda el tema de este trabajo, es importante decir, además, que lo más peligroso del fallo “Orellano” no es la limitación en el ejercicio de la huelga, o el desconocimiento de derechos sindicales a los representantes de base o a las formas sindicales de hecho denominadas de manera casi despectiva como “*simples grupos informales*,” sino la habilitación para el ejercicio de ciertas formas de despido consideradas discriminatorias por atentar contra el libre ejercicio de los derechos sindicales, restringiendo hasta la muerte de la aplicación del principio de la libertad sindical contra la obligatoria aplicación de normativa legal interna (ley antidiscriminatoria), así como también normativa y jurisprudencia internacional directamente vinculante para nuestro país (19).

La Corte también desoyó las interpretaciones progresistas vertidas por los amigos del Tribunal en la audiencia pública llevada a cabo en septiembre del año 2015, entre cuyas intervenciones —y en primer lugar—, se encontró la defensa del Dictamen elaborado por el Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata, a cargo del Profesor Ricardo Cornaglia y en el que tuvimos el honor de participar junto con otros colegas de la mencionada Casa de Altos Estudios (20).

Entre los párrafos del mencionado dictamen sobresalen los siguientes:

“Los sindicatos acceden al derecho de huelga a partir de ejercer un derecho colectivo, que es básico de la libertad sindical. Pero ese derecho colectivo no se opone en absoluto al derecho de los trabajadores de incidencia colectiva, que constituye el sustrato necesario de la conducta de huelga. Desde esta óptica, pensar la titularidad del derecho de huelga en exclusivo ejercicio por las asociaciones gremiales, desposeyendo a los trabajadores de su ejercicio directo, es una forma de desvirtuar ese derecho humano y social, que corresponde a la espontánea y libre asociación para ejercerlo”.

“La posición antinómica que hace a la titularidad del derecho de huelga, privando a los trabajadores de su ejercicio autónomo y libre, para ponerlo en cabeza de las asociaciones sindicales con personería gremial, encubre una forma represora de la huelga y agravia el principio general de la razonabilidad de la ley, que el artículo 28 de la Constitución Nacional prescribe como parámetro constitucional para guiar al legislador”.

Sencillamente a través de “Orellano” la CSJN fue tras sus propios pasos —más allá de las diferencias que trató de marcar entre el caso en comentario y su jurisprudencia anterior, sobretudo en el considerando 14—, firmó un fallo claramente inconstitucional que potencialmente puede generar responsabilidad internacional para nuestro país, abrió las puertas para la legitimación de los despidos discriminatorios basados en razones gremiales, y justificó una vez más la unicidad

(19) A modo de referencia podemos citar los siguientes fallos de la CIDH a saber Caso “Baena, Ricardo y otros Vs. Panamá”, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Caso “Huilca Tecse Vs. Perú”, Sentencia de 3 de marzo de 2005, entre otros. Asimismo, y en materia de tratados de Derechos Humanos, podemos citar el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece la obligación de velar progresivamente por la plena efectividad de los derechos contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, cuyo artículo 45 en lo que aquí interesa prescribe que “(...) c) Los empleados y los trabajadores, tanto rurales, como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores (...)”; el artículo 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuya eficacia jurídica ha sido expresamente reconocida por el Máximo Tribunal, dispone que “Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio”; finalmente, el artículo 11 de la Declaración Socio laboral del Mercosur, que constituye la proclamación solemne de los derechos sociales fundamentales reconocidos como tales en el Mercosur, prescribe que “1. Todos los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga, conforme a las disposiciones nacionales vigentes. Los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad”. En la misma senda encontramos los elementales Convenios 87 y 98 de la OIT, sobre protección del derecho de libertad sindical, libre sindicación y negociación colectiva.

(20) Texto completo del Dictamen disponible en : <https://drive.google.com/file/d/0B8wLyw9SzJJPRIhXOFhING5JbVU/view?pli=1>.

sindical promovida en parte por la ley 23.551 (ver para lo explicado en el punto IV del presente artículo).

En lo que puramente involucra a este trabajo, vale señalar sin embargo que la jurisprudencia sentada por el Máximo Tribunal Nacional en los casos “ATE c. Estado Nacional”, “ATE. c. Municipalidad de Salta” y “Rossi” se mantiene, aunque se limita el futuro reconocimiento del derecho de tutela sindical para el representante sindical de hecho, o que pertenece a una asociación colectiva sin inscripción (contra lo que antes hemos expuesto cuando comentamos en caso “Villalba” de la SCBA, o como lo hizo la propia CNAT en el fallo “Orellano”, que tendría en instancia extraordinaria un fatal destino).

Sin perjuicio de eso, las conclusiones derivadas de toda la investigación efectuada no se perierten, aún cuando hayamos incursionado (algunos) nuevamente en la época de la resistencia jurídico-laboral respecto a los principales derechos alcanzados por la clase trabajadora.

VIII. Conclusiones

A través del presente trabajo se trató de desarrollar un aspecto adicional de la tutela sindical. De esta manera, no solamente fueron expuestos sucintamente ciertos componentes clásicos del instituto seleccionado, sino que también se pensó en combinar dicho material con algunos aportes teóricos complementarios, sobre todo a partir del subtítulo en donde se trabajó sobre lo que denominamos la teoría de la triple propiedad de los trabajadores.

Claro que la tutela sindical —como forma de propiedad del puesto de trabajo— no abarca a todos los trabajadores sino que, como ha quedado aclarado, sólo involucra a cierta categoría de obreros que, por la especialidad de sus funciones, requieren de una protección mayor a la consagrada en la primera parte del artículo 14 bis de la CN.

Sobre lo anterior, y a partir de fundamentos provenientes de la legislación, doctrina y jurisprudencia, se concluyó que la tutela sindical abarca no solamente a los representantes que forman parte de la entidad con personería gremial, sino que por conducto del artículo 47 de la ley de asociaciones sindicales y, en mayor medida, por fuentes de mayor jerarquía —convenios de la OIT y Constitución Nacional—, dicha protección también es atribuible a los obreros que, ejerciendo acción gremial, pertenecen a una entidad simplemente inscripta o bien incluso a quienes ejercen funciones sindicales de hecho, más conocidos como activistas de base, es decir la protección se extiende incluso a quienes, sin pertenecer a una asociación sindical, operan en defensa de los derechos colectivos de su clase profesional, ya sea que trabajen o no para conformar a futuro una entidad que los nuclea. Es de aclarar que esta conclusión no se pervierte con la interpretación dada por la CSJN en el caso “Orellano” (que comentamos brevemente en el apartado VII), desde que un simple control de constitucionalidad y convencionalidad sobre el mismo puede llegar a tener la fuerza suficiente como para hacer caer la mayoría de los argumentos construidos allí por nuestro Máximo Tribunal.

La utilidad de nuestra anterior idea radica en el carácter dinámico con que entendemos se encuentra nutrido el principio de la libertad sindical, que es a nuestro entender el mejor camino para lograr operativizar lo que Durkheim denominó desde otro ángulo como formas de solidaridad orgánica.

A partir de eso, debemos comprender que el instituto de la tutela sindical no debe ser estudiando en el estricto y restrictivo marco de la ley 23.551 sino que, para un mejor entendimiento y posterior aplicación práctica, tenemos obligadamente que completar ese marco legal elemental con principios provenientes de otras y mejores fuentes jurídicas, tal cual se ha tratado de desarrollar en este trabajo.

Y es que el derecho sindical no sólo es lo que dice en nuestro país la Ley de Asociaciones Sindicales. Concluir en ese sentido sería una forma cruel e ignorante de recortar la realidad jurídica y social, sería encuadrarnos en un positivismo extraño por completo al sentido propio del Derecho Social como tal, como herramienta de reconocimiento pero a la vez de conquista de nuevos derechos para la clase trabajadora.

El Derecho Social no es sólo norma, sino realidad. Si entendemos eso, lograremos comprender de mejor manera lo que brevemente se trató de trabajar aquí: efectuar nuevos aportes al instituto de la tutela sindical.

IX. Bibliografía

BIDART CAMPOS, Germán J. (1981). "Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis", en: *Revista Trabajo y Seguridad Social*, T VIII A.

CASTEL, Robert (2009). *Las metamorfosis de la cuestión social: una crónica del salariado*. 5ª reimpresión. Buenos Aires: Paidós.

— (2008). *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires: Manantial.

CORNAGLIA, Ricardo J. (2001). *Reforma Laboral. Análisis Crítico Aportes para una teoría general del Derecho del Trabajo en la crisis*. Buenos Aires: La Ley.

— (2010). *Derecho Colectivo del Trabajo - Derecho Sindical*. 2da. ed. actualizada. Buenos Aires: La Ley.

CORTE, Néstor (1988). *El modelo sindical argentino*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

CUARTANGO, Oscar A. y CUARTANGO, Gonzalo O. (2002). "La tutela de los trabajadores que desempeñan cargos sindicales en entidad simplemente inscriptas", en: *Revista Derecho del Trabajo*. Tomo 2002- A.

GATTI, Ángel E. (2003). La tutela sindical restringida, en: *Revista La Ley*, Año 10- Nro. 7, Agosto. Buenos Aires: La Ley.

GOLDÍN, Adrián O. (1992). *El sindicato único en la Argentina: un modelo agotado*. DT-LII-A.

JAUREGUIBERRY, Luis María (1957). *El artículo nuevo*. Santa Fe: Librería y Editorial Castellví S.A.

LITTERIO, Liliana H. (1989). "Tutela jurisdiccional de la libertad sindical. La acción del Art. 47 de la ley 23.551", *Revista Legislación del Trabajo*, Tomo XXXVII, Nro. 442. Octubre, p. 731.

LOPEZ, Guillermo A. F. (1973). *Estabilidad y tutela sindical en la ley 23.551*, DT- XLVIII-B.

ORSINI, Juan I. (2005). "El modelo sindical en la ley 23.551 y la tutela de los sindicatos sin personería gremial y de sus representantes", en: *Revista Doctrina Laboral*, Tomo XIX, mes de Julio. Buenos Aires: Errepar.

— (2012). "Nulidad en Ineficacia extintiva de los despidos discriminatorios antisindicales", en: *Jurisprudencia Laboral*, Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi.

PEREZ REY, Joaquín (2004). *Estabilidad en el empleo*. Madrid: Trotta SA.

Fecha de recepción: 28-04-2016

Fecha de aceptación: 13-06-2016

La dimensión sociológica de la juridicidad originaria del Código Civil y Comercial

POR MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI (*)

Sumario: I. Ideas básicas. — II. La juridicidad originaria del Código Civil y Comercial. — III. Conclusión. — IV. Bibliografía.

Resumen: se considera la juridicidad originaria del Código Civil y Comercial. Para ello se utilizan las categorías de la dimensión sociológica de la construcción integrativista tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico. Dichas categorías parten de las adjudicaciones de potencia e impotencia, es decir de lo que favorece o perjudica a la vida humana. Pueden desarrollarse mediante distribuciones de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar o repartos originados por la conducción de seres humanos determinables. Las influencias humanas difusas son producidas por ejemplo por la economía, la religión, la lengua, la ciencia, etc.

Palabras claves: juridicidad originaria - tridimensionalismo - trialismo - dimensión sociológica - potencia impotencia - distribuciones - Código Civil y Comercial

The sociological dimension of the civil and commercial Code's juridicity source

Abstract: *this paper considers the juridicity source of the Civil and Commercial Code. To that end, we use the sociological dimension's categories of the three-dimensional integrativist construction of the trialist theory of the juridical world. These categories are based on allotments of power and powerlessness, that is, what helps or harms human life. They can be developed through distributions of nature, diffuse human influences or the chance; or through partitions originated in determinable human conducts. The diffuse human influences are produced, e.g., by the economy, religion, language, science, etc.*

Keywords: *juridicity source - three-dimensionalism - trialism - sociological dimension - powerlessness - distributions - Civil and Commercial Code*

I. Ideas básicas

La tendencia excesiva de la cultura jurídica argentina a disolverse en lo abstracto o lo concreto sin poder integrarlos suele provocar la referencia a modelos más o menos deseables sin tener en cuenta de manera suficiente sus raíces o sus significados cabales (1). Muchas veces se cree que querer es poder. De esto suelen surgir frecuentes situaciones de inestabilidad, incertidumbre, incoherencia e inseguridad.

(*) Prof. Titular de la UNR y Prof. Emérito de la UBA.

(1) El país suele desviarse por caminos extremos del idealismo o el empirismo; el racionalismo, el voluntarismo o el historicismo y el legalismo o el judicialismo que producen resultados insatisfactorios. A menudo están demasiado presentes las brillantes pero deslumbrantes propuestas del quijotismo, entendido como manifestación del utopismo abstracto (en cuanto a la interpretación jusfilosófica del Quijote es posible ampliar en nuestros artículos "Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote", en: *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 9, p. 19 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/340/249>, 13-4-2016, además se puede consultar: "La Argentina, su vocación por lo abstracto, la Jusfilosofía y la crisis actual", en: *Investigación y Docencia*, N° 34, pp. 41/7).

En esos caminos, al fin infructuosos, se puede creer que si el legislador dice lo que considera Derecho, el Derecho es “en realidad” lo que él expresa. El Código Civil y Comercial (2) dedica los tres primeros artículos (sobre todo los dos primeros) a indicar lo que establece como Derecho, pero esto no puede ser sino una *juridicidad derivada*, que quizás se pueda denominar secundaria. Consideramos que ese despliegue existe inevitablemente por una *juridicidad originaria* (3), que surge de la vida misma y la genera de manera permanente (4). Los autores de las normas disponen, pero debajo de lo dispuesto hay despliegues vitales decisivos. Sin perjuicio de lo plausible que pueda ser, la vida no es lo que se establece como tal, tampoco el Derecho. Al fin cada uno hace lo que quiere dentro de lo que puede, aunque debe querer y poder lo valioso. La creencia en la omnipotencia de los constituyentes, legisladores, jueces, administradores, etc. es un peligroso error.

Nuestro propósito es considerar cómo nació y ha de desarrollarse por la *juridicidad originaria* el Código Civil y Comercial. Lo que el legislador establece está inevitablemente sometido a la “prueba” de los hechos de los que nace y en los que ha de desarrollarse.

A nuestro parecer, el mejor planteo de la *juridicidad* surge de *integrar* la realidad fáctica y la idealidad como lo establece la propuesta (5) *tridimensionalista* de la *teoría trialista del mundo jurídico*. El *trialismo* incorpora una *complejidad pura* (6) de realidad social de repartos de potencia e impotencia (7) (dimensión sociológica) captados por normas (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión dikelógica (8)). A su vez, el mundo jurídico tiene *diversidades* materiales, espaciales, temporales y personales (9). Se denomina poten-

(2) Se pueden consultar, por ejemplo: Código Civil y Comercial de la Nación, Infoleg. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/textact.htm>, 30-3-2016; Lex, <http://www.codigocivilonline.com.ar/articulo-1/>, 30-3-2016; Garrido Cordobera, Lidia y otros (2015). *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Astrea, t. I, 2015, p. 1 y ss. Cabe ampliar también en nuestros artículos “El capítulo “Derecho” en el Código Civil y Comercial”, en: *Investigación op.cit.* N° 49, p. 63 y ss., Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, en: <http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD494.pdf> 12-4-2016; “Nuevamente sobre el Derecho en el Código Civil y Comercial”, en: *Investigación ... cit.* N° 50, p. 179 y ss., *Centro de Investigaciones de Filosofía cit.*, en: <http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD%205010.pdf>, 12-4-2016. Incluso cabe consultar, por ejemplo, en: <http://www.codigocivilonline.com.ar/articulo-1/> [Fecha de consulta:12-04-2016].

(3) Originario/ria del lat. *originarius*. 1. adj. Que da origen a alguien o algo. 2. adj. Que trae su origen de algún lugar, persona o cosa. Encomienda originaria. En cuanto a la etimología de aborígen y originario v. por ej. Etimología de aborígen. Disponible en: <http://etimologias.dechile.net/?aborigen>, 5-4-2016. Podría considerarse también una *juridicidad “básica”*.

(4) Es posible *ampliar* en nuestras Ciuro Caldani, Miguel Ángel (2012). *Bases del pensamiento jurídico*. Rosario: UNR Editora, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Disponible en: <http://www.centrodefilosofia.org.ar/bases/Bases.pdf> [Fecha de consulta: 30/03/2016].

(5) Consideramos que se trata como siempre de una construcción, que como tal puede ser más o menos satisfactoria. En cuanto a la idea de construcción cabe consultar por ejemplo: Guibourg, Ricardo A. (2004). *La construcción del pensamiento*. Buenos Aires: Colihue.

(6) Es posible ver Goldschmidt, Werner (1987). *Introducción filosófica al Derecho*. 6ª. ed. 5ª. reimpr., Buenos Aires, p. XVII. También ampliar por ejemplo: en nuestro artículo “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en: *La Ley*, t. 2008-B, p. 782 y ss.; Dabove, María Isolina, “El derecho como complejidad de saberes diversos”, en: *Ideas y Derecho*, Anuario de la Asociación Argentina de filosofía del Derecho, III, 3, pp. 95 y ss.; “La Teoría Trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades”, *Tesis doctoral* de Elvio Galati, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 26 de abril de 2010.

(7) La palabra “reparto” aparece en traducciones de Aristóteles (ver por ejemplo Aristóteles (1954), “Ética Nicomaquea”, V, 5 y 6, 1133b, 1134b, en *Obras*, trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid: Aguilar, p. 1234.

(8) Diké era una de las divinidades griegas de la justicia. La palabra “Dikelogía” fue utilizada por Althusius con un significado relativamente diferente.

(9) Con referencia a la construcción de la complejidad pura del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico se puede ver por ejemplo: Goldschmidt, op. cit.; *La ciencia de la justicia*. Dikelogía. 2ª. ed Madrid: Aguilar, 1958 (2ª ed., Bs. As., Depalma, 1986); “Justicia y verdad”, Bs. As., La Ley, 1978; Ciuro Caldani, Miguel Ángel (1976). *Derecho y política*. Buenos Aires: Depalma; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986;

cia e impotencia a lo que favorece o perjudica a la vida humana. El trialismo es una jusfilosofía de nuestra vida (10).

En este caso, nos remitimos en particular a la juridicidad originaria del *Código Civil y Comercial*, sobre todo en cuanto a la noción de *Derecho* (11) para conocer mejor las raíces y la viabilidad respectivas. Como ocurre siempre, el Derecho conceptuado en la nueva ley será lo que según la realidad social resulte ser. Es más: esa realidad va superando ya las circunstancias iniciales. Hoy se pueden advertir condiciones diversas de las que se presentaban en la sanción y el comienzo de la aplicación, por ejemplo en cuanto al Derecho de Familias (12).

II. La juridicidad originaria del Código Civil y Comercial

La juridicidad originaria que nos interesa en este caso se presenta, sobre todo, en la dimensión sociológica estudiada en la “Jurística Sociológica” (13). La Jurística Sociológica abarca lo que en la realidad social interesa *específicamente* al Derecho y se diferencia así de la Sociología del Derecho (14).

“La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio de Derecho, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/961/795> [Fecha de consulta: 15/04/2016]; “Estudios Jurídicos del Bicentenario”, Rosario, UNR Editora, 2010, Libros de Integrativismo Trialista. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1360/1556>, [Fecha de consulta: 15/04/2016] (también en Centro de Investigaciones cit., <http://www.centrodefilosofia.org.ar/> [Fecha de consulta: 15/04/2016]; “Distribuciones y repartos en el mundo jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

(10) En el desarrollo de la juridicidad se forman *complejos socio-normo-dikelógicos* que pueden ser denominados *polos jurídicos*. Cada ser humano es al fin un polo jurídico y es parte de polos jurídicos.

El mejor conocimiento y desarrollo de los polos jurídicos y en especial de los seres humanos desde el punto de vista del Derecho se produce a través del *jurianálisis*, que reconoce todos los despliegues de la juridicidad respectiva. Más allá de las construcciones sobre la capacidad todos los seres humanos tenemos el derecho y el deber de saber quiénes somos jurídicamente. Sobre el jurianálisis se pueden edificar *tácticas* y *estrategias* jurídicas (se puede *ampliar* en Ciuro Caldani, Miguel Ángel (2011). *Estrategia Jurídica*. Rosario: UNR Editora. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1372/1575> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

(11) Artículos 1 a 3. Ver por ejemplo: Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en: http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf [Fecha de consulta: 20/03/2016]; Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Comisión de Reformas Decreto 191/2011, http://www.lavoz.com.ar/files/PROYECTO_CODIGO_CIVIL.pdf [Fecha de consulta: 20/03/2016]; Código Civil y Comercial, <http://www.nuevocodigocivil.com/> [Fecha de consulta: 20/03/2016]; Disponible en: http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf [Fecha de consulta: 21/03/2016]. Es relevante considerar los polos jurídicos que se presentan en el Código, en especial en cuanto al jurianálisis respectivo de los seres humanos.

(12) Respecto a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 es posible ver un comentario con información detallada en Notrica, Federico y Vigo, Fiorella C., “Gestación por sustitución: nuevos fundamentos para una realidad insoslayable”, en: *Diario DPI*, Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos 9 [Fecha de consulta: 12/04/2016]. Se pueden ver por ejemplo: “H.M. y otro/a s/medidas precautorias (artículo 232 del CPCC) (419)”, Exp. N° LZ-62420-2015, Juzgado de Familia n° 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015; De Masi, Victoria, “Tuvo un hijo por “alquiler” de vientre y un fallo le otorgó la maternidad”, en: *Clarín*. Disponible en: Clarín.com, http://www.clarin.com/sociedad/alquiler-vientre-fallo-otorgo-maternidad_0_1543645990.html [Fecha de consulta: 20/03/16]; “Judiciales/ Tuvo un hijo por “alquiler” de vientre y un fallo le otorgó la maternidad”, en: *Qué pasa Salta*, 21/03/2016, http://www.quepasasalta.com.ar/noticias/argentina_13/tuvo-un-hijo-por-alquiler-de-vientre-y-un-fallo-le-otorgo-la-maternidad_143309 [Fecha de consulta: 17/04/2016] (se trata de la “tía” que colaboró en la reproducción); “Maternidad subrogada: fallo judicial da el aval pese al Código Civil”, vía Rosario, Sociedad, 25/11/2015, <http://www.viarosario.com/sociedad/maternidad-subrogada-fallo-judicial-favorable> [Fecha de consulta: 17/04/2016]; Fallo judicial autorizó una maternidad subrogada en Rosario”, NE, 24-11-2015 en línea en: <http://www.notiexpress.com.ar/contentFront/rosa-locales-8/fallo-judicial-autorizo-una-maternidad-subrogada-en-rosario--219499.html> [Fecha de consulta: 18/04/2016]. A veces se invoca que el artículo es además anticonvencional.

(13) Existen otros muchos antecedentes de diversas fuentes que exceden nuestro propósito.

(14) Para la que también se emplea la denominación Sociología Jurídica.

La dimensión sociológica del mundo jurídico se construye con adjudicaciones de lo que favorece o perjudica a la vida *humana*. Lo adjudicado es nombrado respectivamente, con palabras no muy habituales pero muy esclarecedoras, “potencia” e “impotencia” (15). La remisión a la vida humana es difícil pero imprescindible porque vivimos, como sucede, por ejemplo, en la Medicina. Referirse a la dimensión sociológica es una manera de *descubrir y viabilizar* lo que presentan las normas y de *hacer posible* lo que requiere la justicia (16). Es necesario *desenmascarar* lo que las normas pueden y suelen ocultar (17).

Es relevante conocer las adjudicaciones de la juridicidad originaria del Código Civil Comercial.

Las adjudicaciones se desenvuelven en el curso de *fuerzas* (que a veces son poder, es decir fuerza sobre otros) y de *intereses*. Cuando la fuerza y el poder están ocultos son mayores. Casi siempre desenmascarar es contribuir a la libertad.

El Código Civil y Comercial es un desarrollo de fuerzas e intereses. Es lo que quienes lo redactaron quisieron y pudieron hacer y será lo que quienes lo hagan funcionar quieran y puedan lograr.

Las adjudicaciones son *distribuciones* o *repartos*. Las distribuciones se originan en la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar; los repartos son producidos por la conducción de seres humanos determinables. Aunque se trata de categorizaciones muy útiles, en la realidad las tres vías de las distribuciones y los repartos tienen profundas relaciones que las hacen a menudo difíciles de distinguir. El grado de participación que poseen en el complejo generador del Derecho suele ser muy debatido.

Las referencias del Código a las fuentes y su aplicación (artículo 1), la interpretación (artículo 2) y el deber de resolver (artículo 3) nacieron y se desenvuelven en ese marco. La mera voluntad no cambia la realidad de los hechos. El legislador puede establecer normas, pero ellas serán lo que en la vida resulten ser. Los debates de la elaboración no tuvieron toda la profundidad que deseamos, pero de todos modos el Código Civil y Comercial se hizo y funcionará en base a juridicidades constituidas por las distribuciones y los repartos.

En términos que agradarían al maestro Gény, lo *construido* se edifica sobre lo dado (18). El Código se ha construido y funcionará sobre lo *dado*, aunque esto no tuviera la presencia necesaria en el debate de su redacción. Siguiendo a Montesquieu cabe entender que las leyes, incluyendo nuestro Código, son relaciones de cierto modo necesarias surgidas de la juridicidad originaria que puede considerarse “naturaleza de las cosas” (19).

La *naturaleza* produce distribuciones a través de realidades geográficas, biológicas, psicológicas, etc. Mucho puede transformarse por los avances de la genética, sobre todo de la genética humana. Vivimos en tiempos de la “liberación de eros”, promovida de manera destacada por el despliegue

(15) Parece que nadie consultaría a un médico que no se ocupara del concepto salud, sea cual fuera el contenido que le atribuyera. Análoga ha de ser el comportamiento respecto de los juristas.

(16) Que en nuestro caso, a diferencia de Werner Goldschmidt, presentamos como una construcción.

(17) Se suele afirmar que los enunciados dependen de las condiciones en las que emergen y existen dentro del campo del discurso (ver por ejemplo Londoño-Vásquez, David Alberto y Frías-Cano, Ladis Yuceima, “Análisis crítico del discurso y arqueología del saber: dos opciones de estudio de la sociedad”, en: *Palabra Clave*, Universidad de La Sabana. Disponible en: <http://palabraclave.unisabana.edu.co/index.php/palabraclave/article/view/1875/2451> [Fecha de consulta: 04/04/2016].

(18) Cabe ampliar en nuestro trabajo “La teoría y la práctica de la elaboración de normas jurídicas en la Universidad (Homenaje a François Gény en el 110º aniversario de “Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo)”, en: *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 31, pp. 9 y ss. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1311/1447> [Fecha de consulta: 16/04/2016].

(19) “Las leyes, (...) son (...) las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas (...)” Montesquieu (1977). *Del espíritu de las leyes*, trad. Nicolás Estévez, 3ª. ed. México: Porrúa, p. 3. Es posible ampliar en nuestro libro *Distribuciones y repartos en el mundo jurídico* cit.

económico. En general, en cuanto a lo geográfico el suelo posee gran influencia en el Derecho Patrimonial y en lo psicológico la liberación de eros interviene en el Derecho de Familias.

Las distribuciones de la naturaleza han viabilizado y facilitan la elaboración y el desenvolvimiento del Código, aunque también en ciertos aspectos los problematizan. La Argentina posee un territorio extenso, rico y acogedor, pero distante de los centros del poder mundial. Su ámbito se centra todavía en medida muy considerable en la parte inferior de la Cuenca del Plata (20). En general la población es insuficiente y está mal distribuida, con una enorme concentración próxima al puerto de Buenos Aires (21). En su gran mayoría tiene aceptables condiciones de salud. También en la Argentina la liberación de eros posee amplio reconocimiento.

Las *influencias humanas difusas* provienen de la economía, la religión, la lengua, la ciencia y la técnica, el arte, la historia, la educación, la filosofía, las concepciones del mundo, etc. El Código Civil y Comercial fue hecho y se desenvolverá en esos marcos.

Entre esas influencias, las de la *economía*, en especial la economía capitalista, con su desarrollo en cuanto a producción, distribución y consumo y su estructura de clases, van acentuando una fuerza avasallante. Como lo advirtió ya Aristóteles y lo tematizaron de modo más teórico Marx y Engels, la economía posee una gran presencia en las instituciones jurídicas (22). El Estagirita llegó ya a afirmar que la esclavitud concluiría cuando la lanzadera se moviera por sí sola. Sin caer en una simplificación que oscurecería el planteo complejo, ni desconocer la respuesta formalista de Stammler (23), resulta notorio que las fuerzas de producción tienen destacada presencia en la formación de lo jurídico. Según lo denunciaron Marx y Engels (24) y, desde un punto de vista muy diferente Enrique Santos Discépolo (25), por impulso de la burguesía todo se va convirtiendo en mercadería, también los despliegues más hondos de lo humano. En nuestros días la economía ha impulsado una tensa globalización/marginación (26) y procesos de integración (27), aunque a veces se producen reacciones nacionalistas.

Pese a cierta búsqueda de senderos para limitar al capitalismo, que se produce en algunos períodos y materias, en nuestro país es atendible el despliegue que este sistema tiene y tendrá en el Derecho (28). El desenvolvimiento capitalista está más presente en la cultura que en la producción,

(20) Pese a que la declaración de su independencia en julio de 1816 se hizo con referencia a las Provincias Unidas en *Sud América* luego, siguiendo la denominación del Virreinato se adoptó la especificidad Río de la Plata. A veces se hace referencia también a la declaración de Arroyo de la China de 1815 que, sin embargo, no logró el reconocimiento necesario. San Martín y Belgrano desarrollaron sus obras posteriores en relación con la Declaración de 1816.

(21) A la que alguna vez se consideró la capital de un imperio que nunca existió.

(22) Aristóteles, "Política", en: *Obras*, cits., 1253 b/ 1254 a, p. 1416; Archivo Marx-Engels, en línea: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/index.htm> [Fecha de consulta: 15/04/2016]; Cerón Grijales, Rusell y Leal Sáenz, Juan Enrique, "Poder político y derecho en la teoría marxista. Un enfoque crítico-estructuralista". Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/7.pdf> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

(23) Se puede ver Stammler, R. (1929). *Economía y derecho según la concepción marxista de la historia*, trad. W. Rocas, Madrid: Reus.

(24) Marx, K - Engels, F. *Manifiesto del Partido Comunista*. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

(25) Es posible ver por ejemplo: Cambalache, Todo Tango. Disponible en: <http://www.todotango.com/musica/tema/154/Cambalache> [Fecha de consulta: 20/03/2016].

(26) Cabe ampliar en Alterini, Atilio A. y Nicolau, Noemí L. (coord.) (2005). *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*. Buenos Aires: La Ley. También ver en nuestro artículo "Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración", en: *Revista del Centro de Investigaciones* op. cit., N° 24, pp.41 y ss.

(27) Se puede ampliar en nuestro artículo "Filosofía y sistema del Derecho de la Integración", en: *Revista del Centro de Investigaciones* op. cit., N° 29, pp. 27/48.

(28) Pese a la tendencia a amparar a los vulnerables, la sociedad argentina se desenvuelve a veces como si se tratara de una sociedad sin clases, sea en cuestiones patrimoniales o familiares. Esto se observa, por ejemplo, en el impulso para

la distribución y el consumo. Se pretende más que lo que se produce. El modelo del capitalismo se muestra en general en lo patrimonial y familiar, aunque atenuado por la protección que se brinda a algunos vulnerables y una todavía importante intervención estatal en las sucesiones.

Desde tiempos de Alberdi y Sarmiento hasta hoy es posible reclamar la formación de una burguesía nacional (29). Por otra parte, cabe preguntarse incluso en qué medida nuestro capitalismo es viable. El Código se desenvuelve en una realidad social con distribución de la riqueza a veces preocupantemente *desigual* y una grave desarticulación territorial. Su desarrollo será distinto según imperen, por ejemplo, modelos más referibles al “kirchnerismo” o el “macrismo”.

Las particularidades de las sociedades y los polos de poder obrantes en ese campo condujeron a que se las mantuviera por separado, en la ley 19.550 (30). Las tensiones capitalistas se atenúan en ámbitos del Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social.

Las distribuciones producidas por la *religión* poseen siempre atendible participación. Así sucede en Occidente con diversos modelos cristianos católicos y protestantes (luteranos, calvinistas, metodistas, etc.), judíos, etc. La ética básica de Occidente y de otras regiones importantes del mundo está tomada del cristianismo. Max Weber subrayó con acierto la influencia que tuvo el calvinismo en la formación del capitalismo (31). No es descartable; sin embargo, el papel económico que puede jugar el Islam. Pese al debilitamiento relativo, *v. gr.* en el campo de la disciplina sexual, la presencia religiosa se mantiene, a nuestro parecer en medida muy considerable por el temor a la muerte. Si no se opta por el camino religioso, es relativamente fácil llegar a la conclusión de que el hombre es una pasión inútil (32). La influencia religiosa ha sido especialmente intensa en el ámbito familiar y por proyección en las sucesiones, pero en los últimos tiempos se ha producido una “minusmodelación” de la presencia religiosa. Así sucede también en la Argentina, *v. gr.* en el nuevo Código. En nuestro país quizás no sea desatendible la influencia posible de un Papa argentino.

El mundo jurídico abarca distribuciones del mundo lingüístico (33). Suele decirse que el ser humano “es” en su lenguaje (34). Son importantes las posibilidades de pensamiento, expresión y co-

obtener no la legítima cesión de vientres sino la posible explotación de su locación. Tal vez sea acertado que hasta el presente no se haya legislado en especial este tema, de modo que la maternidad se determine por el parto (*v.* en relación con el tema el artículo 9 de la Ley 26994). Si bien aceptamos la cesión de vientre, con carácter gratuito y entre parientas próximas, entendemos que la locación sería al fin con gran frecuencia una radicalización del servicio doméstico y de la conversión del mundo en mercadería.

(29) Se puede ampliar en nuestros trabajos “Una Argentina “parasitaria” entre la feudalización y la colonización”, en: *Investigación op. cit.* N° 34, pp. 59/65. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/842/652> [Fecha de consulta: 31/03/2016]; “Estudios Jurídicos del Bicentenario” *cits.*

(30) Es posible ampliar en nuestro artículo “Notas sobre Economía y Derecho”, en: *Boletín del Centro de Investigaciones op. cit.*, N° 23, págs. 43 y ss. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/557/451> [Fecha de consulta: 31/03/2016].

(31) Weber, Max (1973). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. Luis Legaz Lacambra, 2ª. ed. Barcelona: Península; se puede ampliar en ciertos aspectos en nuestro artículo “La religión como respuesta jurídica (Significados jurídicos de la religión - Aportes a la ‘Jurirreligiosidad’”, en: *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, N° 34, pp. 147 y ss.

(32) Ver por ejemplo: Sartre, Jean-Paul, “Pero la idea de Dios es contradictoria, y nos perdemos en vano: el hombre es una pasión inútil.”, en: *El Ser y la Nada*, p. 377. Disponible en: http://www.bsolot.info/wp-content/uploads/2011/02/Sartre_Jean_Paul-El_ser_y_la_nada.pdf. [Fecha de consulta: 01/04/2016].

(33) Es posible ampliar por ejemplo: en nuestro artículo “El verbo en el antecedente de la norma jurídica (un aporte a la “Jurilingüística” con especial referencia a la lengua española)”, en: *Revista del Centro de Investigaciones op. cit.* N° 32, pp. 17 y ss. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1322/1464> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

(34) Ver por ejemplo: Benveniste (1966 y 1974). *Problèmes de linguistique générale*, I y II, París: Gallimard; *El hombre en la lengua* (1978), 7ª. ed., México: Siglo Veintiuno. Disponible en: <http://www.fcpolit.unr.edu.ar/lenguajes1/files/2014/06/73771667-Benveniste-De-La-Subjetividad-en-El-Lenguaje-en-El-Hombre-en-La-Lengua-Cap-XV.pdf> [Fecha de consulta: 16/04/2016]; <http://biblioteca.cefyl.net/node/3870> [Fecha de consulta: 16/04/2016]; Acuña,

municación que permite la lengua española, aunque muchos despliegues internacionales se realizan en inglés. El manejo del lenguaje es relevante en la expresión del Código y en el uso que de él harán los interesados. Vale considerar que algunos sectores, por ejemplo pertenecientes a los pueblos indígenas, pueden tener menos internalizado el español (35). Pese a los esfuerzos para superar el obstáculo, el lenguaje jurídico tiene especificidades científicas y técnicas que no conoce por igual toda la población.

También el desarrollo *científico y técnico* posee relevante aptitud distribuidora. En el mundo actual contribuye a generar una *nueva era* señalada de modos principales por la explosión de la primera bomba atómica en Hiroshima, la posibilidad de observar la tierra desde el exterior y la genética humana, pero también por la informática, la nanotecnología, la robótica, la neurociencia, etc. (36). La juridicidad de nuestro tiempo va siendo desafiada por enormes lagunas históricas de normas motivadas por novedades científicas y técnicas. A menudo la física y la química son nuevamente instrumentos de dominación relevantes.

El desarrollo *científico y técnico* de nuestro país es relativamente suficiente para sustentar un aceptable nivel de vida al respecto. El Código “abierto” le deja espacios relevantes. Muy importante será la tensión que continuará desarrollándose en el Derecho de Familias (37), de modo destacado en cuanto a la reproducción.

El campo *artístico* es otro espacio de distribución. Occidente manifiesta hoy grandes distancias del desenvolvimiento tradicional. En general el arte resulta un ámbito para la “*respiración*” de la cultura, también relevante en nuestro medio. En nuestro país, el Código refleja aceptable apertura de caminos a la expansión artística (38).

La *historia* tiene siempre gran importancia distribuidora en la forma de “relato” básico de la cultura. Aunque vivimos en días “post” no claramente definidos, de “postmodernidad”, la historia es en particular relevante cuando se encara, como ahora, una *nueva era*. La codificación abierta habilita sentidos históricos.

En la Argentina los conflictos entre el gobierno kirchnerista y gran parte de la oposición, que se desarrollaron también en días de la codificación, implicaban asimismo un debate histórico, por ejemplo acerca del valor de la codificación civil sarmientina.

Es relevante el buen desenvolvimiento *educativo* para fortalecer las posibilidades de *participación* en la vida pública y privada. Una codificación se instala en un marco de educación. La educación ha de transmitir la eticidad en que se desenvuelve la Codificación. Personas no sistematizadas en el proceso educativo no tienen en general buen desenvolvimiento en el Derecho. La carencia y la desigualdad de oportunidades educativas pueden dificultar la igualdad de la Codificación. No es

Leonor, “La lengua entre “dueños” y hablantes”, en: *Ñ, Revista de Cultura, Literatura*, 02/09/11. Disponible en: http://www.revistaen.clarin.com/literatura/El_idioma_como_recurso_0_547745236.html 17-4-2016; Libertella, Mauro, “Controversia: ¿de quién es la lengua castellana?”, en: *Clarín, Cultura*, 15/04/16. Disponible en: http://www.clarin.com/cultura/Controversia-lengua-castellana_0_1559244503.html [Fecha de consulta: 15/04/2016].

(35) El artículo 9 de la ley 26.994 dice: Primera. “Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial” (corresponde al artículo 18 del Código Civil y Comercial de la Nación).

(36) Es posible ampliar en nuestros (2000). “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, en línea: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1359/1549> [Fecha de consulta: 01-04-2016].

(37) Se puede ampliar en nuestro trabajo “Nuevas fronteras del “Derecho de Familias”, un desafío para la judicialidad”, en: *Investigación op. cit.*, N° 49, pp. 141 y ss.

(38) Ver por ejemplo: artículo 1957.

sin motivo que la estrategia sarmientina contaba con la educación y la codificación como pilares de gran importancia (39).

El nuevo Código se refiere a una población suficientemente educada. Asume a veces desarrollos pedagógicos propios. Es imprescindible superar, también mediante la educación, la práctica de la corrupción.

Las *disciplinas filosóficas* poseen diverso papel distribuidor en las bases de la legislación. La Metafísica les da una solidez que la Gnoseología puede conmovier. Los sectores de la Filosofía argentina se refieren a veces más a una u otra, dando distintos grados de solidez a lo que puede construirse como Derecho. Quizás pueda sostenerse, sobre todo por la referencia al campo de las familias, que el Código no tiene una fundamentación metafísica muy fuerte.

Las *doctrinas filosóficas* varían en los contenidos que pueden aportar al Derecho. Son diferentes los resultados de las orientaciones más platonizantes o aristotelizantes, pactistas u organicistas, estoicas o epicúreas, agustinianas, tomistas, utilitaristas, sansimonianas, positivistas, marxistas, críticas, analíticas, etc. Dentro del campo jurídico, vale considerar los despliegues positivistas, jusnaturalistas, trialistas, neoconstitucionalistas, etc.

Esos desarrollos disciplinarios y doctrinales se muestran también en la codificación. La Argentina posee un despliegue jusfilosófico rico, que puede ayudar a diversas perspectivas en la realización del Código (40). Un tema a debatir es la relación que pueden tener el neoconstitucionalismo adoptado en el Código y el jusnaturalismo (41).

Las *concepciones del mundo*, por ejemplo en cuanto a posiciones más *optimistas* o *pesimistas*, influyen en la constitución del Derecho. Diversas son las influencias que expresan San Agustín o Rousseau, Schopenhauer o Nietzsche. Aunque se trata de tomas de posición a menudo demasiado genéricas e indemostrables, se suele afirmar que en la Argentina tiende a prevalecer, por lo menos en la zona "portuaria", una concepción pesimista (42). Así ha surgido de la música ciudadana tradicional, el tango.

En nuestro país la importancia de las concepciones del mundo se manifiesta en la frecuente tensión entre el sector *hispanico tradicional* y el *anglo francés*. El sector hispanico tradicional es más organicista y paternalista, católico tradicional y romántico; el sector anglo francés es más pactista y abstencionista, aún a la Reforma y a la Ilustración (43). Entre los representantes del ámbito hispanico tradicional se encuentran Felipe II, Rosas y Perón. Entre los exponentes del espacio anglo francés cabe mencionar a Carlos III, Belgrano, Moreno, Rivadavia, Mitre, Sarmiento, Julio Roca, los

(39) Es posible ampliar en nuestro artículo "La estrategia jurídica de la presidencia de D. F. Sarmiento", en: *Investigación* op. cit., 51, pp. 111 y ss.

(40) Cabe consultar por ejemplo Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Disponible en: <http://www.aafder.org/> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

(41) Se puede consultar por ejemplo Vigo, Rodolfo Luis, "Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias". Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3845/33.pdf> [Fecha de consulta: 05/04/2016], además "Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias", Bs. As., Educa, 2015.

(42) Ver por ejemplo: Mora y Araujo, Manuel, *La Argentina bipolar*, Buenos Aires: Sudamericana, en: https://books.google.com.ar/books?id=ru6GW6T1s5kC&pg=PP92&lpq=PP92&dq=argentina+pesimismo&source=bl&ots=enOr2-qRRX&sig=V4axcEh7zG_OWWNFQds0dT3pVVU&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwist5zSrN_LAhWfHJAKHV0KDDE4ChDoAQg_MAg#v=onepage&q=argentina%20pesimismo&f=false [Fecha de consulta: 26/03/2016]; ¿Los argentinos somos pesimistas?, Nueva, martes 19/1/2010. Disponible en: http://www.comunicatio.com.ar/publi/77.html?TB_iframe=1&width=660&height=540&background=# [Fecha de consulta: 26/03/2016].

(43) Es posible ampliar en nuestros estudios "Bases culturales del Derecho argentino", en: *Revista del Centro de Investigaciones* op. cit., N° 27, pp. 113/126. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/605/485> [Fecha de consulta: 05/04/2016]; "Estudios Jurídicos del Bicentenario", op. cit.

Alvear, Aramburu y Alfonsín. En la actualidad el sector hispánico tradicional ha tendido a apoyarse en una radicalización rousseauiana populista; en cambio el anglo francés ha hecho referencias más afines a Locke y Montesquieu (44).

El nuevo Código tiene sentidos diferentes si se lo ubica en las distintas concepciones. De cierto modo cabe afirmar que ha sido dictado durante un gobierno hispánico tradicional, pero su relativo progresismo, sobre todo en el ámbito familiar, le da alguna afinidad anglo francesa. La exclusión de la locación de vientres es una manifestación hispánica tradicional. Es posible que en ello haya intervenido el pensamiento católico.

En medida no descartable, las influencias humanas difusas corresponden al ámbito denominado *cultura*. Será necesario, por integración de las distribuciones y los repartos, el desarrollo de la *cultura del nuevo Código*.

La categoría *azar* (45) como causa de distribuciones requiere una especial aclaración. Si se la llega a entender en sentido radical como falta de causalidad, en lo “inmediato” debe ser especialmente provisoria. El avance de las ciencias debe mucho a la “superación” de la creencia en el azar. Sin embargo, es posible que el Universo haya surgido del azar (46). La creencia en la falta de causalidad “terrenal” encamina a la idea del milagro.

En países como la Argentina, la referencia a la causalidad inmediata suele ser muy débil, por ejemplo, en cuanto a la limitada consideración de la necesidad del esfuerzo. El Derecho pensado en el Código debe desenvolverse con gran *empeño*.

Los *repartos* son producidos por la *conducta* de seres humanos determinables. Se comprenden mejor cuando se atiende a sus *elementos*: repartidores (conductores), beneficiarios (beneficiados y gravados), objetos (potencias e impotencias), formas (camino recorridos para llegar a las decisiones) y razones (móviles, razones alegadas y razones sociales). Tal vez los aspectos más relevantes sean *quiénes* se quedan con las *potencias* y *las impotencias* que se adjudican, quiénes reciben vida y quiénes pierden vida. Para conocer estos despliegues vale saber quiénes reparten. Se suele decir que el que es parte y reparte se queda con “la mejor parte” (la asigna a quienes le convienen) (47).

También es importante tener en cuenta la *voluntad de protagonismo* de los repartidores.

En la juridicidad originaria del Código intervinieron como repartidores los legisladores y la presidenta de la Nación (48), con la forma donde actuaron además la Comisión Redactora (49), los 109

(44) Quizás quepa considerar una tensión entre las invocaciones más democráticas y más republicanas.

(45) Se pueden ver por ejemplo: Ferrater Mora, José, “Diccionario de Filosofía” con la colaboración de Joseph-Maria Terricabras, “azar”, Barcelona, Ariel, I, 1994, pp. 299 y ss.; Azar, Wikipedia, <https://es.wikipedia.org/wiki/Azar> [Fecha de consulta: 20/03/2016]. A veces vale relacionar el azar con la casualidad, que puede ser construida como falta de causa o ignorancia de la causa, en ciertos casos provocados (juegos de azar).

(46) Es posible consultar por ejemplo *Origins of the Universe*, The Geographic Project, <http://science.nationalgeographic.com/science/space/universe/origins-universe-article/> [Fecha de consulta: 21-03-2016]; Stephen Hawking, <http://www.hawking.org.uk/a-brief-history-of-time.html> [Fecha de consulta: 21-03-2016]; incluso “El famoso científico Stephen Hawking: “El Universo no fue creado por Dios”, RT Sepa más, <https://actualidad.rt.com/ciencias/view/16294-El-famoso-cientifico-C3%ADfco-Stephen-Hawking-El-Universo-no-fue-creado-por-Dios> [Fecha de consulta: 21/03/2016]; Lorda, José Luis, “Las tres explicaciones sobre el origen y la evolución del Universo”, Universidad de Navarra. Disponible en: <http://www.unav.es/cryf/tresexplicaciones.html> [Fecha de consulta: 21/03/2016].

(47) Ver Centro Virtual Cervantes, <http://cvc.cervantes.es/lengua/refranero/ficha.aspx?Par=58672&Lng=0> [Fecha de consulta: 05/04/2016]. Importa superar la parcialidad para lograr la imparcialidad.

(48) C. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

(49) Comisión de juristas designada por Decreto 191/2011.

juristas consultados (50), la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, y quienes participaron en las audiencias públicas (51). Datos relevantes son que los repartidores supremos del marco judicial son en parte los autores del anteproyecto del Código y que si bien ellos permanecen en sus cargos la autora de las reformas introducidas por el Poder Ejecutivo ya no ocupa la Presidencia de la Nación.

Es relevante que el Código comience haciendo referencia a los *casos* (artículo 1), conflictos acerca de repartos emergentes al fin de la juridicidad originaria. En los casos se busca la solución de problemas de la vida; la lógica y las consideraciones de valor son en relación con ésta.

La Codificación se inscribe muy significativamente en una tendencia a ampliar el papel repartidor de los jueces. El artículo 1 instala en los marcos del *neoconstitucionalismo* y la relativa constitucionalización, quizás *publicización del Derecho Privado* (52). El Código pone especial cuidado en lograr la atención a las razones como finalidades de las normas o leyes (artículos 1 y 2) y en su desarrollo para que las decisiones sean razonablemente fundadas (artículo 3). Se trata en medida considerable de una razonabilidad de principios y valores que en diversas medidas será construida por las distribuciones y los repartos. Los jueces y los principios y los valores se desempeñan y existen en relación con la economía, la religión, la lengua, la ciencia y la técnica, el arte, etc.

En cuanto a la juridicidad originaria cabe tener en cuenta que quizás el Código surja de una suficiente razonabilidad social. Se ha expuesto ya que su dictado se hizo con consulta a un amplio sector de especialistas y sus razones fueron plasmadas en un extenso documento (53). Sin embargo, el Poder Ejecutivo introdujo en el Anteproyecto reformas discutidas y se suele observar que en la sanción el oficialismo hizo valer su mayoría tal vez sin atender debidamente a deseos de las minorías (54).

Pese a ciertos enfoques como el del respeto al medio ambiente, en general la orientación social actual pretende hacer prevalecer los *repartos* sobre las influencias humanas difusas y principalmente sobre la naturaleza. El hombre occidental se piensa a imagen y semejanza de un Dios persona y creador que domina su creación, el mundo natural.

El Código Civil y Comercial nació y vive en un despliegue de repartos y distribuciones en esos sentidos, que es son imprescindibles tener en cuenta. En diversos aspectos, sobre todo en el marco de “las familias”, exhibe una tendencia fuerte a hacer prevalecer la cultura y la voluntad de las personas sobre lo que ha venido considerándose naturaleza. Esta orientación se inscribe, por ejemplo, en la atención que se brinda a la voluntad procreacional sobre la relación biológica (55).

(50) Con miras al Derecho Internacional Privado se convocó a un grupo integrado por los doctores Adriana Dreyzin de Klor, María Susana Najurieta, María Elsa Uzal y Marcelo Iñiguez. El grupo tuvo en cuenta, por ejemplo, el proyecto elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que elaboró el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado (Resolución del Señor Ministro N° 191 del 5 de abril de 2002) y el proyecto de Werner Goldschmidt.

(51) V. no obstante Laferriere, Jorge Nicolás (comp.) (2012). “Análisis del proyecto de nuevo Código civil y comercial. Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf> [Fecha de consulta: 29/03/2016].

(52) Se puede ampliar en nuestro artículo “Neoconstitucionalismo, finalidades, principios, valores y trialismo”, en: *La Ley*, 12/3/2016.

(53) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> [Fecha de consulta: 29/03/016].

(54) Es posible ver por ejemplo: Camisar, Osvaldo, “El Código Civil, una ley que requiere más debate”, *El Tribuno*. Disponible en: <http://www.tribuno.info/el-codigo-civil-una-ley-que-requiere-mas-debate-n448816> [Fecha de consulta: 28/03/2016].

(55) Se puede ver por ejemplo: “Voluntad procreacional” otro avance clave del nuevo Código”, *Télam*, 31/07/2015. Disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201507/114698-codigo-civil-paternidad-fertilizacion-asistida.html>

Los repartos pueden ser *autoritarios* o *autónomos*. Los repartos autoritarios se desenvuelven a través de la imposición y realizan el valor *poder*. Los repartos autónomos se desarrollan por acuerdo de los interesados y satisfacen el valor *cooperación*.

El Código se origina en una tendencia donde el despliegue de la autoridad de los grupos dominantes hace fuerte apertura a la autonomía. Una de las primeras invocaciones importantes que hace el Código a la autonomía de los interesados se encuentra al fin del artículo 1, cuando los faculta a referirse a los usos, prácticas y costumbres siempre que no sean contrarios a derecho.

Los repartos pueden presentarse en *orden* (denominado régimen) o *desorden* (llamado anarquía) que también se encuentran en la juridicidad originaria. El régimen realiza el valor orden y la anarquía el “disvalor” arbitrariedad. El orden puede producirse mediante el *plan de gobierno* en marcha, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los supremos criterios de reparto. La planificación suele expresarse en constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, resoluciones administrativas, etc. Cuando el plan está en marcha realiza el valor previsibilidad. La *ejemplaridad* se desenvuelve mediante el seguimiento de repartos considerados razonables y satisface el valor *solidaridad*. Se manifiesta de maneras principales en las costumbres, la jurisprudencia, los usos y las prácticas, donde encuentra espacio la “lex mercatoria” (56).

Las distribuciones y los repartos originarios plasman en el Código Civil y Comercial en un plan de gobierno considerablemente abierto a la ejemplaridad. La construcción del orden de repartos que pretende el Código se apoya en la planificación constitucional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. También en gran medida en las sentencias. La ejemplaridad aparece en los usos, las prácticas y las costumbres. Se brinda implícita importancia a la ejemplaridad de la jurisprudencia. Tal vez se busque camino a un orden supranacional promovido por los derechos humanos (57). Importa que en un mundo internacionalizado se haya incluido en nuestro Código Civil y Comercial el régimen jusprivatista internacional.

Aunque quizás se haya pretendido evitarlo, el Código sigue reflejando la primacía de las concepciones *centralistas*, podría decirse “porteñistas”, que tal vez encuentren equilibrio en su funcionamiento. En materia patrimonial se expresa un capitalismo atenuado y en el campo familiar se manifiestan la liberación de eros y la ubicación de las personas según las necesidades capitalistas, que avanzaron de manera notable. Los diversos modelos familiares pueden corresponder de modo significativo a los “lugares” que las personas tenemos en el capitalismo. En el ámbito sucesorio la planificación de la legítima muestra la continuidad de un rigor considerable y una importante atención a la familia “natural”.

El problema más importante del orden de repartos en el Código Civil y Comercial no está en lo que él dispone en cuanto a relaciones entre “ley” y “costumbre”, que en gran medida sigue el camino del Código Civil, sino en la sustentación que el propio Código obtiene en la juridicidad originaria, sobre todo en una sociedad con tensiones que pueden llevar a decisiones judiciales no ordenadas entre sí ni con el resto del Derecho. Cuando una sociedad inestable es regida por una legislación abierta como la que ahora rige es relevante contar con un alto grado de prudencia (58).

[Fecha de consulta: 05/04/2016]. En general se puede ver Lamm, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, en: *Revista de Bioética y Bioderecho*, 24, Barcelona: Universidad de Barcelona. Disponible en: http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD24_master.htm [Fecha de consulta: 05/04/2016]; Famá, María Victoria, “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en: *Academia*, 90, pp. 171 y ss. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/fama.pdf> [Fecha de consulta: 05/04/2016].

(56) Lugares intermedios entre la planificación gubernamental y la ejemplaridad los ocupan los gremios, las organizaciones no gubernamentales, etc.

(57) En relación con el Código anterior hay una fuerte “plusmodelación” de lo internacional y los derechos humanos.

(58) Chaumet, Mario y Meroi, Andrea A. (2008). “¿Es el Derecho un juego de los jueces?”, en: *La Ley*, 2008-D, pp. 717 y ss.

El orden de repartos puede cambiar en *revoluciones*, *evoluciones* y *golpes de Estado*. En las revoluciones varían los supremos conductores y los supremos criterios de conducción, en las evoluciones solo se modifican los criterios supremos y en los golpes únicamente se hacen diversos los repartidores supremos. Estos movimientos se generan también en la juridicidad originaria.

El Código plantea un proceso *evolutivo* donde los cambios de criterios recogen e incorporan modificaciones a la codificación civil “histórica” contenidos en diversas leyes anteriores e incluso en la jurisprudencia, a veces con criterios ya muy novedosos como el del matrimonio igualitario. Las novedades principales están en general en el Derecho de Familias.

Los órdenes pueden tener *subórdenes*. En lo espacial este Código es, nuevamente y ya de manera inevitable, una planificación nacional común, que pretende un solo suborden civil y comercial, para un país aún muy *diversificado*. Al tiempo de la organización nacional se debatió si los códigos de fondo debían ser nacionales o provinciales, pero la cuestión ha quedado resuelta de modo ya inmodificable con la adopción del criterio nacional. En el intento de considerar la complejidad del país es importante que la aplicación corresponda a los tribunales federales o provinciales según que las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones y también lo es que se trata de un código de finalidades, principios y valores.

Con miras al sostenimiento del orden es relevante atender a que el suborden civil y comercial se hace más consistente por su apoyatura en otros subórdenes, no solo constitucional o internacional, sino del trabajo, de la seguridad social, administrativo, penal, procesal, etc.

Los repartos y sus órdenes se desarrollan en ámbitos de factores de poder que forman *constituciones materiales* (59). Pueden encontrar en ellos *límites necesarios*: físicos, psíquicos, lógicos, sociopolíticos, socioeconómicos y vitales. Los límites vitales se producen cuando los proyectos de repartos y órdenes se refieren a cuestiones donde de cierto modo se juega la vida en sentido relativamente amplio (existencia física, familiar, laboral, etc.). En estos casos al momento del cumplimiento los proyectos se replantean, sea con resultados de cumplimiento o cambio.

En la juridicidad originaria y derivada del Código obraron y actúan factores referidos a condiciones biológicas, económicas, religiosas, etc. Dueños de la tierra, banqueros, industriales, trabajadores, consumidores, operadores de intereses sexuales y reproductivos, sectores religiosos, jueces, participantes en la elaboración del proyecto, etc. intervinieron e intervienen en tal carácter. A menudo esos factores están formalizados como personas humanas o jurídicas y con frecuencia tienen relaciones tensas entre sí. En relación con los resultados de esas vinculaciones se hace referencia a un “diálogo de las fuentes” (60). Normativamente se trataría de un diálogo desigual, porque la ley no puede alterar la primacía del bloque de constitucionalidad (61). En cambio, en los hechos los jueces e incluso los interesados primarios en los casos pueden tener fuerzas superiores a él.

(59) Cabe consultar por ejemplo: Lassalle, Fernando (1957). *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roces. Buenos Aires: Siglo Veinte.

(60) Es posible ver: Juzgado en lo Civil y Comercial N° 2, Tandil, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala 2, Causa N° 2-59596-2014, “Banco Industrial Sociedad Anónima c/ Suárez, Roque Ramón s/Cobro Ejecutivo”. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/06/Sentencia-24.pdf> 18-3-2016; Amaral, Alberto do Jr. (2009). “El “diálogo” de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo”, trad. Luciane Klein Vieira, en: *Academia*, 7, 13, pp. 71 y ss. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/13/el-dialogo-de-las-fuentes-fragmentacion-y-coherencia-en-el-derecho-internacional-contemporaneo.pdf [Fecha de consulta: 18/03/2016].

(61) Sobre el bloque de constitucionalidad, y de modo destacable las enseñanzas de Louis Favoreu y Germán Bidart Campos, ver por ejemplo: Abalos, María Gabriela, “Aportes a los nuevos derechos y garantías desde la jerarquización de los instrumentos internacionales en la interpretación jurisprudencial”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Disponible en: <http://aadconst.org.ar/wordpress/xxi-encuentro-de-profesores-de-derecho-constitucional/> [Fecha de consulta: 15/04/2016]; Rueda Aguilar, Dolores Lic., “El bloque de constitucionalidad en el sistema colombiano”.

En la construcción trialista que proponemos, la dimensión sociológica se desenvuelve en el curso de las *categorías* causalidad, finalidad “objetiva” (que “encontramos” en los acontecimientos), finalidad “subjetiva”, posibilidad, realidad y verdad. Todas menos la finalidad subjetiva se refieren a sus diversas manifestaciones (son “pantónomas”, pan = todo; nomos = ley que gobierna), de modo que como no somos omniscientes ni omnipotentes nos vemos en la necesidad de *fraccionarlas* produciendo *certeza* y *estabilidad*. El éxito de los repartos se produce cuando la finalidad subjetiva logra realizarse en las otras categorías. En relación con la finalidad objetiva, la vida es de cierto modo una permanente *resignificación*.

La Argentina es un país de frecuentes des-fraccionamientos, que producen reiteradas resignificaciones, a menudo recursivas en incertidumbres, inestabilidades e incoherencias. Esas variaciones son expresadas en despliegues inflacionarios, de revisión histórica, etc. La realización del Código depende del logro de niveles de certeza, estabilidad e incluso coherencia adecuados.

III. Conclusión

Todo despliegue normativo y toda referencia a la justicia han de atender a su inserción en la realidad social, especialmente los *terrenos* y los *caminos* por los que se espera ir haciéndolos realidad (62). Es relevante superar las coberturas normativas y referirse a la juridicidad fáctica, en medida muy relevante a la *juridicidad originaria*. La integración del tridimensionalismo, tridimensionalista trialista que proponemos es un valioso instrumento para el *desenmascaramiento* desde la misma juridicidad (63). La *dimensión sociológica* posee gran relevancia al respecto (64).

El Código Civil y Comercial ha de ser comprendido como un momento en un andar que le precede y le sucede. Vale atender a su juridicidad originaria. Importa tener en cuenta en sentido amplio la enérgica invitación de Ortega y Gasset “argentinos a las cosas” (65).

IV. Bibliografía

ÁBALOS, María Gabriela (2014). *Aportes a los nuevos derechos y garantías desde la jerarquización de los instrumentos internacionales en la interpretación jurisprudencial*. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Disponible en: <http://aadconst.org.ar/wordpress/xxi-encuentro-de-profesores-de-derecho-constitucional/> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

ACUÑA, Leonor (2011). “La lengua entre “dueños” y hablantes”, en: *Revista de Cultura, Literatura* N°. Disponible en: http://www.revistaenie.clarin.com/literatura/El_idioma_como_recurso_0_547745236.html

AMARAL, Alberto (2009). “El diálogo de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo”, en: *Academia*. pp. 71 y ss. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/13/el-dialogo-de-las-fuentes-fragmentacion-y-coherencia-en-el-derecho-internacional-contemporaneo.pdf [Fecha de consulta: 18/03/2016].

(62) Hay que evitar caer en los excesos abstractos y tener en cuenta que, como dijo el gran poeta, no hay camino, se hace camino al andar (Caminante no hay camino. Autor: Antonio Machado, <http://www.motivaciones.org/MOTIV003/ctosecaminantenohaycamino.htm> [Fecha de consulta: 22/03/2016]).

(63) El trialismo desenmascara *dentro* del Derecho, hay orientaciones críticas que lo hacen desde el exterior.

(64) Cabe hacer referencia a la idea de una novela escrita sobre un mismo argumento por autores distintos en capítulos sucesivos, que influyen unos en otros modificando los sentidos de razonabilidad o a la de una catedral en construcción cuyo estilo los constructores pueden ir cambiando (en relación con el tema es posible consultar por ejemplo: Dworkin, Ronald (1991). *El imperio de la justicia*, trad. Claudia Ferrari, Barcelona: Gedisa, pp. 166 y ss.; (1984). *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona: Ariel, pp. 153 y ss.).

(65) Cabe ampliar en nuestro trabajo *La Argentina, su vocación por lo abstracto* op. cit. Consultar además, “A 50 años de la muerte de José Ortega y Gasset. El pensador español que quería ser argentino”, en: Babelia y Clarín, 08.10.2005, Clarín.com, <http://edant.clarin.com/suplementos/cultura/2005/10/08/u-01018027.htm> [Fecha de consulta: 17/04/2016] (del texto de una conferencia pronunciada por el filósofo peninsular en La Plata en 1939).

- ARISTÓTELES (2007). *La Política*. Buenos Aires: Centro Editor de Cultura.
- BENVENISTE (1966). *Problèmes de linguistique générale*. París. I, II.
- BERTIL MALMBERG (1978). *El hombre en la lengua*. 7ª. ed. México: Siglo Veintiuno. Disponible en: <http://www.fcpolit.unr.edu.ar/lenguajes1/files/2014/06/73771667-Benveniste-De-La-Subjetividad-en-El-Lenguaje-en-El-Hombre-en-La-Lengua-Cap-XV.pdf> [Fecha de consulta: 16/04/2016].
- CAMISAR, Osvaldo (2016). *El Código Civil, una ley que requiere más debate*. Disponible en: <http://www.eltribuno.info/el-codigo-civil-una-ley-que-requiere-mas-debate-n448816> [Fecha de consulta: 28/03/2016].
- CERÓN GRIJALES, Rusell y otros. *Poder político y derecho en la teoría marxista. Un enfoque crítico-estructuralista*. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/7.pdf> [Fecha de consulta: 15/04/2016].
- CHAUMET, Mario y Otros (2008). “¿Es el Derecho un juego de los jueces?”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, pp. 717 y ss.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel (1976). *Derecho y política*. Buenos Aires: Depalma.
- FAMÁ, María Victoria (2012). “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en: *Lecciones y Ensayos*, pp. 171 y ss. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/fama.pdf> [Fecha de consulta: 05/04/2016].
- FERRATER MORA, José (1994). *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Ariel. I. pp. 299 y ss.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia y otros (2015). *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Astrea. t. I, pp. 1 y ss.
- GOLDSCHMIDT, Werner (1958). “*La ciencia de la justicia. Dikelogía*”. Madrid: Aguilar.
- (1978). *Justicia y verdad*. Buenos Aires: La Ley.
- (1987). *Introducción filosófica al Derecho*. 6ª. ed. Buenos Aires: Depalma, p. XVII.
- GUIBOURG, Ricardo A. (2004). *La construcción del pensamiento*. Buenos Aires: Colihue.
- LAMM, Eleonora (2016). “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, en: *Revista de Bioética y Bioderecho*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- LASSALLE, Fernando (1957). *¿Qué es una constitución?* Buenos Aires: Siglo Veinte.
- LIBERTELLA, Mauro (2016). “Controversia: ¿de quién es la lengua castellana?”, en: *Clarín, Cultura*. 15-04-2016. Disponible en: http://www.clarin.com/cultura/Controversia-lengua-castellana_0_1559244503.html
- LORDA, José Luis (2011). *Las tres explicaciones sobre el origen y la evolución del Universo*. Universidad de Navarra. Disponible en: <http://www.unav.es/cryf/tresexplicaciones.html> [Fecha de consulta: 21/03/2016].
- MARX y ENGELS (1848). *Manifiesto del Partido Comunista*. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/index.htm> [Fecha de consulta: 15/04/2016].
- NOTRICA, Federico y otros (2016). “Gestión por sustitución: nuevos fundamentos para una realidad insoslayable”, en: *Diario DPI, Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos* 9. Disponible en: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/04/notafallo-herrera-nro-9.pdf>

RUEDA AGUILAR, Dolores (s/f). *El bloque de constitucionalidad en el sistema colombiano*. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/88/Becarios_088.pdf

STAMMLER, R. (1929). *Economía y derecho según la concepción marxista de la historia*. Madrid: Reus.

WEBER, Max (1973). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. 2ª ed. Barcelona: Península.

Sitios web

DIARIO CLARÍN: “A 50 años de la muerte de José Ortega y Gasset. El pensador español que quería ser argentino”. Disponible en: <http://edant.clarin.com/suplementos/cultura/2005/10/08/u-01018027.htm> [Fecha de consulta: 17/04/2016].

Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/961/795> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

— <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1360/1556> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social: “Distribuciones y repartos en el mundo jurídico”. Disponible en: <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm> [Fecha de consulta: 15/04/2016].

— <http://www.centrodefilosofia.org.ar/bases/Bases.pdf> [Fecha de consulta: 30/03/2016].

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf> [Fecha de consulta: 29/03/2016].

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación. Disponible en: http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf [Fecha de consulta: 20/03/2016]

HAWKING, Stephen. “El Universo no fue creado por Dios”. Disponible en: <http://www.hawking.org.uk/a-brief-history-of-time.htm> [Fecha de consulta: 21/03/2016].

TÉLAM. Voluntad procreacional otro avance clave del nuevo Código, Disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201507/114698-codigo-civil-paternidad-fertilizacion-asistida.html> [Fecha de consulta: 05/04/2016].

TODO TANGO. Disponible en: <http://www.todotango.com/musica/tema/154/Cambalache> [Fecha de consulta: 20/03/2016].

WIKIPEDIA. <https://es.wikipedia.org/wiki/Azar> [Fecha de consulta: 20/03/2016].

Jurisprudencia

Juzgado de Familia nº 7 de Lomas de Zamora. “Banco Industrial Sociedad Anónima c/ Suárez, Roque Ramón s/ Cobro Ejecutivo”. “H.M. y otro/a s/ medidas precautorias (artículo 232 del CPCC) (419)”, Exp. Nº LZ-62420-2015, 30/12/2015.

Juzgado en lo Civil y Comercial Nº2, Tandil, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala 2, Causa Nº 2-59596-2014.

Fecha de recepción: 18-04-2016

Fecha de aceptación: 18-06-2016

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE DICIEMBRE DE 2016
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

