ANALES

DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Tomo LIII
Año Académico 2014

ISSN 0325-5425

Córdoba
República Argentina

EDITORES
INFORMACIÓN JURÍDICA

Las opiniones vertidas en los distintos artículos
son de exclusiva responsabilidad de sus autores

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2011, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)

IJ International Legal Group
Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 PB, Cap. Fed.
CP: 1010
TE: 5276-8001

Impreso en Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

Mesa Directiva (2013 - 2016)

Presidente: Juan Carlos Palmero
Vicepresidente: Julio I. Altamira Gigena
Secretario: Jorge de la Rúa
Tesorero: Armando S. Andruet
Revisor de cuentas: Efraín H. Richard
Director de Publicaciones: Luis Moisset de Espanés
Secretario Técnico: Christian G. Sommer

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba
Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar
REPÚBLICA ARGENTINA

EXPOSICIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO

Distorsión institucional para emprendimientos productivos (privatizaciones, abusos financieros y concursales avalados por los poderes públicos: aspectos interdisciplinarios) *

Richard, Efraín H.**

---

* *Conferencia pronunciada en sesión ordinaria el día 1° de abril de 2014.*

** *Académico de número y Director del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

Se ha sugerido ajustar las disertaciones el corriente año a "crisis institucional" o "aspectos institucionales quebrantados", como una forma de presencia de la Academia y sus declaraciones, individuales o colectivas, para considerar la realidad social de violencia física o jurídica en que parece vivimos. Iniciamos, así, el ciclo de crisis institucional o aspectos institucionales quebrantados. Se trata de temas de derecho hoy día ignorados en la práctica institucional (por los poderes del estado).

I- Como apuntamos en el Congreso Iberoamericano de Academias realizado a final del siglo pasado por esta Academia, la violencia y la falta de respeto al orden jurí-dico se ha instaurado en nuestro país y anticipábamos su incremento. Ahora, avizoramos que hasta el próximo recambio político se irán agudizando las manifestaciones de grupos, incluso pequeños, radicalizados, que sin duda se incrementarán frente al cambio. Solo una reacción colectiva pacífica de lo que está bien y lo que está mal, y no el refugio individual, tendrán alguna chance de mitigar la situación. Claro que, para ello, se debe trabajar a largo, mediano y corto plazo en acotar, sino eliminar, las marginaciones sociales, con inclusión económica y cumplimiento de la ley -particularmente para los delitos de cuello blanco-. No podemos pensar a corto plazo. Pero nos olvida-mos rápidamente de escándalos que costaron millones al país como los galpones no construidos en Tierra del Fuego o el reciclado de importación-exportación de oro.

Pero a esa realidad social se une un pertinaz y continuado (pese a cambios políticos), de distorsión de bases de convivencia en la legalidad, falta de objetivos nacionales de cierta permanencia que permitan la planificación, y de un desinterés sobre el rol del capitalismo productivo, al margen de los grados de estatización que fije el gobierno elegido. En cambio, ha existido una preponderancia de atender al capitalismo financiero y al capitalismo prebendario, cortoplacista y antisolidario.

Aportamos sobre ello en el corto tiempo de estas comunicaciones.

1. En primer lugar, sobre las políticas de Estado sobre privatizaciones, ligadas al capitalismo financiero y al prebendario.

Cuando estaban por vencer las concesiones estatales en muchos países del mundo después de la segunda Guerra Mundial y en nuestro Tesoro las reservas eran más que abundantes, una política financiera internacional, prebendaría, convenció a los gobiernos a estatizar lo que en un par de años debían obtener por caducidad de las concesiones, inclusive entregando los bienes impecables, lo que no ocurrió frente a la expropiación.

A fines de los 80, se convenció a muchos gobiernos de que la deuda externa podía pagarse con privatización de empresas estatales con clientes cautivos. El caso de Bell Telephonic de Gran Bretaña fue el primer ejemplo, rápidamente seguido en otros países.

Ocurrió fervorosamente en Argentina, alentada por el capitalismo financiero, pero el capitalismo prebendario nacional, favoreciendo al foráneo, logró que se pagara al Estado con los propios bienes o con el endeudamiento de las empresas privatizadas donde participaba el Estado y los obreros. Estafas gigantescas sin investigación, donde quedaron descapitalizadas e inoperables, perjudicando a acreedores, socios, clientes y al Estado que las auxilió. Es una maniobra de *leveragge buyo ut*, ilícita en nuestro país.

Correlativamente y aumentando el desfalco con el correr del tiempo y de los sucesivos gobiernos, se las subsidió y no se controló el cumplimiento de las concesiones, mientras oscuramente se aumentaba la deuda externa con el mismo aplauso que varios años después se escuchó cuando se intentaron desconocer esas obligaciones del Estado.

Se levantaron quiebras, se otorgaron mayores plazos, se vació, se expropió… Las cuestiones se suceden cinematográficamente durante los últimos veinticinco años hasta la fecha. El Estado ha dejado pasar impertérrito las oportunidades jurídicas para corregirlo, solo lo intentó y logró una provincia, aunque ignoro si se ejecutó la resolución de la Corte.

Más adelante, haremos referencia a las sociedades concesionarias y lo establecido en la ley de sociedades para evitar que operen dañando.

El endeudamiento externo bien gracias, con matices y denuncias de diversos delitos, se ha ido incrementando -con dificultosos impases y ajustes-, y ante esfuerzos por recuperar crédito e inversiones, las respuestas son negativas, particularmente por la inseguridad jurídica.

Además, por la conducta social de los propios argentinos que tratamos, a continuación.

2. Tomamos como referencia los escándalos en Buenos Aires y Córdoba de las eufemísticamente llamadas mesas de dinero que comportan grandes movimientos de cheques y dinero, nacional y divisas extranjeras, al margen del sistema oficial -no autorizadas por el BCRA y realizando operaciones prohibidas por tanto-. Esto es claramente actividad financiera ilícita, sustrayendo dinero de los canales productivos -aunque un poco se aplique a ellos, pero con anticompetitivos costos- y al pago de impuestos que es lo que sostiene al Estado y a la ciudadanía -al margen de las críticas que se haga a las políticas de eficiencia-.

Pero el tema cobra mayor envergadura para las sociedades que aparentan estar constituidas en el extranjero y logran hacer negocios en la Argentina gracias a un operador o por modalidades para transferir ilegalmente divisas al extranjero. Varias quiebras con resultados difusos generaron mucho daño en los que pudieron presentarse a reclamar el daño.

Se trata de lo que llamamos *indirect doing business*, aprovechando la electrónica para simular operaciones como hechas en el extranjero y directamente por el ciudadano local, normalmente la apertura de una cuenta y el depósito en efectivo de una cifra millonaria. Hemos explicado cómo se hace esta operación; es más que común, se sigue haciendo y ha vaciado al país.

Ambas actividades son ilícitas, debidamente probadas, como acaecería en el caso actual cordobés y encuentra aplicable una salida fácil y contundente. El art. 19 de la Ley de sociedades argentina.

Merece una breve explicación: su oficiosidad, retiro del mercado, responsabilidad de administradores, y también de socios con responsabilidad limitada si no acreditan su buena fe.

Y como COLOFON DE ESTE PUNTO, los Gobiernos se dedican al salvataje de los Bancos, sin mirar si han colaborado clandestinamente con esa actividad ilícita, y sin tomar acciones el G9 contra los tax haven -donde hay más dinero improductivo que en los circuitos productivos y donde todos los días quiebra un fondo o un Banco-, pues no pasan de generar convenios de información, particularmente USA, y es de público y notorio que todas las transacciones entre y a los paraísos fiscales, clandestinas, pasan por un banco muy conocido situado en New York, con varias sanciones de la SEC.

Así, lo venimos informando y recientemente en "HAY QUE LARGARLE LOS PERROS" (Foro 165, pág. 31) -incorporado a la página de la Academia- se relató la queja Fiscal porque la Corte no hizo lugar a un pedido de quiebra de un Banco que había logrado un concurso en Caimán, SIN DARSE CUENTA DE LA POSIBILIDAD DE APLICAR EL ART. 19 LS en forma oficiosa. Es el caso de BII CREDITANSTAL S.A. Pero también otros han estado en esa situación, motivando importantes desgastes jurisdiccionales imprecisos: Banco Extrader S.A. Extrader Bursátil S.A., Banco General de Negocios S.A. y Compañía General de Negocios S.A., Banco Mayo Cooperativo Limitado, Forex S.A. y Curatola y Asoc. SA, entre otros.

El caso Bustos y el pedido de Zaffaroni es un ejemplo de la inactividad institucional, las que se suman las 20 órdenes de allanamiento en el caso Propyme S.A. Veremos cómo termina este asunto, pero sin duda no se aplicará el art. 19 LS.

Se me ocurre, que casos como el de la financiera de Córdoba, que no conozco, en vez de aplicar esta solución, terminará en concurso, con pocos acreedores y con muchas quitas…. Y así, arrancamos el próximo capítulo. Esto, por cuanto al no ser una entidad financiera, no se le aplica el sistema de liquidación prevista en la Ley de Entidades Financieras, sino que pueden ocurrir al Juez del Concurso aplicando la ley de Concursos y Quiebras. En estos casos, es muy posible que los acreedores que no puedan justificar sus tenencias frente a la AFIP prefieran no verificar y, como la con-cursada podrá intentar cobrar todos sus créditos, quizás termine logrando importantes quitas y esperas, pese a que su patrimonio haya sido saneado sin necesidad de ellas, por la limitación de acreedores concurrentes. Es lo que un penalista cordobés ha lla-mado "plan de insolvencia". Además, la tolerancia para estas prácticas es notable… incluso en la aprobación de acuerdos concursales con la participación de cesionarios y sin plan alguno. Podemos dar ejemplos, si se nos requieren…

3. Ahora, en consonancia, nos referiremos a lo que considero escándalos concursales, con clara violación o fraude a la ley societaria generada por las quitas que se proponen, se acuerdan por mayoría y sorpresivamente se homologan.

El 54.2 LCQ impide homologar si media abuso de derecho o fraude a la ley. La jurisprudencia se esfuerza en tal sentido en determinar si la

quita más la espera no constituye un despojo a los terceros que no intervienen, lo que puede ser aceptable en un concurso de una persona individual, pero absolutamente inaceptable en el concurso de una sociedad.

Nos explicamos. Al margen de las previsiones de los arts. 1, 2 3 y 20 del C.C., existe un aparente desconocimiento -en los concursos de sociedades- de la ley societaria regula la función de garantía del capital social centralmente en los arts. 94.5, 96 y 99; las soluciones en el derecho comparado son similares, incluso más estrictas, y han sido consideradas por los autores más defensores de la autonomía de la voluntad como imperativas de orden público.

Existe un divorcio doctrinal y jurisprudencial, una ceguera (¿?) en la aplicación de normas imperativas de la ley societaria argentina en el concurso preventivo o acuerdos preventivos extrajudiciales de sociedades.

En relación a las sociedades, debe distinguirse entre la insolvencia o falta de patrimonio activo para atender el patrimonio pasivo (insolvencia patrimonial para la doctrina española), de la cesación de pagos que se genera por un activo corriente me-nos al pasivo corriente (insolvencia financiera para esa doctrina), sin que exista la anterior situación de insolvencia o sea patrimonio neto negativo o neutro, que revela la pérdida total del capital social, y sin que se aduzca razón alguna de su transitoriedad.

La ley de sociedades tiene un sistema imperativo para asumir la insolvencia de esas personas jurídicas, justamente la pérdida del capital social.

Esta es la base normativa de la atención de la crisis de las sociedades que, en casos, puede tener aplicaciones ambiguas pero que, en ningún caso, pueden llegar al abuso de derecho, o peor aún un fraude a la ley.

Ante ello, la quita en la propuesta, o en el acuerdo logrado por mayoría implica cuando menos un abuso de derecho, si la sociedad solo está en cesación de pagos, y un fraude a la ley, si se ha perdido el capital social. En ambos casos, la judicatura no debería homologar tal abuso o fraude generado por administradores y socios.

Es excelente el análisis que realiza indirectamente del tema Alejandro Ignacio Fiorenza[1]: "La sociedad siempre debe liquidarse *in bonis*".

[1] "El fideicomiso ante la insolvencia patrimonial y su liquidación en la Ley N° 24.441, ¿es la mejor alternativa?" 2° parte, en Semanario Jurídico, Fallos y Doc-

El Título Preliminar del C.C.C., art. 10, ahonda en el abuso de derecho y, en su 2° párr., agrega: "*La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlo o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*". A ello, debe agregarse el párr. 3° que impone un activismo judicial: "*El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*". Fuera de la indemnización, nada se agrega a lo que resulta de las actuales normas[2]. En el caso el derecho de proponer quitas implica un real abuso de derecho frente a la obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad[3] de no liquidarla, conforme previene imperativamente el art. 96 LS.

Cuidemos los asesores económicos y jurídicos, al instrumento maravilloso de la organización empresarial que es la sociedad y evitemos que pueda responsabilizarse a administradores y eventualmente a los socios por su obrar contrario a la ley.[4] Debe evitarse caer en el negocio del concurso, como señala Daniel Truffat, en los Congresos Internacionales.

Si no se reintegró o capitalizó por los socios o terceros, que impone el art. 96 LS para evitar liquidación y responsabilidad, la capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio -sin indemnización- de quita y espera, para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación, y a esto han tendido actitudes en USA y normas como en la reforma del 2014 en España; pues a la comunidad, al país, a trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes son los titulares del capital social. No puede aceptarse que se enriquezcan los que se marginaron del sistema societario para afrontar el problema.

trinas, 6 de marzo de 2014, año XXXV, N° 1945, Doctrina pág. 305, especialmente pág. 310.

[2] "Sobre el título preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial" en El Derecho, Buenos Aires, vier-nes 5 de abril de 2013.

[3] FIMMANO, FRANCESCO, "L' allocazione efficiente dell' impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci", en Revista delle società, 2010, págs. 57 y ss.

[4] ¡Más justicia y menos juicios! Conservación de la empresa y preconcursalidad societaria. Publicado en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa* (DCCyE, Editorial La Ley) Año IV, N° 1, Febrero 2013, pág. 3.

En una visión congruente con las previsiones de la "Responsabilidad social corporativa" -y porque no extenderla a una "responsabilidad social pública y privada"-.

Es importante que la judicatura tenga bien presente estas bases para imputar la reparación de daños, sobre todo las conductas del "capitalismo donatario", que no asume la acción de conservación de la empresa, intentando transferir los daños a terceros acreedores a los que quizás se manda a la quiebra. La insolvencia societaria impone la reintegración o aumento del capital social. La cesación de pagos es un problema menor, con múltiples soluciones, inclusive concursales, pero en cuyo uso no puede haber abuso en perjuicio de los acreedores.

Se trata de devolver al Derecho Comercial su "viejo corazón": la buena fe y la inmediatez en asumir y resolver los problemas, para asegurar la funcionalidad de los negocios y el cumplimiento de los contratos.[5] Así, se atraen capitales.

No pueden homologarse alegremente acuerdos de quitas en concurso de sociedades, generando un negocio para los propietarios de la concursada, como bien ha señalado Daniel Truffat, en comunicaciones a Congresos internacionales y lo he citado.

En DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN "OBITER DICTUM" DE LA CORTE[6] relatamos que, en fallo del 20 de octubre de 2009, la Suprema Corte de Justicia acogió planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de "Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/concurso preventivo", expresando un "obiter dictum" contundente en párrafo del voto mayoritario con la afirmación: "El

[5] Hace varios años trabajamos sobre ello: *Insolvencia societaria*, cit. pág. 71: "La insolvencia del Estado genera costos adicionales, de previsiones financieras o de pagos a lobistas, cuando no una corrupción trasnacional, apoyada por paraísos fiscales que receptan esos fondos pese a las normas sobre lavado de dinero… Dijimos que es tiempo de volver al viejo corazón del derecho comercial, a los usos y costumbres a través de la ética tomando como criterio de ello al significado primitivo, conforme a la distinción aristotélica… Solo pueden acotar esa proyección una actitud sólida, ética y solidaria, de audacia de los seres humanos basados en los principios de igualdad de oportunidades, justicia y respeto al prójimo, que resuciten el rol del derecho ante el libertinaje económico y el utilitarismo egoísta. Alvin Toffler señalaba que en este cambio la rivalidad no será entre capitalistas y marxistas o ricos y pobres, sino entre *rápidos y lentos*…".

[6] Publicado en *Zeus Córdoba* Nº 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 16, págs. 85-90, y en Editorial Zeus Revista Nº 11, tomo 113, Rosario 13 de julio de 2010, pág. 561.

proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores". El calificar al concurso como "última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos", reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente y, fundamentalmente, a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley específica.

La meditación que fluye es que -ante la afirmación de la Corte en su obiter dictum en el caso Comercial del Plata- la sociedad que se concursara sin intentar los remedios societarios de bajo coste -asegurando la continuidad de la empresa y del em-pleo, aunque pueden comprometer parcialmente la titularidad de las participaciones sociales-, si intentara la homologación de un acuerdo de quita y espera se debería encontrar con una tacha inicial, metódica, de abusividad, y quizás de fraude, imponiéndose la capitalización.

Intento una presentación en el seno de la Academia que mueva los aportes interdisciplinarios, que se corresponden a muchas especialidades como apuntamos al notable informe del camarista Edgar Baracat, en Congreso Nacional de Derecho Procesal, en relación a nuestra posición que destaca como una corriente doctrinaria diferente de la tradicional "concursalista" -que a su vez tiene muchos y diferentes matices-. *En épocas de crisis financiera, que pese a algunos pronósticos políticos ha comenzado a contaminar el país, nada mejor que la aplicación estricta del sistema jurídico para evitar la actividad financiera ilícita, y concursos amañados por desconocer la normativa aplicable.*

Por otra parte, las normas sobre patrimonio social, sea su pérdida total o su insuficiencia para el cumplimiento del objeto (arts. 94.5 y 94.4 LS) se evidencian en casos de sociedades que desarrollan actividades de interés público bajo el control total o parcial del Estado.

"En los tiempos que corren, el pensamiento procesal civil nacional se encuentra bifurcado entre dos corrientes de signos diversos y hasta diríamos que antagónicos, a los que se ha dado en llamar activismo judicial y garantismo procesal".[7] En realidad el tema es más grave en materia comer-

[7] PEYRANO, JORGE W. Sobre el activismo judicial en libro AAVV "Activismo y garantismo procesal", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales

cial, donde el incumplidor aparece amparado por un hipergarantismo, con criterios ultraprocesalistas y una suerte de venda para ver la integralidad del problema, y las normas a aplicar frente a la actividad ilícita y en las crisis de sociedades. Quizá el referido 3° párr. del art. 10 del Proyecto C.C.C. lleve a sacudirse la venda, estimulando las inversiones y al capitalismo productivo, fomentan-do las organizaciones que no generen daño con su actuación.

ADENDA:

Interesado en conocer opiniones de los Miembros de la Corporación invité al análisis de dudas u opiniones contrarias ante lo escueto de la comunicación ceñida a 30 minutos. No las hubo en la mesa y señalé eufemísticamente "el que calle otorga".

Levantada la mesa, advertí una crítica genérica, emotiva, sobre que sería absurdo aplicar las normas sobre pérdida del capital social cuando el Estado impide ac-tualizar partidas del pasivo y pone en causal de disolución a patrimonialmente sólidas sociedades.

Lamento que esa observación, tan atinada, pero que no modifica ninguna de las conclusiones formalizadas, no se hubiera hecho en la Mesa, pues me hubiera permitido recordar algunas anteriores intervenciones:

a. El año pasado, hablé en la Academia sobre "PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y CONCURSO DE LA SOCIEDAD" -a publicarse en Anales, pero ya disponible en www.acaderc.org.ar), donde apunté con citas: "No existe plazo para remover la causal (art. 96 LSA) o iniciar la liquidación, pero la responsabilidad nace en forma inmediata (art. 99 LSA), y la obligación de resarcir está ligada a la existencia de daño. Si hay "recomposición" del capital social o su reintegración o aumento desaparece todo problema aunque hubiere demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores. Si esa recomposición no se decide y continúa operando la sociedad, la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación o si aprobaron un balance donde se registrara la pérdida del capital social, si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos, incluso los que resultan afectados por quitas[8] y esperas en un proceso concursal.[9] Resaltando la cuestión y trans-

de Córdoba, Córdoba 2009, pág. 11.

[8] La quita es una propuesta esencialmente poco equitativa desde el momento que

firiendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que: "…parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima -o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente".[10]

b. En el ensayo "EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)"[11], también disponible en www.acaderc.org.ar, acotaba: "Por eso hemos ponemos acento en la causal de disolución de pérdida del capital social que -pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación- dispara la responsabilidad de administradores -y quizás de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. En ese sentido, se sostiene[12] que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital so-cial, porque puede apreciar revertirla con las operaciones en curso".

implica una transferencia de riqueza del acreedor al deudor, a título gratuito-RICHARD, EFRAÍN HUGO: "¿Capitalismo de reposición vs. Capitalismo donatario?"en Doctrina Societaria y Concursal" Errepar (DSCE), Tomo XXIII, pág. 933, setiembre 2011, y el consecuente enriquecimiento del segundo a costas del empobrecimiento del primero, quien no solo ejecutó una obra, prestó un servicio, dio en locación un bien o entregó bienes sin recibir nada a cambio, sino que además, ve reducida su pretensión creditoria no solo por la quita de marras, sino por la suspensión de los intereses moratorios y la no consideración de intereses compensatorios por la financiación, ni actualización, que en la mayoría de los casos conlleva la propuesta de espera.

[9] Nto. "Los administradores societarios y la insolvencia" en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo I pág. 1449.

[10] BELTRAN SANCHEZ, EMILIO. "La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución", en BOLAS ALFONSO, JUAN (dir.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, pág. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo: "5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad".

[11] Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO) 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

[12] FOURCADE, ANTONIO. "Sociedades comerciales. Parte especial", Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114.

Y no hay duda de que ello es posible, el balance aprobado como declaración unilateral de verdad de la sociedad que revela la pérdida del capital social podrá contener Notas sobre infravaluación del activo o de negocios en curso. Sin duda, merecerá tal punto explicarse en la Memoria -si fuera el tipo de sociedades en que el órgano de administración debe presentarla al órgano de gobierno-. El objetivo es no dañar y, si hay patrimonio suficiente, no hay daño.

c. No se me diga que las posiciones expuestas caen ante casos en que el activo no puede actualizarse o por ser transitorio el patrimonio neto negativo, la sociedad deba necesariamente liquidarse. Justamente, los socios -y los administradores- podrán decidir continuar los negocios -como lo acabo de explicitar-. Si es de buena fe esa apreciación y cumplen con todas sus obligaciones, ninguna responsabilidad nacerá y la aplicación de la norma liquidatoria devendría en un excesivo rigor formal. Claro que la cuestión cambiaría, si luego esa sociedad se concursa e intenta gestionar una quita.

d. Cerramos con atinadas afirmaciones de nuestro Presidente: "¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la savia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?".[13]

Como verán, el diálogo, las divergencias y el saber escucharse generan un enriquecimiento de toda cuestión y, sobre todo, de las ciencias jurídicas como instrumento de paz, convivencia y equilibrio.

[13] PALMERO, JUAN CARLOS. "Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica incial. Como entender el nuevo régimen concursal" en Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización", Ed. Advocatus Córdoba noviembre 1995, pág. 17.

20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino*

Hernández, Antonio M.**

---

* *Conferencia pronunciada en sesión ordinaria el día 17 de junio de 2014.*

** *Profesor Titular Plenario de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba, Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Ex Convencional Constituyente de la Nación.*

Introducción

El federalismo argentino se caracteriza por una fuerte tendencia a la centralización, más allá de lo dispuesto por la Constitución Nacional, que especialmente a la luz de la última reforma constitucional de 1994, ha intentado profundizar la descentralización del poder.

Nos hemos ocupado de señalar la distancia existente entre el federalismo "normativo" y el "real", vigente o sociológico y la necesidad de producir un avance en esta materia, para dar cumplimiento a los mandatos, principios y valores de nuestra Ley Suprema.

Estamos convencidos de que Argentina podría consumar un enorme avance institucional, político y social, si se hiciere realidad el proyecto federal de la Constitución.

En este trabajo, explicitamos algunas de las propuestas antes formuladas en nuestras obras anteriores: "Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994" (Depalma, Buenos Aires, 1997); "Federalismo y Constitucionalismo Provincial" (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009) y "Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario" (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012) y agregamos otras más, para tratar de comprender la máxima cantidad de aspectos de esta compleja temática.

Las 20 propuestas no son taxativas ni hemos formulado un orden de importancia de ellas, destacando asimismo, que existen profundas interrelaciones entre las mismas.

I. Cumplir los principios del sistema republicano y federal de la Constitución Nacional

Es necesario mejorar nuestra calidad institucional, mediante el cumplimiento de los principios y normativa de nuestro sistema republicano y federal, establecidos en la Constitución Nacional. En este sentido, debe superarse la anomia que padecemos, como expresión de nuestros problemas en materia de cultura democrática, política y constitucional.[1]

[1] Véanse las obras "Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica", de ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, DANIEL ZOVATTO Y MANUEL MORA Y ARAUJO, editado en Méjico por la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Idea Internacional y la Asociación Argentina de Derecho

Entre las medidas que hemos propuesto al respecto[2], es menester poner el énfasis en la educación cívica y democrática, asentada en los valores y principios de la Constitución Nacional, tal como lo dispone la Ley N° 25.863, que también se incumple.[3]

Existe la necesidad imperiosa de consolidar el buen funcionamiento de los sistemas republicanos, con división y equilibrio de poderes, para el logro de sociedades abiertas y democráticas con una elevación de la cultura constitucional y de la legalidad.

Tal como lo hemos afirmado[4], hay una convergencia de objetivos entre el sistema republicano como forma de gobierno y el federalismo como forma de estado: asegurar la libertad y los derechos de los hombres y limitar el poder. Allí, reside la interacción entre ambos términos.

El sistema republicano tiene entre sus caracteres el reconocimiento de la libertad e igualdad de los hombres y la división horizontal de poderes, como lo sostuvieron Locke y Montesquieu. El federalismo -como una forma de descentralización del poder que solo se concibe en un régimen político democrático-, acerca el poder a los ciudadanos y asegura doblemente sus derechos, además del control respectivo entre ambos órdenes gubernamentales, como expresara Madison. [5]

Constitucional, 2005 y "Segunda Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica", de ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, DANIEL ZOVATTO Y EDUARDO FIDANZA (Comps), Eudeba, Buenos Aires, 2016. Y en cuanto al estudio de la anomia, obsérvese el libro de Carlos Santiago Nino, "Un país al margen de la ley", Emecé, Buenos Aires, 1992.

[2] En nuestra obra "Fortalezas y Debilidades constitucionales…", antes citada (págs. 158 y ss.).

[3] La Ley fue sancionada en 2003 por el Congreso de la Nación y promulgada el 8 de enero de 2004 por el Presidente de la República. Se declaró al 1º de Mayo como Día de la Constitución Nacional y se dispuso la enseñanza de la misma en los diversos niveles educativos. La norma fue una iniciativa de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, que presidíamos.

[4] ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, "Federalismo y Constitucionalismo provincial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, Cap. IX, "Gobierno legislativo y ejecutivo en los países federales", págs. 283-284.

[5] "En una república unitaria -decía James Madison en El Federalista, Nº 51- todo el poder cedido por el pueblo se coloca bajo la administración de un solo gobierno, y se evitan las usurpaciones dividiendo a ese gobierno en departamentos separados y diferentes. En la compleja república americana, el poder de que se desprende el pueblo se divide primeramente entre dos gobiernos distintos, y luego la porción que corresponde a cada uno se subdivide entre departamentos diferentes y separados. De aquí surge una doble seguridad para los derechos del pueblo. Los diferentes gobiernos se tendrán a raya unos a otros, al propio tiempo

Vigorosas autonomías provinciales y municipales presuponen una participación activa de los ciudadanos para tener buenos gobiernos y, además, conllevan una limitación del poder del gobierno nacional.

II. Terminar con el hiperpresidencialismo

Para nosotros, resulta fundamental afirmar la tendencia hacia presidencialismos atenuados, racionales y controlados, que se observa en las reformas constitucionales producidas en América Latina, incluida la nuestra de 1994.

No dudamos que una vigencia plena de la Constitución Nacional -como lo hemos sostenido insistentemente-, significará una más que notoria atenuación del hiperpresidencialismo.[6]

El fortalecimiento del Congreso y del Poder Judicial en sus funciones de control resultarán determinantes para el logro de tan importante objetivo, como así también el efectivo funcionamiento de las autonomías provinciales y municipales, como controles verticales del poder.

Pero esto conlleva la necesidad de producir trascendentes cambios legislativos e institucionales, entre los que se destacan los vinculados a los decretos de necesidad y urgencia, a los superpoderes en materia de administración financiera, a la finalización de la legislación de emergencia, etc.[7]

La complejidad del problema del hiperpresidencialismo en sus aspectos "corporativos"[8] y "delegativos"[9], requerirá inteligencia, alta dosis de docencia y gran determinación política para impulsar los cambios imprescindibles, ya que deberán afectarse intereses de poderosos sectores políticos, sindicales y empresariales.

---

que cada uno se regulará por sí mismo". ("El Federalista", HAMILTON, MADISON, JAY, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2006, págs. 221-222). Por eso, Loewenstein señalaba el control vertical del poder existente en el federalismo.

[6] Para un análisis de esta cuestión, véase ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, en el Cap. XVII, "El Poder Ejecutivo", en el Tomo II de la obra "Derecho Constitucional", La Ley, Buenos Aires, 2012, ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (Dir.).

[7] Hemos estudiado estos temas en la obra colectiva que dirigimos "Derecho Constitucional", 2 Tomos, La Ley, Buenos Aires, 2012, específicamente en el Cap. XVII de nuestra autoría sobre "Poder Ejecutivo".

[8] Como lo estudiara Carlos Santiago Nino en su obra "Fundamentos de derecho constitucional", Astrea, Buenos Aires, 1992.

[9] Según el conocido análisis efectuado por el politólogo Guillermo O•Donnell.

Habrá que demostrar un especial valor para desmontar sistemas de privilegios corporativos y de corrupción, que han herido los principios de nuestro sistema republicano y del estado constitucional y democrático de derecho.

Es evidente que, como resultado de las elecciones del 2015, se ha terminado la hegemonía política anterior del peronismo y la nueva conformación de la Presidencia y del Congreso, además de lo ocurrido en los gobiernos subnacionales, indican que ha comenzado un tiempo distinto, caracterizado por el diálogo y las negociaciones, que nos alejan del hiperpresidencialismo que hemos soportado.

III. Fortalecer el rol federal del Congreso y del Senado de la Nación, en particular

Podemos señalar que, en ambas Cámaras -en una valoración institucional general-[10], no ha existido una adecuada defensa de los principios federales y de los intereses regionales y provinciales, ya que han primado las políticas fijadas por los Presidentes y los partidos políticos, que en no pocas oportunidades han tendido a la centralización del poder.

Esto es muy grave en particular para el Senado, que es un órgano federal por antonomasia.[11] Así lo expresó con particular elocuencia en esa

[10] Que importa dejar a salvo el accionar de Legisladores y partidos que actuaron con otros criterios, y que por razones de brevedad no podemos analizar.

[11] Desde lo doctrinario, véanse entre otros estudios al respecto, PEDRO J. FRÍAS, "Introducción al derecho público provincial", Buenos Aires, Depalma, 1980, págs. 96 y ss.; los 2 Dictámenes del Consejo de Consolidación de la Democracia, el Preliminar de 1986 y el Segundo Dictamen de 1987, publicados por Eudeba, Buenos Aires; JORGE DOUGLAS PRICE Y CARLOS ROSENKRANTZ, "Las cuestiones del federalismo. Análisis de la reforma constitucional desde la perspectiva del federalismo comparado", CFI, 1993, Tomo 1, págs. 90 y ss.; EDUARDO LUNA, "Congreso y Control", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007; GUILLERMO BARRERA BUTELER, "Aspectos políticos del federalismo", punto 3, "El Senado desvirtuado" en el libro "Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino", ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (Dir.), Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, págs. 282 y ss.; PABLO GARAT, "El presidencialismo terminará con el federalismo", en Revista Civilidad, Edición Nº 33, agosto 2013, págs. 8 y ss. y ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, "Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994" y "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", obras ya citadas, además de "Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino" en el libro "Aspectos históricos y políticos

propia Cámara, Alfredo Palacios:[12] "Soy representante de la capital de la República. He nacido en esta urbe fastuosa y cosmopolita que ignora el dolor argentino, la desolación de la tierra yerma y la tragedia de los hombres de los eriales desiertos y silenciosos (…) Hemos de resolver el encadenamiento de problemas planteados por provincias pobres, sin mezquindades ni regateos, pues de otra manera conoceremos a las provincias como organizaciones políticas, pero ignoraremos a las regiones que tienen características sociales étnicas propias". Y luego, propuso que los senadores de las provincias del interior asumieran su condición de defensores de esas regiones.[13]

No obstante de que la reforma de 1994 introdujo importantes cambios en el Senado, en su forma de elección, integración, término de mandato y competencias, todavía no se observó un adecuado cumplimiento de dicho rol federal y de defensa de las autonomías provinciales.[14] Recuérdese en particular que se ha determinado que este cuerpo sea la cámara de origen en las leyes de coparticipación impositiva[15] y en las destinadas al crecimiento armónico de la Nación, al poblamiento de su territorio y a la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.[16]

Tal como lo dijimos anteriormente, la cuestión se vincula a nuestro sistema político, donde las decisiones se toman principalmente por el Presidente con el apoyo de los Gobernadores provinciales, que influyen en los respectivos Diputados y Senadores de la Nación.

Un ejemplo notorio es el tratamiento de los temas de coparticipación impositiva y de responsabilidad fiscal de las provincias -de especial importancia para nuestro federalismo-, ya que en lugar de un debate am-

del federalismo argentino", editado por el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, bajo nuestra Dirección, Córdoba, 2009.

[12] En la Sesión del 27 de agosto de 1941.

[13] En su publicación "Pueblos desamparados. Solución de los problemas del noroeste argentino", KRAFT, Buenos Aires, 1944. Por nuestra parte, desde hace tiempo sostenemos lo propio, promoviendo el accionar conjunto de los legisladores federales para fortalecer las regiones.

[14] Véase ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", obr. cit., Cap. III "El federalismo en la reforma constitucional de 1994", en el Punto "Aspectos institucionales y políticos del federalismo", 3. "El Senado y su rol federal", págs. 64 y ss.

[15] Como lo establece el art. 75 inc. 2 de la Constitución Nacional.

[16] Como lo establece el art. 75 inc.19 de la Constitución Nacional.

plio, transparente y participativo solo se advierten negociaciones entre el Presidente y cada uno de los Gobernadores, con un resultado que afecta las autonomías provinciales, los principios constitucionales y el papel del Congreso y del Senado en particular.

Los Gobernadores en general han respondido a las directivas políticas del Presidente en detrimento de los intereses y poderes provinciales.

A lo largo del tiempo, se fue consolidado el hiperpresidencialismo que ha subordinado tanto al Congreso como a las Provincias, que presentaron un alto grado de dependencia política y económica.[17] Esto ha comenzado a cambiar, según lo señalamos en el punto anterior, como resultado de la nueva conformación política del país.

IV. Reafirmar el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como garante del federalismo

Es decisivo el rol que cumple el más alto Tribunal de una Federación, ya que debe asegurar el cumplimiento de la Constitución, que fija las competencias de los diversos órdenes gubernamentales que la componen.

Esa tarea jurídica y política de alta alcurnia institucional, importa para mantener el equilibrio entre las fuerzas centrípetas y centrífugas que, con mayor razón, se presentan en un estado federal, por la descentralización del poder entre esos diversos órdenes.

Nosotros exhibimos un federalismo marcadamente centralizado, no obstante lo dispuesto por la Ley Suprema. Y a ese proceso no fue ajena la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que convalidó muchos de los avances del Gobierno Federal, sobre los Estados Provinciales y locales.

[17] Véase ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, "Sobre presidencialismo y federalismo en la República Argentina", Cap. VIII de su obra "Federalismo y Constitucionalismo provincial", ya citada, págs. 253 y ss. Para un análisis de la importancia del Congreso en nuestra Federación, véanse los trabajos de JUAN FERNANDO ARMAGNAGUE. "El Congreso y el federalismo" (págs. 29 y ss.) y de PABLO RIBERI. "El Congreso Nacional frente a los conflictos federales: ¿protagonista o actor de reparto?" (págs. 39 y ss.), en la obra "Aspectos jurídicos e institucionales del federalismo argentino", ANTONIO M. HERNÁNDEZ (Dir.), Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010.

Por ello, es menester profundizar el cambio de la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, sobre todo a la luz de la reforma constitucional de 1994, que ha descentralizado nuestra federación, a través de sus grandes capítulos sobre los diversos aspectos del federalismo, con especial fortalecimiento de las autonomías provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los Municipios.[18]

Sin poder detenernos por razones de brevedad en un análisis de la jurisprudencia -marcadamente centralista-, se está advirtiendo en estos tiempos una modificación de la misma tendiente a consolidar los principios federales.

En tal sentido, señalamos los casos "Zavalía José Luis c.Santiago del Estero, Provincia y Estado Nacional s/amparo"(2004) y "Díaz Ruth Inés c.Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (2006), sobre soberanía y autonomía provinciales[19]; "El Práctico c.Córdoba, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (2011), sobre el alcance del poder de policía provincial en el transporte interprovincial[20]; "Camaronera Patagónica SA c.Ministerio de Economía y otros s/amparo" (2014), sobre principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones[21]; "Pedraza Héctor Hugo c.Anses s/acción de amparo" (2014), sobre federalismo y descentralización judi-

[18] Como lo hemos expuesto en profundidad en nuestras obras "Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994", Depalma, Buenos Aires, 1997 y "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

[19] Véase nuestro comentario "Soberanía y autonomía provinciales en la doctrina y en la jurisprudencia de la CSJN", en el Cap. XXXIX de la obra "Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos precedentes, Derecho Constitucional", Tomo IV, Director Pablo Manili, La Ley, Buenos Aires, págs. 593 y ss. Aquí el máximo Tribunal vuelve a una jurisprudencia originada en el caso "Resoagli" de 1869, que reconoce esta doble naturaleza para las provincias, como lo hacía la doctrina más autorizada de nuestro país.

[20] Especialmente véanse los Considerandos 12 a 15 del Voto de Mayoría, que hacen referencia al federalismo de concertación y además extienden el alcance del poder de policía provincial en una materia como la del transporte interprovincial, donde existía una intervención excluyente del gobierno federal, según la propia jurisprudencia anterior del Tribunal.

[21] Este fallo ratifica el principio de legalidad en materia tributaria, limitando las delegaciones efectuadas en violación del art. 76 de la Ley Suprema. Esto es muy importante en relación a nuestro sistema republicano, a la atenuación del hiperpresidencialismo, a las emergencias y también al federalismo, ya que en el Congreso se encuentra la representación de las Provincias.

cial al posibilitar que las Cámaras Federales del interior del país intervengan en cuestiones de seguridad social[22] y "Rivademar, Angela Martínez Galván de c.Municipalidad de Rosario" (1989)" y "Ponce Carlos Alberto"(2005), sobre autonomía municipal.[23]

En torno a esta última cuestión, pero vinculada a los aspectos fiscales y económicos como los de la coparticipación impositiva, debemos destacar muy especialmente los históricos fallos de la Corte Suprema de Justicia de 2015 sobre los reclamos efectuados por las Provincias de San Luis, Santa Fe y Córdoba por detracciones a la masa coparticipable con destino a la Anses y a la AFIP.

En relación a esto, el 25 de noviembre de 2015 nuestro más Alto Tribunal emitió 5 sentencias, haciendo lugar a los reclamos presentados a partir del 2008 por la Provincia de San Luis y 2009 por la Provincia de Santa Fe, además de una medida cautelar solicitada por la Provincia de Córdoba en el 2013, por detracciones a la masa coparticipable, ordenando el inmediato cese de las mismas.

Dichos fallos, de gran factura y claridad en materia constitucional -que oportunamente he comentado-[24] deben destacarse dentro de la jurisprudencia histórica de la Corte, precisamente porque marcan el cambio hacia una visión federal, en estricto cumplimiento de la Ley Suprema, en un tema crucial para las finanzas federales.

---

[22] La Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la Ley Nº 24.463 y estableció que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejará de intervenir en grado de apelación contra la sentencia de los Jueces Federales con asiento en las provincias, que serán de competencia de las respectivas Cámaras Federales. En particular en el Considerando 16 se hace expresa referencia al federalismo y la descentralización institucional, lo que consideramos un precedente de singular importancia, que debe extenderse a otras materias, tal como lo postulamos en la Propuesta 14.

[23] Véanse nuestro comentarios "La Corte Suprema de Justicia, garante de la autonomía municipal- Análisis de los casos "Municipalidad de la ciudad de San Luis c.Provincia de San Luis y otro" y "Ponce Carlos Alberto c.San Luis, Provincia de", Debates de Actualidad, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Nº 195, 2005, págs. 146-158 y "La Corte Suprema de Justicia y la reafirmación de la autonomía municipal", La Ley, Suplemento Extraordinario de Derecho Constitucional, 75 Aniversario, agosto de 2010 y los de María Gabriela Abalos, sobre "Autonomía municipal", Cap. XL del libro "Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Constitucional", PABLO MANILI (Dir.) ya citado, Tomo IV, págs. 635 y ss.

[24] ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, "Los fallos de la CSJN sobre detracciones a la masa coparticipable y la confirmación de una jurisprudencia federalista", Suplemento La Ley, Constitucional, María Angélica Gelli (Dir.), Abril 2016, Nº 2, págs.. 44 y ss.

Por eso, además de la devolución de las detracciones el máximo Tribunal ha urgido la sanción de la Ley Convenio de Coparticipación Impositiva federal, que ya se acerca a los 20 años de incumplimiento constitucional.

Estos fallos, asimismo, ratificaron otro precedente notable de 2014, "*Intendente Municipal Capital c.Provincia de La Rioja s.Amparo*", cuando el máximo Tribunal ordenó a la Provincia de La Rioja sancionar la Ley convenio de coparticipación impositiva, como mandato incumplido de la Constitución local, que afectaba la autonomía financiera de los gobiernos municipales.[25] Los fundamentos de la Corte fueron de enorme relevancia institucional y admitían una doble lectura que alcanzaba también al orden federal, pues se trata de situaciones similares, con más de una quincena de años de incumplimientos constitucionales en una cuestión tan decisiva como la coparticipación impositiva.[26]

Por otra parte, como consecuencia del notable cambio político producido en el país por el triunfo del Presidente Macri, con la coalición Cambiemos, a comienzos de 2016, se ha empezado a ejercitar un federalismo de coordinación y concertación que ha logrado ya acuerdos trascendentes entre el Gobierno Federal y los Gobernadores, en torno a la devolución del 15% de la masa coparticipable para todas las Provincias, acorde a estos fallos de la Corte Suprema. Nosotros creemos que este es el momento para el ejercicio de una política arquitectónica que nos lleve al cumplimiento pleno de la Constitución Nacional y su proyecto político por antonomasia, que es la democracia republicana y federal.

Siguiendo con el tema del rol de la Corte Suprema, consideramos que debe interpretarse con criterio federal la cláusula del art. 31 de la Constitución Nacional, que establece dicha supremacía, y que no puede confundirse con una superioridad centralista del Gobierno Federal sobre

[25] "Intendente Municipal Capital c.Provincia de La Rioja s. Amparo", fallado el 11 de noviembre de 2014, donde tuvimos el honor de representar a la Municipalidad actora ante la Corte Suprema de Justicia, que hizo lugar al Recurso de Queja que presentáramos y que comentáramos en el Informe de Federalismo del 2014, "Cuaderno de Federalismo", Director Antonio María Hernández, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2015 en la pág. Web, www.acaderc.org.ar. Este fallo, junto a los antes mencionados, son los más importantes de la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal Federal en torno a la autonomía municipal.

[26] Véase ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, "Sin coparticipación impositiva no hay federalismo", Clarín, Opinión, pág. 33, 27 de noviembre de 2014.

los provinciales y de estos sobre los municipales. Como lo ha sostenido caracterizada doctrina[27], constituye un grave error de interpretación constitucional asignar a priori supremacía a una ley del Congreso sobre normas provinciales o municipales, ya que todo depende de las competencias asignadas por la Constitución Nacional, que es la norma suprema, a la cual deben supeditarse todos los órdenes gubernamentales de nuestra federación. En definitiva, deben invalidarse por inconstitucionales los avances sobre las competencias locales, y aquí nos referimos no solo a los avances del gobierno federal sobre los provinciales, sino también de estos sobre los municipales.[28]

V. Promover un nuevo ordenamiento territorial del país que modifique la enorme concentración de poder político, económico, demográfico y cultural en el área metropolitana de Buenos Aires

Se han confirmado los peligros y males que, desde el siglo XIX, señalaron entre otros Alberdi, en sus "Bases", al oponerse a la capitalización de Buenos Aires, Sarmiento en "Argirópolis" y Alem en su famosa profecía del 80 en el debate sobre la federalización de la Ciudad de Buenos Aires. Ya en el siglo XX, Martínez Estrada nos habló de la "cabeza de Goliath" y, posteriormente, Félix Luna, en su libro "Buenos Aires y el país", sostuvo

[27] Véase nuestra obra "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", ya citada, donde consignamos las opiniones de Clodomiro Zavalía y de Arturo M. Bas al respecto (pág. 330 y nota 36 y 332 y nota 40). Asimismo, es muy clara la opinión de Alexander Hamilton en el Federalista, Nº 33, quien enfatizaba que las leyes federales que no eran dictadas "conforme a la Constitución", no eran supremas, por ser una "usurpación de un poder no conferido por la Constitución". ("El Federalista", HAMILTON, MADISON Y JAY, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2006, pág. 132).

[28] El problema de las competencias es el más importante de esta forma de estado, caracterizada por la coexistencia de diversos órdenes estatales y gubernamentales. Y por ello, en los casos de conflictos, resulta tan trascendente el control de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, que debe asegurar la supremacía de la Constitución, en el estricto respeto de las competencias fijadas a cada uno de los órdenes gubernamentales, en ejercicio de sus soberanías y autonomías. (Véase nuestro artículo "Soberanía y autonomía provinciales en la doctrina y jurisprudencia de la CSJN", ya citado). Asimismo, sobre la supremacía de la Constitución y la función de los jueces para defenderla, recuérdese a Alexander Hamilton, quien sostuvo: "Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido". (Cfr. "El Federalista", Nº 78, obr. cit., pág. 332).

que este era un problema estructural no resuelto que atraviesa toda nuestra historia.

Este fenómeno notable de concentración que alcanzara todos los órdenes de la vida social argentina en relación a su capital y que se repite en casi todas las provincias, ha sido similar al producido en otros países latinoamericanos, que desafortunadamente no han podido evitar este rasgo común a las sociedades subdesarrolladas, que presentan un inadecuado ordenamiento territorial, con marcadas asimetrías.

El proceso de centralización del país, en torno a su área metropolitana de Buenos Aires, donde en menos del 1% del territorio se asienta casi el 35 % de la población, se complementa con la circunstancia de que casi el 80% de la producción argentina se origina en un radio que apenas excede los 500 km a partir de dicha área.

Para nosotros, resulta claro que el federalismo como forma de Estado consagrada en la Constitución Nacional de 1853 y 1860 fue una decisión correcta para solucionar los graves problemas políticos, económicos y sociales de un país tan extenso, que necesitaba de una efectiva descentralización del poder.

Pero también, pudo observarse que la dificultosa vigencia de la Constitución se hizo particularmente evidente en este aspecto, ya que en la realidad se fue imponiendo un proyecto unitarizante, de centralización del poder en el Gobierno llamado Federal, asentado en el puerto de Buenos Aires, que fue avanzando sobre el diseño constitucional y las autonomías provinciales, así como tampoco se respetaban las autonomías municipales.

Este proceso negativo no pudo ser impedido ni siquiera por la reforma Constitucional de 1994, que tuvo como una de sus ideas fuerza la profundización de la descentralización del poder. Por eso, a 20 años de dicha reforma, es menester dar estricto cumplimiento a la misma y poner en funcionamiento sus instituciones, a las que nos estamos refiriendo.

VI. Sancionar la Ley convenio de coparticipación impositiva, de conformidad a los principios constitucionales[29]

Es absolutamente impostergable sancionar la Ley convenio de coparticipación, para terminar con la violación de la Constitución, que ha fijado un plazo ya largamente vencido y porque ello es imprescindible para cambiar la deprimente realidad de nuestro federalismo.

Para salir del "laberinto" actual de la coparticipación, debemos seguir nuestro hilo de Ariadna que no es otra cosa que respetar los mandatos de la Ley Suprema.

La masa coparticipable debe restablecerse, de acuerdo a la Ley Suprema, para lo cual es menester derogar o modificar ostensiblemente la casi totalidad de asignaciones específicas hoy vigentes, que la han disminuido, consolidando el actual unitarismo fiscal.

Luego, hay que fijar la distribución primaria y secundaria en base a los criterios constitucionales. En este sentido, resulta decisivo poner el énfasis en las modificaciones sobre las competencias, servicios y funciones entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires, ya que estos últimos niveles gubernamentales, además de los municipios, son los que tienen mayores responsabilidades al respecto.[30]

Un mayor reconocimiento de la participación de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires -que necesariamente debe repercutir después en la coparticipación a los municipios- hará relativamente más sencilla la discusión posterior sobre la distribución secundaria donde se advierten las disputas entre las provincias más grandes y desarrolladas y las más pequeñas y menos desarrolladas.[31]

[29] Para un análisis de la coparticipación impositiva, remitimos a nuestras obras "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", ya citada, págs. 69 y ss., y "Cumplir el programa constitucional", Ediciones IML, Buenos Aires, 2012, Cap. 3 "La coparticipación impositiva federal", págs. 11-129, entre otros aportes realizados en esta materia. Por otra parte, pueden verse distintas obras especializadas de federalismo fiscal de los Profesores: Alberto Porto, Horacio Piffano, Miguel Angel Asensio, Ernesto Rezk y Marcelo Capello.

[30] Piénsese en educación, salud y seguridad, principalmente a cargo de las Provincias, con los enormes gastos en personal requeridos, además de los otros servicios -como los judiciales- y de los correspondientes a los gobiernos locales.

[31] Es esencial que en cumplimiento de los criterios constitucionales, en la distribución primaria exista una porción mayor de la masa coparticipable para el conjunto de los gobiernos subnacionales, como se había alcanzado con la Ley Nº 23.548. Ello significa que debe retroceder el gobierno nacional en su participa-

En este aspecto, lo que he denominado el triunfo del proyecto centralista ha dado como resultado un país de enormes diferencias y desequilibrios, según los índices de desarrollo humano, de producto bruto o de ingreso per cápita, que es menester modificar. Los criterios de solidaridad exigidos por la Constitución deben respetarse, como lo hacen otras federaciones como la canadiense, la australiana o la alemana, que son notables ejemplos en esta materia.[32]

No obstante, la claridad y altura de los objetivos perseguidos por el Constituyente se han difundido en estos años algunas propuestas que no solo desconocían la letra y espíritu de la Ley Suprema en esta materia, sino que pretendían volver lisa y llanamente al sistema anterior de completa separación de fuentes, con el indisimulable propósito de ahondar las diferencias existentes entre las provincias y centralizar aún más el país.[33]

---

ción, que hoy alcanza cifras propias del unitarismo fiscal que vivimos. Frente a los que suponen que ello es imposible, recordamos que durante las Presidencias de Frondizi y de Alfonsín, con vigencia de la democracia, el Congreso sancionó las Leyes Nº 14.788 y N° 23.548, respectivamente, que así lo dispusieron. (Cfr. Antonio María Hernández, "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", obr. cit., págs. 69 y ss.).

[32] Resulta muy ilustrativo analizar el caso de la federación canadiense donde las provincias "pobres" (Nova Scotia, New Brunswick, P.E.I. y Newfoundland) reciben más fondos del Gobierno Federal que las provincias "ricas" (British Columbia, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario y Québec, en aplicación de un sistema de igualación ("equalization system") que es un programa puramente federal. Asimismo existen distintos impuestos en las provincias, además de producirse una clara transferencia de recursos de las Provincias más ricas: Alberta y Ontario, a las restantes. Véase al respecto el trabajo de Michael Butler, titulado "Federal-Provincial Fiscal relations in Canada", preparado para el Forum of Federations, en el Seminario Internacional sobre Federalismo, realizado en Pilar, Provincia de Buenos Aires, los días 2 y 3 de octubre de 2003, con la participación del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Véase también la conocida obra de RONALD L. WATTS, "The spending power in federal systems: a comparative study", Institute of Intergovernmental Relations, Queen•s University, Kingston, Notario, Canada, 1999.

[33] En definitiva, el objetivo de estos sectores ha sido el de impedir que efectivamente se cumpla con el mandato constitucional que establece la coparticipación. Incluso se ha llegado a sostener desde una visión economicista que existen provincias y municipios inviables. Como otra de las paradojas argentinas, mientras el mundo desarrollado avanza en la descentralización, en nuestro país hay sectores de enorme poder político y económico que persiguen lo contrario, pese al mandato constitucional. Se trata del "conservadurismo unitario", que quiere mantener el "statu quo" del centralismo, en la ajustada caracterización de JUAN J. LLACH en su obra "Federales y unitarios en el siglo XXI", Temas, Buenos Aires,

Por lo expuesto, debe comenzar ahora mismo este debate complejo y decisivo, según las bases constitucionales establecidas.[34] Para ello, es imprescindible el ejercicio de una verdadera política arquitectónica que supere antagonismos partidarios, termine el hiperpresidencialismo, fortalezca relaciones interjurisdiccionales y posibilite un desarrollo equilibrado del país, conforme al proyecto federal de la Ley Suprema.

Por otra parte, es igualmente urgente que similares criterios sean utilizados para el respeto y fortalecimiento de las facultades tributarias pro-

---

2013, Cap. V "El federalismo, clave del desarrollo político y humano". Por eso son tan trascendentes los fallos antes referidos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con respecto a los reclamos de las Provincias de San Luis, Santa Fe y Córdoba, sobre las detracciones a la masa coparticipable, fallados el 25 de noviembre de 2015 y el recaído en el caso "Intendente Municipal Capital", donde se manifiesta que es notoriamente irrazonable aducir dificultades para el logro de los acuerdos de coparticipación, después de tantos años. Y por eso se produjo la exhortación a las autoridades federales y provinciales para que se sancione la Ley Convenio prescripta por el art. 75 inc. 2 de la Ley Suprema, -cuando estamos por cumplir 20 años en la violación constitucional-, además de ordenarse dicha sanción a las autoridades provinciales y municipales de La Rioja.

[34] Para contribuir a este demorado y fundamental debate, el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que dirijo, ha publicado el libro que también dirigiera sobre "Aspectos económicos y financieros del federalismo argentino", en el año 2008, con los aportes de economistas, juristas y de otras disciplinas, pues tuvo la coautoría del suscripto: Frías, Dalla Via, Garat, Barrera Buteler, Heredia, Asensio, Rezk, Midón, Martínez, Palazzo, Prieto, Frediani, Roccatagliata y Della Paolera. Asimismo, debe destacarse el esfuerzo interdisciplinario que estamos realizando distintas instituciones para profundizar el estudio del federalismo fiscal, como lo indica la obra "Consecuencias económicas y políticas del federalismo fiscal argentino", editada por Carlos Gervasoni y Alberto Porto, con la coautoría de ABRAHAM, BONVECCHI, CAPELLO, CONT, DÍAS FRERS, FIGUERAS, FREILLE, GERVASONI, GROTZ, HERNÁNDEZ, JUARROS, LLACH, MORCARZ, PORTO Y REZK. (Económica, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de La Plata), resultado del 16º Seminario de Federalismo Fiscal realizado en La Plata, en 2013. El Seminario Nº 17º se realizó en Córdoba en 2014 y estuvo destinado a "Propuestas para fortalecer el federalismo", donde presentamos este aporte. Asimismo, Juan José Llach publicó su libro "Federales y Unitarios en el siglo XXI", ya citado, donde también formula su propuesta al respecto. Estamos convencidos que con los aportes ya producidos no será difícil acordar las soluciones de tipo técnico, que además se encuentran enriquecidas por las experiencias comparadas de otras federaciones. El problema es esencialmente político y por ello, es penoso advertir la grave responsabilidad que han tenido y tienen en este aspecto, la Presidencia y los Gobernadores, pues son los primeros que deben avanzar en los acuerdos para la sanción de las leyes de coparticipación impositiva, entre otros arreglos interjurisdiccionales, tal como lo plantea la Ley Suprema.

vinciales y municipales, además de los sistemas de coparticipación provinciales a sus gobiernos locales.[35]

VII. Respetar los principios federales en la sanción anual de los presupuestos

No se cumple el mandato del inc. 8 del art. 75 de la Constitución Nacional, que establece que el presupuesto general de gastos de la Nación debe fijarse anualmente "conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo", o sea las referidas a la ley de coparticipación impositiva, en cuanto a "objetividad, equidad y solidaridad". Además, hay que resaltar que el inc. 8 dice que el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos debe efectuarse "en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas", lo que para nosotros implica una definición constitucional que relaciona a la importante ley con la planificación, pues no se puede dar otro sentido a las palabras "programa" y "plan" que utiliza la ley suprema. A su vez, el presupuesto es considerado por la doctrina clásica del derecho financiero como un instrumento de gobierno, de administración y de planificación.

En consecuencia, tanto para el gasto público como para el cálculo de recursos previstos por el presupuesto, debe existir como base un programa de gobierno y de inversiones públicas que también respete las pautas constitucionales.

Este inciso que comentamos contiene una política constitucional que vincula al presupuesto con temas esenciales del proyecto federal: la regio-

[35] Remitimos a nuestros artículos "Unitarismo fiscal, coparticipación impositiva y violación de la Constitución", La Voz del Interior, Córdoba, 23 de agosto de 2012 y "Nuevas reflexiones sobre unitarismo fiscal, coparticipación impositiva y violación de la Constitución", la Voz del Interior, Córdoba, 29 de noviembre de 2012. En el segundo artículo, ponemos de relieve cómo en nuestra Provincia se utiliza el mismo criterio centralista del orden federal, ya que los municipios son privados de enorme cantidad de recursos, con el mismo artilugio de los fondos de asignación específica que son detraídos de la masa coparticipable. Para un análisis más detenido de los poderes tributarios locales, véase nuestra obra "Derecho Municipal", 2ª. Ed., Depalma, 1997. Y en cuanto a diversas propuestas para fortalecer los poderes tributarios provinciales, véanse los trabajos de JUAN LLACH en su obra indicada y de HORACIO PIFFANO Y LUCIO CASTRO, titulados "Opciones tributarias de los gobiernos subnacionales en el actual escenario federal" y "Desafíos y potencial del impuesto inmobiliario en la Argentina", que fueran presentados en el 17º Seminario Fiscal de Córdoba.

nalización, la integración, la descentralización y el fortalecimiento de las autonomías provinciales, de la Ciudad de Buenos Aires y municipales.

En consecuencia, al violarse sistemáticamente este mandato de la Ley Suprema -lo que se repite cada año-, se agudiza la situación actual de asfixiante centralización que impide un desarrollo armónico del país.[36]

Esta cuestión es de enorme trascendencia para nuestro federalismo. Para ejemplificarlo, veamos estos datos que exhiben en toda su dimensión lo que ocurre con el destino del gasto público en nuestro país, en base al estudio presentado por el Lic. Juan José Llach titulado: "Una década sin federalismo y sus consecuencias"[37], que así resumimos[38]:

"En el punto que califica como 'el toma todo', ha destacado que mientras en 1998 los impuestos no coparticipados por el gobierno federal a provincias y municipios alcanzaba al 5,4% del total, en 2011, dicho porcentaje alcanzó el 23,6% y que ello ha significado que los gobiernos subnacionales pudieran haber recaudado 12.065 millones de dólares más durante el año 2011, si se hubiese mantenido el porcentaje de 1998. Asimismo, sostiene que entre los años 2004 y 2011 las provincias y municipios dejaron de percibir 67.000 millones de dólares por esta causa. Y en el punto "el gran recaudador" indica que, mientras que en el año 1998 el Gobierno Federal recaudaba el 80, 1% del total de recursos públicos nacionales, las Provincias el 18,1% y los Municipios el 1,8%; en el año 2011, la Nación ha recaudado el 84,4%, las Provincias el 14,2% y los Municipios solo el 1,4%, en un proceso que inocultablemente indica el unitarismo fiscal que estamos soportando". Y en el punto "yo gasté, que otro recaude (dicen provincias y municipios)", Llach dice que aunque los gobiernos subnacionales solo recaudaron el 15,6% en el año 2011; sin embargo, gas-

[36] Véase el artículo "Sin respeto por el federalismo", que publicáramos en el diario "La Nación" de la ciudad de Buenos Aires, con fecha 18 de diciembre de 2006. Asimismo, es muy interesante el análisis de JUAN LLACH, titulado "Anatomía de un despilfarro", publicado en el Diario La Nación, del 23 de julio de 2009, que precisó la mayoría del destino de los fondos públicos para subsidios y exenciones impositivas, que además beneficiaron al área metropolitana de Buenos Aires, en desmedro del interior del país y en evidente violación de las normas constitucionales.

[37] En el Congreso de Aapresid, celebrado en Rosario, el 10 de agosto de 2012.

[38] Cfr. ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, "Informe del Federalismo Argentino 2011", en el Cuaderno de Federalismo Nº XXV, editado por el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012, Córdoba, págs.16-17.

taron el 44,4% del gasto público total, lo que exhibe una muy escasa correspondencia fiscal, en el marco del federalismo fiscal comparado. También, el autor indica en el punto "el gran gastador", que el gobierno central ha aumentado notoriamente su participación en el gasto público de un 52,9% en 2003 a un 55,6% en 2011, mientras que las provincias decrecieron de un 39,3% a un 37,2% en esos años y los municipios de un 7,8% a un 7,2%. Asimismo, el destacado economista expuso que las apropiaciones indebidas efectuadas por la Nación entre el 2003 y el 2011 produjeron estas consecuencias en las provincias y municipios: "a) menor coparticipación impositiva, como antes lo vimos; b) menor capacidad de gasto, ya que solo en el año 2011 estos gobiernos subnacionales dejaron de gastar la suma de 5.707 millones de dólares; y c) menor capacidad de decisión, por el aumento de las transferencias discrecionales, que en el año 2011 alcanzaron a 8.487 millones de dólares en 2011 y a 43.342 millones de dólares entre 2004 y 2011".

Asimismo, queremos completar este análisis sobre la arbitrariedad en el destino del gasto público federal, con estos datos presentados por el IERAL de la Fundación Mediterránea en el trabajo: "Los diferentes tratamientos fiscales regionales en el proyecto de presupuesto 2011", que así resumimos[39]: "…nuevamente se destaca la manifiesta desigualdad en el destino del gasto público, de acuerdo al reparto de las transferencias nacionales a las jurisdicciones provinciales, según el proyecto de presupuesto mencionado. En pesos por cápita o persona y por gasto primario nacional y por coparticipación y leyes especiales, se observa en las jurisdicciones: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 38.726 pesos; Santa Cruz, 22.163 pesos; Tierra del Fuego, 18.814 pesos; La Pampa, 14.778 pesos; La Rioja, 14.708 pesos; Catamarca, 14.091 pesos; Río Negro, 13.108 pesos, Formosa, 13.101 pesos; Chubut, 11.908 pesos; San Juan, 11.577 pesos; Santiago del Estero, 11.303 pesos; San Luis, 10.840 pesos; Chaco, 10.673 pesos; Jujuy, 10.145 pesos; Entre Ríos, 9.838 pesos; Tucumán, 9.183 pesos; Corrientes, 9.120 pesos; Neuquén, 8.795 pesos; Santa Fe, 8.457 pesos; Salta, 8.371 pesos; Mendoza, 8.124 pesos; Córdoba, 8.109 pesos; Misiones, 7.704 pesos y Buenos Aires, 6.596 pesos. O sea que la

[39] Cfr. ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, "Informe del Federalismo Argentino 2010", en el Cuaderno de Federalismo Nº XXIV, editado por el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011, Córdoba, págs.18-19.

desigualdad es manifiesta, ya que la mayor cantidad de gastos públicos federales se efectúa por parte, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que es la más rica del país, donde confluyen los pagos inconstitucionales de la justicia civil, penal, comercial y laboral (antes nacional), además de la Policía Federal y los subsidios al transporte, gas y electricidad y entre las provincias, también por las provincias de Santa Cruz y Tierra del Fuego, que distan mucho de ser las provincias con mayor pobreza".

Ante esta realidad deprimente e incontrastable, no cabe dudar que si el Congreso asume como corresponde el ejercicio de sus competencias constitucionales en torno al presupuesto[40] -denominado la ley de las leyes- y aplica estrictamente el criterio federal de la Ley Suprema para fijar el destino del gasto público en cada ejercicio anual, seguramente el proceso de cambio hacia una democracia republicana y federal será más rápido de lo que imaginamos.

VIII. Federalizar el Banco Central

Otra importante reforma efectuada por la Convención Nacional Constituyente de 1994 fue la del inc. 6 del art. 75, al prescribirse que corresponde al Congreso "establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda…..". Al fundamentar la reforma, los Convencionales Maqueda, Díaz Araujo, Berhongaray y Masnatta explicitaron el objetivo de la misma que fue y es adecuar el actual Banco Central en su denominación y concepción, al de un Estado Federal, citando como ejemplos las instituciones similares de Estados Unidos, Suiza y Alemania. Se han formulado ya propuestas doctrinarias y legislativas, que deben impulsarse[41], ya que recientemente se perdió la oportunidad para ello.[42]

[40] Lo que implica la derogación inmediata del art. 37 de la Ley de Administración Financiera, que dispone que por Decretos del Poder Ejecutivo se pueden modificar las partidas presupuestarias, con lo cual quedan desconocidas las atribuciones del Congreso.

[41] Véase en nuestra obra citada "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", pág. 84 nota. 101, la enunciación de los trabajos de Ramón Frediani y la referencia a los proyectos legislativos de reforma presentados en 1995 en la Cámara de Diputados de la Nación por los Diputados Enrique Olivera y el suscripto. Asimismo, en el libro de "Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino", editado por el Instituto de Federalismo, ya citado, se encuentran los trabajos respectivos de Eugenio Palazzo y de Ramón Frediani al respecto. A ellos deben su-

No cabe dudar sobre la trascendencia que tendrá la participación provincial en la política bancaria, cambiaria y monetaria, que incidirá en los aspectos económicos del federalismo argentino, tal como lo previó el constituyente. No se puede continuar con esta estructura actual, propia de un Estado unitario, que soslaya las realidades regionales y provinciales y profundiza el centralismo, muestra evidente de nuestro subdesarrollo y decadencia.

IX. Afianzar el federalismo de coordinación o concertación mediante un mejor ejercicio de relaciones interjurisdiccionales. Creación de una Asociación o Conferencia Nacional de Gobernadores

Otro de los grandes avances de la reforma constitucional de 1994 fue la plena incorporación del federalismo de coordinación o concertación.[43] Ejemplos de ello son: las leyes convenio de coparticipación impositiva (art. 75 inc. 2), el organismo fiscal federal (art. 75 inc. 2), la participación provincial en los entes reguladores y de control de los servicios públicos de competencia nacional (art. 42), la creación de regiones (art. 124), la celebración de convenios internacionales (art. 124) e incluso la integración supranacional (art. 75 inc. 24).

Por otra parte, se ha avanzado desde hace décadas en la celebración de tratados interprovinciales y en la creación de Consejos Federales en diversas materias.

Pero es evidente que no han existido relaciones interjurisdiccionales modernas y maduras entre los diversos órdenes gubernamentales ni se ha observado una efectiva y plena vigencia del federalismo de coordinación o concertación.

---

marse los aportes del distinguido economista Julio Olivera.

[42] Con la sanción de la Ley Nº 26.739, efectuada en 2012, que no modificó la estructura centralista, en violación de la normativa constitucional y como otra muestra más de la anomia que padecemos.

[43] Para la distinción entre el federalismo "dual o competitivo" y el federalismo "de coordinación o concertación", véase nuestra obra "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", ya citada, Cap. I "Sistemas políticos federales", en el punto Clasificación de los sistemas políticos federales, págs. 17-18. Pedro J. Frías, que prefería denominarlo "de concertación", fue precursor de esta incorporación tanto a la Constitución Federal como a las Constituciones Provinciales.

Solo como consecuencia de los resultados electorales de 2015, se puede observar, a partir de 2016, un comienzo de ejercicio de estas relaciones, a partir de las reuniones del Gobierno Federal con los Gobernadores, que desembocaron en un acuerdo para la devolución del 15% de la detracción de la masa coparticipable que se destinaba a la Anses, que hemos comentado anteriormente.

No desconocemos que este proceso demanda una elevación de nuestra cultura política, para poder superar al individualismo exacerbado, las tendencias corporativas y la imposibilidad -que muchas veces padecimos- de proyectar y ejecutar políticas arquitectónicas frente a los problemas estructurales de la sociedad y el Estado argentinos.

Ya veremos en esta propuesta y en otras sucesivas, que el federalismo de coordinación o concertación es una herramienta fundamental para el desarrollo equilibrado e integrado del país, a través de sus múltiples aplicaciones.

Aunque en los puntos siguientes seguiremos tratando este tema, en esta oportunidad, planteamos la creación de una Asociación o Conferencia Nacional de Gobernadores, como existen en las federaciones norteamericana y mejicana, a los fines de mejorar estas relaciones interjurisdiccionales.

Por otra parte, tal vez solo así podrá existir un mayor equilibrio en el diálogo entre el Presidente y los Gobernadores, que permita el cumplimiento del proyecto federal de la Constitución Nacional.

X. Realizar una planificación federal para el desarrollo del país, con participación de los distintos niveles estaduales

La decadencia argentina está ligada -entre otras causas- a la incapacidad de pensar el futuro y de acordar políticas de estado. Solo se piensa en la coyuntura y, por ello, no se resuelven los grandes problemas nacionales. Bien se ha dicho que los políticos en serio son los que piensan en las próximas generaciones, en lugar de las próximas elecciones. Se ejercita hasta el extremo la dimensión agonal de la política, cuando lo que realmente puede transformar el país es la dimensión arquitectónica. Y así como en virtud de esta última se pudo acordar un texto constitucional en 1994, que significara un enorme avance en esta materia, aunque luego caímos

en la anomia que nos caracteriza, ahora, debemos hacer el esfuerzo de planificar de manera federal nuestro desarrollo futuro. Ello significa la participación de todos los órdenes gubernamentales para hacer realidad los principios de la república federal. Este es el gran desafío que tenemos por delante.[44]

XI. Promover las regiones para el desarrollo económico y social

También, aquí se advierte la importancia del cumplimiento del art. 124 de la Constitución Nacional, que prevé las regiones como instituciones esenciales para el desarrollo económico y social y la integración nacional.

Estimamos que, aunque el mapa regional se encuentra casi diseñado con las regiones ya constituidas del gran Norte Argentino, Patagonia, Nuevo Cuyo y Centro -faltando solo la integración de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma-, no se aprecia un avance de dicho proceso. Las graves situaciones institucionales, económicas y sociales atravesadas, sumadas a la ausencia de una política arquitectónica, seguramente han influido en ello. Solo se ha advertido en los últimos años una cierta actividad destacable en la Región Centro.

[44] Véase el reciente libro de JUAN J. LLACH, "Federales y unitarios en el siglo XXI", ya citado, cuyo Cap. V tiene como título "El federalismo, clave del desarrollo político y humano". Se trata de una propuesta de gran calidad e importancia, para conducir la Argentina a la senda del desarrollo, en un mundo que ofrece desafíos y sobre la base de cumplir el proyecto federal. Para ello Llach propone planes de desarrollo en base a grandes acuerdos políticos, que permitan solucionar lo que denomina nudos gordianos y bajos continuos de nuestra preocupante realidad. Entre los primeros menciona la cuestión federal; la pobreza y la distribución del ingreso; la educación, ciencia y tecnología y el desarrollo integrado y sostenible y la inserción externa. Y con estos bajos continuos: un inadecuado funcionamiento de las instituciones políticas, una fuerte puja distributiva entre sectores y una imprecisa definición de los roles del Estado y del Mercado. Por eso el autor enfatiza en la necesidad de un cumplimiento estricto de la Constitución Nacional en sus aspectos republicanos y federales, para superar la realidad signada por la anomia, el hiperpresidencialismo y el centralismo. Y aboga por un fortalecimiento de los poderes tributarios provinciales y municipales y por un nuevo sistema de coparticipación impositivo y de federalismo fiscal, con respeto de la Constitución y de criterios técnicos y federales. Sostiene que esta propuesta federal es una tarea ciclópea, tendiente a modificar el "status quo" actual, defendido por el "conservadurismo unitario".

Necesitamos imperiosamente modificar la forma de embudo de nuestro ordenamiento territorial, mediante el fortalecimiento de nuestras regiones y provincias, desalentando los procesos de migración interna, que tanto nos han perjudicado, a la luz de los desequilibrios y desarmonías que se advierten en nuestra realidad.

Y avanzar en proyectos estratégicos como los de los corredores bioceánicos, como más adelante consideraremos en la Propuesta 19.

XII. Impulsar el nuevo rol de regiones, provincias y municipios en los procesos de integración nacional y supranacional[45]

Para nosotros, la integración junto a la descentralización constituyen una respuesta inteligente a los desafíos de la globalización.

El neologismo "glocal" nos indica que debemos pensar ubicados en el mundo globalizado en que estamos insertos, pero que debemos actuar localmente; y en consecuencia, existe la urgente necesidad de defender las autonomías y competencias de los gobiernos subnacionales y locales. La importancia de las ciudades en el mundo globalizado ha sido estudiada por Jordi Borja y Manuel Castells.[46] En consecuencia, estos dos procesos interrelacionados (integración y descentralización) requieren un profundo cambio del derecho público, a la luz del mundo actual, que muestra la tendencia hacia un regionalismo abierto, más allá de las fronteras nacionales.

En nuestro país, se está avanzando en el desarrollo de estos roles de los gobiernos subnacionales, luego de la reforma del art. 124 de la Constitución Nacional -también producido por Convención Nacional Constituyente de 1994-, que ha admitido la celebración de convenios internacionales por parte de las Provincias.[47]

[45] Hemos desarrollado el rol de las regiones, provincias y municipios en los procesos de integración nacional y supranacional en nuestras obras. "Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios", con Prólogo de Eduardo García de Enterría, Depalma, Buenos Aires, 2000 y "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

[46] En su obra "Local y Global-La gestión de las ciudades en la era de la información", Taurus, 1997, Madrid, España.

[47] Véase el libro "El rol de los gobiernos subnacionales en los procesos de integración regional"- Reflexiones sobre el caso del Foro Consultivo de Municipalidades, Estados, Provincias y Departamentos del Mercosur, editado por el Cari

XIII. Fortalecer las autonomías provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de los municipios

El federalismo como forma de estado se asienta en la coexistencia de distintos órganos gubernamentales, en base al principio de la lealtad federal y del respeto de la unión y de la diversidad.

Y por ello, es tan trascendente la afirmación de las autonomías de las Provincias, de la Ciudad de Buenos Aires y de los Municipios, como expresión indudable de la descentralización del poder. De ahí, que sea el problema más importante de esta forma de estado, la distribución de las competencias y el respeto de las mismas.

En un trabajo anterior, nos referimos al agudo proceso de centralización que ha sufrido el país.[48] Esto es lo que hay que revertir y el difícil camino a recorrer no es otro que el prescripto por la Constitución Nacional, especialmente a la luz de la gran reforma constitucional de 1994, que tuvo como uno de sus objetivos la profundización de la descentralización del poder.

Hemos sostenido que esta cuestión fue objeto de trascendentes debates en 4 Comisiones de la Convención Nacional Constituyente, que abarcaron tres grandes capítulos: el específico de federalismo, el de la autonomía plena de la Ciudad de Buenos Aires y el reconocimiento del principio de la autonomía municipal.[49]

(Consejo Argentino para las Relaciones internacionales) y Cebri (Centro brasileiro de relacoes internacionais), con la Dirección del Proyecto a cargo del Embajador Eduardo Iglesias y la Coordinación Académica a cargo de Claudia Gasol Varela, Buenos Aires, 2010. Asimismo, el Cari, con la dirección antes mencionada, mantiene un registro de los convenios internacionales celebrados por nuestras Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

[48] "La realidad de nuestro federalismo, el incumplimiento de la Constitución Nacional y la tendencia a la centralización", en el libro "Consecuencias económicas y políticas del federalismo argentino", antes citado, págs. 17 y ss. Asimismo, véase MARÍA ANGÉLICA GELLI. "El federalismo en emergencia y su necesaria reconstrucción" (págs. 9 y ss.), en el libro "Aspectos jurídicos e institucionales del federalismo argentino", ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (Dir.), Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010.

[49] Para el análisis detenido de estas cuestiones, en la que no nos podemos detener por razones de brevedad, nos remitimos a nuestras obras "Federalismo, autonomía municipal y Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994", Depalma, Buenos Aires, 1997; "Derecho Municipal", Depalma, Buenos Aires, 1997, 2ª. Ed. y "Federalismo y constitucionalismo provincial", Abeledo Pe-

En consecuencia, deben respetarse los distintos aspectos de las autonomías: institucional, política, administrativa, financiera y económica, correspondientes a cada uno de los niveles estaduales y gubernamentales integrantes de la federación argentina.

Por razones de brevedad, no podemos detenernos en este análisis, para lo cual nos remitimos a la bibliografía especializada.[50]

XIV. Modificar o derogar la legislación centralista vigente y las políticas respectivas

Son muy amplias las reformas a producir en este aspecto, por lo que en modo alguno resulta taxativa la enunciación que efectuamos seguidamente. Esta tarea requiere de un análisis detenido de la normativa dictada, que a lo largo del tiempo, fue centralizando notablemente a nuestro federalismo.

Para ejemplificar esta propuesta, señalaremos algunos temas de gran relevancia, que se suman a lo indicado en otras efectuadas con anterioridad.

---

rrot, Buenos Aires, 2009.

[50] Véanse nuestras obras ya citadas "Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994", "Derecho Municipal" y "Federalismo y Constitucionalismo Provincial". Para explicar la importancia de estos temas y las lesiones a las autonomías, sólo daremos algunos ejemplos: a) el enorme despojo efectuado por el Gobierno Federal a las Provincias y Municipalidades, al no sancionarse las leyes de coparticipación impositiva y al detraerse los fondos pertinentes de la masa coparticipable mediante las asignaciones específicas; b) el pago por el tesoro federal de 550 jueces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que eran nacionales y que debieran corresponder a dicha nueva jurisdicción, según lo dispuesto por el art. 129 de la Constitución Nacional, lo que ha sido desconocido por la inconstitucional Ley 24.488; y c) las graves violaciones a la autonomía municipal, que van desde la falta de autonomía institucional en las Provincias de Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe, hasta la falta de sanción de Cartas Orgánicas Municipales en otras provincias, hasta los avances provinciales sobre la coparticipación impositiva municipal y demás atribuciones de los gobiernos locales. Hemos destacado especialmente el avance hacia la autonomía plena de la Ciudad de Buenos Aires, como consecuencia del acuerdo logrado entre el Gobierno Federal y la Ciudad Autónoma, a comienzos de 2016, para la transferencia de 19.000 policías federales a este último gobierno, en cumplimiento del art. 129 de la Constitución Nacional. (Véase el artículo periodístico de nuestra autoría "Hacia una autonomía plena de la Ciudad", en La Nación, del 19 de enero de 2016).

Y comenzamos con lo antes expuesto, en torno a la imperiosa necesidad de modificar o derogar la mayoría de los tributos con asignación específica que detraen fondos de la masa coparticipable, lesionando las autonomías provinciales y municipales.[51]

Asimismo, a lo largo del tiempo, en base a la "cláusula del progreso" del actual art. 75 inc. 18 (antes art. 67 inc. 16) y a la posibilidad del otorgamiento de concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo por el Congreso, se fue desconociendo y afectando el poder tributario de provincias y municipios en múltiples casos: ferrocarriles, transportes, comunicaciones, minería, etc. En consecuencia, hay que revisar dicha legislación y políticas centralistas -casi siempre avaladas por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia[52]-, a la luz de la nueva normativa del art. 75 inc. 30 de la Constitución Nacional, que ha reconocido el poder de policía y de imposición de provincias y municipios en los establecimientos de utilidad nacional, como otro hito notable de afirmación federalista, también incorporado en la reforma de 1994.[53] Esto significa que debieran producirse las reformas legislativas y jurisprudenciales, a los fines del estricto cumplimiento de la Ley Suprema, que ha fortalecido las autonomías provinciales y municipales en todos sus aspectos, incluyendo los tributarios y económicos.

Lo propio debe ocurrir con los subsidios, en materia de servicios públicos de transporte y energía, que están destinados mayoritariamente al área metropolitana de Buenos Aires, con una enorme desigualdad para los habitantes del interior del país.

Por otra parte, debe modificarse la Ley Nº 24.588 por ser inconstitucional en sus arts. 2, 8 y 10, al violar el art. 129 de la Ley Suprema y restringir

[51] Al analizar la coparticipación impositiva federal, en nuestras obras citadas, indicamos distintas normas -Pactos fiscales, leyes y decretos-, que invirtieron la primacía que habían alcanzado en la distribución primaria los gobiernos locales frente al federal, de acuerdo a la Ley Nº 23.548, hasta llegar a la situación actual de centralismo fiscal, donde casi el 80 % de los recursos son percibidos por el gobierno nacional.

[52] Véase "Tratado de derecho y economía", 3 tomos, Director Juan Vicente Sola, La Ley, Buenos Aires, 2013, "La cláusula del progreso", en el Tomo II, Cap. XXII, págs. 420 y ss. y "La cláusula del progreso" (con especial referencia a los ferrocarriles)", de Alberto Bianchi, Ponencia presentada en el XX Congreso de Asociación Argentina de Derecho Constitucional, en Mendoza, 2011, puntos 2 c) Los problemas del equilibrio federal y 3 a) iii) Jurisprudencia, en especial sobre conflictos impositivos.

[53] Véanse nuestras obras citadas en la nota 48, donde consideramos este punto.

la autonomía plena de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Además de ello, también se afecta el federalismo por otra razón: los anteriores jueces "nacionales" son sostenidos por el Presupuesto de la Nación, en lugar del de la Ciudad Autónoma.

Asimismo, reiteramos que es imperioso terminar con el hiperpresidencialismo que lesiona profundamente la república federal, comenzando por la inmediata derogación de los superpoderes otorgados en el art. 37 de la Ley de Administración Financiera y de la legislación de emergencia económica, además de la modificación de la Ley Nº 26.122 de Decretos de necesidad y urgencia, que de manera inconstitucional reglamenta el art. 99 inc. 3 de la Ley Suprema.

En cuanto a los recursos naturales -sin perjuicio de que volvemos sobre el tema más adelante-, es evidente que debe adecuarse la legislación vigente sobre hidrocarburos, pesca y otros recursos, a lo dispuesto en el art. 124 de la Constitución Nacional, que ha reconocido la propiedad provincial sobre los mismos. Refiriéndonos al caso de los hidrocarburos, muchos años después de la reforma, mediante la Ley Nº 26.197, se reconocieron las competencias provinciales, al modificarse el art. 1 de la Ley de Hidrocarburos Nº 17.319, que las otorgaba al gobierno federal. Esa llamada "ley corta" trasuntó un espíritu federalista impuesto por la Constitución, que ha sido gravemente desconocido por la denominada Ley de soberanía hidrocarburífera Nº 26.741 de 2012 y su Decreto Reglamentario N° 1277 de dicho año. Para nosotros, hay claras objeciones sobre la constitucionalidad de estas últimas normas, que además otorgan un enorme cúmulo de atribuciones al Poder Ejecutivo, sin la adecuada participación del Consejo Federal de Hidrocarburos.[54] Esto también alcanza a la reciente Ley Nº 27.007, que ha introducido modificaciones en las anteriores Leyes Nº 17.319 y Nº 26.741, con el mismo objetivo de profundizar un proceso de centralización en la materia, en base a un acuerdo logrado con los Gobernadores de las provincias productoras, que se caracterizó por su sigilo, velocidad y uso de las viejas prácticas unitarizantes del gobierno nacional. Aquí, se impone una revisión de esta legislación alejada de los principios federales de la Constitución Nacional.

[54] Véase el documentado trabajo de LORENA SCHIARITI titulado "Oscilaciones del federalismo en materia de hidrocarburos", en la Revista de Derecho Público "Diez Años de Derecho Público en la Argentina-II", 2013-2, Directores Tomás Hutchinson y Horacio Rosatti, págs. 409 y ss., Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012.

En materia de educación, es evidente el proceso de centralización operado, con violación de las normas constitucionales respectivas. Con la sanción de la Ley General de Educación y de la Ley de Financiamiento educativo, se afectaron las bases de nuestra Ley Suprema y se ha producido una notoria centralización que modificó el proceso histórico anterior que tendía a un sistema federal educativo. Se ha señalado[55] que hubo hitos en tal sentido, como los del Presidente Frondizi en 1957, que dispuso por decreto la transferencia de las escuelas primarias nacionales a las provincias, lo que se concretaría posteriormente en la década de los 70, aunque sin asignarse los fondos pertinentes. Este proceso de federalización recibió un impulso decisivo en el Congreso Pedagógico Nacional, convocado por el Presidente Alfonsín, en cuyas conclusiones aprobadas en 1988, se hizo expresa referencia a los principios federales en materia educativa. Ello originaría, ya en 1991, la sanción de la Ley Nº 24.049 de Transferencia de los Servicios educativos, donde las Provincias se hicieron cargo de las escuelas de nivel medio y terciario que dependían del Ministerio de Educación de la Nación, aunque lamentablemente, sin los fondos respectivos, lo que originaría nuevos desequilibrios fiscales en nuestra federación.

También, se ha señalado como otros hitos en este proceso de descentralización operativa en la materia: la sanción de la Ley Federal de Educación Nº 24.195 por parte del Congreso Nacional; el Pacto Educativo, celebrado entre la Presidencia y los Gobernadores en la Provincia de San Juan en 1994 y, por último, la reforma constitucional de 1994.[56]

Pero desafortunadamente, a partir del año 2003 -refiere este autor[57]-, se produjo una nueva vuelta al "*centralismo educativo*", mediante la sanción de una serie de normas, hasta llegar a la vigente Ley Nacional de Educación Nº 26.206 de 2006, que derogó la Ley Federal de Educación y que otorgó importantes atribuciones al Ministerio de Educación de la Nación. Ejemplo de ello fue la incomprensible facultad otorgada al Ministro de dicha área, de declarar en emergencia educativa las jurisdicciones provinciales; lo que demuestra en forma palmaria, la centralización

[55] Por parte de RICARDO CÉSAR ITURREZ, "Educación-un derecho de todos", Editorial Mda y Univesidad Fasta, Buenos Aires, 2013.
[56] Cfr. Iturrez, obr. cit., Cap. VIII "El federalismo educativo en Argentina", págs. 287 y ss.
[57] Cfr. Iturrez, obr. cit., Cap. XII "Análisis de la Ley de Educación Nacional 26.206", págs. 477 y ss.

imperante. Y lo propio puede sostenerse sobre la Ley de Financiamiento Educativo, que también afectó la coparticipación impositiva de las provincias. En la propuesta siguiente, continuamos con este tema educativo.

Asimismo, se pueden formular objeciones constitucionales por violación del federalismo, a la Ley Nº 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. En efecto, se han impuesto criterios centralistas y unitarios, en los arts. 1, 7 y concordantes, que avasallaron las competencias provinciales en la materia, con base en los arts. 121 y 32 de la Constitución Nacional. Recordemos que solo lo comercial interprovincial puede ser competencia federal, según lo dispuesto por el art. 75 inc. 13 de la Ley Suprema y en consecuencia, no cabe dudar de las potestades provinciales al respecto dentro de los límites respectivos.[58]

Por otra parte, cuando se observa la composición del AFSCA (Autoridad Federal de los servicios de comunicación audiovisual), (art. 14 de la Ley), sobre 7 Miembros designados por el Poder Ejecutivo de la Nación, había solo 2 propuestos por el Consejo Federal. Y en cuanto a la composición de este último órgano (art. 16 de la Ley), si bien cada Provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podían designar un representante, el peso político e institucional de esta participación provincial resultó disminuida, porque además había 14 representantes más de otras entidades. Por otra parte, en la comparación de atribuciones del AFSCA y del Consejo, resulta evidente que este último fue claramente desfavorecido en perjuicio de aquella, donde a su vez predominó notablemente el Poder Ejecutivo.

Señalamos especialmente otra decisión centralista que es menester derogar: la Ley Nº 26.853 de creación de las Cámaras de Casación. Sin poder detenernos en el análisis de la cuestión, solo señalamos que esta normativa demorará y encarecerá enormemente los juicios, especialmente para los ciudadanos del interior del país, que deberán litigar en la Ciudad de Buenos Aires, con violación del federalismo y de la tutela ju-

[58] No alcanza bajo nuestro punto de vista para superar la objeción formulada, la disposición del art. 163 de la Ley, que con el título de Limitaciones, expresa: "Las jurisdicciones provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las Municipalidades no podrán imponer condiciones de funcionamiento y gravámenes especiales que dificulten la prestación de los servicios regulados en esta ley, sin perjuicio de sus propias competencias". Es que la última frase resulta controvertida por las anteriores, donde se reafirma el avasallamiento del gobierno nacional.

dicial efectiva.[59] En torno a esto, no podemos dejar de manifestar igualmente nuestro más profundo rechazo a otra propuesta unitarizante: la creación de un Tribunal Constitucional, porque ello afectaría nuestro federalismo judicial, asentado además en el control de constitucionalidad difuso, que es preciso mantener.

Otro amplio campo normativo y de políticas que es necesario modificar es el vinculado al poder de Policía, ya que aquí se ha verificado otra ostensible violación de los principios constitucionales federales. Ello, debido a las siguientes razones expuestas por Susana Cayuso[60]: "1. Una interpretación extremadamente amplia y flexible de las facultades delegadas al gobierno central, que en la práctica significa estrechar el ámbito de las atribuciones reservadas por las provincias. 2. Un avance en los límites de la facultad reglamentaria del Estado nacional en materias propias del derecho común. 3. Una interpretación desnaturalizadora de las facultades concurrentes, con preeminencia de la facultad reguladora del gobierno central, con desmedro de las facultades de las provincias y casi excluyente de la coexistencia dispuesta constitucionalmente". Seguidamente, la autora dice: "En todos los casos el avance se justifica en el ejercicio del poder de policía. Se perfeccionó así, la concentración reglamentaria en cabeza del poder central, se institucionalizó la regla de la absoluta discrecionalidad política, se entronizó la doctrina de la emergencia económica, se ha desvirtuado el contenido y la extensión de las facultades concurrentes y el resultado es el debilitamiento institucional de las provincias"[61]. Se com-

[59] Por eso destacamos el criterio descentralizador del reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Pedraza", que ha resuelto que cada Cámara Federal del país pueda entender en las causas de los jubilados, modificando la situación actual, donde sólo intervenía la Cámara Federal de la Seguridad Social, ubicada en Buenos Aires. Véase asimismo lo expuesto sobre este tema en la Propuesta 4.

[60] SUSANA CAYUSO, "El federalismo y el poder de policía", en el libro "Aspectos jurídicos e institucionales del federalismo argentino", Director Antonio María Hernández, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011, págs. 92-93.

[61] Cfr. SUSANA CAYUSO, obr. cit., pág. 93. Más adelante, la Profesora de la Universidad Nacional de Buenos Aires, recuerda las palabras agudas y proféticas pronunciadas por un gran constitucionalista que también fue Diputado de la Nación como Juan González Calderón, al respecto: "…los legisladores nacionales se resbalan por el plano inclinado de teorizaciones exóticas y peligrosas para el porvenir de nuestras instituciones federales, orientándose visiblemente, y tal vez inconscientemente, en el sentido de unitarizar el país, saltando sobre las barreras de la Constitución, con el correlativo aniquilamiento de las autonomías provin-

prende, en consecuencia, la magnitud y profundidad de los cambios que hay que realizar -tanto normativos como jurisprudenciales-, para alcanzar la plena vigencia de nuestra Constitución federal en esta materia.

XV. Federalizar la educación

Sostiene Juan José Llach[62]: "La educación es la clave para lograr un país sin pobreza, con mayor integración social y más equitativo y, al mismo tiempo, un desarrollo productivo con crecientes contenidos de capital humano, ciencia y tecnología que incentiva a producir y exportar bienes y servicios calificados y no el capital humano mismo, como ha ocurrido tan frecuentemente durante los últimos cincuenta años. El objetivo 'social' no se contrapone con el objetivo 'económico': se trata de un mismo proceso".

Y frente a las dificultades de las provincias para tener un adecuado sistema educativo, expresa: "Para lograr el pleno acceso de la Argentina a la sociedad del conocimiento es imprescindible federalizar ampliamente la distribución de la renta fiscal y de allí la propuesta de un Fondo para el Desarrollo Humano con sentido regional, provincial y local".[63]

---

ciales por la fuerza expansiva de una legislación usurpadora e inadecuada. Ya ha hecho mucho el Congreso contra la realidad de las autonomías provinciales, disminuyéndolas y sometiéndolas bajo la coerción de leyes usurpadoras de sus más esenciales derechos, para imponer normas o reglamentaciones unitarizantes". Y luego de hacer referencia a la nota de Vélez Sársfield del art. 2611 del Código Civil, al defender las facultades reglamentarias de las Provincias de los Códigos de fondo, sostuvo: "No debe despreciarse esta ventaja que, entre otras, tiene el federalismo: permite a cada región del país, a cada provincia, arreglar su vida local en la forma que consulte más provechosamente los intereses y las características del respectivo pueblo….Lo alarmante, para quien mira sin apasionamiento la expansión progresiva del poder central, es comprobar cómo se destruyen desde el Congreso no ya los cimientos jurídicos y políticos de nuestras instituciones federales, sino también la posibilidad de que la legislación local pueda consultar, con más conocimiento del ambiente y más eficacia, las peculiaridades de cada provincia en beneficio de sus habitantes, fomentando el progreso y el bienestar colectivos…¿Qué quedará de las autonomías provinciales si se les arrebatan sus poderes de policía? ¿Para qué servirán después esas autonomías? ¿Cuáles serán las razones de su existencia constitucional?". (Obr. cit., págs. 95-6).

[62] JUAN JOSÉ LLACH, "Federales & Unitarios en el siglo XXI", obr. cit., pág. 238.

[63] JUAN JOSÉ LLACH, "Federales y unitarios…", obr. cit., pág. 239.

Compartimos estas ideas y convicciones acerca de la enorme importancia de la educación para cambiar la deprimente realidad que presenta nuestro país. Y en relación a esta y las profundas desigualdades existentes, que muestran otra faceta negativa de nuestra federación, ha escrito Alieto Guadagni[64]: "Las evidencias del Ministerio de Educación, por provincia y tipo de escuela, son las siguientes: (1) el 36% de los alumnos de sexto grado primario no sabe Matemática; sin embargo, este indicador negativo se ubica en apenas 8% en las escuelas primarias privadas de la Ciudad de Buenos Aires y trepa al 51% en las escuelas estatales en el Conurbano y Formosa. (2) El 45% de los alumnos del último año del secundario no sabe Matemática; pero en muchas provincias del NOA y del NEA este porcentaje en las escuelas estatales se ubica entre 70% y 80%, mientras que en las escuelas privadas de La Pampa apenas llega al 17%. (3) La considerable deserción de la escuela secundaria está íntimamente vinculada al nivel socioeconómico de las familias. De cada 100 alumnos que ingresaron a primer grado en el país en 2001 se graduaron 33 en 2012; pero esta cifra no refleja bien la realidad, ya que mientras las escuelas privadas graduaron 64, las estatales apenas graduaron 25. Esta significativa desigualdad es aún mayor en muchas provincias, como Santiago del Estero, donde apenas se graduaron en escuelas estatales 17, o en Misiones, donde la graduación secundaria fue de apenas 15 alumnos cada 100 ingresantes en primer grado".

No cabe dudar en consecuencia, sobre el carácter estratégico que tiene la educación para el cambio de nuestro país y la plena vigencia de la república federal consagrada en la Constitución Nacional, con igualdad de oportunidades en todo el territorio.

Y por eso, insistimos nuevamente[65] en la importancia de la educación cívica y democrática, como tarea esencial de la democracia, según enseñaba Hans Kelsen. Abogamos por un cambio profundo de nuestros usos y costumbres con altas dosis de violencia, a los fines de la elevación de nuestra cultura democrática y de la legalidad.

---

[64] ALIETO GUADAGNI, "Educar para superar la desigualdad", La Nación, 30 de abril de 2014.

[65] Como lo hicimos en nuestra obra ya citada "Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bïcentenario", págs. 158-160 y 166-167.

Para tener "ciudadanos activos", Norberto Bobbio postuló un "llamamiento a los valores"[66], señalando en primer lugar al ideal de la tolerancia[67], seguido por el de la no violencia[68], el de la renovación gradual de la sociedad a través del libre debate de las ideas y el cambio de las mentalidades y del modo de vivir[69] y, finalmente, el ideal de la hermandad (la "fraternité" de la Revolución Francesa).[70]

Ese cambio debe ser promovido por nuestra educación popular -como el accionar más urgente a desarrollar según Víctor Massuh-[71]; y podría ser acelerado por los ejemplos que brinden una dirigencia de gran formación y compromiso ético y republicano.

[66] NORBERTO BOBBIO, "El futuro de la democracia", Plaza & Janes, Barcelona, 1985, pág. 48.

[67] "Si hoy existe una amenaza para la paz del mundo, ésta viene una vez más del fanatismo, o bien de la ciega creencia en la verdad y en la fuerza capaz de imponerla. Huelga dar ejemplos: los tenemos antes nuestros ojos". (Cfr. NORBERTO BOBBIO, obra citada, pág. 48).

[68] "Jamás he olvidado la enseñanza de Karl Popper, según la cual, lo que distingue esencialmente a un gobierno democrático de otro no democrático es el hecho de que sólo en el primero los ciudadanos se pueden desembarazar de sus gobernantes sin derramamiento de sangre. Las tan escarnecidas reglas formales de la democracia han introducido, por primera vez en la historia, técnicas de convivencia, cuyo objeto es el de resolver los conflictos sociales sin recurrir a la violencia. Sólo allí se respetan estas reglas, el adversario no ya un enemigo (que debe ser destruido), sino un opositor, que mañana podrá ocupar nuestro lugar". (Cfr. NORBERTO BOBBIO, obra citada, pág. 48).

[69] "Solo la democracia permite la formación y la expansión de las revoluciones silenciosas, como ha ocurrido en estos últimos decenios con la transformación de la relación entre los sexos, que tal vez sea la mayor revolución de nuestros tiempos". (CFR. NORBERTO BOBBIO, obra citada, págs. 48-49).

[70] "Gran parte de la historia está hecha de luchas fratricidas. En su Filosofía de la Historia, Hegel define la historia como un "inmenso matadero". ¿Acaso podemos quitarle la razón? En ningún país del mundo puede perdurar el régimen democrático sin convertirse en una costumbre. Pero ¿puede convertirse en una costumbre sin el reconocimiento de la hermandad que une a todos los hombres en un destino común? Se trata de un reconocimiento mucho más necesario hoy, en que cada día nos hacemos más conscientes de este destino común, por lo cual deberemos, guiándonos por ese podo de luz de razón que ilumina nuestro camino, actuar en consecuencia". (Cfr. NORBERTO BOBBIO, obra citada, pág. 49).

[71] "Se trata de una docencia democrática a vivirse en el hogar, en el seno de los partidos, en la universidad, en las calles, en el municipio, en las instituciones, en las urnas. Reconocer que la democracia es una gimnasia cotidiana, un estado de espíritu que comienza con este doble movimiento: la aceptación de la disidencia y el reconocimiento de que un orden justiciero es fruto del esfuerzo común y no de una ofrenda providencial". (VÍCTOR MASSUH, "La argentina como sentimiento", Editorial Sudamericana, págs. 153-154).

Insistimos en que la educación debe basarse especialmente en el conocimiento de los principios y valores de la Constitución Nacional y de su sistema republicano y federal.[72]

XVI. Ejercer un federalismo de concertación para la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales

El reconocimiento expreso del dominio originario de los recursos naturales de las Provincias, efectuada por la Convención de Santa Fe y Paraná de 1994, en el art. 124 de la Ley Suprema, debe observarse como una contundente expresión del fortalecimiento del federalismo argentino, que fue una de las grandes ideas-fuerza de la reforma.

Y con respecto a la extensión del dominio de los recursos naturales por las provincias, dijimos en la Convención Constituyente, en nombre de la Comisión de Redacción, en el debate en particular de la norma: "Cuando nos referimos al alcance de lo que corresponde a las provincias en cuanto al dominio de los recursos naturales existentes en su territorio, la Comisión interpreta que el territorio comprende tanto el suelo, como el subsuelo, el espacio aéreo y el litoral marítimo. Por supuesto, también son de dominio de las provincias los recursos renovables o no".[73]

Esta clara definición constitucional sobre el dominio de los recursos naturales por las provincias en sus respectivos territorios, ha significado un cambio trascendental para afirmar el federalismo económico, pero

[72] Como lo dispuso la Ley Nº 25.863 de 2003, sancionada por el Congreso a propuesta de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional que en ese entonces presidíamos, al establecer el 1º de Mayo como Día de la Constitución Nacional. Desafortunadamente, como en tantos otros casos, tampoco se cumple esta normativa tan importante para nuestra educación cívica y democrática.

[73] "Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente", Santa Fe-Paraná, 1994, tomo IV, pág. 3864. Uno de los temas más importantes es el del mar, donde ya no pueden quedar dudas sobre dominio de las provincias costeras, tal como lo venían señalando antes de la reforma Frías, Bidart Campos, Díez y Marienhoff, entre otros autores. El Congreso también deberá modificar el alcance de la jurisdicción provincial en el mar así como avanzar en fórmulas asociativas con la Nación, para la explotación de los recursos inmensos de la "zona económica exclusiva" que ahora se extiende a más de 200 millas.

todavía no ha podido efectivizarse por la inacción legislativa y la falta de una adecuada jurisprudencia.[74]

Aclaramos, además, que para nosotros, por la reforma constitucional producida, la legislación centralista debió perder sus efectos, por una elemental aplicación de la gradación normativa, determinada por el art. 31 de la Ley Suprema de la Nación. Sin embargo, ya vimos anteriormente el caso de los hidrocarburos entre otros, como demostración de la anomia que nos caracteriza.

Más allá de esto, la reforma constitucional no solo dispuso cambios sustanciales en esta materia, con respecto al dominio de los recursos naturales (como el mar, hidrocarburos, minerales, los recursos hídricos y la energía), sino también sobre la jurisdicción. Un ejemplo notable en este último aspecto es la modificación efectuada en el art. 75, inc. 30, que deja a salvo el ejercicio de los poderes de policía y de imposición de provincias y municipios en los establecimientos de utilidad nacional, siempre que no interfieran su específica finalidad, lo que reviste especial trascendencia para el futuro del federalismo.

En base a lo expuesto, consideramos que para la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, con un concepto de desarrollo sustentable, se abre un campo amplísimo para el federalismo de coordinación o concertación, mediante la utilización de las relaciones y entes interjurisdiccionales.

Es necesario producir una modernización institucional que sume los esfuerzos de todos los niveles gubernamentales interesados, en una sinergia que nos permita alcanzar soluciones sustentables en el aprovechamiento del mar, de la pesca, de los hidrocarburos, de los minerales y de otros recursos naturales.[75]

---

[74] Es evidente que el Congreso no produjo las reformas legales pertinentes, para la adecuación a la Ley Suprema. Asimismo, en cuanto a la jurisprudencia, señalamos el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Total", en 2003, donde no se reconoció dicho alcance del territorio de la provincia de Tierra del Fuego para poder percibir tributos sobre las explotaciones petrolíferas que realiza la empresa en el mar.

[75] Véase ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, "El federalismo, ausente en el impulso de YPF", nota publicada en Clarín, Buenos Aires, 8 de julio de 2014, Opinión, pág. 25.

XVII. Federalizar los servicios públicos de competencia nacional

No obstante de que la reforma constitucional de 1994 dispuso en el art. 42 -al regular los derechos de usuarios y consumidores- la participación de las provincias en los organismos de control de los servicios públicos de competencia nacional[76], no se han podido verificar modificaciones en esta materia, donde han continuado las políticas centralistas. Todo ello, con inexcusable responsabilidad no solo de las autoridades federales, sino también de las provinciales, como bien lo han señalado Alejandro Pérez Hualde[77] y Nidia Karina Cicero[78].

Este otro incumplimiento del proyecto federal se debió a distintas razones, como ha puntualizado esta autora[79]: efectivamente, no han participado las provincias en dichos organismos de control; que, además, han sido desnaturalizados por su falta de independencia; que en algunos casos fueron creados por Decreto y no por leyes del Congreso y, finalmente, por la inexistencia de una participación adecuada de ciudadanos y usuarios y consumidores, que hubiese permitido un buen funcionamiento de los servicios con un sistema regulatorio eficaz.

Mirando al futuro, Cicero[80] propone para asegurar la participación provincial en estos servicios: a) la intervención en el diseño de la regulación, esencialmente a través del debate legislativo, lo que implica la imposibilidad del dictado de decretos del Poder Ejecutivo y la derogación de la legislación de emergencia económica; y b) la intervención en el control de gestión, a través de las siguientes alternativas: 1. Integración de los entes reguladores nacionales por representantes de las provincias involucradas. 2. Delegación de la facultad de control de ciertos aspectos de

[76] Entre los que se destacan los de gas, aeropuertos y transporte en sus diversas modalidades.

[77] ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, "Servicios públicos en el constitucionalismo provincial", en el libro "Aspectos jurídicos e institucionales del federalismo argentino", Director Antonio María Hernández, editado por el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010.

[78] NIDIA KARINA CICERO, "Servicios públicos y federalismo-Análisis de una historia de conflictos y una propuesta de superación", de Nidia Karina Cicero", Eudeba, Buenos Aires, 2013. Se trata de la Tesis Doctoral de la autora, dirigida por el Dr. Alejandro Pérez Hualde, con un estudio profundo de tan trascendente cuestión, estrechamente ligada al federalismo de coordinación o concertación.

[79] NIDIA KARINA CICERO, obr. cit., pág. 336.

[80] Obr. cit., págs. 339 y ss.

la regulación federal en organismos locales. 3. Cooperación provincial en el control del servicio público federal a través de la detección y comunicación de incumplimiento a los organismos provinciales competentes.

Y para concretar esta participación, la autora sostiene la necesidad de una relectura de las facultades concurrente en materia de control o poder de policía, la celebración de acuerdos interjurisdiccionales y la transferencia a la órbita provincial de servicios actualmente regulados a nivel nacional.[81]

XVIII. Afianzar los principios federales en la doctrina y organización de los partidos políticos

Consideramos que al haberse constitucionalizado los partidos políticos en el art. 38 -otra obra de la reforma de 1994-, con la obligación de respetar la Ley Suprema, los mismos deben aceptar, practicar y defender los valores y principios del federalismo no solo en la organización estatal, sino también en su propia organización y funcionamiento.

Es que otra de las causas de la desfederalización del país ha sido la falta de cumplimiento adecuado de estos principios por parte de los partidos políticos, especialmente por su actuación en el Congreso y, en particular, en el Senado.[82]

Interrelacionado con ello, el hiperpresidencialismo, la democracia delegativa y las emergencias degradaron nuestra calidad institucional, impidieron la plena vigencia de la democracia deliberativa y de los principios republicanos y federales[83] y afectaron profundamente los partidos políticos.

A su vez, ese hiperpresidencialismo ha significado en no pocos casos la confusión de partido oficialista y gobierno. Incluso, en algunos casos, se ha llegado a confeccionar las listas de legisladores desde la Presidencia,

[81] Cfr. NIDIA KARINA CICERO, obr. cit., págs. 341 y ss.
[82] Recuérdese lo expuesto en la Propuesta Nº 3 sobre el fortalecimiento del rol del Congreso y Senado en particular.
[83] Remitimos a la nota 13. Véanse también los trabajos de DANIEL ALBERTO SABSAY, "Consideraciones en torno al federalismo argentino" y MARIO MIDÓN, "Ilegitimidades constitucionales en nombre del federalismo", en el libro "Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino", ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ (Dir.), obr. cit., págs. 247 y ss. y 271 y ss., respectivamente.

como demostración indudable de centralismo. Y el mismo fenómeno se ha repetido, en los niveles provinciales y municipales, con los Gobernadores e Intendentes.

Por eso, Barrera Buteler concluye en que las deficiencias del federalismo argentino tienen una raíz ética y cultural, antes que normativa, ya que los representantes en el Congreso no responden a las Provincias y sus intereses, sino al proyecto político del dirigente que lo incluyó en la lista.[84]

De ahí, que el autor proponga que se introduzcan mayores exigencias legales para el reconocimiento de partidos políticos nacionales en relación con el federalismo, que se disminuya el efecto "arrastre" que se produce por las elecciones nacionales, provinciales y municipales conjuntas y que se fortalezca el vínculo entre representante y representado.[85]

Por nuestra parte, desde hace tiempo, somos partidarios de una profunda reforma política[86], con especial énfasis en los partidos políticos y en el sistema de partidos.[87]

Creemos que hay avanzar en la misma[88] en los aspectos relativos al sistema electoral[89], a la organización de las elecciones -que no pueden

[84] GUILLERMO BARRERA BUTELER, "Aspectos políticos del federalismo", en el libro "Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino", Director Antonio María Hernández, obr. cit., pág. 287.
[85] Cfr. BARRERA BUTELER, obr. cit., pág. 288.
[86] Para un análisis completo de la reforma política en América Latina, véase especialmente la Tesis Doctoral en Ciencia Política de DANIEL ZOVATTO, presentada en la Universidad Complutense de Madrid, en 2011, titulada "La reforma político-electoral durante la tercera ola democrática en América Latina", que abarca el período 1978-2009, entre otros trabajos de dicho autor. Asimismo, "Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007", DANIEL ZOVATTO Y JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ (Coords), editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Internacional IDEA, Méjico, 2008.
[87] Véase ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ Y JOSÉ MANUEL BELISLE, "Regulación jurídica de los partidos políticos en Argentina", en la obra "Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina", DANIEL ZOVATTO (Coord.), UNAM e Internacional IDEA, Méjico, 2006, págs. 191-242; y antes, "Por una profunda reforma política", La Voz del Interior, Córdoba, 23 de diciembre de 2000.
[88] Como lo hemos propuesto en nuestras obras "Fortalezas y Debilidades Constitucionales", ya citada, pág. 159 y "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", obr. cit., Cap. XVII "La Constitución de Córdoba y la reforma política", págs. 457 y ss.
[89] Nuestro país posiblemente sea el más atrasado de América Latina en esta materia, ya que todavía continúa con el sistema de boletas múltiples, con todas las

seguir estando en las manos del Ministerio del Interior[90]- e incluso de la propia justicia electoral, con especial énfasis en su fortalecimiento e independencia.

En lo específicamente electoral, estimamos negativamente las reelecciones indefinidas que se permiten en varias provincias y en gran parte de los municipios del país. Ellas consolidan el hiperpresidencialismo, terminan afectando el sistema republicano y democrático e impiden la renovación de las dirigencias.

Estamos convencidos de que la parte sustancial de una reforma política reside en la mayor democratización, modernización y fortalecimiento de los partidos políticos. Se deben abrir los partidos y profundizar la democracia interna, para superar la denominada "ley de hierro de las oligarquías partidarias".[91] Y ponerse el énfasis en el eficaz cumplimiento de sus funciones, como instituciones fundamentales de nuestro sistema democrático, como lo dice el art. 38. En este aspecto, consideramos plausible la selección de candidatos en el orden federal, a través de internas abiertas simultáneas y obligatorias, que deben extenderse a los órdenes provinciales y municipales. Las cuestiones de la financiación de la política son trascendentes, porque están vinculadas a uno de nuestros más graves problemas: la corrupción.[92] Otro aspecto decisivo es la formación y capacitación de la dirigencia de los partidos políticos. En este sentido, se debería dar estricto cumplimiento al art. 38 de la Constitución Nacional que ha previsto la asignación de fondos a los partidos políticos con esta finalidad.[93]

---

corruptelas que ello permite. Y ello rige en casi todos los órdenes gubernamentales, con pocas excepciones como en las Provincias de Córdoba y Santa Fe con boleta única, y algunas otras experiencias municipales de voto electrónico.

[90] Es muy interesante observar la experiencia mejicana al respecto, con su Instituto Federal Electoral, que significará un notable avance en esta materia.

[91] Como lo sostuviera Robert Michels.

[92] Véase nuestra obra "Fortalezas y Debilidades constitucionales…", ya citado, págs. 151-156 y 167-168.

[93] Recordamos las opiniones de Weber y de Ortega y Gasset sobre las exigencias y condiciones para ser un político en serio, ya que se que se requiere conjuntamente una extraordinaria capacidad de pensamiento y de acción. Y frente a la complejidad del mundo moderno, hacen falta verdaderas carreras políticas, centros de investigación y de pensamiento en los partidos, además de escuelas de formación para los jóvenes y los dirigentes. Esta reforma es particularmente urgente en nuestro país, ante el más que preocupante estado de situación de nuestros partidos y del sistema de partidos.

Queremos destacar, especialmente, un aporte para nuestra Provincia, que creemos puede ser útil para otras y para el resto de nuestros órdenes gubernamentales: el profundo estudio realizado por la Comisión Consultiva de Expertos para la Reforma Político Electoral, que culminara con un Dictamen y la edición de una obra.[94]

En directa relación con el federalismo, hemos señalado la necesidad de su profundización, mediante la existencia de partidos políticos específicamente provinciales y municipales[95], que consideramos muy importantes para vigorizar y jerarquizar la política y la autonomía en dichos ámbitos gubernamentales, mediante el análisis y debate de los temas respectivos.

Coincidiendo con Joaquín V. González, que decía que los municipios eran el "primer teatro" en que los hombres ejercían sus derechos, sostuvimos que los gobiernos locales autónomos y ampliamente participativos deben ser "la escuela social de la democracia" y el escenario donde debe comenzar el "cursus honorum" de la política. Deben ser porque todavía no lo son, ya que aunque ha sido notable el avance de nuestra legislación para posibilitar una democracia participativa en lo local, en los hechos se observan preocupantes problemas al respecto, por nuestra baja calidad institucional.[96]

---

[94] Titulada "Así no va más-Diagnóstico y propuesta de reforma político-electoral de la Provincia de Córdoba", Dictamen de la Comisión Consultiva de Expertos, editado por las Universidades Católica y Nacional de Córdoba y la Educc (Editorial de la Universidad Católica de Córdoba), Córdoba, 2008. Dicha Comisión fue presidida por el Dr. Daniel Zovatto e integrada por los Rectores de ambas Universidades, Carolina Scotto y Rafael Velasco, los Decanos Ramón P. Yanzi Ferreyra y Mario Riorda, los Profesores Jorge Gentile y el suscripto y la Dra. Claudia Laub, de la organización no gubernamental El Agora. Allí se propuso una reforma constitucional y otras reformas legislativas y ejecutivas, para modificar todos los aspectos de la reforma político-electoral, abarcando no sólo el orden provincial sino también el municipal. Por razones de brevedad, nos remitimos a dicho libro para el análisis de dicha temática. Desafortunadamente, muy pocas propuestas se concretaron, entre las que contamos la eliminación de la sumatoria de votos y la consagración de la boleta única. Pero confiamos en que algún día dicho estudio producirá muchos mayores cambios en nuestra provincia y en nuestros gobiernos locales. Véase Antonio María Hernández, "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", obr. cit., Cap. XVII "La Constitución de Córdoba y la reforma política", págs. 457 y ss.

[95] En nuestra obras, "Derecho Municipal", 2ª. Ed., Depalma, Buenos Aires, 1997 y "Derecho Municipal-Parte General", UNAM, Méjico, 2003, en respectivos Capítulos sobre la Participación ciudadana en el Municipio, donde analizamos el tema de los partidos políticos, entre otras formas de participación tanto específicamente políticas como de carácter ciudadano.

[96] Además de la participación estrictamente política por el reconocimiento de los

Además de ello, es cada vez mayor la importancia que la política provincial y aún la municipal tiene en el contexto nacional. Adviértase que la mayoría de quienes fueron Presidentes -luego de la recuperación democrática de 1983-, antes fueron Gobernadores o Jefes de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.[97]

Y lo propio puede decirse de la trascendencia de la política municipal. En este sentido, no podemos dejar de considerar lo que ocurre en la Provincia de Buenos Aires, por su especial peso político. Es para nosotros imperioso que se modifique el régimen municipal, no solo para asegurar la autonomía[98], sino también la descentralización política y democrática provincial. Desde hace tiempo, venimos sosteniendo que hay que cambiar el sistema centralista de un solo gobierno municipal por Partido, que significa la existencia de apenas 135 para más de 307.000 Km2 y de 16.000.000 de habitantes. La democracia local debe profundizarse en dicha Provincia con muchos más municipios autónomos y participativos. Debe destacarse especialmente -sin embargo- la prohibición de las reelecciones indefinidas que acaba de sancionarse en 2016, como una medida de especial trascendencia en esta materia.

---

derechos políticos de elegir y ser elegido para ciudadanos e incluso extranjeros, de formar partidos políticos locales y de ejercitar institutos de democracia directa o semidirecta como la iniciativa, el referéndum y la revocatoria, las Constituciones Provinciales, Leyes Orgánicas Municipales y Cartas Orgánicas Municipales, en general han posibilitado el ejercicio de otras formas de participación, que denominamos ciudadanas. Entre ellas destacamos la vecinal, a través de Centros y Consejos Vecinales; la de Audiencias públicas; la de Consejos Económicos y Sociales; entre otras. (Cfr. Nuestras obras citadas en la nota anterior). Con respecto a nuestros problemas de baja calidad institucional, obsérvense las diversas encuestas y estudios sobre la crisis de la participación y de la representación y la debilidad que exhibimos en cultura constitucional y de la legalidad. (Véase HERNÁNDEZ, ZOVATTO Y MORA Y ARAUJO, "Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica", obr. cit.).

[97] La politóloga JULIETA SUÁREZ CAO titula uno de sus trabajos "¿Federal en la teoría y unitaria en la práctica? Una discusión sobre el federalismo y la provincialización de la política", Revista SAAP, Vol. 5 Nº 2, noviembre 2011, págs. 305-321. Asimismo, ALBERTO DALLA VIA, Profesor de Derecho Constitucional y Miembro de la Cámara Nacional Electoral, analizó la territorialización de la política en su libro "La competencia política en el federalismo argentino", Eudeba, Buenos Aires, 2010.

[98] Consagrada constitucionalmente en el art. 123, como obligación para las Provincias. También, es lamentable la violación en que también se encuentran las Provincias de Santa Fe y Mendoza al respecto, que todavía no han adecuado sus textos constitucionales a la Ley Suprema.

Reiteramos la imprescindible necesidad de una metodología interdisciplinaria para el estudio del federalismo[99], que ya está produciendo frutos, como se aprecia en los aportes provenientes de politólogos que enriquecen con su análisis el conocimiento de una temática tan compleja como la que nos ocupa.[100]

XIX. Descentralizar e integrar el país en otros aspectos

Se comprenderá que es menester llevar adelante un proceso de descentralización e integración del país que abarque otros aspectos, además de los previamente considerados.

Nos referimos ahora, a las obras de infraestructura, transporte y comunicaciones, como elementos también decisivos para un desarrollo nacional equilibrado.

Podemos ejemplificarlo en la necesidad de avanzar en los corredores bioceánicos -al norte, al centro y al sur del país-, lo que significa consolidar los pasos cordilleranos que vinculen a Argentina y al Mercosur con Chile[101] y, luego de ahí, al Pacífico y al Asia, con el enorme potencial que ello implica para el futuro.

---

[99] Como lo indican los libros de "Aspectos fiscales y económicos del federalismo" y "Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino", ya citados, que cuentan con la participación de especialistas de dichas disciplinas, junto a los provenientes del derecho. Asimismo, creemos en esa clase de metodología para el estudio del derecho constitucional, del constitucionalismo provincial y del derecho municipal, como lo hemos postulado en nuestras obras respectivas antes citadas.

[100] Ejemplos de ello son los trabajos de ALEJANDRO BONVECCHI, "Federalismo fiscal y supervivencia presidencial" y CARLOS GERVASONI, "Transferencias federales y competitividad electoral: la ventaja oficialista de gobernadores en provincias argentinas (1983-2011)", en el libro "Consecuencias económicas y políticas del federalismo fiscal argentino", Carlos Gervasoni y Alberto Porto (Eds.), obr. cit., págs. 35-72 y 73-104, respectivamente. También, señalamos la obra "El federalismo argentino en perspectiva comparada", Tulia Falletti, Lucas González y Martín Lardone (Eds.), Educa, Buenos Aires, 2013, con énfasis en la relevancia de la política local y territorial en estos tiempos, de la misma manera que lo hace Suárez Cao, previamente citada en la nota 86. Y desde luego, los aportes histórico-políticos de JULIO SAGUIR en su obra "Unión o Secesión", Prometeo, Buenos Aires, 2007 y los de NATALIO BOTANA, en su clásica obra "El orden conservador" , entre otros libros y artículos periodísticos de su autoría.

[101] Como ya lo disponen Tratados celebrados al respecto.

Esto también implica un mejor aprovechamiento de las hidrovías Paraná-Paraguay y Paraná-Tieté, que en particular servirán para la vinculación con Brasil, en los corredores señalados.

Por cierto, que esta propuesta está relacionada con otras y particularmente con la integración regional, tanto nacional como supranacional.[102]

En el sistema de transporte, también estimamos como muy necesaria la recuperación de nuestros ferrocarriles, atento la importancia que alcanzaron y las dimensiones enormes de nuestra geografía.

Por cierto, que la infraestructura y los transportes deberán integrar el país, modificando nuestra macrocefalia y de acuerdo a una planificación federal.[103]

La descentralización y la desconcentración del gobierno federal -asentado en Buenos Aires-, también podrían llevarse adelante trasladando desde Poderes[104] hasta organismos al interior del país. Es muy importante acercar el gobierno y la administración a los ciudadanos en un país de tan dilatadas dimensiones.

Asimismo, creemos que también es conveniente disminuir la gran concentración que se advierte en muchos ámbitos de la organización empresarial, sindical, cultural, de las comunicaciones y deportiva, porque inciden en la centralización y asimetrías que padecemos.

---

[102] Véanse entre otros trabajos de nuestra autoría: el libro "Integración y globalización: Rol de las regiones, provincias y municipios", Depalma, Buenos Aires, 2000; y los trabajos "Estudio sobre los aspectos jurídico-constitucionales de la regionalización", "Anteproyecto de Tratado de integración regional entre las Provincias de Córdoba, Entre Ríos y Santa Fe", "El gran desafío de la integración regional", "La región y el área metropolitana de Córdoba" y "A diez años de la creación de la Región Centro", obrantes en el libro "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", ya citado, págs. 531-553.

[103] Prueba de ello es la concentración absurda del transporte aéreo en Buenos Aires, que dificulta y encarece enormemente nuestras conexiones interprovinciales, además de los problemas de nuestra infraestructura vial y ferroviaria. Recuérdense las críticas de Bonifacio del Carril en "Buenos Aires frente al país", por el sistema de embudo de esta última infraestructura, entre otros autores. (Cfr. Elva Roulet, "La nueva capital", Fundación Jorge Esteban Roulet Centro de Participación política", Buenos Aires, 1987, en el punto "El Gran Buenos Aires", págs. 43 y ss.)

[104] Como Alemania, que tiene a sus Poderes Legislativo y Ejecutivo en Berlín, pero al Tribunal Constitucional en Kalsruhe.

XX. Trasladar la Capital Federal

No por ser la última propuesta deja de tener una especial trascendencia para el fortalecimiento de nuestro federalismo.

Es que no se puede desconocer la importancia de que en un Estado tiene su capital y mucho más, cuando se trata de uno que es Federal o sea compartido entre diversos órdenes gubernamentales en la búsqueda de la "unión" de la "diversidad", que requiere de especiales equilibrios.[105]

Ejemplos de ello son los casos de: Estados Unidos con Washington, Suiza con Berna, Canadá con Ottawa, Australia con Canberra y más cercanamente, Brasil con Brasilia.

Este ha sido uno de los temas más complejos y conflictivos de nuestra historia, como lo dijera Félix Luna, ya que la Ciudad de Buenos Aires pudo imponer su destino de Capital.[106]

Hubo, sin embargo, distintas propuestas como la antes recordada de Sarmiento en "Argirópolis" que la ubicaba en la isla de Martín García, como Capital de los Estados Unidos del Río de la Plata, integrados por la Confederación Argentina, Paraguay y Uruguay. Además de distintos proyectos de leyes para fijarla en Rosario, Bell Ville y Villa María.[107]

Tal como lo recordamos anteriormente en la Propuesta 5, se confirmaron en la realidad los problemas que anticiparon grandes personalidades argentinas y especialmente Alem con su conocida profecía,[108]

[105] Véase nuestra obra ya citada "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", Cap. I "Los sistemas políticos federales", en el punto 4: "Federalismo: unión y diversidad" (págs. 8-9) y punto 7. "Conceptos y características esenciales de los Estados federales", con las opiniones de Hamilton, Loewenstein, Elazar, Kincaid, Watts y Linares Quintana (págs. 14-16).

[106] Nos remitimos a nuestra obra ya citada "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", en su Cap. V "La Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994", punto 1. "Buenos Aires y el país. Síntesis histórica", págs. 141 y ss.

[107] En el caso de esta última ciudad, se sancionó una ley en 1871 por el Congreso que así lo disponía, pero fue vetada por el Presidente Sarmiento, que hizo lo propio en ese mismo año con otra ley posterior que fijaba la Capital en Rosario. Para un análisis histórico de este tema, véase el libro "La nueva Capital", de ELVA ROULET, editado por la Fundación Jorge Esteban Roulet Centro de Participación política, Buenos Aires, 1987, en el punto "La cuestión capital de la República", págs. 13 y ss. Previamente, el Presidente Mitre había también vetado otra ley que declaraba Capital a Rosario.

[108] De que iba a ser la "apoplejía en el centro y la parálisis en las extremidades", citando palabras de Laboulaye. Previamente dijo el gran tribuno: "Los partidarios

enunciada en el brillante debate con José Hernández, con motivo de la capitalización de Buenos Aires, operada en 1880.

Ya en el siglo XX, hubo distintos proyectos para trasladar la Capital[109], hasta que el Presidente Alfonsín en su discurso de Viedma[110], anunció la presentación de un anteproyecto al Consejo de Consolidación de la Democracia, donde expresó: "Tal como se predijo en su momento, el crecimiento metropolitano ha transformado el sistema político argentino, destruido las bases del federalismo y creado una vasta y compleja red de dificultosas relaciones políticas, económicas y sociales. Leandro N. Alem examinó el tema en famoso debate de la Legislatura bonaerense. Lo ubicó en el mismo sitio trascendente de definición de un sistema político que es necesario reactualizar por tratarse de una visión profética que coincide con el diagnóstico de la actual realidad argentina".

Dicha iniciativa presidencial[111] prosperó y el Congreso de la Nación sancionó la Ley Nº 23.512 en 1987, que así lo dispuso para las ciudades de Viedma y Carmen de Patagones, previa cesión efectuada por Leyes Nº 2.086 y Nº 10.454 de las Provincias de Río y de Buenos Aires, respectivamente.

Como ya se sabe, dichas Leyes no se cumplieron y la situación se ha agravado, como lo indica la situación actual de nuestro federalismo, según lo expuesto en este trabajo.

de la centralización se equivocan en los resultados que esperan. Cometen un error filosófico en sus apreciaciones. La concentración del poder no produce ese vigor y esa mayor vitalidad de un país. Tendrá a su disposición mayor cantidad de elementos, pero la fuerza de éstos se debilitará paulatinamente, porque así se debilita su propia iniciativa y su propia actividad, que es el impulso verdadero del progreso. La centralización, atrayendo a un punto dado los elementos más eficaces, toda la vitalidad de la República, debilitará necesariamente las otras localidades". Cfr. "Federalismo y centralización en el discurso de Leandro Alem" - La Capitalización de Buenos Aires-, Edición de la Presidencia del H. Senado de Buenos Aires, 1986, pág. 97. Este discurso es una notable pieza oratoria, que revela las calidades intelectuales y culturales del gran político, que abogó por el federalismo, el municipalismo y los partidos políticos.

[109] Véase ELVA ROULET, obr. cit., punto "Hacia el traslado de la Capital", págs. 50 y ss. Hubo no solo propuestas políticas y legislativas, sino también académicas como las de Manuel Solanet, Adolfo Holmberg y Alejandro von der Heyde Garrigós.

[110] Pronunciado el 15 de abril de 1986 en dicha ciudad, capital de la Provincia de Río Negro.

[111] De trasladar la Capital a Viedma-Carmen de Patagones, marchando al sur, al frío y al mar, y que formaba parte de otras iniciativas para profundizar nuestro federalismo, donde también se incluía una reforma constitucional. Cfr. ELVA ROULET, obr. cit., pág. 53.

Por ello, proponemos nuevamente el traslado de la Capital, en base a los argumentos de tipo histórico, político, económico y social que hemos expuesto en este aporte -al analizar la realidad nacional-, a los que se suman los provenientes de la doctrina del federalismo y del derecho comparado que hemos mencionado.

Consideramos imprescindible y urgente descentralizar y desconcentrar el país, con una enérgica voluntad política para cumplir el proyecto federal de la Constitución y mejorar nuestro ordenamiento territorial.

Habrá que discutir nuevamente el futuro emplazamiento de la Capital, en base a criterios estratégicos e interdisciplinarios.

Sostengo que el asiento de las autoridades federales debe ser en una ciudad modesta[112], lo más alejada posible de los intereses corporativos, para que primen las virtudes republicanas, democráticas y federales y se pueda pensar en grande el destino de nuestra Nación.[113]

La actual Ciudad Autónoma de Buenos tiene sus problemas institucionales resueltos por la reforma constitucional de 1994 y gozará seguramente en el futuro de su autonomía plena, como otro miembro más de nuestra Federación.[114]

Conclusión

Al finalizar la exposición de las 20 propuestas, abogamos nuevamente, por el ejercicio de una política arquitectónica, que nos permita cambiar esta realidad deprimente del centralismo, la decadencia y la anomia en que nos encontramos.

[112] Así lo sostuvo FÉLIX LUNA, en su obra ya citada, "Buenos Aires y el país", Sudamericana, Buenos Aires, 1982.

[113] EZEQUIEL MARTÍNEZ ESTRADA expresó una muy crítica opinión sobre la Ciudad de Buenos Aires como Capital Federal: "…Las provincias han creído que Buenos Aires, como sede de las autoridades nacionales, era el punto supremo de la aspiración de todos, mientras que Buenos Aires procedió con esos aportes sagrados con un criterio no sólo unitario sino verdaderamente municipal. Se engrandeció, se embelleció, se fortificó, más exclusivamente como urbe y no como Capital Federal". (Cfr. "La cabeza de Goliat", Buenos Aires, 1940, pág. 31).

[114] La Convención Constituyente distinguió los dos temas: el de la Ciudad Autónoma de Buenos y el de la Capital Federal. Por tanto, si dejara de ser la Ciudad Autónoma la sede de las autoridades federales, mantendrá el status constitucional ya reconocido. Véase nuestra obra ya citada, "Federalismo y Constitucionalismo Provincial", Cap. V.

Sabemos que no es tarea fácil. Hay que enfrentar poderosos intereses y superar una deficiente cultura constitucional y de la legalidad, que muestran la magnitud y alcance de los desafíos.

Para ello, habrá que apelar a los mejores ejemplos de nuestra historia que nos permitan producir esta verdadera reconstrucción de nuestros valores cívicos, para consolidar el proyecto republicano, federal y democrático de nuestra Constitución Nacional.

El patrimonio de las organizaciones sindicales de trabajadores*

Altamira Gigena, Raúl E.**

---

* *Conferencia pronunciada en sesión ordinaria el día 1° de julio de 2014.*

** *Académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

Como toda asociación no estatal, el sindicato y la unión deben lograr formar sus patrimonios para desarrollar las actividades previstas en los estatutos, en la legislación, en el CCT, y las resoluciones de la Comisión Directiva, Asambleas y Congresos.

La integración del patrimonio tiene sus recaudos y límites para evitar injerencia del Estado y de los empleadores, y garantizar la independencia y autonomía de la or-ganización sindical.

Para resguardar las pautas enunciadas, el legislador considera como "práctica desleal y contrarias a la ética de las relaciones profesionales del trabajo", por parte de los empleadores o de sus asociaciones profesionales: "***subvencionar en forma direc-ta o indirecta a una asociación sindical de trabajadores***" (art. 53 inc. a) Ley N° 23.551).

Con relación al Estado, el mismo dispositivo legal prohíbe al Estado, por medio de la Autoridad Administrativa del Trabajo, intervenir en la dirección y administración de las asociaciones sindicales, y en especial restringir el manejo de los fondos sindicales (art.57 LAS).

Para poder cumplir las normas legales descriptas, los diferentes dispositivos estipularon en general, cómo se constituye el patrimonio de las asociaciones sindicales de trabajadores

a.- Por las cotizaciones (aportes) ordinarias y extraordinarias de los afiliados, y no afiliados ("*contribuciones de solidaridad*") que se pacten en los CCT;

b.- Las contribuciones de los empleadores expresamente previstas en la CCT;

c.- Los bienes adquiridos, sus frutos y rentas;

d.- Las donaciones, legados, aportes y recursos no prohibidos por LAS.

Para contribuir a la integración del patrimonio, la norma otorga beneficios espe-ciales a las asociaciones sindicales con personería sindical quedando excluidas (de estos beneficios) las asociaciones "simplemente inscriptas".

Aplicando la doctrina de la CS en "ATE" y "ROSSI", las observaciones formuladas por la OIT, la Resolución Conjunta N° 103/2001 de la Sub-

secretaria de Relaciones Laborales y General 1027 de la AFIP, se extendió el tratamiento tributario a todas la asociaciones sindicales de trabajadores tengan o no personería gremial, similar a las entidades sin fines de lucro.

El Decreto N° 23.852/45: Para constituir su patrimonio "los sindicatos no podrán recibir subsidios de organismos políticos nacionales o de organizaciones extranjeras o internacionales ni ayuda económica de empleadores ni admitir directa ni indirectamente su intervención en el gobierno de la entidad" (Art. 6).

El Decreto Ley N° 9270/56: Las asociaciones profesionales para integrar su patrimonio podrán imponer cotizaciones o cuotas a sus afiliados (art. 16 inc. k), a cuyo fin deberán llevar su contabilidad en forma que permita controlar el movimiento eco-nómico de la asociación. Los libros (contables) deberán ser rubricados por el Ministerio de Trabajo y Previsión o por el Ministerio que haga sus veces (art. 17 inc. d).

"El aporte y las retenciones jubilatorias correspondiente, estarán a cargo de la entidad obligada legal o convencionalmente a abonar los jornales o sueldos" (art. 18 in fine).

"Todo miembro que dejare de pertenecer a una asociación profesional de tra-bajadores perderá las cuotas y aportes sociales pagados, como también los derechos emergentes de su calidad de afiliado" (Art. 21).

LA LEY N° 14.455/58: TITULO VIIº - DEL PATRIMONIO

Art. 30. - El patrimonio de las asociaciones profesionales estará constituido:

a) por las cotizaciones ordinarias y contribuciones;

b) por los bienes adquiridos y sus frutos;

c) por las donaciones, legados y aportes no prohibidos previstos en el art.7: "no podrán recibir subsidios ni ayuda económica de empleadores, ni de organismos políticos nacionales o extranjeros. La prohibición no alcanza a los aportes que los empleadores efectúen por disposiciones legales o convencio-nales, con destino a obras de carácter social, asistencial, previsional o cultural";

d) por la multas y otros recursos ocasionales.

Art. 31.- Serán inembargables los muebles destinados al funcionamiento de la asociación.

Art. 32.- Los actos y bienes de las asociaciones profesionales con per-sonería gremial estarán exentos de toda carga o gravamen en el orden federal, creados o a carearse, sea por impuestos, tasas o contribuciones de mejoras, inclusive de los impuestos por actuación administrativa o judicial, y del im-puesto a los réditos.

Este último beneficio alcanza a todos los bienes muebles e inmuebles, aún cuando estos devenguen rentas, si las mismas ingresaran al fondo social y no tienen otro destino que el de ser invertidas de acuerdo con los fines sociales determinados por los respectivos estatutos.

El gobierno federal gestionará de los gobiernos provinciales y por su in-termedio de los municipales, las exenciones determinadas en el presente ar-tículo.

Art. 33.- Los empleadores estarán obligados a actuar como "agente de retención", de los importes que, en concepto de cuotas o contribuciones, deban abonar los trabajadores a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial.

Para que la obligación indicada sea exigible, deberá mediar una resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, disponiendo la retención. Esta resolución se adoptará a solicitud de la asociación sindical interesada, siendo el empleador responsable del importe de las retenciones que no hubie-ren sido efectuadas.

La entrega de la retención a las asociación profesionales interesada deberá hacerse en la forma y dentro del plazo que determine la resolución.

LA LEY N° 20.615

Art. 38.- El patrimonio de las asociaciones profesionales estará constituido:

a) Por las cotizaciones y contribuciones

b) Por los bienes adquiridos y sus frutos;

c) Por las donaciones, legados y aportes no prohibidos conforme a lo dispuesto en el art. 7º

d) Por las multas y otros recursos ocasionales.

Art. 39.- Serán inembargables los muebles destinados al funcionamiento de la asociación.

Art. 40.- Los actos y bienes de las asociaciones profesionales con personería gremial estarán exentos de toda carga o gravamen en el orden nacional, provincial y municipal, creados o a crearse, sea por impuestos, tasas o contribuciones de mejoras, cualquiera sea su forma de financiación, inclusive de los impuestos por actuación ad-ministrativa o judicial y del impuesto a los réditos.

Estos beneficios alcanzan a todos los bienes muebles o inmuebles aún cuando estos devenguen rentas, si las mismas ingresan al fondo social y no tienen otro destino que el de ser invertidas de acuerdo con los fines sociales determinados por los respec-tivos estatutos.

Igual exención alcanzará a las sociedades regidas por la legislación comercial cuando los titulares de las mismas sean exclusivamente asociaciones profesionales con personería gremial.

Art. 41.- Los empleadores estarán obligados a actuar como "agente de reten-ción de los importes que, en concepto de cuotas o contribuciones, deben abonar los trabajadores a las asociaciones profesionales con personería gremial".

Para que la obligación indicada sea exigible, deberá mediar una resolución del Ministerio de Trabajo, disponiendo la retención. Esta resolución se adoptará a solicitud de la asociación profesional interesada, siendo el empleador responsable del importe de las retenciones que no hubieren sido efectuadas.

La entrega de lo retenido a la asociación profesional interesada deberá hacerse en la forma y dentro del plazo que determine la resolución.

Cuando se trate de una contribución establecida por una convención colectiva, el acto homologatorio obrará los mismos efectos de la resolución autoritativa especial, debiendo subordinarse la transferencia de lo retenido a las formas y plazos dispuestos por la misma convención.

En todos los casos, ya se trate de resolución autoritativa o de homologación, la obligación de retener se notificará a los empleadores, mediante la publicación de edictos, por un (1) día en el Boletín Oficial o a opción de la asociación profesional por co-municación individual y directa. Aquella publicación y notificación estará a cargo de la asociación profesional interesada y, una vez realizadas, se presumirá sin admitir prueba en contrario, el conocimiento de la obligación.

LEY DE FACTO N° 22.105: TÍTULO VIIº - DEL PATRIMONIO

Art. 42.- El patrimonio de las asociaciones gremiales se constituirá con:

a) las cuotas y contribuciones;

b) los bienes adquiridos y sus frutos;

c) las donaciones, legados, aportes no prohibidos conforme con lo dispuesto en el art. 10 y otros recursos ocasionales.

El patrimonio de las asociaciones gremiales de grado superior se limitará a las cuotas y contribuciones de las asociaciones gremiales de grados inferiores adheridas, conforme a lo establecido en el art. 39, los inmuebles que se requieran como sede y otros bienes necesarios para su funcionamiento.

Art. 43.- Las asociaciones gremiales de trabajadores tendrán las exenciones impositivas establecidas por la legislación nacional para asociaciones civiles sin fines de lucro.

Art. 44.- Solo podrán establecerse cuotas o contribuciones de los trabajadores con destino a los sindicatos a los que se encuentren afiliados.

Art. 45.- No podrán fijarse cuotas o contribuciones de ninguna índole al traba-jador no afiliado, excepto cuando se homologuen convenios colectivos.

En este caso, la contribución podrá fijarse una sola vez por año y no deberá superar el monto que en concepto de cuota sindical, pague el trabajador afiliado el mes en que se homologue el respectivo convenio.

Cuando la signataria de convención haya sido una federación, la contribución a que se refiere el párrafo anterior, se distribuirá en la forma y condiciones que determi-nen los sindicatos que la constituyen.

Art. 46.- En las convenciones colectivas de trabajo o convenios de parte, ho-mologados o no, no podrán pactarse contribuciones de los empleadores a las asocia-ciones gremiales de trabajadores ni de empleadores ni a entidades administradas por ellas.

Art. 47.- Los empleadores actuarán como agente de retención de los importes que en concepto de cuotas o contribuciones deban abonar los trabajadores a los sindi-catos con personería gremial a los que se hallen afiliados o en el supuesto previsto en el art. 45.

Para que la obligación indicada sea exigible, deberá mediar resolución del MINISTERIO DE TRABAJO disponiendo la retención. La resolución se adoptará a solicitud del sindicato interesado, siendo el empleador responsable del importe de las re-tenciones que no hubieran sido efectuadas. La entrega a la entidad peticionante deberá hacerse en la forma y dentro del plazo que determine la resolución.

La autoridad de aplicación podrá extender el régimen de este art. a los sindicatos simplemente inscriptos, con una antigüedad mínima de SEIS (6) meses, atendiendo a su actuación sindical y cuando acrediten una adecuada representatividad del sector. La extensión del régimen subsistirá, mientras se mantengan los requisitos indicados.
Los depósitos que en su carácter de agentes de retención realicen los empleadores deberán ser efectuados en bancos oficiales, los que procederán a girarlos a las cuentas de las asociaciones gremiales de trabajadores.

LEY 23.551 Y DECRETO REGLAMENTARIO N° 467/88: TITULO Xº. - Del patrimonio de las asociaciones sindicales

Art. 37. - El patrimonio de las asociaciones sindicales de trabajadores estará constituido por:

a) Las cotizaciones ordinarias y extraordinarias de los afiliados y con-tribuciones de solidaridad que pacten en los términos de la ley de convenciones colectivas;

b) Los bienes adquiridos y sus frutos;

c) Las donaciones, legados, aportes y recursos no prohibidos por esta.

Art. 38. - Los empleadores estarán obligados a actuar como "***agentes de retención***" de los importes que, en concepto de cuotas afiliación u otros aportes, deban tributar los trabajadores a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial.

Para que la obligación indicada sea exigible, deberá mediar una resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, disponiendo la retención. Esta resolución se adoptará a solicitud de la asociación sindical interesada. El ministerio citado deberá pronunciarse dentro de los treinta (30) días de recibida la misma. Si así no lo hiciere, se tendrá por tácitamente dispuesta la retención.

El incumplimiento por parte del empleador de la obligación de obrar como agente de retención, o -en su caso- de efectuar en tiempo propio el pago de lo retenido, tornará a aquel en deudor directo. La mora en tal caso se producirá de pleno derecho.

Art. 39. - Los actos y bienes de las asociaciones sindicales con personería gremial destinados al ejercicio específico de las funciones propias previstas en los arts. 5 y 23, *estarán exentos de toda clase, gravamen, contribución o impuesto*. La exención es automática y por la sola obtención de dicha personería gremial.

El Poder Ejecutivo Nacional gestionará con los gobiernos provinciales por su intermedio de las municipalidades, que recepten en su régimen fiscal el principio admitido en este art.

Constituir al empleador en "agente de retención" significa que debe efectuar el depósito en tiempo y forma; aunque no haya realizado la retención, es una carga impuesta por ley, no se admite como justificación que el trabajador se haya negado a la retención, porque es una obligación del empleador; por lo tanto, el error de derecho no es causal de justificación. El procedimiento para el cobro de las cuotas sindicales está previsto en la Ley N° 24.642.

Las contribuciones patronales y las cuotas de solidaridad por parte de los trabajadores no afiliados han sido permanentemente cuestionadas; algunos las tachan de inconstitucionales por violentar la libertad sindical y el derecho de propiedad del trabajador, al imponer un cargo o aporte dinerario no aceptado, constituyendo una "*obligación compulsiva*" que coloca al trabajador no afiliado al sindicato, en una posición igual a la del afiliado, convirtiéndolo en una afiliación obligatoria prohibido legalmente.

Para la imposición de contribuciones de los empleadores o cuotas solidaridad de los trabajadores no afiliados, se requiere que sean previstos en el CCT, conforme lo dispone el Art. 9 de la Ley N° 14.250: "la convención colectiva podrá contener cláusulas que acuerden beneficios especiales en función de la afiliación a la asociación pro-fesional de trabajadores que la suscribió. Las cláusulas de la convención por las que se establezcan contribuciones a favor de la asociación de trabajadores participantes, serán validas no solo para los afiliados, sino también para los no afiliados comprendidos en el ámbito de la convención".

Estos pagos, llamados erróneamente "*contribuciones*", porque corresponde al aporte patronal, el que efectúa el trabajador afiliado, se lo denomina "*aporte*", y el que realiza el no afiliado es enunciado indistintamente como "*cláusulas sindicales*" o "*cláusulas de seguridad sindical*" o "*cláusulas de consolidación sindical*"; están destinadas a retribuir y compensar a las organizaciones sindicales signatarias del CCT de los gastos realizados en la obtención de los mejores beneficios o condiciones de trabajo obtenidos en el nuevo convenio.[1]

En la terminología de la seguridad social, la suma de aportes y contribuciones, se la designa como "cotización".

Judicialmente, han respaldado estos aportes y contribuciones especiales, al considerar la actividad sindical como una "*gestión de negocios*", para obtener un beneficio que obliga a los beneficiarios a contribuir con los gastos que la gestión ocasionó con mas sus intereses, liberando al gestor de la obligaciones contraídas con ese motivo (arts. 2297 y 2298 del Código Civil).

El Comité de Libertad Sindical de la OIT admitió las cláusulas de "*seguridad sindical*", cuando son dispuestas por CCT, considerando que este tipo de cláusulas no están en pugna con los Convenios N° 87 y 98.

Un trabajador no afiliado, demandó la Federación de Empleados de Comercio por las retenciones a razón de 1% mensual, en concepto de aportes al tesoro de la Federación demandada, con fundamento en el *entonces* art 8º de la Ley N° 14.250 (hoy art. 9), por estimar que dicho art. era inconstitucional al infringir lo arts. 14 y 17 de la Ley Suprema, comprometiendo sus derechos de agremiarse o no agremiarse, y de propiedad. El Juzgado Nacional del Trabajo Nº 7 rechazó la demanda.

Interpuesto el recurso extraordinario, el Dr. Eduardo H. Marquardt -Procurador General de la Nación- y la CS señalaron que el apelante no impugna: a) que el derecho de la accionada a percibir los aportes cuestionados deriva de la CCT; b) que los fondos recaudados tienen un específico destino fijado en el CCT: sostenimiento de los servicios sociales que presta la federación a todos los trabajadores, afiliados y no afiliados;

[1] La comisión negociadora en representación de los trabajadores, en los CCT nacionales o regionales, lo integran dirigentes sindicales de numerosas provincias, que deben viajar y permanecer en la CABA, generando importantes gastos de movilidad y alojamiento, erogaciones que se inician en la preparación del proyecto del nuevo convenio colectivo, y pueden demandar varios meses de actividad y permanencia en la CABA.

c) que la contribución se estableció con independencia de otras previsiones sinalagmáticas de interés común para la actividad; y d) que dicha contribución es un elemento entre varios que integran el conjunto de las estipulaciones generales, de cuyo juego armónico resulta el mérito y la eficacia total y final del CCT que determina las condiciones de trabajo.

Por ello, la impugnación constitucional al entonces art. 8 de la Ley N° 14.250, con base en los arts. 14 y 17 de la Ley Suprema, no puede ser considerada como abarcando al precepto "*in totum*", sin riesgo de llegar a una decisión de alcances abs-tractos. Por tal motivo, solo cuadrará entenderla en relación con las circunstancias concretas del caso y en la medida en que dicha norma funde la obligatoriedad -afiliados y no afiliados- de las contribuciones establecidas en ejecución de un CCT homologado, que contempla solidariamente el interés de todos los trabajadores del gremio, al que se ajustan, sin excepción, las contrataciones individuales, pertenezcan o no a la entidad promotor.

El actor es acreedor de los derechos estipulados en la CCT, especialmente el relativo al uso de los servicios sociales, para cuyo sostenimiento fue prevista la contri-bución que intenta repetir, ha sido beneficiado sin cuestionar "ab initio" su validez, por el régimen de los convenios previsto en el art. 8 Ley N° 14.250 que no se concilia con su impugnación ulterior en esta causa.

El voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico, con participación en sus beneficios, sin reserva alguna, determina la improcedencia de su im-pugnación ulterior con base constitucional; por ello, se declara improcedente el recurso extraordinario (Marco Aurelio Risolía, Luis Carlos Cabral y Margarita Argúas).

El Ministro Roberto Chute comparte el criterio de la mayoría de la improcedencia de la impugnación formulada por el recurrente, y agrega que la retención del 1% efectuada a todo el personal -afiliados o no- en sus haberes mensuales, es correlativa de otra por parte de los empresarios, con destino a un "*fondo asistencia médico y social*", que beneficia a todos los trabajadores; por lo tanto, se trata de obligaciones asumidas recíprocamente por las partes en los respetivos CCT, cuya finalidad es de interés común.[2]

[2] In Re "POTENZO, Pablo L. c/Federación de Empleados de Comercio" CS, 1972.04.12-Fallos 282:269 (DT.1972 -579).

En el plenario N° 305, la CNTrabajo resolvió, en forma dividida, el tema en estudio. Para el Fiscal General, Eduardo Álvarez, si bien el interrogante del plenario alude a la legitimación de la entidad sindical para exigir a los empleadores incluidos en el ámbito de representación, la retención y depósito de las contribuciones previstas en el CCT N° 150/75, lo relevante gira en torno de la incorporación de los trabajadores no afiliados como sujetos pasivos de la obligación creada por la autonomía colectiva.

En varias actuaciones, ha sentado una tesis adversa a la viabilidad de la pretensión, porque no se discute en nuestro ordenamiento positivo la posibilidad de que se acuerden, en el marco de la concertación sectorial, cláusulas que impongan cotiza-ciones a los trabajadores no afiliados a la organización sindical, llamadas "*de solidaridad*" (art. 9 Ley N° 14.250 y 37 inc. a) Ley N° 23.551), avaladas por la Corte Suprema (Fallos 282:269), y se justifican porque los logros y avances en las condiciones de trabajo obtenidas por la asociación sindical con personería gremial, se extienden por el efecto *"erga omnes*", sobre los contratos de trabajo individuales de los dependientes no afiliados, y es razonable exigirles una contraprestación por esa suerte de gestión de negocios de carácter legal, que irroga para la entidad una labor y un costo, compatible con el Convenio N° 87 de la OIT, conforme la posición tradicional de su Comité de Libertad Sindical.

Esta tipología de cláusulas debe ser muy clara en su configuración y cabe interpretarlas con carácter restrictivo; si bien son tolerables, podrían constituir un gravamen hipotéticamente lesivo de la libertad sindical en su faceta negativa, y que motivó a un sector calificado de la doctrina a requerir para su legitimación tengan un límite temporal -relacionado con la concertación del CCT-, su monto no sea desproporcionado ni alcance la suma que pagan los afiliados por pertenecer a la asociación profesional.

El art. 63 inc. a) del CCT en cuestión no permite sostener de manera clara y terminante que el aporte constituya una contribución atípica "*de solidaridad*", porque omite referirse al art. 9 de la Ley N° 14.250 y se utiliza expresamente el término "*cuota sindical*", que es la denominación expresa y precisa de la suma que mensualmente, pagan los afiliados al sindicato para contribuir a la financiación de su patrimonio.

Además, no surge de manera diáfana e inequívoca que la contribución sea exigible a los trabajadores "*no afiliados*"; si bien se hace referencia "*a los beneficiarios*", esta sola expresión aislada no es idónea para avalar una conclusión tan excepcional y de trascendencia que permita imponer un pago a quienes deliberadamente no se han incorporado a la entidad sindical, en ejercicio de su libertad de afiliación.

La interpretación del inc. b) del art. 63 es más sencilla, porque el aporte estaría destinado al "mantenimiento de los seguros de vida, enfermedad y de sepelio que acuerde la Federación Obrera Ceramista de la República Argentina (FOCRA)", y no cabe duda de que estos beneficios solo comprenden a los trabajadores afiliados, que relativiza la importancia de la palabra "*beneficios*", en la que se insiste para justificar la extensión de la obligación de abonar a los no afiliados; por ello, propone una respuesta negativa.

Quince vocales que hicieron la mayoría votaron por la afirmativa[3], por entender que cuando el CCT 150/75 establece la obligación patronal de retener y aportar se efectuará con relación: "*al personal beneficiario de la presente Convención*", *resultan ser todos los trabajadores comprendidos en el mismo, sin cortapisa alguna, es decir afiliados y no afiliados (art. 8 Ley N° 14.250 del texto original y, 7 y 8 del texto ordenado por Decreto N° 108/88).*

Se ha producido una desprolija y descuidada redacción en el CCT 150/75, porque se admite pacíficamente que la "*cuota sindical*" *-prevista en el art. 62 del CCT- se limita a los afiliados de los sindicatos que integran la Federación de Obreros Ceramistas de la República Argentina* (FOCRA); en cambio, la contribución prevista en los incisos a) y b) del art. 63 ha sido instituida a favor de FOCRA, no podría limitarse a los trabajadores afiliados, porque dicha entidad es de segundo grado, y no posee trabajadores afiliados directamente, se trata de una "*cuota de solidaridad", art. 8, último párrafo de la Ley N° 4250, y se debe retener de los haberes de todos los trabajadores - beneficiarios de convenio- sean o no afiliados*.

Diez Jueces constituyeron la minoría vota por la negativa[4], por en-

[3] Son los doctores Scotti, Morando, Capón Filas, Rodríguez Brunengo, Balestrini, Prroni, Fernández Madrid, Pasini, Zapatero de Ruckauf, Bermúdez, Simón, González, Billoch, Guthmann y Corach.

[4] Integran la minoría los Vocales: Rodríguez, Morell, Porta, Puppo, Guibourg, Ruiz Díaz, Moroni, García Melgarejo, Eiras y Vilela.

tender que se advierte en la redacción del CCT equivocidad de los vocablos empleados en normas, cuya categorización en sí no se cuestiona, pero por la naturaleza o finalidad de las contribuciones prevista en la convención, no se trataría de una contribución única o limitada temporalmente, sino de una obligación fijada "*sine die*", que nos aleja del concepto y naturaleza de las llamadas "*cuotas de solidaridad*", porque no representaría una contraprestación en función de la gestión de negocios de carácter legal por parte de la entidad sindical, procurando mejorar las condiciones de trabajo; por el contrario, es un aporte de carácter permanente para solventar los seguros de vida, de enfermedad y sepelio administrados por la FOCRA, desconociéndose si están amparados los trabajadores no afiliados al sindicato adherido a la Federación; y por carecer el convenio los recaudos de claridad y precisión indispensables para despejar equívocos o dudas sobre el establecimiento o no de gravámenes que pudieran afectar la libertad sindical de los trabajadores no afiliados a la asociación sindical, y los inc. a) y b) del art. 63 del CCT 150/75, no satisfacen los recaudos apuntados, y la expresión "*personal beneficiario de la convención*" es insuficiente para caracterizar a dichas normas colectivas como "*cláusulas de solidaridad*" idóneas para obligar a los trabajadores no afiliados a la entidad gremial, porque aquellas tienen origen en un CCT celebrado en 1975; no estamos ante una nueva convención ni la renovación de una anterior.[5]

De lo expuesto, se concluye que, doctrinaria y legalmente, puede fijarse en la CCT, "*cuotas de solidaridad*", para que aporten los trabajadores afiliados y no afiliados a la organización sindical, y los empleadores contribuyan a la misma, condicionándolos a que la redacción de la convención colectiva sea clara, no permita varias interpre-taciones, tengan vigencia por un período determinado, sean interpretadas con carácter restrictivo y el monto no sea similar a la cuota sindical que abonan los afiliados.

Coincidimos con Rodríguez Mancini: "el tema se centra en un análisis puntual acerca de la razonabilidad del importe, que efectivamente la cláusula que impone la contribución venga acompañando una negociación en la que aparezcan mejoras eco-nómicas o condiciones beneficiosas para los trabajadores comprendidos en la CCT. Por eso, no sería

[5] In Re "Federación de Obreros Ceramistas de la República Argentina" (FOCRA) c/"Cerámica San Lorenzo SA.", 2003.10.22, (DT. 2003-B-1674).

admisible una convención, cuyo contenido se limitara a establecer las contribuciones a favor de la entidad sindical".[6]

Conforme varios Vocales expresan en sus votos en el plenario N° 305, el empleador -como agente de retención- carece de interés jurídico para cuestionar la obli-gación de retener, aptitud propia del trabajador supuestamente afectado (Fallos 254:162; 271:20; 275:432).

Respecto a la responsabilidad solidaria del empresario principal, la doctrina judicial entiende no se aplica a los incumplimientos del contratista en la retención de la cuota sindical.

Luis Ramírez Bosco efectúa un detenido análisis de las sentencias dictadas en "POTENZO" y, en el Plenario 305, acepta que la actividad sindical se financia funda-mentalmente con: a) las cotizaciones ordinarias y extraordinarias de los afiliados; y b) las contribuciones de solidaridad que se pacten en los términos de la Ley N° 14.250 y art. 37 inc. a) Ley Asociaciones Sindicales N° 23.551.

Las contribuciones o cuotas de solidaridad se llaman a los aportes que hacen los trabajadores no afiliados, a favor del sindicato que los comprende en la represen-tación generalizada (erga omnes), por su actuar colectivo, para el sostenimiento de una entidad privada, puesto a cargo de quienes no dispusieron ni aceptaron asociarse ni financiar sus actividad; son pagos obligatorios -caso contrario serían "*donaciones*"- impuestos a un "*tercero*" *(no afiliado)*, a favor de una entidad privada (sindicato, unión o federación).

La cuota de solidaridad en el pasado fue una cuestión muy polémica; no parece serlo en esta época, no porque esté dilucidada de manera categórica, sino más bien por algo que impresiona como es la falta de interés.

Las "*cuotas de solidaridad*" están en la Ley N° 14.250 desde 1953 y, de 1988, con la Ley N° 23.551 (con su propio nombre), para muchos cuestionan la legitimidad constitucional, ha perdido actualidad en los últimos veinte años, sin haber llegado a una solución generalmente aceptada, máxime con el fallo "POTENZE", que sostuvo no es posible analizar la validez de una cuota de solidaridad aislándola de la contrapartida pactada en el CCT, a cargo de los empleadores, porque lo convenido es siem-

[6] RODRÍGUEZ MANCINI JORGE. "Derecho Constitucional y Derecho Colectivo. Los aportes de trabajadores no afiliados, conocidos como cláusulas de solidaridad" en Tratado dirigido por Julio C. Simón Tomo I, pág. 122.

pre un todo sinalagmático que no se puede fraccionar y, además, porque simultáneamente con el aporte de los trabajadores esta uno correlativo a cargo de los empleadores, quedando sin considerar el supuesto que los aportes de los trabajadores fuesen unila-terales y aislados, y la cuota de solidaridad era parte de un complejo negocial no divi-sible, e indirectamente la Corte aceptó su validez.

Para la Corte nacional, lo más eficaz para esquivar las impugnaciones del empleador a la cuota de solidaridad, que carece de un interés propio que lo habilite para sostener la tacha de la cuota que debe retener a sus dependientes no afiliados.

Una corriente doctrina muy consistente y alguna jurisprudencia plantearon las siguientes condiciones o requisitos para la validez de las cuotas de solidaridad:

a) la obligación tenga una causa, sea para un objeto determinado, no vaya a los recursos sindicales de manera indiferenciada (aunque esta característica es propia de las cuotas sociales extraordinarias);

b) tenga un monto razonablemente proporcionado a los gastos causados por la gestión del CCT o al propósito que se quiere atender;

c) no iguale el importe de la cuota de los trabajadores afiliados;

d) esté limitada en el tiempo, especialmente cuando se trata de pagar la gestión del CCT, es decir, no sea permanente o de tracto sucesivo o continuado.

La Ley de facto N° 22.105 reguló este tema en los arts. 44 a 46 de la siguiente manera:

Art. 44.- Solo podrán establecerse cuotas o contribuciones de los trabajadores con destino a los sindicatos a los que se encuentren afiliados.

Art. 45.- No podrán fijarse cuotas o contribuciones de ninguna índole al traba-jador no afiliado, excepto cuando se homologuen convenios colectivos.

En este caso, la contribución podrá fijarse una sola vez por año y no deberá superar el monto que, en concepto de cuota sindical, pague el trabajador afiliado el mes en que se homologue el respectivo convenio. Cuando la signataria de convención haya sido una federación, la contribución a que se refiere el párrafo anterior, se distribuirá en la forma y condiciones que determinen los sindicatos que la constituyen.

Art. 46.- En las convenciones colectivas de trabajo o convenios de parte, ho-mologados o no, no podrán pactarse contribuciones de los empleadores a las asocia-ciones gremiales de trabajadores ni de empleadores ni a entidades administradas por ellas.

Esta idea no parece ser mala ni desatinada, puede no pasar de ser una propuesta de contenido posible para una ley futura, sin alcanzar en este momento, a con-formar un criterio de decisión judicial asentada y de aplicación previsible.

El valor de la cuota sindical de afiliados debe necesariamente ser establecida por la asamblea sindical o el equivalente "*congreso*", para la participación más o menos igualitaria en la definición de ese cargo.

En cambio, la cuota de solidaridad nunca quedó claro ni en general definida por alguna norma ni cómo se establece ni quién tiene derecho a hacerlo ni si la autoridad administrativa laboral tiene funciones y/o facultades de control sobre sus procedimien-tos de fijación o sobre su monto.

Según la legislación, estas cuotas de solidaridad pueden existir (art. 37 Ley N° 23.551), pueden estar en, o ser parte, de los CCT (art. 9º Ley N° 14.250); por lo tanto, desde un criterio práctico para distinguir (a partir de las consecuencias y no de las causas, o más bien, por las características en vez de por la naturaleza), si se está frente a un valor fijado por una asamblea o congreso es una cuota sindical, caso contrario no lo es.

Las cuotas de solidaridad aparecen en los CCT; habría que saber quién está facultado para disponerlo y cuáles serían esas eventuales condiciones de validez, pro-poniendo el sujeto y procedimiento para la fijación de estas cuotas:

a.- que aparezcan en los CCT; b.- la representación de los trabajadores desig-nada para negociar colectivamente (Comisión negociadora), definirá el monto o valor de la cuota, máxime cuando dicha comisión debe rendir cuenta de su tarea a la asam-blea o congreso según los estatutos; c.- Se diferencia claramente la cuota sindical de la de solidaridad, y el procedimiento claro para que los interesados estén fehacientemente notificados, similar a lo que acontece con la comunicación sindical al empleador de la retención de la cuota sindical, para no perjudicar a determinados sectores de la actividad (art. 4 Ley N° 14.250).

Las cláusulas de solidaridad constituyen un negocio entre cada trabajador no afiliado y el sindicato representante de la actividad u oficio; para perfeccionarse, es necesario el consentimiento de ambas partes; pero el consentimiento del trabajo no existe, porque el empleador no lo representa en sus relaciones con el sindicato, y el sindicato tampoco lo hace a este efecto de pactar un beneficio para sí mismo; por ello, Deveali consideró que el art. 8 (hoy es el art. 9) de la Ley N° 14.250 constituye una ver-dadera anomalía en nuestro ordenamiento laboral y sindical, al comentar la Ley de obras sociales N° 18.610.[7]

Es necesario tener en cuenta que no son cuotas de solidaridad: a) las que están a cargo de los trabajadores afiliados, fijadas o resueltas por asamblea o congresos; b) las que establezcan los CCT a cargo de los empleadores afiliados o no a la entidad empresaria firmante de la convención colectiva.

Superada la disparidad legislativa motivada porque los CCT de 1975 tuvieron vigencia hasta 1984, no puede ser ni puede entenderse que estén prorrogadas o dotadas de ultra actividad las cuotas de solidaridad, a menos que se dispusiese claramente su restablecimiento, no ya como normas convencionales prorrogadas, sino directamente como normas legales.

Para el cobro de las cuotas de solidaridad que no fueron retenidas por el empleador, no se aplica la Ley N° 24.642; quedan fuera de este procedimiento de excepción y, por lo tanto, para el cobro la organización sindical deberá promover la vía ordinaria.

La prescripción de estos créditos sindicales, la jurisprudencia estableció pacífi-camente es de cinco años, art. 4027 del Código Civil, siendo inaplicable el art. 256 LCT destinado a créditos emergentes de contrato de trabajo, aunque su fundamento sea un CCT, desechando el cobro de incumplimientos de las obligaciones de los empresarios con un sindicato[8].

Para la Sala IVº CNTrabajo, el importe del 2% sobre la remuneración, tanto en concepto de "*cuota sindical*", a cargo de los trabajadores afiliados, como de *"contribución solidaria*" para los trabajadores no afiliados, "configuró una cierta afiliación encubierta para los trabajadores

[7] DT, 1969-62.

[8] RAMÍREZ BOSCO LUIS, en "De nuevo sobre la cuota de solidaridad", en TSS, 2003-1015.

que no habían optado, conculcándose por vía indirecta la faz negativa de la libertad sindical: "*derecho de no afiliarse*" y, en su caso, optar por otra entidad gremial. Si bien al año la "*cuota sindical*" se incrementó al 2,5% de la re-muneración, en tanto la "*contribución solidaria*" se mantuvo invariable del 2%, la escueta diferencia entre ambos no resulta equitativa en contraprestación con los servicios y beneficios que gozaban los trabajadores según revistieran la calidad de afiliado, confi-gurando una forma de incitar a la afiliación de aquellos que no habían ejercido la opción de afiliarse.

Además, se constató que la "*cuota solidaria*" se destinó en forma indiscriminada e improcedente para solventar beneficios exclusivos para el afiliado. Se verificó también que la contribución solidaria se descontó en forma continua y permanente desde la entrada en vigencia del convenio en julio del 2006 hasta el año 2011, en función de la ultra actividad (art. 6 Ley N° 14250 y arts. 1 y 49 CCT 462/2006).

Por todo ello, se declara inválida la cláusula que establece la "*contribución solidaria*" por afectar derechos y garantías previstas en los arts. 14, 14bis, 17, 19, 28 y 31 CN, e implicó el encubrimiento de una afiliación forzada, en franca violación al art. 4 inc. b) Ley N° 23.551.[9]

[9] In Re "Espigare Antonio Ricardo y otros c/"UTEDYC" s/acción declarativa", publicada por "Rubinzal-Culzoni Editores". 2014.02.06.

La nueva Ley de responsabilidad del estado y del funcionario*

Altamira Gigena, Julio I.**

---

* *Conferencia pronunciada en sesión ordinaria el día 7 de octubre de 2014.*

** *Académico de número y Vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

Mi exposición será enfocada desde la persona estatal que cometió el daño, a diferencia de la brillante disertación del Dr. Daniel Pizarro, que analizó este tema desde el damnificado, con prescindencia de quien provocó el daño.

Haré un rápido y superficial análisis de la Ley Nacional N° 26.944, porque de lo contrario necesitaría mucho más tiempo y la exposición sería demasiada extensa.

En primer lugar, me produce una gran satisfacción que se haya sancionado una ley que expresamente reconozca la responsabilidad del Estado y del funcionario público, porque ambos temas deben ser tratados conjuntamente, en razón que es un funcionario público el que emitió el acto que produjo el daño o no actuó cuando debió hacerlo y esta omisión ocasionó el daño.

Hay numerosos casos en los que el daño se produjo por evidente mala fe del funcionario y, si en estos supuestos, se iniciara acción judicial en su contra con el objeto de lograr la correspondiente indemnización, advertiríamos que muchos menos daños se producirían y, consecuentemente, muchos menos juicios.

Pero, lamentablemente, los juicios se inician contra el Estado para que este después repita contra el funcionario responsable, pero esto nunca sucede.

Desde las primeras décadas del siglo XX, la doctrina administrativista bregó por la existencia de una ley que declarara la responsabilidad del Estado, ya que la responsabilidad estatal es materia de Derecho Administrativo y no de Derecho Civil.

Lo sostuve en mi tesis doctoral del año 1967, pero antes lo dijeron: en 1941, Pedro Guillermo Altamira; en 1946, Félix Sarría; en 1947, Rafael Bielsa; en 1949, Villegas Basavilbaso; en 1963, Manuel María Diez; en 1966, Miguel S. Marienhoff; y, en 1969, Bartolomé Fiorini; para citar solo los administrativistas fallecidos que han estu-diado este tema.

Es importante también que a la ley no se la mencione como de responsabilidad "civil" del Estado, ya que a diferencia de los funcionarios públicos que tienen responsabilidad civil, penal, disciplinaria y política,

aquel solo tiene un solo tipo de responsabilidad que es la de carácter patrimonial.

El art. 1 textualmente dice: *"Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad le produzca a los bienes o derechos de las personas.*

La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

La sanción pecuniaria es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios".

En este art., la ley expresamente dice que la responsabilidad del Estado es amplia y se refiere a todos los daños que sean consecuencia de su actividad o inactividad. En otras palabras, comprende los daños ocasionados por los hechos y actos, así también por las omisiones, y esta parte se la puede vincular con lo que la doctrina denominó los daños provocados, ya sea por una no prestación del servicio o por una prestación irregular del servicio y, por ello, el afectado puede accionar: solicitando la prestación omitida o deficientemente prestada o reclamar la reparación de los perjuicios derivados de la conducta no realizada o realizada deficientemente.

En consecuencia, la ley se refiere a la obligación de indemnizar el daño patrimonial causado por culpa o negligencia e incluso por dolo de la persona que lo cometió.

Dice, también, que la responsabilidad es objetiva y directa, siguiendo la jurisprudencia sentada en "Vadell"[1] del 18/12/1984, lo cual es sumamente importante porque de esa forma no es necesario distinguir si el daño ha sido cometido por funcionarios o por empleados, ya que una parte de la doctrina sostiene que solo los funcionarios representan la voluntad del Estado por ser órganos suyos y en aplicación de la teoría del órgano. En cambio, los empleados son dependientes y realizan solo actividades materiales de ejecución. Cumplen órdenes y, por lo tanto, se dice que estamos en presencia de una responsabilidad indirecta del Estado.

Al sostener la ley que la responsabilidad es objetiva y directa, tampoco es necesario distinguir si el daño ha sido consecuencia de un acto o de un hecho de la Administración, ya que para algunos los actos aca-

[1] Vadell, Jorge F. c/Pcia. de Bs.As. (Fallos: 306: 2030).

rrean la responsabilidad directa, en cambio los hechos, la indirecta.

Al afirmar que la responsabilidad es directa, no es necesario indagar si la actividad ha sido legítima o ilegitima, ya que en ambos casos el Estado debe reparar al afectado, si se cumplen los requisitos establecidos en esta ley y que analizaré a continuación.

Dice la norma que: "*las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*". Esta disposición me parece adecuada, ya que las normas del derecho privado crean entre las personas a quienes se aplican relaciones de coor-dinación, pues se encuentran situadas en un plano de igualdad. En cambio, las normas del derecho público crean entre las personas a quienes se aplican relaciones de subordinación, porque no son consideradas jurídicamente iguales por la ley. Esto no quiere decir que la persona que se vincule con el Estado solo tenga obligaciones y no tenga derechos. Si sus derechos son vulnerados, el afectado deberá acudir primero a la sede administrativa a fin de agotar la instancia administrativa y, luego, a sede judicial, interponiendo una acción contenciosa administrativa ante el tribunal competente.

El Estado se relaciona con los particulares, mediante normas de subordinación, porque uno de sus cometidos es el de proveer al bienestar general. En otros términos, el fin del Estado es la satisfacción del bien común. En cambio, las normas que encontramos en el Código Civil han sido en general establecidas pensando en la idea de autonomía de la voluntad, igualdad de las partes, igualdad de los intereses y es por esa razón que se aplican normas de coordinación.

Esta es una de las razones por las que la responsabilidad estatal no se puede evaluar con los parámetros civiles tradicionales y, por ello, debe analizarse exclusivamente desde el derecho público.[2]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, por-que ante el Estado actuando conforme a derecho, faltan todos los preceptos sobre actos ilícitos. La solución solo puede deducirse de los principios del derecho público.

[2] Vadell, Jorge F. c/Pcia. de Bs.As. (Fallos: 306: 2030).

La responsabilidad del Estado en el derecho público protege fines distintos que los que tutela la responsabilidad en el derecho privado, pues en este se tiene en cuenta principalmente a la víctima, al daño y a su reparación; en cambio en aquel, sin olvidarse de las personas, se debe pro-teger a la comunidad porque debe existir un equilibrio entre la satisfacción de los intereses individuales y la satisfacción del bien común.

El art. en análisis dice que la sanción pecuniaria es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios, lo que considero un grave error porque no es el Estado el que debe ser sancionado con astreintes, sino el funcionario que no cumplió con una orden judicial.

Es por todos conocido que los astreintes son penas pecuniarias que, si están establecidas en la ley, constituyen una verdadera amenaza de sanción de carácter provisorio.

Son los códigos procesales los que atribuyen competencia a los jueces a imponer estas sanciones pecuniarias, con el objetivo de conminar al deudor al cumplimiento de la sentencia. Constituye una pena civil o sanción que se impone por una desobediencia a una orden judicial y no constituye una indemnización, ya que esta es la reparación de un daño efectivamente sufrido por una persona y debe guardar una necesaria equivalencia con él. En cambio, las astreintes son impuestas por el juez con independencia de todo daño y la determinación de su monto general-mente es algo discrecional.

Art. 2: "*Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos: a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado, expresamente por ley especial; b) cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder*".

Sobre este art., no me voy a detener a comentarlo porque sigue en general a la jurisprudencia de los tribunales provinciales y federales, así como de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Art. 3: "*Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegitima: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) falta de servicio consistente en una actuación u omi-*

sión irregular de parte del Estado. La omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado".

Sigue este art. en general la jurisprudencia.

El primer requisito necesario para hacer procedente una acción de responsabilidad estatal es probar la existencia de un daño que debe ser cierto y actual, pues de lo contrario la demanda no va a prosperar. Es por todos conocido que el daño es una lesión antijurídica a intereses patrimoniales o espirituales

Considero de interés hacer el siguiente interrogante:

¿Este art. permite la indemnización por daño moral?

Considero que el daño moral no puede ser excluido.

Voy a citar dos casos de jurisprudencia de la Corte Suprema que los considero trascendentes. Uno es "De Gandia, Beatriz I c/Provincia de Bs. As."[3], en el cual la CSJN condenó a la Pro-vincia de Bs. As. a pagar a la actora por daño moral, en virtud de haber sido detenida e incomuni-cada a raíz de la omisión del juez que había intervenido de dejar sin efecto el pedido de secuestro del automóvil de su propiedad cuatro años antes y no haber comunicado esta situación a la Policía Federal ni a Gendarmería.

El otro caso es "Fabro Víctor y otros c/Provincia de Río Negro", en el que se hizo lugar al reclamo por daño moral, como consecuencia de una deficiente prestación del servicio de mante-nimiento del aeropuerto local. La hija de los actores falleció, al recibir el impacto de una hélice del motor de una aeronave, en el momento en que se acercaba a la bodega del avión para retirar su equipaje.

Soy de opinión que el inciso a) de este art. no impide la reparación del daño moral o extra patrimonial.

Los incisos b) y c) siguen la jurisprudencia en general.

El inciso d) que se refiere a la responsabilidad por omisión, tanto la doctrina como la jurisprudencia, lo han considerado procedente porque estamos en presencia de una omisión antijurídi-ca, o sea una responsabilidad estatal por obrar ilegítimo.

Se ha sostenido que existe responsabilidad estatal por omisión, cuando el Estado en ejercicio de sus funciones omite la realización de actos o de hechos que de haberse realizado hubieran evitado el daño.

[3] Fallos:318: 845.

Es conocida la doctrina y jurisprudencia con posterioridad al año 1938, en que la Corte Su-prema dictó el fallo "Ferrocarril Oeste".[4] Desde aquella época, se hizo responsable al Estado por los hechos y omisiones de los funcionarios y empleados en ejercicio de la función. Se hizo aplicación de la teoría del órgano, según la cual lo actuado por los agentes públicos resulta directamente imputable al Estado, cuando esos hechos u omisiones han sido en el cumplimiento de los fines estatales.

Se trata de una responsabilidad objetiva y directa del Estado, por lo que me permito dis-crepar con los que sostienen que la responsabilidad es indirecta.

La omisión puede consistir, por ejemplo, en no resolver un expediente en el marco de un procedimiento administrativo y, en este supuesto, estamos ante una inactividad formal. En cambio, cuando omite realizar una actividad derivada de un deber de prestación u omite tomar alguna me-dida de policía u omite las actividades de control para la preservación del ambiente, se está frente a una inactividad material. En cualquiera de los supuestos, acarrea la responsabilidad del Estado.

La última parte del inciso d) dice que: "*… la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado*".

Esta parte concuerda con el art. 1074 de Código Civil y lleva a dejar sin cobertura todos aquellos casos en los que, por decisión del legislador, no se ha regulado con precisión la conducta debida y la Administración ha exhibido en el tiempo una inactividad absoluta.

No hay duda alguna de la responsabilidad del Estado por omisión, cuando exista una norma que expresamente obliga a actuar y no lo hace. En cambio, el juez deberá analizar en cada caso si procede o no la reparación de los daños producidos, cuando se trate de una norma genérica que hace referencia a los cometidos estatales y, por lo tanto, el deber concreto de obrar queda bastante diluido y, por ello, opinable, teniendo cuidado de no responsabilizar al Estado en todos los casos que traigan como consecuencia la imposibilidad de cumplir con la prestación de los servicios públicos o la ejecución de las obras públicas.

El art. 4 dice: "*Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: a) daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien*

[4] CSJN. Fallos:182:5.

lo invoca y mensurable en dinero; b) imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) relación de causalidad directa, inmediata y ex-clusiva entre la actividad estatal y el daño; d) ausencia del deber jurídico de soportar el daño; e) sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido".

En este art., se han detallado los factores de atribución para el reconocimiento de la res-ponsabilidad estatal por actividad lícita establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y aceptada en general por la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales provinciales.

Con relación al inciso a), en cuanto requiere que el daño sea cierto es porque debe ser concreto, constatable y, por eso, se exige que lo pueda acreditar mediante prueba idónea por quien se dice afectado. No puede ser hipotético y menos aún conjetural. Tiene que ser actual no puede ser futuro. Además, se requiere que sea mensurable en dinero y a este respecto debo hacerle la mismas observaciones que con relación al inc. a) del artículo tercero, o sea si es posible reclamar el daño moral, que es extra patrimonial y cuyo monto de reparación queda librado al árbitro judicial.

El inciso b) establece la necesidad de imputar jurídicamente los daños al Estado.

Dice "órgano estatal", en consecuencia, puede responsabilizarse al Estado por la actividad realizada por la administración central, por la administración descentralizada, como son los entes autárquicos e incluso por la actividad de un "Órgano de Control de los Servicios Públicos".

El inciso c) exige la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio. Esa relación de causalidad tiene que ser directa e inmediata entre el accionar lícito del Estado, como causa y el perjuicio al particular como efecto de esto.

En el año 1989, la Corte Suprema en el caso "Ledesma"[5] rechazó la demanda de daños y perjuicios por entender que si bien habría tenido incidencia una resolución del Ministerio de Economía, existieron otros factores como fueron el auge de los sustitutos del azúcar, la falta de financiación de la zafra y el derrumbe de los precios internacionales por lo que no existía exclusividad.

[5] CSJN 31/10/1989 in re: "Ledesma S.A, agrícola, industrial c/Estado Nacional", Fallos 312: 2022.

En consecuencia, en este fallo, se agrega como requisito la exclusividad y, es por esa razón, que seguramente se lo ha incluido en el inciso que estamos analizando.

Este requisito de exclusividad se aplicó nuevamente 6 años después en la causa: "Revestek S.A"[6] y continuó la exigencia a través de los años.

El carácter exclusivo de la relación de causalidad es indispensable por tratarse de respon-sabilidad objetiva.

Hay quienes afirman que no se requiere el carácter de exclusividad, "… pues las relaciones de causalidad son fenómenos complejos por la concurrencia de circunstancias diversas que ac-túan como condición del daño, pudiendo admitirse exoneraciones parciales de responsabilidad, tales como caso fortuito o fuerza mayor externos o culpa de la propia víctima o de terceros…".

Es importante señalar que hay diferencia entre el nexo de causalidad en el supuesto de responsabilidad del Estado por actividad lícita y en el caso de la actividad ilícita.

Cuando los daños son provocados por la actividad lícita, el criterio de interpretación debe ser más restrictivo y es por eso que el inciso c) expresamente establece que debe ser directa e inmediata; en cambio, en el inciso c) del art. 3, solo se exige que la relación de causalidad sea adecuada entre la actividad o la inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue.

Esa diferencia en la interpretación se debe a que, si el Estado ha producido un daño debido a la conducta reprochable de un agente, debe necesariamente reparar ese perjuicio y, con mayor razón, cuando el acto que produjo el daño ha sido declarado inválido. Puedo citar como ejemplo la caducidad de un contrato de obra pública que fue declarada nula por sentencia judicial. En este supuesto, la ex contratista tiene derecho a la reparación de todos los daños y perjuicios que esa caducidad le produjo, cuyo monto se puede determinar en el mismo juicio contencioso administra-tivo, en la etapa de ejecución de sentencia o en otro posterior de daños y perjuicios.

La reparación debe estar a cargo del Estado, pero ello no es óbice para que posteriormente vaya contra el funcionario que emitió la resolución que fue declarada nula, si se prueba que actuó con deliberada intención

[6] CSJN 15/08/1995 in re: "Revestek S.A c/Banco Central de la República Argentina y otro", Fallos 318:531.

de perjudicar.
Distinta es la situación si los daños se producen con motivo de la actividad lícita, ya que - como lo he dicho- la interpretación debe ser restrictiva, teniendo en cuenta que el afectado también se verá perjudicado, si con motivo del pago de la indemnización se altera la buena prestación de los servicios públicos o disminuye la ejecución de obras públicas.
En el inciso d), se requiere la ausencia del deber jurídico de soportar el daño, pues hay numerosos casos en que una persona debe tolerar ciertos daños sin derecho a indemnización, como es el caso de ejercicio del poder de policía que implica limitaciones lícitas a los derechos individuales. Puedo citar como ejemplos la obligación de vacunar a los niños, a los animales, combatir las plagas, supervisar periódicamente los ascensores en los edificios, etc.
Podemos mencionar, también como ejemplo todas las restricciones establecidas al derecho de propiedad por razones de urbanismo. Se trata de limitaciones generales que no otorgan derecho a indemnización, como puede ser la obligación en los barrios residenciales de dejar un metro, dos o tres para espacios verdes en donde deben existir jardines y, que por ello, el propietario de ese inmueble se ve obligado no solo a no edificar en ese espacio, sino a hacer un jardín y cuidarlo, lo que indudablemente le implicará gastos.
En numerosos casos, el particular debe soportar la realización de obras para el correcto cumplimiento de las funciones estatales atinentes al poder de policía y no tiene derecho a resar-cimiento cuando se trata de meras restricciones administrativas en las que la propiedad no sufre una reducción en su carácter absoluto, en tanto solo consisten en la fijación de límites al ejercicio normal del derecho de propiedad.
Son cargas que deben soportar los vecinos derivadas del urbanismo o de la vida social y muchas de ellas con base en un principio de solidaridad social.
La misma observación se puede realizar con motivo de la regulación para la habilitación y el funcionamiento de las clínicas y sanatorios. Todos los desembolsos que los propietarios de estas instituciones deben realizar no pueden ser causa para solicitar la devolución por parte del Estado.
Estos desembolsos, también lo tienen todos los propietarios de fábricas o industrias con motivo de las medidas que deben arbitrar para evitar el

daño ambiental o para que su funciona-miento ocasione el menor daño posible.

En todos estos ejemplos, el afectado tiene la obligación de soportar esos posibles daños y -reitero- no tiene derecho a solicitar la reparación de los mismos.

El inciso e) exige que el sacrificio especial de la persona dañada se diferencie del que sufre el resto de la comunidad.

La teoría del sacrificio especial apareció en Alemania y estableció que, en la relación entre el Estado y los súbditos, la actividad estatal podría producir perjuicios que los ciudadanos debían soportar, ya que ello hacía a la existencia misma del Estado. Pero si ese perjuicio afectaba a un individuo de manera desigual y desproporcionada, produciéndole un daño material, se configuraba un sacrificio especial que debía indemnizarse por razones de equidad.

La plataforma jurídica para hacer lugar a la reparación de un sacrificio especial la encontramos en el art. 16 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que todos los habitantes somos iguales ante la ley, así como en el art. 17 que proclama la inviolabilidad de la propiedad.

Está claro que quien padece un daño especial tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que el Estado le ha ocasionado, partiendo de la base que ese perjuicio se ha generado en beneficio de todos. El problema se presenta cuando el daño se va extendiendo progresivamente hacia grupos grandes y no identificados de personas. A mayor cantidad de individuos afectados, menor sacrificio especial.

Si el daño abarca una gran proporción de la comunidad, la cuestión se complica económicamente. La comunidad tiene fondos para pagarle a diez, a veinte, a treinta, o a un grupo reducido en proporción a su número total.

Es económicamente impracticable cuando el perjuicio lo ha sufrido un gran número de personas. Aquí, el problema se transformaría en una verdadera carga pública.

En consecuencia, el problema de la reparación o indemnización de los daños se agudiza en la medida en que aumenta el número de afectados y ello puede traer como consecuencia un grave problema presupuestario e incluso la paralización de la obra pública.

En estos casos, el juez debe actuar con una gran mesura y llegar a la conclusión si estamos o no en presencia de una carga pública, porque en ese caso no se podrá indemnizar a los afectados.

El inc. en análisis finaliza exigiendo la afectación de un derecho adquirido. O sea que la situación jurídicamente protegida que debe invocar y acreditar el particular calificado para solicitar una indemnización con motivo de la responsabilidad estatal es la de un derecho adquirido.

Esta exigencia la estableció la Corte Suprema en el caso "Revestek S.A" ya mencionado. O sea que, es a partir del dictado de esta sentencia en el año 1995, que se requiere como aspecto cualitativo del sacrificio especial tener afectado un derecho adquirido.

Puedo poner como ejemplo el caso de las empresas que gozaban de ciertos beneficios por un régimen de fomento o de promoción industrial y, sorpresivamente, se ven perjudicadas por el dictado de una nueva ley. Si bien es cierto que nadie puede impedir la modificación de una ley, el afectado por la nueva ley, puede solicitar la reparación de los daños y perjuicios que la vulneración del derecho adquirido le ha producido. La sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Ford S.A. es útil porque destaca la protección de los derechos adquiridos bajo una legislación anterior.

Marienhoff[7] le da mayor amplitud y sostiene que el daño no solamente puede consistir en la afectación a un derecho subjetivo, sino también del menoscabo inferido a un interés legítimo.

Con todo el respeto intelectual y aprecio personal que el distinguido administrativista me merece, me parece que es una postura un poco exagerada y se vuelve, además, impracticable porque no existe presupuesto estatal suficiente para responder a todas las condenas de juicios de daños y perjuicios iniciados con motivo a un menoscabo a un interés legítimo, que generalmente es común a varios.

Los dos últimos incisos: d) y e) han sido establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso "Columbia"[8]; por lo que desde entonces el actor para tener posibilidades de éxito debe reunir 3 requisitos con relación al daño y 2 en lo que respecta a su persona como afectado.

[7] MARIENHOFF MIGUEL S. " Ob. Cit. Tomo 4, pág. 718 y ss.".

[8] "Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/Banco Central de la República Argentina-daños y perjuicios", del 19/05/1992, Fallos:315:1026.

Art. 5: "*La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima corresponde al valor objetivo del bien y los daños que sean conse-cuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tome en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancia hipotéticas.*

Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización".

Este art. merece los siguientes comentarios: en primer lugar, que la responsabilidad estatal por actividad legitima como regla general no prospera y solo por excepción puede hacerse lugar.

Estamos en presencia de una actividad legal de la Administración y, si la misma produce daños de carácter general, no son indemnizables porque son o constituyen limitaciones al ejercicio de los derechos individuales. Son daños necesarios que por el solo hecho de ser habitantes de una ciudad deben ser soportados.

Solo deben ser indemnizados aquellos daños que no son necesarios o que no constituyen consecuencias normales y, por ello, estamos en presencia de un sacrificio especial, desigual que no tiene por qué el afectado tolerar, sin la debida compensación económica, pues de lo contrario, se vulnera el derecho de igualdad ante la ley (art. 16) y el derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional).

El máximo Tribunal de la Nación ha dicho en reiteradas oportunidades que como principio general no son reparables los daños que se produzcan como consecuencia del ejercicio normal del poder de policía, de medidas relativas a la salud pública, a la seguridad, sanitarias o de urbanismo.

Indudablemente, que si se ha producido un daño innecesario, que se podía evitar debe ser reparado.

En segundo lugar, este art. reitera lo establecido en la Ley de expropiación de la Nación y de las provincias, en el sentido de que no procede la reparación del lucro cesante. Que solo co-rresponde el valor objetivo del bien y, además, solo debe indemnizarse aquellos daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, no pudién-dose reconocer ganancias hipotéticas, debiéndose

marginar todo aquello que sea de carácter personal o que se refiera a valores afectivos.

Discrepo con este art. y reitero las objeciones que he realizado en otra oportunidad[9], en el sentido de que es procedente la reparación del lucro cesante, no en su totalidad porque si así fuera estaríamos en idénticas condiciones que en el caso de responsabilidad del Estado por actividad ilegítima.

Soy partidario de que el juez debe analizar en cada caso qué porcentaje corresponde que se repare en carácter de lucro cesante: ¿un 5, 10, 15 %?

La respuesta a este interrogante quedará librada al arbitrio judicial y, de acuerdo a la prueba arrimada a la litis.

La última parte de este art. se refiere a la responsabilidad estatal por la actividad judicial. Por ello, considero conveniente hacer las siguientes aclaraciónes:

En primer lugar, no hay duda alguna de que hay responsabilidad estatal por la actividad judicial cuando el daño se ha producido como consecuencia del mal funcionamiento de la justicia o por error judicial.

En segundo lugar, en este art. en análisis, establece que la actividad judicial legítima del Estado no genera derecho a indemnización.

Considero que, en algunos casos, debe indemnizarse al afectado y pongo como ejemplo el supuesto de que una persona haya sido detenida, procesada y, posteriormente durante el trans-curso del juicio, se acredite su inocencia.

Existía prueba suficiente para procesarlo y privarlo de la libertad por lo que se decidió dictar esa resolución. Posteriormente -como lo he dicho- se lo sobreseyó porque era inocente. El juez actuó correctamente y las medidas judiciales adoptadas se encuentran ajustadas a derecho, pero esta persona ha estado privada de su libertad durante un término determinado de días y, además, se le dio gran difusión y esa publicidad ha significado un menoscabo, un perjuicio moral y quizás también material que debe ser reparado.

Es por esta razón que considero como principio general que la actividad judicial legítima no genera derecho a indemnización, pero puede haber casos en que sea procedente su reparación y así debe disponerlo el juez en cada litigio.

[9] ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDRO. "Lecciones de Derecho Administrativo"…págs. 384-386.

La responsabilidad estatal por la actividad judicial puede derivar de resoluciones o de omisiones, por ejemplo: no ordenar una medida cautelar o no ordenar la libertad a tiempo de un detenido, pero no conozco sentencias que hayan condenado al Estado a resarcir por los daños producidos por la actividad judicial legítima.

En consecuencia, considero poco feliz haber insertado este párrafo en el art. 5 y, si se suprime, quedaría que es de carácter excepcional la reparación de los daños y perjuicios producidos por la actividad judicial legítima. Por ello, el juez analizará cada demanda y, según la prueba que se haya arrimado, hará lugar o no a la reparación y fijará su monto si así corresponde, previa de-claración de inconstitucionalidad de esta parte del art.

Art. 6: "*El Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasio-nados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuyan o encomienden un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada*".

Con esta norma, estoy de acuerdo, ya que no podemos olvidarnos de que los concesiona-rios o contratistas de servicios públicos son particulares que se organizan como sociedades co-merciales y que suscriben un contrato de concesión con el Estado nacional, provincial o municipal.

Estas personas jurídicas no integran la Administración Pública, no son órganos del Estado y, por lo tanto, el daño que ellos hayan cometido con motivo de su actividad, en principio, no se puede imputar al Estado.

Digo en principio, porque hay casos -como los que mencionaré más adelante- en los que considero que existe responsabilidad estatal, pero no es el principio general, sino la excepción.

El contratista o concesionario del Estado no actúa como órgano de la Administración y su situación jurídica es distinta a la del funcionario público. La privatización de los servicios públicos se ha realizado precisamente para separar al particular de los órganos estatales.

El problema se presenta cuando la empresa concesionaria ha caído en insolvencia y, no obstante ello, continúa prestando el servicio.

Si en el ejercicio de esa actividad, ocasiona daños, y el afectado inicia el juicio para lograr la justa indemnización contra la empresa concesionaria y se encuentra con la desagradable sorpresa que la condenada es

insolvente y, por ello, no puede hacerse cargo de la condena judicial. ¿El Estado esta liberado? ¿No existe una falta de control del órgano que debió analizar periódicamente la situación patrimonial, o sea, los balances anuales de la empresa concesionaria?

En este supuesto, hay evidentemente una responsabilidad del Ente de Control y, por ello, debe hacerse cargo de la parte de la condena que, debido a la insolvencia de la empresa concesionaria, no se ha podido cumplir.

Hay responsabilidad estatal porque hay una omisión manifiesta del Órgano de Control, ya que no solo debe controlar que la empresa concesionaria realice el mantenimiento y la inversión que contractualmente le corresponde, sino también supervisar, o sea, auditar permanentemente al concesionario para llegar a la conclusión de si está cumpliendo con todas sus obligaciones contractuales (pago de sueldos en tiempo y forma, de aportes jubilatorios, obra social, seguros al día, etc.).

En los contratos de concesión que suscriben las sociedades privadas con el Estado, por lo general, se inserta una cláusula en la que expresamente se establece que el Estado no responde por los daños que se produzcan con motivo de la actividad realizada por el concesionario. O sea que el que presta el servicio es responsable por los daños causados a terceros o a sus bienes, por la ejecución de un servicio público, por el incumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo y por todo aquello que haga a la ejecución del contrato.

También, se suele incluir otra que establezca que es obligación del concesionario arbitrar todos los medios que sean necesarios para que el servicio público se preste en forma permanente, regular y continua.

Otra de las cláusulas que suelen insertarse es que el concesionario se encuentra obligado a comunicar al concedente cualquier anormalidad que se presente, cualquier obstáculo que advierta y que pueda impedir el regular cumplimiento de sus obligaciones.

Los únicos casos en que generalmente queda liberado de responsabilidad son en los supuestos de imprevisibilidad, de caso fortuito o de fuerza mayor.

Indudablemente, que para poder liberarse el Estado de su responsabilidad deberá acreditar que ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario la empresa concesionaria puede pretender

hacer valer la "exceptio non adimpleti contractus", como podría por ejemplo suceder en la falta de pago en tiempo oportuno por parte del Estado de las subvenciones a que se hubiese obligado contractualmente.

Art. 7: "El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita".

Hasta el presente, la doctrina administrativa y privatista se encontraba dividida acerca de cuál era el plazo de prescripción, ya que unos decían que se debía aplicar la prescripción decenal establecida en el art. 4023 del Código Civil; otros, la bienal para la responsabilidad extracontractual dispuesta en el art. 4037; y una tercera teoría sostenía que debía aplicarse una norma de derecho público que la encontramos en la Ley de Expropiación que establece el plazo de cinco años.

No había discusión cuando el daño era consecuencia del incumplimiento contractual, por-que en este caso había que ir al Código Civil que fija diez años, salvo que el contrato de derecho administrativo o una ley especial estableciera un término menor.

Hay casos que pueden ser dudosos, en cuanto a si la responsabilidad es contractual o extracontractual. Por ejemplo: cuando una persona víctima de un accidente en la vía pública lo llevan inconsciente al Hospital de Urgencias y es mal operado (mala praxis), ¿cuál es el plazo de prescripción?

¿Hay contrato? Lo llevaron sin su consentimiento.

¿Cuál es el plazo de prescripción cuando la responsabilidad estatal es extracontractual?

Quienes sostienen la aplicación decenal, el argumento sustancial en el que se basan radica en que la responsabilidad es de derecho público; de ninguna manera puede ser considerada responsabilidad de carácter civil.

Los que afirman que por tratarse de una responsabilidad extracontractual la prescripción debe ser bienal se apoyan en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los que se pronuncian a favor de la prescripción quinquenal es porque -como lo hemos dicho- la responsabilidad estatal es de carácter público, por la que deben aplicarse los principios y normas del Derecho Administrativo, ya que tiene autonomía como rama del Derecho Público, por lo cual cuenta con su propio sistema de normas y principios.

Al no existir una norma de esta rama del derecho que expresamente se refiera a la prescripción de la acción de daños y perjuicios, había que recurrir a las pautas de extensión interpretativa por aplicación vía de la analogía de normas del Derecho Público y la que encuentran adecuada es la Ley de Expropiación.

En la reciente ley, no se sigue ninguna de las tres teorías mencionadas, ya que se establece el plazo de tres años, que me parece adecuado, dado que el plazo general de dos años para la responsabilidad extracontractual suele ser a veces breve, teniendo en cuenta que el afectado es la parte más débil y, por ello, resulta injusto e inequitativo que caduque el derecho a la reparación por vencimiento del plazo.

Con relación al cómputo de la prescripción, el problema que se ha presentado es sobre su inicio: si es desde que se generó el hecho dañoso o si es desde que se conoce el hecho dañoso o desde que se puede actuar para pedir su reparación, como en los casos de privación de la libertad, el plazo comienza a computarse desde que fue absuelto, ya que es con la sentencia que des-aparece la apariencia de licitud.

El art. dice que es a partir de la verificación del daño, y esta expresión: "Verificación", ¿cómo debe interpretarse?

La última parte dice que el plazo comienza a computarse desde que la acción de daño esté expedita, o sea, desde el momento en que el damnificado puede actuar para solicitar su indemnización.

Es lo que sucede cuando el Estado caduca el contrato de obra pública y el excontratista inicia un juicio contencioso administrativo y obtiene una sentencia que declara la invalidez del acto administrativo que dispuso la caducidad. A partir de que la sentencia quede firme y haga cosa juz-gada, comienza a correr el plazo de tres años para iniciar el juicio de daños y perjuicios.

Art. 8: "*El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucional que le sirve de fundamento*".

Este art. establece en forma clara y precisa que el tribunal competente es el de la jurisdicción contenciosa administrativa y, por ello, se modifica totalmente la tradición en el orden federal, porque algunas veces ha actuado la justicia en lo civil y, en otras oportunidades, la de lo contencioso administrativo.

En el orden provincial, también sucedía exactamente lo mismo, ya que en muchas ocasiones, primero, se iniciaba el juicio contencioso administrativo con el objeto de lograr una sentencia que declarase la invalidez del acto administrativo perjudicial. Con esta sentencia, el afectado acu-día a la sede civil e iniciaba el juicio de daños y perjuicios, ya que el tema a decidir era el monto de la reparación, pues la ilegalidad del proceder de la Administración ya había sido declarada por sentencia que había hecho cosa juzgada.

Esta norma permite que el afectado elija entre iniciar dos juicios: en el primero, solicitando la invalidez del acto administrativo por vía contenciosa administrativa y, en el segundo, en sede civil, pidiendo la reparación de daños y perjuicios que ese acto ilegal le ha ocasionado. O evitar un desgate innecesario y, por razones de economía de tiempo, procesal y de dinero, deducir una sola acción en la que pide la nulidad y la indemnización, que se tramitará en la etapa de ejecución de sentencia.

Me parece una solución adecuada, aunque numerosos letrados no la seguirán porque hay idea generalizada de que los jueces civiles son más generosos al fijar el monto de la indemnización que los jueces de lo contencioso administrativo y, por ello, prefieren la solución menos práctica.

Este art. se pronuncia a favor de la jurisdicción contenciosa administrativa, ya que la principal y mayor actividad de la Administración se desenvuelve en el ámbito del derecho público y este derecho es el derecho común del Estado.

Si el Estado, por sus hechos o por sus actos, ha ocasionado un daño el afectado tiene derecho a ser indemnizado y debe ser competente la jurisdicción contenciosa administrativa, toda vez que el derecho a obtener esa indemnización constituye un derecho público subjetivo de índole administrativo y regido, por ende, por el derecho público.

Art. 9: "*La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en dolo, las obligaciones legales que le están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los dos (2) años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los dos (2) años de la sentencia firme que estableció la indemnización*".

El funcionario público tiene en materia patrimonial dos clases de responsabilidades: una contractual y la otra extracontractual.

La primera es con motivo de los daños y perjuicios que ha ocasionado al Estado.

A este tipo de responsabilidad contractual no se refiere el art. 9, sino a la extracontractual, y la responsabilidad del funcionario público puede ser como consecuencia de la actividad o de la omisión, siempre y cuando fuese en ejercicio de sus funciones.

El art. exige no solo que la actividad sea realizada de manera irregular, sino que además haya incurrido en dolo.

Sobre este aspecto, considero que es necesario hacer algunas aclaraciones porque, por ejemplo, con relación a los agentes de policía que tienen la obligación de portar armas de fuego, muchas veces los tribunales han considerado que un arma cargada es per se cosa riesgosa.

En numerosísimos casos, se ha atribuido responsabilidad al Estado porque el arma era de su propiedad y que, por tal razón, el Estado debe extremar los cuidados en la elección y vigilancia del sujeto a quien se la provee con la finalidad de evitar su uso indebido.

En algunas sentencias, leemos que cuando tales extremos no han sido debidamente atendidos por el principal (léase Estado) hay culpa "*in eligendo*", si se acredita que no eligió bien a su empleado y habrá culpa "in vigilando", si se prueba que el Estado no supervisaba periódicamente la conducta de sus agentes.

En consecuencia, los tribunales han sostenido que el Estado responde directamente, sin perjuicio de repetir contra el agente que había cometido el daño; lo que en la práctica es ilusorio en virtud que, en la mayoría de los casos, el agente de policía no podía responder con su sueldo ni con sus bienes porque el monto que debía pagar no estaba en proporción con su presupuesto. Además, en un sin número de casos, era dado de baja y, por lo tanto, terminaba la relación con el Estado.

Discrepo con estas sentencias y considero que el mero empleo del arma que obligatoriamente debe portar el personal policial no puede ser la causa por la cual se condene al Estado.

Estimo que el tribunal debe hacer en cada caso un análisis de la conducta asumida por el agente y, si el daño se produjo como consecuencia de un hecho o de un acto que nada tuvo que ver con la función, se debe

liberar de responsabilidad al Estado y se debe declarar como único responsable al agente autor del acto.

Soy de opinión que debe inferirse lógica y necesariamente que el arma ha sido empleada o utilizada contra la voluntad de su dueño, siendo esta la razón que fundamenta la concurrencia de la causal de exoneración de responsabilidad objetiva prevista en el último párrafo del art. 1113 de Código Civil.

De la lectura del art. en análisis, surge que, para liberar al Estado debe existir la certeza de que el funcionario obró de manera irregular, incurriendo en dolo y, para ello, es necesario que una sentencia judicial así lo diga.

La norma que analizamos establece que la prescripción es de dos (2) años, lo que coincide con el art. 4037 y la jurisprudencia en general.

El plazo de prescripción comienza a correr desde que la sentencia que estableció la in-demnización quedó firme y, por ello, hizo cosa juzgada.

Considero que se debió agregar un párrafo que diga: "o de que el funcionario cesó en la función", porque la experiencia nos demuestra que mientras ocupa la función los juicios de res-ponsabilidad no prosperan.

Art. 10: "*La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria*".

"*Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador*".

La primera parte de este art., expresamente, distingue entre la responsabilidad contractual y la extracontractual del Estado.

Esta ley se refiere exclusivamente a la extracontractual, ya que en cuanto a lo contractual será necesario dirigirse a las normas que regulan cada uno de los contratos: el de obra pública, el de suministro, etc.

Finaliza estableciendo que supletoriamente y, en el supuesto de ausencia de regulación en la ley del contrato que deba aplicarse, rigen los principios y normas establecidos en esta ley.

Esto lo considero importante porque de esa forma se excluyen por completo los principios y normas del derecho civil como fundamentación jurídica de la responsabilidad estatal.

La segunda parte establece que esta ley no se aplica cuando el Estado es empleador por-que hay distintas normas que específicamente se refieren a la relación existente entre el Estado y el agente público.

Art. 11: "*Invitase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos*".

Con relación a este art., es necesario hacer la siguiente explicación:

Los señores diputados y senadores podrían haber sostenido que esta ley regiría para todo el país por ser de carácter federal y en virtud de lo establecido en el inc. 12 del art. 75 de la Cons-titución de la Nación; no solo por referirse a la responsabilidad estatal, sino también porque establece plazos de prescripción.

Esta es la teoría sustentada por la Corte Suprema en un reciente fallo del 11 de febrero del corriente año en los autos: "Municipalidad de la Ciudad de Corrientes c/H.A.E.-Apremio", en el que dijo que tanto lo relativo a los plazos de prescripción, como al momento de su inicio y a las causales de suspensión e interrupción se rigen por lo estatuido por el Congreso de la Nación, en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc.12 de la Constitución Nacional, y, ante la ausencia de otra norma nacional que la discipline, su solución debe buscarse en el Código Civil, ya que no es un instituto del derecho público local, sino un instituto general del derecho.

En cambio, ha seguido otro criterio, al considerar que cada provincia podrá adherir en todos sus términos a esta ley o en forma parcial, introduciendo las modificaciones que estime con-venientes, por considerar que son atribuciones que los gobiernos provinciales conservan por no haberlos delegado en el gobierno federal, en virtud de lo establecido en los arts. 121, concordantes y correlativos y en especial en el art. 126 de la Constitución Nacional.

Este camino es el que se siguió, al dictar la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, que estatuye un sistema de nulidades distinto al establecido en el Código Civil. A su vez, cada Provincia ha dictado su ley de procedimiento administrativo, que en algunos casos coincide con la nacional.

Para finalizar, quiero destacar que me parece positivo el dictado de esta ley sin perjuicio de considerar que hay aspectos que son necesarios

definir con más precisión, que hay lagunas que son necesarias llenar, lo que seguramente se hará por vía jurisprudencial y, con ello, se logrará una ley justa y ecuánime.

INCORPORACIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES NACIONALES

Palabras de recepción de la académica correspondiente en Corrientes

Garrido Cordobera, Lidia M.R

La presentación estuvo a cargo del señor académico de número

POR DR. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

No va a ser esta presentación, una referencia a los valores académicos de la galardonada, sino que me voy a referir de nuevo a la amistad. ¿Por qué me voy a referir a la amistad? Hace ya años, en Resistencia y en Corrientes, se presentó una obra de los Dres. Garrido y Andorno, los cuatro tomos de su Tratado de Derechos Reales, y me correspondió tomar a mi cargo la presentación de esa obra. En esa oportunidad, hice referencia precisamente a la amistad, lo que luego motivó la redacción de un artículo sobre la amistad en las Leyes de Partida y el valor de la amistad.

Roque Fortunato Garrido y Luis Andorno eran personas que uno recuerda con gran sentimiento: dos amigos entrañables. Roque, en aquellos años, era concurrente asiduo a las Jornadas de derecho civil que, en una época en que las Jornadas Nacionales estaban suspendidas, se realizaron en San Rafael (provincia de Mendoza) y en San Juan, manteniendo vivos los vínculos que unían a los civilistas argentinos. Roque llegaba a participar en las Jornadas, en su viejo coche negro, grande, junto a su mujer, la mamá de Lidia -ambos abogados- y los acompañaba Lidia que todavía que todavía no lo era, pero que se había convertido casi en la mascota en esas jornadas. Roque ya padecía una enfermedad, que fue en definitiva lo que lo llevó… Su corazón no marcha-ba bien, y en una de esas jornadas, en San Rafael, sus palabras de cierre fueron una despedida que nos conmovió a todos, porque debía someterse a una operación cardíaca y creía estaba viviendo sus últimos días. Afortunadamente, sobrepasó esa instancia y siguió reuniéndose con nosotros en San Juan, y allí, en el año 1984, Lidia -recibida muy poco tiempo antes- tuvo una de sus primeras participaciones en estas reuniones científicas. No sé si fue la primera o segunda oportunidad en que esta jovencita abogada, que hasta entonces había asistido a las jornadas como es-tudiante, acompañando a sus padres, participaba activamente en unas Jornadas de derecho civil. Esas cosas no las olvido; son imágenes que han quedado grabadas en mi retina, por el afecto que sentían esos padres por su hija, y la compañía que ella les brindaba.

Al año siguiente de esas Jornadas sanjuaninas, falleció Roque; el corazón le falló en Buenos Aires, donde se había inscripto en el concurso

abierto por la UBA para proveer cátedras titulares. Había 30 inscriptos y uno era Roque. El jurado encargado de examinar los antecedentes de los aspirantes estaba conformado por el Dr. Laquis y por dos cordobeses, uno de ellos alguien que fue académico de número, Jorge A. Carranza, y el otro era yo. Un mes antes de las pruebas que debían rendir los concursantes, Roque falleció y el primer homenaje que se rindió al padre de Lidia, a Roque Fortunato Garrido, se realizó en el salón rosado de la Facultad de Derecho de la UBA, que está a mano izquierda cuando uno entra. Se lo hicimos rendir los miembros del jurado a este distinguido jurista, que debió estar entre los concursantes y que faltaba porque en ese momento Dios había dispuesto otro camino para él. Ahí, estuvimos con Lidia y con Rosa, su mamá, rindiendo homenaje al amigo que se había ido.

Lidia, esas cosas se han vivido, las hemos seguido viviendo; tu madre te ha seguido acompañando, pero hay algo más que yo tomo de ese currículum que Christian ha leído, pero no completo, porque es extensísimo, y ha debido omitir la mención de centenares de artículos, de su participación en libros colectivos, pero me permitiré tomar algo y mencionar una obra en colabora-ción que es muy valiosa, especialmente porque es su primera obra, una pequeña obra, pequeño libro, que elaboró Lidia en colaboración con su padre, y fue escrita poco antes de que Roque falleciera.

Ese primer libro que se publica de Lidia aparece en 1986, pocos meses después del falle-cimiento de su padre, es decir que esa unidad familiar que unía a Roque con su mujer -publicaban obras juntos- se había extendido a Roque con su hija, que después de la muerte de su padre publicaba su primer libro, que era fruto de una colaboración que había hecho con su padre. Estas cosas son de un valor mucho mayor que los meros conocimientos jurídicos; es el valor humano de las personas, ese valor humano que a mí me llamó, me obligó a hablar de la amistad en las Leyes de Partidas, esa amistad que nos ha permitido compartir una firme lucha por mantener unida la familia civilista, por tratar de que evolucionara adecuadamente el derecho civil argentino, advir-tiendo que la única forma de lograrlo no es con quiebres bruscos, sino aportando algo todos los días para ir limando aquello que el cambio social exige para obtener un adecuado cambio legislativo. Esas son las cosas que hemos

compartido con Lidia, con su familia, con su mamá, hasta no hace mucho tiempo, cuando en la Universidad del Museo Social se rindió homenaje a Alberto Bueres, y todavía encontré allí juntas Lidia y Rosa.

Son años que han forjado una amistad que me obliga no a referirme a todo lo que ha trabajado ella, ni referirme al tema que va a desarrollar -quizás por sugerencia mía-, un tema de actualidad, un tema vinculado con la defensa del medio ambiente que a tantos nos preocupa, y que ella -dentro de los múltiples aspectos del derecho civil que ha investigado, ya que ha pasado por contratos, por responsabilidad, y otros puntos- dedica en estos momentos su preocupación a la defensa del medio ambiente.

No voy a poder escucharla, pero por lo menos puedo acompañarla en el momento que le impongan las insignias de la Academia; puedo recordar a sus dos padres a Roque y Rosa, y recordarlos con el afecto que tengo. Sé que ella también ha sufrido problemas de salud, y que los está superando -como quizás los hubiese podido superar su padre-, con los avances actuales de la medicina en una lucha incansable, junto con un nutrido elenco de discípulos que, pese a la juventud de Lidia, reconocen en ella una maestra, y a comienzos de este año esos discípulos, le rindieron un sentido homenaje en la Ciudad de Buenos Aires, donde tuve el placer de acompañarla. Ese esfuerzo es uno de sus grandes valores, el gran valor de formar gente, forjar el futuro, hacer de vasos comunicantes entre la cultura del pasado que hemos recibido y la cultura del futuro que esta-mos tratando de forjar entre todos.

Lidia, me congratuló de que la Academia esté hoy distinguiéndote y te pido disculpas por no acompañarte mejor.

El desafío ambiental del siglo XXI: la aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine*

Garrido Cordobera, Lidia M. R.

---

* *Conferencia de incorporación a la Academia, dictada en sesión especial del 9 de septiembre de 2014.*

I. Punto de partida

Proteger los acervos del derecho ambiental no supone anclarnos en el pasado, sino por el contrario estos, constituye una garantía de futuro y, por ello, aceptamos el reto de defender la aplicación de ciertos principios que muchas veces pueden chocar con criterios meramente utilita-rios-economicistas o hasta ser considerados utópicos.

Vivimos en un mundo tecnificado y globalizado, en el que las circunstancias que rodean a la humanidad son cada vez más complejas, se habla un mundo de riesgos, de continuos peligros, todos soportamos ciertos riesgos latentes y nos beneficiamos en mayor o menor medida del avan-ce de la ciencia y de las técnicas[1], pero si realmente queremos un régimen humanista, debemos devolverle al hombre y a la naturaleza la dignidad de ser el núcleo y no de tomarlos como una mera variable económica en materia de desarrollo progresivo.

Sostenemos que el ambientalismo no es una involución, sino que tiene metas definidas y es falsa esa aparente pugna con el desarrollo, pues se propugna hoy el derecho al desarrollo sustentable como un derecho humano a la calidad de vida en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y al Patrimonio común de la Humanidad[2], que se funda según Gross Espiell en la idea de solidaridad entre los hombres.[3]

Benjamin sostiene que, frente a la amenaza de que acaezcan daños graves e irreversibles, cuyas secuelas pueden propagarse en el espacio y a través del tiempo, se imponen cambios de paradigmas[4] y este es el desafío que nos planteamos.

En sus reflexiones, Ciuro Caldani dice que el hombre es un ser especialmente abierto a los riesgos, pero, contradictoriamente, el ser hu-

[1] GARRIDO CORDOBERA, LIDIA MR-BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL. *Los riesgos del desarrollo*, Ed. Reus 2011

[2] GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M R. *La preservación al medio ambiente en la Constitución Nacional: la protección y el daño ambiental* en Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994, Ed. Depalma 1995; GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M R Y CORDOBERA DE GARRIDO ROSA. *Protección al medio ambiente y calidad de vida*, en Homenaje a los 150 años de la Constitución Nacional, Academia Nacional de Córdoba, 2003.

[3] GROSS ESPIEL, HECTOR, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Ed. Jurídica Venezolana, 1985.

[4] BENJAMIN ANTONIO, *Derechos de la Naturaleza,* en Obligaciones y contratos en los Albores del SXXI, Ed. Abeledo Perrot, 2001.

mano asume la inseguridad en busca de seguridad y, entre otros caminos, para lograrla esta la responsabilidad.[5]

No en vano, debemos tener presente que la protección de las victimas tiene carta de ciudadanía desde hace décadas en el derecho de daños, lo mismo que el derecho a la reparación, pero no son los únicos principios a ser aplicados en materia ambiental.

En ese sentido, hace tiempo que sostenemos la obligatoriedad de la observación de los Principios Generales del Derecho, por su capacidad para guiar racionalmente la solución de los problemas, creemos que ellos no atacan, sino fortalecen la seguridad jurídica de todo el ordenamiento, brindando coherencia y sentido al sistema, y que nada hay más lejos de la pura discrecionalidad y la arbitrariedad en su correcta aplicación a los problemas que enfrentamos.

Se impone pensar en una pauta que impida que, en años de crisis económica, se tienda a elegir como primer mecanismo de ajuste al ambiente y al hombre, vulnerando por lo tanto su calidad de vida.

Al ser el Derecho evolución, son aplicables, el principio *Pro homine* como plataforma de acción de estos derechos fundamentales involucrados en la calidad de vida, que tiene su proyección en el principio protectorio, e incluye los principios de prevención y precaución[6], que tanto desarrollo han tenido en las últimas décadas y que se irradia hoy en la tutela de los sujetos considerados vulnerables.

Sobre todo, creemos que debe hacerse carne el *principio de no regresión* propuesto por Michel Prieur en materia ambiental, junto al de *solidaridad intergeneracional*, para solucionar los desafíos del desarrollo sustentable.

---

[5] CIURO CALDANI, *Reflexiones sobre el riesgo, la responsabilidad y el Seg*, RCyS marzo 2011.

[6] DRNAS DE CLEMENT, ZLATA, *Codificación y Comentario de Normas Internacionales Ambientales*, La Ley, Buenos Aires, 2001.
DRNAS DE CLEMENT, ZLATA, E*l principio de precaución en materia ambiental, nuevas tendencias*, Trabajo presentado en la Jornada de Medio Ambiente del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el 8 de mayo de 2000.
JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, *El principio de Prevención en el Derecho internacional del Medio Ambiente*, Ed. La Ley-Ecoiuris, 2001.

II. El desafío del riesgo ambiental y el desarrollo sustentable

La sociedad del siglo XXI se nos presenta compleja, en cuanto a la articulación de la conservación de la calidad ambiental de las comunidades y del planeta con la necesidad de desarrollo tecnológico, urbano y de esparcimiento de la población; veremos que la tensión se agudiza en ciertos temas, como el de la emisión del carbono, en la actividad industrial o en mantenimiento de los recursos naturales o de la biodiversidad.

Sabemos que los sistemas ecológicos son demasiados complejos como para analizarlos mediante simples series causales, pues se trata de sistemas cibernéticos formados por un com-plejo enredamiento de leyes elementales, ya que estas reglas y leyes funcionan basadas en ac-ciones recíprocas que condicionan la amortiguación del sistema, respondiendo a la ley del equilibrio dinámico.

Nuestra querida colega, la Prof. Gutiérrez Posse considera que este derecho a un desarrollo sostenible y ambientalmente adecuado configura uno de los pilares en el Derecho internacional, en cuanto intenta conciliar tanto la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales como el derecho de los hombres a un medio ambiente sano.

En este sentido, es un derecho transgeneracional y se vincula necesariamente con las medidas de planificación de desarrollo de cada País y de su comunidad, pero también a nivel global evidencia cómo se manifiestan las acciones conjuntas de los Estados y de las ONG.

Acertadamente, hace décadas, se habla de cambio global, pues los problemas ambientales no conocen fronteras, y estamos en lo que en Ottawa se denominaba "un mundo interdepen-diente", pues se requiere de la cooperación internacional, ya que es imposible prohibir que un Es-tado en vías de desarrollo explote sus riquezas, pero sí se le puede pedir que minimice los daños y aplique el principio de no regresión ambiental.

Hoy, el hombre se encuentra con un gran poder, que puede llevarlo a realizar prodigios o a causar daños muchas veces catastróficos; este es el gran desafío que enfrenta la Humanidad y también el Derecho, que debe tomar su rol de prevención y de protección a las víctimas, si realmente se quiere realizar el principio o valor justicia[7] y no simplemente declamarlo.

[7] CORTI VARELA, JUSTO, *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales*, Ed. Reus, 2010.

La actitud de lo que denominamos "hombre moderno" respecto del universo material fue y continua siendo de conquista y expansión; sobre todo, el hombre occidental tiene una relación de dominio con respecto al medio en que se desenvuelve, creyendo en el principio de la expansión sin límites y de que si surge algún tipo de restricción, la misma solo será temporaria, pues mediante su inteligencia aplicada a la ciencia y a las técnicas la superará; tal conducta, junto con la de presumir un ilimitada capacidad ambiental para la absorción de residuos y desperdicios y la creencia de que nos hallamos en un ecosistema abierto ha llevado a lo que algunos denominamos ya hace veinte años: "el inicio de la crisis ambiental o la tragedia de los comunes".[8]

Estos grandes avances científicos y técnicos que presenciamos en el último Siglo y lo que corre del actual nos enfrentan con conflictos y dilemas filosóficos, morales, sociales, jurídicos y económicos, en los que se ponen en juego principios éticos y cuya especial aplicación se da en área de la salud y calidad de vida, que creemos deben ser protegidos firmemente y donde confluyen intereses individuales y colectivos.

Frente a cada uno de estos nuevos desafíos, surgen reclamos en el contexto social y la comunidad reacciona de diferentes maneras, haciendo jugar las respuestas de ajuste y de presión, al decir de Diez-Picazo, en una evidente experiencia de cambio y progreso jurídico.[9]

La Agencia Americana de Protección Ambiental alude al Riesgo Ambiental como la posibilidad de efectos dañosos a la salud humana o a los ecosistemas resultante de un estresor ambiental; vemos que son sus elementos la posibilidad de ocurrencia y la incertidumbre sobre la ocurren-cia, ocasión y magnitud.[10]

Se alude con los riesgos ambientales, tanto a las consecuencias de hechos de la naturaleza (terremotos, inundaciones, sequías) (RAN), como a las consecuencias del avance tecnológico, (productos, lluvia

[8] GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M R, *Los daños colectivos y su reparación*, Ed Universidad 1992.

[9] DIEZ-PICAZO, LUIS. Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado, págs. 90 y ss., Ed. Civitas.

[10] ISO 31000/09: combinación probabilidad de un suceso y de su consecuencia.
OHSAS 18001: combinación de la probabilidad de ocurrencia o exposición peligrosa y la severidad de las lesiones o daños.
IRAM 3800: combinación entre probabilidad de ocurrencia de un determinado evento peligroso y la magnitud de las consecuencias.

ácida, ozono, contaminación hídrica, ruidos, cambios climáticos, nanotecnología, OGM, etc.) (RAT).

Suele conceptualizarse al Riesgo (Risk), como la Probabilidad de que ocurra un fenómeno natural o humano que afecte directa o indirectamente al Medio Ambiente.[11]

El "riesgo" se expresa en términos cuantitativos de probabilidad, mientras que el "Peligro ambiental" alude a la capacidad potencial de una sustancia o de un sistema de ocasionar daños, mientras que la "Amenaza ambiental" lo hace respecto a un evento potencialmente desastroso que ocurre durante cierto periodo en un determinado sitio (Ej.: sismos, inundaciones).

Para comprender mejor los alcances de este peligro ambiental, debe tenerse presente, que la exposición a él, puede ser voluntaria o involuntaria, y que los efectos negativos del RAT (riesgo ambiental tecnológico) dependerá de la toxicidad, dosis, tiempo, frecuencia de exposición y eso nos lleva al concepto de resiliencia, como la capacidad del sistema de adaptarse utilizando las variables de la anticipación, la capacidad de respuesta ante el problema y la recuperación.

Sin embargo, hay que tener presente también el término de vulnerabilidad que alude a las situaciones en las que se encuentran los sujetos o el ecosistema en situación de peligro de daño.

Si bien es aceptada la imposibilidad de llegar al riesgo "0", también lo es que no podemos pagar cualquier costo ambiental por un aparente progreso y es imperativo que deban cumplirse con los principios ambientales.

Debemos recordar que los denominados "costos de los accidentes" en Análisis Económico se consideran al comenzar cualquier actividad[12]; se estima que la gente es libre de decidir entre emprender una actividad pagando los costes de hacerlo (incluyendo los accidentes), o bien, evaluándolos, escoger una actividad menos atractiva, pero no tan arriesgada o riesgosa y que también la responsabilidad, desde un criterio macroeconómico, está fundada en el cálculo comparativo entre el coste social

[11] GARRIDO CORDOBERA, L M R. *Implicancias de la responsabilidad por riesgo*, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2009.

[12] CALABRESI, GUIDO, *El coste de los accidentes, análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ed. Ariel Derecho, 1984.
PIETRO MOLINERO, RAMIRO, J, *El riesgo de desarrollo un supuesto paradójico de la responsabilidad civil por producto*, Ed. Dickinson, 2005.

de la actividad y la riqueza productiva o más sencillamente, entre los intereses del damnificado y los del autor, debiéndose tomar asimismo en cuenta el interés social involucrado y el principio de solidaridad.

Esta pugna de los derechos ambientales se corona, al reconocer la posibilidad de acceso a la justicia, pero para ello se ha recorrido una larga e histórica lucha.

Esto implicó una transformación en las estructuras de los sistemas jurídicos, el arribo de la dimensión social del Derecho, una nueva categoría de daños y de damnificados y la aplicación de los principios que hoy nos ocupan.

El Constitucionalismo ha sufrido una renovación enorme en materia de los Derechos Fundamentales, pues las denominadas generaciones de derechos tienen que ver con diferentes tiem-pos históricos que han apadrinado nuevas necesidades del hombre.

Suele decirse que los Derechos de Primera generación tienen como valor fundante la "libertad" e implican acciones negativas o de abstención; los de Segunda generación, la "solidaridad" e implican el nacimiento de deberes positivos o de prestación; y los de Tercera generación nos enfrenta con los derechos de incidencia colectiva, los derechos de los consumidores y del ambiente; y algunos, al hablar de los derechos de las generaciones futuras, predican que estaría-mos en una cuarta etapa evolutiva o Derechos de cuarta generación.

III. La justificación de la invocación de los principios

Millare recuerda que el Derecho como ciencia humana y social necesita principios; son los pensamientos directrices para Larenz, los valores fundantes, y presentan un efecto de irradiación para Alexy.

Se sostiene la diferente fuerza deóntica de los principios y las reglas. En los principios; la prescripción puede ser llevada a cabo en más o en menos, admite grados de cumplimiento, mien-tras que la regla es observada o no; para Alexy, los principios son mandatos de optimización.

Cafferatta señala, con respecto a la función que cumplen los principios, que la misma sería: a) función informadora; b) función de interpretación; c) los principios como filtros; d) los principios como diques;

e) los principios como cuña; f) los principios como despertar de la imaginación creadora; g) los principios como recreadores de normas obsoletas; h) capacidad organizativa/compaginadora de los principios; i) los principios como integradores.[13]

La consecuencia práctica es o debe ser que el principio se erige en criterio preferente para la interpretación de las normas singulares del grupo o institución, por cuanto dota de sentido unitario y coherente al conjunto normativo, sosteniendo que el derecho ambiental debe tener preeminencia.[14]

Solemos decir, siguiendo a Vigo, que los principios orientan al legislador para que las leyes que se dicten se ajusten a ellos y presentan, además, una función esencial en la interpretación, como criterio orientador del juez o del intérprete, constituyendo el fundamento o razón del sistema.

Dworkin sostiene que cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que queremos decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta como criterio que lo determine a inclinarse en uno u otro sentido para la solución de la cuestión.[15]

Los Principios Generales sirven de filtro cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que quieran aplicarse. Se habla de ellos como diques de contención, ante el avance disfuncional de disposiciones legales y, también, pueden actuar como cuña expansiva para lograr el desarrollo, fortalecimiento, consolidación, y ensanchamiento de las fronteras de la especialidad.

Enseñaba García de Enterria que los principios tienen una capacidad heurística para solucionar problemas interpretativos, de inventiva para descubrir combinaciones nuevas, organizativa para ordenar la vida jurídica y son estos los que prestan la dinámica, innovación y evolución incesantes necesarias.

[13] CAFFERATTA, NÉSTOR, *Responsabilidad Civil por Daño Ambiental*, Cap. 12 en Tratado de Responsabilidad Civil, Trigo Represas- López Mesa, 1° ed. Ed. La Ley, 2004.
Citando a PRADO, JUAN J-GARCÍA MARTÍNEZ, ROBERTO. *Instituciones de Derecho Privado*, Ed. Eudeba, 1985.
[14] Ídem citando a LÓPEZ RAMOS. Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica, del "Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental", Buenos Aires, 23 y 24 de septiembre 2003.
[15] DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio,* Ed. Ariel Derecho, 1984.

Nosotros, aceptando la interpretación amplia del contenido del Derecho Ambiental que surge de la Conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano, incluimos en estas cuestiones a solucionar, todos los aspectos sociológicos y las implicancias referidas a los recursos naturales.[16]

Los grandes desafíos que plantea la compleja, angustiante y vital problemática ambiental, en cuanto atañe a la plenitud de la vida, la lucha frontal contra el riesgo o peligro ambiental; el encontrar un nuevo punto de equilibrio que recomponga la unidad bajo la letra y el espíritu de la Constitución Nacional, que a partir de la reforma, consagra con privilegiado ropaje tuitivo, estos derechos de tercera y cuarta generación, requiere de una nueva cultura jurídica priorizando, en palabras de Morello, las "respuestas vivas a los problemas de hoy".[17]

Los principios de la legislación ambiental son compatibles con todo el sistema de derecho, aparecen consagrados en el art. 4 de la Ley general del Ambiente[18] y se unen con la garantía constitucional del *alterum non*

[16] GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M R-KUNZ, ANA (Dtoras), *Cuestiones ambientales*, Ed. La Ley, 2009.

[17] CAFFERATTA, NÉSTOR, *Responsabilidad Civil por Daño Ambiental*, Cap. 12, en Tratado de Responsabilidad Civil, Trigo Represas- López Mesa, 1° ed., Ed. La Ley, 2004.

MORELLO, AUGUSTO M., *El desafío en nuestros tiempos desde la perspectiva de la protección del medio ambiente*, en Revista Jurisprudencia Provincial, Rubinzal-Culzoni, 1995.

[18] Principio de congruencia: la legislación provincial, municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, ésta prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

Principio de prevención: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir.

Principio precautorio: la ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública.

Principio de equidad intergeneracional: los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.

Principio de progresividad: los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.

Principio de responsabilidad: el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y co-

laedere del art. 19 CN y todo el sistema de garantías Constituciona-les e Internacionales de Derechos Humanos, el art. 33, el art. 41 y el art. 75 incs. 19 y 22.

IV. El principio de no regresión y el de progresividad

Michel Prieur, uno de los pioneros europeos y defensores de este principio, sostiene la existencia de reglas jurídicas eternas y se pregunta si el derecho al ambiente no debería entrar en esta categoría de reglas jurídicas irreversibles.

Explica que las amenazas a la que estamos expuestos en nuestra calidad ambiental son variadas: políticas, económicas y hasta psicológicas, y alerta frente a la tendencia pendular en materia ambiental, afirmando que el derecho ambiental contiene una esencia intangible estrecha-mente vinculada al más intangible de los derechos humanos: el derecho a la vida, entendido como un derecho a la supervivencia frente a las amenazas que sufre el planeta, debido a las degradaciones del medio.

En su disertación en Zaragoza, reflexiona acerca de que el medio ambiente nos deja, a la vez, en un espacio sin fronteras y en un espacio sin límites, y nos propone un formidable reto a juristas y no juristas: "crear una nueva escala de valores, para garantizar de la mejor manera

rrectivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.
Principio de subsidiariedad: El Estado Nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.
Principio de sustentabilidad: el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la preservación del patrimonio natural y cultural son condicionantes necesarios del desarrollo económico y social. La gestión sustentable del ambiente deberá garantizar la utilización de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras
Principio de solidaridad: la Nación y los Estados Provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.
Principio de cooperación: los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrolladas en forma conjunta.

posi-ble, la supervivencia del frágil equilibrio entre el hombre y la naturaleza teniendo en cuenta la glo-balización del medio ambiente".

Estos riesgos a los que alude el Prof de Limoges obedecen a razones jurídicas ligadas al poder soberano de los Estados, políticas por evidenciar una voluntad de simplificar el derecho y de desregulación y razones económicas y sociales que apuntan a la crisis Mundial que enfrentamos.

Rafael González Ballar expresa que este principio con variantes ha acompañado el desa-rrollo de las teorías científicas y nos recuerda la teoría de la evolución de Darwin y el Big Bang y, en materia jurídica, nos enfrenta a un cambio de abordaje por medio de la interpretación y la her-menéutica ambiental necesaria para esta sociedad de riesgos.[19]

Puntualiza la necesidad de un nuevo marco teórico axiológico, con una nueva ética antro-pocéntrica ampliada, pero intra e intergeneracional; la necesidad de una nueva racionalidad ambiental con cuatro ejes: el desarrollo ecológicamente sostenido, socialmente equitativo, culturalmente diverso y políticamente democrático y, sobre todo, tener en miras los fines y principios del derecho ambiental.

De este modo, tomaríamos al "principio de no regresión" como norma jurídica integradora, tanto como imperativo jurídico negativo como imperativo jurídico positivo.

Expresa Esain que: "al ser el derecho al ambiente un derecho fundamental es tributario de las fuentes primarias del ordenamiento jurídico -Constitución, Tratados de Derechos Humanos-, siendo la no regresión un contenido insertado desde las vitamínicas pautas que en materia de de-rechos económicos y culturales el sistema interamericano han acercado".[20]

Solo se aceptara como razonable y no arbitraria una disminución, si concurren en el caso: a) razones excepcionales y b) concurrencia de intereses generales, solo en caso que concurran ambos extremos se podrá justificar por el Estado una decisión que reduzca el nivel de protección.[21]

---

[19] GONZALEZ BALLAR, RAFAEL, *Reflexiones para la interpretación de la no regresión*, en El principio de no regresión en el Derecho Latinoamericano, pág. 77.
[20] ESAIN JOSE ALBERTO, *Progresividad y no regresión en el nivel de protección del ambiente*, en El principio de no regresión en el Derecho Latinoamericano, pág. 200.
[21] ESAIN JOSE ALBERTO, *Progresividad y no regresión en el nivel de protección del ambiente*, en El principio de no regresión en el Derecho Latinoamericano, pág. 243.

Recordemos que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, en su art. 28, ya señalaba que "una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras".

Esto nos lleva a pensar en los planteos de Jonas sobre si es justo establecer limitaciones en la actualidad, en razón de la protección de personas que no sabemos si existirán.

Sostiene Franza que el "principio de no regresión" implica necesariamente una obligación negativa de no hacer, de este modo el nivel de protección ambiental alcanzado debe ser respetado, la principal obligación que conlleva es la de respetar los umbrales y estándares ambientales ya adquiridos y a no afectar negativamente el actual nivel de protección.[22]

En su criterio, no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho, modificación propia e inevitable, sino a los cambios que tengan como finalidad la disminu-ción del nivel alcanzado, y se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como a las reglas de la ciencia, técnica, convivencia y la lógica.

No existe una terminología unívoca para aludir a este principio y, en algunos países, se conoce también al principio de no regresión como "stand still" (Bélgica), efecto cliquet, trinquete, cláusula de status quo, de no retroceso, o regresividad, de cláusula de anti retorno.

Si bien el derecho al ambiente como derecho fundamental esta resguardado en el art. 41 CN y su correlato en el art. 75 inc. 22, el principio de no regresividad se muestra primero en el ámbito de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en menor medida, en materia ambiental. Pero también lo encontramos en el art. 75 inc. 19 CN en una clara referencia al desarrollo y en el Preámbulo en la frase de proveer al Bienestar General.

Rebeca Cook dice que está implícito en los Pactos de Derechos Humanos como obligación negativa inherente a las obligaciones positivas que acompañan a los derechos fundamentales; y Cafferatta expresa que se trata de mejorar el ejercicio real de un derecho confiriéndole eficacia, lo que obliga en todo momento a dar a la legislación un "efecto ascendente" según la expresión de Dominique Rosseau, por lo cual no se puede

[22] FRANZA, JORGE A, *El principio de no regresión en el Derecho Ambiental*, I-J Rev. Iberoamericana de Derecho Ambiental, IJ-LXVI-422.

descender por debajo de cierto umbral sin desnaturalizar el derecho en cuestión.[23]

Del art. 2.1 del PIDESC y del art. 26, se desprende otro principio que suele hacer de con-trapeso; nos referimos al de "progresividad" y que Courtis señala que impone la obligación a los Estados de avanzar con la mayor rapidez y eficacia posible.

El "principio de progresividad" responde a criterios de gradualidad progresiva en el avance de los objetivos, al criterio de involucramiento paulatino de concientización y de adaptación.[24]
Un ejemplo palpable lo tenemos en la ley de PCBs, que prevé una eliminación paulatina de tal sustancia en el territorio.

La noción de "no regresividad", siguiendo a Courtis, responde a una limitación que los Tratados de Derechos Humanos y la Constitución imponen al legislador y al Ente reglamentador respecto a la adopción de normas que deroguen o reduzcan el nivel del que goza la población de las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales.

Se señala que la no regresividad puede adoptar dos versiones: ser de resultado, referen-ciado así a políticas públicas, lo que necesariamente implicará la existencia de indicadores o marcadores empíricos de resultado y la regresividad normativa cuando el dictado de una norma posterior suprima, limita o restringa derechos concedidos anteriormente.

La "no regresión" se fundamenta, para Prieur, en el carácter finalista del derecho ambiental, en la necesidad de apartarse del Principio de Mutabilidad de la ley y en la intangibilidad de los derechos humanos.

Esto lo lleva a afirmar enfáticamente que este derecho fundamental nace como respuesta a la degradación y agotamiento de los recursos naturales, implicando una obligación de resultados que es la mejora del ambiente, siendo la expresión de una "moral ambiental por lo que cualquier retroceso en el derecho ambiental sería inmoral y contraria a la finalidad".

Alerta que la regresión en materia ambiental se da solapadamente, de modo discreto y hasta insidioso, pasando casi desapercibido, lo cual

[23] CAFFERATTA, NÉSTOR, *Reformulación del principio de Progresividad a los 10 años de la Ley 25675 general del Ambiente. Avances y novedades*, Rev. de Derecho Ambiental, nov. 2012.
[24] BIBILONI, HOMERO. *Los principios ambientales y su interpretación: su aplicación política y jurídica*, JA 2001-1-1082.

lo hace más peligroso; de allí, que propone consagrar este principio de no regresión tanto en los ámbitos internacionales como nacionales para evitar subrepticias derogaciones de logros alcanzados.

Puntualiza que existen tres modalidades de expresar la voluntad de no regresión: 1) a través de una proclamación expresa, 2) a través de una exigencia de protección del ambiente que iguale el nivel de protección nacional al internacional y 3) de modo indirecto mediante cláusulas de incompatibilidad.

Para Sozzo, el "principio de no regresión" implica repensar la noción de progreso que el derecho moderno recepta como norma y lo une a la idea de perdurabilidad, que a la vez se sus-tenta en la idea de Patrimonio común de la Humanidad y en la responsabilidad para con las gene-raciones futuras, fundándolo en la lógica de la existencia de una herencia ambiental que debe ser transferida a las próximas generaciones.

El "principio de no regresión" es una adaptación a las circunstancias contemporáneas de la idea del progreso humano, pues uniendo las Directrices de Estocolmo del 72 y Río del 92 es fuerte la idea de velar por un desarrollo sustentable.

En el año 2012, se marca un hito fundamental, pues en ocasión de Río+20, la Comunidad Internacional además de reafirmar los principios de Río, de asignarles el carácter consuetudinario con los efectos que conlleva ello en el Derecho Internacional, se declara por primera vez que los logros de Río son irreversibles en el párr. 20° de la Declaración "Del Futuro que queremos"; y la Comisión de Derecho Ambiental de la UICN adoptó una Resolución durante su Congreso Mundial diciendo que es necesario el reconocimiento de este principio en el marco de sus derechos y polí-ticas ambientales, suscripto por 81 Estados. La Constitución de Ecuador del 2008 es el ejemplo de integración constitucional expresa.[25]

No podemos soslayar tampoco, la mención de la Declaración del 2013 de Bonn "Derechos humanos para todos post-2015", en la que se solicita la garantía de un nivel mínimo de derechos humanos, entre

[25] Constitución de Ecuador, Art 71-La naturaleza o pacha mama , donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete íntegramente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.
Art 72- La naturaleza tiene derecho a la restauración…El estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptara las medidas adecuadas para limitar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

ellos el ambiente, sin regresión, esta misma idea circula en Naciones Unidas.

Debemos volver a decir que la regresión ostensible o manifiesta en materia ambiental resulta casi inimaginable, pues no resulta políticamente correcto la abrogación total de las leyes de protección de la Naturaleza o anticontaminantes; en cambio, están al orden del día las degradaciones progresivas o graduales y son las más peligrosas, como lo señalara Prieur, junto a las de omisión, cuando, ya sea el Poder administrativo o el legislativo quien desatienda sus funciones pro-tectorias tornando ineficaz nuestro derecho a la calidad ambiental.

Además, debemos tener presente que las regresiones locales tiene efectos globales y que adherir al principio de no regresión, mediante una norma expresa o vía interpretación jurisprudencial, significaría un obstáculo a la degradación creciente del ambiente.

V. El principio de solidaridad y la equidad intergeneracional

El Prof. de la Universidad de Alicante, Gabriel Real Ferrer, reflexiona que la cuestión ambiental nos obliga a reconsiderar y replantear algunas de las categorías jurídicas que tradicionalmente venimos analizando.

Una de esas transformaciones es la generalización del principio de solidaridad como autentico principio jurídico generador de obligaciones exigibles en el seno de las relaciones sociales, sobrepasando el estadio de mera consideración ética para instalarse en el terreno de lo jurídico.

La solidaridad ha funcionado como un elemento cohesionador, como un vínculo que hace que los individuos sean partícipes de los intereses colectivos del grupo y ha acompañado inexorablemente el proceso civilizatorio. Se dice que se va camino a la solidaridad planetaria e intergeneracional.

Dentro del derecho humano al ambiente sano del que venimos reflexionando, Pedro Frías recordaba "la equidad intergeneracional" como uno de los principios guías.[26]

Ella se deriva del Principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972 que, en su parte per-tinente, establece: "que el hombre… tiene la solemne

[26] FRIAS, PEDRO, *La cláusula ambiental en la constitución-Principios de política ambiental susceptibles de constitucionalización*, LL 23-11-94.

obligación de mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras" y fue reiterado en Río en 1992 en el principio 3 que:"establece que el desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones futuras".

Este paradigma se basa en un innegable fundamento ético, en la solidaridad entre los hombres, pero no solo los actuales sino los futuros, sosteniendo que debemos garantizarles la estabilidad ambiental que brinde las oportunidades de un desarrollo sustentable.

Esta solidaridad apunta no solo a nuestro presente, sino también a lo que vendrá y nos remite a la gran deuda que tenemos con los ideales de la Revolución Francesa, con cumplir con el ideal de *La fraternite*.

Para valorar la mención que se hace en la Declaración de Río de este principio, cabe que recordemos lo establecido en el N° 27, en el cual se alude a la aplicación del espíritu de solidaridad a toda la Declaración y al desarrollo ulterior del mismo y de las normas que dicten en base del desarrollo sustentable, recordando que la especie humana es un grupo sujeto a un destino común.

Esta cuestión está ligada también a la idea de "mínimo transferible" en las palabras de Be-rros y de Sozzo, como ese núcleo esencial.

Recordemos que en 1992, bajo la denominación "Solidaridad Planetaria", el III Congreso Español de Derecho Ambiental recomendó que la solidaridad no sea considerada solamente una obligación de los Estados, sino de todos los seres humanos, y que debe ser considerada como principio fundamental ineludible para el desarrollo y la protección del ambiente, siendo un principio jurídico no solo moral, apuntando a la conservación del ecosistema.

Legislativamente, en Argentina, encontramos su referencia en el art. 41 CN, donde nos ordena que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer a las generaciones futuras.

VI. El principio *pro homine o pro persona*

La aparente claridad de este concepto resulta engañosa cuando se la analiza en los marcos de los sistemas jurídico culturales; ello sin duda se debe a la influencia que operó en los orde-namientos nacionales e inter-

nacionales por el auge de los Derechos Humanos, pero en realidad hemos notado históricamente su presencia germinal en otras áreas; recordemos por ejemplo el principio in dubio pro reo, favor debilis, in dubio pro operario, estos son criterios concretos que se relacionan con supuestos particulares, mientras que el principio "pro homine" o "pro persona" debe iluminar todo el ordenamiento jurídico.

Esta afirmación nos llevará a reconocer ciertas áreas problemáticas concretas, como ser: la interacción de los Tratados de DH, la Constitución y las leyes y el modo de realizar una interpre-tación a la Luz de este principio de los ordenamientos.

El juez Rodolfo Piza Escalante afirmó en uno de sus votos de fines de la década del 80, que el principio pro persona es un criterio fundamental que se impone por la naturaleza misma de los derechos humanos, el cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran y restrictivamente las normas que los limitan o restringen.

De ello, se concluye que la exigibilidad inmediata e incondicional es la regla y su condicio-namiento, la excepción.

Mónica Pinto se refiere al mismo Principio como: "criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanen-tes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria".[27]

Tal como lo hemos aplicado en varios supuestos, ello coincide con el rasgo fundamental que para nosotros tiene el Derecho que es el de estar a favor del hombre.

La interpretación de las normas de ampararse en su peso sustantivo no en criterios forma-listas que pongan en peligro su ejercicio efectivo; recordemos una vez más a Alexy, con referencia al efecto irradiante de los Principios, que nos conducirían a la realizan dentro de las posibilidades reales existentes.

[27] PINTO, MÓNICA, *El principio pro homine, criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de derechos humanos*, en ABREGU Y COURTIS (comps.) la aplicación de los Tratados sobre derechos Humanos por los Tribunales locales, Ed. Del Puerto 1997.

El "principio pro persona" se deriva en sentido estricto del art. 29 de la CADH[28], pero aún más del propio objetivo y fin del Tratado, pues se inspira en valores comunes superiores centrados en la protección del Ser Humano. Además de la CADH, esta regla ha sido incorporada a PIDESyC; al Convenio Europeo y a la Carta Africana.

A ello debe tender la interpretación de su contenido mínimo y, también, la denominada interpretación evolutiva, lo cual nos lleva a integrar en el sistema las soluciones que favorezcan más a las personas conforme a las realidades culturales y sociales en las que ellas se insertan.

El reconocer a este principio como parte de los DH nos lleva necesariamente a recordar que los mismos tienen una dimensión vertical que se proyecta en la obligación de las autoridades estatales de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos y una horizontal de respeto recíproco entre los hombres.

En el derecho mexicano, Eduardo Ferrer McGregor sostiene que la "interpretación conforme" como criterio hermenéutico es aplicable a todas las normas de Derechos Humanos, que or-denan la armonización entre la CN y los Tratados Internacionales integrando el principio "pro per-sona" en tal procedimiento.

Señala Pinto que los Derechos Humanos consagrados por el ordenamiento jurídico son esencialmente relativos y, por ello, susceptibles de ser reglamentados razonablemente, y así ser objeto de restricciones legitimas en su ejercicio e incluso de suspensión extraordinaria.

Parece importante, entonces, que distingamos aunque sea tangencialmente estos concep-tos de reglamentación razonable, restricciones legítimas y suspensión.

La reglamentación razonable es aquella regulación legal del ejercicio de un derecho que sin desvirtuar su naturaleza, tiene en miras su pleno goce y ejercicio en sociedad; son restricciones legítimas, los límites que se imponen al ejercicio de algunos derechos en atención a la necesidad de preservar o lograr determinados fines que interesan a la sociedad toda y la suspensión es una situación extraordinaria que obliga a realizar dicha medida por un periodo acotado y en una cir-cunstancia determinada.

[28] Este art 29, CADH, también recepta el principio de interpretación evolutiva, sosteniéndose que los Tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos que deben acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

Con respecto a la "ponderación", recordemos que consiste en sopesar dos principios que entran en coalición en un caso concreto, para determinar cuál de ellos gravitará con mayor peso en el caso concreto, lo que nos remite en nuestro derecho necesariamente al Test de Constitucionalidad.[29]

El principio *pro homine* impone atender la máxima en la cual los derechos de cada uno terminan donde comienzan los de los demás y también en la existencia no solo de derechos, sino de deberes en cabeza de la humanidad.

VII. Reflexiones finales

Creemos que la discusión en el presente, lejos de estar concluida, radica en aceptar el desafío de establecer la aplicación de los principios que nos preocupan y ocupan y de darle al Derecho la cuota de equidad y solidaridad que la comunidad reclama. [30]

Tomando una frase de Ciuro Caldani, sostenemos que para ser justo un régimen ha de ser más humanista, considerando a cada individuo como un fin y no como un medio.[31]

Al reflexionar sobre el "derecho posible", Paolo Grossi nos alerta sobre el riesgo del jurista de "quedar reducido a ser un simple exegeta de un texto normativo, con la perversa tentación de querer inmovilizarlo y llegar a considerar a su contenido como el único derecho posible, o incluso el mejor de los derechos posibles".[32] No debemos caer en esa tentación.

[29] Se deberá analizar ante una aplicación que restringa el goce de un derecho humano si la limitación tiene una finalidad constitucionalmente valida con base en otro interés o derecho superior, si esta limitación es razonable o idónea, es decir si existe una relación entre la medida y la finalidad y además que dicha limitación sea proporcional no nugatoria del derecho afectado.

[30] No podemos olvidar que son mandatos ineludibles para todos los hombres de Derecho el luchar por prevenir y por reparar adecuadamente los daños, como dos maneras de cumplir el supremo mandato

[31] CIURO CALDANI, MIGUEL A., Perspectivas integrativas del incumplimiento considerado en sí mismo, Responsabilidad Civil y Seguros, Hom. a Atilio A Alterini, págs. 111 y ss. (La Ley N° 2009).

[32] ALTERINI, ATILIO A. *¿Hacia un Geoderecho?*, en El derecho Privado ante la Internacionalidad, la integración y la globalización, págs. 3 y ss. (La Ley, Buenos Aires, 2005).

El Derecho necesariamente frente a este contexto deberá adaptarse a los cambios ambientales y evolucionar, no solo mirar hacia atrás, so riesgo de no estar a la altura de los desafíos y convertirnos en estatuas de sal.

Por eso, a modo de conclusiones aproximativas de los temas que hemos abordado, sostenemos, que en esta nueva etapa del desarrollo de la temática ambiental, se impone la adopción y realización de los Principios de no regresión, *pro homine* y de solidaridad intergeneracional, para solucionar los desafíos a los que nos enfrentaremos en los años venideros.

Esta inquietud sin duda merece un estudio de mayor profundidad que el que hemos compartido en esta reunión y que será la tarea pendiente de todos.

Palabras de recepción del académico correspondiente en Tucumán

Díaz Ricci, Sergio M.

La presentación estuvo a cargo del señor académico de número

POR HARO, RICARDO

Señor Presidente, Señores Académicos, Dr. Sergio Diaz Ricci, Profesores y amigos:

Es para mí un gozoso honor presentar, ante los señores académicos, al Profesor Doctor Sergio Miguel Díaz Ricci, brillante constitucionalista y fraternal amigo.

No obstante, el contenido de la resolución que se acaba de leer, considero de capital im-portancia, señalar aspectos fundamentales de su Currículum Vitae que constituye, más allá de enumeraciones formalistas y tediosas, una verdadera historia de vida, una historia de vida acadé-mica con todas sus vicisitudes.

El incorporando se graduó como abogado, con medalla de oro de la Facultad y premio La Ley en la Universidad Nacional de Tucumán. En 1985, viajó a España a perfeccionar su forma-ción, obteniendo el "Diploma de Especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política", en el célebre Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

Convocado por su marcada inclinación hacia los estudios jurídicos, posteriormente, realizó los cursos de doctorado en el Universidad Complutense de Madrid, obteniendo en 1988 su título de "Doctor en Derecho", con una tesis sobre "*La reforma constitucional y la constitución argentina*", aprobada con la máxima calificación, y que fuera dirigida por el eminente Maestro Pablo Lucas Verdú, y quien fuera nuestro admirable académico correspondiente en España.

A su regreso a Tucumán, siguiendo su vigorosa vocación docente, fue Profesor en la enseñanza secundaria y, posteriormente, ingresó en la universitaria en la Cátedra de Derecho Cons-titucional en la Universidad Nacional de Tucumán, habiendo sido a partir de 1994, Profesor Asociado y accediendo finalmente a la Titularidad de la Cátedra por Concurso en el año 2011, cuyo Tribunal tuve el honor de integrar. Igualmente, es Profesor en la Maestría en Derecho Procesal aprobada por la CONEAU en la UNT.

Por otra parte y desde 2008, es Profesor Titular de Derecho Constitucional Provincial y de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad San Pablo de Tucumán, desempeñándose también como Profesor

de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación.

El Dr. Díaz Ricci ha ejercido importantes cargos en la conducción académica, entre los que merecen destacarse, por su particular relevancia, el de Promotor y Coordinador de los Programas Doctorales sobre los "Sistemas Jurídicos Comparados" dictados por la Universidad Complutense de Madrid en la Universidad Nacional de Tucumán, en la que además fue designado Director del Departamento de Graduados. Gracias a esta encomiable gestión, varios profesionales tucumanos pudieron obtener el doctorado mediante los cursos y tesis que realizaban en la Provincia y que luego defendían en Madrid.

En la Universidad San Pablo, es Director con jerarquía de Decano, del Instituto de Estudios Sociales, Políticos y Culturales, que reúne las carreras de Abogacía, Contador Público, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, siendo asimismo Director de la *Maestría en Derecho Parlamentario* aprobada por la CONEAU.

Ha integrado Tribunales de Tesis doctorales en diversas Universidades argentinas y en la Complutense de Madrid, e igualmente Jurados de concursos docentes en universidades nacionales y privadas del País.

Se ha desempeñado como Profesor de postgrado en carreras de Doctorado, Maestrías y Especializaciones, en numerosas Universidades de nuestro País, en la Complutense de Madrid, en la UNAM de México y en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

Ha publicado cerca de un centenar de trabajos en Revistas nacionales y de Italia, Bélgica, España, Portugal, México, Perú, etc., y ha participado con capítulos en importantes obras colecti-vas igualmente nacionales y extranjeras.

Como obras personales merecen mencionarse tres obras fundamentales, a saber: *La Teoría de la Reforma Constitucional, el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán y el Digesto Provincial de la Legislación Ambiental*.

Ha sido organizador y expositor en más de doscientos Congresos, Seminarios y Jornadas de su especialidad, tanto en nuestro País, como en Perú, España, Costa Rica, México e Italia. Por otra parte, ha pronunciado innumerables conferencias.

El manejo de idiomas le ha permitido traducir obras del derecho constitucional francés y alemán, como por ejemplo el libro del autor suizo Werner KÄGI: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del estado*", que fue publicada por la editorial Dykinson.

Es Miembro de número de la *Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado* con sede en Washington, Miembro correspondiente de la *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, y Miembro de número Academia de Ciencias Morales, Políticas y Jurídicas de Tucumán.

De igual modo, es miembro y directivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, del Instituto de Federalismo de esta Academia, como igualmente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y de la de Derecho Procesal Constitucional.

Dada la proficua y amplia labor científica del Dr. Diaz Ricci y los minutos otorgada a esta presentación, nos vemos compelidos a realizar una presentación sintética de sus más importantes contribuciones a la doctrina constitucional.

En lo relativo a la *Teoría Constitucional*, sus aportes que ya se insinuaron en su Tesis Doctoral de 1988, se han manifestado en la profunda investigación que expone en su obra "*La Teoría de la Reforma Constitucional*", que publicó Ediar en coedición con las Universidades Nacional Autónoma de México y la Complutense de Madrid, y en la cual expone acabadamente la doctrina del Poder Constituyente, su esencia democrática, su fuente filosófica, su génesis y evolución histórica, su realidad sociológica en una sociedad democrática. Este marco teórico, referido habitualmente al *poder constituyente originario*, es aplicado al poder *constituyente reformador* que, para Díaz Ricci, participa de una misma e idéntica naturaleza, con la peculiaridad de que se adapta a un procedimiento predeterminado por el propio texto constitucional.

A partir de estas bases conceptuales, presenta ya específicamente, la teoría general de la institución de la Reforma Constitucional, analizando el procedimiento o dimensión procesal de revisión constitucional, la naturaleza jurídica de las normas que lo regulan, a las que define como "*normas de oferta*" que una generación histórica constituyente, predispone y propone a una generación futura, en resguardo de la continuidad jurídico-política y del sistema democrático.

Examina el derecho comparado, clasificando los procedimientos de reforma constitucional en cuatro modelos: el alemán, el italiano, el escandinavo y el francés, en el cual ubica al sistema de revisión argentino. Finalmente, indaga dos espinosas cuestiones: los límites a la reforma y el control jurisdiccional de la misma.

En cuanto a la función de control en el Estado de Derecho, afirma los límites al poder desde cuatro perspectivas: a) El Derecho Procesal Constitucional, para fortalecer al Poder Judicial; b) El Derecho Parlamentario para afianzar la institución Legislativa; c) El control de la administración y de las finanzas públicas; y d) La descentralización del Estado y federalismo, como límite vertical de poder.

La efectividad de los derechos fundamentales, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, han sido objeto de especial estudio durante la pasantía en la Universidad de Alcalá de Henares, y su participación tanto en el libro de la Universidad Complutense titulado "Los derechos democráticos y las garantías constitucionales en los procesos en los Convenios Americano y Europeo de Derechos Humanos", como en el del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, titulado "*La América de los Derechos*".

La problemática del *derecho ambiental,* la plasmó en el *Digesto Ambiental de Tucumán, del Noroeste Argentino y la Nación*, que realizó mediante el estudio y voluminosa compilación de toda legislación ambiental vigente en Tucumán, en la región Noroeste y en el país.

Pero es indudable que su obra jurídica de mayor trascendencia es el haber sido autor del Proyecto del *Código Procesal Constitucional de Tucumán*, presentado antes de la Reforma de la Constitución Nacional de 1994, aunque sancionado con posterioridad por Ley provincial N° 6944, y constituyendo el primer Código Procesal Constitucional del mundo. Este Código, que es una contribución argentina al panorama jurídico global, es un texto sistemático y único que torna eficaz el control de constitucionalidad y reúne todos procedimientos judiciales para la tutela de las garantías constitucionales, tanto mediante los mecanismos rápidos de tutela (amparo, habeas corpus, amparo colectivo, amparo electoral, amparo fiscal, amparo por mora), como los procesos más complejos (acción declarativa de inconstitucionalidad, recurso de inconstitucionalidad).

Es una obra jurídica excepcional compuesta por 110 arts., que puso a Tucumán a la vanguardia del derecho procesal constitucional, y sobre el cual merece destacarse los siguientes principios e institutos: a) Se trata de un texto con una unidad sistemática interna que se manifiesta en la originalidad de contener disposiciones comunes para el habeas corpus y el amparo; b) El Código se aplica por cualquiera y en todos los fueros de los tribunales tucumanos donde se presente una cuestión de lesión o invalidez constitucional; c) El juez es el director del proceso, priorizando la impulsión de oficio, celeridad, convertibilidad y subsanabilidad de la acción; d) Procedimiento especialmente ágil, rápido y expedito para el amparo, siendo los plazos improrrogables, de días y horas corridos, indisponible por las partes; e) La regulación del amparo ambiental y para la tutela de derechos de incidencia colectiva; f) La incorporación de la acción declarativa de inconstitucionalidad, que no existía en la normativa tucumana, y ahora se tramita ante un tribunal de primera instancia.

Finalmente, deseo resaltar la personalidad del Prof. Diaz Ricci, por su vigorosa y fecunda vocación hacia la docencia, que la ejerce no como un mero empleo u oficio, sino como una cordial vocación de amor en el pensamiento de Gregorio Marañón; con una auténtica actitud de servicio, pues es coincidente con Leonardo Boff, cuando afirma que: "quien no vive para servir, no sirve para vivir"; y finalmente, con una gran dosis de *diálogo y humildad* no exenta de convicción en sus planteos, pero lejos de toda soberbia intelectual.

Él es consciente que -como bien se ha dicho y lo hemos expresado- el profesor que solo se dirige a la inteligencia del alumno y olvida el corazón; el que desarrolla su tarea en el solo plano de la intelectualidad y no el de la afectividad y de los valores, ha castrado gran parte de su tarea educativa, al parcializarla en un hombre que requiere una formación integral.

Muy apreciado Dr. Díaz Ricci: en el momento culminante de esta ceremonia, de su incorporación como Miembro Correspondiente de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en la Provincia de Tucumán, el Señor Presidente le impondrá la medalla, y le entregará el diploma que lo acredita con tal investidura académica.

No dudo de que Usted sabrá valorarla tanto como la valoramos los que integramos esta Academia, y en prueba de ello, tampoco dudo que

se incorporará no solo al honor, sino también a la fecunda tarea de esta Academia, de coadyuvar a la sociedad, sirviendo al Estado de Derecho, en tiempos tan preocupantes por su anémica vigencia.

¡Sea Usted bienvenido a nuestra casa y a nuestro fraternal afecto!

Las mutaciones constitucionales

Diaz Ricci, Sergio M.

Agradecimientos

Debo expresar que vengo a este acto de incorporación, en presencia de distinguidos miembros de esta ilustre Academia Nacional de Derecho y Ciencias de Córdoba, profundamente conmovido y agradecido por su compañía y benevolencia.

Agradezco las generosas palabras de presentación del Dr. Ricardo Haro, calificadísimo testigo de este periplo personal.

Quizás, porque crecí en una sociedad crispada por revueltas y violencia, golpes de estado y prepotencia, como hijo de una época, resolví hace tiempo hacer un acto de fe en el Estado Constitucional como instrumento para la convivencia política en paz social. Creer en los valores superiores de libertad y solidaridad bajo una Ley suprema.

Si algún mérito puedo exhibir, entonces -apropiándome una expresión paulina- es haber "combatido ese noble combate y haber conservado esa fe" (2 Tim, 4, 7).

Motiva de esta emoción pasar a formar parte de esta Academia, hija dilecta de la centenaria Universidad de Córdoba, cuyo lema *Universitas Cordubensis Tucumanae* nos evoca su pertenencia a esta región mítica de la América del Sur (el Tukma) y su destino cultural -homónimo a la Córdoba bética: cuna de Séneca, Averroes, Maimónides- llamado ser síntesis en la diversidad. Precisamente, eso significa universidad: unidad en la diversidad.

Se hace presente el recuerdo de mi padre, que evocaba con deleite "la Córdoba" de sus años de estudiante de abogacía y, de este modo, hizo que sea también parte nuestra.

No puedo dejar de menciona a Don Pedro J. Frías, quien presidiera esa Academia, me distinguió con su afecto personal.

I. Introducción

He elegido como tema las "Mutaciones Constitucionales" por ser uno de los asuntos más singulares de la Teoría Constitucional.

Fenómeno que, si bien no es exclusivo del Derecho Constitucional porque se observa en otras ramas, en este alcanza particular importancia

y gravedad superlativa porque se ocupa de las normas fundamentales y cimeras del sistema jurídico.

Este fenómeno ofrece dificultades técnico-jurídicas porque se vincula a la vigencia de las normas constitucionales en la realidad. Como advierte Cruz Villalón, la Mutación Constitucional es "*un fenómeno inherente a la 'concretización' y, por tanto, a la 'realización' de la constitución*".[1]

La problemática relación entre derecho y realidad, entre norma y hecho, nos muestra los límites de la racionalidad y del lenguaje normativo.[2]

II. Concepto

La Mutación Constitucional es un fenómeno que consiste en la modificación del significado de una disposición constitucional cuya expresión literal se mantiene incólume. Ocurre cuando una norma constitucional, con el transcurso del tiempo, adquiere un sentido diferente del originario que le precede, contenido en una disposición que conserva inalterable su texto.

Esto no quiere decir que ese nuevo significado sea opuesto sino *diferente*, como veremos más adelante.

El asunto es trascendente porque parece poner en entredicho a la "Fuerza normativa" de la Constitución. ¿En qué medida una Mutación Constitucional debilita la quintaesencia de lo *constitucional*: su supremacía jurídico-política?

Admitir la posibilidad de que cualquier hecho político pueda tener un valor superior a la propia Constitución equivale a demoler los cimientos del Estado constitucional moderno. Desconocer la fuerza vinculante de la Constitución escrita sería negarle "...la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que asume la Constitución... la Comunidad con constitución escrita, depende en gran medida de que el

[1] Cf. CRUZ VILLALÓN, PEDRO en su Introducción a la obra Escritos de Derecho Constitucional de K. Hesse, Madrid, CEC, 1983, pág. XXVII.
[2] Cf. CRUZ VILLALÓN, PEDRO en su Introducción a la obra Escritos de Derecho Constitucional de K. Hesse, Madrid, CEC, 1983, pág. XXVII.

texto de la Constitución sea respaldado sin reservas"[3], enseña Hesse.

Asumimos, pues, el desafío teórico dar una respuesta apropiada a este dilema.

Terminología: Este fenómeno jurídico fue avizorado por la Escuela Alemana de Derecho Público llamándolo: "*Verfassungswandlug*", cuya traducción al castellano, realizada por GARCIA PELAYO -"Mutaciones Constitucionales"- devino la más aceptada y difundida.[4]

Un poco de historia: como dijimos, la identificación de este fenómeno constitucional la debemos a la Escuela Alemana de Derecho Público para interpretar una serie de situaciones jurídicas surgidas en torno a la Constitución de 1871 y a la Constitución de Weimar de 1919, que eran constituciones escritas y rígidas.

Respecto de la Constitución Imperial de 1871 -un texto puramente orgánico- fue Paul LABAND quien primero lo registró (1895), pero GEORG JELLINEK (1906) fue quien hizo una descripción empírica de numerosos casos de Mutación Constitucional.[5]

Durante la Constitución de Weimar, las Mutaciones Constitucionales fueron objeto de estudio por varios autores desde una perspectiva antiformalista, dirigida más bien a justificarlas al socaire de la ausencia de un órgano de control de constitucionalidad: K. Loewenstein (1931)[6], un curioso chino HSU Dau Lin (1932)[7], Schmitt (1928), Smend (1928) (Los gigantes de Weimar). El caso más emblemático de Mutación Constitucional fue el tristemenrte célebre art. 48 que sirvió para investir a Hilter de un poder tiránico.

Hice referencia a esa época porque, cuando Bidart Campos[8] intro-

[3] Cf. HESSE, ob.cit., pág. 102.

[4] Cf. GARCIA PELAYO, MANUEL: "Derecho Constitucional Comparado", Madrid, Rev. de Occidente, 1950; reed. Alianza Editorial, 1984, pág. 137.

[5] Cf. JELLINEK, GEORG: Reforma y Mutación de la Constitución, Madrid, CEC (trad. de Christian Forster) que enriquece con un excelente Estudio Preliminar de su autoría. Hatschek (1909).

[6] LOEWENSTEIN, KARL: Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. Reeditado en 1968 por Scienntia Verlag, Aalen.

[7] Cf. HSU, Dau-Lin: *Die Verfassungswandlung*, Berlín, Leipzig, Walter de Gruyter, 1932 (Mutación de la Constitución, trad. P. Lucas Verdú y Ch. Förster: Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

[8] Vid. BIDART CAMPOS, G.,: *Derecho Constitucional*, Bs.As., Ediar, vol. I, pág. 139 y págs. 141-148. También en su *Filosofía del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1969, N° 67 y N° 71, págs. 78-80 y 85-88. Su concepto presupone

dujo el concepto de Mutación Constitucional en nuestro país, se apoyó en los escritos de Garcia Pelayo quien, por su parte, se ocupó en esa primera doctrina alemana.

Entonces la Mutación Constitucional se refiere a aquellas transformaciones silenciosas que ocurren en la realidad práctica de la vida constitucional ("*Stillen Verfassungswandlung*"), al decir de Gomez Canotilho[9]. El fenómeno de Mutación Constitucional se percibe, entonces, negativamente, por exclusión, cuando se da una alteración semántica de una norma constitucional sin que se haya reformado el texto de la misma.

Por reacción a estos abusos, la Constitución alemana incorporó expresamente el "principio de certificación y evidencia" de toda modificación Constitucional (*Urkundlichkeit und Einsichtbarkeit jeder Verfassungsänderung*); en su art. 79.1, señala claramente que: "La Ley Fundamental solo podrá ser modificada por medio de otra ley que **expresamente** altere el tenor literal de la Ley Fundamental **o lo suplemente**", cuya finalidad es dar certeza jurídica y evitar la práctica de las Enmiendas adicionadas, modalidad seguida por la Constitución norteamericana de 1787; se agregó, a continuación, de sus 7 arts. originarios, 27 enmiendas, algunas de las cuales modifican disposiciones originarias y otras derogan enmiendas anteriores, permaneciendo el texto alterado sin modificación literal.[10]

que la totalidad del ordenamiento normativo queda afectado en su vigencia, lo que se aproxima bastante a la idea de desconstitucionalización del sistema político por "Anomia constitucional" generalizada que describe Enrico SPAGNA MUSSO ob.cit., pág. 144.

[9] Cf. GOMES CANOTILHO,J.J., *Direito Constitucional,* Coimbra, Livraria Almedina, 1983, 3° ed., págs. 254-255.

[10] De este modo se quiere evitar los problemas que acarrea la práctica norteamericana de enmiendas del texto original de la Constitución de 1787, en la cual las 27 Enmiendas efectuadas hasta la fecha conforma un cuerpo de 36 arts. que se adosaron, a continuación de los 7 arts. originarios, dándosele una numeración independiente al texto de 1787. La primera enmienda de 1791 aportó 10 arts., las 26 restantes incorporaron un art. cada una, encontrándose vigentes tan solo 35 arts. por haberse derogado en 1951 la Enmienda XVIII. Esta modalidad presenta el inconveniente que ciertas enmiendas que afectan a algunos artículos originarios (la Enmienda XIII al art. I-secc. 9-Cl.1; la Enmienda XVI al art. I-secc.9-Cl.4; la Enmienda XVII al art. I-secc. 3) o a disposiciones de enmiendas anteriores (la Enmienda XXI que deroga la Enmienda XVIII), sin embargo estas no se ven reflejadas en los textos afectados, que se mantienen inalterables en su redacción originaria, incluso la Enmienda XVIII no obstante estar derogada no fue suprimida del texto, lo que genera una dificultad para reconocer fácilmente las disposiciones que se encuentran alteradas por una enmienda constitucional, exigiendo una labor de interpretación inconveniente en esta materia.

Esta preocupación doctrinal no tuvo desarrolló en FRANCIA porque las Leyes Constitucionales de 1875 de la III República eran leyes ordinarias de contenido únicamente orgánico, no una verdadera Constitución.[11] Luego, con la Constitución de la IVª República (1946) y su reforma en 1958 (la Vª República), la especulación teórica fue por el camino de la doctrina del institucionalismo (Duverger, Gicquel, Cadoux, Pactet). Seguramente, la importante reforma constitucional de 2008 que permite a los ciudadanos plantear ante los jueces la "cuestión prioritaria de constitucionalidad", en un caso judicial donde se cuestione una disposición legislativa por contravenir los derechos y libertades garantizados por la constitución (art. 61) va a provocar un debate sobre esta cuestión. No dejemos de advertir que esta novedad constituye una ruptura del tradicional el antijudicialismo francés (*méfiance aux judges*) que impedía a los tribunales entender cuestiones de constitucionalidad.

En ITALIA, la cuestión tuvo un derrotero parecido a Alemania, con el agravante que el Estatuto Albertino de 1848 que rigió durante un siglo era un texto constitucional flexible. Cuando fue reemplazado en 1948 por la Constitución de la República, un texto rígido y una Corte Constitucional, resurgió cierto interés doctrinario, con el aditamento que el Parlamento puede dictar un tipo de leyes ("*leggi costituzionali*") con el mismo procedimiento establecido para las revisiones constitucionales, lo que genera múltiples dificultades interpretativas[12] que la Corte Constitucional tiene permanentemente que evaluar su validez.

---

[11] M. Hauriou hizo algunas referencias a "falseamientos de la constitución" (1929), LIET VEAUX habló de "La 'fraude' à la Constitution'. Essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes : Italie, Allemagne, France", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, Tome 58, XLVIIIe Année, 1942, págs. 116-150, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1942. Hay traducción en *Revista Peruana de Derecho Público*, Nº 10 (enero-junio 2005), Año 6, Lima, Perú, Editora Jurídica GRIJLEY, 2005, págs. 11-41.

[12] Vid. PIERANDREI, FRANCO: "La Costituzione e le 'modificazioni tacite' della Costituzione" en *Il Foro Padano*, IV, págs. 185 y ss., ídem en AA.VV.: *Scritti in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno d'insegnamento*, vol. IV, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1953; y en *Scritti di Diritto Costituzionale*, vol. I, págs. 82-139, Torino, G. Giappichelli editor, 1965. Vid. ROSSI Luigi "Elasticitá dello Statuto Italiano" en Scritti in onore a Santi Romano, vol. I, 1939, pág. 25; CHIARELLI, Giuseppe: "Elasticitá della Costituzione" en *Studi di diritto in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1952, págs. 45-57.

La temática de las Mutaciones Constitucionales ha concitado en Brasil, recientemente, un notable interés y desarrollo científico.[13] Por el contrario, esto no ha ocurrido en México donde se ha perdido la cuenta del número de reformas introducidas al texto de la Constitución de 1917.

Una Mutación Constitucional es, entonces, una modificación del contenido de una disposición constitucional que, conservando el mismo texto, adquiere, en la realidad un sentido diferente. En otras palabras, un determinado significado, primigenio, del texto constitucional muta, se modifica en su aplicación práctica, actual y concreta, aunque la expresión literal se mantiene incólume.

Esta nos lleva a interrogarnos: ¿qué se entiende por Constitución? ¿Qué virtualidad se atribuye a ese cambio en la realidad constitucional? Para ello, vamos a dividir nuestro análisis en tres partes: a) Explicar las Mutaciones Constitucionales; b) Evaluar su validez, es decir, ponderar su valor jurídico; y, finalmente, c) Identificar algunos casos especiales.

(A.) Descripción de la Mutación Constitucional

Una **Constitución** no es simplemente una secuencia de disposiciones normativas unidas como los eslabones de una cadena donde uno se relaciona solo con los otros dos adyacentes de cada lado. Es un todo inte-

[13] PEDRA, ADRIANO SANT'ANA: *Mutaçao constitucional. Interpretaçao evolutiva de Constituçao na democracia constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012; "As mutaçoes constitucionais e o limite imposto pero texto da Constituçao: uma análise da experiência latinoamericana", *Ponencia en la VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho constitucional*, México, 2010. FERRAZ, Anna Candida da Cunha: *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais,* São Paulo, M. Limonad, 1986, 269 págs. DIAS, Cibele Fernandes: *Decisões intermédias e mutação na justiça constitucional*, Belo Horizonte, Editora Arraes, 2012; "A interpretação evolutiva da constituição: mutação constitucional" en Revista do Instituto do Direito Brasileiro , Nº 9, Año 2, 2013, Instituto do Direito Brasileiro, págs. 9329-9342. DA SILVA, Jose Afonso: "MutacionES ConstitucionalES" en *Revista Cuestiones Constitucionales* (*Revista Mexicana de derecho constitucional*), Nº 1; (julio-diciembre, 1999), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1999, págs. 3-24). VIEIRA, LUCIANO PEREIRA. "Desconstruçao constitucional: Uma revisitaçao aos procesos informais de mudança da Constituiçao" en Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19. Nº 34, agosto 2012, págs. 99-118. VECCHI, Cristiano Brandao: *Mutaçao constitucional: a origem de um conceito problemático*; Rio de Janeiro, 2005, Tesis de Maestría.

grado por preceptos dispositivos junto a principios generales y valores rectores, amalgamados de modo que conforman un sistema normativo donde cada mandato obtiene su sentido y contenido del conjunto. En consecuencia, una Constitución es un complejo de mandatos normativos que adquieren su significación del conjunto dentro del cual que se encuentran inmersos.

Por tanto, una norma constitucional es el resultado de ese conjunto normativo.

Solo se puede entender el art. 54 de la Constitución cuando establece que: "*El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires…*", cuando lo conectamos con el art. 44 que inviste del Poder Legislativo de la Nación a "*Un Congreso compuesto de dos cámaras, una de Diputados de la nación y otra de Senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires…*" (1° disposición que encabeza la Segunda Parte del Constitución "Autoridades de la Nación", Título I: "Gobierno Federal", Sección I: "Del Poder Legislativo") y, esto adquiere sentido desde el art. 1 -con que se inicia la Primer parte. Capítulo I: "Declaraciones, derechos y garantías"-: "*La nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente Constitución*".

Entonces, una norma constitucional no es una mera disposición positiva aislada. Es algo más: una norma integrante de un todo único y sistemático, desde el cual obtiene su significación y contenido. Precisamente, es esta peculiar naturaleza de las normas constitucionales que hacen posibles las Mutaciones Constitucionales.

Génesis de una MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

Si el texto literal no ha cambiado, cuándo estamos frente un caso de Mutación Constitucional, ¿qué ha mutado, entonces? ¿Qué se ha transformado?

Un aporte fundamental al esclarecimiento de este fenómeno lo proporcionó Konrad Hesse, quien se va a basar, a su vez, en la tesis de F. Müller sobre la estructura de las normas constitucionales.[14] Según Müller,

[14] Vid. K. HESSE en *Escritos de Derecho Constitucional*, traducción Cruz Villalón, Pedro, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983 ("Grenzen der Ver-

toda norma constitucional está integrada por dos componentes: el "programa normativo" (*Normprogramm*) y el "ámbito normativo" (*Normbereich*).

El "programa normativo" es el mandato concreto que surge del precepto constitucional provisto por el conjunto normativo. En cambio, el "ámbito normativo" es la porción de la realidad que, al ser delimitada por el programa normativo, adquiere valor constitucional.

A partir de este modelo, Hesse intenta explicar las Mutaciones Constitucionales como aquel cambio a consecuencia de una modificación en el "ámbito normativo", el que por formar parte integrante de la norma, se considera como algo ocurrido en el *interior* de la norma constitucional.[15]

Debemos aceptar un gran aporte hecho de esta doctrina, que nos ha revelado una singularidad de las normas constitucionales: la norma es un modelo de ordenación acuñado por su objeto.

Sin embargo, este planteo no resulta convincente, porque al fin de cuentas termina por dar primacía a lo fáctico sobre lo normativo. En efecto, por centrar demasiada atención en las modificaciones ocurridas

fassungswandlug", en *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, págs. 123-141). MÜLLER, Friedrich: *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation* (1966); idem Juristische Methodik (1971) (1990, 4ª ed.). Tambien "Thesen zur Struktur von Rechtsnormen", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Nº LVI (1970), págs. 493 y ss. este artículo se encuentra traducido por L. Villacorta: "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 27 (Año 9, Set.-Dic.), 1989, págs. 111-126. Y también MÜLLER, F.: *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgreichts*, 1968, cit. por Hesse, Escritos… ob. cit., nota 44, pág. 29.

[15] Esta tesis lleva a Hesse a sostener que una porción de la realidad forma parte integrante de la norma constitucional. Ello ocurre porque el programa normativo delimita una porción de la realidad, que se convierte en realidad constitucionalmente relevante, la que denomina "ámbito normativo". Por tanto, partiendo de la afirmación que el ámbito normativo forma parte integrante de la norma Hesse cree encontrar una explicación intrínseca de las Mutación Constitucional. como aquellos cambios ocurridos en el ámbito normativo iluminados o delimitados por el programa normativo. Ambos, en conjunto, forman parte de una norma constitucional. "La modificación del contenido de la norma -expresa Hesse- es comprendida como 'cambio en el interior de la norma constitucional misma'" (ob.cit., pág. 106) , de este modo se explica por qué las Mutación Constitucional son "modificaciones del contenido de normas constitucionales que no ven modificados su texto" (ob.cit., pág. 94).

en el "ámbito normativo", Hesse no advierte que este cambio puede ser válido o inválido en relación a la normativa que nutre el programa normativo (precepto matriz).

Sin embargo, esta estructura de la normativa constitucional, compuesta por dos partes: el programa normativo y el ámbito normativo, es útil para explicar las Mutaciones Constitucionales desde la primera de las partes (no desde la segunda, como lo hace Hesse).

En efecto, esta perspectiva se adecúa a la naturaleza de las normas constitucionales que, como explicamos más arriba, se elabora dentro de un conjunto normativo complejo. El mandato normativo resultante, entonces, es lo que hemos llamado "programa normativo".

Este programa normativo puede modificarse, precisamente, porque el bloque constitucional le proporciona distintas posibilidades de respuesta a la provocación que recibe desde el nuevo ámbito normativo.

En una Mutación Constitucional, entonces, lo que se modifica es el "programa normativo" que se reformula para "acoger" a esta nueva realidad: la contiene, la interpreta, la convierte en un ámbito valioso captado por el mandato normativo y la convalida.

La norma es un *prius* respecto de los hechos. Si como dice Cesarini Sforza: "*il diritto sorge non con il fatto, ma con la qualificazione giuridica del fatto*"[16], entonces, el cambio en la realidad es un posterius que impacta sobre el mandato normativo provocando o abriendo la posibilidad de un nuevo acomodamiento o modificación en el programa normativo.

En consecuencia, una Mutación Constitucional es un cambio en el programa normativo.

Podemos contemplar estos cambios que impactan sobre una norma, pero solo tendrán la virtualidad de modificar el programa normativo, si la normativa sobre la que este se funda está abierta a esa posibilidad, es decir, si admite la reformulación de nuevo programa normativo que la contenga, o sea, que la expresión literal tenga suficiente amplitud semántica que admita este cambio un sentido.

Podemos reconocer que estos cambios impacten sobre una norma, pero solo tendrán la virtualidad de modificar el programa normativo, si la norma sobre la que este se funda está abierta a esa posibilidad, es decir, si admite su reformulación en un nuevo programa normativo siempre

[16] CESARINI SFORZA, WIDAR: "Ex facto oritur ius" en *Studi dedicati a G. del Vecchio*, I, Modena, 1930, págs. 87 y ss.

que el mismo admita ser modificado, es decir, que sea posible un nuevo programa normativo que dé juridicidad al ámbito normativo alterado. Repitámoslo, ese cambio es posible porque el nuevo programa normativo tiene como fuente un complejo normativo integrado por disposiciones preceptivas, principios generales, fundamentos rectores, valores superiores, que permite variadas respuestas a los nuevos desafíos.

También, podemos observar que, en sentido opuesto, podría el programa normativo rechazar cualquier toda modificación de su contenido y, por tanto, privar de validez al cambio operado en el ámbito normativo de la realidad.[17]

Ese reformulación del programa normativo tiene un límite infranqueable: el texto expreso de la norma. "Donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada Mutación Constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma -señala HESSE- concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una Mutación Constitucional".[18]

Creemos haber encontrado una explicación convincente de las Mutaciones Constitucionales que no resigna la fuerza normativa de lo constitucional y nos marca los límites para una Mutación Constitucional (válida).

B) Validez de las Mutación Constitucional

Nuestro análisis debe, entonces, realizar una *valoración jurídica* de las Mutaciones Constitucionales.

Desde nuestra perspectiva, una Mutación Constitucional se valida cuando el programa normativo admite la posibilidad de un cambio que recepte la modificación operada en la realidad.

---

[17] Si la noción de programa normativo nos permite explicar su vinculación con la parcela de realidad que está destinada a ser reglada por este (ámbito normativo), entonces, el cambio en la realidad es un *posterius* que impacta sobre el mandato normativo provocando o abriendo la posibilidad de una nuevo acomodamiento o modificación en el programa normativo, claro está, siempre que éste tuviese una amplitud semántica que permita acoger la nueva realidad.
[18] Cf. HESSE, ob.cit., pág. 109.

En suma, la Mutación Constitucional tiene que ser constitucionalmente válida, es decir, acorde al programa normativo que la contiene. Si se contrapone a la norma constitucional, es inconstitucional. Aquella que contradiga el texto constitucional no es una Mutación Constitucional, sino el intento de un acto o hecho inconstitucional.

Que no se declare la inconstitucionalidad no convierte en válida la Mutación Constitucional, de igual modo que la circunstancia que no se llegue a descubrir al autor de un asesinato no hace desaparecer al hecho del homicidio ni al ilícito sancionado por la norma penal.

Obviamente, este juicio supone un análisis *ex post*. Es una constatación a posterior. La emergencia de una nuda modificación en la realidad constitucional nos lleva a un juicio de validez subsecuente que se dirige a indagar si el mandato normativo admite la posibilidad de una adaptación a esa novedad. Es aquí, donde, aplicando todas las reglas de interpretación podrá llegar obtenerse una resignificación normativa que comprenda y convalide la nueva realidad, o sea, un nuevo programa normativo.

C) CLASIFICACIÓN según los factores de donde proviene la Mutación Constitucional

Es importante dejar aclarado que los hechos nuevos que provocan una Mutación Constitucional deben provenir de sujetos constitucionales porque cualquier acto o hecho proveniente de un agente extraconstitucional no tendrá entidad suficiente para dar lugar a una Mutación Constitucional, porque no va a incidir en una norma constitucional que se vea afectada por tal hecho. Será, pues, un fenómeno extraconstitucional, todo lo importante y valioso que se quiera, pero pura facticidad, al fin, que no genera una Mutación Constitucional jurídicamente atendible porque no impacta sobre una norma constitucional.

Bajo la premisa de que solo hay Mutación Constitucional válidas, podemos intentar una clasificación que tenga en cuenta las fuentes que las generan. Encontramos tres grupos: por actos normativos (de carácter general), por actos interpretativos (de carácter individual)[19] y por una práctica constitucional.

[19] Vid. PIERANDREI, FRANCO: "La Costituzione e le 'modificazioni tacite' della Costituzione" en AA.VV.: Scritti in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno d'insegnamento, vol. IV, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1953, págs. 93 y ss.

a.) Los actos normativos pueden provenir de actos legislativos en sentido amplio o material, es decir, creaciones normativas con carácter general tanto del órgano legislativo (p. ej.: art. 75 inc. 32 CN: "*Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes que antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno Federal*") como del poder administrador (art. 99 inc. 2 CN: "*Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias*").[20]

b) Los actos jurídicos de carácter individual que se revisten de las formas en que cada uno de los órganos constitucionales está facultado para expresarse en aplicación de las disposiciones constitucionales son actos de interpretación que emanan de cualquier órgano constitucional que hace aplicación por sí mismo de preceptos constitucionales referidos a ellos mismos. Por ejemplo, cuando el Congreso ejecuta el procedimiento de formación de las leyes -arts. 78 a 84 CN- está realizando actos de aplicación directa de disposiciones constitucionales; no es un proceso de elaboración normativa (como sería el referido al contenido de la ley en elaboración), sino que cada cámara interpreta por sí estos preceptos.
Dentro de este grupo, se encuentra la interpretación jurisdiccional que, por sus especiales características, podría revestir como una categoría aparte porque constituye la fuente principal de convalidación o invalidación de Mutaciones Constitucionales. O sea, cuando la Constitución prevé un órgano jurisdiccional como intérprete final de las disposiciones constitucionales -estableciendo, sea tribunales de justicia, sea un único Tribunal Constitucional- esta fuente adquiere relevancia superlativa.

c) Las prácticas políticas (costumbres, usos, convenciones) solo pueden producir la Mutación del contenido de una norma constitucional cuando provengan de la actividad de un sujeto constitucional reconocido como tal por disposiciones constitucionales. Un caso emblemático de Mutación Constitucional fue el art. 6 sobre Intervención Federal, donde una expresión ambigua como "*El gobierno federal interviene en el territorio de las provincias…*" consagró la práctica de desplazamiento de las autori-

[20] Puede incluirse algunos actos del poder judicial, por ejemplo, Acordadas de la CSJN o las resoluciones de un Consejo de la Magistratura.

dades provinciales: deposición del gobernador, disolución de la Legislatura provincial y puesta en comisión de los jueces y tribunales.[21]

A esta altura de la exposición no podremos desarrollar cada uno de estos casos. Solo el tema de las costumbres constitucionales sería materia de un seminario.

Aquí, vamos a detenernos solo en dos asuntos que tienen directa incidencia en la generación de Mutación Constitucional: a) la morfología de los preceptos constitucionales matrices; b) y sobre cierta jurisprudencia constitucional.

(A) una Mutación Constitucional depende del tipo de norma constitucional matricial que sirve de base para el desarrollo de un programa normativa.

Llamamos "normativa matricial" a la norma o conjunto de normas que sirven de base para generar una norma constitucional, o sea, que hacen posible el cambio de sentido de dicho programa normativo.

Esto significa, por un lado, que no toda normativa constitucional es susceptible de Mutación Constitucional. En efecto, hay disposiciones con contenidos claramente preceptivos, que no requieren de otras para su comprensión, v.g. el art. 50 cuando dispone que "*los diputados durarán en su representación por cuatro años*", fija un plazo no ofrece dificultades de interpretación y que no admite ningún margen para una Mutación Constitucional.

Sin embargo, por el otro, hay preceptos que facilitan la aparición de Mutación Constitucional, por ejemplo, el inc. 19 del art. 75 CN, cuando impone al Congreso la tarea de "*Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social…*".

Según sea el tipo de la normativa constitucional que sirva de punto de arranque de nuevos programas normativos, serán mayores o menos las posibilidades de desarrollo de Mutación Constitucional.

Si descartamos las normas preceptivas muy claras y precisas, nos encontramos con una gran variedad de formulaciones normativas en los textos constitucionales: a) ambivalentes, b) polivalentes, c) abiertas, d) neutras (que requieren acudir a los principios rectores[22]), e) en blanco

[21] Vid. SOLA, JUAN VICENTE SOLA: *Intervención federal en las provincias*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1982, pág. 221.

[22] V.g. el art. 28: "*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*"; o el

(*Blankoverfassung*); f) contradictorias; g) dilatorias, que defieren al legislador o a la administración la determinación de su contenido (compromisos apócrifos según Lucas Verdú).

Cuando se trata de normas que contienen Derechos Fundamentales, las probabilidades de una Mutación Constitucional se acrecientan. Pero, además, nuestro sistema constitucional al haber dado jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, generando lo que se denomina "bloque de constitucionalidad federal", las posibilidades de mutaciones constitucionales se incrementan exponencialmente.[23]

(B) La Mutación Constitucional por interpretación es el proceso de aplicación y adecuación de un comportamiento a un mandato normativo efectuada por cualquier órgano del Estado.

Consecuentemente, habrá lugar para una Mutación Constitucional interpretativa cuando el mandato normativo presenta varias posibilidades de aplicación, sea por su generalidad, por su ambivalencia o por su imprecisión.

Obviamente, la interpretación no debe hallarse en contraposición con las disposiciones constitucionales, pues en tal caso se habría extralimitado en su cometido. Tal los casos de las infaustas Acordadas del 30 de setiembre de 1930 (Fallos 158-290) y del 7 de junio de 1943 (Fallos, 196:5), que avalaron una Mutación Constitucional absolutamente inválida.

Tanto en caso que no exista una norma constitucional referida al asunto en cuestión, como cuando la interpretación se hiciera en un sentido que manifiestamente contrapuesto al texto de una norma, no podemos afirmar que exista una Mutación Constitucional. En el primer caso, hay libre creación de una situación constitucional; en el segundo, hay una actividad inconstitucional, una creación inválida, es decir, constitucionalmente antijurídica.[24]

---

art. 33: "*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derecho y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*".

[23] Este entramado normativo adquiere mayor imprecisión en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) que llegaron a ser calificados como *soft Law*.

[24] Cf. GOMES CANOTILHO quien niega, en términos generales, que pueda ad-

Las Constituciones invisten a un órgano especial de naturaleza jurisdiccional la función de resolver los conflictos de validez sobre una aplicación de normas constitucionales. Así, el art. 116 CN expresa: "*Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas…*".

La Mutación Constitucional que nos interesa resaltar aquí es esta, originada por aquella interpretación jurisdiccional que cumple una función convalidatoria o invalidatoria

Este órgano, en definitiva, viene a cumplir la misión de mantener incólume el valor jurídico supremo de la Constitución. A través del órgano jurisdiccional que tenga a su cargo la interpre¬tación constitucional definitiva, se procura evitar que por vía de Mutación Constitucional se produzca un apartamiento de las normas constitucionales.

En el fondo, se presenta aquí la cuestión toral del DEFENSOR DE LA CONSTITUCION que nos evoca la fantástica polémica entre Kelsen y Schmitt sobre el custodio de la constitución (*Wer soll der Hütter der Verfassung sein?*).

Interpretación jurisdiccional; podemos distinguir dos situaciones:

A) Cuando el órgano jurisdiccional interviene para convalidar una Mutación Constitucional producida por un tercero (norma legislativa, acto normativo, práctica, etc.), la interpretación jurisdiccional va a verificar si el nuevo significado se encuentra recogido por el programa normativo; en tal caso, puede validar la Mutación Constitucional operada (Fallo "Grupo Clarín SA y otros c.Estado nacional" en relación a los arts. 14, 17 y 32 CN; o el Fallo "Massa, Juan A. v. Estado Nacional", relacionado con el art. 17 y los incs. 18 y 19 de art. 75 CN).

Un tema muy sustancioso es el referido a la omisión legislativa[25], o sea, el caso que el parlamento no dicte la ley cuya sanción ha sido dis-

mitirse la Mutación Constitucional por vía de interpretación, excepto en aquellos casos que califica de "Mutaciones Constitucionales silenciosas" (*Stillen Verfassungswandlung*) que consiste en un acto de interpretación que cambia el sentido de la norma por un impacto de la evolución de la realidad constitucional y que no contrarían los principios estructurales (políticos y jurídicos) de la Constitución, en ob.cit., págs. 254-255.

[25] Me remito al excelente trabajo de FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO: "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas" en AA.VV. (Dir. Pablo L. Manili): *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Bs. As., La Ley, 2010, T. I, págs. 333-393.

puesta por un mandato constitucional. Esta posible Mutación Constitucional por omisión del legislador encuentra dos límites que puede dar lugar a la intervención del órgano jurisdiccional: no puede el legislador tomar medidas que vayan en contra del mandato constitucional, y, pasado un tiempo razonable, puede obligar a que el mandato normativo sea cumplimentado para el caso.

B) Más interesante es el caso cuando la interpretación jurisdiccional produce *por sí misma*, por iniciativa propia, una Mutación Constitucional, o sea, un cambio del significado normativo sirviéndose de la ocasión que brinda el caso a su consideración, es decir, se utiliza un asunto cualquiera traído a su conocimiento y decisión para producir *motu proprio* una modificación interpretativa, o sea una Mutación Constitucional sin alterar, claro está, el texto. En este último caso, ese tipo de interpretación constituye en sí misma una Mutación Constitucional porque el cambio de circunstancias ha servido de ocasión para una modificación interpretativa.

El caso paradigmático es MARBURY vs. MADISON cuando la Corte Suprema de Estados Unidos es requerida para dar cumplimiento a las disposiciones de una ley, la sentencia declara inconstitucional la norma de dicha ley, creando pretorianamente el control judicial de constitucionalidad (*Judicial Review of Legislation*). Recordemos que el argumento desarrollado por el Chief Justice MARSHALL en este fallo fue descalificar una ley del Congreso porque esta representaba un intento de reformar el texto constitucional por un medio no previsto por el art. V de la Constitución.

En Argentina, el caso que instauró el control judicial de constitucionalidad fue el CASO SOJO, porque del texto del art. 116 CN no surge expresamente esta atribución. Lo mismo podemos decir de los Casos SIRI y KOT, que un reclamo por derecho de prensa y derecho de propiedad, respectivamente, dieron lugar a la creación pretoriana de la acción de amparo.

Límites de las Mutaciones Constitucionales

Las Mutaciones Constitucionales constituyen una valiosísima herramienta teórica para analizar las transforma¬ciones y vicisitudes que ex-

perimenta una Constitución en su esfuerzo de convertirse en realidad histórico concreta.

Las Mutaciones Constitucionales ponen, además, en evidencia la limitación del formalismo jurídico y su confianza optimista en el poder de la razón para captar y conducir, a través de una formulación normativa, porciones de la dinámica socio-política[26] (en gran medida, las Mutaciones Constitucionales son una manifestación de esto).

Las normas constitucionales están llamadas a perdurar en el tiempo en su labor de conformar la realidad concreta a sus valores y principios. La Constitución, como nos revela FRIEDRICH, es uno de los grandes logros de la humanidad.[27]

Finalmente, entonces, las Mutaciones Constitucionales están sujetas a dos condiciones, una inferior y otra superior: la primera, por el texto normativo expreso; y la segunda, por los valores fundantes del sistema constitucional.

a) Texto como límite: en efecto, en un Estado Democrático con Constitución escrita y rígida, es esencial para la supervivencia del sistema, la estricta vinculación al texto de la Constitución[28], es decir, preservar el valor jurídico supremo de la Constitución. Cuando se plantee un hecho nuevo que se encuentra en clara y abierta discordancia con el texto normativo, solo queda una alternativa, como señala DE VEGA: "...o bien convertir la práctica convencional (la mutación) en norma a través de la reforma, o bien negar el valor jurídico, en nombre de la legalidad existente, de la mutación. En cualquiera de los dos supuestos -concluye el profesor español- la Mutación en cuanto tal desaparecería y la supremacía de la Constitución quedaría salvada".[29]

Aquellos cambios que vayan más allá del marco trazado por la normativa constitucional no son una Mutación Constitucional sino, lisa y

[26] Es una consecuencia, inevitable, del formalismo jurídico que confía en poder captar racionalmente, a través de una formulación normativa, porciones de la dinámica socio-política que tiene alta dosis de historicidad. Vid. LUCAS VERDU, P., dedica un largo capítulo que intitula "La crisis del concepto formalista de constitución y su consideración como estructura real", ob. cit., vol. IV, págs. 158 a 223.
[27] Cf. FRIEDRICH, CARL: *Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976, vol. I, págs. 31 y ss.
[28] Cf. HESSE, ob.cit., págs. 109-112. Ídem Pedro De VEGA, ob.cit., pág. 215.
[29] Cf. VEGA, PEDRO DE, ob.cit., pág. 215.

llanamente, transgresiones a la Constitución que dan derecho a recu¬rrir a todos los medios de invalidación en defensa de la Constitución.

Puede que el hecho nuevo llegue a establecerse fácticamente, pero lo hará fuera del marco de legalidad que emana de la Constitución y, por lo tanto, no se podrá invocar una validez fundada en el "hecho consumado". Como lo expresa GOMES CANOTILHO: "Una cosa es admitir alteraciones en el ámbito o esfera de la norma que puedan considerarse abarcadas por el programa normativo (*Normprogramm*) y otra cosa es legitimar alteraciones constitucionales que se traducen en la existencia de una realidad constitucional inconstitucional, o sea altercaciones manifiestamente desconocidas por el programa de la norma".[30]

b) Los valores superiores del orden constitucional, esto es: los principios fundantes del sistema constitucional son limitaciones infranqueables por una Mutación Constitucional.

Cuando abordamos cuestiones de límites, resulta muy esclarecedora la distinción conceptual que hace Habermas, cuando diferencia entre las condiciones de existencia y las limitaciones. Dicho de otro modo, conviene no confundir los elementos integran al objeto, de las limitaciones que le vienen impuestas desde fuera. "*Enabling conditions should not be confused with constraining conditions*".[31]

Las condiciones de ser son las posibilitadoras de un determinado sistema constitucional. Una Constitución se nutre de creencias que tienen sus raíces en los valores superiores que fundan el ordenamiento social donde transcurre nuestra existencia personal y colectiva. Son condiciones de ser (*Enabling conditions como denomina Habermas*).

Repetidamente, emerge en la historia como la colisión entre Lex y Ius. Ancestral dilema que Sófocles representa en Antígona, marcando - como nos recuerda Zagrebelsky siguiendo a Husserl[32]- el momento histórico de nacimiento de la conciencia jurídica universal:

---

[30] Cf. GOMES CANOTILHO, J.J, ob.cit., pág. 255.
[31] Cf. HABERMAS, JÜRGEN: *Tiempo de transiciones*, "El estado de derecho democrático: ¿una visión paradójica de principios contradictorios?", Madrid, Trotta, 2004, pág.147.
[32] Cf. ZAGREBELSKY, GUSTAVO: "La ley, el derecho y la constitución" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, Nº 72, Setiembre-Diciembre 2004, Madrid, CEPC, 2004, pág. 11.

"Y, así y todo, ¿te atreviste a pasar por encima de mi ley?, le recriminó el tirano Creonte; a lo que respondió Antígona: "No fue Zeus quien la había decretado, ni Dike, compañera de los dioses subterráneos, perfiló nunca entre los hombres leyes de este tipo. Y no creía yo que tus decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que solo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre…".

Palabras de recepción del académico correspondiente en San Francisco

Perracchione, Mario C.

La presentación estuvo a cargo del señor académico de número

Por Cornet, Manuel

El Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho nos ha conferido la alta distinción de encomendarnos pronunciar las palabras de presentación del nuevo Académico Correspondiente por la ciudad de San Francisco de esta Provincia de Córdoba, Dr. Mario Claudio PERRACHIONE, quien a partir de este acto pasa a formar parte de esta Corporación, circunstancia que nos alegra de sobremanera porque podrá aportar todo ese bagaje cultural, preparación técnica y hombría de bien que lo distingue como brevemente detallaremos.

Hace varios años que conozco a Mario Claudio Perrachione, tengo un gran afecto por sus condiciones humanas y un gran respeto por su trayectoria científica y como Magistrado del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Hemos escuchado su extenso currículum y advertimos que el Dr. Perrachione tiene dos significativas vocaciones: el estudio del Derecho, en especial el Derecho Procesal y el ejercicio de la magistratura.

Conocí al Dr. Perrachione hace ya muchos años en oportunidad de ser Jurado de concurso en la Facultad de derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, oportunidad en que pudimos apreciar sus cualidades como estudioso del Derecho Procesal desde muy joven.

Nuevamente, tuve oportunidad de evaluarlo en su examen en el Consejo de la Magistratura para acceder a la Magistratura oportunidad en que tuvo una excelente calificación.

Con los años, volvimos a encontrarnos en el Consejo de la Magistratura, esta vez compartiendo la Sala examinadora y, en esta oportunidad, pudimos ratificar las condiciones de estudioso, responsable y criterioso.

Sus trabajos científicos, publicaciones, ponencias a Congresos y Jornadas, sus conferen-cias se destacan por la seriedad, profundidad de sus aportaciones, amplia formación jurídica a la vez que gran cultura.

Como hemos escuchado, su formación jurídica comenzó en la Universidad Nacional de Córdoba, donde egresó con el título de abogado en el año 1987.

Se doctoró, también, en nuestra Universidad Nacional de Córdoba, con el trabajo de Tesis "La Casación como método de control jurisdiccional", que fue calificada como "SOBRESALIEN-TE", diez puntos, con recomendación de publicación con auspicio de la Facultad.

El Dr. Perrachione ha recibido numerosos premios destacando que esta Corporación lo distinguió en el año 1995 con el "PREMIO JOVEN JURISTA".

Es hijo de un distinguido y reconocido abogado de San Francisco, el Dr. Raúl Mario Perra-chione, quien falleciera a principios de este año 2014, y la incorporación de su hijo a esta Academia es también un homenaje a su memoria.

Para entender el pensamiento de quien hoy se incorpora, basta con leer algunos párrafos de su ponencia al XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, que se llevara a cabo en la ciu-dad de Santa Fe en el mes de junio del año 2011.

Este trabajo titulado "Los principios procesales (autoridad imparcial y ejercicio abusivo del derecho)" tiene párrafos que voy a transcribir, los cuales demuestran el pensamiento claro y pro-fundo de quien hoy incorporamos.

Para Perrachione, los principios procesales son cinco (5) a saber:

1. Autoridad imparcial.
2. Bilateralidad de audiencia.
3. Economía procesal (de actividad y de gastos)
4. Moralidad o buena fe y
5. Formalidad.

Expresa Perrachione: "*De conformidad a lo dispuesto por el artículo 887 del CPC*[1]*, y norma análogas, el juez solo debe recurrir a los principios procesales ante la existencia de un va-cío legal; de allí que en el caso de que él entienda que existe contradicción entre una norma y un principio procesal, no puede inclinarse por hacer prevaler este ultimo sobre la primera, salvo declaración expresa de inconstitucionalidad*".

Prosigue el autor: "*El sistema de fuentes consagrado por los artículos 16 del Código Civil y 887 del CPC, exige que en primer lugar se aplique la*

[1] Art. 887 CPC: "En caso de silencio u oscuridad de este Código, los tribunales arbitraran la tramitación que deba observarse, de acuerdo con el espíritu que le domina, leyes análogas y los principios generales que rigen la materia de procedimientos".

"letra" y espíritu" de la ley, mediante una interpretación funcional y sistemática de la norma y en caso de vacío legal recurrirse primero a la analogía y en último término a los principios procesales.

Lo que tiene prohibido el juez, es modificar el sistema de fuentes consagrados por los pre-ceptos citados, pues en ese caso, violaría la división de poderes, el principio de legalidad e incurri-ría en una especie de 'terrorismo judicial'".

Por ello nos dice Perrachione: "*El juez debe aplicar la ley, aunque tenga firme convicción de que ella es injusta, inoportuna o inconveniente, porque axial lo exige el principio fundamental de "división de poderes" y solo ante una laguna legal, el interprete debe recurrir, en primer lugar, a la interpretación por analogía, y en segundo término, a los principios generales del derecho (Art. 16 CC) o a los principios procesales (Art. 887 CPC)*".

Más adelante es claro en afirmar: "*La primacía de la ley sobre la equidad, en el sentido de que cuando aquella es clara no puede ser dejada de lado por razones de equidad, so riesgo de convertirse e legislador y creador del Derecho*".

Pese a los tiempos que vivimos y las cosas que ocurren en nuestro país, como ciudadanos y hombres que confiamos en el Derecho, en la División de Poderes y en la Administración de Jus-ticia, continuamos citando textualmente a quien hoy incorporamos, quien en forma clara nos dice: "*Para que los jueces sean imparciales, deben ser independientes, esto es, hallarse por encima de los poderes políticos, de sus prejuicios personales y de las presiones que sobre ellos ejerce la opinión pública para que las sentencias sean dictadas en un sentido determinado*".

Este jurista que llegó a la magistratura, pasando por las evaluaciones del Consejo de la Magistratura, nos dice más adelante en el trabajo citado: "*resulta imperativo despolitizar (desde el punto de vista partidario), los órganos encargados de la designación y remoción de los jueces, para que el gobierno de turno mediante ocasionales mayorías parlamentarias (incluso a veces en connivencia con la oposición) no manipule el Consejo de la Magistratura, con el propósito de de-signar jueces 'amigos' y perseguir por el contenidos de los fallos, a aquellos otros magistrados considerados como 'enemigos'*".

Actualmente, es Juez de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la ciudad de San Francisco de esta Provincia, reiterando que a este

cargo accedió mediante concurso de antecedentes y oposición por el Honorable Consejo Asesor de la Magistratura de la Provincia de Tucu-mán.

Ha publicado libros como autor y ha colaborado en otros como coautor.

Ha publicado numerosos artículos en Revistas especializadas y pronunciado numerosas conferencias a lo largo del país.

Ha participado en numerosos Congresos y Jornadas de su especialidad, concurriendo siempre con ponencias que acreditan su permanente estudio y profundización de los temas de actualidad.

De sus publicaciones, libros, monografías, comentarios a fallos, ponencias, disertaciones y actuación docente, vemos que este joven jurista se involucra en temas que trascienden lo neta-mente procesal para incursionar en terrenos de la lógica jurídica, la teoría de la argumentación forense, la filosofía, la historia, etc., siendo en todos los casos muy amena la lectura.

La incorporación de Mario Claudio Perrachione implica sumar a un joven jurista, de ideas claras, que no es tentado por lo que está de moda o la Posmodernidad, sino que se trata de un estudioso y juez serio, profundo y práctico.

En lo que respecta a su persona, Mario es un hombre de familia, ha constituido un lindo matrimonio con Silvia Chiappero que hoy nos acompaña y él mismo se describe como un "hombre aburrido", porque se dedica a su familia, al estudio del Derecho, la investigación, la docencia y la magistratura y solo sale a correr tres días a la semana para despejarse.

El pasado 3 de octubre, en una entrevista que concediera a "La voz de San Justo" con motivo de la sanción del Código Civil y Comercial de la República, sostuvo que se "tiró por la borda la jurisprudencia y doctrina consolidada", en torno a la responsabilidad civil del Estado y de los agen-tes públicos y cuestionó, además, "la falta de consenso" que el mismo ha tenido en la sociedad argentina.

Frente al futuro que se nos avecina, los cambios legislativos en marcha y los problemas que los hombres de derecho deberemos afrontar, la incorporación a esta Academia de un joven jurista como Mario Claudio Perrachione, con ideas claras, estudioso, riguroso, serio, profundo y, fundamentalmente buena persona, importará sin ninguna duda agregar a esta Corporación, la persona adecuada, en el tiempo preciso.

La ciudad de San Francisco que estuvo tan bien representada en esta Academia por Florentino Izquierdo hoy suma a un distinguido magistrado y jurista como es el caso de Raúl Claudio Perrachione.

MARIO, por todo lo expuesto en nombre de la Academia y en el mío propio, es una enorme satisfacción tu incorporación en el día de la fecha a esta Institución.

El razonamiento lógico y legal del juez

Perracchione, Mario C.

I. El razonamiento forense y la lógica

Como en una primera época, la literatura procesal no le dedicó mayor importancia a la utili-zación de la lógica clásica en el razonamiento jurídico. A los abogados, jueces y juristas, les bastó con la utilización de la jurisprudencia y doctrina agrupada y contenida en libros especializados ("Manuales" y "Tratados"), como medio apropiado para resolver los problemas prácticos y teóricos que se le presentaban en el quehacer cotidiano.

En este período, la aplicación de la lógica clásica al razonamiento forense se encontraba implícita, pues es sabido que los hombres aplican permanentemente los principios de la lógica como base de su propio razonamiento general, por ej., cuando respetan el principio de identidad, evitan incurrir en contradicción o brindan las razones suficientes para llegar a una conclusión necesaria.

A comienzos del siglo XX, eran escasos los estudios sobre la lógica forense. El trabajo de Calamandrei de 1914, titulado "La génesis lógica de la sentencia" es una excepción sobre el tema analizado.

En este orden de ideas, se inscribe el artículo de Couture, "Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial"[1] y el ulterior desarrollo que tuvieron en nuestro medio, los principios de la lógica clásica: de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente, junto con las máximas de la experiencia y las leyes de la psicología común, adquirieron vigencia y operatividad como medios para controlar la "debida fundamentación" de las sentencias. Sobre el particular, el vocal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ): Alfredo Poviña, al resolver un recurso de casación penal se refiere concretamente al "control de logicidad de la motivación de la sentencia", citando la denominación utilizada al respecto por Calamandrei.[2]

En un período posterior, se consideró que la "fundamentación lógica y legal" de las sentencias no se circunscribe solo al respecto de los pos-

[1] J.A., t. 71, Secc. Doctrina, págs. 80 y ss. Este trabajo es la consecuencia de un cursillo que en la "primavera" de 1939, dictó Couture en la Universidad de Córdoba. El título originario fue "racionalidad de las pruebas", ver CHIAPPINI, JULIO, "La racionalidad de las pruebas" (Couture, Córdoba, 139)" Foro de Córdoba N° 168, 2014, pág. 91.

[2] Sala Penal, caso: "Feraud R.A", 162-1961, B.J.C., t. V, v. IV, pág. 212.

tulados de la lógica formal, sino que se extiende a las reglas de la teoría de la argumentación.[3]

En nuestra Provincia de Córdoba, el prestigioso iusfilósofo que siguió este camino fue Olsen Ghirardi, en base especialmente a las enseñanzas de Ch. Perelmann, señala que la fundamentación lógica de las resoluciones judiciales no se restringe solo al respeto de las reglas de la lógica formal, sino que incluye a las atinentes a la teoría de la argumentación.

Esta corriente doctrinaria y jurisprudencial tuvo tanta influencia en el ámbito jurídico que concluyó con la redacción del art. 155 C. Prov., el cual positivizó el denominado "control de logicidad"[4]; esto es, la exigencia de que todas las sentencias para ser válidas se *deben* encontrar *mo-tivadas lógica y legalmente bajo sanción de nulidad*.

II. Teoría de la argumentación

La argumentación[5] como elemento retórico, ubicado dentro de lo que

[3] FERNÁNDEZ, RAÚL E., en Venica, Oscar H., "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba-Ley 8465", t. IV, Edic. Marcos Lerner, Cba, 2001, N° 6, pág. 21, nota 34, Taruffo, Michele, "La motivación de la sentencia civil", trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Edit. Trotta, Madrid, 2011, págs. 168 y ss.

[4] GHIRARDI, OLSEN, "El control de logicidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación", Advocatus, Cba, 2008, págs. 100 y ss. CARNOTA, WALTER F., "Control de constitucionalidad y de logicidad", La Ley, 04-07-14, N° III., pág. 1. Este último autor ha dicho que ha sido la Escuela de Córdoba, con exponentes de la talla de Alfredo Fragueiro, Alfredo Poviña, Olsen Ghirardi, Cafferata Nores y Armando S. Andruet (h), entre otros, los que a través de diversas obras han insistido sobre el control de logicidad de los pronunciamientos judiciales, detectando con sagacidad ese necesario entronque entre el campo procesal y el lógico (N° VI, pág. 3)

[5] El concepto de argumentación, según Atienza, es "un concepto complejo" y "existen tres dimensiones de la argumentación -cada una de ellas vinculada aunque no de manera exclusiva a cierto contexto o situación-, que pueden dar lugar a otras tantas concepciones si cada una de esas tres dimensiones -como a veces ocurre- se trata como si fuera la única o fundamental… sería la concepción o perspectiva formal, la material y la pragmática, pudiendo hacerse dentro de esta última, una subdistinción entre la dialéctica y la retórica" Atienza, Manuel, "El derecho como argumentación", Barcelona, Ariel, 2006, págs. 67 y 77; CHAUMET, MARIO, MEROI, ANDREA, "¿Es el derecho un juego de los jueces?, La Ley, 2008-D, N° III.2, notas 58 y 59. Estos últimos, recuerdan otro insigne teórico

Russo denomina "lógica de la persuasión"[6], es un método muy conveniente para complementar la aplicación de la lógica clásica en el razonamiento forense. Es que, en efecto, el argumento persuasivo presenta una estructura semilógica, cuya validez no depende exclusivamente de esa estructura, sino de la entidad del argumento que debe ser explícito o explicitable para posibilitar su control y puede re-vestir ciertas formas canónicas (entimema, inducción incompleta, analogía, dilema, reducción al absurdo etc..) o presentarse bajo otra forma cualquiera, con la condición de que el orden resultante permita seguir el recorrido del razonamiento conducente a que la conclusión a la que se arriba sea aceptable como verdadera[7]; pero de allí a proponer a la teoría de la argumentación como fundamento de justificación único de las decisiones judiciales, existe un largo camino.[8]

La voz "argumento", a diferencia del concepto "razón"[9], tiene una jerarquía demostrativa de la verdad inferior; toda vez que no es exigible que quien argumente "tenga razón", admitiéndose la existencia de argu-

de la argumentación: Aristóteles, que distinguía tres regiones: la Analítica, la Dialéctica y la Retórica. Citan a Vega Reñón, en el sentido de que estas disciplinas no constituyen compartimentos estancos sino un campo unificado y armónico, proponiendo entre ellas una estrategia de aproximación que se haga cargo de los tres puntos de vista, con sus posibilidades y limitaciones respectivas y como un programa de investigación que pase de la lógica a la dialéctica, para arribar a un buen argumento

[6] FALCÓN, ENRIQUE M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", T. II, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2006, N° 27, págs. 739 y 743, con cita de Russo, "Las reglas de la sana crítica", E.D. 72-830.

[7] FALCÓN, ENRIQUE M., ob. y t. cits, pág. 739.

[8] GUIBOURG, RICARDO A."Sobre la argumentación", La Ley 2010-C, N° 6, pág. 931.

[9] El diccionario de la Real Academia Española iguala las expresiones "razonable" y "racional". "Es más, el primer concepto no existe y, por ende, es un neologismo de nuestro uso frecuente. Algunos autores, como Stone, entienden que una y otra locución tienen un significado diferente; lo racional sería lo que está de pleno acuerdo con la lógica formal, en tanto que lo razonable, vendría a ser el producto de una serie de valores –justicia, equidad, seguridad etc...- que el mismo autor trata de definir": BARRIOS DE ANGELIS, DANTE, "Acción, Excepción y Jurisdicción", revista uruguaya de derecho procesal, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, N° 4, 1999, pág. 589, nota 68. En el mismo sentido, BIDART CAMPOS ("Derecho Constitucional", T. I, Ed. Ediar, Bs. As., 1968, pág. 229), interpreta que lo razonable es aquello que teniendo en cuenta las circunstancias de la causa, los valores en juego, resuelve conforme a principios de justicia y así expresa: "lo razonable es, entonces, lo ajustado a la Constitución, no tanto a su letra cuanto a su espíritu; y lo irrazonable es lo que conculca la Constitución".

mentos "buenos" y "malos".[10] Así, cualquier argumentación no contradictoria podría ser calificada en principio como "buena", sin que pueda demostrarse con certeza la verdad o falsedad que tiene. A medida de que el análisis se aleja de la lógica y se acerca al campo de las valoraciones, pierde objetividad e ingresa en el ámbito subjetivo de las preferencias del intérprete de turno.[11]

Ello es así porque la argumentación es la forma típica del razonamiento analógico y admite que se pueda llegar a una conclusión a partir de pocas premisas o inclusive de premisas pocos conducentes. Este punto débil se ve agravado porque como, en muchas ocasiones, no se puede postergar la decisión judicial hasta averiguar las otras premisas que faltan para llegar a una con-clusión certera; entonces, se da por aceptada la verdad de un hecho, como si por ficción se tuviesen verificadas todas las premisas. El inconveniente de ello es que, en definitiva, la relevancia de los argumentos utilizados en el razonamiento depende a menudo de las creencias, actitudes y preferencias personales, en la medida de que el intérprete suponga que un número indeterminado de personas participará de los mismos argumentos que suyos. Un ejemplo de este razonamiento circular se observa en Alexy, quien "afirma que, para que un argumento sea bueno o plausible, no es suficiente que un tribunal diga que la gente en realidad usa tales argumentos, sino que, además un número suficiente de personas acepte, por lo menos a largo plazo, esos argumentos como razones de corrección. Solo las personas racionales son capaces de aceptar argumentos sobre la base de su corrección o sensatez".[12]

Estos argumentos considerados "correctos" o "sensatos", que se los denominan también como "razonables" (o "derivados de la razón" a secas o de "la razón práctica"), se convierten, en un medio por el cual el intérprete asume una actitud eminentemente "valorativa" en la interpretación de los hechos y del derecho. Los valores o los criterios de valoración se juzgan así, "asequibles a la razón", cuando la introspección puede hallarlos en el seno de la conciencia"[13]; de allí, que se haya advertido sobre el

[10] GUIBORUG, RICARDO A., "Sobre la argumentación", ob. cit., pág. 923.
[11] Ibídem, pág. 929.
[12] GUIBOURG, RICARDO, ob. cit., pág. 926, nota 21. Allí cita un ejemplo utilizado por Alexy.
[13] Ibídem, pág. 923. En esta parte, Guibourg afirma que "la extrapolación más relevante (y acaso más extravagante) es la que identifica la razón con ciertas pulsiones almacenadas por la cultura en el fondo de la conciencia de los individuos.

peligro de que por vía de la argumentación se llegue a un ejercicio puramente gimnástico de la retórica.[14] Atento a que esta última, según Aristóteles, "se ha ocupado por descubrir cuáles son las emociones, y que la razón recta ha de coincidir con el deseo correcto". En este sentido y de acuerdo a "los estudios neurocientíficos, se ha entendido que no son los argumentos lógicos únicamente los que llevan a adoptar una decisión, sino que el resultado de la deliberación debe ser, además, emocionalmente aceptable para entrar en el proceso de la deci-sión. La retórica se ha ocupado por descubrir cuáles son las emociones de las personas a las que se quiere convencer de un mensaje para intentar conseguirlo y esto se ha hecho a partir de dos vías: 1) tratando de conocer esas emociones porque, en caso contrario, ni siquiera podría enten-derse bien el mensaje, pero con el propósito de dejarles decidir por sí mismos cuando cuenten con la información oportuna; y 2) intentando conocer esas emociones para manipular a los oyentes y llevarlos al propio terreno".[15]

El problema de que el razonamiento jurídico esté polarizado, esencialmente en valores y en elecciones axiológicas; la hemos señalado en nuestro trabajo "Crítica a la modificación de la interpretación y aplicación de la ley establecida en el Proyecto de Código Civil y Comercial"[16], donde cuestionamos la redacción de los arts. 2 y 3 del Proyecto referen-

---

La "razón práctica" acaba así por convertirse…en el mecanismo que aplica esas pulsiones al adoptar actitudes valorativas frente a conductas y estado de cosas. Los valores (criterios de valoración) se juzgan así "asequibles a la razón" cuando la introspección puede hallarlos en el seno de la conciencia, del modo como el prestidigitador encuentra en su galera el conejo que alguien antes había puesto allí".

[14] VATTIMO, GIANNI, "Hermenéutica y Racionalidad", Berti, Enrico, "¿Cómo argumentan los hermeneutas?", Ed. Norma, Colombia, 1994, págs. 47-48: "… la retórica tiene la desventaja, respecto de la dialéctica, de referirse a un tipo de discursos que, a pesar de estar orientados a un auditorio, es decir, estando siempre contextualizados y siendo siempre públicos, son monológicos -pues ante ellos el auditorio permanece mudo- no dialógico, como los de la dialéctica. Ello impide que quien argumenta se asegure a cada paso del consenso de su interlocutor, y por ende, de su total participación, y que se desarrolle el tipo de argumentación decisivo para la dialéctica, es decir la refutación…", citado por SIMOS, LAURA PATRICIA, "Argumentación y dialéctica jurídica", Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal, febrero de 2014, N° 1, N° VI, pág. 33, nota 20.

[15] MOLINA GALICIA, RENÉ, "Neurociencia, Neuroética, Derecho y Proceso", en MICHELE TARUFFO Y JORDI NIEVA FENOLL (dirs.), "Neurociencia y proceso judicial", Marcial Pons, Bs. As., 2013, pág. 61.

[16] Doctrina judicial La Ley, N° 10, 06-03-13, págs. 97 y ss.

ciado, por entender que el criterio de racionalidad adoptado por esas normas es el de la argumentación retórica, típico del razonamiento dialéctico valorativo que procura conseguir el asentimiento del auditorio que, en el caso analizado, es un "auditorio universal". [17] Agregamos, al respecto, que dicho razonamiento basado en el concepto de "lo razonable", se convierte en débil, al quedar signado por características de *vaguedad e indeterminación*, y porque además requiere de que haya un consenso a nivel general o al menos entre un cierto grupo social. El argumento central de esta posición es la adhesión con-formista del juez a las opiniones o a los prejuicios generales; por lo cual, la motivación sentencial no es una forma de mostrar que la decisión en sí es justa o jurídicamente correcta, sino que constituye una forma de inducción del consenso social y una manifestación del sentir popular. Lo esencial no es el fundamento lógico jurídico de la decisión, sino la conformidad de lo que afirma el juez con la ideología prevaleciente.[18]

Según esta teoría, la sentencia tendería más que a la verdad a la aceptación de un "auditorio", el cual podría ser ya el universal, ya el de una corte superior, el de la sociedad circundante[19], o el del caudillo, o líder, cuya voluntad encarna los ideales y necesidades de "un pueblo"[20] en un

[17] Sobre la noción de auditorio universal, ver PERELMAN, CHAIM Y OLBRECHTS-TYTECA, L., "Tratado de la argumentación. La nueva retórica, traducción de Julia Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1989; TARUFFO, MICHELE, "La motivación…", pág. 188, nota 106.

[18] La Dra. Carmen Argibay, en una entrevista con el diario la Nación en 2007, reproducida, en el diario del 18-05-12, Sección Enfoques, pág. 5, sostuvo que el ejercicio de la magistratura como ministra de la CSJN, por encima de sus gustos personales, e incluso de sus ideas, está la ley y que eso no puede ignorarlo porque de lo contrario no podría seguir viviendo con ella misma. Agrega que sabe que sus disidencias no caen simpáticas en el Poder Ejecutivo. O que al menos sorprenden, porque "hay prejuicios. Y porque en general, se parte del presupuesto de que todo el mundo es vengativo. Y si ese señor fue o es tu enemigo, entonces hay que fallarle en contra. Y no: si tiene razón, hay que fallarle a favor, aunque no me guste el señor". Pues finaliza diciendo que ella "se centra en los hechos".

[19] BARRIOS DE ANGELIS, DANTE, "El razonamiento lógico del juez y el sistema del proceso", Revista de Derecho de la Univ. Católica de Valparaíso, XVII, 1996, pág. 37, nota 17, donde cita a Perelman, "La lógica jurídica", pág. 141.

[20] SAVATER, expresa que "nadie sabe lo que es un pueblo, sólo los que vociferan en su nombre ¿se trata de etnias, de tribus, de productos humanos surgidos milagrosamente de la Madre Tierra?. El pueblo es una categoría mitológica, cargada de emoción decimonónica y más valorativa que descriptiva. El Pueblo siempre es bueno, pero traicionado por los poderosos, vendido por los mercaderes, inmolado por los matarifes…": ¿Qué hay que sembrar para obtener Europa?", dia-

determinado momento histórico. El caudillo refleja así lo que se ha llamado como conciencia popular o "voz pópuli" sobre las orientaciones de lo que debe entenderse por "justicia", a fin de que los jueces sigan estos lineamientos.[21]

En definitiva, las falencias que presenta la argumentación como método exclusivo para arri-bar a la verdad indican la necesidad de que este método se complemente con los postulados de la lógica formal, las máximas de la experiencia y las reglas que rigen la interpretación legal: la de especialidad ("lex special deroga general"), la de jerarquía (ley superior deroga ley inferior), la de temporalidad ("lex posterior deroga anterior"), incluyendo los argumentos jurídicos específicos ("a simile", "a fortiori", "a contrario sensu", etc.).[22]

III. La valoración judicial dentro de las teorías de la interpretación legal

Partimos de que las teorías que estudian la interpretación de la ley pueden clasificarse en una teoría cognitiva (o formalista), una teoría "escéptica" y una teoría intermedia, entre ambas.[23]

Sintéticamente, la teoría cognitiva o formalista sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: "interpretar es verificar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos o su "espíritu". Así, se entiende que el objetivo de la interpretación es simplemente "descubrir" el significado objetivo de la ley. Esta teoría se acompaña con la opinión de que todo sistema jurídico es necesariamente completo (sin lagunas) y coherente (sin antinomias). Esto implica que

rio Clarín del 25-05-14.

[21] ALLORIO, ENRICO, "Problemas de Derecho Procesal", trad. de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Bs. As., 1963, pág. 240; PODETTI, J. RAMIRO, "Teoría y Técnica del Proceso Civil", Ediar, Bs. As., 1963, N° 132, pág. 330. "Los argentinos convivimos desde hace mucho tiempo con una perniciosa cultura política basada en los personalismos y los caudillismos. Una cultura más afín con la monarquía absoluta que con los ideales republicanos y en la cual las constituciones suelen convertirse en una especie de juguete de ambiciones personales de los propios gobernantes y dirigentes atornillados a los asientos del poder", diario La Nación, 15-05-14, editorial titulado "Limitar el reeleccionismo", pág. 30.

[22] BARRIOS DE ANGELIS, DANTE, "El razonamiento lógico del juez…", pág. 37, nota 19.

[23] GUASTINI, RICARDO, "Estudios sobre la interpretación jurídica", traducción Marina Gascón, Miguel Carbonell, Univ. Nac. de México, 1° ed., 1999, pág. 13.

no hay lugar alguno para la discrecionalidad judicial. Las decisiones de los jueces están determinadas exclusivamente por normas preexistentes. Se limitan a aplicar la ley sin crear nada nuevo. Esta teoría, evidentemente, está estrechamente ligada con la doctrina de la "separación de los poderes" y del principio de legalidad: sujeción del juez al derecho. La difusión de esta teoría se produjo en la dogmática iuspositivista del siglo XIX. Hoy muy cuestionada.[24]

La teoría escéptica sostiene que la interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y decisión. Considera que las palabras no tienen significado "propio", sino que ellas dependen del sentido que le ha incorporado el intérprete, según las distintas posturas valorativas existentes. Desde este punto de vista, se entiende que las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado; lo cual significa que los sistemas jurídicos no son ni completos ni coherentes. Los jueces aquí crean derecho nuevo[25] a semejanza de los legisladores, no pudiendo trazarse una línea divisoria clara de separación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo. La teoría escéptica es sostenida en la doctrina, especialmente por las corrientes del denominado "realismo jurídico" (americano, escandinavo, italiano).[26]

La tercera teoría denominada "intermedia" sostiene que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento y, a veces, una actividad de decisión discrecional.

La vigencia de esta teoría se configura cuando la norma, como consecuencia de la utilización del lenguaje natural, contiene conceptos de contenido indeterminado o de "textura abierta" (es decir, caracterizados por la vaguedad, la indeterminación). Ello así, porque los textos norma-

[24] Cfr. ROCCO, ALFREDO, "La sentencia civil", trad. de Mariano Ovejero, Librería El Foro, Bs. As., 2003, págs. 61, 154, 184, 185 y 229

[25] CARNELLI, LORENZO, "El conceptualismo y el Derecho Procesal", La Ley, Páginas de Ayer, marzo de 2004, N° IV, pág. 43. El autor sostiene allí, en contra la opinión consagrada entre los procesalistas que el juez, en toda sentencia crea Derecho. No hay derecho sin no hay juez. Se enrola en la teoría egológica que le reconoce al juez plena libertad decisoria dentro del respectivo deber ser y en base a valores que considera como algo objetivo.

[26] GUASTINI, RICARDO, ob. cit., pág. 15. Sobre los autores que se enrolaron en el realismo jurídico, ver SOLA, JUAN VICENTE, "La Corte Suprema y el nuevo proceso constitucional", La Ley 2013-C, N° VII, pág. 1224, especialmente nota 17. Allí cita a Esteban Ymaz (en el ámbito nacional) y a Michele Taruffo (en el ámbito internacional).

tivos son habitualmente formulados en lenguaje jurídico, junto con el lenguaje natural y, dentro de los conceptos y clasificaciones que tiene este último lenguaje, a menudo puede ser complicado establecer si un sujeto es o no "joven" o "calvo" (cuántos años hay que tener para dejar de ser joven o cuántos cabellos hay que perder para ser calvo) o determinar el "quantum" del daño moral o la distribución de culpas en un accidente determinado cuando existen responsabilidades concurrentes.

A su vez, dentro de los conceptos "indeterminados", existe una graduación. Así, cuando una norma contiene referencias sumamente vagas o ella se remite a la conciencia del juez, estamos frente a una indeterminación legislativa mayúscula, la cual exige de que dicha norma se complemente en su interpretación con el sustrato histórico-cultural que debe captar el juez como integrante de la sociedad en la que vive.[27] Ello sucede por ej. con la motivación del laudo de equidad (art. 633 CPC de Cba)[28], la revocación de la "cosa juzgada írrita" o "fraudulenta"[29] y la perforación de los mínimos legales fijados por la ley arancelaria, en aquellos casos en los cuales la jurisprudencia consideró que la aplicación mecánica de esos mínimos resulten contrarios a los principios de "razonabilidad" y "proporcionalidad" que presiden la materia arancelaria y que fluyen del articulado de la Ley N° 9459 y del art. 1627 Cód. Civ.[30]

---

[27] BARRIOS DE ANGELIS, DANTE, "El proceso civil", ob. cit., págs. 28-29 ap. B. El significado de lo que se entiende por cultura es controversial en cuanto a su amplitud, pero en sentido estricto nos referimos a las creencias hábitos mentales prejuicios que existen en una sociedad. En suma la cultura "es una forma de vida, un modo de pensar, de actuar, de sentir" (Gelli, María Angélica, "Contratos…", La Ley, 19-05-14, notas 10-12).

[28] RIVERA, JULIO C., "La motivación del laudo de equidad en la jurisprudencia francesa", La Ley, t. 2013-C, pág. 328 N° II. Allí el autor expresa: "En Argentina se ha sostenido por prestigiosos autores que el sentido del laudo de equidad radica en la resolución del caso conforme a derecho pero morigerando la solución que podría surgir de la ley de acuerdo a las circunstancias particulares del caso. Se trata de la flexión o dulcificación de la ley, como señala Barrios De Angelis o de la atemperación de su rigor"-notas 2 y3-.

[29] CSJN, 20-03-03, "Banco Central de la República Argentina s/inc. de verif. tardía en: Centro Financiero S.A. Cía. Financiera", La Ley Córdoba, 2003, pág. 855, fallo N° 4062).

[30] TSJ, Sala Civ. y Com., autos "Tomagnone, Jorge Alberto c. Brega, Juan Domingo", A.I. N° 490, 25-11-11, Foro de Córdoba Suplemento de Derecho Procesal N° 23, 2012, págs 95-96, con notas críticas de Guevara, Carlos E., "Perforación del mínimo", págs. 97 y ss. Y VENICA, OSCAR H., "Honorarios mínimos en el recurso de casación o en el de inconstitucionalidad", págs. 101 y ss.

En consecuencia, para "la teoría intermedia", existen casos "fáciles" que resuelven mediante la aplicación de la ley, v gr. si la persona no cumplió 18 años es menor de edad, en caso contrario es mayor; y, "casos difíciles" o que entran en una zona de "penumbra", respecto de los cuales la aplicación de la norma es controvertida; de modo que los jueces no ejercen discrecionalidad cuando aplican una norma a los casos "fáciles", sino solo cuando resuelven los casos difíciles. Esto demuestra que es falso que las decisiones de los jueces sean siempre controladas por normas preexistentes, sin margen de discrecionalidad (como afirma la teoría cognitiva), pero también es falso que los jueces decidan discrecionalmente siempre (como pretende la teoría escéptica).[31]

No obstante, la determinación de cuando se trata de "casos fáciles" o "difíciles" (que caen en la zona de "penumbra") no debe depender de la voluntad discrecional del intérprete (en particular, los jueces), sino de la naturaleza misma de la cuestión[32], v gr.: serán "casos difíciles" o "equiparados" cuando exista en el caso concreto una laguna o vacío de la ley y se deba recurrir a la legis-lación análoga o a los principios generales (del derecho o del proceso) (arts. 16 Cód. Civ. y 887 CPC)[33]. O se deba precisar si existió culpa bajo las pautas del art. 512 C.C. O determinar el "quantum" de un monto resarcitorio que depende del "prudente arbitrario" (v gr. el monto del daño moral). O determinar si existió o no un ejercicio disfuncional del derecho en un caso dudoso (art. 1071 Cód. Civ.)[34], etc…

Tratándose de "casos difíciles", entendemos que la actividad interpre-

[31] Ver, la interesante crítica de Guastini, Ricardo, ob. cit., pág. 17 y especialmente, pág. 18.

[32] Cfr. RADBRUCH, GUSTAV, "La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento", Univ. Nac. de Cba., 1963.

[33] Ver nuestra Ponencia, "Los principios procesales (Autoridad imparcial y ejercicio abusivo del derecho), XXVI, Congreso Nacional de Derecho Procesal en Santa Fe, del 8 al 10 de junio de 2011, Ap. A, N° 1.

[34] ALTERINI, JORGE HORACIO, "Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho", La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, martes 3 de junio de 2014. En el apart. XVII, pág. 4, el autor concluye en que "no era imprescindible que el art. 1071 les recordara a las conciencias jurídicas adormecidas que es propio de una correcta hermenéutica, que el intérprete en todos los supuestos debe capturar los alcances de la relatividad de los derechos en concreto y que a través de los caminos de la equidad, según el designio del art. 16 Cód. Civil, le corresponde rescatar "a las circunstancias del caso" para determinar si existe o no una "antijuridicidad circunstanciada", como la que presenta el entramado descripto según la dialéctica del abuso del derecho".

tativa (particularmente del juez) debe abandonar los límites formales que le asigna la teoría cognitiva y asumir obligatoriamente un papel más "valorativo" o "ponderativo".[35] Sobre este tema, hay diversas posiciones. Una es denominada: "técnica de la ponderación de valores, principios y conceptos jurídicos indeterminados". Es la que se encuentra en boga en la actualidad. Tiene una gran difusión y es aplicada por los tribunales constitucionales y cortes supremas, especialmente en el campo de la interpretación constitucional[36], mediante la práctica del "balancing test".[37] La crítica fundada que se le ha formulado a esta teoría es que más allá del criterio racional y del rigor con que Alexy expone dicha doctrina, se señala que no hay duda de que en rigor se trata de una teoría de corte teleológica, finalista o consecuencialista, en la que el fin exige recorrer un camino donde quedan costos y sacrificios de principios jurídicos y derechos fundamentales.[38] En base a estas consideraciones, Vergara[39] propone reemplazar "la teoría de la ponderación", por la del "argumento correcto", a fin de no tener la necesidad de sacrificar un derecho fundamental, por leve que sea en comparación con el derecho fundamental que se pretende privilegiar, sino de definir con claridad el derecho que debe ser aplicado como consecuencia de un razonamiento correcto según las circunstancias del caso concreto.

De todos modos, la existencia de "casos difíciles" demuestra que las referencias vagas e imprecisas contenidas en la norma, le permiten al juez adoptar en la interpretación de la ley una posición jurídica con más contenido axiológico.[40]

[35] CASSAGNE, JUAN CARLOS, "El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas", Suplemento La Ley Constitucional, Mayo 2014, N° 3, N° II, pág. 3. El autor citado adoptando una posición iusnaturalista considera que "los principios generales hállanse o no regulados por el derecho positivo prevalecen sobre las normas y constituyen mandatos carentes de supuestos de hecho que el intérprete completa, en su aplicación al caso, mediante una labora de ponderación, conforme a las reglas de la razonabilidad práctica (Finnis)".

[36] BAZÁN, VÍCTOR, "Reforma constitucional argentina y la complejización de la tarea judicial", Foro de Córdoba, N° 124, 2008, N° III, pág. 26.

[37] En este sentido, Andruet (h), Armando S., "Una argumentación moral", La Ley, 19-05-14, pág. 10, menciona que la CSJN ha aplicado, ante "casos difíciles" los criterios de ponderación del "balancing test".

[38] Cfr. VERGARA, LEANDRO, "Crítica a la teoría de la ponderación alexiana", La Ley, t. 2013-D, págs. 1240-1241.

[39] Ob. cit., págs. 1248-1249.

[40] Ver, TARUFFO, MICHELE, ob. cit., pág. 241, ap. e y pág. 249, ap. f,. Allí el autor afirma que el concepto de racionalidad de los juicios de valor es esencial-

IV. Valoración de la prueba

Nuestro sistema de valoración de la prueba se rige por "la sana crítica racional", en coexistencia con el sistema de la "prueba legal o tasada".[41]

El origen histórico de las reglas de la sana crítica se remonta a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, con base en una disposición administrativa del reglamento de lo contencioso-administrativo, ante el Consejo de Estado español de algunos años antes.[42]

El sistema de la sana crítica exige que los principios de la lógica formal se conjuguen con las máximas de la experiencia común (que sean notorias, incluyendo a las reglas científicas), para que el razonamiento jurídico sea correcto desde el punto de vista lógico y empírico. En efecto, si las premisas son verdaderas (porque están fundadas en la experiencia), las reglas de la lógica clásica se aplicarán sin obstáculo, tal como sostenía Couture.[43] En caso contrario, estaremos ante un problema, pues la lógica clásica no procura investigar la realidad empírica, sino la corrección formal del razonamiento. Por ello, es que el silogismo "si todos los insectos son peces" y "Sócrates es un insecto", "él es un pez", es válido lógicamente, pero falso empíricamente. [44]

A su vez, las máximas de la experiencia para ser aplicables en la valoración de la prueba deben ser susceptible verificación empírica, evitando de que por medio de ellas el juez incorpore al proceso "generalizaciones de sentido común", basadas en simples prejuicios, fórmulas estereotipadas o en cuantificaciones estadísticas o probabilísticas infundadas o no verificables,

---

mente un variable ideológica

[41] ROJAS, JORGE, "Valoración de la prueba: ¿coexistencia de sistema?, en Revista de Derecho Procesal, 2005-I, "Prueba-I", Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2005, pág. 240. En cambio, Falcón, Enrique M., ob. y t. cits., pág. 745 incluye a la prueba legal dentro de la sana crítica. Asimismo, ver Chiappini, Julio, "¿Qué calibra la sana crítica?", La Ley, 2008-B, pág. 1340. En nuestro Derecho Procesal civil a semejanza de lo que sucede en Uruguay, en materia de valoración de prueba, se dijo que: "no rige un régimen de legalidad pura ni tampoco el sistema de la prueba librada a la apreciación del juez o a su libre convicción, sino que el sistema legal uruguayo es mixto: de prueba tasada para ciertos medios y de apreciación judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica para otros…": jurisprudencia citada en Revista uruguaya de derecho procesal, N° 4, 1987, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1988, pág. 496.

[42] Nuestro trabajo, "La casación como método…", pág. 197, nota 432.

[43] "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Bs. As., 1958, págs. 271-272.

[44] GUIBOURG, RICARDO, "La lógica en el Derecho", La Ley, 08-05-13.

v gr. si el juez sostiene que la mayoría de la gente hace esto o aquello sin ningún sustento para justificar dicha afirmación.[45]

El sistema de la prueba "legal o tasada", que coexiste con el de la sana crítica, se presenta con la calidad de plena prueba que la ley le otorga a la confesión (art. 236 CPC); los actos que solo pueden probarse por instrumentos públicos y que carecen de eficacia, si no se ha observado tal formalidad (art. 977 Cód. Civ.); la plena fe que hacen los instrumentos públicos (arts. 993 a 995); la imposibilidad de probar por testigos los contratos superiores a determinado monto (art. 1193 ib.), entre otras disposiciones.[46]

V. La verdad procesal

La teoría de la verificación de la verdad absoluta de los hechos como fin de la prueba ha sido abandonada por la mayoría de los autores.[47] En este

[45] En este razonamiento, tal como sostuvimos en un trabajo aún inédito ("Las máximas de la experiencia: Función probatoria y aplicación a las consecuencias de la sentencia"), es dable observar que "las máximas de la experiencia aplicada no son notorias sino de carácter débil, pues se basan en probabilidades infundadas o no verificables estadísticamente; de allí que los fallos fundados en esas máximas, carecen de "fundamentación lógica y legal" (arts. 155 C. Prov. y 326 CPC) Esto demuestra que, tal como enseña Ricardo Guibourg ("La credulidad en el derecho", columna de opinión, La Ley, 30-06-11, pág. 3) "muchas veces la aplicación incorrecta de las máximas de la experiencia, es el medio que permite la incorporación al proceso de prejuicios que suelen justificarse psicológicamente, cuando el intérprete invoca esas máximas para tener por acreditado un hecho que le agrada, en cuyo caso, resulta común que el juez como hombre pueda sentirse inclinado a tener por cierto ese hecho, en lugar de otro que le resulta desagradable. Esto es lo que en inglés se denomina: "wishful thinking" y tiene lugar cuando la conclusión coincide con las preferencias del intérprete, en cuyo caso, como él tiene deseos de aceptar los argumentos en que dicha conclusión se basa, tiende a concederles a ellos relevancia con liviandad y optimismo, sin investigar demasiado por temor (acaso subconsciente) a encontrar razones o contraargumentos que neutralicen la conclusión anhelada".

[46] ROJAS, JORGE, ob. cit., pág. 241.

[47] DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, "Diversas teorías sobre el fin de la prueba", en Greif, Jaime, "El Proceso Visión y Desafíos", Fundación Cultura Universitaria, 1° ed., Montevideo, 1993, pág. 189; Sobre la verdad en el sistema científico, ver Falcón t. 2, pág. 597, N° 26.

sentido, Wach sostiene que la verdad material no constituye el fin del proceso civil, sino eventualmente su resultado casual.[48]

Interpretamos que la dificultad existente en el proceso para llegar a "la verdad", se asienta en razones de orden gnoseológico y de orden procesal.

Desde el punto de vista *gnoseológico*, la denominada verdad "real", "material", "absoluta" u "objetiva" (esta última profusamente citada a partir del caso "Colalillo"[49], como finalidad fundamental del proceso civil), es una ingenuidad gnoseológica científicamente imposible de lograr; pues, la verdad de cualquier argumentación o hipótesis científica, es siempre una verdad no definitiva, sino provisoria, contingente y relativa al estado de los conocimientos existentes al momento en que se realiza el juicio. La ciencia: "es todo aquello sobre lo cual siempre cabe discusión" (Ortega y Gasset); de modo que cuando se afirma "la verdad" de una proposición cualquiera, en realidad lo que se dice es que ella es "verdadera" (provisoriamente), en función del conjunto de conocimientos existentes en ese momento.[50]

Desde una perspectiva *procesal*, el conocimiento del juez también está limitado por lo que disponen las normas jurídicas que regulan la forma en la que deben fijarse los hechos litigiosos y valorarse la prueba.

---

[48] WACH, ADOLFO, "Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana", trad. de E. Krotoschin, Ejea, Bs. As., 1958, págs. 224 y ss. Ver nuestro trabajo, "medidas mejor proveer", pág. 224, nota 53. FENNOCHIETO, CARLOS E., "La prueba como actividad procesal de certeza judicial", La Ley t. 1982-D, 1087, luego de expresar que no existe en el proceso una contraposición entre verdad material y verdad formal. Señala que: "el ordenamiento procesal no garantiza la obtención de la verdad: la comprobación de la verdad no es la finalidad del proceso civil no puede serlo".

[49] Fallos: 238:550.

[50] FERRAJOLI, L., "Derecho y razón", Trotta, Madrid, págs. 50 y ss.; BESTANI, ADRIANA, "Sobre el principio de precaución", La Ley 30-05-14, N° II, pág. 2. Allí la autora sostiene que "el conocimiento científico es incierto: Hace más de tres siglos, René Descartes afirmaba que: "toda ciencia es un conocimiento cierto y evidente". Hoy tal enunciado ha devenido obsoleto y la ciencia da cabida a la incertidumbre, no ya como una imperfección metodológica predominante, sino como parte esencial de la naturaleza misma de los descubrimientos científicos". Agrega que "esta incertidumbre en el conocimiento científico afecta al Derecho", y que existe un paralelismo nada casual entre la flexibilización de las leyes de la naturaleza, para dar cabida al caos y la incertidumbre, y la flexibilización de las leyes humanas mediante la proliferación de mayores niveles de discrecionalidad en la interpretación normativa según las circunstancias de caso concreto.

Estas limitaciones obedecen a que el proceso civil rige el sistema dispositivo, en virtud del cual el mismo se inicia a instancia de parte ("nemo iudex sine actore"), y consecuentemente, la porción de la realidad objeto del litigio se circunscribe a los hechos invocados por ellas en sus escritos introductorios, sin que el juez pueda modificar "la causa" de las pretensiones o excepciones ("secundum allegata et probata"). Las partes, asimismo, son las que tienen la carga del impulso procesal, pudiendo dejar perimir la instancia, o decidir no oponer excepciones, admitir o confesar los hechos, consentir resoluciones etc…La disponibilidad del derecho de fondo (cuando se trata de derecho privado), les permite a las partes, además, renunciar a sus derechos, transigir o conciliar la cuestión litigiosa. A ello debe agregarse que, como en el proceso civil debe respetarse el principio de "bilateralidad de audiencia" o "contradicción", esta exigencia constituye otro límite a "la verdad", porque dicho principio implica una metodología de conocimiento que exige que la reconstrucción de los hechos controvertidos se practique respetando el diálogo, la reciprocidad, la igualdad y el control recíproco entre las partes.[51] Otro límite a la verdad está configurado por las normas que establecen casos de prueba legal o tasada; lo cual, implica un desplazamiento de la tarea interpretativa del juzgador al legislador, como por ej., las disposiciones que establecen las "presunciones"("iure et de iure" o "iuris tantum"), las "ficciones", o la forma específica en que deben ser probados determinados hechos o las normas que distribuyen la "carga de la prueba". En todos estos supuestos, es dable observar que el sistema jurídico determina como si algo hubiera sucedido con independencia de su efectiva existencia histórica.[52]

En conclusión, el debido proceso regulado por la Constitución y las leyes constituye un método de conocimiento especial, mediante el cual se arriba a la "certeza oficial" de cómo sucedieron los hechos del pleito, sin que necesariamente ese resultado deba coincidir con la denominada

[51] Cfr. nuestro, "Límites que presenta el proceso judicial para la verificación de la verdad material o histórica. Necesidad de establecer algunas reformas", La Ley Córdoba, 2003, pág. 1041.

[52] Cfr. TRIONFETTI, VÍCTOR R., "Conclusión para la causa para definitiva…", en FALCÓN, ENRIQUE Y AUTORES VARIOS, "Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Segunda edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2002, apart. a, págs. 144 y ss.

"verdad histórica"[53]; aunque de todos modos, la existencia de los límites referenciados que presenta el proceso para la consecución de "la verdad", no significa de que por ello debamos renunciar de antemano a conseguir el esclarecimiento de los hechos litigiosos, tal como sucedieron en la realidad; por el contrario, debemos bregar, para que dentro de los límites formales que presenta todo proceso, se pueda arribar a una especie de "verdad institucional" o "certeza oficial", que sea lo más aproximativa posible a la verdad existencial.[54]

[53] Nuestro trabajo, "Límites que presenta el proceso judicial para la verificación…", ob. cit., pág. 1042.

[54] Existencial significa aquí lo que se da "en la experiencia" o "en la vida". Al respecto, ver nuestro trabajo, "Medidas para mejor proveer", en FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA Y OTROS AUTORES, "La prueba en el proceso", Colección de Derecho Procesal N° 2, 2007, Advocatus, Cba, págs. 224-225.

Palabras de recepción del académico correspondiente en Chubut

La influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno

Carranza Latrubesse, Gustavo

I. Introducción. Así como, en su tiempo, el Derecho Romano influyó en el Derecho patrio de los países del Nuevo Mundo, a través de lo que se llamó la "Recepción del Derecho romano", con lo que le rindo homenaje a mi primer profesor de la Universidad, doctor Agustín Díaz Bialet, y el Derecho Natural, apuntalando el alma del hombre como sujeto del Derecho, morigeró soluciones expresas del Derecho positivo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos influye en el derecho interno de los países signatarios de los instrumentos internacionales que los contienen. En especial y no necesariamente, a partir de la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH), y en lo que a nuestra República respecta, a partir de la reforma de la Constitución Nacional (CN) de 1994, constituyendo una de las "fortalezas" de esa reforma, para parafrasear las observaciones efectuadas por el profesor Antonio María Hernández, en su *Fortalezas y debilidades constitucionales*.[1]

II. Influencias. Esa influencia se produjo en el ámbito del Derecho público cuanto en el del Derecho privado. Aunque no es posible, en esta ocasión, desarrollar en extenso el modo en que la influencia se ha ido produciendo y las modificaciones que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha ido perfilando en su jurisprudencia, daremos una visión genérica sobre los temas más relevantes en cada una de las materias analizadas.

III. Influencia en el Derecho público. En lo referente al Derecho público, es un ejemplo a destacar la reforma de la Constitución política de Chile por imposición de la Sentencia de la Corte IDH en el caso "Olmedo Bustos y otros" (Sentencia Nº 73, de 5 de febrero de 2001), conocido también como "La última tentación de Cristo", en que le impuso modificar el art. 19.12 de su Constitución Política, con el fin de suprimir la censura previa sobre proyecciones cinematográficas, lo que en definitiva Chile así hizo[2].

[1] Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012. En la pág. 45 dice bajo el título 'modernización constitucional', que: "Los sucesivos Tratados de Derechos Humanos fueron introduciendo profundos cambios en nuestra disciplina y en el derecho en general y hoy constituyen una de las realidades del mundo globalizado que vivimos".

[2] En rigor, el punto dispositivo 4 impone modificar el orden jurídico interno, "con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película

También, se manifestó a través de las sentencias de la misma Corte IDH en los casos del "Tribunal Constitucional c.Colombia", del "Tribunal Constitucional c.Perú" (Sentencia Nº 71, de 31 de enero de 2001) y del "Tribunal Constitucional c.Ecuador" (Sentencia 268, de 28 de agosto de 2013), por las que mandó a los respectivos gobiernos reponer a los jueces de esos tribunales y a abonarles los salarios caídos y demás derechos correspondientes al ejercicio de sus altos cargos. Varios fallos posteriores (entre otros, Caso "Azpitz Barbera y Otros c.Venezuela", Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; "Reverón Trujillo c.Venezuela", de 30.6.2009; "Chocrón Chocrón c.Venezuela", de 1.7.2011), vinculados al nombramiento de jueces y a sus derechos a la estabilidad y garantías de inamovilidad, de independencia y de intangibilidad de sus remuneraciones, constituyen cuestiones de indiscutible competencia del derecho público, desde que la designación de un juez es un acto fundacional, institucional y constitutivo del Poder Judicial, que excede el interés particular de los jueces agraviados. En el caso del "Tribunal Constitucional c.Perú", la reforma constitucional, alentada por el presidente Fujimori dio origen a una "ley interpretativa" de la Constitución (Nº 26.657)[3], a través de la cual se pretendió que en la posibilidad de reelección del presidente en ejercicio no debía computarse un período precedente, lo que lo habilitaría a un tercer mandato. La cuestión llegó al Tribunal Constitucional donde tres de sus jueces la declararon inconstitucional -el resto se abstuvo-, lo que motivó su remoción por el Congreso. En el curso del proceso trasnacio-nal, el Congreso de Perú los restituyó en sus cargos. En la sentencia, la Corte IDH ordenó que se les abonaran los salarios caídos y todo otro daño que hubieran padecido y acreditaran y, en lo que aquí interesa, dispuso que el Estado: "*debe ordenar una investigación para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables*" (punto resolutivo 4). Desconocemos si se cumplió ese aspecto de la sentencia que, obviamente, involucraba a los legisladores.

'La última tentación de Cristo'…". Se trató, por tanto, de un fin preciso y concreto, objeto del litigio y ajustado al principio de congruencia, pero que habrá dado lugar a una protección de carácter general, desde que se suprimió 'censura' por 'calificación'.

[3] Gambito que utilizó el ex presidente Kirchner, siendo gobernador de la Provincia de Santa Cruz en 1998.

En el caso del "Tribunal Constitucional c.Ecuador", la cuestión era más compleja porque se sostenía que el Tribunal era ajeno al poder judicial, había ciertas fallas de orden constitucional en las imputaciones de la cesación de los ocho vocales del Tribunal dispuesta por el Congreso (ausencia de una causal determinada para la remoción), y se habían promovido juicios políticos contra algunos de los vocales, sin respetar su derecho de defensa. La inestabilidad política fue característica en Ecuador y, entre los años 1996 y 2007, se sucedieron siete presidentes, ninguno de los cuales completó su mandato. En concreto, en una sesión del Congreso en que no se había fijado como tema del orden del día, el Congreso por 54 votos a favor y 33 abstenciones, dispuso la cesación de los vocales del Tribunal Constitucional, sosteniendo que fueron designados en forma ilegal en el año 2003; pero, en rigor, lo fue "*por los fallos que habían emitido en el marco de la competencia del Tribunal Constitucional como órgano de control de constitucionalidad*"[4] (párrs. 204 y 205, y 139, del voto parcialmente disidente). La Corte IDH, en definitiva, declaró que se había violado en perjuicio de los vocales del Tribunal Constitucional, los arts. 8 y 25, en orden al debido proceso, y art. 21, derecho de propiedad, por la violación al derecho a la permanencia en el cargo, disponiendo indemnizaciones por daño material y moral. Es interesante destacar aquí que la Corte IDH no decidió, como suele hacer en el caso de jueces inferiores y lo ordenó en el caso del "Tribunal Constitucional c.Perú", el reintegro de los vocales a su cargo, con el argumento de la posterior reforma constitucional de Ecuador que había establecido un procedimiento para la designación, y la dificultad consiguiente por tratarse de un tribunal de máxima jerarquía, agregando que al 31 de octubre de 2012 ya se habían designado los nueve integrantes del Tribunal para un período de nueve años. Esto nos recuerda el caso "Sosa", en que la Corte federal argentina ha reiterado su decisión de que sea repuesto en el cargo de Procurador General de la provincia de Santa Cruz, lo que a la fecha no ha sido cumplido. El transcurso del tiempo hace que una ilicitud originaria quede sin sanción y el afectado no obtenga la reparación pertinente.

También, como efecto sobre los Derechos Público y Privado, cabe destacar el caso "Sarayaku c.Ecuador", donde se postula sobre la propie-

[4] Recuérdese aquí, la remoción de los jueces Moliné O'Coinnor y Boggiano, por idénticos motivos. Tuvimos ocasión, siendo asesores jurídicos en el Senado, de sostener un voto en contra de la destitución.

dad ancestral de la tierra de esa comunidad indígena, sobre la base del art. 21 de la Convención ADH. Dijo la Corte IDH:

"*145. El artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos.*[5] *Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas*".

Esta cuestión ya está generando entre nosotros cuestionamientos de ciertos grupos, supuestamente de ascendencia indígena, a partir de la disposición del art. 74, inc. 17, CN, que autoriza al Congreso a: "*reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan*", así como a "*Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten*". Ya existen reclamos de ciertos grupos, que pretenden la posesión de tierras y sus recursos naturales en zonas de ricos yacimientos de hidrocarburos. En el párr. 146°, la Corte IDH sostuvo:

"*Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema eco-*

[5] Cita caso 'de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c.Nicaragua', párr. 148, y Caso 'Comunidad Indígena Xákmok Kásek c.Paraguay', párr. 85°. Además, Comisión Interamericana, Informe de Seguimiento - Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 156.

nómico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados". Al menos en el caso argentino, no se tiene noticia de otro aprovechamiento de recursos que los derivados de la flora y de la fauna, aunque pudiera dar pie a reclamos de otra naturaleza, devenidos del reconocimiento de la "preexistencia" étnica y cultural reconocida en el antes citado inc. 17. Debe verse la postura asumida por el convencional, doctor José Raúl Heredia, en la asamblea constituyente de Chubut, cuyo enfoque difiere, y la Constitución de Chubut plasma en su articulado, en orden al reconocimiento de derechos que encomienda la CN a garantizar al Congreso de la Nación.[6]

3.1. El debido proceso. Pero ha sido en el ámbito del derecho procesal y, en particular, del proceso penal, donde se ha producido el mayor desarrollo e influencia en el derecho interno de los Estados. En primer lugar y a modo de abordaje, la interpretación "en conjunción" de los arts. 8 y 25 de la Convención ADH, alentada por el juez Antonio A. Cançado Trindade, le ha permitido a la Corte IDH conciliar los requisitos del debido proceso del art. 8 con la eficacia del acceso a la justicia del art. 25.

La Corte IDH ha señalado que si los Estados tienen, de acuerdo con el art. 2 de la Convención Americana, la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, con mayor razón están en la obligación de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio, así como la de suprimir o modificar las que tengan estos alcances. De lo contrario, incurren en violación del art. 2 de la Convención y comprometen su responsabilidad internacional (lo sostuvo así, entre otros casos, en el Caso "Caesar", párr. 91°; Caso "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros", párr. 113°, Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C N° 94). Agregamos que la Corte IDH va más allá, al indicar no solo a las leyes, sino a las prácticas judiciales que contravienen los derechos y garantías reconocidos. En este sentido, a veces es más importante la "práctica" que la ley misma, pues aquella es la interpretación que los jueces extraen de las normas y, a menudo, se apartan de su finalidad y contenido; sostiene la Corte IDH que: "*Esa adopción de medidas opera en dos vertientes, a saber: i) supresión de las normas y prácticas de cual-*

[6] V. Constitución del Chubut, art. 34, proemio e inc. 1.

quier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías".[7] En la sentencia del caso "Fontevecchia y D'Amico c.Argentina", agregó que: "*La primera vertiente se satisface con la reforma, la derogación, o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. La segunda, obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro*" (Sentencia Nº 238, de 29 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 85°; caso "Ximenes López c.Brasil", Sentencia Nº 149, de 4 de junio de 2006, párr. 83°; caso "Barreto Leiva c.Venezuela", Sentencia Nº 206, del párr. 107° y sus citas, Caso "Almonacid Arellano y otros c.Chile", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 118° y Caso "Heliodoro Portugal c.Panamá", párr. 180°).

Con apego a estos principios, en la sentencia del caso "Fermín Ramírez c.Guatemala" (Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 20 de junio de 2005, serie C, N° 126), la Corte IDH, entendió que la consideración de la "peligrosidad" del imputado como elemento a computar, tanto en orden a la prisión preventiva cuanto a la imposición de la pena, "*constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía*" (párr. 94°). Queremos destacar que, en el discurso político de estos días, se propone la ampliación de las facultades de los jueces en orden a la procedencia de la prisión preventiva, aunque se hace total abstracción de estos postulados de la Corte IDH. Adviértase que la Corte IDH impone, a un tiempo, la obligación de investigar los delitos y sancionar a sus autores y, con machacona insistencia, la necesidad de respetar las garantías del debido pro-

[7] Caso 'Barreto Leiva c.Venezuela' sentencia de 17 de noviembre de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 107°; íd., caso 'Yean y Bosico c.República Dominicana', párr. 142°, Sentencia Nº 130, del 8.9.2005.

ceso; y, en cuanto a la prisión preventiva, la limita a los casos tradicionales de la posibilidad de burlar la actuación de la justicia y la de entorpecer la investigación penal. Reiteró en la sentencia de este caso, que "*la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción*".[8] La Corte federal argentina, en el caso "Duarte, Felicia s/recurso de casación" (CS, 5.8.2014, y sus citas), sobre la base de la insuficiencia del recurso extraordinario para satisfacer en puridad el derecho al "doble conforme", reenvía la causa a la Cámara Federal de Casación Penal con el objeto de que designe a otra sala para que actúe como tribunal revisor a los fines de revisar en forma amplia -en los términos del precedente de *Fallos 328:3399* y de la sentencia de la Corte IDH en el caso "Mohamed c.Argentina" (sentencia de 23.11.2012)- para garantizar el derecho reconocido por el art. 8.2.h de la Convención ADH. En su voto, el juez Petracchi remite a lo dictaminado por la señora Procuradora General, quien sostuvo que la imputada gozaba de un derecho a que la condena sea revisada en términos amplios, pues el derecho del condenado a recurrir ha sido concebido como una garantía de doble conforme y la vía más idónea para hacerlo era la propia Cámara Federal de Casación Penal por intermedio de una sala distinta de aquella que dictó la condena.

En "Mohamed c.Argentina" (Corte IDH, párr. 92°), citado en el fallo "Duarte" antes referido, se dice con claridad que la garantía del art. 8.2.h: "*Se trata de una garantía del individuo frente al estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los or-denamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención*".

Es de interés destacar que aquellos "valiosos bienes jurídicos", referidos en la sentencia del caso "Fermín Ramírez c.Guatemala", exigen, como condición esencial, su regularidad. Esto supone que la incolumidad de la cosa juzgada obtenida en un proceso solo pueda aceptarse si es el resultado de un proceso "justo"; esto es, desenvuelto con todas las garantías del caso. En el Acuerdo sobre reparaciones, presentado por el Estado a la Corte IDH, en el caso "Gutiérrez c.Argentina", del 17 de mayo de

[8] Caso 'Hilaire, Constantine y Benjamin y otros', Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C N° 94, párr. 101; Caso 'Bámaca Velásquez', párr. 174°; y Caso 'Durand y Ugarte', Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C N° 68, párr. 69.

2013, luego de relacionar la posición de la Comisión y de los re-presentantes de las partes afectadas, sostuvo la Corte IDH que las alegaciones formuladas "*permitirían inferir que la autoridad de cosa juzgada conferida a la absolución de uno de los imputados por el homicidio de Jorge Omar Gutiérrez merecería ser calificada de 'fraudulenta'*" (sic, ver párr. 17°, punto 3, y párrs. 25°, 126° y nota 240, de la sentencia). Sobre esta base argumental, la Corte IDH en los párrs. 127° y 128° de su sentencia, sostuvo:

En el primero (127), reiteró su competencia para "*pronunciarse acerca de la conformidad de lo actuado por el Estado con la Convención Americana*".[9] En el párr. 128°, sostuvo: "*Habida cuenta lo precedente, la Corte considera que lo dispuesto en el artículo 8.4 de la Convención, en orden a que "[e]l inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos", se inserta en el marco de las normas relativas al "juicio justo" o a las garantías del "debido proceso*", previstas en el mismo artículo 8[10] de dicho tratado. Por lo tanto, el artículo 8.4 de la Convención debe interpretarse en armonía con estas últimas normas y con las demás disposiciones de la Convención".

Y en el párr. 129°, "*la Corte concluye que, en el caso de autos, las diligencias judiciales no se ajustaron, en realidad, a las garantías del "debido proceso" previstas en el referido artículo 8 y, por ende, tampoco se produjo la "sentencia en firme" aludida en el numeral 4 del mismo*".

[9] Es decir, de conformidad a la norma consuetudinaria internacional según la cual "la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional" y que "tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno", a la Corte le compete determinar la licitud del proceder del Estado acorde a lo dispuesto por la Convención (Cfr. Art. 3 de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, preparados por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas, anexados a la Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] 56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 85ª sesión plenaria, 12 de diciembre de 2001, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 y correcciones (A/56/10 y Corr.1 y 2). 2 Ibíd.

[10] El art. 8.1 de la Convención establece: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

En palabras llanas, un proceso penal amañado, que muestra con evidencia el propósito de sustraer a los inculpados de la acción de la justicia, no es un proceso justo y la sentencia que allí se dicte será considerada "fraudulenta" y, por tanto, insusceptible de fundar el principio *ne bis in ídem*. De allí, que resulta improcedente la redacción del art. 318 del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, propuesto al Senado de la Nación por el Poder Ejecutivo[11], en tanto solo admite la revisión de la sentencia en el caso de condena del inculpado.[12] Cabe precisar que la garantía del ne bis in ídem no solo implica la posibilidad de una nueva investigación penal, sino también el riesgo de ser sometido a ella.

Siempre en el ámbito del proceso penal, en la sentencia del caso "Mendoza y otros c.Argentina" (Sentencia de 14 de mayo de 2013, Ex-

[11] El nuevo Proyecto de reforma al Código Procesal Penal de la Nación, propuesto por el Poder Ejecutivo Nacional (fechado en 21 de octubre de 2014, e ingresado en el Senado de la Nación en 22 de octubre de 2014, bajo Expediente PE Nº 363/14, a las 21,10 horas), en su título V, sobre Revisión de la sentencia condenatoria firme, en el art. 318 dispone: "*Procedencia. La revisión de una sentencia firme procede en todo tiempo y únicamente a favor del condenado, por los motivos siguientes: a) los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable; b) la sentencia impugnada se hubiere fundado en prueba documental o testimonial cuya falsedad se hubiese declarado con posterioridad en fallo irrevocable, o resulte evidente aunque no exista un fallo posterior; c) la sentencia condenatoria hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable; d) después de la condena sobrevinieran o se descubrieran nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hicieren evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió, que el hecho cometido no es punible o encuadra en una norma penal más favorable; e) corresponda aplicar retroactivamente un cambio de legislación que favorezca al condenado; f) se dicte en el caso concreto juna sentencia de la Corte Interamericana de o una decisión de un órgano de aplicación de un tratado en una comunicación individual. El rechazo de la solicitud de revisión no impedirá un nuevo motivo fundado en motivos distintos*" (sic, énfasis añadido).
El art. 319, dispone: "*Legitimación. Podrán solicitar la revisión: a) el condenado o su defensor; b) el representante del Ministerio Público Fiscal en favor del condenado; c) el cónyuge, conviviente, ascendientes o descendientes del condenado, si éste hubiese fallecido*".

[12] En el párr. 131° agrega: "*Suponer que lo dispuesto en el artículo 8.4 de la Convención se aplicaría en toda circunstancia implicaría que lo resuelto por un juez nacional tendría preeminencia frente a lo que pueda decidir esta Corte de conformidad a la Convención. También implicaría, consecuentemente, que la aplicación, en toda circunstancia, del referido artículo 8.4 de dicho tratado, podría conducir, en definitiva, a la impunidad e inaplicabilidad de las correspondientes normas internacionales, lo que no se condeciría con el objeto y fin de la Convención*".

cepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), la Corte IDH declaró que tanto el Código Procesal Penal de la provincia de Mendoza, como el Código Procesal Penal de la Nación, no satisfacían el estándar del art. 8.2.h de la Convención ADH y, aunque valoró expresamente el fallo de la Corte federal en "Casal", posterior a los hechos del caso, declaró que Argentina había violado esa garantía de la Convención ante el alcance limitado del recurso de casación, regulado en los códigos citados. En el punto resolutivo 22, dispuso que: "*El Estado debe, dentro de un plazo razonable, adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia sobre el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior, en los términos de los párrafos 329 a 332 de esta Sentencia*". En el párr. 331°, in fine, sostuvo que: "*Sobre el fallo Casal, el Estado explicó la manera en que funciona el sistema de control constitucional con base al cual los criterios que se desprenden del mismo en materia del derecho de recurrir del fallo deben ser aplicados por los jueces argentinos en todas las instancias*" (remarcado añadido). De ello, hay que tomar debida nota, a fin de imponer a los tribunales el cumplimiento de la Convención, con las explicitaciones que en cada caso resultan, en este aspecto, del citado fallo de la Corte IDH. Cuestión que, confesamos, no hemos logrado hacer cumplir por el STJ del Chubut, pese a los numerosos recursos planteados, a impugnaciones políticas contra sus miembros y a una denuncia penal, por el dictado de fallos en violación de la Constitución de la Nación, de la Convención ADH y de la Constitución de la provincia. Precisamente, en el párr. siguiente, 332°, la Corte IDH insiste en que "*considera que los jueces en Argentina deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al artículo 8.2.h, de la Convención Americana y a la jurisprudencia de este Tribunal*"; asimismo, "que dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia".

Es de utilidad referir que la Corte IDH sostiene, como lo reiteró en el mencionado caso de "Fermín Ramírez c.Guatemala"[13], que los órganos

[13] El caso de 'Fermín Ramírez' se trató del homicidio y vejación de una menor de edad; tiene interés porque en la sentencia del tribunal local, se cambió la calificación del delito y se dio por establecidos dos hechos nuevos sobre los que no había habido imputación alguna; uno, que la causa de la muerte de la menor se debió a asfixia por estrangulamiento y, otro, que después de fallecida la víctima el procesado tuvo acceso carnal con el cadáver, hechos que no habían sido con-

del sistema interamericano de derechos hu-manos no funcionan como una instancia de apelación o revisión de sentencias dictadas en procesos internos; y que su función es determinar la compatibilidad de las actuaciones realizadas en los procesos internos, con la Convención Americana[14]; y tampoco es su función pronunciarse sobre la responsabilidad penal de los encartados en el derecho interno. Sin embargo, como es fácil comprobar, en algunos de los casos resueltos, se "deja sin efecto" la sentencia del derecho interno, lo que arrima sugestivamente la competencia del Tribunal a la de un tribunal de casación y, aún, a una sentencia de apelación, pese a que la norma convencional excluye esa posibilidad. En "Loayza Tamayo c.Perú", Sentencia de 17.9.1997, sobre Fondo, Reparaciones y Costas, la Corte IDH, en el punto resolutivo 5, dispuso: "*Que ordena que el Estado del Perú ponga en libertad a María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable, en los términos del párrafo 84 de esta sentencia*". Más adelante, abordaremos esta cuestión, aunque de modo sucinto.

Para nosotros, resultan paradigmáticos los fallos de los casos "Baena c.Panamá", del 2 de febrero de 2001, y "López Álvarez c.Honduras", de 1 de febrero de 2006, donde se expone la am-plitud con que debe interpretarse el contenido de los requisitos del proceso justo. En el primero, se dice que:

"*124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos*[15]*. Es decir, cualquier actuación u omisión de*

siderados en la acusación ni en el auto de apertura a juicio. Asimismo, se introdujo una circunstancia nueva que no había sido contemplada ni en la acusación fiscal ni en el auto de apertura del proceso, que tuvo directa relación con la imposición de la pena de muerte, como fue la 'mayor y particular peligrosidad' del imputado, sin sustento probatorio ni razonamiento alguno. En ese aspecto, se insistió allí en la vigencia de un 'derecho penal de acto o de autor', propio de un país democrático.

[14] Caso 'Juan Humberto Sánchez'. Sentencia de 7.06.2003. Serie C N° 99, párr. 120°; Caso 'Bámaca Velásquez', Sentencia de 25.11.2000, Serie C N° 70, párr. 189°; y Caso 'De los Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros), Sentencia de 19.11.1999. Serie C N° 63, párr. 222°.

[15] Caso del' Tribunal Constitucional', párr. 69°; y 'Garantías judiciales en Estados

los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal".

Y en el párr. 125°, se concreta la idea del siguiente modo:

"*125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes*" (énfasis añadido).

En "López Álvarez c.Honduras", la Corte IDH dijo:

"*148. Todos los órganos que ejerzan funciones materialmente jurisdiccionales tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías judiciales del debido proceso estipuladas en el artículo 8 de la Convención*".[16]

Del voto razonado del juez Antonio A. Cançado Trindade, en la causa "López Álvarez" se extrae con utilidad lo siguiente:

"*10. Es importante que los avances jurisprudenciales en este sentido, alcanzados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta el presente, sean preservados y aún más desarrollados en el futuro -y jamás frenados mediante una hermenéutica desagregadora- en beneficio de las personas protegidas. La relevancia del deber de los Estados de proveer recursos internos adecuados y eficaces no hay jamás que ser minimizada. El derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes en el ámbito de la protección judicial -al cual la Declaración Universal 1948 dio proyección mundial- es mucho más relevante de lo que hasta recién se supuso. El deber de los Estados Partes de proveer aquellos recursos en el ámbito de su derecho interno y de asegurar a todas las personas bajo sus jurisdicciones la garantía del libre y pleno ejercicio de todos los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos, así como todas las garantías del debido proceso legal, asumen una especial impor-*

de Emergencia' (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, párr. 27°.

[16] Caso 'Palamara Iribarne', párr. 164°; Caso 'Yatama', Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127, párr. 149°; Caso 'Ivcher Bronstein', Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N° 74, párr. 104°.

tancia aún mayor, en un continente como el nuestro (comprendiendo las tres Américas), marcado por casuismos que no raramente privan [a] los individuos de la protección del Derecho" (énfasis añadido).

Dijo el citado juez que:

"*Los artículos 25 y 1(1) de la Convención se refuerzan mutuamente, en el sentido de asegurar el cumplimiento de uno y de otro en el ámbito del derecho interno. Los artículos 25 y 1 (1) requieren, conjuntamente, la aplicación directa de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes. En la hipótesis de supuestos obstáculos de derecho interno, entra en operación el artículo 2 de la Convención, que requiere la armonización con esta del derecho interno de los Estados Partes. Estos últimos se encuentran obligados, por los artículos 25 y 1 (1) de la Convención, a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos, y a dar aplicación efectiva a los mismos*[17]*. Si de facto no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurren en violación de los artículos 25, 1 (1) y 2 de la Convención*" (párrs. 18°-21°)" (énfasis nuestro).

En concreto, el debido proceso legal es el "derecho a la decisión justa" y esta puede perseguirse en todas las instancias del proceso, aún en vía de la casación. La Corte federal, en el caso "Casal" (2005), aunque referida a un proceso penal, explicita con claridad la distinta fuente de la casación, exponiendo que la que nos rige es de origen americano y no continental (europeo). Y en ese fallo, la Corte dice que el juez de casación debe conocer de "todo lo que le sea posible conocer", viéndose solo privado de obtener una "impresión" del testigo que expone en el plenario, pues sus dichos quedan asentados en las actas respectivas. La casación procede, con amplitud, y con total abstracción de las diferencias de las cuestiones de hecho y de derecho. Aunque no lo dice allí, es obvio para nosotros que este criterio debe aplicarse, también e inexorablemente por imperativo del art. 8 de la Convención, a la casación civil (conforme al fallo de la Corte IDH en "Baena c.Panamá"). Ello, porque si se adopta la jurisprudencia en un aspecto, ha de serlo en todos los demás que persigan el mismo fin; esto es, con miras al proceso justo. No hemos de adentrarnos aquí en el análisis de cómo está regulada la casación civil en las

[17] La cuestión de la eficacia de los recursos internos se encuentra íntimamente ligada a la propia administración de justicia y a la operación de los órganos nacionales competentes para reparar las violaciones de los derechos protegidos.

provincias, pero va de suyo que el mandato de la "ley" (Convención y CN) implica imponer el principio de legalidad (art. 9, Convención ADH y art. 19, CN) y su esencial derivado, el "proceso justo". No nos cansaremos de postular que el principio de legalidad -en sus dos vertientes, inmunidad de las acciones privadas y libertad de acción ante la ausencia de prohibición, art. 19, CN-, el debido proceso legal -art. 18, CN- y el derecho a la vida –y a la vida desde la concepción, art. 33, CN- integran el orden público constitucional que jamás podrá quedar supeditado a la existencia de un tratado; este es el resultado de facultades del poder ejecutivo y del legislativo; aquellas son el fundamento de la libertad que anida en la voluntad constituyente del Pueblo de la Nación. Y esta, no puede ser condicionada o minimizada por ningún tratado.

En "Barreto Leiva c.Venezuela" (Sentencia Nº 206, de 17 de noviembre de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas), la Corte IDH sostuvo:

"*88. La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable*".[18]

"*89. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado*".

Cabe volver a mencionar la sentencia del caso "Mendoza y otros c.Argentina", antes citado, en cuanto la Corte IDH sostuvo allí que los criterios que surgen del fallo "Casal", de la Corte federal "deben ser aplicados por los jueces argentinos en todas las instancias" (sic), pues ha servido al Tribunal Cimero argentino para resolver en la muy reciente causa "Carrascosa", con apego a la doctrina expuesta, mandar a la Suprema Corte de Buenos Aires "dictar otra sentencia" haciendo extensivo, de modo expreso, a las jurisdicciones provinciales, la doctrina sobre la casación amplia, esbozada ya en la causa "Casal". El imputado había sido absuelto en primera instancia por el tribunal de juicio y, a través del recurso casatorio del fiscal ante la cámara de casación provincial, fue con-

[18] Caso 'Herrera Ulloa c.Costa Rica', Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 107, párr. 158°.

denado a prisión perpetua, imputado del delito de homicidio en perjuicio de su esposa. La Suprema Corte de Justicia provincial no abrió el recurso de inaplicabilidad de ley. Al resolver sobre el recurso extraordinario, la Corte federal sostuvo que: "… *el derecho de recurrir la sentencia de condena, que invoca el recurrente, es una garantía procesal de jerarquía constitucional que, si de ella se ha carecido cabe restablecer; ya sea frente a una condena de primera instancia, a pedido del propio condenado o, si como sucede en este caso, la condena aparece como resultado de recurso acusatorio contra la absolución del tribunal de primera instancia, siendo por tanto, la primera condena recurrible para el condenado en busca de su revocación o modificación*".[19]

En orden al "plazo razonable" (art. 8.1, Convención ADH), cabe citar en apretada síntesis, el caso "Acosta Calderón c.Ecuador". Se dijo allí que: "*Para examinar la razonabilidad de este proceso según los términos del artículo 8.1 de la Convención, la Corte toma en cuenta tres elementos: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales*" (párr. 105°).

En el párr. 110°, con invocación del "*Principio trigésimo sexto del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión de las Naciones Unidas, establece que: 1. [s]e presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa*". Esto nos permite sostener que si el principio de inocencia solo puede ser enervado por una sentencia firme de condena en un proceso regular, cualquier contingencia (nulidad, prescripción de la acción, indulto siendo procesado, violación del plazo razonable, etc.) que acaezca antes de ella y ponga fin a la persecución penal, debe establecerse por una sentencia de mérito que declare la absolución, nunca el sobreseimiento, pues este deja subsistente el estigma de la imputación -contracara de la inocencia- y, por ello, la doctrina de la Corte federal argentina niega toda acción civil reparatoria del imputado sobreseído. Que el sobreseimiento sea equiparado a la sentencia, lo es solo en el aspecto que habilita la aplicación del principio *ne bis in ídem*, pero no deja a salvo la reparación civil por el daño

[19] CS, C. 382. XLIX-'Carrascosa, Carlos Alberto s.recurso de casación', elDial.com-AA8BBB, publicado el 01.12.2014.

causado. Es claro que aquella postura que sostenemos, no adecúa a la ley vigente.

El fallo de esta causa también interesa porque establece condiciones para el procesamiento de extranjeros, cuestión que está hoy en la discusión pública y no parece ajustarse a los paráme-tros establecidos por la Corte IDH con apego a la Convención (art. 8.2,b; véase los párrs. 118° y 125° y sus citas).

En el caso "Almonacid Arellano c.Chile" (Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia Nº 154, de 26.9.2006), se hace expresa referencia a las leyes de amnistía, sosteniendo que contrarían el ius cogens, en cuanto hace obligatoria la penalización de los delitos de lesa humanidad. En similar sentido, caso "Barrios Altos c.Perú". No vamos a pronunciarnos ahora sobre el tema, sin perjuicio de sostener que aquellas difieren de modo sustancial con el indulto de condenados, facultad pre-sidencial que, en el caso argentino, no tiene otras limitaciones que las previstas en el arts. 99.5 y 36, CN, y que también integra el orden público constitucional y el margen de reserva nacional.

Por fin, parece claro que para la Corte IDH el "primer derecho del hombre es el derecho a la justicia" (Deodoro Roca)[20] y, según lo entendemos y sostenemos, el instrumento formidable e insustituible para arribar a la sentencia justa, es el debido proceso legal sin cuyo tránsito no habrá cosa juzgada material, cualesquiera sean las normas internas, derivadas, que la pretendan con-sagrar.

3.2. Derecho a la seguridad social. Dentro del ámbito del Derecho Público, incluimos aspectos que traducen influencia sobre el Derecho Laboral y, en particular, a la jubilación "nivelable" con los empleados activos, habiendo sido considerado por la Corte Suprema de Perú como un derecho adquirido. Destacamos el caso de los "Cinco pensionistas c.Perú" (Sentencia de 28 de febrero de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas). En este caso, es de interés el reconocimiento de la Corte IDH del derecho contenido en la legislación interna de Perú, a la estabilidad de las "pen-siones" (jubilaciones) de los peticionarios establecidas al tiempo de su cese

[20] "Escritos jurídicos y de militancia", en Obras reunidas, vol. III, Córdoba, Editorial de la UNCórdoda, 2009, pág. 10; cit. por Jorge Oscar Orgaz, "Deodoro Roca, constitucionalista", en Concurso premio Agistín Díaz Bialet, Advocatus, Córdoba, 2011, pág. 80.

laboral, y "niveladas" con los haberes de los agentes en actividad, que incorporaron a su patrimonio como derechos adquiridos al amparo del art. 21 de la Convención, que protege el derecho de propiedad. Es de interés aquí, porque allí la Corte IDH dio prioridad al derecho interno sobre la base del art. 29, b de la Convención ADH. En los párrs. 96°, 97° y ss., la Corte IDH remite a la decisión de la Corte Su-prema de Perú y de la Corte Constitucional, conforme a las cuales las jubilaciones establecidas al tiempo del cese se incorporaron al patrimonio de los peticionarios y no pueden ser modificados en adelante. Los nuevos regímenes obligatorios no afectan los derechos adquiridos (párr. 97°).

3.3. Nacionalidad y nombre. Respecto del derecho a la nacionalidad, en la Sentencia del caso "Yean y Bosico c.República Dominicana" (Sentencia Nº 130, de 8.9.2005, Excepciones, Fon-do, Reparaciones y Costas), se impuso a la demandada el reconocimiento como de nacionalidad dominicana a las niñas Jean y Bosico, nacidas de padres haitianos y de madres dominicanas, pero en el territorio de la República Dominicana. Dijo la Corte IDH que: "*En consideración del deber del Estado de otorgar la nacionalidad a quienes nacieron en su territorio, la República Dominicana debió adoptar todas las medidas positivas necesarias para garantizar que Dilcia Yean y Violeta Bosico, como niñas dominicanas de ascendencia haitiana, pudieran acudir al procedimiento de inscripción tardía en condiciones de igualdad y no discriminación y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad dominicana*" (párr. 171). La Corte IDH sostuvo que la República Dominicana había instalado a las niñas en condiciones de apatridia y que, por ello, carecían de "per-sonalidad jurídica reconocida", ya que no habían establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, "*por lo que la nacionalidad es un prerrequisito del reconocimiento de la personalidad jurídica*" (párr. 178°). Sostuvo, además, que tal condición, por ausencia de personalidad jurídica, "*lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares*" (párr. 179°). Se pronunció también sobre el derecho al nombre (art. 18, Convención ADH), y que su registro debe ser facilitado por el Estado, indicando la Corte IDH que debe garan-tizar que la persona "*sea registrada* ***con el nombre*** *elegido por ella o por sus pa-*

dres, según sea el momento del registro, ***sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre***" (párr. 188°, énfasis añadido). Hace pocas semanas, una oficina seccional del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas permitió al padre de un nacido en este suelo imponerle como "nombre" el apellido "Messi".

3.4. El concepto de ilicitud. En el caso "Ximenes López c.Brasil" (Sentencia Nº 149, de 4 de junio de 2006, párr. 84°), la Corte IDH definió la ilicitud como: "*toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstan-cia en la que un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente, por acción u omisión, uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el artículo 1.1 de la Convención*".

3.5. Competencia temporal. En orden a la competencia temporal de la Corte, destacamos lo resuelto en el caso "García Lucero c.Chile" (sentencia del 28 de agosto de 2013, Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones). Este caso tiene importancia porque, si bien Chile opuso la excepción de incompetencia temporal y material de la Corte IDH, desde que había hecho reserva al tiempo de adherir a la Convención ADH, de que solo reconocería dicha competencia a partir del día del depósito del instrumento de ratificación (21 de agosto de 1990) y, en todo caso, a partir del 11 de marzo de 1990 (reinicio de la democracia), la Corte IDH la desestima en cuanto a los hechos autónomos o independientes que pudieren surgir del trámite del caso, confiriéndole ese carácter a la falta de investigación sobre los responsables y las medidas de reparación, a partir del momento en que era obligatorio para el Estado adecuar su derecho interno a la Convención; en sus palabras, la Corte tiene competencia para analizar "*si el Estado garantizó el acceso a la justicia*[21] *en lo atinente a la investigación de los hechos, así como en la existencia de recursos para efectuar reclamos sobre medidas de reparación*" (párr. 39°). Sostuvo que: "*la Corte*

[21] En este sentido, puede recordarse lo señalado por el Tribunal en relación con el 'Caso de las Hermanas Serrano Cruz c.El Salvador', en que la Corte sostuvo que no tenía competencia para referirse a la cuestión de la desaparición forzada, pero sí la tenía para determinar si se había dado satisfacción al acceso a la justicia conforme a la Convención ADH.

se ha pronunciado en casos relacionados con la falta de investigación de posibles actos de tortura acaecidos fuera de la competencia temporal del Tribunal, tomando en consideración el conocimiento que, ***luego de reconocida la competencia*** *contenciosa del Tribunal, tuvieron autoridades estatales de tales hechos*" (Cfr. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N° 191, párrs. 93° a 97°; énfasis añadido).

Además, en el párr. 40°, la Corte abordó el tema de la amnistía dispuesta en el derecho interno con anterioridad a la vigencia de la Convención; dijo: "*Además, de acuerdo a lo señalado en la Sentencia del caso 'Almonacid Arellano y otros Vs. Chile', la Corte es competente para conocer los alegatos vinculados con la aducida inobservancia de obligaciones internacionales relacionadas a la vigencia del Decreto-Ley N° 2.191 de amnistía*."[22]

3.6. Preferencia para resolver. Otra cuestión de interés es la preferencia para el dictado de las sentencias, teniendo en cuenta la edad del peticionario, tomando en consideración jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que consideró que la avanzada edad de personas vinculadas a un proceso judicial conllevaba el requerimiento de una especial diligencia de las autoridades en la resolución del proceso respectivo.[23]

IV. En el ámbito del Derecho privado. En el derecho a la información y a la libertad de expresión, previstos en el art. 13 de la Convención ADH, la

[22] En el párr. 50° de esa Sentencia la Corte indicó: "*En lo que se refiere a la vigencia del Decreto-Ley N° 2191, no puede alegarse que el principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se haya dado con la promulgación de éste en 1978, y que por ende la Corte no tiene competencia para conocer ese hecho. El principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se produce cuando el Estado se obligó a adecuar su legislación interna a la Convención, es decir, al momento en que la ratificó*" (Caso 'Almonacid Arellano y otros c.Chile', párrs. 49° y 50°).

[23] Caso 'Furlan y Familiares c.Argentina'. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C N° 246, párrs. 195° y 196°. Allí se cita: T.E.D.H., Caso 'Jablonská c.Polonia' (N° 60225/00), Sentencia de 9 de marzo de 2004. Final, 9 de junio de 2004, párr. 43°; Caso 'Codarcea c. Rumanía', (N° 31675/04), Sentencia de 2 de junio de 2009. Final, 2 de septiembre de 2009, párr. 89°. Asimismo, Caso 'Styranowski c.Polonia', (N° 28.616/95), Sentencia de 30 de octubre de 1998, párr. 57°, y Caso 'Krzak c.Polonia', (N° 51515/99), Sentencia de 6 de abril de 2004. Final, 7 de julio de 2004, párr. 42°.

sentencia de la Corte IDH en el caso "Kimel c.Argentina", no estableció con claridad un límite preciso entre la intimidad y el derecho a la información, adoptando el criterio de sujetarse a los hechos alegados y las circunstancias y constancias de la causa; empero, produjo como inmediata consecuencia la reforma del Código Penal de la Nación, desapareciendo los delitos de calumnia y de injuria con fundamento en las opiniones vertidas en asuntos de interés público o no asertivas, respecto de personas determinadas. Y desaparece la pena privativa de libertad. El art. 109, sustituido por art. 1 de la Ley N° 26.551 (BO 27.11.2009), dice: "*La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil ($ 3.000.-) a pesos treinta mil ($ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas*". El art. 110, dice: "*El que intencionalmente deshonrare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos ($ 1.500.-) a pesos veinte mil ($ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público*".

El caso "Kimel" se originó en la querella que le promoviera el juez Guillermo Rivarola que tuvo a su cargo la investigación del asesinato de los monjes palotinos en el año 1976, por la supuesta afectación a su honra derivada de la opinión de Kimel, en el libro que escribiera sobre el punto, en donde expone que la actuación del juez sufrió cierta parálisis a la hora de determinar la autoría de los homicidios y que apuntaban a la represión militar. No obstante, fue absuelto en primera y segunda instancia, siendo revocado el fallo por la Corte federal por mayoría de 6 a 3. En el proceso trasnacional, el Estado se allanó, aceptando la violación del plazo razonable, que las condenas aparecían contrarias al art. 13 de la Convención ADH y admitía su responsabilidad ante la comunidad internacional. No obstante, la Corte IDH dictó sentencia recordando que no está ligada por la postura de las partes, además de que la sentencia era un modo de reparación en favor de Kimel. En rigor, Kimel había emitido un juicio de valor sobre el desenvolvimiento del magistrado, sin imputarle un de-

lito determinado; y se sostuvo también que, tratándose de opiniones, no podían tomarse como verdaderas ni falsas[24].

Creemos que la sentencia de la Corte IDH, en el caso "Fontevecchia y D'Amico c.Argentina", tuvo una notable influencia en el alcance de la interpretación de art. 1071 bis, del Código Civil (C.C.) obrando efectos directos de orden procesal y sustancial en el derecho interno, toda vez que la sentencia dispuso "*que el Estado debe dejar sin efecto dichas sentencias en todos sus extremos, incluyendo, en su caso, los alcances que estas tengan respecto de terceros*" (Corte IDH, 29.11.2011, caso "Fontevecchia y D'Amico c.Argentina", Sentencia Nº 238, Fondo, reparaciones y costas, párr. 105°). Se atendió allí no solo la actividad de los periodistas, digna de protección, sino las restricciones admisibles, sosteniendo que "*necesidad y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a* ***satisfacer un interés público imperativo***" (párr. 56°); cabe recordar que por las expresiones de los señores Fontevecchia y D'Amico, el ex presidente Menem consideró afectado su derecho a la intimidad (art. 1071 bis, C.C.). El art. 52 del Nuevo Código Civil Unificado con el Comercial (C.C.U.), autoriza a la persona afectada en su intimidad, a requerir las medidas de prevención y de reparación que el propio ordenamiento establece, aplicando el principio de la reparación plena y de la indemnización en dinero, además de la publicación de la sentencia (arts. 1736 y 1770, C.C.U.); y establece un plazo de dos años para la prescripción de la acción reparatoria (art. 2562, inc. 'h').

4.1. Derecho de familia. En el ámbito del Derecho de familia y sucesorio, se vislumbró una primera influencia en la condición igualitaria de los hijos de familia, en la causa "Eusebio" de la Corte federal, sucesión en la que merecía un trato diferente un hijo extramatrimonial al que la ley confería al nacido de matrimonio; aunque en ese punto la Convención ADH hace

[24] Remitimos a nuestros comentarios sobre fallos de la Corte federal, en "La gestión pública, la libertad de prensa y un viejo fallo de la Corte federal", publicado en el sitio web de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, en 19 de julio de 2012; "Libertad de prensa, intimidad de menores, daño moral y cuestiones probatorias", de la CApel. Mercedes, Buenos Aires., del 3 de noviembre de 2012, publicado en La Ley, del 23 de noviembre de 2012; "De los apotegmas, las hipérboles y la defensa de la intimidad", del 7 de diciembre de 2012, publicado en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, de La Ley.

referencia a la necesidad de dictar una ley, que a esa fecha no se había dictado, que dispusiera la equiparación de ambas sucesiones, lo que en definitiva se hizo, modificando el art. 240, C.C., por Ley N° 23.264. Esta norma refiere que la filiación puede ser por naturaleza o por adopción y, aquella, matrimonial o extramatrimonial, confiriendo todas iguales derechos; la misma ley derogó el capítulo relativo a los derechos sucesorios de los hijos naturales.

En materia de adopción y con especial referencia al interés del niño, la Corte federal argentina, con cita de la sentencia del caso "Fornerón e hija c.Argentina", resuelta por la Corte IDH, que se trataba también de un caso de adopción y en la provincia de Entre Ríos[25], dio prioridad a los derechos sucesorios de un niño, frente a los de los padres de la tenedora, fallecida en un accidente de tránsito antes de que se promoviera el trámite de adopción. Ante su fallecimiento, un defensor oficial de Entre Ríos solicitó como medida autosatisfactiva en interés del menor, el dictado de la sentencia de adopción en favor de la fallecida, lo que así se declaró. En los autos sucesorios de la causante, el niño fue declarado único y universal heredero, que había sido tenido en guarda por la actora por espacio de dos años y medio y desde los ocho meses de vida del niño. Los padres de la causante interpusieron una acción de nulidad contra la sentencia que dispuso la adopción y contra el auto de declaratoria de herederos, en tanto el hijo así adoptado los desplazaba en los derechos sucesorios. La justicia de Entre Ríos declaró la nulidad de las sentencias dictadas. El defensor general de Entre Ríos interpuso, fuera de término, el recurso de queja por denegación del extraordinario ante la Corte federal. Previo dictamen favorable de la Procuración Fiscal ante la Corte, esta revocó la sentencia de nulidad confirmando las anteriores de adopción y declaratoria. Para así resolver, sostuvo que el interés superior del niño "*permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta*

[25] Corte IDH, caso 'Fornerón e hija c.Argentina' sentencia de 27.4.2012, Fondo, reparaciones y costas. Se invocaba allí el derecho a la protección de la familia del actor y de su hija biológica, que había sido dada en tenencia pre adoptiva por la madre, sin consentimiento del padre biológico y a quien se le había negado el derecho de visita no obstante diez años de trámites. Dijo allí que: "*que toda decisi6n estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia*".

manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (conf. Fallos: 328:2870; 331:2047 y causa N.157.XLVI, "N.N. 0 U., V. s. protección de persona", Sentencia del 12 de junio de 2012)".[26]

Sostuvo, además, que: "*los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (conf. Fallos: 328:2870 y 331:147)*". La anulación de la adopción implicaría en los hechos la desvinculación definitiva de quien lo había declarado como hijo y, además, lo había expuesto de ese modo en un testamento ológrafo. El fallecimiento temprano de la madre adoptiva, en alguna medida, ponía fin a la relación familiar con los progenitores de aquella, en un contexto de notoria confrontación de intereses, de claro contenido patrimonial.

En cuanto a la presentación extemporánea del Defensor oficial, que habilitó la intervención de la Corte federal, sostuvo que: "*dar prioridad al principio de perentoriedad de los plazos no solo resultaría contrario a razones de justicia y equidad que median en el caso, sino que además significaría frustrar los derechos que se encuentran en juego mediante una decisión excesivamente rigurosa*" (cons. 15).

En el mismo ámbito del Derecho de familia, cabe mencionar la sentencia del caso "Aloeboetoe c.Surinám", en donde la Corte IDH dio prevalencia en orden al derecho indemnizatorio por las violaciones padecidas, a la familia "natural", allí constituida por esposas y concubinas en un sistema particular de matriarcado que no corresponde al Derecho interno de Surinam, sino a la tradición de la tribu indígena (la Saramaca) que resultó afectada.

En el caso "Atala Riffo y Niñas c.Chile" (Sentencia del 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas), aborda la Corte IDH dos cuestiones: la del interés superior del niño y la discriminación fundada en las preferencias sexuales de la allí actora que, según indica el Tribunal trasnacional, fueron consideradas por la justicia chilena para dar al padre la tenencia de las hijas del matrimonio, luego de su divorcio.

[26] CS, 26.9.2012, 'Recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial de A. M. d. S. en la causa M. d. S., R. y otra s/ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos', cons. 12).

Se trata de un caso de separación de los esposos de común acuerdo, donde se acuerda a la madre la tenencia de las tres hijas del matrimonio, con un derecho de visita semanal en favor del padre en otra localidad. En determinado tiempo, la esposa comienza a vivir en el mismo domicilio que comparte con las tres niñas y un hijo de un matrimonio anterior, con otra mujer que se indica como "*compañera sentimental*" de ella. La Comisión, en su planteo ante la Corte, destacó el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala, debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas. El caso también se relaciona con la alegada inobservancia del interés supe-rior de las niñas, cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios, según lo sostiene. El dictamen de la Co-misión ante la Corte IDH fue que: "*La Comisión recomendó al Estado: i) "[r]eparar integralmente a Karen Atala y a M., V. y R. por las violaciones de derechos humanos establecidas en el […] informe, tomando en consideración su perspectiva y necesidades" y ii) "[a]doptar legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia*". La síntesis de los argumentos de la Corte IDH, que estimamos de interés, se encuentra en los párrafos que se indican seguidamente:

"*108. El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.*[27] *En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este requiere 'cuidados especiales', y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir 'medidas especiales de protección'*".

[27] Cita "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", Opinión Consultiva OC 17/2002, de 28 de agosto de 2002, Serie A Nº 17, párr. 56°, y el Preámbulo de la Convención Americana.

"*109. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia*" (énfasis añadido).[28]

"*110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el 'interés superior del niño' un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona.*[29] *El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia*" (énfasis añadido).

Concluyó en el párr. 110°, sosteniendo que:

"*La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características po-seídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños*".

---

[28] Cita un pronunciamiento de Australia, donde se sostiene que el estilo de vida de los progenitores no es relevante sin considerar sus consecuencias en el bienestar del niño; otro, de la Corte Suprema de las Filipinas, de 28 de junio de 2005, en que señala que la preferencia sexual en sí misma no es muestra de la incompetencia parental de ejercer la custodia de menores; y un tercero, de la Corte Constitucional de Sudáfrica, de 10 de septiembre de 2002, que permite la adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo por considerar que no afectará el interés superior del niño.

[29] Cita un caso resuelto por TEDH, en un caso sobre el retiro de la custodia de una menor de edad por las creencias religiosas de la madre, sin que se hubiera demostrado el impacto que tenían esas creencias en la crianza y en la vida diaria de los niños, Caso 'Palau-Martínez c.Francia' (N° 64.927/01), Sentencia de 16-12.2003, y Final, de 16.03.2004.

En el párr. 119°, aclara la Corte IDH que:

"*Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios*".

Y en cuanto a la confrontación concreta entre la situación que pudiere ser inconveniente para las niñas y la discriminación que supone ese hecho, en el párr. 121°, dice:

"*121. Por otro lado, en cuanto al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posi-ble estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un 'daño' valido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inad-misible legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. En el presente caso, el Tribunal resalta que, además, la señora Atala no tenía por qué sufrir las consecuencias de que en su comunidad presuntamente las niñas podrían haber sido discriminadas debido a su orientación sexual*" (énfasis añadido). Exponemos con cierta amplitud estas consideraciones por cuanto, como indicaremos luego, advertimos que no se tiene en cuenta "el margen de apreciación nacional", que la Convención ADH y los restantes instrumentos internacio-nales sobre derechos humanos, deben respetar en la medida en que ciertos derechos de la legis-lación interna tengan sólidos fundamentos en el orden púbico constitucional local. Cuestión que no ha sido respetada en este fallo de la Corte IDH, como ha ocurrido con otros a que habremos de referirnos brevemente. Es del caso recordar en este aspecto que, cuando el art. 75, inc. 22, CN, consigna "en las condiciones de su vigencia", necesariamente refiere a las condiciones que, al tiempo de la ratificación de la Convención, se hicieron constar; así, el 15 de agosto de 1984 por parte del Poder Ejecutivo (presidente Raúl Alfonsín), en lo que aquí interesa dice que la Convención ADH se "interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacio-nal vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella". Según especifica Badeni, en opinión que compartimos en este aspecto, y con apego al art. 18 de la Convención de

Viena sobre derechos de los tratados, la frase en "condiciones de su vigencia" "*importa una subordinación, en la tarea interpretativa del documento internacional, a la Constitución y que, la interpretación de esta última no incumbe a un tribunal internacional sino, en última instancia, a la Corte Suprema de Justicia*".[30]

En el párr. 122°, concluye en que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R.

Y en el párr. 125°, dice, en lo que interesa destacar que:

"*125. En efecto, es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas*". Dice que, de lo contrario, se corre el riesgo de fundar una decisión en un estereotipo, en una pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales. Agregó allí como precedente un fallo de la Corte Suprema de México, en donde se sostuvo que*: "La heterosexualidad no garantiza que un menor adoptado viva en condiciones óptimas para su desarrollo: esto no tiene que ver con la heterosexualidad-homosexualidad. Todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico."*[31]

Esto es cierto, pero es contrario a la Naturaleza que los hijos tengan dos padres, o dos madres; y en ausencia de una determinación previa acerca de la posibilidad de que exista cierta des-ventaja en el desarrollo del menor, no nos parece que se pueda postular, en el caso de la adopción por ejemplo, que sea indiferente lo que es contrario a la naturaleza de las cosas. Y nos llama la atención que la Corte IDH haya excluido, expresamente, al padre de las niñas, como un tercero carente de legitimación en el proceso trasnacional, aunque incorpora a sus hijas como víctimas del proceso judicial interno que epilogó en el otorgamiento de la tenencia en favor de su padre. No obstante, acepta treinta y dos (32) presentacio-

[30] BADENI, GREGORIO, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia judicial superior a la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en ¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?, XVIII Reunión conjunta de las Academias de Buenos Aires y Córdoba, Serie II, Obras, Nº 33, pág.109.

[31] Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 338°.

nes en carácter de *amicus curiae*, obviamente di-reccionadas a sostener una postulación interesada en la conclusión precedente. Lo que nuestra Corte federal dice con acierto es que, en la confrontación de intereses entre personas mayores y el interés de un menor, debe estarse en favor de lo que resulte más relevante para el interés del niño. Y esta comprobación debe hacerse en concreto, según las circunstancias de cada caso. Sin perjuicio de que este caso resuelto por la Corte IDH merecería un análisis más minucioso de los argumentos allí expuestos para juzgar que la actora fue discriminada en su aptitud para ejercer la tenencia de sus hijas en razón de su inclinación sexual, lo que no surge de las expresiones de la Corte Suprema de Chile, nos llama la atención que luego de manifestar que la sentencia no afectará a la decisión propia del derecho interno, vinculado a la tenencia, sostiene que las niñas (no ya la madre) deben ser consideradas "víctimas" (párr. 70° de la Sentencia, y párrs. 150°, 161°), en razón de padecer discriminación en función de que sus padres lo hayan sido (155. "*Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia de la orientación sexual de la misma. Por tanto, la Corte concluye que se vulneró el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R.*".

Es interesantísimo el voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez, en tanto vota en forma negativa el punto 4, al estimar que no es necesario ni prudente declarar una violación del art. 17 (protección de la familia), que pudiera tomarse como un pronunciamiento implícito sobre la interpretación de las distintas disposiciones de dicho art.[32] Se hace allí una relación extensa del concepto de familia, tanto en los códigos civiles americanos, cuanto en los estados que componen la Unión Europea, en donde seis de ellos autorizan el matrimonio de personas del mismo sexo; lo determinante es que el concepto de familia no encierra un contenido cerrado, sino extensivo, en los estados y aún en distintas

[32] "Art. 17. Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención".

regiones del mismo estado. El art. 12 del Convenio Europeo dice: "*Art. 12.- Derecho a contraer matrimonio. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho*". No obstante la evolución que la jurisprudencia del TEDH ha tenido, mantiene la consideración de que los estados parte en la Unión tienen derecho a determinar el momento en que estimen adecuado introducir una equiparación de la igualdad de sexos en la formación de la familia; en palabras del TEDH: "*los derechos están en evolución y no hay un consenso establecido*", de modo que "*los Estados deben gozar también de un margen de apreciación en cuanto a la fecha en que introducen los cambios legislativos*" (párr. 105°, caso "Schalk y Kopf c.Austria", Sentencia del 24 de julio de 2010; cita del juez Pérez Pérez). Y también, consideró que "*una pareja del mismo sexo que cohabita y vive en una unión de hecho estable, está comprendida en la noción de 'vida familiar', como lo estaría una relación de una pareja de sexos opuestos en la misma situación*" (párr. 94°). El juez Pérez Pérez sostiene como conclusión de su voto parcialmente disidente respecto del tema de la protección de la familia, que se trata de un supuesto en donde debe reconocerse un "*margen de apreciación nacional*" sobre el contenido de la familia y la extensión de la protección que cada Estado quiera brindar.

La previsión de lo que debe entenderse por familia, que en el caso del C.C.U. no ha sido definida, como tampoco lo que debe entenderse por "familia de origen", "familia ampliada" y "orden familiar" debiera quedar a consideración del Estado, de conformidad a su propio desarrollo cultural, social e idiosincrasia. La Constitución de Chile dice: "*Art. 1.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la po-*

blación y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

Así, el art. 102 del Código Civil de Chile dice: "*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente*". De allí que, siguiendo los antecedentes del TEDH, además de no parecernos que la sentencia de la Corte Suprema de Chile haya adoptado su decisión de confirmar la tenencia de las menores en poder del padre, según la orientación sexual de la esposa, su adecuación del derecho interno en el sentido pretendido por el fallo de la Corte IDH ("Atala Riffo"), va más allá del compromiso y garantía de no discriminación (art. 24, Convención ADH), en el caso, por motivo de la inclinación sexual de una de las partes del matrimonio, establecida en la Convención ADH. Especialmente cuando la propia Corte IDH sostiene en el párr. 292° del fallo que "*Además, dado que debe existir un nexo causal entre los hechos analizados por el Tribunal, las violaciones declaradas anteriormente y el presunto lucro cesante (/supra /párrs. 287° y 291°), la Corte reitera que no le corresponde realizar una ponderación de la prueba obrante en el expediente de tuición del presente caso referente a cuál de los padres de las tres niñas ofrecía un mejor hogar para las mismas*". No advertimos cómo, en ausencia de tan relevante prueba, puede determinar la Corte que solo fue la inclinación sexual de la madre de las niñas, la causa de la pérdida de su tenencia. Baste aquí recordar que en la introducción de la causa por la Comisión, esta expuso conforme a sus conclusiones en el informe de fondo (arts. 50 y 51), que Chile "*violó el derecho de Karen Atala a vivir libre de discriminación consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento*". Asimismo, sostuvo que: "*vulneró los derechos consagrados en los artículos 11 (2), 17 (1), 17 (4), 19, y 8 (1) y 25 (1) de la Convención Americana en relación con el artículo 1 (1) del mismo instrumento, en perjuicio de las personas mencionadas en las secciones respectivas*". La Comisión recomendó al Estado: i) "*[r]eparar integralmente a Karen Atala y a M., V. y R. por las violaciones de derechos humanos establecidas en el […] informe, tomando en consideración su perspectiva y ne-*

cesidades" y ii) "[a]doptar legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia" (sic, entre otras recomendaciones).

La Corte IDH concluyó declarando que la Republica de Chile había violado el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la vida privada, el derecho a la formación de la familia de la peticionaria, y el derecho a ser oídas de las hijas y, entre otras, la violación a la garantía de imparcialidad de la Corte Suprema y del Juzgado de Villarica, donde tramitó el juicio de tenencia de las menores. Debe recordarse que la Corte IDH asume facultades de ampliar la nómina de los afectados y que no se encuentra ligada por las opiniones de la Comisión y de las partes, resolviendo sobre la adecuación de lo decidido en el derecho interno con la Convención ADH. Su ámbito de competencia material, como veremos luego, se agota en determinar la confrontación entre el derecho interno aplicado en el caso y la Convención.

La Corte federal argentina, en una causa de divorcio, "L. del C. P de la S c. G. E. P.", con cita del expediente 'S. C. s/adopción' (*CS, Fallos 328:2870*), efectuó precisiones sobre el alcance del interés superior del niño. Los hechos del caso fueron como sigue: la señora L. del C. P. de la S. inició el juicio de divorcio contra su esposo; al contestar la demanda, el emplazado reconvino por las causales de adulterio, abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves. En lo que interesa, sostuvo que no obstante haber reconocido voluntariamente como hija a A. M. nacida en el año 1995, la niña no habría sido concebida en el seno del matrimonio. A fin de acreditar ese hecho, ofreció la realización de la prueba de ADN por el Cuerpo Médico Forense. La medida mereció la oposición de la esposa y de la señora Defensora de Menores ante la alzada, sin perjuicio de lo cual la cámara confirmó la decisión de grado que entendió procedente la producción de la prueba. Arribada la causa a la Corte federal, la mayoría, por los votos de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, sostuvo que "*la regla del artículo 3.1 de la CDN que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos. Por lo*

tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto" (énfasis añadido).

Recuerda que la directriz establecida por la Corte "*ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es la obligación del tribunal de dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la forma-ción de su personalidad, lo que obsta justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas*" (énfasis añadido); ese carácter tenía la aplicación del principio de amplitud probatoria o el derecho a conocer el dato biológico, sino saber que para la niña "*ello redundaría en un beneficio más que en un perjuicio*"; y que en la medida que implicara un "trauma" para la niña debía "*demostrarse que no llevarla a cabo le causaría un daño mayor o más grave*". Y aunque la prueba de ADN no implicara para la menor modificar su actual emplazamiento filiatorio, conocer un eventual origen diverso podía "*provocar consecuencias psicofísicas sobre su persona, que pueden ser tanto positivas como negativas*". Sostuvo que lo que debieron hacer los jueces no era invocar el derecho personalísimo de la menor a conocer su origen, sino "*que se trataba de una prueba que además de beneficiar al progenitor favorecía el interés superior de la niña*" (énfasis añadido).

La interpretación del art. 3.1 de la CDN compromete la inteligencia del art. 321, inc. i, del Código Civil: "*321. En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas*": Inc. 'i': "*El juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor*".

Conviene repasar las actuales previsiones del CCU. El art. 539, en su párr. 1°, dice: "*529.- Concepto y terminología. Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad*".

El art. 595, C.C.U. pone en primer lugar el interés superior del niño como requisitos a considerar en materia de adopción, que en el art. 321, C.C. estaba en el último (inc. 'i'). Dice: "*Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño*".

Luego, el art. 602, C.C.U. estatuye que pueden adoptar las personas casadas o en unión convivencial "*solo si lo hacen conjuntamente*"; pero

esta regla es alterada en el art. siguiente (603), que autoriza la adopción unipersonal si el cónyuge o conviviente ha sido declarado incapaz o con capacidad reducida, y si están separados de hecho. Las uniones convivenciales, así como el matrimonio, son permitidas entre personas del mismo sexo (arts. 402 y 509, C.C.U.), de modo que el principio de libertad e igualdad de los sexos ha quedado también plasmado en el caso del matrimonio, lo que a nuestro juicio compromete seriamente la institución del matrimonio, la familia y, a veces, el interés superior del niño cuando se lo invoca para justificar la procedencia de las técnicas de fertilización asistida. Como dice Vélez en la nota al Título I, "Del matrimonio", de la Sección Segunda, "De los derechos personales en las relaciones de familia", "*El matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada*", y aunque no se indicaba allí la exigencia de la distinción de sexo en los contrayentes, figuraba entre los impedimentos para celebrarlo (art. 166, inc. 5, C.C.: "*Tener la mujer menos de dieciséis años y el hombre menos de dieciocho años*"; que se redujo luego en la Ley de matrimonio civil (Ley N° 2393, art. 9, inc. 4: "*Son impedimentos para el matrimonio: 4. No tener la mujer doce años cumplidos y el hombre catorce*"). En el art. 403, C.C.U., en el inc. 'f', solo dice: "*tener menos de DIECIOCHO (18) años*"; no hay, pues, distinción alguna en materia de sexo.

4.2. Cuestiones de responsabilidad civil. En orden a la responsabilidad civil del Estado por la violación a sus obligaciones de garantía de respeto de los derechos humanos reconocidos, es de interés mencionar que la Corte IDH ha limitado esa responsabilidad a los supuestos en que, efectivamente, pueda reprocharse al Estado una omisión; en palabras de la Corte IDH, estará supeditado "*al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo*" (caso "Luna López c.Honduras", Sentencia Nº 269, de 10 de octubre de 2013, Fondo, Reparaciones y Costas, párr.. 120). Es decir, se sostiene en la necesidad de que se acredite la relación de causalidad entre la omisión y el daño. Es de interés el voto del juez Lorenzetti en el fallo de la causa "Gómez, Mario Félix c.Vicov" (CS, 17.3.2009, cons. 5), en que hace referencia al término "seguridad" incorporado en el art. 42, C.N., vinculado a la relación de

consumo, entendido como "*un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente, se vinculen con la vida o la salud de las personas*".[33]

En este mismo ámbito de la responsabilidad civil, la Corte IDH ha ampliado los medios de reparación, agregando a sus precedentes sustentados en la práctica del derecho internacional (restitutio in integrum, equivalente al principio de la "reparación integral"), otras formas. Como ha sostenido el juez de la Corte IDH, Diego García-Sayán: "*Se distingue la Corte del Tribunal Europeo de derechos Humanos por el abanico de componentes en las reparaciones y su proceso de supervisión que es su nota característica. Como ejemplos se cita al reconocimiento de responsabilidad; el pedido de perdón; los homenajes o becas, programas de salud o vivienda para víctimas. También se menciona las medidas de no repetición que son un componente fundamental que suponen cambios normativos, cambios institucionales (incluso administrativos, como en Nicaragua)*".[34] En cuanto a la influencia de las sentencias de la Corte IDH en el derecho interno de los países, tomamos como de interés la constatación que el mismo efectúa de que en mérito de esas sentencias, 39 personas han sido condenadas por violaciones de derechos humanos, en procesos penales que habían sido activados en virtud de las citadas sentencias. Destaca allí el presidente de la Corte IDH que ello ha ocurrido en los 25 años de existencia del Tribunal america-no, en tanto, sostiene, en 10 años de existencia de la Corte Penal Internacional, solo ha condenado a una persona. En cuanto a los legitimados, a partir, según creemos, del caso "Blake c.Guatemala" (Sentencia Nº 48, de 22 de enero de 1999, Reparaciones, párr. 38), se consolida el concepto de "parte lesionada" incorporando a los familiares de la víctima, sobre la base de un derecho propio a la reparación aunque no se hubiere invocado ni acreditado que, con motivo del

[33] El caso estaba referido a la responsabilidad del concesionario por los daños resultantes al usuario de la ruta concesionada, por la existencia en la vía de un animal. El voto remite a los votos del mismo juez en las causas 'Ferreyra, c.VICOV', *Fallos 329:646*, 'Caja de Seguros S.A. c.Caminos del Atlántico', *Fallos 329:695*, ambos del 21.3.2006, 'Basualdo c.Empresa Virgen de Itatí', 28.3.2006, *Fallos 329:879*, y 'Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c.provincia de Buenos Aires y Camino del Atlántico, del 7.11.2006, voto de la mayoría, *Fallos 329:4944*. Véase también, CS, *Fallos 331:819; 333:203 y 335:527*.

[34] En ocasión del "Seminario Internacional Diálogo jurisprudencial en impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Ciudad de México, 11 de octubre 2013.

fallecimiento, hubie-ran padecido una pérdida económica o estuvieren en relación de dependencia del fallecido. En igual sentido, se ha pronunciado la Corte IDH en el Caso "Baldeón García c.Perú" (Sentencia de 6 de abril de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 128°).[35]

Y en orden al alcance cuantitativo de la reparación, sostiene que la "justa indemnización", que postula el art. 63 de la Convención ADH, apunta a la estricta reparación del daño padecido ("hacer desaparecer los efectos de la violación cometida") y no tiene carácter ejemplarizador ni disuasivo (caso "Velásquez Rodríguez" y "Godínez Cruz", ambos contra Honduras, citados en el caso "Garrido y Baigorria c.Argentina", Sentencia Nº 39, de 27 de agosto de 1998, Reparaciones, párr. 43).

En cuanto al daño moral, la Corte IDH había incorporado en favor de los familiares de las víctimas, el daño moral padecido por el fallecido en ocasión de las violaciones de sus derechos; sostuvo que: "*es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a tratamientos crueles y a suplicio experimente un perjuicio moral*" lo que no requiere prueba. En la citada causa "Garrido y Baigorria c.Argentina", sostuvo que: "*La Corte ha indicado, y lo reitera ahora (Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones supra 40, párr. 54; cfr.: Caso El Amparo, Reparaciones, supra 40, párrs. 43 y 46; Caso Neira Alegría y otros, Reparaciones, supra 40, párrs. 63 y 65 y Caso Caballero y Santana, Reparaciones, supra 40, párrs. 60 y 61), que el derecho a la indemnización por los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte se transmite por sucesión a sus herederos. Por el contrario, los daños provocados por la muerte a los familiares de la víctima o a terceros pueden ser reclamados fundándose en un derecho propio*" (párr. 50°).[36] Este criterio había tenido consagración jurisprudencial en

[35] "*Esta Corte ha señalado que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En esta línea, la Corte ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas con motivo del sufrimiento adicional que estos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos", con cita de Caso 'López Álvarez', párr. 119°; Caso 'Gómez Palomino', párr. 60°; y Caso de la 'Masacre de Mapiripán', párrs. 144° y 146°.*

[36] Corte IDH, Caso 'Castillo Páez'. Reparaciones, párr. 59°: *La Corte ha indicado, y lo reitera ahora, que el derecho a la indemnización por los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte se transmite por sucesión a sus herederos. Por el contrario, los daños provocados a los familiares de la víctima o a terceros por su muerte pueden ser reclamados fundándose en un derecho propio*" (Caso 'Aloe-

la causa "Fabricattore c.Servicios Sociales Bancarios", resuelta por la CNCiv., sala D. Sin embargo, no ha sido incorporado en el haber indemnizatorio regulado en el C.C.U., cuyo art. 1737, relativo a la indemnización del daño no patrimonial, en su segundo párrafo, dispone: "*La acción solo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por este*". Esta disposición deberá ser revisada por los jueces, pues no podrá sortear el control de convencionalidad. En especial, cuando los arts. 1 y 2, C.C.U., expresamente establecen que en la interpretación de las leyes han de ponderarse los tratados de derechos humanos. Nosotros sostuvimos aquel criterio, entre otros casos, en "Heimpel Garnica c.Provincia del Chubut", con fallo adverso del STJ. A 22 años del suceso inicial, todavía no hay decisión definitiva sobre la liquidación en proceso de ejecución de sentencia. La justicia provincial no se caracteriza por satisfacer el requisito del plazo razonable, entre otras en que campea su notoria arbitrariedad.

Otro efecto del Derecho internacional de los DD.HH. es el referido a los supuestos de reparaciones colectivas e igualitarias, de carácter administrativo, otorgadas a sujetos afectados por determinadas conductas estatales, como en el caso de la tortura o de exiliados políticos que, a menudo, imponen la renuncia a otras acciones. La Corte IDH ha establecido que tales reparaciones no deben impedir "*a las víctimas el ejercicio de acciones jurisdiccionales en reclamo de medidas de reparación*". Dice la Corte que: "*los programas administrativos de reparación u otras medidas o acciones normativas o de otro carácter que coexistan con los mismos, no pueden generar una obstrucción a la posibilidad de que las víctimas, de conformidad a los derechos a las garantías y protección judiciales, interpongan acciones en reclamo de reparaciones. Dada esta relación entre programas administrativos de reparación y la posibilidad de interponer acciones en reclamo de reparaciones*" (Caso "García Lucero y Otras c.Chile", Sentencia de 28 de agosto de 2013, Excepción preliminar, Fondo y Reparaciones, párr. 190°).

---

boetoe y otros', Reparaciones, sentencia de 10.9.1993, párr. 54°; Caso 'El Amparo', Reparaciones, sentencia de 14.9.1996, párrs. 43° y 46°; Caso 'Neira Alegría y otros', Reparaciones, sentencia de 19.9.1996, párrs. 63° y 65°; Caso 'Caballero Delgado y Santana', Reparaciones, sentencia de 29.1.1997, párrs. 60° y 61° y Caso 'Garrido y Baigorria', Reparaciones, sentencia de 27.8.1998, párr. 50°).

4.3. Otras consecuencias. Algunas consecuencias necesarias en el ámbito del derecho público y con trascendencia en el derecho privado, es el cambio en el objeto del proceso o materia de la controversia. En 'Cesti Hurtado c. Perú` se sostuvo: Con relación al principio de cosa juzgada y su irrevisibilidad, invocado por Perú, la Corte dijo: "…*que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (...). En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. En el presente caso, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si la supuesta víctima violó la Ley peruana (ya sea ésta la ordinaria o la militar), sino si el Perú ha violado las obligaciones internacionales que contrajo al constituirse en Estado Parte en la Convención Americana*" (sentencia sobre el fondo, Serie C Nº 56, del 29 de septiembre de 1999, párr. 47°).

En cuanto al deber de los Estados de adecuar su legislación interna a las obligaciones derivadas de la Convención, establecido en el art. 2, la Corte IDH la indica como una obligación positiva; se trata de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos y la de no expedir leyes que los desconozcan, como la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances; lo resolvió así, entre otros, en el caso "Fermín Ramírez c.Guatemala", imponiéndole allí modificar el Código Penal, en cuanto se refiere a la "peligrosidad" del imputado en la determinación tanto de la pena cuanto al régimen de la prisión preventiva (en similar sentido, caso "Caesar", párr. 91°; y caso "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros", párr. 113°). En el primero, le impuso también a Guatemala adoptar en un plazo razonable medidas legislativas y administrativas para establecer un procedimiento que garantice que toda persona condenada a muerte tenga derecho a solicitar indulto o conmutación de la pena, y que no se ejecute la pena estando pendiente la decisión sobre el indulto o la conmutación solicitados.

Con relación al contenido del derecho interno, sobre el que influyen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, es menester formular algunas reflexiones.

Ha dicho la Corte federal que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino -una

vez asegurados los principios de derecho público constitucional- asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria (CS, 7.07.1993, *Fallos 316:1669*).

Sobre la base de esta afirmación de nuestra Corte federal, aunque es anterior a la reforma constitucional de 1994, es menester, a nuestro honrado juicio, en la tarea de aplicación e interpretación de las disposiciones de los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad (CS, 3.05.2005, *Fallos 328:1146*), determinar la prioridad de rango que se asigna a los tratados según el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, frente a ciertos principios de derecho público constitucional. Así, la significación que el derecho a la protección de la vida "desde la concepción", implica un límite como principio de interpretación constitucional frente a la más limitada que surge de la interpretación de la Corte IDH, por ejemplo, en la sentencia del caso "Artavia Murillo c.Costa Rica", la que es citada por encumbrada doctrina próxima al C.C.U., para sostener que un embrión humano, mientras no sea implantado "*no tiene derecho a la vida ni es persona*". La reserva de interpretación efectuada por la República al tiempo de la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño, implica, a nuestro entender, un estándar jurídico, sostenido en aquilatada y añosa legislación interna (Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield), doctrina y jurisprudencia uniforme (CS, "Portal de Belén"), que no admite su derogación por aplicación de los tratados e instrumentos internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22, de la CN. Los fundamentos de esta afirmación son los siguientes:

En el Preámbulo de la Convención Americana se sostiene que la protección internacional es "*de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria* ***de la que ofrece el derecho interno*** *de los Estados americanos*". En el instrumento "La Expresión 'Leyes", en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6, párr. 26°, la Corte IDH, por unanimidad repite, prácticamente, la definición de Santo Tomás; dice que: "*la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los*

Estados Partes para la formación de las leyes". En el párr. 27°, dice que la expresión "leyes", "*no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado*".

Ese art. 30 establece: "*Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*".

Esta disposición debe correlacionarse con el art. 29, de la misma, que impide la interpreta-ción de un derecho reconocido en la Convención en perjuicio de un derecho de mayor amplitud, contenido en el derecho interno ("*Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: … b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Es-tados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*").

Como sostuvo el ex juez de la Corte IDH, Juan Silva Meza, "*A veces la mejor protección puede derivar de una norma de derecho interno. La nueva tarea de los jueces consiste en extraer lo mejor de cada ordenamiento para encontrar un equilibrio normativo*".

En la parte final de su voto concurrente, el juez Eduardo Vio Grossi (en la Sentencia del caso "Gelman c.Uruguay", de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones), sostuvo que no es función de la Corte IDH crear derecho, sino "*interpretar el sentido y alcance del establecido por una fuente autónoma, sea tratado, costumbre, principio general de derecho o acto jurídico unilateral*" vigente para el Estado parte de la pertinente causa. Cita el art. 38.1.d. del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. "*1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: ...d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59*".

En el caso "Gelman c.Uruguay" antes citado, la Corte IDH declaró que: "*son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de*

prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (párr. 225°).[37]

Sostuvo que las leyes de amnistía, "*en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José, pues infringen lo dispuesto por sus artículos 1.1.y 2, es decir, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes, obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional ellas carecen de efectos jurídicos*" (párr. 226°).[38]

Estas conclusiones, en la medida que no hayan impedido la investigación de los hechos aberrantes que en ellas se refiere, dista, a nuestro entender, de los casos de aplicación del instituto del indulto. Encontramos otro fundamento -para dar preeminencia al derecho púbico interno- en el ilustrado voto del juez Fayt en la causa "Mazzeo", que se funda en el art. 27 de la CN. Dice el citado juez sobre el art. 27 de la Ley Fundamental:

"*Al respecto, se recordó que en el sistema constitucional argentino dicha cláusula determina que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución y que sus alcances fueron motivo de examen en el seno de la*

[37] Cita el caso 'Barrios Altos c. Perú', Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; caso 'De la Masacre de las Dos Erres', párr. 129, y caso 'Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)', párr. 171.

[38] Cita las opiniones concordantes de la SCJ de Colombia:' las normas relativas a los derechos humanos son inderogables, imperativas [...] e indisponibles'. La Corte Constitucional de Colombia. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia 24-97/21-98, de 26 de septiembre de 2000. Corte Suprema de Justicia de la Republica de Honduras, autos caratulados - "RI20-99 - Inconstitucionalidad del Decreto Número 199-87 y del Decreto Número 87-91", 27 de junio de 2000. La Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Caso de' Nibia Sabalsagaray Curutchet'.

Convención del Estado de Buenos Aires, reunida en 1860, según el Pacto de San José de Flores. Con cita de Joaquín V. González se señaló que el artículo en cuestión consagraba la supremacía de los principios constitucionales y que de él provenía la 'cláusula constitucional' o 'fórmula argentina' expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 y que por ello, un tratado no podía, entre otras limitaciones, restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos (disidencias del juez Fayt en los fallos "Arancibia Clavel" y "Simón")" (cons. 11 de su voto).

Además, ha de entenderse lo que el propio art. 75, inc. 22, CN, que da jerarquía a los tratados que allí menciona y los que luego se incorporen, establece, que "*no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*".

En el considerando 13 de su voto, el juez Fayt hace referencia a "*lo que se denomina un "margen nacional de apreciación", doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. OC 4/84 Serie A, N° 4, del 19 de enero de 1984). Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional*" (sic, y cita doctrina).

En el considerando 14, a modo de conclusión, sostuvo el doctor Fayt que "*la vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el nullum crimen nulla poena sine lege praevia es innegablemente un principio de derecho público establecido en esta Constitución (art. 18 de la Constitución Nacional), quizá uno de sus más valiosos (conf. Fallos: 136:200; 237:636; 275:89; 298:717)*".

El art. 27, CN, dice: "*El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*".

María Angélica Gelli, luego de relacionar la "política de puertas abiertas" que traduce el Preámbulo y la parte dogmática de la Constitución, y que esa política se traduce en la relación con otros estados a través de los tratados, señala que "*los tratados que se celebren deben respetar -es decir, sujetarse, subordinarse- al derecho público de la Constitución, lo que significa a toda la Constitución*"; sostiene que esta sujeción al orden público constitucional fue aceptado por los constituyentes de 1994, pero opina, sin embargo, que quedaron fuera de esa interpretación los tratados mencionados en el art. 75, inc. 22, CN, a los que se les reconoció jerarquía constitucional. Recuerda que en la causa "Fibraca Constructora S.C.A. c.Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" (CS, 1993, *Fallos 316:1669*), la Corte federal sostuvo que en aplicación del art. 27 de la Convención de Viena, que veda oponer a un tratado el derecho interno, los órganos del Estado argentino -una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales- deben asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria, con lo que sin referirse al art. 27, CN, lo estaba aplicando. Según la disidencia de los jueces Belluscio y Fayt, en el fallo de "Arancibia Clavel", los tratados de derechos humanos estarían en un segundo orden de jerarquía, y habría que armonizar con los derechos y garantías de la Constitución.

En el considerando 16 de su voto, el juez Fayt, recuerda el fallo de la Corte federal en "Cafés La Virginia", posterior a la reforma constitucional de 1994, sosteniendo que en dicho caso (*Fallos 317:1282) "se subrayó que el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino asegurar primacía a los tratados sobre una norma interna contraria, señalándose, a su vez, que el principio de supremacía de los tratados sobre las leyes internas deriva de los arts. 31 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Sin embargo la primacía del Derecho Internacional no comprendía a la propia Constitución Nacional. La postura contraria (tal como se precisó en los precedentes 'Arancibia Clavel' y 'Simón', disidencias del juez Fayt, resulta totalmente inaceptable en el sistema constitucional argentino*". Y ello es un corolario del sistema rígido que se exige para la reforma de la Constitución.

A modo de síntesis y con relación a la inconstitucionalidad del indulto del Decreto N° 1002/89 de que trata el fallo, el juez Fayt sostuvo: "*No se comprende, entonces, como el a quo puede determinar con tanta li-*

viandad que el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad tiene carácter ius cogens, máxime si se tiene en cuenta que para un importante y autorizado sector de internacionalistas, no resulta nada claro que aquél sea un principio general del derecho internacional, ni por fuente convencional, ni por fuente consuetudinaria" (cons. 22). Y recuerda que en la causa "Mercedes Aquino" (Fallos 315:2421), con la misma composición que en la causa "Riveros" (CS, diciembre de 1990, Fallos 313:1392), la Corte federal declaró expresamente la constitucionalidad del Decreto N° 1002/89 (en rigor, al rechazar el recurso por vicios formales, y con el voto expreso de los jueces Oyhanarte y Petracchi, que declararon la constitucionalidad del Decreto N° 1002/89).

Pensamos que esta discusión se va a agravar en perjuicio de la opinión minoritaria, aunque considero un verdadero escándalo jurídico que, en una misma causa ("Mazzeo y otros", que incluye a Riveros), la propia Corte federal haya declarado constitucional el sobreseimiento fundado en el decreto de indulto y aceptado la vigencia de la cosa juzgada y, luego, la mayoría de la Corte lo declare inconstitucional. En primer lugar, abandona la Corte federal un fallo señero, en el que sostuvo:

"*La contradicción de criterios entre pronunciamientos sucesivamente dictados en una misma causa no se compadece con la adecuada prestación del servicio de justicia, ya que la coherencia, que determina la validez lógica de cualquier expresión significativa, es particularmente exigible a los actos judiciales, entre otras razones, para evitar la perplejidad de los litigantes*" (CS, 5.3.1985, "Juan Sebastián Luna c.Ferrocarriles Argentinos", Fallos 307:146, considerando 14).

Además del carácter irrevocable de la cosa juzgada, incorporada al patrimonio del beneficiado por ella, sostenida por la Corte federal[39], re-

[39] CS, 27.12.1996, 'Chocobar, Sixto C. c.Caja Nac. de previsión para el personal del Estado y Servicios Públicos', considerando 45: "*el respeto de la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y, por ello, no es susceptible de alteración ni aún por invocación de leyes de orden público -tal el caso de la norma sub examen-, toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior" (Fallos 307:1289; 308:139; 311:651 y 2058; 312:122; CS, 1.3.94, 'Roccatagliata, Oscar Juan Lorenzo c.Instituto Municipal de Previsión Social /IMPS', Fallos 317:161; la "alteración de los derechos adquiridos que las leyes puedan llegar a disponer para asegurar el bien común, no puede alcanzar a la inmutabilidad de la cosa juzgada*" (Fallos 307:1269).

sulta contundente otro argumento utilizado por la juez Argibay en su voto en disidencia en la causa "Mazzeo"; tal, que nunca habrá estabilidad en la cosa juzgada en tanto los mismos u otros jueces entiendan que se han modificado las circunstancias, principios o razones que se tuvieron en cuenta para dictar el fallo. En sus palabras: "el carácter final de las decisiones que estamos tomando vendría a significar apenas más que nada, pues solo sería respetado por los jueces futuros en la medida que fueran compartidas por ellos" (cons. 6 de su voto).

Otro pronunciamiento desatendido es el criterio sostenido en "Mattei", en donde se postula el derecho del imputado a definir su situación frente a la sociedad y frente a la ley.

Y, por fin, otro, en "F.A.L.", donde la Corte aconseja "privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal" (Fallos 331:858, considerando 6 y 329:2265; CS, 13.3.2012, considerando 17).

En cuanto al alcance de la Competencia material de la Corte IDH, es relevante citar el caso "19 Comerciantes c.Colombia" (sentencia de 12 de junio de 2002. Excepción Preliminar), y sus citas. Se trata del asesinato de 19 comerciantes por parte de un grupo paramilitar que actuaba en coordinación con el Ejército, en proximidades del municipio de Boyacá, Colombia, en octubre de 1987. Luego del homicidio, fueron desfigurados para evitar su reconocimiento.

Sostuvo la Corte IDH que:

"27. La Corte reitera el criterio seguido en su jurisprudencia constante[40], en el sentido de que en el ejercicio de su competencia contenciosa, está facultada "para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de [la] Convención" (art. 62.3). Los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte

[40] Caso 'Constantine y otros', Excepciones Preliminares. Sentencia Nº 82, de 1.09.2001, párr. 71°; Caso 'Benjamín y otros', Excepciones Preliminares. Sentencia Nº 81, de 1.09.2001, párr. 71°; Caso 'Hilaire', Excepciones Preliminares. Sentencia Nº 80, de 1.09.2001, párr. 80°; Caso 'Las Palmeras', Excepciones Preliminares. Sentencia Nº 67, de 4.02.2000, párr. 32°; Caso 'Cesti Hurtado', Excepciones Preliminares. Sentencia Nº 49, de 26.01.1999, párrs. 44° y 52°; Caso 'Cantoral Benavides', Excepciones Preliminares. Sentencia Nº 40, de 3.09. 1998, 46; Caso 'Godínez Cruz', Excepciones Preliminares. Sentencia Nº 3, de 26.06.1987. párr. 32°; Caso 'Fairén Garbi y Solís Corrales', Excepciones Preliminares. Sentencia Nº 2 de 26.06.1987, párr. 34°; y Caso 'Velásquez Rodríguez c.Honduras', Excepciones Preliminares. Sentencia Nº 1, de 26.06.1987. párr. 29°.

ejerce una jurisdicción plena sobre todas las cuestiones relativas a un caso. Ella es competente, por lo tanto, para decidir si se ha producido una violación a alguno de los derechos y libertades reconocidos por la Conven-ción y para adoptar las disposiciones apropiadas derivadas de semejante situación; pero lo es igualmente para juzgar sobre los presupuestos procesales en que se fundamenta su posibilidad de conocer del caso y para verificar el cumplimiento de toda norma de procedimiento en la que esté envuelta la "interpretación o aplicación de [la] Convención". En el ejercicio de esas atribuciones la Corte no está vinculada con lo que previamente haya decidido la Comisión, sino que está habilitada para sentenciar libremente, de acuerdo con su propia apreciación".

Nos parece adecuado mencionar aquí que la competencia material de la Corte IDH, según el art. 63 de la Convención ADH, se agota, luego de determinar la contradicción del derecho nacional con los derechos y garantías de la Convención, en disponer la reparación del derecho conculcado, exigir su respeto por el Estado y establecer una indemnización. En modo alguno, la Corte IDH apa-rece facultada a imponer, con carácter de ley, las consecuencias de su sentencia dictada en un caso particular a una generalidad de situaciones. Ello no implica desconocer la utilidad, en el orden jurídico interno, de que la jurisprudencia de la Corte IDH sirva de guía en los pronunciamientos judiciales. Aunque la propia convención impone la obligación de los estados de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención ADH, aparece como un verdadero exceso la pretensión de que un Estado parte adopte, reconozca o incorpore a su sistema normativo interno, una convención determinada, tal como hizo en la sentencia de "Barrios Altos c.Perú", en que "impuso" a Perú iniciar los procedimientos para la ratificación de la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad (Sentencia de 14.03.2001). En concreto, una pauta o "guía" de interpretación no supone, necesariamente, la imposición de una reforma legislativa.

4.4. Actos y omisiones de órganos del Estado de cualquier nivel. Dice la Corte IDH: "*140. Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cual-*

quier poder, órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados. Además, la Corte ha considerado que "un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención" (Corte IDH, caso "19 Comerciantes c.Colombia", Sentencia de 12 de junio de 2002, Excepción Preliminar, párr. 140°; énfasis añadido). La responsabilidad por las omisiones de los departamentos del Estado, ya había sido abordada por la Corte federal en el caso "Ekmekdjian c.Sofovich", en que sostuvo que la violación de un tratado puede acaecer tanto, mediante normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento; ambas son contradictorias con la previa ratificación (CS, 7.7.1992, "Ekmekdjian, Miguel Angel c.Sofovich, Gerardo y otros s.Amparo"). Lo repite en el considerando 19, sosteniendo que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Ley N° 19.805, en vigor desde el 27.1.1980), impone asignar primacía al tratado ante un "eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones" que equivalgan al incumplimiento; previniendo la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos. La Corte debe "velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente" (énfasis añadido).

4.5. Un supuesto de colisión de derechos esenciales. Queremos hacer una breve referencia al fallo de la Corte IDH, en el caso "Artavia Murillo", que ya mereció un examen crítico de nuestra parte y al que en razón de brevedad remitimos.[41] Sostiene la Corte IDH, con cita del TEDH, que "*se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana[, pero l]a potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona […] requiere protección en el nombre de*

[41] "Las perplejidades de los Derechos Humanos", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, acaderc@org.ar.

la dignidad humana, sin hacerlo una 'persona' con el 'derecho a la vida'" (sic, del resumen oficial; énfasis añadido ahora). Como sostuvimos en el artículo citado, no concebimos, porque tampoco lo permite el lenguaje jurídico, postular la "dignidad" de una cosa, carácter que el embrión asume al no ser considerado "persona". Esa postura del Tribunal era contraria al derecho interno de Costa Rica, que había declarado inconstitucional a las prácticas de fertilización asistida en la medida que implicaban la destrucción de los embriones no utilizados; el art. 2 del Código de la Niñez y de la Adolescencia de Costa Rica, establece que: "*Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho*" (sic, 1° párr.); y el art. 3 es contundente: "*Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Código se aplicarán a toda persona menor de edad, sin distinción alguna, independientemente de la etnia, la cultura, el género, el idioma, la religión, la ideología, la nacionalidad o cualquier otra condición propia, de su padre, madre, representantes legales o personas encargadas. Los derechos y las garantías de este grupo son de interés público, irrenunciables e intransigibles*" (sic, remarcado añadido). Es igualmente contrario al derecho positivo argentino (donde incluimos al art. 33, CN, que según doctrina pacífica protege la vida humana), donde la persona por nacer ("desde la concepción") es "persona" y, como tal, se le reconoce capacidad de adquirir ciertos derechos[42] (sucesorios, por ejemplo) que hace suyos definitivamente con el nacimiento con vida, aunque fuere un instante luego de la separación del seno materno (art. 64, C.C.: "*Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia"). Como expresaba Vélez Sarsfield en la nota al art. 63, C.C.: "Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar*" (sic).[43] Para nosotros,

[42] *Art. 70, CC: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre". El art. 74, CC, agrega: "Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido".*

[43] Recordamos a Borges: "Si el nombre es el arquetipo de la cosa, en el nombre de rosa está la rosa y todo el Nilo en la palabra Nilo".

vida humana, personalidad y dignidad es una tríada indisoluble e instantánea desde que se produce la unión del óvulo y el espermatozoide; como dijo el Premio Nobel de Biología Jean Rostand, citado en la causa "Portal de Belén", de la Corte federal: "*existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades*".[44]

Además del contundente fundamento del art. 29 de la Convención ADH, el art. 41 de la Convención DN, invocado por Argentina en su ley de aprobación, expresa que: "*Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado*" (sic). Tampoco es cierta la afirmación de la Corte IDH que el derecho latino americano no contempla el derecho a la vida de la persona por nacer pues, aún en aquellos países que la consideran "persona" desde el nacimiento (como Chile, Bolivia, Colombia y la mayoría que siguió el modelo de Bello), se protege la vida "*del que está por nacer*" (art. 91, C.C. colombiano; art. 74, C.C. chileno; art. 61, C.C. del Ecuador; art. 73, C.C. de El Salvador y art. 351, inc. 2, de su Código de Familia; art. 22, C.C. Federal de Méjico; art. 52, C.C. de Honduras; art. 13, C.C. de Nicaragua); el C.C. de Brasil, protege los derechos del *nasciturus* desde la concepción (art. 2, C.C.); el art. 19, C.C. de Nicaragua, dice que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas aunque contiene contradicciones que hemos destacado en el trabajo relacionado. El art. 28, C.C. del Paraguay, sigue la tesis argentina; el C.C. de Perú, mantiene el criterio de la personalidad desde el nacimiento, pero dice que la vida comienza con la concepción y que "*El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece*"; el art. 906, C.C. de la República Dominicana, establece que basta estar concebido para recibir por donación; el art. 17, C.C. de Venezuela dice que el feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien, y el art. 1447, le permite al concebido recibir por donación. Como es fácil advertir, Vélez Sarsfield se apartó del Código de Bello y, por ende, de los que lo siguieron, y dispuso claramente que la personalidad se adquiere desde la concepción. Este derecho a la personalidad del concebido y su consecuente derecho a la vida, forma parte

[44] CS, 5.03.2002, 'Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", considerando 5.

del orden público de la Constitución argentina, y no puede ser derogado por disposición convencional alguna, toda vez que implique disminuir o desconocer un derecho que, con mayor amplitud, reconoce el derecho positivo argentino (conforme, arts. 27 y 31, CN; art. 29, Convención ADH; art. 41, Convención DN).

La Corte IDH, en la OC 4/84, sostuvo que el art. 29, CADH, fue redactado "*con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados, en particular aquellos previamente reconocidos por un Estado*" (Corte IDH, OC 4/84, de 19 de enero de 1984, párr. 20°).

A fin de completar el círculo, con su circunferencia y su contenido, abierto al inicio de este trabajo, queremos recordar por su atingencia al tema la tesis del doctor Alfredo Fragueiro, que fuera nuestro profesor de Derecho Natural en el ya lejano inicio de nuestra carrera, del "Derecho Natural progresivo", desde que progresivos son los derechos humanos protegidos en los instrumentos internacionales, que no hacen sino "complementar" y completar, como nuestra CN establece, los derechos reconocidos en ella y los que, en función del art. 33, CN, corresponden al hombre por su sola condición humana y como anteriores al Estado mismo. Cómo olvidar sus enseñanzas de que la "justicia es la causa formal del Derecho, pues constituye el derecho en sí"; justicia que entendía como la constante y perpetua voluntad de dar a cada lo suyo (concepción de Santo Tomás). Lo "suyo" que se concreta en, primerísimo lugar, en el individuo y sus valores supremos: vida, libertad y propiedad.[45] La norma derivada solo será "derecho" si participa de la esencial condición de lo "justo" en concreto. Quede asentado, pues, también nuestro homenaje a su inolvidable memoria y a sus enseñanzas.

Conclusiones. Es obvio que el mayor desarrollo de los derechos humanos ha sido logrado en el ámbito del debido proceso y, en particular, referido al proceso penal, pero vierte sus efectos en el de "toda otra índole" como se destaca en "Baena c.Panamá". Como hemos relacionado, la Corte federal ha hecho aplicación directa de varias sentencias de la Corte IDH; en un fallo que nos afecta, del 6 de agosto de 2013, ha reconocido que

[45] FRAGUEIRO, ALFREDO, *De las causas del Derecho; Ensayo metafísico*, Assandri, Córdoba, 1949, pág. 307.

los dictámenes de la Comisión IDH (arts. 51 y 52 de la Convención ADH) son vinculantes para los jueces argentinos; lo que abre expectativas en otras jurisdicciones nacionales, como en Guatemala, donde las medidas cautelares dispuestas por la Comisión no se consideran vinculantes para sus jueces. La decisión de ese caso se tomó por mayoría de 4 a 3; el fallecimiento del juez Petracchi y la anunciada renuncia del juez Zaffaroni, sumado al posible alejamiento del juez Fayt, puede implicar otra vuelta atrás, como la del caso "Mazzeo".[46] Ya es indudable que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no es soberana; sí lo es -rectius, debe serlo-, en cuanto al control constitucional "nacional". Cuando menos, no lo es en materia de derechos humanos; los instrumentos internacionales sobre el punto, que integran ahora la cúspide del sistema normativo, exceden el registro de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Nacional, incluyendo a los no enumerados del art. 33, CN, de modo que aquella soberanía queda externalizada en adelante en favor de la Corte IDH y de los órganos establecidos en la Convención ADH y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El control de "convencionalidad" es resorte específico, más no exclusivo, de los órganos de la Convención ADH. Es probable que no hayamos avizorado de modo suficiente el alcance de esa externalización de la soberanía nacional, que en una primera mirada -tal vez la de los constituyentes de 1994- aparece como alentadora y positiva. Pero aprendimos y enseñamos que la soberanía reside en el Pueblo; que en su máxima expresión se concreta en la voluntad constituyente, continente de un orden público constitucional que no puede ser enervado por ningún tratado pues, de lo contrario, los tratados internacionales, en particular, los de derechos humanos, los de "derecho natural progresivo", estarían por encima de la Constitución misma, lo que no es aceptable, como no lo es que el Pueblo de la Nación haya externalizado su poder constituyente. Pero la Corte IDH ha mandado anular ciertas leyes, como en el caso "Gelman c. Uruguay", con cita de precedentes de Cortes Supremas nacionales (casos de Perú, Colombia, Ecuador, Honduras, Chile), y la Corte federal argentina ha hecho lo pro-

[46] La minoría estuvo formada por el voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay. A nuestro juicio, constituye una gran contradicción de los dos primeros al votar negativamente la obligatoriedad de los dictámenes de la Comisión IDH, cuando en la causa 'Mazzeo' sostuvieron que la reforma constitucional de 1994 "*no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones*" (cons. 18 y 19, CS, Fallos 330:3284 y CS, 'Arriola', 2009, Fallos 332: 1963).

pio en las causas "Arancibia Clavel", "Simón" y "Mazzeo", afectando el orden público constitucional nacional.[47] Y sin que esto signifique, en modo alguno, aprobar las conductas investigadas en las citadas causas, se corre el riesgo de que la bandera de los derechos humanos sea agitada por intereses de gobiernos sesgados y sostenidos en mayorías circunstanciales, y que aquella "fortaleza" de la reforma de 1994 de que hablamos al comienzo, podría llegar a convertirse en una de sus debilidades. En nosotros, recae el esfuerzo de la crítica constructiva para evitar que ello ocurra. Esta exposición es, apenas, un punto de partida. Muchas gracias.

[47] Hacemos abstracción de los casos de autoamnistía, derivados del poder constituyente de facto, porque el Pueblo asume el poder constituyente de iure y solo legitima lo que es su deseo legitimar.

INCORPORACIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS

Palabras de recepción del académico correspondiente en España

Colomer Viadel, Antonio

La presentación estuvo a cargo del señor académico de número

Por Haro, Ricardo

¡¡Señor Presidente, Señores Académicos, Profesores, alumnos, amigos todos!!

A menudo, en ocasiones como esta, la formal y extensa enumeración de un currículum vital, suele abordárselo como una serie monótona y tediosa de antecedentes, a los que la concu-rrencia a menudo no le presta la debida atención.

Pero por el contrario, estoy persuadido de que una sobria y adecuada presentación del currículum, siempre se torna indispensable, no solo para conocer una destacada personalidad, sino además, porque no podemos ignorar que todo currículum, expresa la verdadera y fecunda historia de vida de esa personalidad, historia de vida que se expone, no para fomentar fatuas vanidades, sino para mostrar la vital sustancialidad, en nuestro caso, de una relevante catedrático español, porque al fin de cuentas, ante nuestro desconocimiento, no solo es necesario saber, aunque sea brevemente, quien es en nuestro caso el nuevo Académico, sino también reconocer la sabia sen-tencia evangélica que nos dice: "¡¡Por los frutos los conoceréis!!".

Veamos, entonces, una reseña de la historia de la vida académica del Dr. Antonio Colomer Viadel, quien llega a esta Academia precedido de una amplia y muy valiosa trayectoria en su pe-regrinar científico no solo por las universidades españolas, sino también en las europeas y lati-noamericanas.

Doctorado en Derecho, ha ejercido la docencia en la Universidad Autónoma de Madrid desde 1980 hasta el año 2003, para posteriormente y hasta la actualidad, profesar como Catedrático y Director del Área de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, ya sea en las asignaturas de D. Constitucional y Estructuras y Formas Políticas, como en la de "administración Pública en la Diplomatura en Gestión y Administración Pública.

Su trayectoria lo muestra como un eminente operador cultural, con una gran capacidad de promover y conducir instituciones, habiendo sido, por ejemplo, Fundador y Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Constitucional desde 1984 a 1996; Director del Instituto In-

tercultural para la Autogestión y Acción Comunal (INAUCO) y de su Revista Iberoamericana en la materia; Fundador de la Asociación Iberoamericana para la Integración, el Desarrollo y la Democracia; Presidente del Consejo Español de Estudios Iberoamericanos (1992-2002); desde el año 2011, es Presidente de la Federación Internacional de Estudios sobre América Latina y el Caribe (FIEALC); Co-Director del Seminario de Derecho Público Europeo en el marco del Convenio entre la Universidad de Valencia y la Universidad de Gottingen de Alemania.

Es Miembro del Instituto de Estudios Políticos de Madrid y Correspondiente de nuestra Asociación Argentina de Derecho Constitucional, e igualmente, es Miembro de la Association In-ternationale pour la Coopération, le Developpement et la Securité Euro-Mediterranéenne de Bélgica, y del Istituto Di Studi e Programmi per il Mediterráneo, de Italia. Por otra parte, es Profesor Extraordinario en las Universidades Nacional de Mar del Plata y Mayor de San Marcos de Lima, y ha sido laureado por las Universidades Los Andes en Venezuela; Nacional Autónoma de México; Católica Argentina; de California en Los Ángeles.

Su faena científica desborda en una amplia producción bibliográfica, con más de un cente-nar de artículos en revistas españolas y extranjeras; con su participación en decenas de libros colectivos y, finalmente, tenemos sus numerosas obras personales, entre las que podemos resaltar: "*Los Liberales y el Origen de la Monarquía Española*"; "*Crisis y reformas en Iberoamérica ¿…y la revolución*?"; "*Constitución, Estado y Democracia en el Siglo XXI*"; "*La Participación en las Administraciones Públicas-¿Cooperación o enfrentamiento*?"; "*La Integración Política de Europa y en América Latina*".

Su vocación investigativa lo ha llevado más allá del constitucionalismo, hacia el Derecho, la Sociología y la Filosofía Política, el Derecho Internacional y es, asimismo, un apasionado del mutualismo como forma de cooperación social.

Entre las líneas rectoras de su pensamiento político, para una modernización de los sistemas y estructuras constitucionales, cuyo análisis lógicamente desbordan los minutos de esta presentación, he creído necesario recordar que una de esas ideas es la de una *participación más intensa de la sociedad en el sistema democrático,* participación que se debe dar en todos los ámbitos y niveles de la vida social y política.

Para él, la vieja democracia ciudadana ateniense, política y participativa, pareciera reen-carnarse, galana y renovada, en las demandas de los pueblos para decidir por sí mismos y en el espacio inmediato en que viven, las opciones y prioridades de su vida pública.

Afirma que desde el llamado primer mundo occidental, del mismo modo que se quiere imponer sus criterios en el orden económico internacional, también se desea ser expedidor de certi-ficados de buena conducta democrática y correcta organización constitucional. Por cierto, que la fórmula alquimista que combina capitalismo y democracia constitucional pasa, hoy en día, según sus iniciados, por un bajo nivel de participación popular.

En la periferia, en los otros mundos, pareciera a veces sintonizarse mejor con el espíritu democrático del Pericles de hace 2.500 años, mucho más que entre las elites políticas europeas, preocupadas en no perder el control oligárquico del poder. Esa codicia excluyente y acaparadora se encuentra enfrentada, alentadoramente, a las fuerzas irresistibles del sentido de la Historia, y del surgimiento de los jóvenes pueblos periféricos, movidos por el impulso irrefrenable del espíritu de convivencia en un orden más justo y equitativo.

Este proceso participativo exige a su vez un *proceso descentralizador del poder y un afianzamiento de las autonomías* territoriales, porque es en los ámbitos locales, en donde la dialéctica entre participación ciudadana y estructura descentralizada, ha sido vehículo de reivindicaciones sociales y vecinales, como algunos estudios comparados entre ciudades brasileñas y españolas así lo testimonian.

En la tensión histórica permanente entre autoridad y libertad, se asiste a una revitalización de las tendencias federalistas y autonomistas, al servicio de ese poder más próximo a los ciudadanos, y en el que estos puedan intervenir con mayor facilidad, hasta en los ámbitos más propiamente locales.

A estas ideas fundamentales de *participación y descentralización*, Colomer Viadel las complementa con otras, tales como las que enumeramos:

A) La descentralización territorial del poder y un real federalismo producirá una férrea resistencia al excesivo reforzamiento del Poder Ejecutivo.

B) Los Parlamentos deben alejarse de la obsecuencia y otorgar a las minorías las garantías indispensables para que el debate legislativo como Poder Estatal demuestre la búsqueda de las leyes más convenientes para un orden social más justo.

C) Debe fortalecerse el control jurisdiccional, que asegure el reforzamiento de las garantías de los derechos y libertades fundamentales, mediante un Poder Judicial independiente tanto de los poderes estatales como de los sociales.

D) Se torna necesaria la renovación de las formas de participación política y social, que aseguren la efectiva intervención de nuevos protagonistas colectivos.

E) Es precisa la íntima y efectiva relación entre Constitución y solidaridad, dado que las distintas formas de solidaridad, constituyen fundamento de la constitucionalidad, en cuanto sistema de estructuras institucionales, que regulan la organización política y se proyecta sobre las realidades sociales y económicas.

Para el incorporando, tales demandas como tantas otras más, tienen resonancias universales, pero se producen con mayor insistencia, en aquellos países en los que aún el Estado Constitucional no ha funcionado con la normalidad institucional que exige un Estado de poderes limitados y controlados.

Dr. Antonio Colomer Viadel: Usted hoy nos hablará sobre el tema "*La crisis del Estado en la globalización y la construcción del Estado de Derecho en la Integración Regional de los Estados*". Esperamos anhelantes sus palabras en tema de tan palpitante actualidad.

Viene ahora el momento culminante de esta ceremonia, de su incorporación como Miembro Correspondiente en el Reino de España de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, la Academia de la Argentina interior.

El Señor Presidente le impondrá la medalla y le entregará el diploma que lo acredita con tal investidura académica. Estoy seguro de que en su estirpe hispánica y científica sabrá valorarla tanto como la valoramos los Miembros que la integramos esta Academia a la cual la anima, desde lo jurídico, una permanente vocación de servicio, en la construcción de una sociedad más participativa y más solidaria, tanto en lo económico, como en lo cultural y en lo político.

¡¡Sea Usted bienvenido a nuestra casa y a nuestro fraternal afecto!!

La crisis del Estado en el siglo XXI y la reformulación del Estado de Derecho en la actual integración supranacional*

Colomer Viadel, Antonio

* *Conferencia de incorporación a la Academia, dictada en sesión especial del 29 de abril de 2014.*

I. Introducción

En la evolución de las sociedades humanas, el paso de la barbarie a la civilización se da con la organización y constitución estable de la ciudad. En ella, se regulan los oficios; se establece el mercado como espacio de intercambio de productos y servicios, la religión se institucionaliza y sobre todo existen órganos de poder que van a fijar tanto las reglas de obligado cumplimiento de la Comunidad, así como las prohibiciones que no deben ser transgredidas.

Los órganos de poder no solo tienen esa capacidad legisladora para aprobar las normas que rigen la vida de la comunidad política, es decir, de la ciudad, sino que además tienen la capacidad coactiva y sancionadora de los incumplimientos de las reglas y normas o la violación de las prohibiciones. Con este fin, tienen un ejercicio legítimo de la violencia coactiva que implica un cierto monopolio de la misma en el seno de la ciudad.[1]

Ciertamente, este monopolio de la capacidad coactiva y, a su vez, de la función creativa de las normas o reglas que rigen la comunidad política, son unas herramientas del poder de un gran valor para su estabilidad y continuidad en el ejercicio de sus competencias y en el mantenimiento del control político sobre el espacio en que ejerce su acción de poder. Ahora bien, por debajo de estos órganos de poder caracterizados por tales competencias de supremacía, existe una realidad social muy compleja en donde se entrecruzan intereses económicos, sociales, religiosos, culturales y políticos en plena ebullición y ejerciendo presión sobre los órganos de poder para que se tomen decisiones favorables a tales intereses y para conseguir alcanzar una posición de predominio social en competencia con otros grupos de interés que también defienden sus intereses.

El poder no es inmune a estas presiones y, a menudo, tiende a aliarse con algunos de los grupos de presión más poderosos, de tal forma que se genera una dialéctica de influencias recí-procas que el Profesor González Casanova explicó con una metáfora brillante, la de la hiedra que se enrosca en la columna de mármol e impregna de su sustancia a la piedra a la vez que tiene que adaptarse a la forma de la columna en la que se enrosca.[2]

---

[1] COLOMER VIADEL, A., *Comunidades y Ciudades, Constituciones y Solidaridades*, véase en especial Capítulo I. La Comunidad solidaria como origen de la ciudad equilibrada constituida. IBEM y UPV, Valencia 2007, págs. 7-13.

[2] GONZÁLEZ CASANOVA, J.A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Vi-

Es evidente que por más que el propio poder político, cuando alcance su culminación en la estructura del Estado moderno, construye la teoría de la soberanía como un poder supremo y por encima de cualquier otro, un poder que no tiene igual y que trata en el exterior a los otros Estados en un plano de la misma categoría -y aunque las prácticas de este poder absoluto pueden ser ciertamente abusivas sobre los miembros de la comunidad-, no deja de estar influido por los juegos de intereses que en el seno de esa comunidad política se producen de forma contradictoria.

Incluso la teoría pactista del nacimiento de este poder soberano del Estado implica un tras-vase de poder de los súbditos al príncipe soberano, a cambio de que este garantice la paz social y la seguridad jurídica que supone someter los conflictos y controversias a una regulación jurisdiccional, sometida a reglas conocidas, emanadas a partir de una Ley Fundamental que obliga al pro-pio soberano.

La evolución del Estado hasta la época constitucional supone la evolución de la teoría de los límites del poder por el derecho y el principio de responsabilidad de las autoridades. La doctrina de la separación de poderes que en un principio en la tesis de Montesquieu, es en realidad una distribución funcional del poder entre diversos órganos competenciales que guardan un equilibrio y contrapeso para limitar los posibles abusos de cualquiera de estos órganos, está al servicio de esta idea fundamental de limitación jurídica del poder.

Ahora bien, en el nacimiento del Constitucionalismo moderno y del Estado Constitucional la otra regla básica es el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos del modo que quedó de forma muy expresiva de manifiesto en el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando se define negativamente el concepto de Constitución, al señalar que aquellos Estados en donde no está establecida la separación de poderes ni proclamada la declaración de Derechos carecen de Constitución.

Desde entonces, el sistema de derechos fundamentales de la persona y del ciudadano ha ido creciendo al sumarse a los derechos de libertad individual, los derechos sociales y del trabajo, y los derechos democráticos, y de los pueblos y colectividades, así como el sistema de garantías

cens-Vives Barcelona, 1991.

para protegerlos y que tengan una aplicación efectiva. Paradójicamente, sin embargo, el crecimiento de estos derechos de últimas generaciones ha hecho multiplicarse el poder del Estado y su intervención en la vida social y económica al obligarle a garantizar directamente unas prestaciones en el campo de la salud, de la educación, de la vivienda y otros servicios públicos que han conver-tido al Estado en el gran protagonista de la vida socioeconómica de los Estados modernos.

A la hora de definir las tendencias del constitucionalismo, más reciente se ha producido una doble posición: de una parte, la de aquellos que consideraban fundamental el fortalecer las limitaciones al poder por el derecho, y el de los que consideramos el sentido finalista del ejercicio del poder enmarcado constitucionalmente para proteger y potenciar en la comunidad los valores constitucionales al servicio de la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales y las obli-gaciones de los poderes públicos y las instituciones constitucionales para que tengan plena vigencia y efectividad.

"Ello no supone solo el respeto a los derechos individuales de libertad como valladares a la intromisión del Estado en la vida de las personas, sino la proyección solidaria del constitucionalismo que implica combinar las autonomías personales con las formas de crecimiento y desarrollo compartido que busquen la integración de la comunidad y el equilibrio entre sus elementos a partir de la libertad y la igualdad de los mismos".[3]

Otro elemento decisivo en el Estado Constitucional, pero que tiene también su origen en la definición clásica de los regímenes políticos es el concepto de democracia. Aristóteles en la "Política", después de establecer la tipología bien conocida de estos regímenes en: Monarquía, Aristocracia y Democracia, e incluso sus formas degenerativas de Tiranía, Oligarquía y Demagogia va a decirnos hace ya 2500 años que, en la práctica, lo que funciona es un régimen mixto al que define como República según el cual en realidad quien gobierna es un grupo oligárquico, no necesaria-mente de los mejores de la Comunidad, pero sometido periódicamente a la decisión electoral del pueblo.

[3] COLOMER VIADEL ANTONIO. "Tendencias del Constitucionalismo en el S. XXI: Cuestionamientos e innovaciones constitucionales" en el libro "Tendencias recientes de la Justicia Constitucional en el mundo.". ENRIQUE URIBE Y PEDRO JOSÉ CARRASCO. (Coord.). Ed. Miguel Angel Porrúa, UAEM México, 2011, págs. 18-20.

Es evidente que comunidad política y democracia son consustanciales en aquel momento del nacimiento del propio concepto de democracia en el mundo helénico. Posteriormente, el principio de poder absoluto soberano del Príncipe como rector del Estado va a oscurecer el concepto de democracia, ya que las concesiones a los súbditos, que no ciudadanos, se entienden o como gracias del príncipe o como esos elementos mínimos del pacto social fundador del Estado.

Ha de ser con el Estado constitucional cuando el concepto de soberanía pase formalmente de titularidad desde el Rey al pueblo y los miembros de este pueblo soberano deben elegir a los órganos de poder constitucional. Ciertamente, en la primera época del Estado constitucional burgués, existe una concepción restrictiva de la democracia, vinculada al poder económico y la pro-piedad que va a configurar el voto censitario por el que solo pueden ser electores y elegibles los incluidos en los censos de contribuyentes por su riqueza y una minoría de profesiones ilustradas.

La evolución del Estado Constitucional está íntimamente vinculada a la extensión de las garantías de los derechos y a la plenitud del sufragio universal por el cual el concepto de ciudada-nía se vincula con el de persona sin exigir ningún requisito económico al ejercicio de la participación democrática.

De ahí que sean inseparables Constitución, Estado y Democracia y que el Estado Consti-tucional solo puede ser concebido como un Estado democrático, e incluso que la evolución desde la democracia representativa hacia formas de democracia participativa implique no limitar esa de-mocracia al derecho de sufragio, sino introducir en las constituciones mecanismos de democracia directa como el referéndum, la iniciativa legislativa popular, la revocación de mandatos, etc. y, también, procedimientos de diálogo y comunicación entre la sociedad civil y sus organizaciones y las administraciones públicas para tratar de todos los asuntos que les competen, e incluso para recoger iniciativas y presencia mediante control y observación por la ciudadanía en las diferentes entidades de poder y administración.[4]

[4] COLOMER VIADEL A., "Hacia una administración pública cooperativa", COLOMER VIADEL, (Coord.) "La participación en las administraciones públicas. ¿cooperación o enfrentamiento?", UPV, Valencia, 2006 págs. 33-40.

II. La globalización como acelerador de la crisis del Estado

La pretensión de las Organizaciones más poderosas de dominar a las más débiles e incluso absorberlas es una constante en la historia humana. También, en las relaciones entre los Estados, siempre los más fuertes han pretendido influir a los restantes, colocarlos en su esfera de influencia y, en suma, uniformizar la realidad de acuerdo con su modelo y principios. Lo relevante de la hora actual es la tremenda fortaleza y alcance de los medios de comunicación que permiten una estrategia global mucho más intensa que tiene no solo dimensiones eco-nómicas y financieras, sino también culturales y una cierta alienación por las mayores organiza-ciones para conseguir homogenizar los hábitos culturales hacia una industria del espectáculo planetaria.

El influjo sobre las estructuras políticas de los Estados, a los que se condiciona en la autonomía de sus decisiones tanto económicas como de alianzas y pactos, es cada vez creciente y ello ha convertido hacia el exterior en verdadera ficción jurídica el concepto de soberanía y hacia el interior, también, se ha debilitado y convertido en mito jurídico político los conceptos de ley como expresión de la voluntad general y de representación política.

El fenómeno universal e intensificado de las inmigraciones es otra expresión de esta globa-lidad que va a influir profundamente en la estructura social de los Estados.

Hay que destacar, sin embargo, la alternativa de la globalidad de la solidaridad y de la resistencia ante los abusos del poder que también alcanza una dimensión planetaria tanto en la de-fensa de los derechos humanos como de los derechos medio ambientales y en la lucha contra la pobreza, el hambre, las campañas a favor de la educación y el apoyo a la infancia, el combate contra la tortura y la violación de los derechos y el respeto a la multiculturalidad que propone una integración en convivencia de culturas.[5]

Sin lugar a dudas, las tensiones entre el derecho internacional y los derechos estatales y el impacto de las decisiones de tribunales y Cortes Internacionales, y en general de organismos internacionales, sobre los

[5] COLOMER VIADEL, A., "De los riesgos de la globalidad a las esperanzas de la integración". En la obra colectiva de la que es también coordinador, "América Latina, Globalidad e Integración". Vol. I, págs. 1-12, Ed. del Orto, Madrid, 2012.

Estados y sus ordenamientos jurídicos internos ha crecido de forma exponencial en los últimos años. Una defensa ha consistido en integrarse en organizaciones regionales de Estados para tener un mayor peso y capacidad de negociación en el orden jurídico, político y económico internacional. También, esta crisis de las fronteras y la ciudadanía hacia fuera, con lo que supone de debilitamiento de la soberanía de los Estados, ha provocado hacia dentro unos reclamos de mayor autonomía de las entidades locales, ya sean federativas o no, y en suma, procesos de desconcentración y descentralización del poder paralelos, aunque pareciera paradójico, a los procesos supranacionales de integración de Estados.

En algunas regiones, a la vez que los Tratados Internacionales se convierten en normas de rango superior en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados y plantea problemas de armonización jurídica, aunque con debilitamiento de las normas estatales, se da otro proceso y es la coexistencia entre el derecho estatal, escrito y codificado con una validez formal de acuerdo con el origen y procedimiento de su producción normativa, y un derecho consuetudinario de pervivencias de costumbres, como es el caso de los derechos indígenas en países latinoamericanos que tienen la validez de una existencia continuada. Ello obliga a las Cortes Constitucionales a integrar estas normas y prácticas constitucionales que suponen una riqueza del orden jurídico internacional y que, por tanto, en procesos de integración debe garantizarse su pervivencia.[6]

Este incremento de las reglas internacionales jurídicas tanto políticas como comerciales y financieras ha debilitado el derecho estatal e incluso la autonomía de decisión de los Estados en cuestiones que eran antes competencia propia y exclusiva de su ámbito soberano.

Las crisis ya no son estatales, sino que tienen un origen mundial, aunque las consecuencias las paguen los Estados. Un autor nada sospechoso de ser enemigo del orden internacional capitalista como George Soros ha llega a afirmar a partir de su liberalismo popperiano, que la sociedad abierta se encuentra en peligro y que existe un fundamentalismo de mercado de carácter salvaje por su falta de sometimiento a cualquier

[6] URIBE ARZATE, E., Y GONZÁLEZ CHÁVES M.L., "Prospectiva del Estado en Latinoamérica" en el marco de la regionalización y de la globalización. Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal. Nº 60. INAUCO. Otoño 2012. Valencia
Véase también: CABEDO MALLOL, V., "Constitucionalismo y Derecho indígena en América Latina", Colección Amadis, IBEM y UPV Valencia, pág. 200.

regla y de una tremenda agresividad financiera en relación con los Estados especialmente los más débiles.

Asistimos a una mundialización mutilada puesto que coexiste un crecimiento desmesurado de los países del norte más desarrollados con las hambrunas y miserias del sur infra desarrollado. Se da, al mismo tiempo, lo que he llamado la bomba demográfica del sur que, en forma de inmi-graciones masivas, va a presionar sobre ese norte desarrollado. Al mismo tiempo, el Estado Constitucional democrático se pretende que disminuya en su seno la participación democrática o que haya una cierta apatía democrática para la mayor estabilidad de sus sociedades, como ha defendido Samuel Huntington, en contraste con el incremento de los movimientos sociales y las luchas reivindicativas por sectores de la población cada vez más consciente del debilitamiento de sus derechos y el manejo oligárquico de las instituciones que cada vez les representan menos.[7]

Esta situación plantea el desafío de sustituir el viejo derecho internacional cuyos sujetos eran los Estados por organizaciones y reglas universales que fueran realmente acatadas por todos y sometieran ese comportamiento anárquico y egoísta de ciertas organizaciones y empresas multinacionales a unas pautas de conducta basadas en la justicia internacional.

Propuse, para ello, un camino de equidad hacia la comunidad internacional renovada, a partir de la universalización de la ideología de los derechos humanos y el papel vigilante de las ONG para que se cumplan, así como la cooperación internacional ante problemas ecológicos y ambientales, las crisis económicas y la lucha contra el hambre y la falta de recursos educativos y habitacionales en buena parte del planeta.

En esta línea, hay que reconocer el cambio profundo de las Naciones Unidas que renunció al principio de no intromisión en los asuntos internos de los Estados miembros, para defender los derechos fundamentales de los ciudadanos de un Estado, violados por ese Estado y justificar in-tervenciones en su territorio incluso contra la voluntad del Estado.

[7] Véase G. SOROS "La crisis del capitalismo global". Ed. Debate, Madrid, 1999. Y S. HUNTINGTON "La tercera ola... La democratización a fines del S.XX.", Paidós. Barcelona, 1994, pág. 238. Véase el análisis de estas posiciones en COLOMER VIADEL, A., "La Globalización y el nuevo orden jurídico. La soberanía de los Estados y las nuevas relaciones internacionales", en el libro Coordinado por este autor, titulado "El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos", CEPC-INAUCO. Madrid, 2000, págs. 13 y ss.

El problema es que no hay normas de alcance universal y fuerza imperativa aceptadas por todos. La Corte Internacional de Justicia de la Haya, dependiente de la ONU, solo actúa a instancia de los Estados.

La creación del Tribunal Penal Internacional para combatir crímenes contra la Humanidad o especialmente odiosos, como el genocidio o la tortura, tiene el límite del sometimiento voluntario de los Estados a su jurisdicción y, curiosamente, las grandes potencias no han suscrito su tratado fundacional.

Ante tal situación es posible que sea peligrosa -y sospechosa- esa premura con la que se desea enterrar la doctrina de la soberanía nacional. Esta puede ser un valladar ante intromisiones inadmisibles de las grandes potencias, bajo capa de acción humanitaria o defensa de la comunidad internacional.

El control de posibles abusos de los Estados sobre sus nacionales puede conseguirse mejor, de una parte favoreciendo los procesos de integración regional, en los que siempre existe transferencia de soberanía y posibles recursos de amparo en instancia supranacional para la protección de los derechos fundamentales.

Ciertamente a las redes de protección supranacional de los derechos existentes, hay que potenciarlas, sea vía los Tratados y Convenciones firmados, haciéndolos más vinculantes para las partes, sea por una ampliación de los supuestos de apelación a la Corte Internacional de la Haya.

Existe también la posibilidad de aplicar legislación internacional, por tribunales locales aunque el ideal sería un sistema jurídico universal confeccionado con las garantías de transparen-cia y equidad.

La actual situación internacional controlada por el Consejo de Seguridad de la ONU y el ve-to de las grandes potencias en su seno, supone una verdadera ficción jurídica para un Derecho Internacional equitativo.

Se habla, también, de sustituir tanto en el orden jurídico interno como externo el concepto de soberanía nacional ya muy debilitado por una soberanía popular basada en la prioridad de va-lores como la dignidad de la persona sin que cualquier ultraje a la misma pueda quedar impune.

La introducción del principio democrático en el orden internacional debería implicar un pro-ceso combinado de desconcentración del poder para reconocer amplias autonomías a los pueblos, a la vez que integración

supranacional que garantice el amparo efectivo de los derechos fundamentales, y acceso de los ciudadanos a los servicios de educación, salud, alimentación y vivienda para todos.

Hay que reintroducir de nuevo el principio generalizado de reciprocidad entre los pueblos para la salvaguardia de valores humanos, fundamento de ese orden jurídico internacional renovado y unas nuevas relaciones internacionales que no deben renunciar a una globalidad abierta, plural, asentada en la reciprocidad de donaciones, y sustentada en órganos de justicia internacional respetados por todos y, por ello, profundamente legitimados.

No podemos respetar tantos desequilibrios… ni tanta riqueza acumulada en contraste con las miserias, hambrunas y muertes en la mayoría de la población. Ni la impunidad de los responsables de tal catástrofe humana.

Si un modelo competitivo a ultranza nos ha llevado a esta situación, ¿no habrá que introducir una racionalidad cooperadora en ese orden internacional?[8]

Una reflexión reciente sobre si hay que ir más allá de la globalización y hacia una segunda mundialización, en la que por cierto América Latina tiene un papel a realizar, ha sido expuesta por Fernando Ainsa que señala que además de los aspectos económicos y financieros existe de modo creciente una mundialización cultural y civilizatoria que ha sido defendida por la Iglesia católica, por el internacionalismo socialista o por lo que llamamos mundialismo humanista centrado en la defensa de los derechos humanos y en las redes de ONG solidarias que comparten ciertos valores universales.

Esta mundialización de "ética planetaria", frente a la ideología del globalismo de mercado y de abusos financieros, tiene una presencia creciente también en la defensa ecológica del planeta y supone límites y obligaciones para los Estados.

El crecimiento de fuerzas sociales y ciudadanas resistentes a los abusos de estos comportamientos depredadores es otro signo esperanzador. El problema de la superpoblación, del agua escasa, la ecología maltratada, las mafias de la droga o de la trata de seres humanos se enfrentan también al rechazo de la ciudadanía planetaria.

[8] COLOMER VIADEL, A., Ibídem, págs. 19-21.

En esta coyuntura se propone superar la lógica maniquea que enfrenta globalización y particularismo mediante una nueva mundialización solidaria. Articular lo particular en lo universal rehabilitando aquel antiguo principio de pensar globalmente y actuar localmente. En este sentido, la globalización de resistencias y luchas sociales es una manifestación de este espíritu y de su praxis operativa.

Finalmente, Fernando Ainsa nos propone volver a ser gracias a la utopía que implica actuar moralmente, a escala de los hombres y apropiarnos del porvenir.[9] Todo ello, sin lugar a dudas, implicaría una profunda transformación del Estado, pero también un cambio radical del concepto de globalidad basado en principios como la reciprocidad y el apoyo mutuo.

III. La integración supranacional para el rescate de los principios y valores del Estado Constitucional Democrático de Derecho

Hace 22 años, en 1990, al publicar la primera edición de mi libro "Introducción al constitu-cionalismo iberoamericano" y dedicar la primera parte a las fases de la evolución del Estado-Nación en el mundo iberoamericano, concluía con un capítulo séptimo titulado "Integración y futuro del Estado Iberoamericano". Ya entonces, llegaba a la conclusión de que, en general, la debilidad, desigualdades e injusticias de una mayoría de aquellos Estados hacía que los poderes constitucionales y en especial el poder ejecutivo, con ese rasgo del presidencialismo reforzado, no podían asegurar la paz social y la seguridad jurídica para sus ciudadanos ni siquiera unos servicios públicos de calidad suficiente que no provocaran esa dicotomía radicalmente inequitativa entre sector privado y sector público siendo este último al que podían acceder los sectores populares en condiciones, en general, claramente deficientes.

Del mismo modo, se planteaba el problema de acceso desigual a la justicia en donde el principio constitucional de igualdad ante la ley e igualdad ante los órganos que deben aplicarla en caso de controversias era evidentemente incumplido.

[9] AINSA AMIGUES, F.,"Más allá de la globalización. Hacia la segunda mundialización de América Latina", COLOMER VIADEL, A. (Ed. "América Latina, Globalidad e Integración" Volumen I, págs. 13-26. Ed. del Orto. Madrid, 2012).

Algo parecido podíamos añadir sobre las garantías efectivas de los derechos fundamentales para que tuvieran plena vigencia para todos los ciudadanos.

En consecuencia, concluía que sería necesaria una integración regional de Estados para que a partir de la vigencia de órganos supranacionales a los que se trasvasara parte de la sobe-ranía nacional, empezara a vislumbrarse la posibilidad de construir verdaderos Estados de Derecho en aquellos Estados constitucionales de carácter nominal o semántico.

En cierta medida, al final de la II Guerra Mundial, en una Europa destruida también se plan-teó la necesidad de superar los antagonismos históricos para no volver a repetir cíclicamente esas guerras civiles europeas cada vez más destructivas y que ello solo sería posible, mediante acuer-dos que, mediante Tratados permitieran, de un lado, la cooperación en materias estratégicas de carácter económico, como lo eran en aquel momento la producción del Carbón y del Acero, y a su vez, aplicar los principios de subsidiariedad y de solidaridad para ir cerrando desde abajo la brecha de desigualdades y llegar a un pacto que estuviera abierto en el futuro a los restantes países europeos. Este fue el origen de la Comunidad Económica Europea, cuya evolución alcanza hasta la actual Unión Europea, mediante importantes trasvases de soberanía estatal a órganos supra-nacionales tanto en el aspecto normativo como en el ejecutivo, con la creación de un Tribunal de Justicia que aplique tal derecho y obligue a los Estados miembros a cumplir sus resoluciones, y también un Tribunal Europeo de protección de los Derechos Humanos, cuya jurisdicción también es vinculante para todos los miembros de la Comunidad Europea que ratificaron la Convención Europea de Derechos Humanos.

Esta fortaleza no la empaña la actual crisis que en buena medida está provocada, de un lado, por los ataques especuladores externos contra el euro como moneda común de la mayoría de los países europeos y, de otro, porque no se ha llegado a las últimas consecuencias institucio-nales y normativas en el seno de la Unión Europea para disponer de mecanismos que hagan efectiva una política económica y financiera común verdaderamente coordinada y eficaz.[10]

[10] COLOMER VIADEL, A., (Coord.). *Un nuevo rapto de Europa. Las encrucijadas del Tratado de Lisboa*. IBEM y Hathi, Valencia, 2012.

Esta estrategia integradora se manifestó más necesaria que nunca a comienzo de la década de los ochenta para la negociación de la deuda externa de los países latinoamericanos y, también ante la guerra de las Malvinas en 1982, que enfrentó al Reino Unido con Argentina, quedando en evidencia el incumplimiento por EE.UU. del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), al no apoyar a un país americano frente a la agresión de una potencia extra continental. Ahora bien, ya anteriormente en los trabajos de la CEPAL se había insistido en una actividad conjuntada de la política latinoamericana y en su seno Osvaldo Sunkel había afirmado que la integración autónoma era el medio de reducir la dependencia histórico-estructural de América Latina.[11]

Recordemos que el Acuerdo de Cartagena establece el pacto Andino como una de las organizaciones regionales más institucionalizadas que evolucionará hacia la Comunidad Andina de Na-ciones (CAN). En 1975, se crea el Sistema Económico Latinoamericano (SELA). En 1980, se crea la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), con sede en Montevideo. En el apoyo para que terminaran las guerras civiles en Centroamérica, fue fundamental el grupo de Contadora, en Panamá, constituido en 1983 y, en 1986, se constituye el grupo de Río como apoyo a Contadora, o grupo de los 8 que establece un Mecanismo Permanente de Consulta y Concertación Política que supone una plataforma exclusivamente Latinoamericana a escala continental.

En 1991, el MERCOSUR supone una cierta superación del antagonismo histórico entre Argentina y Brasil y al que se sumarán Uruguay y Paraguay.

En el 2008, se crea la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR) y no dejan de crearse nuevas siglas integradoras en un proceso intensificado pero de una débil estructura institucional y normativa.

En el mismo año 2008, y a iniciativa de Brasil y México, se promueve la Cumbre de Améri-ca Latina y el Caribe sobre Integración y Desarrollo (CALC). Dos años después, el 23 de febrero de 2010, en Quintana Roo, México, se crea la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños

[11] SUNKEL, O., "Política nacional de desarrollo y dependencia externa", cit. por L. DÍAZ MÜLLER en "América Latina: Reflexiones sobre integración y derecho de la paz" *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nº 59, UNAM, 1987, pág. 515.También véase la cita en COLOMER VIADEL, A., "Introducción al Constitucionalismo Iberoamericano" 2ª Ed. Editorial Trillas. México D.F. 2009, pág. 55. La 1º ed. de esta obra es de Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, 1990.

(CELAC), con participación de 33 países que asumen la continuidad del Grupo de Río y de la CALC. La constitución definitiva de la CELAC y la aprobación de sus Estatutos tienen lugar en la cumbre de Caracas el 2 y el 3 de diciembre de 2011. La segunda Cumbre está prevista en Santiago de Chile en 2013. Estas iniciativas integradoras buscan hacer frente con más eficacia a la crisis internacional y liberarse de las tutelas de EE.UU. y la UE.[12]

Para los avatares de este proceso integrador al que he calificado de zigzagueante y lleno de potencialidades e insuficiencias, a la vez de analogías y contradicciones con el proceso integrador europeo, véase nuestra obra de análisis comparado entre la integración política en Europa y en América Latina.[13]

Debemos recordar que el ideal integrador tiene su origen ideológico en el pensamiento de los Libertadores desde el nacimiento de las nuevas repúblicas independientes. Ahora, sin embargo, es la necesidad del mejor encaje en el orden internacional, tanto político como económico, lo que fuerza a la integración para tener un peso negociador mayor y, además, abordar los problemas de respuesta a las disfuncionalidades internas en los Estados.

La idea del debilitamiento del Estado nacional soberano viene de atrás también en el mundo latinoamericano y, de este modo, en los años 60, el ensayista argentino Horacio Godoy afirmaba que: "el sistema internacional, basado en el principio nacional soberano" atraviesa una crisis profunda, generalizada y continua aceleración, que lo lleva a su transformación radical. Junto a esta crisis institucional de alcance mundial, se desmorona también la forma de pensamiento que le dio origen. Si no cambia la forma de pensar sobre la realidad de la crisis…..las soluciones que se re-comienden fracasarán por sus propias limitaciones". Godoy recomienda una Cumbre de los Presidentes latinoamericanos para definir sus grandes objetivos políticos en el frente interno de Iberoamérica y de Iberoamérica en relación con los demás países del mundo.[14]

---

[12] La Concreción de la Utopía (Ed.). Revista Archipiélago Nº 75, UNAM, 2012, pág. 1

[13] COLOMER VIADEL, A.(Coord.). "La integración política en Europa y en América Latina", IBEM y Ugarit. Valencia, 2007.

[14] GODOY H., "Agenda presidencial". Buenos Aires, s/f, pág. 143.

Para otros autores latinoamericanos, la contraposición entre integración autónoma y dependencia tiene una expresión geométrica: la dependencia es forzosamente asimétrica. Cualquier mutación en el sistema imperial central mantiene el círculo vicioso del subdesarrollo periférico. La integración es simétrica y equilibrada porque refleja complementariedad e interdependencia entre participantes autónomos.[15]

Esta integración, para ser efectiva, tiene que hacerse necesariamente a costa de un debilitamiento de la soberanía de los Estados y un trasvase de competencias a órganos supranacionales, a la vez que un equilibrio entre las partes integradas. El problema está en las resistencias nacionalistas a este proceso y, también, en un presidencialismo que no quiere renunciar a un protagonismo permanente y desconfía de cualquier cesión de competencias.

Pareciera que las más recientes iniciativas en torno a UNASUR fueran en este sentido pero aún es un camino no consolidado. Ciertamente, esta integración favorecedora de la autonomía debe ser de carácter relacional -escriben los profesores Oddone y Granato-, entendida como tal la capacidad y disposición de un Estado para tomar decisiones con otros por propia voluntad y para hacer frente en forma conjunta a situaciones y procesos ocurridos dentro y fuera de ellas. Esta nueva concepción de la autonomía implica, en principio, una estrategia de regionalización, que involucra la entrega voluntaria y creciente de soberanía, la cual debe traducirse en la creación de instituciones que apuntan como base la noción del bien común, eje central de la gobernabilidad.[16]

La tesis de que la globalización provoca la creación de asociaciones regionales de Estados con el debilitamiento de sus rasgos tradicionales, a favor de los órganos de la organización supranacional, es ampliamente compartida y no solo en la visión económica de tales asociaciones, sino en la necesidad de compartir rasgos democráticos, favorecidos por las relaciones parlamentarias entre Estados y también por los llamados procesos de vinculación local, la "paradiplomacia", constituida por las ini-

[15] NEF, J., y ROJAS ARACENA, F., "Dependencia compleja y transnacionalización del Estado en América Latina" en Revista de Relaciones Internacionales, Nº 8-9, Heredia, Costa Rica, Abril-septiembre de 1984.

[16] ODDONE, CALOS NAHUEL Y GRANATO LEONARDO. "Los nuevos proyectos de integración regional vigentes en América Latina: La Alternativa Bolivariana para nuestra América y la Comunidad Sudamericana de Naciones", en Revista Tendencias, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativa, Universidad de Nariño, Pasto (Colombia),1° semestre de 2007, pág. 84.

ciativas de las ciudades, por los acuerdos entre organizaciones de la sociedad civil de distintos Estados: sindicatos, empresarios, comunidades académicas, zonas fronterizas, etc. que suponen una gobernanza multinivel (MLG, en sus siglas en inglés).

Al mismo tiempo, la voluntad política de integrarse encuentra resistencias de distinta índole: primero, al interior de los bloques puede darse el intento del predominio de algún país y el in-cumplimiento de las reglas por otros. Segundo, pueden existir problemas entre bloques que prac-tican un diálogo de sordos. En tercer lugar, existen tensiones por la dinámica del sistema interna-cional y un multilateralismo frágil en donde algunos países, encontrándose integrados en algún bloque a la vez intentan nuevas opciones de carácter bilateral. En general, es fundamental la exis-tencia de normas claras y estables en estas organizaciones regionales lo que no siempre se da. En este sentido, la Unión Europea tiene un orden normativo e institucional más estable y no así América Latina.[17]

Podríamos señalar que este fenómeno de la relación entre globalización, organizaciones regionales de Estados y debilitamiento de los Estados Nacionales tiene una dimensión universal. Hace más de medio siglo, ya se anunció en nuestro país esta crisis insuperable. Al analizar la crisis del Estado moderno, Fraga Iribarne apuntó que: "es un fenómeno cuya realidad no puede dis-cutirse: como unidad constitucional o como unidad internacional; una forma de organización políti-ca que llena los siglos que van de 1450 a 1950, más o menos, se encuentra hoy en proceso de franca desintegración". Este autor considera que los elementos básicos del Estado se han transformado radicalmente en la hora presente, desde el territorio debido a las estrategias de armas mo-dernas y al carácter más amplio de la economía moderna o el impacto del ordenamiento de la Comunidad Internacional sobre los territorios nacionales. También, el segundo elemento clásico del Estado, el de la población, ha sufrido una mutación profunda ante el fenómeno de las migraciones y de dos movimientos contrarios, "el de la pequeña patria de región, provincia y aún vecindad, y el de la gran patria humana y universal"; por último, el

[17] STAVRIDIS, S., DIAMINT, R., GORDIN, J., "Unión Europea- América Latina/ América Latina-Unión Europea: Integración regional y biregionalismo". Véase en especial la Introducción titulada"Globalización y Regionalización". Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 2012,págs. 29-32.

tercer elemento la organización política, el Estado como poder organizado superior, es decir, el Estado como soberanía que reconoce superior en lo temporal. Hoy cabe preguntarse si el Estado ha demostrado efectivamente ese poder en los últimos tiempos y si los individuos se sienten dentro de él suficientemente protegidos y organizados". Es decir, surge la duda de si el Estado moderno tiene bastante poder efectivo para resolver los complejos problemas de las sociedades modernas; o si la hiperestesia de totalitarismos, dictaduras, etc., no es una prueba de que estamos ante una forma política superada.[18]

Existen tentativas de integración también en Asia y en África aunque solo sea en forma de Tratados, de alianzas estratégicas tanto defensivas como comerciales.

La debilidad de estos acuerdos en África pone en evidencia la incapacidad de muchos de sus Estados para garantizar la paz social y la seguridad jurídica, así como los servicios públicos mínimos a sus ciudadanos y crea una estabilidad profunda en el continente que se resuelve a menudo o con la intervención de Naciones Unidas o de alguna de las antiguas potencias coloniales, como el caso de Francia en los países africanos francófonos.

Por ello, los casos de Europa y de América Latina son mucho más evidentes en estos procesos de integración y de crisis definitiva del modelo tradicional de Estado nacional y las ense-ñanzas de la comparación entre ambas regiones nos parecen muy esclarecedoras para el tema que nos ocupa.

III.1 Las vidas paralelas de la integración europea y la latinoamericana: debilitamiento de las soberanías nacionales y camino de culminación del Estado Social y Democrático de Derecho

Siempre existe un riesgo en el enfoque de "vidas paralelas", al querer acentuar las seme-janzas e ignorar las diferencias. De todas formas, la mayor antigüedad del modelo integrador europeo autoriza a extraer algunas enseñanzas para procesos integradores más recientes como el latinoamericano.

[18] STAVRIDIS, S., DIAMINT, R., GORDIN, J., "Unión Europea- América Latina/ América Latina-Unión Europea: Integración regional y biregionalismo". Véase en especial la Introducción titulada"Globalización y Regionalización". Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 2012,págs. 29-32.

Sería, sin embargo, un error el mero mimetismo, sin tener en cuenta la idiosincrasia propia de los pueblos, a la que deben adaptarse sus estructuras jurídicas organizativas.

Es evidente que en la Europa de la Posguerra mundial existían profundas diferencias de idiomas, tradiciones históricas, culturas e incluso graves conflictos entre países. Ahora bien, se daba la voluntad de superar la catástrofe histórica de la guerra y de encontrar un principio de convergencia basado en la convivencia pacífica, la cooperación y el denominador común democrático.

En principio, en América Latina, podrían detectarse mayores factores de integración por la unidad del idioma, o idiomas ibéricos, la tradición cultural compartida, la religión común y las insti-tuciones republicanas semejantes, así como un orden jurídico basado en la tradición romanista, transmitida a través del Derecho español. Tampoco se habían dado conflictos tan graves y violentos como las históricas guerras en territorio europeo.

Los proyectos integradores nacen en el mismo momento de la independencia y los liberta-dores como Bolívar y San Martín, y otros muchos, son abanderados de esta idea que se mantiene viva, incluso a nivel programático en numerosas constituciones de los países latinoamericanos.[19]

En la hora presente, no se trata ya de grandes ideales, sino de necesidades urgentes de supervivencia en el nuevo orden internacional globalizado en el que países aislados quedan completamente marginados. Al mismo tiempo, la culminación del Estado de Derecho, social y democrático, posiblemente no pueda alcanzarse sino en la fase de integración regional de los países latinoamericanos. En el momento de detectar contradicciones entre ambos modelos, podríamos señalar que las sociedades latinoamericanas están menos estructuradas, con unos graves niveles de desigualdad y con menor convencimiento democrático, dada la fuerza de las élites oligárquicas en toda su historia. También, perviven factores nacionalistas que desconfían de los procesos de integración y quieren convertir una concepción mítica de la soberanía nacional en un valladar para intromisiones de los vecinos y un freno a cualquier cesión de soberanía, considerada como una forma de traición, a pesar de que esas mismas élites no tuvieron inconveniente en ceder a las presiones de

[19] Véase el capítulo "Soberanía e integración en Iberoamérica: Una perspectiva histórica y jurídica", en COLOMER VIADEL, A. Constitución, Estado y Democracia en el S.XXI, ed. UPV, Valencia, 2006. págs. 125-144.

organismos internacionales de carácter económico, la determinación de sus políticas económicas, y la prioridad del pago de la deuda externa, incluso a costa de las necesarias políticas sociales internas.

La integración necesita una profundización democrática compartida así como poner en valor las garantías de los derechos fundamentales de las personas, la mejora de los servicios públicos a los ciudadanos y el consolidar la paz social y la seguridad jurídica para lo que es imprescindible reducir las desigualdades.

Este denominador común es una levadura integradora fundamental que, en buena medida, ha sido la clave para la construcción integradora en la Unión Europea, y se da con más debilidad en las organizaciones de integración latinoamericana.[20]

Los principios de solidaridad y cohesión social han sido básicos en la construcción europea y, por medio de ellos, se han cerrado poco a poco las brechas de desigualdades, mediante trans-ferencias financieras de fondos europeos a aquellos países que se incorporaban por un nivel por debajo del 90% de la renta media en la Unión Europea. Generalizar estos principios, en los procesos de integración latinoamericanos, nos parece muy necesario y hacerlo también desde la pers-pectiva del principio de subsidiaridad, por el cual todo lo que pueda hacerse al nivel más próximo a los ciudadanos no debe hacerse a escala superior. Pensemos que esos fondos europeos de solidaridad se han facilitado fundamentalmente para ayudas a municipios y regiones menos desarrolladas de los diferentes países.

En el caso latinoamericano, se ha dado la modesta institucionalización en el MERCOSUR del FOCEM en 2005, Fondo para la Convergencia Estructural y Fortalecimiento de la estructura institucional de MERCOSUR, que manejó unos recursos de 100 millones de dólares, a partir de aportaciones de Brasil y Argentina de las que resultaban beneficiados los otros socios más pequeños, Uruguay y Paraguay. Debemos, también, llamar la atención en este campo sobre la peculiaridad del proyecto integrador del ALBA promovido desde Venezuela que, en gran me-

[20] COLOMER VIADEL, A. (Coord.). *La Integración política en Europa y en América Latina*, ed. UGARIT, Valencia, 2007. Recuérdese lo indicado anteriormente y véase también en esta obra la parte primera de Bartolomé Cenzano, José Carlos, "La integración europea, sus obstáculos y sus logros", págs. 35 a 156 y la parte tercera de Cabedo Mallol Vicente, titulada "Las relaciones entre la Unión Europea y América Latina y el Caribe" págs. 311-408.

dida, se manifestaba como un proyecto de cooperación mediante campañas de asistencia sanitaria y edu-cativa, así como cesión de petróleo en condiciones mucho más económicas que las del mercado, a los países con menos recursos.

El entramado institucional de los procesos latinoamericanos es en general débil -tal vez con la excepción de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)- y tiene fundamentalmente un carácter intergubernamental, ya que casi no existen normas supranacionales de aplicación directa. Posiblemente, el factor del presidencialismo latinoamericano y el liderazgo de estos dirigentes nada dispuestos a ceder capacidad de decisión explican esta desconfianza hacia el mayor crecimiento institucional y a la creación de un verdadero orden jurídico supranacional, lo que si se da en la Unión Europea con el llamado Derecho Comunitario Europeo. Además, el Tribunal de Justicia Europeo tiene verdadera capacidad jurisdiccional para exigir el cumplimiento de este derecho a los países integrados en la Unión.

Solo el Tribunal de Justicia de la CAN tiene alguna semejanza, aunque con una menor fuerza coactiva y además, dado el debilitamiento de esta organización regional de los últimos años, también se han resentido sus instituciones.

En el MERCOSUR, desde su fundación por el Tratado de Asunción de 1991, hay que esperar más de una década para la creación del Tribunal Permanente de Revisión, para resolver controversias, pero con la contradicción de que los países parte pueden elegir someterse a otras jurisdicciones como la de la Organización Mundial de Comercio o el Tribunal Internacional de Justicia, de Naciones Unidas, de la Haya. Se da la paradoja de que la solución de controversias puede hacerse fuera del entramado institucional del propio MERCOSUR.

Un acuerdo de complementación económica entre MERCOSUR y la Comunidad Andina, con el apoyo de la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), ha pretendido desde hace tiempo incrementar la masa crítica institucional y ponerla también al servicio del proyecto de Comunidad Sudamericana de Naciones que nace en Cusco (Perú) en 2004 y que, finalmente, va a denominarse Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR).

Una vía para fortalecer la integración ha sido la de convergencia de intereses y, en este sentido, es importante el acuerdo de los doce presidentes sudamericanos en Brasilia el año 2000, que crea la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA), y el Plan de Acción para la Integración Física Sudamericana. Prácticamente, todos los países compar-ten la necesidad de unas mejores comunicaciones que faciliten el comercio regional y, también, la salida hacia el exterior, por vía terrestre, marítima, fluvial y aérea, así como las comunicaciones tecnológicas. En la misma línea, la comunicación energética mediante gaseoductos para el envío de petróleo y gases desde los países productores a los no productores a cambio de otros productos de estos últimos, especialmente en alimentación.

Un último desafío es el de la Integración financiera que rompa con la dependencia externa y permita un alto grado de autonomía a la región e invulnerabilidad frente a las agresiones externas de carácter especulativo. Recordemos que el proceso de integración europea nace a principios de los años 50 del S. XX con un acuerdo inicial sobre el carbón y el acero y que la integración financiera ha llevado a la creación de una moneda única, el euro, y de un Banco Central Europeo con importantes competencias en política monetaria y financiera que permite abordar la situación de crisis de algunos países de la Unión desde una política económica y financiera solidaria.

Evidentemente, en esta cooperación de infraestructuras todos están interesados, más allá de las diferencias de regímenes políticos y de contradicciones ideológicas y, por ello, hay que ha-cer especial énfasis en esa acción convergente común.

Posiblemente, la creación de cuerpos técnico administrativo de buena cualificación para los órganos de integración es imprescindible en el caso latinoamericano, así como la estandarización de normas dentro de cada bloque y la descentralización que permita políticas locales de cooperación intermunicipal e interregional sin tener que esperar a grandes acuerdos entre gobiernos.

El impulso político es también imprescindible para que crezcan tales proyectos integradores y que las decisiones económicas y sociales se apliquen eficazmente. La lucha contra la desigualdad y la pobreza exige políticas sociales en el campo de la educación, de la sanidad, de la vivienda

y, también, una estrategia a favor de la agroindustria que dé prioridad a la alimentación de las poblaciones que permita surgir una demanda interna como motor de crecimiento. En este sentido, la aparición y desarrollo del Parlamento Latinoamericano pareciera un instrumento ade-cuado para incrementar la cooperación cultural, educativa, científica e investigadora. También, las Cumbres Iberoamericanas como la N° 20 que se ha celebrado los días 2 y 3 de Noviembre de 2010 en Mar de Plata y ha querido hacer énfasis en la creación de un fondo para la educación aunque otros intereses estratégicos y pugnas ideológicas se interfieran.

No podemos olvidar ese 62% de la población activa latinoamericana que continúa en la economía informal y para la cual es necesaria una estrategia de integración, favoreciendo sectores de economía solidaria y cooperativa, con recursos de apoyo suficientes para poder competir con cierta igualdad con los otros sectores público y privado.

El compromiso con los ciudadanos debería fortalecer la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José (Costa Rica), y dotarla de más medios y una mayor eficacia en la aplicación de su jurisprudencia. El caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe tenerse en cuenta en su capacidad de sancionar a países europeos en esta materia. Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Justicia interpreta los Tratados y reglas del Derecho Comunitario y soluciona los conflictos o incumplimientos de esta normativa. Este es un instrumento fundamental en un proceso de integración que quiera tener solidez.

La pugna ideológica entre el Proyecto ALCA, inspirado como acuerdo de libre comercio por Estados Unidos, que finalmente naufragó en la reunión de Mar de Plata de 2005, y el Proyecto ALBA movido desde la Venezuela Bolivariana como contrapunto a la primera, y proyecto más ra-dical y político de naturaleza ideológica socialista, debiera decantarse hacia una autonomía de la Región en la que pudieran convivir en una integración multilateral con regímenes políticos diferen-tes pero que compartan una identidad histórica común y una voluntad de cooperación de interés recíproco. Ese proyecto debe estar al servicio de una nueva estrategia de cohesión social y una autonomía para negociar con libertad en el orden internacional. En este sentido, los acuerdos con la Unión Europea que ha actuado como "un federador externo" de América Latina porque en todos sus acuerdos ha establecido la condición de man-

tener el entramado integrador, puede dar lugar a una asociación estratégica, pero que no cierre a América Latina la posibilidad de otros acuerdos con diferentes regiones del Mundo.

La integración es un camino sin retorno, si América Latina no quiere ser arrojada a una zanja de la historia. Diferentes desafíos tienen que ser asumidos. Los Proyectos de integración física y de comunicaciones son una levadura de integración eficaz y rápida, pero en ellos también hay que favorecer la transparencia y la lucha contra la corrupción que es otro desafío generalizado.

La cooperación en energía y sistema financiero, también se presentan como factor de inte-gración de una gran importancia y el Banco del Sur una herramienta eficaz para ello.

La integración del conocimiento mediante proyectos compartidos de I+D+I es una exigencia de nuestra época.

La mejora de la masa crítica institucional de las organizaciones de integración y la convergencia entre ellas es imprescindible.

La mayor densidad del orden normativo y que algunas reglas tengan carácter supranacional que se impongan a los órdenes jurídicos internos es imprescindible como demuestra la experiencia europea.

También, es necesaria la creación y el fortalecimiento de instituciones de solución de controversias con capacidad vinculante y autoridad aceptada por todos.

Ya dijimos que la integración puede empezar desde abajo a través de la descentralización de municipios y regiones y los acuerdos intermunicipales e interregionales.

La solidaridad y la cohesión social son mandatos imprescindibles no solo de carácter gu-bernamental, sino a través de las organizaciones comunitarias de la sociedad civil y en la lucha contra la pobreza y la desigualdad.

La complementariedad económica debe dar prioridad a la agroindustria, abasteciendo de alimentos a las poblaciones y promoviendo la demanda interna, mediante el intercambio interregional que elimine intermediarios e incluso signos monetarios en los mismos.

Las garantías de defensa jurídica ante abusos de poder o violación de la ley, y de los derechos fundamentales de las personas es objetivo irrenunciable y fundamental y, para ello, se hace imprescindible una selec-

ción objetiva y transparente de los miembros del poder judicial que respondan a la triple I: Independencia, Imparcialidad, Integridad.

Hay que reconvertir la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tenga un plan de actuación autónomo para el mundo Iberoamericano sin dependencias externas y fortaleciendo su estructura y exigiendo el estricto cumplimiento de sus sentencias y autos.

Una estructura de integración es más que un acuerdo comercial. Debe responder a valores y ética social inspiradores de lucha contra las desigualdades, de consenso social y respeto al pluralismo político de regeneración democrática.

Debe combinar elementos distantes para encontrar su punto de equilibrio, mediante imaginación y tolerancia recíproca que combine intereses compartidos e ideales básicos sobre la dignidad del hombre y su papel en la sociedad. Solo así el proyecto integrador, tan necesario para sobrevivir en este mundo globalizado, no se frustrará.

IV. A modo de conclusión. El destino del modelo paradigmático del Estado

Hace ya bastantes décadas, que se viene hablando y escribiendo sobre la crisis del Estado. Al parecer, este guarda una mala salud de hierro porque sus estructuras fundamentales se mantienen en pie y su papel ha crecido por el mayor protagonismo económico y un secuestro sistemático de sus órganos de poder por las élites que tienden a oligarquizarlo. En este sentido, la crisis del mandato representativo de los Parlamentos nacionales es evidente, por mecanismos de adhesión plebiscitaria a líderes nacionales apoyados en los casos democráticos, por el manejo abrumador de los medios de comunicación social, y en otros, por verdaderas fórmulas neodictatoriales bajo apariencias constitucionales que son verdaderas ficciones jurídicas.

En el plano del derecho internacional y de las relaciones internacionales, es también evidente el desequilibrio de la influencia entre los Estados que ha pulverizado la idea de la soberanía nacional como poder supremo, entre iguales, de las relaciones entre los Estados.

Al mismo tiempo, han emergido organizaciones internacionales de distinta naturaleza que condicionan y determinan decisiones políticas,

económicas y presupuestarias de los Estados nacionales. Pensemos en el papel regulador y de presión, tantas veces insoportable, de la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, etc. El endeudamiento de los Estados y el pago de los intereses de la deuda externa condiciona gravemente las decisiones autónomas de los Estados, del mismo modo que el tener que recurrir a financiamiento internacional o el intercambio desigual, cuando los intereses son señalados unilateralmente por lo acreedores; los precios de los productos son condicionados en el mercado internacional en menoscabo de los productos agrícolas de los países subdesarrollados y la hipervaloración de las tecnologías avanzadas en manos de los Estados más desarrollados.

Una estrategia de supervivencia a escala internacional ha sido la creación de las organizaciones regionales de Estados con una eficacia desigual, pero al menos la posibilidad para los Estados más pequeños de tener en su seno una capacidad de resistencia y negociación que prácticamente no existía como Estado aislado.

El intercambio y el comercio interno en el seno de estas organizaciones regionales con la desaparición más o menos amplia de los aranceles comerciales sí permiten una mejor colocación de sus producciones, sin las dependencias del comercio internacional clásico y sus condicionantes.

En el plano político, en donde es necesario avanzar de manera más decidida fortaleciendo las instituciones de integración, la emergencia de un derecho constitucional de integración y su legislación de desarrollo que sea acatada por todos y también la constitución de Tribunales con jurisdicción para aplicar tal derecho de forma vinculante para todos los miembros de estas organizaciones supranacionales.

Ni que decir tiene que, para la protección y garantía de los derechos fundamentales, la existencia de Cortes de Derechos Humanos de ámbito supranacional puede ser disuasoria de decisiones injustas de las judicaturas nacionales, que puedan ser recurridas en ese ámbito superior.

También, el desarrollo de la llamada paradiplomacia, es decir, los acuerdos de las instituciones locales y de las organizaciones de las sociedades civiles entre distintos países, puede condicionar los acuerdos intergubernamentales y hacer más efectiva la integración.

Todo ello necesariamente llevará a la larga a una mutación profunda del Estado constitu-cional tradicional y sus rasgos de institución soberana. El modo en que se articulen finalmente las nuevas estructuras políticas y las formas de control y límite del poder, está por verse, pero parece creíble que en ese horizonte la participación ciudadana y el incremento de la densidad democrática va a suponer formas nuevas que garanticen más eficazmente la vigencia de los derechos y el control de los poderes públicos.

Palabras de recepción del académico correspondiente en Cuba

La negativa de atención o alimentos al causante como causal de incapacidad para suceder (rectius inhabilitación o exclusión sucesoria)*

Pérez Gallardo, Leonardo

"Porque no ha despreciado ni le ha repugnado
la desgracia de un desgraciado
no le ha escondido el rostro;
cuando pidió auxilio, le escuchó".

Salmos 22: 25

---

* *Conferencia de incorporación a la Academia, dictada en sesión especial del 6 de mayo de 2014.*

I. El Código Civil cubano y las causales de incapacidad para suceder. Notas críticas en torno a su propia denominación

Aunque me confieso crítico del Código Civil de mi país, no debo dejar de reconocer sus virtudes en lo técnico metodológico y sus postulados de avanzada en la fecha en que fue sancionado (1987). Sin dudas el tema que me convoca en este efímero estudio supuso en la época una novedad en la manera en que se formula la causal de incapacidad sucesoria a analizar (en la denominación que el propio Código da).

Permítaseme ante todo expresar que el Código Civil cubano se aparta de su fuente histórica precedente por antonomasia, el Código Civil español, hecho extensivo a Cuba en 1889, al no distinguir entre las causales de incapacidad para suceder absolutas y relativas, y las causales de indignidad, reguladas en el art. 756 del Código Civil de España como causales de incapacidad por indignidad. En tal orden, el tratamiento que ofrece el Código Civil de Cuba es el de refundir las causales de incapacidad sucesoria, sin distingo alguno de los supuestos que clásicamente se sitúan en la indignidad sucesoria. Posición que en el Derecho comparado hispanoamericano tampoco ha sido la misma que la del español[1], pues en varios de los códigos civiles de nuestro continente, la indignidad tiene un tratamiento disímil a las incapacidades sucesorias.[2]

No obstante, no caben dudas que las causales que el codificador cubano regula en el art. 469 del Código Civil son las que la communis opinio doctrinaria y el Derecho comparado, califican como causales de indignidad, cuyo fin o cometido es excluir de la sucesión a quien tiene derecho a ello, en virtud de un reproche ético, moral, reconocido por el legislador como ofensa grave al causante de la herencia, de modo que las normas sociales, de conducta, éticas, y en consecuencia también las le-

[1] Consideran la indignidad un supuesto de incapacidad sucesoria, entre otros, el Código Civil de Argentina en sus arts. 3290 y ss., el Código Civil de Venezuela en sus arts. 810 y ss. y el Código Civil de Guatemala en los arts. 924 y ss.

[2] Tal es la posición que asumen los códigos civiles inspirados en el Código Civil chileno de D. ANDRÉS BELLO, quien a su vez lo toma del Code (arts. 727 y ss.). En tales cuerpos legales la indignidad es un supuesto disímil de las incapacidades sucesorias, con tratamiento legal diferente, *vid*. en tal sentido los arts. 968 y ss. del Código Civil de Chile, 946 y ss. del Código Civil de Honduras, 1032 y ss. del Código Civil de Ecuador, 1009 y ss. del Código Civil de Bolivia, 969 y ss. del Código Civil de El Salvador, 1025 y ss. del Código Civil de Colombia, 988 y ss. del Código Civil de Nicaragua y 523 y ss. del Código Civil de Costa Rica.

gales hacen incompatibles la condición o cualidad de sucesor *mortis causa* con el infame comportamiento para con el causante de la sucesión. "Se trata de la pérdida de un derecho con naturaleza punitiva"[3], forma de "penalizar al heredero que se condujo de forma injusta contra el autor de la herencia de modo que merece reprimenda, tanto desde el punto de vista moral como legal"[4], "tacha con que la ley marca a las personas que han cometido determinados actos especialmente reprensibles (…)"[5], "incompatibilidad moral"[6], en razón "de un acto del heredero o legatario (…) delictuoso o vituperable (…)"[7], "ofensivo y reprobable contra determinado causante"[8], "sanción de carácter civil, impuesta al heredero culpable de haber inferido un agravio grave al *de cujus*, o a su memoria". [9] Hay en ellas un "evidente juicio de reproche"[10], "una verdadera transgresión jurídica"[11], un "veto (que) tiene carácter punitivo y dimana de la conducta gravemente reprobable observada por el indigno respecto del causante"[12], por lo que "… razones de moralidad impulsan al legislador a privar de la herencia a aquellas personas que han cometido tales hechos en contra del difunto, que a la conciencia pública o social repugnaría que fuera el autor de ellos sucesor de la víctima".[13] Los sujetos incursos en

[3] *Vid.* SEBASTIAO AMORIMy EUCLIDES DE OLIVEIRA, cit. posDIAS, MARÍA BERENICE, *Manual das Sucessões*, 2ª edición, revisada, actualizada y ampliada, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, pág. 294.
[4] *Idem.*
[5] Vid. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Derecho Civil V-Derecho de Sucesiones,* 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1987, pág. 82.
[6] *Vid.* FERRERO COSTA, AUGUSTO, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 7ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2012, pág. 212.
[7] *Idem.*
[8] *Vid.* LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, *Sistema de Derecho Civil. Sucesiones* (Francisco Lledó Yagüe y Ramón Herrera Campos(dirs.), Dykinson, Madrid, 2002, pág. 64.
[9] *Vid.* LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, *Sistema de Derecho Civil. Sucesiones* (Francisco Lledó Yagüe y Ramón Herrera Campos(dirs.), Dykinson, Madrid, 2002, pág. 64.
[10] *Vid.* ZANNONI, EDUARDO A., *Manual de Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed., actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 80.
[11] *Vid.* PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil,* tomo V, volumen I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1975, pág. 134.
[12] *Vid.* ROYO MARTÍNEZ, MIGUEL, *Derecho Sucesorio "Mortis causa"*, Primera parte, ENPES, La Habana, 1991, págs. 77-78.
[13] *Vid.* VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO, *Tratado de Derecho Civil español*, tomo V-Parte especial. Derecho de sucesión mortis causa, Talleres tipográficos "Cuesta", Valladolid, 1916, pág. 446.

tales circunstancias resultan apartados de la sucesión, y no porque en el orden técnico-jurídico carezcan propiamente dicho de capacidad para adquirir por causa de muerte, sino porque el Derecho les impide retener lo que en principio pudieran adquirir.

En fin, el Código Civil cubano, en su dicción literal le da el tratamiento a las clásicas causales de indignidad sucesoria, de incapacidades para suceder, con la relatividad que ellas tienen, en tanto impiden acudir a determinada sucesión a quienes estén incursos en las circunstancias positivizadas en el art. 469[14], sin tomar en cuenta la crítica que en la propia doctrina española se ha sustentado históricamente en torno a que en tales circunstancias no estamos en presencia de una verdadera incapacidad para suceder, y sí de un supuesto de exclusión.[15] El incapaz para su-

[14] Por la naturaleza *sui géneris* que tiene, no hago referencia a la causal de incapacidad sucesoria reconocida en el art. 470 del Código Civil cubano.
Es dable aclarar que las incapacidades relativas para suceder, doctrinariamente se les ha nombrado prohibiciones para suceder. Explica PUIG BRUTAUque en los supuestos calificados como incapacidades relativas para suceder "Existe un verdadero sujeto de derecho (a diferencia de las llamadas incapacidades absolutas), idóneo en términos generales para ser nombrado heredero o legatario (…) pero debido a circunstancias especiales, ha sido objeto de exclusión por el ordenamiento jurídico, precisamente para evitar que su capacidad general produzca efectos en relación con un causante determinado". Vid. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos*…, V, volumen I, cit., pág. 130.

[15] Ciertamente, un sector de la doctrina científica hispana objetó el tratamiento dado por el codificador en el art. 756. VALVERDE Y VALVERDE, C. *Tratado de*…, V, cit., págs. 445-446. en fecha tan temprana como 1916 distinguía entre la indignidad y las incapacidades para suceder, calificando al indigno como un excluido de la sucesión, a título de pena o privación de derechos motivada por el comportamiento desleal y deplorable del pretenso sucesor.
Con una posición más matizada, ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO, *Manual de Derecho Civil español*, volumen V-Sucesiones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, pág. 44, quien, sin negar el efecto de exclusión de la sucesión de las causales de indignidad, sin embargo las califica como incapacidades o inhabilidades relativas, realzando que se trata de causales de incapacidad por indignidad. Similar tesis esgrime ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho*…, Primera parte…, *cit*., pág. 78, el cual sin negar su distinción, las intenta asimilar, a partir de considerar que tienen el mismo efecto, esto es: impedir la existencia de delación o llamamiento susceptible de aceptación.
Para PUIG BRUTAUen el Código Civil "existe cierta confusión por usarse a veces la palabra incapacidad en sentido muy general, común a los casos de inexistencia, de prohibición y de indignidad". A su juicio, la distinción entre indignidad por un lado, y los casos de incapacidad y de prohibición para suceder, está en que en el primero "en la fijación de las causas de indignidad la previsión de la ley está de lado del causante, pues trata de expresar su presumible voluntad", sin embargo

ceder según lo preceptuado en el Código Civil es descartado de la sucesión.

Lo primero que salta a la vista es el propio nomen, con las consecuencias que en Derecho ello tiene. ¿Realmente se incapacita para suceder o se inhabilita para concurrir en calidad de sucesor, ya sea a título de herencia o de legado? Las imprecisiones terminológicas, muy afines a nuestro legislador, comienzan con la denominación del Capítulo II, del Título I, del Libro IV, que no se aviene con el contenido del art. 469. El

en los otros casos "la ley está contra el causante, al adoptar medidas opuestas o contrarias a la voluntad expresada por el mismo". *Vid*. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos*… V, volumen I, cit., pág. 135.

RIVERO HERNÁNDEZ también se apunta entre los que distinguen la indignidad de la incapacidad sucesoria. No obstante, a diferencia de otros autores españoles, considera que la indignidad y la incapacidad sucesoria coinciden en que en ambos supuestos se adquiere el derecho a la herencia, el cual es posible que quede sujeto a resolución. Tanto en uno como en otro, hay delación, si bien tiene efectos claudicantes, los cuales pueden purgar por el transcurso del tiempo, consolidándose la situación claudicante creada, lo mismo por la incapacidad relativa que por la indignidad. Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, en *Elementos de Derecho Civil V*-Derecho de Sucesiones, José Luis Lacruz Berdejo et al., Bosch, Barcelona, 1993, pág. 70.

ALBALADEJO esgrime que el efecto que provoca la indignidad es excluir la delación a favor del indigno, o sea, no se trata de que adquiera pero no pueda retener en caso de que se impugne esa adquisición, sino que a su favor no hay delación "puesto que lo racional es no dar lugar a un llamamiento a favor de quien no debe suceder". No obstante, el autor ubica un supuesto de excepción, el caso en que el indigno haya adquirido la herencia o el legado, pero a posteriori se impugna tal adquisición bajo argumento de indignidad sucesoria. El pronunciamiento judicial en tales circunstancias, con efectos ex tunc, haría desaparecer la delación operada. *Vid*. ALBALADEJO, M., *Derecho…, V*, cit., pág.83.

VALLET DE GOYTISOLO por su parte, considera que en tales casos no estamos en presencia de un supuesto de vocación o delación sucesiva, o sea, no se concreta una segunda delación a favor de aquel sucesor que es llamado a la herencia en defecto del indigno, como acontece en los supuestos de repudiación o por prescripción del derecho a suceder. El indigno o el incapaz para suceder (distingue un supuesto de otro), no es llamado a la sucesión (cuestión que sí opera en los supuestos de repudiación o prescripción). "En esos casos (de indignidad o incapacidad para suceder) no se producen a favor del incapaz ni del indigno vocación ni delación, porque la invalidez de su designación hace abortar toda posible vocación. No puede haber vocación si la designación es inválida, como ocurre cuando el designado es incapaz o indigno". Por ese motivo, al declararse judicialmente la indignidad sucesoria, esta tiene efectos ex tunc, de modo que "se produce una apariencia de vocación a favor de los declarados incapaces o indignos. Apariencia claudicante que se borra con la declaración de incapacidad o indignidad". *Vid*. VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II-*Perspectiva dinámica,* Civitas, Madrid, 1984, págs. 383-384.

referido Capítulo se denomina Incapacidad para heredar, en un uso del singular inapropiado, pues como es lógico las causales de incapacidad sucesoria son más de una, en tanto que el término "heredar" empleado, tampoco es un acierto técnico, pues heredar en buen Derecho significa suceder a título de herencia y las causales incluidas como supuestos de incapacidad para suceder afectan a los que estén incursos en tales circunstancias, se trate de personas, que en principio, serían llamadas a suceder a título de herencia o de legado, como lo expresa el propio art. 469. Más polémico es el orden doctrinario es el empleo del término incapacidad para suceder por las razones ya apuntadas y que hace que un sector nada desdeñable de la doctrina científica se aferre a la idea de nombrar a esta figura como indignidad sucesoria y no como un supuesto de incapacidad para suceder, apuntando diferencias de matices de enorme calado y enjundia teórica.[16] De ahí, que se sostenga que más que causales

[16] En la doctrina argentina ZANNONI se muestra partidario, a pesar del dictado del Código Civil argentino que ubica los artículos reguladores de las causales de indignidad sucesoria bajo la denominación "*De las incapacidades para suceder*". Según su parecer "Las causas de indignidad que establece la ley solo operan a través de invocación y prueba, y entonces resuelven la adquisición del heredero. Pero bien se advierte que sólo puede ser declarado indigno quien tiene vocación hereditaria y, por lo tanto, capacidad para suceder como condición de eficacia de aquélla. En caso de entenderse lo contrario, la institución misma sería inoperante: no tiene mayor sentido excluir como indigno a quien es incapaz para suceder o carece de vocación", concluyendo que el derecho de quien resulta indigno para suceder es claudicante, o sea, está sujeto al éxito de la impugnación de la condición del sucesor, sobre la tacha de indignidad, declarada por sentencia definitiva y firme. De ahí que afirme el autor que "la indignidad es o constituye un modo por el cual se resuelven los derechos sucesorios adquiridos por el llamado. Diríamos, de otro modo: la adquisición de la herencia está subordinada a que el adquirente no sea calificado por sentencia como indigno por haber incurrido en hechos de indignidad, que según la ley tornen, por efecto de la resolución, ineficaz su vocación. *Vid.* ZANNONI, E. A., *Manual de*…, cit., págs. 80 y 82, respectivamente.
Entre los colombianos SUÁREZ FRANCO, R., *Derecho de*…, cit., pág. 105 también abraza esta posición, siguiendo los derroteros de la doctrina chilena. De este modo, distingue la indignidad, de la incapacidad, sobre la base de que la primera requiere declaración judicial, es una inhabilitación jurídica de carácter particular, y permite al sujeto incurso en ella adquirir la posesión legal, pero no retenerla, tras la declaración judicial de su indignidad, mientras que la segunda, obra de pleno derecho, es una inaptitud jurídica de carácter general que excepcionalmente se refiere a un herencia determinada, e impide al sujeto incurso en ella adquirir la herencia, careciendo por tanto de la posesión legal.
En la doctrina peruana LOHMANN LUCA DE TENA ubica entre los rasgos tipificadores de la indignidad sucesoria el no ser una causa de incapacidad, razón

de incapacidad para suceder, se debería hablar de causales de exclusión de la sucesión por razón de la indignidad, o sea, los casos calificados de indignidad quedarían ubicados dentro de los supuestos de exclusión de la sucesión, categoría esta genérica.[17]

por la cual se purga con el tiempo, todo lo contrario supone la capacidad, motivo por el que se suele hablar, sobre todo entre los autores españoles (posición que hemos seguido en Cuba), de incapacidad relativa para suceder. De este modo, afirma que: "… los indignos no quedan privados de todo llamamiento o delación, sino solo respecto de la sucesión del sujeto afectado o agraviado". De esa expresión cabe colegir, que su posición se contrapone en parte con la de los autores citados con anterioridad pues el indigno -a su juicio-, sí que resultaría privado del llamamiento o delación respecto de la persona en la cual se ha sustantivado el comportamiento ofensivo. *Vid*. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Derecho de Sucesiones,* tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, pág. 161.

El también profesor peruano ZÁRATE DEL PINO, tampoco la considera una causal de incapacidad para suceder, tal y como dice el autor, fue titulada erróneamente por el codificador de 1936 y corregida por el de 1984. En su consideración "la indignidad tiene como presupuesto necesario la capacidad, el indigno es un sucesor capaz, pero que por su inconducta puede ser privado de la herencia o el legado a que tendría derecho". Vid. ZÁRATE DEL PINO, JUAN B., *Curso de Derecho de Sucesiones*, 1ª ed., Palestra editores, Lima, 1998, pág. 78,

En la doctrina boliviana VILLAFUERTE CLAROSarguye que la indignidad no supone incapacidad, sino cierta irregularidad en la vocación hereditaria. La indignidad -a su juicio-, presupone la capacidad para suceder, "para ser declarado indigno hay que tener vocación hereditaria y, por lo tanto, capacidad para suceder". Vid. VILLAFUERTE CLAROS, ARMANDO, *Derecho de Sucesiones,* tomo I- *Parte general*, 2ª ed., Riverijos Ltda., La Paz, 1993, pág. 62. Según el Código Civil de su país, la indignidad opera como una sanción *ex lege*, cuya consecuencia es la exclusión de la sucesión.

[17] El ponente del libro regulador del Derecho de Sucesiones en el Código Civil peruano, el maestro RÓMULO E. LANATTA, abraza esta posición. Nada mejor que recurrir a él para entender por qué siendo el ponente del libro, mantuvo la denominación "incapacidades para suceder" en el Título II de la Sección Primera del Libro Tercero. La denominación, la atribuye el autor al Derecho romano, en que hubo verdaderas causales de incapacidades para suceder, además de que en el Derecho comparado también acontece así, tal y como se expone en nota (1) de este propio trabajo. Sin embargo, ni el Derecho histórico ni el Derecho comparado justifican que se mantenga la denominación, si el propio ponente del Código no está conteste con ello, y lo critica en su propia obra doctrinaria. LANATTA, sigue la orientación italiana de ubicar la indignidad como un supuesto de exclusión de la herencia. Concluye arguyendo que: "el indigno hereda y su indignidad es causal de impugnación que queda en manos de los demás sucesores (…), quienes pueden hacerla valer o no", "El indigno, desde el momento en que se operó la transmisión sucesoria a su favor hasta el momento en que se declara fundada la acción de indignidad, se encuentra en su condición de heredero aparente". *Vid*. LANATTA, RÓMULO E., *Derecho de Sucesiones*, tomo I-

No obstante, no caben dudas de que nuestro legislador, sí que prefirió borrar el término indignidad, por razones que no han quedado explicitadas. Es cierto que el reproche ético y moral que la conducta del ofensor supone para el causante agraviado u ofendido y en razón de lo cual el Derecho se alza con una sanción civil[18]: la de inhabilitar o excluir al sujeto ofensor a acudir a la sucesión del ofendido, pudiera ser calificado como un atentado a la dignidad de la persona en un sentido lato del término, y en tal evento el ofensor se comporta como un sujeto indigno para suce-der por causa de muerte a aquel que con su conducta agravió moral o físicamente, o a los parientes más propincuos o al cónyuge, o incluso a su compañero de hecho o conviviente afectivo, pre-cisamente por atentar contra el circulo de personas afectivamente unidas al causante de la suce-sión. Si el afecto es una de las razones que aviva la sucesión por causa de muerte, cualquier acto atentatorio contra este, destruye la posibilidad de concurrir a la herencia, dado el reproche ético que ese actuar presume. Reproche que rebasa los límites de la ética, para tener innegables con-secuencias jurídicas, condenándose civilmente a

---

Parte general, 3ª ed., Editorial Desarrollo, Lima, 1983, págs. 262-263.
También es partidario de esta posición entre los autores peruanos FERRERO COSTA, quien incluye las causales de indignidad entre las de exclusión, "Estando la capacidad referida a la existencia, y siendo por tanto todas las personas capaces de suceder, referirse a la incapacidad como el género y a la indignidad como la especie -a juicio del autor-, es un error. Fundamentalmente porque para ser indigno hay que ser capaz. La capacidad es un presupuesto de la indignidad". Para FERRERO el defecto de sistemática se atribuye a la influencia del Código Civil español que en el art. 756 -regulador de las causales de indignidad-, las incluye dentro de la incapacidad sucesoria. "El indigno adquiere, pero su adquisición puede ser impugnada. Recibe la herencia o el legado, pero le es retirada por causa de indignidad. Se le excluye de la sucesión". *Vid*. FERRERO COSTA, A., *Tratado de…*, cit., págs. 211 y 231, respectivamente.
Igualmente habla de "excluídos da sucessão" en el Derecho brasilero, la profesora MARÍA BERENICE DIAS. *VID*. DIAS, M. B., *Manual das…*, cit., págs. 294-296.
[18] Para el profesor PÉREZ DE VARGAS MUÑOZesta es la naturaleza jurídica de la llamada indignidad sucesoria y al igual que las sanciones penales, la declaración de indignidad sucesoria no satisface el derecho violado, ya que no tiende a reintegrarlo. Desde el plano civil su función social es de prevención y represión del acto ilícito porque en el fondo responde al principio general de que nadie puede sacar provecho de su propia inmoralidad, siguiendo así a Barassi. Vid. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, JOSÉ, "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, José Pérez de Vargas Muñoz (coordinador), La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, pág. 380.

ser apartado de la sucesión. Ahora bien, quizás en el Derecho civil del siglo XXI el término indigno, sea a su vez atentatorio contra la dignidad del "indigno", y no se trata de un simple juego de palabras, sino que hoy día estigmatizar con ese tér-mino, si se quiere, en cierto modo peyorativo, supondría una posición del legislador, atentatoria contra principios elementales de protección de la persona. El que un sujeto haya actuado contra la dignidad de otra persona, con actos que hieren su sensibilidad, que rompen con la solidaridad humana, o que transgreden los límites de convivencia o incluso que son constitutivos de delitos graves como el homicidio intencional o el asesinato (en sus modalidades agravadas de fratricidio, conyugidicio o parricidio), no debe legitimar al legislador a estigmatizar al sujeto con la calificación de indigno, aunque tal indignidad sea para suceder. Cualquier sujeto, ya sea el reproche legal, por conductas, incluso sancionadas en el orden penal, tiene dignidad y tal dignidad hay que respetarla. A mi juicio, seguir denominando estas conductas como supuestos de indignidad para suceder es un maniqueísmo que debemos abandonar ni tan siquiera se justifica como un recurso metafórico del lenguaje. Que el Derecho reaccione condenando al infractor con una sentencia en que un tribunal le declara indigno para suceder, es como legitimar la Ley del Talión en nuestra cultura occidental. Por esa razón, comparto el criterio de nuestro legislador, de abandonar el término de indignidad, con la carga desdeñosa que para el sujeto incurso en las causales del art. 469 supone. Ahora bien, ello no implica en modo alguno que considere que el término incapacidad para suceder sea el más idóneo, lo cual no se justifica solo por una expresión impropia del lenguaje, sino por los argumentos que ya han sido expuestos y que ponen en tela de duda que estemos en presencia de verdaderas causales de incapacidad para suceder. En tal sentido, me afilio al criterio seguido por el legislador catalán que en posición disímil a la de nuestro legislador, distingue entre causales de indignidad y de inhabilitación para suceder, manteniendo las primeras, pero incluyendo en las segundas lo que un sector de la doctrina española ha considerado causales de incapacidad relativas para suceder, sustentada en la formulación de los arts. 752, 753 y 754 del Código Civil español. Si bien se consideran sinónimos los vocablos incapacidad e inhabilidad, en buen castizo, me parece más apropiado en sede sucesoria, en tanto que como reza el *Diccionario esencial*

de la lengua española, la inhabilitación supone una "Pena o castigo que priva de algunos derechos"[19] y qué opera en este orden, sino una sanción civil en contra del pretenso heredero o legatario, por su conducta reprensible, que le priva del derecho a adquirir la herencia o el legado, que de otro modo se hubiese adjudicado.

No obstante, aún mi preferencia por el vocablo inhabilitación o, también por el de exclusión para suceder, frente a incapacidad sucesoria, no puedo dejar de sustraerme al tratamiento legislativo y doctrinario del tema en el Derecho cubano, que lleva a que se hable de incapacidad sucesoria, cuando en realidad debiera decirse inhabilitación o exclusión sucesoria.

II. ¿Cómo entender la negativa de atención al causante de la sucesión? El sustrato ético y de naturaleza personal de esta causal de incapacidad para suceder, que no dé indignidad sucesoria

Entre las causales de inhabilitación o incapacidad sucesoria -en la dicción del legislador de nuestro Código Civil-, se encuentra la negativa de atención o de alimentos al causante de la suce-sión. Esta causal, como el resto de las reguladas en el art. 469 se extiende a todos los tipos de sucesiones, ya voluntaria o legal, ya a título universal o a título particular (sea como legatario o incluso como prelagatario o sublegatario). Cualquier sucesor por causa de muerte que incida en cualquiera de las conductas previstas en el art. 469 del Código Civil podrá ser declarado incapaz o inhábil para suceder.[20] Empero, la regulada en el inc. c) del apartado 1 del art. 469 reviste caracteres muy peculiares.

En primer orden, merece otear el comportamiento del Derecho comparado en nuestro entorno. En efecto, la mayoría de los códigos civiles iberoamericanos (si incluimos también a Brasil) rehúsan incluir dentro de las causales de indignidad sucesoria o incapacidad sucesoria (según el tratamiento dado) la reprensión de conductas atentatorias con-

[19] *Diccionario esencial de la lengua español*a, Real Academia española, Espasa-Calpe, Madrid, 2006, pág. 824.

[20] Con tal parecer, la Sentencia N° 58 de 31 de agosto de 2010 de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana (proceso ordinario), primer Considerando (ponente Alfaro Guillén).

tra la atención o el procurar alimentos al causante de la sucesión. Digamos que por aproximación, los códigos civiles "inspirados" en el Código Civil chileno incluyeron una causal de efectos bien limitados, a saber: el caso en que: "*El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive, que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo*" (art. 968.3 del Código Civil chileno).[21] Tal causal tiene un cometido ético indiscutible pues incentiva la protección de las personas con discapacidad o vulnerabilidad económica por sus parientes consanguíneos (hasta un grado bas-tante distante) o el cónyuge (solo en algunos de estos códigos). Obsérvese que los legisladores limitaron la posibilidad de declarar indigno al sucesor en excepcionales circunstancias. Solo cuando el que resulte causante se encontrare en un estado de demencia, y no hubiere sido socorrido por quien luego le sucedería, por supuesto, basándose en los vínculos parentales -y como dije-, en algunos códigos, en el de naturaleza marital.

En la doctrina colombiana, al comentarse el art. 1025.3 del Código Civil, se sostiene que el precepto en cuestión está íntimamente relacionado con el derecho de alimentos; de ahí, que la formulación de la norma se atenga a los parientes consanguíneos. En el caso colombiano, hasta el sexto grado de consanguinidad. Si bien se requiere en el causante ciertas circunstancias, a saber: el estado de indigencia o pobreza, a lo que el codificador llama "*destitución de la persona*". En tal sentido, coincido con SUÁREZ FRANCO, cuando al estudiar esta causal de indignidad sucesoria para el ordenamiento jurídico colombiano, defiende la posibilidad, al menos hipotética de su concreción, pues pudiera, en principio, resultar una paradoja que se hable de un sujeto indigno, inhábil o incapaz para

[21] Esta causal se consagra en el art. 946.3 del Código Civil de Honduras, con la particularidad que la hace extensiva al cónyuge, lo cual me parece sumamente lógico, pues resultaría un contrasentido que se exigiera dicho comportamiento de un pariente consanguíneo de sexto grado y no del cónyuge, al igual que el Código Civil de El Salvador en su art. 969.3 (este último limita los parientes al cuarto grado de consanguinidad). Por su parte el Código Civil de Ecuador la regula en el art. 1032.3, limitándola igualmente a los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado, sin que se pronuncie respecto del cónyuge. El art. 1025.3 del Código Civil colombiano reproduce la fórmula del precepto del Código Civil chileno. El Código Civil de Costa Rica, por su parte, con un aire más moderno, siguiendo la misma fuente inspiradora establece la indignidad sucesoria respecto de "*Los parientes comprendidos entre los herederos legítimos, que, hallándose el causante loco o abandonado, no cuidaren de recogerlo o hacerlo recoger en un establecimiento público*".

suceder por no haber socorrido a una persona vulnerable económicamente, pues qué herencia podrá deferir una persona que no podía autosustentarse; sin embargo, como expone el citado profesor: "no es imposible que una persona después de haber carecido de recur-sos adquiera bienes por herencia o por cualquier otra causa y que sea indigno de suceder en ellos quien no lo socorrió durante su pobreza".[22] PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, en el Derecho español, tras la inclusión en el art. 756 del Código Civil de la nueva causal de indignidad prevista en su apartado 7, se inclina por la misma tesis, pues pudiera ocurrir que la persona con discapacidad (a la postre causante de la sucesión) hubiere necesitado en algún momento de su vida los alimentos a que la norma alude con la expresión "*debidas atenciones*", y les hayan sido denegados por quien luego pretende sucederle, dado que a la muerte de aquel había mejorado su situación económica.[23] Argumento que puede defenderse en cualquier otro contexto, incluido el de mi país.

Otros ordenamientos más modernos o que han actualizado sus normas legales, sí que han incluido expresamente y de modo diáfano entre las causales de indignidad sucesoria, la negativa de alimentos al causante de la sucesión. Me refiero concretamente al Código Civil de Venezuela en su art. 810.3 que incluye a "L*os parientes a quienes incumba la obligación de prestar alimentos a la persona de cuya sucesión se trate y se hubieren negado a satisfacerla, no obstante haber tenido medios para ello*". Fórmula a mi juicio, mucho más atinada y lógica, con la que se conectan la familia y la herencia. El codificador venezolano protege el derecho de alimentos con una sanción en el orden sucesorio, o sea, la declaración de incapacidad para heredar por indignidad sucesoria al alimentante que niegue alimentos al causante de la sucesión. Por supuesto, el alcance de esta causal de incapacidad queda limitado a aquellos que, conforme con el Derecho venezolano, están obligados a procurarse alimentos, que por demás se extiende hasta los colaterales del tercer grado.[24] Sin embargo,

[22] *Vid.* SUÁREZ FRANCO, R., *Derecho de*…, cit., pág. 109.
[23] *Vid.* PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "*La reforma de*…", pág. 418.
[24] El Código Civil venezolano resulta bastante benévolo en este orden, al extender la obligación de alimentos hasta los tíos y sobrinos. Según el dictado literal de los arts. 285 y 286, a cuyo tenor se dispone:
Artículo 285: "*La obligación de alimentos recae sobre los descendientes, por orden de proximidad; después sobre los ascendientes y, a falta de uno y otros, se extiende a los hermanos y hermanas.*

el legislador venezolano se limita a la negativa de alimentos como supuesto de indignidad sucesoria, no haciéndola extensiva a la negativa de atención. De ahí, la distinción con el autor del Código Civil cubano que no pone límites respecto del sujeto a proteger, o sea, a ser atendido o alimentado por el futuro heredero o legatario, a diferencia también de los códigos civiles mexicano para el D.F., argentino y español.

En similar postura que el codificador venezolano, el Código Civil para México, Distrito Federal, regula en su art. 1316, fracción VIII, como causal de incapacidad para suceder, el incumpli-miento de la obligación de dar alimentos por parte de todos los parientes del causante de la herencia respecto de este y, en la fracción IX, el incumplimiento por parte también de los parientes del causante de la herencia, que encontrándose en situación de desamparo, por estar imposibilitado de trabajar y sin recursos, no cuidaren de recogerlo o no lo hicieran recoger a través de un establecimiento de beneficencia. Causales que también resguardan el derecho de alimentos y la atención a personas desvalidas o vulnerables económicamente.

Por su parte, el Código Civil argentino, en su art. 3296 bis dispone que: "*Es indigno de suceder al hijo, el padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad o que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna*". Se trata de una causal de indignidad sucesoria incorporada por la Ley N° 23.264, a cuyo tenor se sancionan las conductas reprochables del padre o la madre, que bien, o no hubieren reconocido voluntariamente al hijo durante su minoridad, o no le hubieren prestado alimentos o asistencia en esa etapa[25]. Como expresa BORDA, es "una solución moralizadora"[26], "*ya*

"Si ninguna de estas personas existe o posee medios para cumplir con las obligaciones expresadas, el Juez competente podrá imponer a los tíos y sobrinos, la prestación de alimentos estrictamente necesarios para asegurar alojamiento y comida al que los reclama, cuando éste sea de edad avanzada o esté entredicho".
Artículo 286: "La persona casada, cualquiera que sea su edad, no podrá exigir alimentos a las personas mencionadas en el artículo anterior sino en el caso de que su cónyuge se encuentre en el mismo estado de necesidad o carezca de recursos o medios propios y suficientes para suministrárselos; en caso contrario, la obligación de alimentos recae, en primer lugar, sobre dicho cónyuge, de conformidad con las disposiciones que regulan esta obligación como un efecto del matrimonio en el Título IV, Capítulo XI, Sección I del Libro Primero del presente Código".

[25] Así lo refuerza el fallo contenido en la (Causa No. 53.632) -"R., N. M. (Beneficio) c/ P.J.O. s/Exclusión por Indignidad p/ suceder". Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, (Buenos Aires)-Sala II-29 de diciembre de 2009

que es injusto que el padre que se ha sustraído del cumplimiento de sus deberes alimentarios, pretenda recibir los beneficios de la herencia de su hijo a quien no alimentó".[27] Criterio reduccionista que no deja de suscitar críticas, en tanto que tan solo sanciona la conducta de los padres cuando la inasistencia o negativa de alimentos se haya concretado durante la minoridad, siendo tan justo el reproche legal sancionatorio para con los padres, cuando así se hayan comportado respecto del hijo menor de edad, como cuando lo han hecho respecto del hijo mayor de edad que por razones de enfermedad no puede autosustentarse.[28] Ello ha llevado a la

(en http://www.alatinoamericana-naf.com/index.php?option=com_content&view=article&id=137:sucesiones-exclusion-por-indignidad-para-suceder-articulo-3296-bis&catid=37:legislacion-civil&Itemid=75, consultado el 5 de diciembre de 2013), en que se confirma la sentencia de instancia que declaró aplicable el art. 3296 bis del Código Civil, a cuyo tenor se declaró indigno para suceder al progenitor, en razón del incumplimiento de obligaciones inherentes a la patria potestad, omisión de abono de cuota alimentaria durante la minoridad, dado el estado de necesidad de la hija gravemente enferma, omisión de asistencia médica, calificándose su conducta como disvaliosa para con la causante y su madre. En atención a ello se deja dicho por los sentenciantes que: "*La norma en cuestión establece la causal de indignidad para suceder al hijo, para el padre ola madre que no hubiera cumplido con su obligación de prestar alimentos y asistencia conformea su condición y fortuna, durante la menor edad. El ordenamiento referido no prevé el supuestode omisión de asistencia para el hijo mayor de edad, por cuya razón, no corresponde analizarlas circunstancias alegadas por la actora ni las pruebas tendientes a acreditarlas -sin perjuiciodel reproche que moralmente pudiere llegar a formularse y de la objeción al legislador al noincluir el supuesto-, sino determinar exclusivamente si, durante la minoridad de V. P., seevidenciaron por parte del demandado, las conductas descriptas*". No obstante, a juicio de los jueces quedó probado en la instancia que el tribunal a quo "*condenó al demandado por el incumplimiento alimentario incurrido durante la minoridad de V., conforme las pretensiones de la actora, núcleo argumental no rebatido*".

[26] BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil – Sucesiones*, tomo I, 9ª edición, actualizada por Delfina M. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 102.

[27] Sentencia de 7 de febrero de 2008 de la Cámara de Apelaciones de lo Civil y lo Comercial de Córdoba (Argentina) (MJJ20621, http://ar.microjuris.com/MJAR/ref.cfm?code=MJJ20621, consultada el 9 de diciembre de 2013) que revocó la sentencia de instancia. En el fallo de apelación los jueces no dejaron de tener en cuenta que: "*… la diligencia puesta por el demandado para iniciar la declaratoria de herederos de su hijo (dos semanas después de su muerte), no se condice con la negligencia que tuvo para acudir ante un juez competente, y de ese modo cumplir con su obligación -alimentaria- y ejercer los derechos que le correspondían*".

[28] GRACIELA MEDINA, al comentar el fallo dictado en la ciudad de Azul expresa con toda razón que "Ello así no se justifica que solo se sancione con la indignidad al progenitor que se desentiende del menor y no a quien abandona al

doctrina científica a proponer formulaciones, a modo de lege ferenda, para modificar el Derecho vigente, o incluso que se sugieran nuevas causas de indignidad sucesoria.

En las XXII Jornadas nacionales de Derecho Civil, celebradas en Córdoba, en septiembre de 2009, que tanto peso tienen en la reformulación de normas legales en el país austral, los inscritos en la comisión de Sucesiones que estudiaron el tema de la indignidad, la desheredación y la legítima, propusieron en sus conclusiones, con el apoyo de la mayoría, la necesidad de compren-der como causal de indignidad sucesoria, en el mencionado art. 3296 bis del Código Civil, el incumplimiento de la prestación alimentaria legal por parte de **todos los parientes con vocación hereditaria o del cónyuge que no le haya prestado alimentos**, cuando debiera hacerlo, superándose el rígido criterio, hoy vigente. Asimismo, también fue propuesto (esta vez por unanimidad), de lege ferenda, la incorporación de nuevas causales de indignidad sobre la base del incumpli-miento de los deberes-derechos de índole familiar tales como: la falta de pago de prestaciones económicas fijadas en proceso judicial; la comisión de delitos de lesión grave, contra la libertad, de torturas, contra la integridad moral, por violencia familiar y de género o contra la libertad y la indemnidad sexual, cuando sean víctimas de ellos el mismo causante, su cónyuge, conviviente, ascendientes, descendientes o hermanos; la comisión de delitos contra los derechos y deberes familiares (custodia, sustracción de menores u otras formas de abandono familiar), lo que en cierto modo ha tenido eco en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que ya ha pasado al Senado para su aprobación, el cual, tomando como base el proyecto de 1998, pretende incluir dentro del régimen jurídico de la indignidad sucesoria, conductas como las del no suministro de alimentos al causante de la sucesión por parte de sus parientes o del cónyuge, o cuando no lo hayan recogido en establecimiento

enfermo necesitado, máxime cuando ha sido condenado a hacerlo y no ha cumplido la condena". Sin embargo, es cierto que si bien en dicho fallo se interpreta *ad pedem literae* la norma, la solución adoptada es salomónica, pues se entendió que tal desatención existió desde que la hija era una menor de edad, aunque no constara reclamo judicial por alimentos. *Vid*. MEDINA, Graciela, "Indignidad para suceder por incumplimiento del deber alimentario al hijo enfermo mayor de edad", en www.gracielamedina.com/.../Indignidadparasucederporincumplimientodeldeberalimentario.doc, consultado el 9 de diciembre de 2013.

adecuado, si no podía valerse por sí mismo, de modo que se amplía el espectro de sujetos sancionados con la indignidad sucesoria, en el supuesto de negativa de alimentos, con un cierto criterio de racionalidad al exigírsele tal deber tan solo a los parientes del causante y no así a extraños. Empero, tal formulación podría dar sus quebraderos de cabeza a los intérpretes de la norma, pues habría que determinar si en el concepto de parientes, solo estarían incluidos los obligados a dar alimentos, o todos aquellos que por las reglas de la sucesión ab intestato tienen derecho a la herencia aunque no estén obligados a dar alimentos, o incluso todo aquel que tenga parentesco con el causante, en grados más remotos, que no cuenten para el Derecho como parientes obligados ni como sujetos con vocación hereditaria legal, pero que no obstante, el testador los haya tenido en cuenta, en razón de ese parentesco, para atribuirles la herencia o un legado. Igualmente, se prevé como causal de indignidad con similar trasfondo, aquella en la que puede incurrir el padre o la madre del causante, que haya sido privado de la responsabilidad parental (*vid*. Art. 2281 del mencionado Proyecto).

En el Derecho español, la Ley N° 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial a las personas con discapacidad, entre las modificaciones que introduce en el Código Civil destaca la inclusión de una nueva causal de indignidad en el apartado 7 del art. 756, contentiva de los actos de falta de atenciones debidas a las personas con discapacidad, conectándose dichas atenciones con el concepto de alimentos y la manera de determinarse su cuantía, regulados en los arts. 142 y 146 del propio Código Civil.[29] A diferencia del ordenamiento cubano, el ámbito de aplicación subjetiva de la norma se contrae únicamente a las personas con discapacidad ni tan siquiera a aquellas declaradas judicialmente incapacitadas que no tengan a su vez una discapacidad como se colige de la Ex-

[29] Precepto que según expone HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, CARMEN, "La causa séptima de indignidad sucesoria: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas", en *Revista de Derecho UNED*, Madrid, N° 1, 2006, pág. 180, tiene su antecedente dentro del Derecho español en el art. 617 del proyecto de Código Civil de 1851, que reprodujo la causal de indignidad sucesoria ya citada, regulada en el Código Civil de Chile, luego reproducida en los códigos civiles de Centro y Sur América bajo su égida de influencia, pero que a la postre no pasó a la versión definitiva del Código Civil de España.
Para estudiar la tramitación parlamentaria de esta nueva causal de indignidad sucesoria en el Código Civil español, *vid.* PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La reforma de…", *cit*., págs. 381-387.

posición de motivos de la mencionada Ley N° 41/2003. Al conectarse la causal de indignidad sucesoria con los alimentos[30], el legislador español ha realzado el aspecto patrimonial de la protección negada a la persona con discapacidad. De ahí que se le objete que en la citada causal de indignidad sucesoria "debería haberse incluido el cuidado y atención personal del discapacitado".[31]

Centrémonos en la fórmula establecida en el Código Civil patrio. El legislador prevé como supuesto de incapacidad o inhabilitación sucesoria, la falta de atención del causante de la sucesión. ¿Supone esto el abandono en sí? La fórmula del codificador ciertamente es muy abarcadora. La desatención del causante no implica, en efecto, su abandono.[32] Puede convivirse con una persona y, sin embargo, tenerse desatendida. El codificador vuelca la mirada en un tema que tiene un plexo axiológico indiscutible. Lo que puede provocar la incapacidad sucesoria es la desatención, como sinónimo de rechazo o incluso menosprecio del que a la postre sea causante de la sucesión; de ahí, que no se considere como tal "*conductas de desidia, distanciamiento y hasta conflictividad entre demandado y causante*" (Sentencia N° 58 de 31 de agosto de 2010 de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, proceso ordinario, primer Considerando, ponente Alfaro Guillén), ni "*haberse domiciliado en provincia distinta a la de su causante*" (Sentencia N° 303 de 25 de octubre de 2010 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, tercer Considerando, ponente González García), ni tampoco "*el simple hecho de verse imposibilitado de acompañar de manera permanente a la causante en vista del cumplimiento de sus obligaciones laborales, familiares y sociales (…)*", o "*el hecho de que en ocasiones la anciana escapara de su hogar para deambular por la vía pública* (…)" (Sentencia N° 306 de 14 de agosto de 2012

[30] *Vid.* DÍAZ ALABART, SILVIA, *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)* (bajo su dirección), Ibermutuamur, Madrid, 2004, pág. 211.
[31] *Idem*, pág. 189.
[32] Como con acierto se sostiene en la referenciada Sentencia de 7 de febrero de 2008 de la Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (Argentina) al interpretar el sentido del artículo 3296 bis del Código Civil, en él "*no (se) exige para que opere esta causal de indignidad un abandono voluntario y malicioso del progenitor, como sería la ausencia de todo contacto, sino que no haya cumplido con la obligación de prestar alimentos conforme a su condición y fortuna.(arg. arts. 265 y 271 C.C)*".

de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, primer Considerando, ponente González García). Pudiera incluso ser probada la falta de atención de una persona que no necesite alimentos. El legislador utiliza una fórmula disyuntiva. La falta de atención o negativa de atención es independiente a la negativa de alimentos, aún cuando ambas se ubican en el mismo nivel del precepto 469.1 c) del Código Civil, con la innegable consecuencia de provocar el apartamiento de la sucesión mortis causa, efecto ineludible de la declaración de incapacidad o inhabilitación sucesoria. La falta de atención alude al componente esencialmente personal de esta causal de incapacidad sucesoria. Como explica en la doctrina colombiana SUÁREZ FRANCO, al estudiar el tema en su ordenamiento jurídico (art. 1045.3 del Código Civil), "El socorro para la eventualidad prevista en la causal no puede entenderse exclusivamente en el sentido de prestación material, puesto que puede ser más importante la ayuda moral y la preocupación (…) para evitarle perjuicios (…)"[33] al causante de la sucesión. No hay que alegar, y en consecuencia, tampoco probar, la carestía o necesidad económica del causante, respecto del que podría resultar su causahabiente. En tal sentido, ha advertido la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo (Sentencia N° 495 de 30 de noviembre de 2012, primer Considerando, ponente Díaz Tenreiro), que para el éxito de una demanda de esta naturaleza (o sea, en la que se interesa la condena al pretenso heredero o legatario), se "… *requiere la demostración de la actitud omisiva (…) que refuerza el contenido ético de esta causal de incapacitación en salvaguarda del cumplimiento de los deberes de asistencia a las personas en momentos cercanos a su deceso, en los que suele deteriorarse la integridad física y en tanto disminuyen las posibilidades de autosustento, todo lo cual requiere también la probanza de la desconexión entre causante y causahabiente, al punto de desentenderse este último de todo aspecto de la vida de la persona a quien puede suceder por causa de muerte y que no coinciden con desavenencias entre ellos (…)*". No obstante, del estudio de los casos jurisprudenciales cabe colegir que en la mayoría de los

[33] *Vid*. SUÁREZ FRANCO, R., *Derecho de*…, cit., pág. 109. No se puede perder de vista que el Código Civil colombiano limita la causal de indignidad a los parientes consanguíneos entre sí, dentro del sexto grado, y solo cuando el causante de la sucesión no fue socorrido cuando tenía una situación de demencia o de plena indigencia o pobreza. De modo que el supuesto fáctico sancionado con la indignidad, se limita en el orden subjetivo, e incluso en las circunstancias que merodean al causante.

supuestos se han involucrados ambas circunstancias, o sea, la falta de atención conjuntamente con la negativa de alimentos.[34] Y es lógico, una viene generalmente aprestada de la otra, pero tienen sustantividad propia.

De lo que he venido explicando cabe puntualizar las peculiaridades que ofrece en este en-torno el Derecho cubano y que hacen que el tratamiento de esta causal de incapacidad sucesoria tenga ribetes muy propios.

1º. La falta de atención al causante se formula con un efecto puramente personal procura la asistencia o protección de la persona, sin más. Demostrado que quien pudiera tener derecho a una sucesión no procuró atención al causante, este quedaría excluido de la sucesión.

2º. Tiene un ineludible componente subjetivo, que no deja de ser riesgoso. Reclama en el sujeto una actitud "*omisiva*" (Sentencia N° 495 de 30 de noviembre de 2012 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, primer Considerando, ponente Díaz Tenreiro), una "*intencional actuación u omisión*" (Sentencia N° 306 de 14 de agosto de 2012 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, primer Considerando, ponente González García), del sucesor respecto del causante de la sucesión en lo que a atención y esmero respecto de él, merece. De ahí, que el tribunal deba hilar fino en su apreciación[35].

---

[34] *Vid.infra* nota (49).

[35] En todas las sentencias consultadas del Tribunal Supremo, se ha desestimado la apreciación de esta causal de incapacidad sucesoria, confirmándose las sentencias de instancia, que en su día declararon SIN LUGAR la demanda interpuesta.

Solo a modo de ejemplo, cítese la Sentencia N° 334 de 27 de agosto de 2012, primer Considerando, ponente Díaz Tenreiro que desestimó el recurso, y con ello confirmó la sentencia de instancia al considerar que: "*…no se verifica la vigencia del supuesto de incapacidad para suceder sobre el que insiste quien recurre, ante la insuficiencia probatoria de sus presupuestos, consistentes en la conducta de negación o privación del sustento y las atenciones que el causante hubiere necesitado en vida a cargo de sus futuros sucesores, a los que la situación imperante obligaba especialmente a brindar al primero y cuya negativa colocaba en tal estado al causante, que haga indigno a quien no los presta para sucederlo, lo que tampoco se corrobora en este caso en el que fue atendida la causante por miembros de su familia que garantizaron su cuidado, incluso, según el dicho de alguno de los testigos, por cuenta de gestiones de la propia heredera cuya incapacitación se pretende (…)"*. El Alto Foro apreció la improcedencia del motivo de casación alegado sobre la base de que la heredera, a la cual se le imputaba la incapacidad sucesoria había atendido a través de terceros al causante, terceros que eran miembros de la propia familia

La prueba de la desatención del causante resulta francamente diabólica. No hay baremos que puedan auxiliar a los jueces en la apreciación del grado de atención y de compromiso ético y afectivo hacia una persona.

3º. No se exigen vínculos parentales ni conyugales ni tan siquiera como parejas de hecho, entre el causante y el causahabiente de la sucesión. En la sucesión intestada, es lógico que tales vínculos existan, razón misma del llamamiento legal, pero en la testamentaria, el comportamiento afectivo es reclamable incluso respecto de extraños, si luego resultan ser los llamados a la suce-sión por causa de muerte. Tampoco, se predica respecto de personas con discapacidad como acontece en el Código Civil español.

De ahí, que se pise en terreno verdaderamente cenagoso, sino queremos pecar por injustos. Así, *v.gr*., la designación testamentaria como heredero o legatario de un amigo residente en el extranjero, pudiera llevar a la muerte del testador, a la promoción por los parientes consanguíneos más próximos del causante, con posibles derechos a la sucesión intestada, de un proceso de declaración de incapacidad para suceder, con el argumento de que el llamado a la herencia no atendía al causante porque no le llamaba con sistematicidad por vía telefónica o no se comunicaba por otra vía como el correo electrónico, o no le visitaba con periodicidad, a pesar de ciertas visitas al país. Y ello, aún en el supuesto de que el causante no tuviera necesidad económica alguna, no se tratare de una persona vulnerable económicamente, no tuviere ningún tipo de discapacidad. En tal sentido, creo que la apreciación judicial de la causal de incapacidad sucesoria regulada ex art. 469.1 c) en lo que atañe a la falta de atención, ha de ser justa, racional, ponderada.[36] No cabe duda de

y que a solicitud de esta, garantizaron su cuidado en los últimos tiempos de vida. De este modo, el Supremo Tribunal valoró con cierta laxitud la fórmula legal de atención al causante de la sucesión, pues no cabe dudas que en ocasiones resulta imposible por causa justificada la atención personalizada por quien a la postre resulta heredero o legatario, siendo plausible que esa atención se vuelque a través de terceros como pudieran ser los cuidadores. No se trata de una relación personalizada, sino que el causante no deje de estar atendido, ya sea a través de los reclamos o incluso la sufragación de las erogaciones que la labor de los cuidadores suponga. En tales circunstancias el concepto de atención no quedaría quebrantado, pues medirlo tan solo en el orden de los afectos, del cariño, del amor, le resultaría ajeno al Derecho y en concreto a los jueces al momento de fallar un asunto.

[36] Y por estos derroteros transitan las sentencias dictadas al efecto, así, v.gr., la Sentencia Nº 77 de 29 de septiembre de 2006 (proceso ordinario) de la Sala Se-

que la finalidad que persigue es altruista, tiende a fomentar los sentimientos de solidaridad, de comunicación, más allá del concepto de familia. Intenta promover las armónicas y cordiales relaciones entre las personas, de manera que para el legislador es reprochable que se suceda a quien no se ha protegido, atendido, con independencia de que se trate de un familiar o no. No son las relaciones familiares el objeto de protección, sino las relaciones personales, con independencia del vínculo familiar. No se olvide que el legislador tiende a fortalecer la libertad de testar y salvo la existencia de legitimarios asistenciales (vid. Arts. 492 y 493 del Código Civil), el testador cubano, en el orden subjetivo, no tiene otra cortapisa; de modo que en la medida en que se abre el diapasón de la disponibilidad del patrimonio por causa mortis, podrá existir mayor posibilidad de que extraños acudan a la sucesión (si bien en la práctica no acontece así, porque los cubanos tienden a testar a favor de sus familiares).

En el plano estrictamente de la atención, tampoco considero que sea necesario probar el reclamo por parte del causante. Tratándose de una situación netamente personal, que atañe a la esfera íntima de las personas, demostrada la desatención al causante, aunque esté en vida no hubiera reclamado nada, es dable la declaración de incapacidad sucesoria respecto de sus cau-sahabientes. Y es también obvio que no se pueden exigir pruebas sobre los insistentes reclamos del causante porque el contenido de la atención es puramente afectivo, no valuable económicamente. Nadie interpondría una demanda para que otra persona lo atienda, le de afectos, le procure mimos, la comprenda, le visite, se comunique con cierta frecuencia, máxime cuando podría tratarse de personas que no tienen vínculos parentales ni de naturaleza conyugal. A mi juicio, la atención a la que alude el legislador cubano no puede traducirse

gunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, primer Considerando, de la que fue ponente Alfaro Guillén, a cuyo tenor se dispone que: "… *en modo alguno logró la actora acreditar a la Sala la negativa, ni tan siquiera evasiva, de atención o alimentos de los demandados y herederos testamentarios con respecto a la causante de cuya sucesión se trata, y tampoco el reclamo fáctico de la fallecida a los mismos de tales atenciones, lo cual impide a la sala pronunciarse como se solicita, con respecto a la incapacitación sucesoria de los demandados, a cuyo tenor debe tener en cuenta el juzgador, no cualquier situación de despego o descuido por parte de los llamados a la sucesión, sino conductas de verdadera indolencia y desatención de los mismos con respecto al causante (...)*".

en pensiones, remesas, compensaciones de contenido económico. Para ello, el propio precepto regula después la negativa de alimentos, que incluso habría que distinguirlos de tales compensaciones.

En otro orden, en este terreno tan subjetivo de la falta de atención, al causante de la sucesión cabría valorar si estarían incluidos en la causal estudiada comportamientos que supongan conflictividad, contienda o desavenencias entre los sujetos, que luego serían causante y causahabiente. Esta conflictividad en el terreno de las emociones y los afectos puede derivar en distanciamiento entre las personas. Si ello aconteciera, pero a su vez se probara que las condiciones de vida del causante no se deterioraron, y aún con tal distanciamiento la comunicación entre ellos fluyó, no hay razón para que prospere una declaración, en vía judicial, de incapacitación sucesoria, máxime cuando la no revocación del testamento, teniendo oportunidad para ello, puede inter-pretarse como un perdón tácito del testador.

De todos modos, multitud de interrogantes se agolpan cuando se estudia esta causal de incapacidad sucesoria, pues en nuestra realidad cada día resulta relativamente frecuente que los hijos se desentiendan de sus progenitores, aún cuando estos nada reclamen, bien porque no lo necesiten, o bien porque hiere a todo sentido de sensibilidad familiar, reclamos en este orden (y me refiero esencialmente a los de contenido patrimonial), ya que como he dicho, no se pueden imponer por vía judicial el cariño y el afecto.

De lo que he expuesto, cabe inferir que la negativa de atención aunque no tiene un sentido directamente económico, se interpreta como protección o cuidado o esmeros respecto del causan-te de la sucesión, los que indirectamente pueden ser alcanzados a través de ciertos resortes de naturaleza económica. Al menos desde este ángulo, se hace más realizable la pretensión dirigida a interesar la declaración judicial de incapacitación sucesoria de una persona.

III. La negativa de alimentos al causante de la sucesión. El concepto de alimentos conforme con el Código de Familia

La otra circunstancia que desembocaría en una declaración de incapacidad sucesoria ex art. 469.1 c) del Código Civil cubano lo es la negativa

de alimentos. Este supuesto es más tangible que el anterior, pero no menos polémico. La figura tiene parangón en el Derecho comparado, sobre todo en los ordenamientos argentino y español.

La pregunta que todos se formulan es cómo es posible que la negativa de procurar alimentos al causante de la sucesión se imponga como una sanción civil con efectos negatorios del derecho a suceder por causa de muerte, si no se ha quebrantado un deber jurídico impuesto por el legisla-dor. En buena medida la respuesta no se encuentra en el Derecho positivo. El Código de Familia cubano impone la obligación de darse alimentos entre descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos (vid. Arts. 122 y 123), en tanto que el Código Civil sanciona con la incapacidad para suceder a aquellas personas con posibles derechos a una herencia o a un legado, que sin estar incluidos en el circulo de parientes obligados (y también el cónyuge), le han negado alimentos al causante (dígase v.gr., los sobrinos o cualquier persona designada en vía testamentaria, para lo cual no tiene que probar matrimonio ni superar el test de la sangre). Se trata de una conducta reprochable en el orden ético o moral. Es en este sistema normativo, distinto del jurídico, en el que podría encontrarse la respuesta a la fórmula del legislador, pero lo cierto es que resulta dudoso que el Derecho sancione comportamientos meramente éticos o morales que no vienen impuestos como deberes jurídicos.

La negativa de alimentos al causante de la sucesión se erige en una indubitada circunstancia que conduce inexorablemente al que esté incurso en ella, a que si se reclamara por parte in-teresada, fuere declarada CON LUGAR la demanda interpuesta para que en vía judicial se disponga la declaración de incapacidad o inhabilidad para suceder ex art. 469.1 c).

Quizás, desde una perspectiva puramente teórica, resulte más inteligible el supuesto normativo. El legislador sanciona toda conducta reprochable en el orden ético. Nadie puede aprovecharse de una sucesión respecto de una persona a la que le ha dado la espalda, o bien porque afectivamente no la ha atendido o porque no le ha dado lo esencial para hacer frente a sus más apre-miantes necesidades de contenido patrimonial. El concepto de alimentos lo brinda el Derecho de Familia. El Código de la materia regula en su art. 121 que: "*Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación*

y vestido, y en el caso de los menores de edad, también los requerimientos para su educación, recreación y desarrollo". Concepto hoy superado en el orden legal, pues en él han de incluirse todo lo indispensable para satisfacer las necesidades de primer orden coincidentes con el proyecto de vida de una persona, lo cual se medirá de acuerdo con el sujeto, de ahí que habría que particularizar no solo en los casos de menores, sino también en el supuesto de incapacitados judicialmente, de personas con discapacidad, y dentro de estas, atendiendo a la naturaleza misma de la discapacidad. Si la negativa de alimentos trascendiera solo entre los parientes obligados, según el orden de prelación establecido por el Código de Familia en su art. 124, la situación estaría dentro de la esfera de lo controlable por los mecanismos legales, pero al rebasar el ámbito de los arts. 122 y 123 del Código de Familia se hace incontenible. ¿Qué alimentos se les puede exigir a los sobrinos? ¿Qué alimentos se deben los extraños entre sí? Para superar este escollo y hacer viable y eficaz el supuesto normativo que comprende el art. 469.1 c), in fine, es dable utilizar el concepto de alimentos como tapiz o referente como realidad hipotética. Para el codificador, si bien los alimentos no se reclaman entre extraños, la situación de penuria, necesidad, dependencia, vulnerabilidad de quien luego causa la sucesión sin que el causahabiente la hubiere mitigado, o sin que le hubiere asistido económicamente, y aquí sí que hay un sustrato patrimonial, o al menos se lo hubiere llevado consigo para su propia casa, como una manera de ejecutar la obligación alternativa que prevé el Código de Familia en su art. 129, implica la supresión del derecho a sucederle por causa de muerte. El incumplimiento del deber ético de asistir al prójimo tiene trascendencia en el orden sucesorio, no en otros, lo cual resulta una verdadera contradicción. Es lógico que nada podrá reclamar en vía judicial el necesitado de alimentos, respecto de un extraño. No está legitimado para establecer demanda alguna en procesos de esta naturaleza, pero la prueba de la negativa de alimentos, sí que trasciende en materia sucesoria. Algo similar, mutatis mutandi, acontece en el ordenamiento jurídico colombiano, tal y como ya se ha expuesto.[37] La Corte de Casación de Colombia en fecha ya lejana, como 1948, en la intelección del art. 1045.3 del Código Civil de su país, que regula como causal de indignidad sucesoria la negativa de socorro, por parte de cualquier familiar

[37] De todos modos, tómese en cuenta que el codificador colombiano, no se pronuncia con un sentido tan lato como el cubano.

hasta el sexto grado de consanguinidad, respecto de una persona en estado demencia o de pobreza o indigencia, ha dejado dicho que: "*A pesar de que la obligación legal de alimentos solo pesa sobre los colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad legítima (art. 411), el legislador estima que los demás parientes consanguíneos, hasta el sexto grado, tienen la obligación moral de socorrerlo, cuando uno de ellos se encuentre en estado de destitución o de demencia. La infracción moral, al tenor del ordinal tercero del artículo en estudio, está penada con la indignidad*".[38]

Y algo similar también acontece en el Derecho español con la inclusión de la causal 7ª, de in-dignidad, en el art. 756 del Código Civil, a la que ya se ha aludido. La doctrina que ha estudiado el tema, igualmente se pregunta sobre su viabilidad, teniendo en cuenta que la falta de atenciones debidas a las personas con discapacidad (en el entendido -esencialmente- de alimentos), provoca la exclusión del sucesor de la herencia o el legado, aún cuando este no esté comprendido entre los sujetos que el legislador español incluye como obligados a dar alimentos. Al aludir el precepto dentro del ámbito de aplicación subjetiva de la sanción que la indignidad comporta, que afecta a "*las personas con derecho a la herencia*", sin matización alguna, ha de entenderse comprendida cual-quier persona que a título de herencia o de legado traiga causa del autor de la sucesión, más cuando ello viene expuesto explícitamente en la Exposición de motivos, con el valor interpretativo que comporta. A este tenor, ÁLVAREZ ALARCÓN, en su afán de darle una aplicación lógica al precepto, que parte del presupuesto de sancionar (declaración de indignidad) a un sujeto sin que este infrinja un deber establecido legalmente (no darle las atenciones debidas a la persona con discapacidad), sitúa en tres niveles a los posibles sujetos comprendidos en la norma: los parientes obligados (incluido el cónyuge), según las normas sobre alimentos en el Código Civil español o a los que voluntariamente están comprometido a ello, a los cuales les resulta de total aplicación el precepto; los parientes, en principio no obligados por ley, a los cuales le resultaría de aplicación la causal de indignidad, si se les hubiere requerido la prestación de alimentos y no los hubiere dado, y aun cuando no se les hubiese reclamado, conocedores de la situación en la que se encontraba la persona con discapacidad, los mantuviere en el desamparo; y los extraños, de quienes

[38] *Cas.* 30 de julio de 1948, *cit. pos* SUÁREZ FRANCO, R., *Derecho de…,* cit., pág. 109.

no se predica derecho de alimentos, que solo se les podría declarar indignos, si conocieren tener algún derecho a la herencia de la persona con discapacidad y se les hubiere solicitado la prestación de alimentos.[39] Posición que no resulta nada pacífica en la doctrina científica que ha estudiado la mencionada causal de indignidad sucesoria. Por su parte, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, aunque combate la idea de hacer extensiva la causal de indignidad a todo posible sucesor mortis causa que no haya dado las debidas atenciones al autor de la sucesión (persona con discapacidad), llega a expresar que: "La nueva causa extiende la sanción de la indignidad sucesoria tanto a los alimentantes genuinos ex artículo 143, como a quienes no siéndolos propiamente, sin embargo vienen obligados a prestarlos por mor del artículo 756.7. A partir de ahora, toda persona que tenga derecho a la herencia, con independencia de que sea legitimario, heredero forzoso, así como cualquiera otra que hubiera sido llamada a la sucesión como heredero o legatario, adquiere por este sólo hecho la condición de alimentante del causante discapacitado".[40] La expresión "*debidas atenciones*", enlazada directamente con los alimentos ha llevado a decir a DÍAZ ALABART, en la búsqueda del entendimiento lógico de la norma y la posibilidad de declarar indigno a parientes lejanos o extraños con respecto al causante de la sucesión de que: "Lo que es seguro (…) es que por más que lo parezca así por la dicción literal de la norma no existe aquí ningún deber de prestar las mencionadas atenciones que sea jurídicamente exigible, sino como mucho un deber moral, por lo tanto la expresión 'atenciones debidas' es incorrecta en sentido técnico para aquellos a los que, aún teniendo derecho a la herencia del discapacitado, no les alcanza el deber legal de prestarle alimentos".[41] En fin, que "Si se trata de personas que no tienen dicho deber de alimentos, ¿de dónde sale que esas atenciones sean 'debidas'?, o dicho de otra forma ¿por qué se deben? ¿Simplemente porque lo afirma ahora el art. 756, 7 C.C.? Pues si como parece, es así, el nuevo párrafo debería haber tenido una mejor redacción, porque no queda claro quiénes son los que deben prestar estas atenciones y hasta que límites han de hacerlo. No es lógico que el hecho de la disca-

[39] *Vid.* las conclusiones a las que arriba en su interesante estudio ÁLVAREZ ALARCÓN, ANTONIO, "La nueva causal de indignidad para suceder a un discapacitado: Examen del artículo 756,7 del Código Civil", en *Revista de Derecho de Extremadura*, N° 5, 2009, págs.198-199.
[40] *Vid.* HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., "*La causa séptima…*", cit., pág. 194.
[41] *Vid.* DÍAZ ALABART, S., *La protección jurídica…*, cit., pág. 215.

pacidad (…) de una persona, sin más, de lugar a que cualquiera que pueda ser su sucesor tenga una obligación de igual entidad que quienes están obligados legalmente a prestárselos, solo que en este segundo caso la obligación es exigible jurídicamente y en el primero no, pero que en ambos casos se sanciona igualmente con la indignidad y la consiguiente incapacidad sucesoria".[42]

De todos modos, a mi juicio, la posición del legislador cubano, loable en el plano axiológico, resulta en cierto modo censurable en el plano legal, por resultar una quimera jurídica (no puede obviarse que en el caso del Código Civil cubano, ni tan siquiera se exige una situación de discapacidad, menesterosidad o pobreza en el autor de la sucesión). Es una verdadera contradicción que se declare incapaz para suceder a quien en el orden jurídico no tiene deber de procurar alimentos, y ya no como en el contexto colombiano, por ser pariente consanguíneo, pero no obligado a alimentos, sino por tratarse de una persona que en el orden del Derecho familiar es un extraño por no estar vinculado ni por consanguinidad ni por afinidad (en este último supuesto, se justificaría; me refiero a los parientes consanguíneos más próximos del cónyuge, o incluso en supuestos de parentesco socioafectivo, derivados de las relaciones convivenciales o de hecho). Como en el contexto español expresa HERNÁNDEZ IBÁÑEZ -con quien concuerdo-, al estudiar la causal de indignidad reconocida ex art. 756.7 en los "casos de sucesión testamentaria, en los que no existe una previa y cognoscible obligación legal de dar alimentos y que, por tanto, nadie los reclama, no parece posible alcanzar, en términos de la lógica de lo razonable, la consecuencia de que quien así se comporta resulta indigno para suceder".[43]

3.1. La no necesariedad de la previa reclamación de los alimentos por el causante. La interpretación jurisprudencial al respecto. Posibilidad de declarar incapaces para suceder a parientes no obligados a alimentos, incursos en el supuesto normativo.

Precisamente, fijar si la reclamación previa de alimentos por quien resulta causante, es un presupuesto teórico para que se constituya la causal de incapacidad sucesoria ex art. 469.1 c) ha motivado el discurso dogmático.

[42] *Idem*, pág. 214.
[43] *Vid*. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., "La causa séptima…", *cit*., pág. 194.

Si se parte que el codificador cubano ha formulado con un sentido genérico la aplicación de la causal de incapacidad, de modo que le puede resultar aplicable a cualquier heredero o legatario, aún cuando no tenga vínculo parental con el testador (por supuesto en una sucesión testamentaria), se impone la respuesta negativa, a saber: no puede exigirse la prueba de la reclamación previa de alimentos. Entre extraños, o incluso entre tío y sobrino, la ley (Código de Familia) no impone la obligación de procurarse alimentos. Empero, cómo justificar esa negativa a la que alude el autor del Código Civil.

En el plano jurisprudencial, la posición de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo se ha sustentado en que no es necesario tal reclamo, a pesar de que su existencia se convierte en un catalizador de la pretensión de exclusión sucesoria. Así, en la Sentencia N° 252 de 8 de agosto de 2008, segundo Considerando, bajo la ponencia de González García se deja dicho que: "*… con independencia de que efectivamente no se requiere que la ahora fallecida en vida hubiere establecido demanda o reclamación para procurar que el demandado le brindara (…) alimentos, a los efectos de apreciar el alegado incumplimiento de tales menesteres, es lo cierto que semejantes afirmaciones del actor, ahora recurrente, no han sido convenientemente probadas; en cuya acreditación sin dudas hubiere sido un elemento valioso que tal demanda o reclamación se hubiere materializado y no siendo así, el sustento de la demanda resulta endeble (…)*". Posición reforzada después en la Sentencia N° 495 de 30 de noviembre de 2012, primer Considerando (ponente Díaz Tenreiro), en la que se insiste en que: "*...por tratarse de asunto concerniente a la incapacitación sucesoria del no recurrente, en virtud de la causal prevista en el inciso c, apartado primero del artículo cuatrocientos sesenta y nueve del Código Civil, previsora de la exclusión del derecho sucesorio a quien haya asumido conductas negatorias de la dación de alimentos y atención al causante llamado a sucederle, que requiere la demostración de la actitud omisiva, si bien no ha de limitarse su tipificación a supuestos en los cuales el alimento ha sido exigido, porque debe ser extendida a todos aquellos en los cuales, a pesar de no haber mediado reclamación de ningún tipo, el causante estuviere necesitado de ellos (…)*".[44]

[44] Semejante orientación también se ha asumido en fallos judiciales argentinos. En la ya citada Sentencia de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul, la justeza del propio fallo vino dada como comenta GRACIELA MEDINAen tener

Para el legislador del Código Civil, si el hoy causante de la sucesión, en vida tuvo necesidad de que le suministraran alimentos, y estos no fueron atendidos por el que a la postre resulta heredero o legatario, dicho comportamiento es reprochable de tal modo, que incapacita para suceder a este, aunque ningún reclamo se hubiese intentado.[45] Empero, la hermenéutica del precepto puede encauzarse de varios modos:

a) Si el heredero o legatario instituido, fuere pariente o cónyuge, de manera que es-tuviere comprendido entre los parientes obligados a alimentos, el no suministro de estos, probado en sede judicial, conlleva a la incapacitación sucesoria, aunque no exista una demanda interpuesta, suficiente, con que se pruebe la necesidad de alimentos en el causante[46],

"por acreditado que el progenitor se desentendió de su obligación de asistencia durante la minoridad de la menor, para lo cual se apartó de la doctrina que requiere que el incumplimiento del deber de asistencia surja de una sentencia o un convenio homologado incumplido (…). En lugar de la postura rígida que solo tiene por acreditado el incumplimiento paterno cuando ha sido condenado judicialmente por alimentos, se adopta una posición flexible -que compartimos- entendiendo que la ley no exige, para aplicar esta causal, que haya reclamo judicial, y menos aún que los alimentos estén fijados u homologados judicialmente". Vid.MEDINA, GRACIELA, "Indignidad para suceder…", *cit*., En la sentencia de 7 de febrero de 2008 de la Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, ya referenciada, se deja explícitamente dicho que "*la ley no exige, para aplicar esta causal, que haya reclamo judicial y menos aún que los alimentos estén fijados u homologados judicialmente, siendo suficiente la mera falta de prestación*".

[45] En la sentencia cordobesa a que se alude en la nota anterior, para los jueces actuantes en la instancia de apelación es claro que de la dicción e interpretación coherente y racional del art. 3296 bis del Código Civil argentino (téngase en cuenta que en dicho precepto se condena únicamente a los padres de un menor de edad) se colige que al no existir "*exigencia legal alguna, no puede el sentenciante valorar la ausencia de reclamo, como un indicio que permita considerar que el progenitor que no demando por alimentos, era porque económicamente no lo necesitaba; ya que, como se ha dicho, esta obligación pesa sobre ambos padres (arg. art. 271C.C), a lo que se suma que es injusto premiar a quien se desentendió de tal obligación*".

[46] Las últimas sentencias recaídas sobre el tema en el Tribunal Supremo dan cuenta de este particular, así la Sentencia N° 495 de 30 de noviembre de 2012, primer Considerando, ponente Díaz Tenreiro, deja sentado que: "…*por tratarse de asunto concerniente a la incapacitación sucesoria del no recurrente, en virtud de la causal prevista en el inciso c, apartado primero del artículo cuatrocientos sesenta y nueve del Código Civil, previsora de la exclusión del derecho sucesorio a quien haya asumido conductas negatorias de la dación de alimentos y atención al causante llamado a sucederle, que requiere la demostración de la actitud omisiva, si bien no ha de limitarse su tipificación a supuestos en los cuales el alimento ha sido exigido, porque debe ser extendida a todos aquellos en los cuales, a pesar de no haber mediado reclamación de ningún tipo,* ***el causante estuviere necesitado***

la negativa puede ser tácita, cuando sabedor el heredero o legatario instituido de las circunstancias en que vivía dicha persona, no procuró los alimentos necesarios en el sentido a que alude el art. 121 del Código de Familia.[47] Por supuesto, probado el incumplimien-to de la sentencia de condena al pago de alimentos, o al menos la interposición de la demanda, o la concertación del contrato de servicios profesionales con el abogado para interponer un proceso de alimentos, se hace mucho más fácil el camino para el éxito de la pretensión sancionadora con la incapacidad o inhabilitación sucesoria.

b) Si el heredero o legatario instituido fuere pariente del causante, pero más lejano, o sea ubicado en los subsiguientes órdenes prelatorios, habiendo parientes más próximos con derecho a suceder. Así, a.e., cuando concurren a la sucesión los hermanos del causante, porque los hijos de este son declarados incapaces para suceder, o porque decidieron renunciar a la herencia. En supuestos de esta naturaleza, ¿cabe también declarar a los hermanos incapaces para suceder? Si al causante no le procuraron alimentos los herma-nos, a pesar de que se trataba de una persona que incluso convivía con los hijos que tam-poco le procuraron alimentos, ¿la prelación establecida en el art. 124 del Código de Familia operaría a su favor ante una pretensión de incapacidad sucesoria? A mi juicio, no. Pues si el legislador permite que se declaren incapaces para suceder a los extraños, a fortiori, serían declarados en tales circunstancias los hermanos. En todo caso, los hermanos son parientes obligados, si

de ellos". En tanto, en la Sentencia N° 9 de 30 de enero de 2013, primer Considerando, ponente Díaz Tenreiro ha dejado dicho que: "… *la segunda causal invocada (la negativa de atención y alimentos) requerida no solo de la narrada falta de atención y cuidados a cargo del sucesor sobre el que recae la petición de incapacidad sucesoria, sino de* ***la demostración de situación de necesidad en la que logre ubicarse al causante****, en cuanto a todos los esmeros no proporcionados (…)*".

[47] Criterio que no siguen algunas sentencias del Tribunal Supremo, en las que se insisten que la reclamación, si bien no en vía judicial, sí al menos debe ser expresa por parte del necesitado. Así, en la Sentencia N° 303 de 25 de octubre de 2010, tercer Considerando (ponente González García) se advierte que "… *acusa la recurrente como infringido el artículo cuatrocientos sesenta y nueve, apartado primero, ordinal c, del Código Civil, habida cuenta que aún cuando acierta al afirmar que las circunstancias a que el mismo se refiere deben apreciarse de manera alternativa y no conjunta, soslaya que la negativa de alimentos o atención a que se refiere el señalado precepto implica intencional actuación u omisión del obligado a dispensarlas que,* ***requerido a esos efectos por el necesitado****, evade el cumplimiento de tal carga (…)*". Postulado que se reitera después in integrum en la Sentencia N° 306 de 14 de agosto de 2012, primer Considerando, del propio ponente.

bien, en defecto del cónyuge, los ascendientes y los descendientes (vid. Art. 124 del Código de Familia), pero si sabedores de la situación del hermano, no le procuraron alimentos, serían declarados tan incapaces para suceder como los hijos del propio causante, y aunque no se hubiere establecido demanda alguna en reclamación de alimentos, tan solo por el incumplimiento del deber de socorro o de auxilio que les corres-pondía, sancionado con la exclusión de la herencia por aplicación del art. 469.1 c) del Código Civil. Es más, si el devenido causante hubiere establecido demanda de alimentos a uno de sus hermanos, demostrado que el resto tampoco le procuró alimentos, aún cuando no hubieren sido demandados, demostrada esa negativa tácita, unida quizás a la desatención al causante de la sucesión, los haría a todos incapaces para suceder, según el dictado del mencionado precepto legal.

c) Si el heredero o legatario instituido fuere un extraño, supuesto más peliagudo, en el cual nunca podría probarse la interposición de una demanda en reclamo de alimentos, por carencia del derecho subjetivo del pretenso alimentante, cuya condición de testador no le legitima a ello. Empero, al amparo del art. 469.1 c) del vigente Código Civil pudiera in-tentarse, incluso con éxito, una demanda contra el pretenso heredero o legatario, si efectivamente, no le procuró alimentos a quien después devino ser el testador que le favorecía, cuando existían causas justas para tal reclamo. En tal circunstancia, si bien es atendible en el orden jurídico reforzar el cumplimiento de la obligación alimentaria, lo que a su vez realza los valores de pietas familiar, de solidaridad, y de respeto a la dignidad humana, con un sentido práctico de la vida, y en buena lógica jurídica, resulta poco probable el éxito de una demanda de incapacidad sucesoria sobre extraños porque los artilugios que estos pudieran interponer resultarían lo más variopinto posible. Además, las hipótesis en tales circunstancias pudieran ser muy variadas, llegando incluso a que puedan ser llamados en calidad de herederos o legatarios personas que ni tan siquiera tenían una relación directa con el testador e ignoraban el estado en que este se encontraba. De todos modos, la fórmula normativa del precepto *in commento*, permite sin lugar a dudas la declaración de incapacidad sucesoria, si se prueba que el heredero o legatario instituido, aún extraño en el orden parental, no le procuró alimentos al causante de la sucesión, negativa sustentada en *facta concludentia*, prueba irrefutable que redundaría en perjuicio de los pretensos sucesores.

3.2. ¿Pudieran ser declarados incapaces para suceder al amparo de esta causal, pretensos legitimarios asistenciales del causante?

El tono tan abarcador con que se formula la causal de incapacidad o inhabilitación sucesoria estudiada nos lleva a meditar si pudiera resultar aplicable a personas que devienen legitimarios asistenciales. Si se toma en consideración que el legitimario regulado en el art. 493 del Código Civil es de corte asistencial, como ya he explicado en otras oportunidades,[48] resultaría paradójico que se declarare incapacitado para suceder

[48] *Vid*. PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., "Los herederos especialmente protegidos, la nueva visión de los legitimarios en el Código Civil cubano: algunas interrogantes al respecto", en *Temas de Derecho Sucesorio Cubano*, Félix Varela, La Habana, 1999, págs. 15-59; "A una década de la promulgación el Código Civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su Libro Cuarto" (en coautoría con MARÍA ELENA COBAS COBIELLA), en *Temas…*, cit., págs. 61-221; PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., "Naturaleza intuitupersonae de los derechos deferidos a favor de los padres con especial protección (y no herederos especialmente protegidos) en el primer llamado sucesorio. (Comentarios a la Sentencia N° 46 de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1999)", *Revista Jurídica*, N° 1, enero, Ministerio de Justicia, La Habana, 2000, págs. 6-25; Capítulo X, "Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa", en *Derecho de Sucesiones*, bajo mi coordinación, tomo II, Félix Varela, La Habana, 2004, págs. 200-310;"Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Derroteros del último lustro (2000-2004) en *Estudios de Jurisprudencia sucesoria*, Bitecsa, Managua, 2010, págs. 49-152; "Declaración post mortem de la inoficiosidad de la donación y la protección de la legítima. (A propósito de la Sentencia N° 58 de 23 de marzo de 2009 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)", *Revista Cubana de Derecho*, N° 34, La Habana, julio-diciembre 2009, págs. 141-159; "El Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en el cuatrienio 2005-2008", en *Estudios...*, *cit*., págs. 153-270; "Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial", en *Revista Norte Notarial*, del Colegio de Notarios de La Libertad, N° 1, año I, Trujillo, Perú, 2011, págs. 23-44; "Cumplimiento de los requisitos de la especial protección (legitimario asistencial) a la muerte del testador: La situación del estudiante universitario. Comentarios a la Sentencia N° 218 de 31 de mayo de 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo", en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, N° 42, La Habana, junio-diciembre de 2011, págs. 5-17; "¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial? (A propósito de la Sentencia N 532 de 29 de diciembre de 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo), en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colec-*

en razón de haberle negado alimentos al causante de la sucesión, pero dicha incoherencia podría ceder ante ciertos eventos, a saber: cuando se trata de la negativa de atención al causante. Se parte del supuesto de que si una persona se declara legitimaria asistencial, es porque dependía económicamente del causante y no estaba apta para trabajar (vid. Art. 493 del Código Civil). De tal modo, no puede argumentarse que el que necesita protección económica le negó alimentos a quien también estaba necesitado de ellos, porque re-sultaría un razonamiento absurdo, pero ¿y la atención? Si bien puede que el devenido causante haya sido el sostén económico, del devenido también legitimario, nada quita que pueda probarse que el pretenso legitimario desatendió al causante, con el sentido en que se ha venido interpretando este supuesto, siempre que la atención se centre en lo personal y no en lo económico, porque de ser así, el argumento cedería. Se trata de un supuesto, casi de literatura, en que un menor de edad o un anciano o una persona con discapacidad, ha tenido una conducta desatinada en el orden ético, reprochable, o sea, censurable, de falta de atención al causante de la herencia, de tal magnitud, que un tribunal le declarara incapaz para suceder, de modo que pudiera perder lo que a todas luces resultaría el principal sostén de contenido económico que le permitiera asumir las más apremiantes necesidades patrimoniales, porque otra cosa no resultaría cuando se priva de la legí-tima a un sujeto por estar incurso en una causal de incapacidad sucesoria.

Más polémico resulta el supuesto en que el devenido pretenso legitimario mantuvo en el pasado una conducta de desatención o incluso de negativa de alimentos respecto del causante, pero superada en el tiempo. ¿Qué sucede cuando el padre pretende ser declarado legitimario de un hijo al que en su minoría de edad no atendió o le negó alimentos, incluso con pruebas fehacientes en lo que a la negativa de alimentos respecta? Hay que partir de dos hipótesis, si se trata de un hecho pretérito, que no se aviene con el comportamiento posterior del hijo que incluso lo reconoció en su testamento como heredero especialmente protegido y le atribuyó la legítima a la que tiene derecho ex art. 492 del Código Civil, habría

tivos, N° 45, julio-septiembre 2012, págs. 52-58; "En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: La condición de 'heredero' especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo", en *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, año V, N° 5, Buenos Aires, junio 2013, págs. 137-164.

que entender que la ofensa que la negativa de alimentos o atención supone para el testador, fue superada, y hay un perdón tácito, primero por el comportamiento del autor de la sucesión al atender y proteger en vida a su progenitor, convirtiéndose en su sostén económico; segundo, por el reconocimiento ex testamento de la condición de especialmente protegido respecto de él, de su progenitor. La segunda hipótesis resulta más enre-vesada, pues de tratarse de una sucesión *ab intestato* habrá que derivar de la conducta o comportamiento del causante respecto de su pretenso heredero si hay un perdón o rehabilitación, pues de lo contrario, cabría la posibilidad de que este fuera declarado incapacitado para suceder. Y lo digo, en el entendido que no se puede limitar la aplicación de la causal de incapacidad sucesoria que se viene estudiando a los actos postreros de la vida del causante, si bien la interpretación de estos últimos será la clave para asumir que estamos en presencia de un perdón tácito del causante.

IV. La naturaleza alternativa de los supuestos fácticos de la norma contenida en el art. 469.1 c) del Código Civil

Aunque en la mayoría de las sentencias estudiadas, se involucran ambos supuestos fácticos, a saber: la negativa de atención y la negativa de alimentos, como si una conllevara inexorablemente a la otra[49], el empleo

[49] Así, *v.gr.*, Sentencia N° 77 de 29 de septiembre de 2006 (proceso ordinario), primer Considerando (ponente Alfaro Guillén) de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, en la cual se aduce para desestimar la demanda que :"*… en modo alguno logró la actora acreditar a la Sala la negativa, ni tan siquiera evasiva,* ***de atención o alimentos de los demandados y herederos testamentarios*** *con respecto a la causante de cuya sucesión se trata, y tampoco el reclamo fáctico de la fallecida a los mismos de tales atenciones, lo cual impide a la sala pronunciarse como se solicita, con respecto a la incapacitación sucesoria de los demandados (…)*". Asimismo en laSentencia N° 58 de 31 de agosto de 2010 (proceso ordinario), primer Considerando, de la propia Sala y de la misma ponente, en la que se sustenta que: "*… se incurre en el notable desacierto de confundir los contornos de la causal de incapacidad para suceder que se imputa al demandado y se regula en el artículo cuatrocientos sesenta y nueve, apartado primero, inciso c, del Código Civil cubano, que únicamente se integra cuando el llamado a la sucesión en cualquiera de sus clases,* ***haya negado alimentos o atención al causante*** *(…)*" .Con igual parecer la Sentencia No. 252 de 8 de agosto de 2008 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo Tribunal Supremo, en su segundo Considerando (ponente González García), al ratificar la sentencia

por el codificador de la conjunción disyuntiva "o", lleva a la inter-pretación de que para que tenga éxito la demanda interpuesta interesándose la declaración de incapacidad sucesoria ex art. 469.1 c) del Código Civil, es suficiente que se pruebe la concurrencia de alguno de estos supuestos, de modo alternativo y no yuxtapuesto. Así, lo reconoce explíci-tamente la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia N° 303 de 25 de octubre de 2010, tercer Considerando (ponente González García) al expresar que: "*… acusa la recurrente como infringido el artículo cuatrocientos sesenta y nueve, apartado primero, ordinal c, del Código Civil (…) aún cuando acierta al afirmar que las circunstancias a que el mismo se refiere deben apreciarse de manera alternativa y no conjunta (…)*". Empero, del estudio del resto de sus sentencias, tal y como hemos referenciado, se yuxtaponen ambos supuestos fácticos como si no hubiera distinción entre ellos.

de instancia, desestimatoria de la demanda en proceso de incapacitación para suceder con el argumento de que: "*… con independencia de que efectivamente no se requiere que la ahora fallecida en vida hubiere establecido demanda o reclamación para procurar que el demandado* ***le brindara atención o alimentos****, a los efectos de apreciar el alegado incumplimiento de tales menesteres, es lo cierto que semejantes afirmaciones del actor, ahora recurrente, no han sido convenientemente probadas (…)*", la Sentencia N° 306 de 14 de agosto de 2012 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, primer Considerando (ponente González García) en la que se afirma que: "*… el inconforme soslaya que* ***la negativa de alimentos*** *o atención al causante de la sucesión como causa de incapacidad para heredar a que se refiere el artículo cuatrocientos sesenta y nueve, apartado primero, letra c, del Código Civil, implica inequívocamente la intencional actuación u omisión del obligado a dispensarlos que, requerido expresamente a esos efectos por el necesitado, evade el cumplimiento de tal carga (…)*". Y que igualmente se reitera, a modo de colofón, en la Sentencia N° 495 de 30 de noviembre de 2012 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, primer Considerando (ponente Díaz Tenreiro), en la que se involucran paradigmáticamente ambas situaciones. A tal fin dice el Alto Foro que: "*… se advierte que ha sido debidamente ponderada la insuficiencia probatoria determinante de la desestimación de la demanda, por tratarse de asunto concerniente a la incapacitación sucesoria del no recurrente, en virtud de la causal prevista en el inciso c, apartado primero del artículo cuatrocientos sesenta y nueve del Código Civil, previsora de la exclusión del derecho sucesorio a quien haya asumido* ***conductas negatorias de la dación de alimentos y atención al causante llamado a sucederle****, que requiere la demostración de la actitud omisiva, si bien no ha de limitarse su tipificación a supuestos en los cuales* ***el alimento ha sido exigido,*** *porque debe ser extendida a todos aquellos en los cuales, a pesar de no haber mediado reclamación de ningún tipo, el causante estuviere necesitado de ellos y semejante orientación exige la negativa de atención, que refuerza el contenido ético de esta causal de incapacitación en salvaguarda del cumplimiento de los deberes de asistencia a las personas en momentos cercanos a su deceso (...)*".

Quiero decir que, aunque se trata de una única causal de incapacidad para suceder, la hipó-tesis normativa comprende dos supuestos que de operar alguno de ellos, tendría éxito en sede judicial la pretensión de inhabilitación de los pretensos herederos o legatarios.

V. Imperiosa necesidad de la prueba en sede judicial del hecho constitutivo de la incapacidad sucesoria. Prescriptibilidad de la acción

Algunos puntos resultan necesarios que sean esclarecidos. La incapacidad para suceder reconocida ex art. 469.1 c) del Código Civil cubano solo puede ser declarada en vía judicial, a menos que el incurso en ella lo manifieste en sede notarial, lo cual resulta de dudosa probabilidad por la vis litigiosa que atrae al foro la resolución del conflicto. Si bien el Código Civil nada establece al respecto, para declarar incapaz para suceder a un sucesor mortis causa al amparo de tan polémica causal, se requerirá una sentencia meramente declarativa, con efectos *ex tunc*, o sea, se entenderá que el llamado a la sucesión nunca ha tenido derecho a ella, operando la delación a favor de quién ocuparía su lugar (sustitutos vulgares, llamados a la sucesión por representación sucesoria o los coherederos o colegatarios concurrentes (por acrecimiento sucesorio) en caso de conjun-ción de llamamiento sin especial designación de partes, o de ser el único de los llamados en un orden sucesorio ab intestato, los que les corresponderían, según el orden siguiente, y de tratarse de un único legatario, a los herederos *ab intestato*, pues no cabe refundir el legado en la masa hereditaria.[50] En todo caso, al amparo del art. 223.3 en relación con el art. 6.7, ambos de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, será sustanciada tal pretensión por los trámites del proceso ordinario ante las salas correspondientes de los tribunales pro-

[50] *Vid*. Acuerdo N° 52 de 14 de abril de 2010, que contiene el Dictamen N° 427 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, que da solución a un caso análogo al de la incapacidad para suceder, en cuyo tercer apartado se dispone que: "*En lo relacionado con la situación generada por la renuncia del legatario a la adjudicación de los bienes que el testador a su favor dispuso, conforme al artículo 476 del Código Civil deviene inequívoco que no han quedado comprendidos en el remanente que corresponde al heredero instituido en el propio instrumento y en consecuencia pasan a integrar el caudal relicto al que tienen derecho los que resulten de la sucesión intestada, conforme a la previsión del apartado b) del artículo 509 del citado cuerpo legal sustantivo*".

vinciales. Pensar de otra manera sería forzar el dictado literal del legislador.[51] Otra cuestión es que la declaración de incapacidad sucesoria se tramite como una cuestión previa o incidental en los trámites del proceso sucesorio, pero para ello sería necesaria una reforma de la vigente Ley de Procedimiento, pues el proceso sucesorio en nuestro ordenamiento jurídico se regula como un proceso universal destinado a liquidar y partir el caudal hereditario. Aunque coincido con esta tesis, de lege lata sería imposible de defender.[52]

[51] En Argentina, según expresa ZANNONI, también se ventila por los trámites del proceso ordinario "en cuanto significa una modificación sustancial del título hereditario obtenido mediante la declaratoria de herederos, si ésta fue dictada". *Vid*. ZANNONI, E. A., *Manual de…*,cit., pág. 87. En Brasil también se tramita por los cauces del mismo proceso. Incluso se llega a decir que la interposición de la demanda de indignidad sucesoria no justifica la suspensión del proceso de inventario, por lo que le es posible al inventariante hacer traer a colación los bienes recibidos por el excluido (artículo 990 VI del Código de Procedimiento Civil). También como una medida de naturaleza cautelar, es posible la no entrega de la cuota al heredero cuya indignidad está siendo cuestionada. *Vid*. DIAS, M. B., *Manual das…*, cit., pág. 313.

[52] Defiende ALFARO GUILLÉNen la doctrina patria la necesidad de una reformulación de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico en este orden. La tramitación, *v.gr.*, de la pretensión de incapacidad para suceder se hace inviable a través del proceso sucesorio, y además tampoco permite su paralización, pretensión que como expresa la autora se ventila a través de un proceso ordinario en la instancia provincial. "Ello desestabiliza el curso normal de la constitución del derecho hereditario, en tanto se altera la trayectoria de sus etapas concebidas en el orden de la apertura, vocación, delación, aceptación y adquisición, teniendo en cuenta que una vez culminada la constitución del derecho hereditario mediante resolución judicial que ponga fin a un proceso particional, si (…) se declarase incapaz para suceder a cualquiera de los sucesores adjudicatarios, será necesaria la retroacción a la etapa de ejercicio de ius delationis, para que se verifique el llamamiento a la herencia de acuerdo a las nuevas circunstancias". Tampoco sería posible como expresa la propia autora la acumulación de procesos, porque "el modo en el que actualmente se concibe la tramitación de las pretensiones sucesorias en la LPCALE lo impiden, dada la regulación contenida en el art. 86.2 del mismo cuerpo legal que exige que se trate de procesos de igual clase para la procedencia de la acumulación, lo que no queda verificado entre procesos sucesorios y ordinarios". Por último, no resultaría dable invocar una prejudicialidad, porque la ley lo limita a situaciones de índole penal, resultando ajena las cuestiones de prejudicialidad civil en el ordenamiento procesal cubano, de manera que no queda más que la vía del proceso ordinario ante la instancia provincial para sustanciar esta pretensión con las consecuencias que en el orden, no solo procesal, sino también sustantivo o material ello reportaría. Vid. ALFARO GUILLÉN, YANET, "De los procesos sucesorios en general. Valoraciones de su regulación en la LPCALE", en *Revista Cubana de Derecho*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, N° 36, julio-diciembre 2010, págs. 89-95.

Para tener éxito en la pretensión, como ha quedado apuntado, se requiere del arsenal pro-batorio necesario, que en la mayoría de las oportunidades no es manejado con éxito por la parte actora o, en todo caso, por el abogado que le representa. Se requiere una prueba irrefutable de la negativa de atención o de la negativa de alimentos y como causal de incapacidad sucesoria que implica restricción de derechos para el sucesor, los supuestos fácticos previstos en la norma deben ser interpretados también de manera restrictiva. En tal sentido, ha sido diáfano el Tribunal Supremo en sus sentencias al desestimar los motivos de casación que se aducen, impugnando la sentencias de instancia por las que se declaran SIN LUGAR las demandas establecidas con el fin de interesar la declaración de incapacidad para suceder.[53]

En relación con el plazo de prescripción establecido para ejercitar la acción declarativa de incapacidad para suceder, al no establecer el Código Civil un plazo a tal fin, resultaría aplicable el previsto en el art. 114, que actúa con carácter supletorio, cuando el propio Código no establece uno

[53] Así, Sentencia N° 328 de 31 de agosto de 2011, segundo Considerando (ponente Acosta Ricart) en la que se deja dicho que: "*… la situación de hecho que dejó establecida la sentencia prevalece en tanto* ***la recurrente no logró desvirtuarla con el motivo de prueba como hubiere correspondido*** *y por tanto la misma no es subsumible en el precepto específico que se acusa infringido al no haber tenido por acreditada la sentencia que por la heredera testamentaria se hubiere incurrido en alguna de las conductas que relaciona el inciso c) del apartado uno del artículo cuatrocientos sesenta y nueve del Código Civil (…)*", la Sentencia N° 306 de 14 de agosto de 2012, primer Considerando (ponente González García) que desestima el recurso de casación interpuesto al considerar que: "*…no presentes en la persona del no recurrente la dolosa negativa de alimentos o atención ni en la sentencia interpelada la deficiente ponderación probatoria denunciada, los aludidos motivos han de rechazarse por impertinentes (…)*", la Sentencia N° 334 de 27 de agosto de 2012, primer Considerando (ponente Díaz Tenreiro), cuyo tenor literal dice: "*… todo lo cual tributa a la estimación de que no se verifica la vigencia del supuesto de incapacidad para suceder sobre el que insiste quien recurre,* ***ante la insuficiencia probatoria de sus presupuestos*** *(…)*" y la Sentencia N° 495 de 30 de noviembre de 2012, primer Considerando (ponente Díaz Tenreiro), en la que igualmente se insiste en la necesidad de probar la causal de incapacidad sucesoria alegada, de modo que durante la sustanciación del proceso "*… se advierte que* ***ha sido debidamente ponderada la insuficiencia probatoria determinante de la desestimación de la demanda****, por tratarse de asunto concerniente a la incapacitación sucesoria del no recurrente, en virtud de la causal prevista en el inciso c, apartado primero del artículo cuatrocientos sesenta y nueve del Código Civil, previsora de la exclusión del derecho sucesorio a quien haya asumido conductas negatorias de la dación de alimentos y atención al causante llamado a sucederle, que* ***requiere la demostración de la actitud omisiva*** *(…)*".

concreto, de manera que el plazo para su ejercicio prescribe a los cinco años, contados este desde la muerte de quien causa la sucesión; ello en razón de dar seguridad y estabilidad jurídica al proceso sucesorio. Tratándose de una causal de incapacidad sucesoria sustentada en la negativa de alimentos o de atención al causante, desde luego, previa a su muerte, no hay motivo para aducir que el die a quo comienza a computarse a partir del momento en que se tuvo conocimiento de tal actitud, pues dicho argumento resulta endeble. El plazo comienza a computarse desde que la acción pudo ser ejercitada, y esto acontece desde el mismo óbito del causante (vid. Art. 120.1 del Código Civil)[54], siendo posible su ejercicio aún cuando el incurso en ella haya ya fallecido, dado que esta sanción tiene naturaleza civil, no penal[55], y su carácter personalísimo implica que los hechos afectan al agraviante, de manera que sus sucesores no se verán excluidos de la sucesión, si, v.gr., operara un supuesto de representación sucesoria (vid. Art. 512 del Código Civil que regula la incapacidad para suceder como uno de los supuestos que genera esta figura sucesoria), aún cuando por mandato del art. 472 del Código Civil el incapaz

[54] En el Derecho comparado, este no es el criterio unánime. Así, en la doctrina y el Derecho positivo del Perú, el plazo se hace depender de la posesión material de los bienes por el heredero y no de la posesión jurídica, en nuestro caso, siguiendo al ordenamiento español, la posesión civilísima del art. 207.1 de nuestro Código Civil. Autores peruanos como LANATTA Y FERRERO COSTA, siguiendo el dictado del art. 667 del Código Civil de Perú, interpretan que el plazo de prescripción debe computarse desde que el heredero entra en la posesión real y efectiva de la herencia que no tiene por qué coincidir con el momento del fallecimiento del autor de la sucesión. Vid. LANATTA, R. E., *Derecho de…,* I, cit., pág. 271 y FERRERO COSTA, A., *Tratado de…*, cit., págs. 231-232. Este último autor expresa que los herederos interesados en el ejercicio de la acción de indignidad sucesoria podrán ejercitarla desde la muerte del causante pero hasta que trascurra el plazo de un año en que el heredero ha entrado en posesión de cualquiera bienes de la herencia según el dictado del mencionado art. 667 del Código Civil peruano, ya que en todo caso no sería posible interpretar la indignidad res singula, en tanto que esta recae sobre todos los derechos sucesorios. Entre los autores españoles comparte tal tesis LLEDÓ YAGÜE, F., *Sistema de…*, cit., pág. 71. En Bolivia, VILLAFUERTE CLAROS, A., *Derecho de…*, I, cit., pág. 69, es de la opinión de hacer coincidir el ejercicio de la acción del fallecimiento del autor de la sucesión.
Llama la atención el art. 2284 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Argentina que sigue la orientación que defiendo, si bien por vía de caducidad, y no prescripción, pero hace coincidir el die a quo para el ejercicio del derecho de excluir al heredero indigno desde el momento de la apertura de la sucesión, aunque en sede de legados tal plazo se computa desde la entrega del legado.
[55] Así, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos… V, cit*., pág. 71.

para suceder, se verá imposibilitado de administrar los bienes que como consecuencia de su exclusión a la sucesión fueron adquiridos por sus descendientes (en el supuesto de que estos sean menores de edad[56]).

VI. El perdón o rehabilitación por el causante. Modos de instrumentarlo.

Hay consenso en la doctrina y en el Derecho comparado de que las causales de incapacidad sucesoria, rectius de exclusión o inhabilitación sucesoria por vía de indignidad, o las puras causales de indignidad para aquellos ordenamientos jurídicos que no les da el tratamiento de incapacidad sucesoria, cesan por el perdón o rehabilitación que hace el causante (testador o no), al tratarse de una materia de Derecho dispositivo, dejada a su libérrima voluntad, quien puede a su antojo dispensar al pretenso sucesor de la sanción que la indignidad supone.[57] Tal perdón, a cuyo tenor se alza el veto a la sucesión que esta incapacidad sucesoria implica, redime al sujeto y le retorna la condición de sucesor *mortis causa*.[58] Como aduce en la doctrina peruana ZÁRATE DEL PINO, con el perdón o rehabilitación, el autor de la sucesión se convierte en un "juez compasivo", dado que "estima que puede olvidar el agravio".[59] Dentro de

[56] Sobre este tema en el contexto cubano *vid*. PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., "La administración de los bienes, atribuidos a título de herencia o de legado a favor de menores, por terceros no progenitores, dispuesta así por el testador. Acotaciones de lege lata y de lege ferenda", en *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, año IV, N° 11, Buenos Aires, diciembre 2012, págs. 169-183 y la doctrina foránea que allí cito.

[57] Así, VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de…*, *V., cit*., págs. 451-453, ROYO MARTÍNEZ, M., Derecho de…, Primera parte, *cit*., págs. 83 y ss., ALBALADEJO, M., *Derecho…, V., cit*., págs. 85-86, ZÁRATE DEL PINO, J. B., *Curso de...*, cit., págs. 86-87, FERRERO COSTA, A., *Tratado de…, cit*., págs. 228-230, LOHMANN LUCA DE TENA, G., *Derecho de… I., cit*., págs. 184-188, SUÁREZ FRANCO, R., *Derecho de…, cit*., págs. 111-112, ZANNONI, E. A., *Manual de..., cit.,* pág. 98, LLEDÓ YAGÜE, F., *Sistema…, Sucesiones, cit.,* págs. 64-65, RIVERO HERNÁNDEZ, F., en *Elementos… V,* pág. 67.

[58] Apunta la profesora brasilera MARÍA BERENICE DIAS que no obstante, no puede interpretarse el perdón como una manera de recuperar la capacidad sucesoria. "Perdoado el herdeiro antes da abertura da sucessão, nao cabe dizer que ele recuperon a capacidade sucessória. Não se recupera o que não se perdeu. Simplesmente o herdeiro continua a integrar a orden de vocação hereditária". Vid. DIAS, M. B., Manual das…, cit., pág. 312.

[59] ZÁRATE DEL PINO, J. B., Curso de…, cit., pág. 87.

la doctrina del propio país andino, LOHMANN LUCA DE TENA nos alerta en el desafío teórico que puede implicar la generalización con la que suele utilizarse los términos perdón o rehabilitación, ya que una cuestión es perdonar la ofensa (esto es el daño que la negativa de atención o alimentos al causante de la sucesión le haya podido generar); y otra, muy distinta "es perdonar la indignidad en el sentido de rehabilitar efectos jurídicos sucesorios". Puede que el testador en su testamento a. e., perdone al sucesor por el perjuicio que en su momento le provocó el estado de abandono en que lo sumió, pero ello no tiene por qué necesariamente ser interpretado que con ese perdón, lo rehabilita como sucesor.[60]

Dado que la indignidad es una sanción, imponible a instancia de parte interesada, en atención a su vis conflictiva, necesita un pronunciamiento judicial. El art. 469.2 del Código Civil regula que el perdón puede ser expreso o tácito.[61] Entre las formas de manifestación del primero, cabe alegar su instrumentación por vía notarial a través de escritura pública, o por testamento, en cualquiera de sus tipos reconocidos en el Código Civil (vid. Arts. del 483 al 491), o incluso por documento privado, siendo posible también que se exteriorice la voluntad de manera oral o verbal, pues el Código Civil no exige forma alguna para exteriorizar esa voluntad que provoca la redención del sucesor. Con el perdón expreso, eso sí -como anota RIVERO HERNÁNDEZ-, hay una clara expresión del causante de readmitir en la sucesión, dado el conocimiento previo que ha tenido no solo de la ofensa, sino de sus consecuencias jurídicas, es decir, de ser una causa de exclusión sucesoria. En cambio, no puede ser concebida tal declaración de voluntad, como una mera expresión de sentimientos.[62] Si se admite un perdón tácito, lógico es que al expreso no

[60] *Apud* LOHMAN LUCA DE TENA, G., *Derecho de… I., cit*., pág. 185.

[61] Otros ordenamientos jurídicos son más rigurosos en este orden. Así, a modo de ejemplo, el Código Civil español exige que el perdón expreso se haga constar por documento público (art. 757), el art. 1015.I del Código Civil de Bolivia exige que la rehabilitación expresa se haga constar por documento público o testamento. El Código Civil de Brasil en su art. 1818, párr. 1°, exige que la rehabilitación se haga por testamento o por otro acto auténtico. Expresión esta última que ha sido interpretada por alguna autora como cualquier escrito privado firmado por el de cuius y por testigos, o a través de un codicillo. Vid. DIAS, M. B., Manual das…, cit., pág. 312. El Código Civil portugués exige en su art. 2038.1 que la rehabilitación conste en testamento o en escritura pública. El Código Civil de Guatemala, que solo admite la rehabilitación expresa, exige que esta se haga por disposición testamentaria.

[62] *Vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos… V, cit*., pág. 67.

se le pueda exigir requisitos de forma alguna. El que sea expreso no quiere decir que sea solemne ni a través de testamento ni siquiera necesariamente por documento público. Otra cuestión es lo relativo a la prueba, por ello se aconseja la instrumentación notarial del perdón con las ventajas que el documento público reportaría en el orden probatorio a esa voluntad redentora.

Empero, los casos más interesantes que pudieran suscitarse en el orden sucesorio vendrán de la mano de una supuesta o hipotética voluntad del causante dirigida a perdonar al sucesor, sobre todo cuando sabedor de la conducta del sujeto, no se decide a testar, cambiando el cauce de su sucesión o a revocar el testamento ya otorgado. El perdón tácito en una sucesión intestada es un verdadero quebradero de cabeza ¿Cabe acaso esta modalidad de perdón en una sucesión legal o intestada? DÍAZ ALABART, al estudiar la causal de indignidad regulada en el art. 756.7 del Código Civil español, tantas veces invocada, expresa que "si el causante conocía la causa de in-dignidad, y no testó a favor de otros para impedir que la herencia llegará al indigno, cosa que de otro modo sucedería irremisiblemente al ser pariente con derecho a suceder ab intestato, podría tratarse de una rehabilitación tácita. La prueba de que la indignidad era conocida por el causante corresponde al indigno. Si este no pudo probar que el causante la conocía, no habrá rehabilitación".[63]

Si al causante le negaron en vida atención o alimentos, ¿qué probabilidad tendrían sus su-cesores de demostrar que fueron perdonados? En tal caso, se aduce que una actitud compasiva, afectiva por parte del causante hacia el sucesor pueda ser entendida como un comportamiento inequívoco de que, en efecto, hubo un perdón. También, podría cesar la causal de exclusión por actitudes que supongan reconciliación entre el ofensor y el ofendido, pero en buena técnica el Código Civil cubano no regula la reconciliación como un supuesto de acto sanatorio o purgatorio de la sanción, lo cual no le priva, a mi juicio, de idénticos efectos. La reconciliación, a diferencia del perdón, es de naturaleza bilateral, en la cual cobra sustantividad o protagonismo la persona del ofensor, quien, en cambio, en el perdón, es un tercero con interés legítimo.

Lo que no es dable discutir ante esta causal de incapacidad o inhabilitación sucesoria en nuestro ordenamiento jurídico es la posibilidad

[63] DÍAZ ALABART, S., *La protección jurídica*…, *cit.*, pág. 212.

también teórica de que el causante de la sucesión no haya tenido conocimiento del hecho mismo constitutivo de la causal inhabilitante, pues siempre sería un hecho anterior a su muerte, de indudable conocimiento para el autor de la sucesión.[64] De ahí que un supuesto más evidente de perdón sería la institución como heredero o legatario de un sujeto que a todas luces tuvo un comportamiento reprochable en este orden para con el testador, y este a sabiendas de ello, otorgó el testamento, o no lo revocó, teniendo posibilidad de ello. Más polémica sería la situación de falta de incapacidad natural o incluso incapacitación judicial del causante, que le impida la revocación del testamento ya otorgado o la posibilidad de rehabilitar de forma expresa, o incluso tácita al sucesor. Al estudiar el tema en el Código Civil español, en el que según el dictado del art. 756.7, el causante que podría resultar ofendido por comportamiento de falta de atenciones debidas sería una persona con discapacidad; DÍAZ ALABART sostiene que si se trata de personas que carecieren "de la capacidad necesaria para testar, obviamente será difícil que puedan rehabilitar al indigno, pero aún conservando esa capacidad, las personas sometidas a una institución de guarda es evidente que tienen menos facilidad para tomar iniciativas de este género que la persona que no lo está, con lo que aún siendo teóricamente posible rehabilitar al indigno, lo cierto es que les resultará más complejo hacerlo que a otros". En ese contexto, la mencionada catedrática de Derecho civil ofrece una alternativa que resulta razonable, por mucho que se aluda al carácter personalísimo que el perdón o rehabilitación pueda tener. En su hilo argumentativo, defiende que de la misma manera que una persona con discapacidad, incapacitada judicialmente, y con tutor nombrado, podría este exigir alimentos a favor de su pupilo, le sería de idéntica manera, posible, rehabilitar a aquel que los ha suministrado y ello, porque: "Si bien la respuesta es insegura, (…) habría que inclinarse por la afirmativa por razón de que así se equilibran las facultades de actuación del representante legal (facultad de solicitar

[64] Ha dicho acertadamente la Corte de Casación colombiana (Cas. de 25 de mayo de 1961, cit. pos SUÁREZ FRANCO, R., *Derecho de…, cit., pág. 111, que "el perdón expreso o tácito contenido en el acto testamentario posterior al hecho causante de la indignidad, redime a su autor de la falta y la pena. Por ello, la institución testamentaria de heredero o legatario cancela el pretérito y reduce el ámbito de la indignidad en la sucesión testada, a hechos que se suceden con posterioridad al testamento, pero no a la muerte del causante, salvo algunos hechos que no pueden acontecer sino después (…)"*.

los alimentos y -también a su criterio- rehabilitar a quien se negó en un momento dado a prestarlos) y, por otra parte, por no hacer de peor condición a quien niega los alimentos a un discapacitado que carezca de capacidad de obrar para rehabilitarle (pues nunca podría ser rehabilitado), frente a quien se los niegue a un discapacitado que sí la tenga (que podría rehabilitarle)".[65]

Perdonado o rehabilitado, el ofensor no cabría revocabilidad alguna pues como apunta PUIG BRUTAU: "El perdón revocable no sería tal perdón".[66] Resultaría un verdadero contrasentido, repelente de la moral, el que el autor de la sucesión fuera contra sus propios actos. Como dice CASTÁN, al seguir a SÁNCHEZ ROMÁN, "repugnaría a la moral el arrepentimiento o revocación en el perdón de una ofensa".[67] Otra cuestión distinta sería que el perdón, como manifestación negocial de voluntad puede impugnarse sobre la base de la existencia de un vicio de dicha manifestación de voluntad ex art. 69 del Código Civil.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales:

- ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Derecho Civil V-Derecho de Sucesiones*, 2ª edición, Barcelona, Bosch, 1987.
- ALFARO GUILLÉN, YANET, "De los procesos sucesorios en general. Valoraciones de su regulación en la LPCALE", en *Revista Cubana de Derecho,* Unión Nacional de Juristas de Cuba, N° 36, julio-diciembre 2010.
- ÁLVAREZ ALARCÓN, ANTONIO, "La nueva causal de indignidad para suceder a un discapacitado: Examen del artículo 756,7º del Código Civil", en *Revista de Derecho de Extremadura*, N° 5, 2009.

[65] *Idem*, pág. 213.

[66] *Vid.* PUIG BRUTAU, J., Fundamentos…, V, volumen I, cit., pág. 150. Posición contraria defiende RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos…, V, cit., pág. 67, quien reduce la irrevocabilidad a los supuestos de perdón, expresados a través de actos inter vivos. No obstante, considera que en todo caso, "no debería ser meramente arbitraria".*

[67] *Vid.* CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Común y foral, tomo VI-Derecho de sucesiones, volumen I-La sucesión en general. La sucesión testamentaria (primera parte*), 10ª ed., revisada y puesta al día por José Manuel González Porras, Reus, Madrid, 2010, pág. 496.

- BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil- Sucesiones, tomo* I, 9ª ed., actualizada por Delfina M. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Común y foral, tomo VI-Derecho de sucesiones, volumen I-La sucesión en general*. La sucesión testamentaria (primera parte), 10ª ed., revisada y puesta al día por José Manuel González Porras, Reus, Madrid, 2010; *Diccionario esencial de la lengua española*, Real Academia española, Espasa-Calpe, Madrid, 2006.
- DIAS, MARÍA BERENICE, *Manual das Sucessões*, 2ª ed., revisada, actualizada y ampliada, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- DÍAZ ALABART, SILVIA, *La protección jurídica de las personas con discapacidad* (Estudio de la Ley N° 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad) (bajo su dirección), Ibermutuamur, Madrid, 2004.
- ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO, *Manual de Derecho Civil español, volumen V-Sucesiones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.
- FERRERO COSTA, AUGUSTO, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 7ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, CARMEN, "La causa séptima de indignidad sucesoria: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas", en *Revista de Derecho UNED,* Madrid, N° 1, 2006.
- LANATTA, RÓMULO E., *Derecho de Sucesiones, tomo I-Parte general*, 3ª ed., Editorial Desarrollo, Lima, 1983.
- LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, *Sistema de Derecho Civil. Sucesiones* (Francisco Lledó Yagüe y Ramón Herrera Campos, directores), Dykinson, Madrid, 2002.
- LOHMANN LUCA DE TENA, GUILLERMO, *Derecho de Sucesiones*, tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995.
- MEDINA, GRACIELA, "Indignidad para suceder por incumplimiento del deber alimentario al hijo enfermo mayor de edad", en www.gracielamedina.com/.../Indignidadparasucederporincumplimientodeldeberalimentario.doc, consultado el 9 de diciembre de 2013.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., "Los herederos especialmente protegidos, la nueva visión de los legitimarios en el Código Civil cubano: algunas interrogantes al respecto", en *Temas de Derecho Sucesorio*

Cubano, Félix Varela, La Habana, 1999; "A una década de la promulgación el Código Civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su Libro Cuarto" (en coautoría con MARÍA ELENA COBAS COBIELLA), en Temas…, cit.

- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., "Naturaleza intuitu personae de los derechos deferidos a favor de los padres con especial protección (y no herederos especialmente protegidos) en el primer llamado sucesorio. (Comentarios a la Sentencia N° 46 de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1999)", *Revista Jurídica*, N° 1, enero, Ministerio de Justicia, La Habana, 2000; Capítulo X, "Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa", en *Derecho de Sucesiones*, bajo mi coordinación, tomo II, Félix Varela, La Habana, 2004; "Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Derroteros del último lustro (2000-2004) en Estudios de Jurisprudencia sucesoria, Bitecsa, Managua, 2010; "Declaración post mortem de la inoficiosidad de la donación y la protección de la legítima. (A propósito de la Sentencia N° 58 de 23 de marzo de 2009 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)", *Revista Cubana de Derecho*, N° 34, La Habana, julio-diciembre 2009; "El Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en el cuatrienio 2005-2008", en *Estudios…, cit.*; "Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial", en *Revista Norte Notarial*, del Colegio de Notarios de La Libertad, N° 1, año I, Trujillo, Perú, 2011; "Cumplimiento de los requisitos de la especial protección (legitimario asistencial) a la muerte del testador: La situación del estudiante universitario. Comentarios a la Sentencia N° 218 de 31 de mayo de 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo", en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, N° 42, La Habana, junio-diciembre de 2011; "¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial? (A propósito de la Sentencia N° 532 de 29 de diciembre de 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo), en *Boletín de la Or-*

ganización Nacional de Bufetes Colectivos, N° 45, julioseptiembre 2012; "En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: La condición de 'heredero' especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo", en *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, año V, N° 5, Buenos Aires, junio 2013.

- PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1975.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, en *Elementos de Derecho Civil V-Derecho de Sucesiones*, JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO ET AL., Bosch, Barcelona, 1993; "La administración de los bienes, atribuidos a título de herencia o de legado a favor de menores, por terceros no progenitores, dispuesta así por el testador. Acotaciones de lege lata y de lege ferenda", en *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, año IV, N° 11, Buenos Aires, diciembre 2012.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, JOSÉ, "La reforma de los artículos 756 y 1732 del Código Civil por la Ley 41/2003", en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, JOSÉ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (COORDINADOR), La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006.
- ROYO MARTÍNEZ, MIGUEL, *Derecho Sucesorio "Mortis causa"*, Primera parte, ENPES, La Habana, 1991.
- SUÁREZ FRANCO, ROBERTO, *Derecho de Sucesiones*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1996.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B., P*anorama del Derecho de Sucesiones, tomo II-Perspectiva dinámica*, Civitas, Madrid, 1984.
- VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO, *Tratado de Derecho Civil español, tomo V-Parte especial.* Derecho de sucesión mortis causa, Talleres tipográficos "Cuesta", Valladolid, 1916.
- VILLAFUERTE CLAROS, ARMANDO, *Derecho de Sucesiones, tomo I-Parte general,* 2ª ed., Riverijos Ltda., La Paz, 1993.
- ZANNONI, EDUARDO A., *Manual de Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed., actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- ZÁRATE DEL PINO, JUAN B., *Curso de Derecho de Sucesiones*, 1ª ed., Palestra editores, Lima, 1998.

II. Fuentes legales:

- Código Civil de la República de Argentina de 25 de septiembre de 1869, con jurisprudencia de la CJSN, edición a cargo de LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder ejecutivo de la nación redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto N° 191/2011, presentada por Ricardo Luis Lorenzetti, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2012.
- Código Civil de la República de Bolivia, Decreto Ley Nº 12.760 de 6 de agosto de 1975, edición de 1998; Código Civil de Brasil, Ley Nº 10.406 de 10 de enero del 2002, 4ª ed., ampliada y actualizada hasta el 20 de mayo del 2006, a cargo de NELSON NERY JUNIOR Y ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Editora RT Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.
- Código Civil de Cataluña, en http://civil.udg.es/normacivil/cat/ccc/ES/Index.htm, consultada el 1 de diciembre de 2013; Código Civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855, con citas de jurisprudencia, anotaciones y concordancias, actualizada al 15 de enero del 2009, a cargo de JAVIER BARRIENTOS GRANDÓN, Legal Publishing, Abeledo Perrot, Editorial Jurídica Santia-go de Chile, 2009.
- Código Civil de la República de Colombia, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley N° 57 de 1887, 3ª ed., Legis Editores S.A., s.l., 1999.
- Código Civil de la República de Costa Rica de 26 de abril de 1886 (revisado y actualizado), 9ª ed., Porvenir, San José, 1996.
- Código Civil de la República de Cuba, Ley Nº 59 de 16 de julio de 1987 (Anotado y concordado por LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO) Ciencias Sociales, La Habana, 2011.
- Código Civil de la República de Ecuador, 7ª ed. (Codificación RO-S 104: 20 noviembre de 1970), actualizado a junio de 1997, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, s. l..
- Código Civil de la República de El Salvador, decretado el 23 de agosto de 1859, ordenada su promulgación por Decreto Ejecutivo de 10 de abril de 1860, publicado en el Diario Oficial el 14 de abril de 1860, ac-

tualizado con sus reformas, RICARDO MENDOZA ORANTES (ed.), Editorial Jurídica salvadoreña, 2006.

- Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 30ª ed., Tecnos, Madrid, 2011.
- Código Civil de la República de Francia de 21 de marzo de 1804, 66ª ed., Petit Codes, Dalloz 1976-1977.
- Código Civil de la República de Guatemala, sancionado por Decreto-Ley Nº 106 de 14 de septiembre de 1963, en vigor desde el 1º de julio de 1964, AYALA AND JIMÉNEZ (Eds.), Guatemala, C. A.. 1991; Código Civil de la República de Honduras, sancionado por Decreto Nº 76 de 19 de enero de 1906, Graficentro Editores, Tegucigalpa. s. f.
- Código Civil de la República de Italia de 16 de marzo de 1942, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 1993; Código Civil del Distrito Federal de México, 2ª ed., ISEF, México, 2001.
- Código Civil de la República del Perú, promulgado por Decreto Legislativo Nº 295 de 24 de junio de 1984, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición actualizada, Jurista editores, Lima, 2011.
- Código Civil de la República de Portugal de 1966, vigente desde 1967, Livraria Almedina, Coimbra, 1992.
- Código Civil de Puerto Rico de 1930, edición a cargo de RAMÓN ANTONIO GUZMÁN, Santa Fe de Bogotá, Septiembre 1993.
- Código Civil de la República Dominicana, 8ª ed., preparada por el DR. PLINIO TERRERO PEÑA, Editora Corripio, C. por A., Santo Domingo, 1987.
- Código Civil de la República Oriental del Uruguay sancionado en 1914, concordado, edición a cargo de Gustavo Ordoqui Castilla, Ediciones del Foro, Montevideo, 2010.
- Código Civil de la República de Venezuela, reformado en julio de 1982, Editorial PANAPO, 1986.

III. Fuentes jurisprudenciales

- (Causa N° 53.632)-"R., N. M. (Beneficio) c/P.J.O. s/Exclusión por Indignidad p/suceder"-Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, (Buenos Aires)-Sala II-29 de diciembre de 2009 (en http://www.alatinoamericana-naf.com/index.php?option=com_con-

tent&view=article&id=137:sucesiones-exclusion-por-indignidad-para-suceder-articulo-3296-bis&catid=37:legislacion-civil&Itemid=75, consultado el 5 de diciembre de 2013).

- Sentencia de 7 de febrero de 2008 de la Cámara de Apelaciones de lo Civil y lo Comercial de Córdoba (Argentina) (MJJ20621, http://ar.microjuris.com/MJAR/ref.cfm?code=MJJ20621, consultada el 9 de diciembre de 2013).
- Legajo de sentencias civiles de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba.

Palabras de recepción del académico correspondiente en Senegal

Modernidad del acuerdo contractual: Límites de los instrumentos de regulación legislativa y jurisprudencial de las nuevas relaciones sociales frente a los cambios tecnológicos y al mestizaje de ideas, costumbres y culturas-Espacio al Contrato*

Sedar Senghor, Daniel

---

* *Conferencia de incorporación a la Academia, dictada en sesión especial del 15 de agosto de 2014.*

Señor Presidente,
Señores Académicos,
Señoras y Señores,

Es un gran honor el que me hacen ustedes hoy a mí, y a través de mi persona a mi Notariado, a mi país, la República de Senegal, y a la Unión que presido, al aceptar recibirme en, calidad de Académico correspondiente en su augusta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Debo suponer que soy el primer notario venido de África que ha sido recibido en la misma, lo que sin duda es un signo de los tiempos que cambian: el primer Presidente africano de la Unión Internacional del Notariado visita el país de su ilustre fundador, José Adrián Negri, escribano de Buenos Aires.

Un país, muy generoso, puesto que es también el del primer Papa venido del continente americano.

Al margen de la inmensa repercusión que ha tenido este ultimo acontecimiento, que sin duda no es más que el primero de muchos otros venideros, estos no son más que ejemplos de una globalización que no hace, sino extenderse.

Un movimiento mundial de crecimiento de las ideas en plena expansión, que hace que se tambaleen las certezas y recuerda cada vez más insistentemente la urgencia de cuestionar a los profesionales del Derecho.

Fue a Buenos Aires, el lugar en que nació nuestra Unión, adonde vine el año pasado en busca de inspiración pionera y para intentar consolidar las ideas que expuse a mis compañeros para que las votaran cuando me presenté para mi elección.

Hoy en día los valores se ponen en tela de juicio en todo el planeta, en unos tiempos en que el intercambio de innovaciones avanza a la velocidad de Internet, rodeado por la gran indiscreción de las redes sociales.

Al mismo tiempo, hay que reconocer que la obra del legislador tiene dificultades para seguir el ritmo de la burbujeante y fantástica creatividad que impulsa los intercambios, y la jurisprudencia, a su vez, también sale bastante mal parada cuando tiene que aportar soluciones de emergencia ante situaciones inesperadas.

Hoy más que nunca, los profesionales del Derecho tienen que hallar formulas innovadoras para regular las relaciones sociales de forma armoniosa.

De ahí la ***EXTRAORDINARIA MODERNIDAD DEL ACUERDO CONTRACTUAL***, y este es precisamente el tema que he elegido presentarles, no solo porque soy un escribano, sino porque se trata de un problema social a mi parecer estratégico.

A mi modo de ver, estas son las cuestiones en tomo a las cuales gira la reflexión más estratégica de la Unión que tengo el honor de presidir.

En la primera parte, voy a intentar explicar este postulado, que parece ser fruto del mestizaje y la innovación, antes de pasar a esbozar en la segunda parte, la que en mi opinión es actualmente la extraordinaria baza del documento público auténtico.

I. Aceleración de la innovación y el mestizaje planetarios de las ideas y costumbres

Esto se concreta en dos constataciones, la del mestizaje de las ideas y de los comportamientos y la fantástica aceleración de la innovación, que hoy en día pone al alcance de todo el mundo las aportaciones procedentes de todas las regiones del planeta.

A.- El doble fenómeno de la aceleración y del mestizaje:

La innovación no es propiedad de nadie, y a pesar de la protección de la propiedad intelectual, de las patentes, de las licencias o de las nuevas tecnologías, la técnica y las barreras tradicionales de protección ya no tienen utilidad alguna, porque la web-com progresa día a día de forma asombrosa.

a) El impacto de la legislación nacional a nivel internacional

La labor del legislador cada vez es menos neutra, ya que los avances legislativos nacionales generan consecuencias a nivel internacional, puesto que las situaciones de derecho que se crean en un lugar determinado, por lo general están relacionadas con el derecho privado internacional de la

ley nacional de los interesados; lo que da lugar a una confrontación con otras ideas, poniendo a veces a prueba el orden público interno de cada uno de los Estados.

b) La legislación y la jurisprudencia tienen dificultades:

El legislador intenta adelantarse y tener en cuenta los requisitos normativos necesarios, pero hay que admitir que hoy en día tiene dificultades, ya que los avances tecnológicos son mucho más rápidos que el trabajo de concepción legislativa.

Buen ejemplo de ello lo tenemos en la investigación en el campo de la biología y en los vertiginosos riesgos de resbalones ante los progresos de la ingeniería genética y la hibridación biológica.

El Derecho se enfrenta a preocupaciones de carácter moral y las normas no siempre tienen valor universal, porque cada entidad define por sí sola su propio sistema de valores, pero en constante interacción con el de los demás.

B.- Mestizaje irreversible

Una parte importante de la población del planeta está formada por expatriados, y este fenómeno, que va en aumento, traza ahora nuevas líneas de osmosis y solidaridad que ya no siempre coinciden con las fronteras nacionales e incluso cabría hablar de "multinacionales de ideas".

Esto puede aplicarse a los niveles de evaluación de la evolución de las costumbres, pero también a la creación de ligas internacionales para la protección del ecosistema, con una sana comprensión de la interdependencia y la solidaridad responsable, puesto que el aire, igual que el agua y muchos animales migratorios, no conocen fronteras.

Compenetración de valores, conciencias y necesidades:

Hoy, vemos como se dibujan estas líneas de ósmosis que, igual que las multinacionales industriales o de servicios, no tienen límites, y las líneas de rotura parecen trazarse sin tener en cuenta las fronteras nacionales, desafiando a los juristas a que se acostumbren rápidamente a toda una

serie de avances, pero también a que protejan a la sociedad frente a los abusos, cada día más amenazadores.

Doble movimiento, mestizaje y resistencia identitaria

Medimos la discrepancia entre dos movimientos simultáneos, el del mestizaje de ideas y la nivelación mundial de las técnicas, comportamientos y productos de consumo y, al mismo tiempo, una resistencia cultural que aumenta sin cesar frente a esta estandarización que se percibe como una agresión.

Como protesta ante esta operación de nivelación, las resistencias identitarias hacen que cada día sea más violento el choque irredentista, que se radicaliza para reivindicar un nuevo orden cultural internacional y la necesaria defensa de los valores fundamentales del ser humano.

Se trata de un fenómeno mundial que explica sin duda las veleidades separatistas que se ponen de manifiesto cada vez con más firmeza.

II. Una baza fantástica para el documento auténtico

Nos proponemos analizar esta segunda parte desde los puntos de vista de los mecanismos inadecuados de la legislación y la jurisprudencia. Ello parece plantear la necesidad de buscar caminos alternativos.

A.- Resultados inadecuados de la legislación y la jurisprudencia

a) *La imposibilidad de que la legislación pueda ocuparse de todos los detalles:*

Como anunciábamos antes, no cabe duda de que el paradigma de la sociedad consiste en querer regularlo todo, pero pese a la efervescencia legislativa, hay que reconocer que los hechos avanzan más de prisa que las ideas y que la legislación no logra seguirles el ritmo.

No podemos reprochárselo, sobre todo si esto se complica debido al proceso democrático que debe seguir la labor del legislador, demasiado a menudo a merced de los equilibrios políticos del poder, que dependen de las decisiones que tome la mayoría.

El choque y la confrontación entre los grupos de influencia generan lentitud, y ello aumenta el retraso entre las situaciones de hecho y la necesidad de regular los progresos de la sociedad.

Sea cual sea la intención del legislador, es muy difícil tomar en consideración todo el mosaico de peculiaridades, todas ellas legítimas, que deben tenerse forzosamente en cuenta.

b) El reto transnacional de las innovaciones legislativas:

Por no poner más que un ejemplo práctico, consecuencia de las tendencias contemporáneas y de las desigualdades a la hora de evaluar las normas de conducta, he de señalar que en África existen todavía fuertes reticencias ante la idea de un estatuto de los homosexuales.

Las cosas no tienen por qué permanecer invariables, ya que tanto aquí como en cualquier otro lugar los hechos controlan las ideas, porque el derecho no es más que la transcripción de una realidad socioeconómica que lo precede, y también porque las cosas no siempre permanecen inamovibles en el tiempo.

Cada cultura, cada nación, tiene sus peculiaridades, y visto desde África, muchos se preguntan por qué en las legislaciones de algunos grandes países sigue existiendo la pena de muerte.

Hablando de globalización y para seguir con el ejemplo, nada impide que un ciudadano de Senegal pueda contraer una unión homosexual en un país más permisivo en este terreno en particular.

Aunque su legislación nacional no reconozca dicha unión, esta de todos modos sigue generando efectos jurídicos que no dejaran de tener impacto en el ámbito internacional y, por lo tanto, les corresponde a los juristas tomar las medidas adecuadas y forjar paliativos para los vacios de la ley o los retrasos de la jurisprudencia.

B.- Las soluciones que puede ofrecer el Contrato:

Aquí, medimos la gran modernidad de la técnica contractual, con tal de que se vea reforzada por el carácter probatorio del documento auténtico, porque permite tener en cuenta todas las peculiaridades respetando el orden público.

a) Nueva definición de orden público y delimitación de la prohibición

Entendiendo siempre, sin embargo, que la ley debe reservarle un lugar preeminente al contrato, habida cuenta de la gran dificultad que supone para el juez el tener que decretar lo que se puede y lo que no se puede hacer, debido a un retrase que será el suyo, cuando tenga que intervenir, desmontando situaciones que pueden haberse prolongado durante años y que por tanto estarán forzosamente consolidadas.

Esta situación ofrece un escenario muy moderna para el acuerdo contractual, que más que nunca es objeto de atención para que, según la fórmula clásica del Notariado, el adagio "*lex est quodcumque notamus*" (lo que nosotros escribimos es ley), se convierta realmente en la ley personalizada de las partes.

Ello implica una definición más precisa de orden público, el único límite a la enorme proliferación de requisitos especiales, para que resulte más fácil de leer, menos interpretativo y que, más allá de este límite, todo lo que no esté prohibido pueda ser posible.

b) La legislación personalizada que adoptan las partes

Así que es este el espacio privilegiado y la gran responsabilidad de los escribanos: saber cuál es la medida de su responsabilidad, hacerse cargo de las grandes dificultades de anticipación legislativa y jurisprudencial y de los nuevos espacios de libertad que la sociedad exige cada día más.
Es una misión estimulante esta de tomarle la medida a este vasto espacio y darle una respuesta de calidad a esta legitima reivindicación.

En eso, consiste todo el privilegio del concesionario del servicio público de la prueba, en poder dar cada día una respuesta de calidad a la paz social, en el tranquilo marco de su despacho, organizando las relaciones mediante el contrato.

Para terminar, aunque parezca imposible hacerlo

En un intento de responder a las cuestiones de la dificultad de adaptar la legislación y la jurisprudencia junto con los avances tecnológicos, el mestizaje cultural y los flujos migratorios, traté de entender este

postulado antes de presentar la que en mi opinión es su baza estratégica, el documento público auténtico.

El resultado es un espacio fantástico para desarrollar el derecho contractual en el que, mientras que la legislación y la jurisprudencia cada día van quedando más sofocados, se podrá tener en cuenta la extraordinaria efervescencia de la innovación contemporánea impulsada por el mestizaje de hombres e ideas.

El profesional del contrato tiene el deber de tomar las medidas adecuadas y no vacilar a la hora de forjar nuevas herramientas capaces de responder a las expectativas de seguridad que son el corolario de estos avances.

Este es el milagro de la profesión de escribano, que a veces se ve injustamente como un instrumento del pasado, mientras que por el contrario ofrece soluciones absolutamente vanguardistas.

Esto no va a ser posible más que si se actualizan sus instrumentos de respuesta, sus procedimientos y sus formas de actuar para poder evaluar debidamente las necesidades contemporáneas, pero esto no tiene nada de original, ya que es el destino de todas las profesiones.

Es este mi auspicio y, también, la dirección en la que desde el principio de mi mandato he deseado guiar a la profesión.

Pero antes de concluir, Señor Presidente, Señores Académicos, Señoras y Señores, deseo decirles una vez más lo mucho que aprecio el honor con el que han querido distinguir a esta profesión a través de mi persona.

Deseo que sepan ustedes que, antes de aceptar su invitación, me tomé mi tiempo para informarme acerca de los Valores de su augusta Academia y que, aunque antiguos, al igual que el Notariado, son cada día más modernos.

Quiero, pues, asegurarles que llevaré con gran orgullo estos valores y que, pese a que mi voz es sin duda mucho más modesta que la de mi tío, el gran Léopold Sédar Senghor, Presidente fundador de la República de Senegal y primer africano miembro de la Academia Francesa, será un gran honor para mí ser su emisario donde quiera que vaya para dar testimonio de ellos.

Señor Presidente, Señores Académicos, Señoras y Señores, les estoy infinitamente agradecido por su amable atención.

Palabras de recepción del académico correspondiente en Brasil

Fegueiredo*

---

* *Conferencia de incorporación a la Academia, dictada en sesión especial del 29 de abril de 2014.*

Palabras iniciales

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Señores y Señoras Académicos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Autoridades Presentes de todos los Poderes de la República Argentina.

Señores Magistrados, Jueces, Maestros.

Mi querido amigo Antonio María Hernández.

A mi esposa y mis familiares presentes.

Señores y Señoras.

Ha sido para mí una gran alegría recibir la noticia de me han elegido para integrar esta reconocida y prestigiada Academia, en calidad de Académico Correspondiente, mediante la indicación del ilustre profesor y jurista cordobés Antonio María Hernández.

Conocí a Antonio hace algunos años y desde el primer momento la simpatía contagiante y, con el tiempo, la amistad sincera se arraigó entre nosotros y nuestras familias.

Lo conocí en Córdoba, cuando organizó un memorable congreso con muchos profesores extranjeros.

Desde el comienzo, establecimos una sólida y sincera amistad y, a partir de ese momento, siempre, de alguna manera, hemos estado juntos en nuestros proyectos y convicciones democráticas y doctrinarias.

Debo contar hoy, públicamente, lo que pocos saben. Fue Antonio quien dio el aval a mi nombre para integrar, por primera vez, el Consejo Ejecutivo (Executive Committee) de la prestigiosa Asociación Internacional de Derecho Constitucional, en la cual Antonio tuvo destacada actuación durante muchos años.

Estábamos en el año 2007, en Atenas, en Grecia. Fue allí que nosotros, dos hermanos latinoamericanos, cimentamos una bella amistad que jamás podrá ser desunida.

El Derecho y la mutua admiración científica -y ¿por qué no?: el hecho de que seamos latinoamericanos- nos unió y ¡jamás nos separó!

A partir de entonces, cuántos seminarios, cuántos congresos, cuántos intercambios de experiencias importantes hemos compartido por

todo el mundo, ya sea en nuestra Asociación o en Latinoamérica, con nuestros colegas de todas las Naciones.

La semilla dio frutos. Hemos hecho grandes y pequeños seminarios; hemos colaborado con varios alumnos, colegas, tanto en Argentina, como en Brasil y en varios países de Europa, EUA, Australia y Asia.

Antonio y yo siempre hemos tenido preocupaciones semejantes. Los superpoderes de los Presidentes latinoamericanos, sus causas y sus posibles remedios, el populismo, el Municipalismo, la descentralización del Poder, el Federalismo, la historia del derecho constitucional son temas que nos unen siempre que ha sido posible.

Hoy, tengo la oportunidad de agradecer al amigo, al jurista, al tribuno, al científico del derecho, al profesor, al abogado, al político, al académico Antonio María Hernández.

Antonio es amigo franco, leal, caballeroso, pronto, dispuesto, que siempre ayuda y colabora en los proyectos de sus colegas.

Es el jurista compenetrado con sus deberes para con la Patria y la Nación y para con la ciencia jurídica, en su amplitud, en su complejidad y en su entrelazamiento con las demás ciencias sociales, y por ello, domina con lucidez y profundidad las cuestiones relacionadas con las áreas que ha elegido, con especial celo y estudio.

No habré de mencionar aquí la gran e importantísima obra(s), la vasta producción científica de Antonio. Todos los colegas la conocen de memoria.

Son poquísimos en el mundo los juristas que reúnen los grandes predicados que tiene Antonio. A la par de su calidad de excelente orador y su familiaridad con idiomas extranjeros, sobre todo, el inglés, demuestra una gran sensibilidad política.

No por casualidad inició su actividad partidaria en la Unión Cívica Radical de Córdoba en el año 1971, ocupando los más importantes puestos y cargos, incluso en la Comisión de Legislación Penal entre 1991 y 1993, Vicepresidente del Bloque de Diputados Nacionales del radicalismo entre 1993 y 1995.

Además, actuó en tres Convenciones Constitucionales: la Provincial de Córdoba en 1987, la Nacional de 1994, en la que se desempeñó como Vicepresidente de la Comisión de Redacción y la Municipal de la Ciudad de Córdoba de 1995, en la que fue electo Presidente.

En las elecciones Nacionales de 1995, fue candidato a Vicepresidente de la República.

Igualmente, no habré de citar todos los importantísimos cargos que ha ejercido y ejerce, ya sea en la Asociación Argentina de Derecho Constitucional como Presidente, sea en el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba o como Profesor Titular Plenario de Derecho Público Provincial y Municipal y Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba, Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Miembro del Comité Ejecutivo de la AIDC de la AI de Centros de Estudios Federales, Académico Correspondiente de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya, Holanda, y Ex Convencional Constituyente de la Nación en 1994.

Quisiera tan solo decir que tenemos grandes afinidades como constitucionalistas que somos.

Compartimos las mismas (comunes) convicciones democráticas y federalistas.

Muchas gracias, Antonio, por su amistad, por su confianza, que mucho me honra y enorgullece.

Estoy seguro de que seguirá recorriendo su camino en la tierra con inteligencia y sabiduría, haciendo amigos y construyendo puentes. Es lo que hemos hecho y continuaremos haciendo.

El jurista tiene el deber de usar su inteligencia para cuestionar la realidad y mejorarla, de alguna forma. Sin duda, eso es lo que Antonio ha hecho a lo largo de su fructífera vida académica y profesional.

Tengo la certeza de que continuaremos siguiendo nuestros "caminos cruzados" con mucha luz, con mucha amistad y colaboración.

Muchas gracias a todos los que han apoyado este importante momento académico. Cuenten con mi eterno agradecimiento, pues a partir de ahora, estaré en compañía de nombres de conocidos y de personalidades por las cuales tengo una gran admiración, como: José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Domingo García Belaunde, Jorge Carpizo, Diego Valades Francisco Fernandes Segado, Allan Brewier Carias, entre otros. El 22 de Agosto de 1941, en el Acta de Constitución de la Academia Na-

cional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, luce en el discurso del Dr. Sofanor Novillo Corvalán:

"Creo que la Academia de Derecho y Ciencias Sociales no es el descanso de espíritus fatigados, sino una acumulación de experiencias que puede servir a los fines del Estado. Es un organismo vivo cuya serenidad le permite un máximo consejo".

Espero estar al alcance de esos objetivos y ser un espíritu vivo y no fatigado para contribuir con todos los colegas al enriquecimiento de la vigorosa tradición jurídica de Córdoba que siempre ha sido luminosa.

La presentación estuvo a cargo del señor académico de número

POR HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA

Señor Presidente de la Academia, Señores Académicos, Prof. Marcelo Figueiredo, Profesores, Señoras y Señores:

Tengo el gran placer de recibir en nombre de la Academia a nuestro nuevo Miembro Correspondiente en la República de Brasil, Prof. Dr. Marcelo Figueiredo.

El nuevo Académico es una de las personalidades más reconocidas del mundo jurídico brasileño y americano, pues desarrolla una muy intensa actividad en el contexto de su país, en nuestro continente y aún a nivel mundial, al ser el representante de Brasil en las asociaciones internacionales del derecho constitucional. En efecto, es Vocal en el Consejo Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y es Vicepresidente de la Asociación Internacional de De-recho Constitucional. Por su parte, en el ámbito nacional, ha desarrollado una extensa e intensa tarea en los campos del derecho público y del gobierno universitario, como surge con claridad de su Currículum Vitae que se acompaña y del cual seguidamente destacaremos sólo algunos aspec-tos.

Es Master y Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de San Pablo, Brasil, donde además ha sido Decano de la Facultad de Derecho de esa prestigiosa Casa de Estudios.

Además, fue Jefe del Departamento de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católi-ca de São Paulo (2003/2005), Director Ejecutivo y Fundador de ABCD -Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas-, Secretario de la Comisión de Estudios Constitucionales del Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil y Director del Instituto Brasileño de Derecho Administrativo.

Actualmente, se desempeña como Miembro de la Comisión de Ética Pública de la Presiden-cia de la República del Brasil, lo que demuestra que a sus calidades de Profesor y publicista, une el prestigio personal para ser designado en tal cargo, que es el más importante en el Estado Brasileño en una materia tan sensible para las democracias de nuestro tiempo.

Entre sus múltiples trabajos sobre derecho público, destacamos los publicados en el último tiempo: "Los Desafíos del Derecho Constitucional Brasileño: Continuar siendo un Instrumento Efectivo de Ciudadanía", en el libro "Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais", Editora Quartier Latin, 2006; "La Crisis en el Entendimiento Clásico en el Principio de la Le-galidad Administrativa y Temas Correlatos", en el libro "Estudios de Derecho Público en homenaje a Celso Antônio Bandeira de Mello", editora Malheiros, 2006, "La Constitución y el Medio Ambien-te-Algunos Principios Aplicables a la Materia y Ciertos Temas Correlatos", en la Revista Jurídica Logus de la Facultad de Derecho Professor Damásio de Jesús, 2006; "El Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos y la Teoría de la Imprevisión", en las VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, editados por la Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2005, "Saneamiento Básico-Empresa Concesionaria de Servicio Público-Capacidad de Inversión Comprometida por conducta irresponsable de Acreedores-Deber de Prestar servicios relevantes en el contexto constitucional-Alternativas de Solución a la Controversia involucrando sus importantes misiones", en la obra Servicios Públicos y Derecho Tributario, 2005 y "La Corrupción Administrati-va, esa vieja conocida…" -artículo publicado en el Jornal Centro Académico 22 de agosto- PUC/São Paulo, 2005.

También, expresamos que estuvo ya en nuestra ciudad, con motivo de la organización que tuvimos en nuestro carácter de Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional de un Seminario Internacional, destinado al análisis de la descentralización del poder, donde abordó la problemática de su país.

Marcelo Figueiredo ha logrado destacarse en su participación en organizaciones internacionales de derecho constitucional como lo mencionamos inicialmente, por sus conocimientos de inglés y francés y por su calidad y simpatía que lo hacen desempeñarse como un verdadero embajador de Brasil y de Latinoamérica. Suma a ello, su reconocida capacidad de organización de importantes eventos internacionales para el estudio de los más actuales temas del derecho público de nuestro continente.

Conozco, además, sus fuertes convicciones en favor de las ideas republicanas y federales y del constitucionalismo social y del Estado Constitucional y democrático de Derecho.

Considero que, con su incorporación a esta Academia Nacional de Derecho, se han de fortalecer nuestros lazos con ese gran país vecino que es el Brasil, con quien compartimos esencialmente las ideas y proyectos de la integración de América del Sur.

O papel do Supremo Tribunal Federal no Brasil. Casos polêmicos recentes

Figueiredo, Marcelo

Hamilton fala em Poder Judiciário do governo e lhe atribui o predicado de ser o "*menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição*", *já que não dispõe da "espada", enbainhada no Executivo, nem dos recursos financeiros e normativos a cargo do Legislativo".*

Deduz que "a liberdade geral do povo nunca será ameaçada por esse lado, isto é, enquanto o Judiciário permanecer separado tanto do Legislativo como do Executivo. Por isso, a importância da independência desse Poder.

Lançando os fundamentos do controle judicial, Hamilton, acrescenta ser razoável "*supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites traçados para a sua atuação*".

O controle de constitucionalidade é tributário da idéia da separação de poderes, como fórmula de convivência num Estado, que se empenha em conter a violência, mas aceita a pluralidade e o particularismo como fatos incontornáveis.

O Constitucionalismo brasileiro, sem se desfazer da função do controle de constitucionalidade em benefício da liberdade política (na linha dos Federalistas) enfatiza reclamos de que a jurisdição constitucional seja instrumento de concretização de valores sociais . Por fim, reinvindica que o processo hermenêutico seja também protagonizado por setores mais amplos da sociedade civil.

I. Crime de Racismo Contra Judeus: O HC 82.424-2-RS

Em 17 de Setembro de 2003, às vesperas de completar 175 anos, o STF proferiu um julgamento histórico, ao denegar o Habeas Corpus impetrado em favor de Siegfried Ellwanger contra decisão do Superior Tribunal de Justiça.

O STJ condenara Ellwanger como incurso nas penas do art. 20 da Lei N° 7.716/89, com a redação dada pela Lei N° 8.081/90, pois praticara o crime de racismo contra a comunidade judaica.

O STJ afirmou que "todo aquele que pratica uma dessas condutas discriminatórias ou preconceituosas (incitação ou induzimento) é autor do delito de racismo, inserindose, em princípio, no âmbito da tipicidade direta.

Destarte, uma vez reconhecida a subsunção da conduta delituosa ao injusto de racismo, a imprescritibilidade era medida que se impunha.

Houve, em seguida, a impetração de HC perante o STF sob a alegação de que o delito de discriminação contra os judeus não teria conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade.

Em suma, afirmaram os impetrantes que judeus não deveriam ser vistos como uma raça.

Logo, a *vexata quaestio* se resumia a determinar o exato sentido e alcance da expressão racismo, conforme o art. 5º, XLII, da CF.

O Relator Moreira Alves, asseverou que a interpretação da CF há de levar em conta o elemento histórico. E que a expressão "racismo" (segundo a emenda aditiva.... da época da constituinte do deputado X), consistia tão somente no preconceito ou discriminação contra a raça negra.

Ao concluir o seu voto, o Relator se fundamentou em diversos estudiosos judeus para afirmar que os judeus não são raça.

E não se tratando de crime de racismo a apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica, declarou extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Abriu divergência o Ministro Maurício Correa, ao lembrar a histórica perseguição sofrida pelos judeus desde os primórdios da humanidade. Lembrou o estigma dos judeus na história e disse que sob a ótica científica, a clássica subdivisão da raça humana a partir de suas características físicas, não procede.

A genética baniu definitivamente a diferenciação entre raças humanas. Em suma, não haveria raça branca, amarela, ou judia, mas apenas e exclusivamente a raça humana.

Aliás, a diferenciação entre raças surgiu a partir do processo sociocultural originado na intolerancia humana, nascendo, então o preconceito racial.

Maurício correa denegou a ordem. Foi acompanhado por Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Ellen Gracie, Nelson Jobim e Cesar Peluso.

Marco Aurelio acompanhou o relator, reconhecendo a prescrição. Carlos Britto concedia ex officio a ordem para absolver o acusado, vez que sua conduta era atípica, dado o direito fundamental de liberdade de expressão.

O voto condutor do Ministro Maurício Correa primou pela prevalência, em última análise, do princípio da tolerância (religiosa) consectário lógico do princípio do pluralismo e da democracia.

CLS- O Discurso do ódio racial não pode estar protegido na liberdade de expressão.

CLS- Princípio da tolerância.

II. Afastamento da prisão civil do devedor fiduciante

Desde a ratificação pelo Brasil do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (especialmente em seu art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de S. José da Costa Rica, art. 7, 7), não há mais fundamento legal para a prisão civil do depositário infiel.

Diante do art. 5, inc. LXVII, não foi revogada a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel , mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação a legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos os arts. 1287 do C.C. e o DL 911/69. (RE 466.343).

III. Fidelidade Partidária na jurisprudência do STF. (ADI 1351/1354).

No dia 4 de outubro de 2007, o STF foi palco de um julgamento histórico. Após um longo e profundo debate, o STF decidiu que o abandono, pelo parlamentar, da legenda pela qual foi eleito, tem como consequência jurídica a extinção do mandato.

Até então vinha sendo pacífica a orientação de que a infidelidade partidária não deveria ter repercussão sobre o mandato parlamentar. A maior sanção que a agremiação partidária poderia impor ao filiado infiel era a exclusão de seus quadros.

O sistema eleitoral proporcional no Brasil (que vem de 1932) vem apresentando constantes déficits e emitindo sinais de exaustão.

Se considerarmos a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade e a participação do voto de legenda na eleição do candidato, tendo em vista o modelo eleitoral proporcional adotado para as eleições parlamentares, parece certo que a permanencia do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torna-se condiçao imprescindível para a manutenção do próprio mandato.

Assim, ressalvadas as situações decorrentes de ruptura de compromissos programáticos por parte da agremiação, perseguiçao política ou outra situação de igual significado, o abandono da legenda, como decidiu o STF, deve dar ensejo a extinçao do mandato.

Decidiu o STF que os mandatos pertenceriam aos partidos políticos. As vagas conquistadas no sistema eleitoral proporcional brasileiro pertencem as legendas. Esta é uma regra que decorre da própria lógica do regime de democracia representativa e partidária vigente no país.

Isso não implica em mandato imperativo ou vinculante. O mandato é livre.

Em Portugal, por exemplo... mandato representativo ou livre, a regra é que os parlamentares que abandonem suas legendas podem continuar a exercer o mandato como independentes, se não se filiarem a qualquer outro partido; mas se isso ocorrer, ou seja se a desfiliação for seguida da filiação a outra agremiação política, tem se entao hipótese de parlamentar transfuga, fato que gera a imediata perda do mandato (CRP art. 160 c).

Na Espanha, onde também se adota a concepção de mandato livre, el transfuguismo é uma prática há muito condenada pela sociedade.

4) A fé na ciência :constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias

ADIN 3.510/DF. Audiência Pública (20/4/2007)

A Lei N° 11.105/2005 permitiu a realização de pesquisas com células extraídas de embri ões, mediante a observância das seguintes exigências: a) que os embriões,tenham resultado de tratamento de fertilização in

vitro, b) que os embriões sejam inviáveis; ou não tenham sido implantados no respectivo procedimento de fertilização, estando congelados há mais de tres anos; c) que os genitores deem o seu consentimento; d) que a pesquisa seja aprovada pelo comitê de ética da instituição.

Além disso a lei proibiu: a) a comercialização de embrioes, células ou tecidos; b) a clonagem humana; c) a engenharia genética germinal humana, zigoto humano e embrião humano.

O Procurador Geral da República (um católico fervoroso), na ADI movida no STF foi a de que "a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação. Fundada em tais premissas , sustentou que os dispositivos legais impugnados violariam dois preceitos da CF, direito a vida e o princípio da dignidade humana.

Os argumentos da inicial podem ser resumidos no seguinte: o embrião é um ser humano cuja vida e dignidade seriam violadas pela realização das pesquisas que as disposições legais impugnadas autorizam.

III. A Judicialização e o Ativismo

Entende-se por *judicialização* a passagem de questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral ao Poder Judiciário.

As instâncias tradicionais -o Legislativo e o Executivo- não conseguem mais filtrar e resolver os complexos problemas sociais e aparece a Jurisdição Constitucional neste cenário.

Como bem anota Barroso[68], "fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando inclusive países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito".

Vejamos alguns casos interessantes julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

[68] LUIS ROBERTO BARROSO, "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo", www.oab.org.br.

VI.1. Constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto).

Provocado pelo Procurador Geral da República, o STF julgou, por maioria, improcedente uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) que questionava a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei Nº 11.105/2005).

Trata-se de uma lei que regulamenta o uso pela pesquisa genética de embriões humanos resultantes dos procedimentos de fertilização *in vitro*.

A ADI questionava justamente a autorização das pesquisas científicas como tais embriões e assim tinha como causa pedir uma suposta insuficiência de proteção legislativa do direito fundamental à vida dos embriões, ainda que a lei tenha autorizado a pesquisa somente com embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos.

Em seu voto, o relator, Ministro Carlos Britto, sustentou não haver no caso violação ao direito a vida (art. 5, caput da CF), como também não ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, III da CF). Foi acompanhado por outros cinco ministros. Os demais cinco ministros que decidiram pela procedência total ou parcial do pedido de declaração da inconstitucionalidade da lei, ora fundamentaram seus votos numa suposta superioridade do direito à vida dos embriões inviáveis (!), ora na necessidade da existência de um órgão controlador das pesquisas com embriões humanos, que zelasse pelo que se convencionou chamar de "bioética".

Como fundamentação de seu voto, o relator tratou de enfatizar os benefícios da pesquisa com células tronco-embrionárias para o desenvolvimento de novas terapias que possam ser utilizadas para salvar vidas. Em quase 50 páginas, limitou-se, portanto, a fazer ponderações entre os interesses jurídicos próximos ao que seriam facetas do direito fundamental à vida. Ponderou o direito à vida potencial de células- tronco com o direito à vida de pessoas nascidas enfermas.

Somente no final de seu voto e de maneira sintética, destinou algumas considerações sobre o direito fundamental a liberdade científica (art. 5, inciso IX da CF), como argumento de reforço a tese da constitucionalidade da lei.

Infelizmente o STF não considerou a lei como interventora na liberdade científica. A doutrina apesar de criticar a fundamentação dos votos, admite que a decisão tem o seu significado para o desenvolvimento dos direitos fundamentais.

VI.2. Prisão por dívida (HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio e HC 92. 566, Rel. Min. Marco Aurelio; RE 349.703, Rel. Min. Gilmar Mendes e RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso).

Trata-se de quatro casos envolvendo o controle concentrado em sede originária (HC) e recursal (RE), com base no parâmetro constitucional do direito fundamental à liberdade (art. 5, caput), protegido pelo Habeas-Corpus (art. 5, LXVIII CF), mas também pelo Recurso Extraordinário (art. 102, III, "a", da CF).

Em todos eles, o STF reviu sua antiga jurisprudência sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel, autorizada pela legislação brasileira, mas proibida pelo Pacto de San José de Costa Rica, do qual também o Brasil é signatário, o qual restringe a prisão por dívida ao descumprimento inescusável da prestação alimentícia.

Houve grande discussão ensejada pelos casos concretos julgados a respeito da posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil. Prevaleceu a tese do status supralegal, mas infraconstitucional, dos tratados.

VI.3. Limites ao uso de algemas (HC 91.952/SP, Rel. Min. Marco Aurélio).

O uso de algemas em acusados em geral gera notório constrangimento. Tal uso pode, todavia, revelar-se necessário quando houver risco de fuga ou de violência contra os responsáveis pela condução de acusado preso ou terceiros.

A lei processual penal não regulamenta o uso das algemas infligido pela autoridade policial a suspeitos, indiciados ou acusados presos. Assim, vários direitos fundamentais substantivos e principalmente garantias constitucionais processuais podem restar violados por tal ação policial.

Vem à discussão os direitos fundamentais à honra pessoal (art. 5, X CF), que protege aspectos relevantes do direito fundamental matriz à liberdade (art. 5, caput), na acepção de autopreservação, e as garantias constitucionais processuais como a presunção de inocência do art. 5, LVII CF.

Com seu habeas-corpus, o paciente visava à anulação de decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, em razão de o acusado ter sido mantido desnecessariamente algemado durante toda a sessão de julgamento.

O STF concedeu o habeas corpus em decisão unânime. Dentre os motivos determinantes, o STF sustentou não haver uma justificativa para submeter o acusado a uma espécie de humilhação, considerada como violação até mesmo da dignidade da pessoa humana, além da violação do princípio da presunção de inocência, sobretudo por ter o condão de induzir, nos jurados, a percepção de que se estaria diante de um acusado de alta periculosidade.

Embora não concordemos com o mérito da decisão do STF, é certo que a partir desse caso houve a edição de uma Súmula Vinculante de N° 11 segundo a qual:

"Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

VI.4.) Obrigatoriedade de diploma universitário para o exercício do jornalismo (RE 511.961-1/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes)

Trata-se de uma decisão sobre recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, assistido pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo contra decisão do Tribunal Federal Regional de São Paulo que aplicou o art. 4, V, do Decreto-Lei Nº 972/ 1969, declarado pelo STF, em decisão não unânime, como não recepcionado pela ordem constitucional vigente.

Em síntese para o relator, no campo do jornalismo não haveria espaço para o controle ao acesso à atividade, porque isso já configuraria censura prévia expressamente vedada pela Constituição.

"O jornalismo e a liberdade de expressão são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensados e tratados de forma separada".

O jornalismo seria também uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação. O Relator trouxe ainda decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da OEA que condenaram a obrigatoriedade de inscrição em conselho de ordem de jornalismo, mediante a apresentação de diploma, como violação ao direito de expressão concedido a todos os cidadãos.

O STF teria fixado entendimento no sentido de que as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante as qualidades profissionais. O artigo 5º, XIII da CF abarcaria somente hipóteses nas quais as qualificações que pudessem ser determinadas pelo legislador, seriam, ao cabo, exigíveis somente nos casos em que a falta de diploma é um risco de dano à sociedade, como é o caso da medicina, da engenharia e da advocacia.

Com efeito, para a atividade de jornalista, por não implicar tais riscos ou danos a terceiros, não deveria haver tal exigência.

Nesse contexto, comparou a carreira do jornalista a outras nas quais o diploma universitário não é condição exclusiva para que o profissional domine a técnica, como é o caso daqueles que trabalham nos ramos de cozinha, desenho, marketing, moda, costura e educação física. Segundo ele, "um excelente chefe de cozinha certamente poderá ser formado numa faculdade de culinária, o que não legitima o Estado a exigir que toda e qualquer refeição seja feita por profissional registrado mediante diploma de curso superior nesta área".

VI.5.) Julgamento da Terra Indígena Raposa Terra do Sol

O julgamento pelo STF da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol é o mais recente marco de reavaliação e mudança da política indigenista brasileira.

O julgamento garantiu aos povos indígenas Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepangue e Uapixana o reconhecimento de suas terras, base material da sua vida, local de moradia onde são desenvolvidas suas relações familiares e econômicas, e do qual retiram seu alimento e propagam a sua religiosidade e cultura.

Respeitou-se a tradição jurídica do reconhecimento dos territórios indígenas e da não aceitação do esbulho possessório como forma de aquisição de propriedade.

O polemico julgamento de um lado, reconheceu a legalidade do processo administrativo da demarcação da Terra Indígena da Reserva Raposa Serra do Sol reconhecendo o direito a proteção daqueles povos indígenas que também formam a cultura da nação brasileira.

De outro lado, trouxe pelo voto do Relator, 19 (dezenove) condicionantes que, em tese, poderão balizar qualquer reconhecimento de terras indígenas no Brasil.

O que é possível dizer neste caso, é que o STF quis limitar a ação do Poder Executivo em suas responsabilidades de demarcar as terras indígenas e suplantar a ação do Poder Legislativo que não consegue aprovar um novo marco legal para os povos indígenas no Brasil.

VI.6) Direitos Sociais

Há ainda inúmeros casos polêmicos decididos pelo Supremo Tribunal Federal e também pelo Superior Tribunal de Justiça no Brasil envolvendo direito à saúde.

São em sua maioria casos relativos ao fornecimento de medicamentos e ao acesso a assistência médico-hospitalar.

Reiteradas decisões proferidas pelo STF consagram o direito à saúde como decorrência do direito à vida, determinando o fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas carentes, a pessoas portadoras do vírus HIV e a pessoas portadoras de doenças graves.

VI.7) Políticas Públicas

Há ainda inúmeros casos (polêmicos) em que o STF analisa pedidos que lá chegam em geral no controle difuso envolvendo sua intervenção em políticas públicas federais, estaduais ou municipais.

Por exemplo, tome-se o caso do RE-AGR 410.715 onde o Município de Santo André (próximo a SP) recorreu de decisão que o obrigou a fornecer matrículas em creches e em pré-escolas para crianças, sendo que tais julgados pautavam-se no "direito à educação infantil", fundamentado no art. 208, IV da CF.

A intervenção do Judiciário na construção de políticas públicas é tema complexo que temos analisado ultimamente. Não há como nesse pequeno artigo aprofundar a discussão. Apenas sublinhamos o foco de discussão entre as partes.

De um lado a concessão de liminares e de decisões definitivas obrigando o Município a matricular crianças em creches, adequando o Estatuto da Criança e Adolescente, uma lei federal à realidade fática, e de outro o Município, ente estatal obrigado a reestudar a sua política pública de educação.

O Judiciário neste como em outros casos não vem aceitando o argumento de que haveria ingerência indevida dele no poder discricionário do Executivo e que somente lhe compete julgar a legalidade dos atos administrativos e não a execução de políticas públicas como opções políticas.

A tendência do Judiciário é ver na Constituição e em suas normas e princípios vínculos jurídicos eficazes e autoaplicáveis aos Administradores Públicos. Controla-se assim a legitimidade do ato administrativo, revisando-o. Nota-se uma crescente limitação do âmbito da competência discricionária da Administração Pública e um respectivo aumento do chamado "ativismo" do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

VI.8) União homoafetiva e conceito de "família"

Digno de nota é ainda a decisão adotada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 do Rio de Janeiro. Nela, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 05 de Maio de 2011, Relator o Min. Ayres Britto, por votação unânime, julgou procedente as ações com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva.

A decisão é complexa, mas basicamente decidiu:

a) Reconhecer a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia Homem/Mulher (gênero), seja no plano de orientação sexual de cada qual de-les. Reconheceu ainda o direito ou liberdade das pessoas para dispor da própria sexualidade;

b) Reconheceu o conceito de "família" que na Constituição brasileira não empresta nenhum significado ortodoxo, mas reconhece como uma categoria sócio-cultural e como um prin-cípio espiritual, inclusive com isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos;

c) Reconheceu a união estável nas relações jurídicas e o termo "entidade familiar" por pessoas do mesmo sexo, reconhecimento da união homoafetiva como "família".

Neste importante caso, o Supremo Tribunal Federal alude ao julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos que reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo versus Peru, Cantoral Benavides versus Peru), e Gutiérrez Soler versus Colômbia, julgado em 12 de setembro de 2005.

Afirmou o julgado do Supremo Tribunal Federal, tomando esses casos da Corte Interamericana como reforço de argumentação:

"Certamente, o projeto de vida daqueles que tem atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família. Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual".

Há ainda exemplos interessantes (porém poucos) de utilização de direito estrangeiro ou de precedentes estrangeiros pelo Supremo Tribunal Federal recentemente. É o caso ainda da Ação Declaratória de Constitucionalidade 29 do DF, Plenário, julgada em 15/02/2012. Nela a Ministra Rosa Weber, em sua Antecipação de Voto analisou amplamente o direito comparado e o princípio da presunção de inocência. Citou-se ainda o art. 14, item 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966, "toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa".

VII. Críticas a Expansão da Intervenção Judicial na vida brasileira

Diversas objeções tem sido opostas, ao longo do tempo, a expansão do Poder Judiciário nos Estados constitucionais contemporâneos.

Identificam-se aqui três delas. Essas críticas de modo algum desejam diminuir a importância do Poder Judiciário e de seus juízes nas democracias modernas, mas devem ser estudadas atentamente.

O modo de investidura dos juízes e dos membros dos Tribunais, sua formação especifica e o tipo de discurso que utilizam são aspectos que exigem reflexão.

Ninguém deseja que o Judiciário seja uma instância hegemônica de poder e que a interpretação constitucional seja uma forma de usurpar a função legislativa.

a) Crítica política- ideológica

Os norte- americanos chamam muito a atenção para esse aspecto. Alexander Bickel em especial demonstra a força contramajoritária do Judiciário. A possibilidade de as instâncias judiciais se sobreporem a dos agentes políticos eleitos gera conflitos na estrutura democrática dos Estados.

A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário tem recebido críticas de natureza política que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais.

b) Crítica quanto à capacidade institucional

A primazia do Poder Judiciário em interpretar a Constituição não deve significar que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal.

A doutrina tem se perguntado qual o poder que tem mais capacidade institucional para resolver o problema, para produzir a melhor decisão em determinada matéria.

Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grand complexidade podem não ter o juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico.

Também há o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e deferência pelo poder judiciário.

O juiz em geral está preparado para prestar o que se chama de "microjustiça", mas não tem condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

Por certo o papel do Poder Judiciário não é o de "substituir" o Poder Legislativo, transformando o que é "discricionariedade legislativa" em "discricionariedade judicial", mas o de dirimir os conflitos nos termos da lei.

O poder judiciário não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo.

Não há duvida que muitas vezes é necessária tomar medidas urgentes, salvar vidas ou resolver questões emergências ou "hard cases".

c) Crítica quanto à limitação do debate

O mundo do direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento especializado, não acessível a maioria das pessoas.

A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem tem acesso ao lócus de discussão jurídica.

Embora tenha havido na jurisdição constitucional moderna mecanismos de "democratização do acesso e do debate" como audiências públicas, amicus curiae, etc, e a ampla possibilidade de acesso a jurisdição, o problema remanesce.

Surge o perigo de se produzir uma apatia das forças sociais que passariam a ficar a espera de juízes providenciais. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão[1].

[1] Segundo Barroso, Ob. Cit.

IV. Considerações Finais

O ativismo judicial, ao menos no Brasil e em grande parte na América Latina representa ou também pode ser identificado com a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população , bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram assinalados pela própria Constituição de 1988.

Talvez possamos afirmar que o ativismo judicial positivo estaria caracterizado pelos seguintes elementos:

a) Decisão que busque primordialmente assegurar direitos fundamentais;

b) Decisão orientada a garantia da supremacia da CF;

c) Decisão sustentada por técnicas hermenêuticas que não extrapolem a mens legis e não derroguem a mens legislatoris do ato normativo em questão.

Não devemos nos esquecer ainda que sempre é possível respeitar a margem de liberdade do legislador, ou manter uma postura de auto-contenção da Corte.

Também é natural até certo ponto que esta margem de liberdade seja reduzida quando existam falhas no sistema como por exemplo inação do poder legislativo ou de seu processo decisório, seja na edição de normas, seja na edição de políticas públicas que tem na Constituição o seu desenho básico que não pode ser simplesmente ignorado.

As minorias políticas, os grupos vulneráveis também devem ser protegidas pela Corte, pelo STF ou por um Conselho ou Tribunal Constitucional não importa o nome que se lhe de a Constituição.

É preciso ainda recordar que a maioria dos países latino americanos caracterizam-se pela existência de uma forte desigualdade social e pela marginalização de grandes camadas da população, pela falta de representatividade dos partidos políticos[2], pela violação sistemática dos direitos humanos e pelos riscos claros que esses conflitos podem -não resolvidos- se transformar em mais violência- característica da região.

[2] No Brasil, como se sabe, os partidos políticos sofreram as vicissitudes da alternância entre regimes democráticos e ditatoriais, que pouco contribuiu para conferir-lhes uma base ideológica sólida, capaz de ensejar o surgimento de agremiações partidárias divorciadas do patriarcalismo, do patrimonialismo e dos interesses econômicos dominantes.

Por fim acredito que em termos gerais, pode-se definir, como atribuição do Poder Judiciário, aplicar de modo imediato as normas que configuram condições para um bom funcionamento da vida democrática em qualquer País.

Em princípio, a formulação bem como a implementação de projetos sociais deve ficar com o Poder Político.

É claro que o controle de sua implementação nos limites da legalidade e da constitucionalidade pode e deve ser aferido pelo Judiciário. É este quem deverá não se substituir ao Administrador, mas verificar se a regra ou o princípio está sendo ou não desrespeitado em face da Constituição.

Reconhecemos que não é fácil calibrar a atuação de ambos os poderes- judiciário- executivo e legislativo. Mas é preciso reconhecer que o direito comparado dá exemplos importantes que não devem ser desconsiderados.[3]

Reconhecer a inconstitucionalidade da lei, conceder prazo razoável para o legislador editar a norma, discutir o problema com os vários segmentos da sociedade em audiências públicas e envolver mais os atores sociais parece ser uma resposta que aproxima o Judiciário daqueles a quem ele deve proteger sem oferecer atritos indesejáveis a concepção moderna de checks and balances.

[3] David Landau pondera: "In Colombia, for example, the court's decision on gay marriage gave the Congress two years to legislate on the issue, in order to resolve the "deficit of protection" identified by the court. If the state did not act within that timeframe, couples would automatically be able to go to notaries in order to formalize their marriages. Studies in USA administrative law have shown that this kind of a spur to administrative action (generally imposed by Congress, not the courts) is highly effective, particularly if the default rule is generally undesirable. This approach is empirically far more effective than one that simply orders the agency to act on a given issue by a given deadline; the deadline are routinely ignored unless they are paired with default rules. The advantage of these default rules is that if they are done well, they should not require that courts have the last word in policymaking. Courts can set a simple, bright-rule in a given area, such as- if Congress or administrative agencies do not act on the rights of cancer patients by date X, all patients may begin receiving benefits on that date. If the rule is acceptable, it will be adopted without changes. But if it is overinclusive or too expensive, the legislature or agency can modify it by developing a new plan. Thus, courts in enforcing these kinds of remedies should aim for over-enforcement rather than under-enforcement. Indeed, a clear and unattractive judge-made solution may be the best spur to legislative action". "Improving remedies for social rights", (paper prepared for the Rio Round Table on Social Rights, IACL-IACL-ABCD, April 2013).

Por fim acreditamos que devemos fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade dando-se prioridade e reconhecendo-se hierarquia superior as normas advindas do direito internacional dos direitos humanos em toda América Latina.

O controle de convencionalidade ademais, contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os standards, princípios normatividade e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos conferindo aos Tribunais e Cortes Supremas da região uma maior credibilidade.

Feche: Em 22 de Agosto de 1941en la Acta de Constitución de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, le-se de discurso del Dr. Sofanor Novillo Corvalán.

"Creo que la Academia de Derecho y Ciencias Sociales no es el descanso de espíritus fatigados, sino una acumulación de experiencias que puede servir a los fines del Estado. Es un organismo vivo cuya serenidad le permite un máximo consejo.

Espero estar al alcance de esos objetivos y ser un espírito vivo y no fatigado para contribuir con todos los colegas para el enriquecimento de su vigorosa tradición jurídica de Córdoba que siempre fue luminosa.

Palabras de recepción del académico correspondiente en Perú

Castillo Freyre, Mario

La presentación estuvo a cargo del señor académico de número

POR MOISSET DE ESPANÉS, LUIS

Señor Presidente, señores académicos, señoras, señores:

Aunque mi cometido en este acto es presentar al académico correspondiente que hoy recibimos, me permitiré una transgresión y recordaré a un académico correspondiente fallecido hace pocos días, el profesor François Chabas, ilustre jurista y amigo entrañable.

Pero ¿por qué recuerdo al Dr. Chabas de manera especial? Porque, entre sus dotes, resaltaba una gran virtud: fue un devoto discípulo de sus maestros.

El Dr. Chabas dedicó gran parte de su obra a continuar, corregir y actualizar la obra de sus maestros, los hermanos Mazeaud, y esto es un mérito esencial que debe destacarse. Los discípulos que continúan la obra de sus maestros han comprendido bien que, en definitiva, quienes nos dedicamos a la enseñanza somos nada más que vasos comunicantes entre las generaciones que nos han precedido y las generaciones que nos siguen; recibimos una tradición de conocimientos que debemos conservar y, si es posible, acrecentar para luego trasmitirlos a nuestros discípulos. Por ello, no es antojadizo que, en la presentación de Mario Castillo Freyre, recuerde esa labor realizada por Chabas, porque es también una característica de Mario Castillo Freyre.

Mario Castillo, a quien conozco hace mas de 20 años, tiene por derecho propio una trayectoria que acredita valores, valores personales que le han permitido cimentar en Perú gran respeto y consideración por su saber jurídico. Es también un devoto discípulo de su maestro: Felipe Osterling Parodi, y cuando su maestro le pidió colaboración para convertir sus esfuerzos de estudioso de las obligaciones en un Tratado, en ese momento, Mario, sacrificando muchas horas de trabajo y de estudio personal, acudió a dar una mano al maestro y, junto con él, desde hace más de 20 años, elaboró esa obra monumental que es el Tratado de Obligaciones publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¡Cuánto tiempo y cuanto esfuerzo dedicó a ello, sacrificando lucimientos personales para acompañar al maestro! Entregando al maestro todo su esfuerzo y saber para que, juntos -maestro y discípulo-, llegaran a la nueva presentación.

Esta es una virtud de Mario Castillo que debemos aquilatarla sobremanera y que ha sido una de las cosas que, a mi criterio, justifica más que muchas otras su incorporación como miembro de la Academia; pero no ha sido la única, porque también a su lado se han formado discípulos. Mario ha acudido al llamado de los jóvenes estudiantes, cuando se lo formulaban desde todos los rincones de Perú… En estos 20 años, no ha habido oportunidad en que yo viajara y supiera que estaba en algún rincón, sea en Piura en el extremo norte, sea en Tacna en el extremo sur, sea en Juliaca o Puno a orillas del lago Titicaca, sea en la selva, acudiendo para brindar sus conocimientos a los estudiantes de las distintas Universidades del país. A su lado, se han formado en la cátedra y, también en su estudio jurídico, muchos nuevos valores.

Precisamente, he traído conmigo un par de libros de Mario; uno se vincula con el tema que va a desarrollar: "Por qué no se debe reformar el código", que es una de sus preocupaciones a la cual no me voy a referir, por que será él quien luego desarrolle el tema; el otro libro que traje se vincula con un tema que a mí me apasionó desde hace mucho tiempo, desde que por primera vez lo vi tratar por quien hoy es el Presidente de la Real Academia española de Jurisprudencia, Luis Diez Picazo. Él fue quien abrió el camino a la teoría de los propios actos y publicó un libro que data de 1960.

Tiempo después, cuando me tocó proponer temas para las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, logré que el Instituto de la Facultad de Derecho de Córdoba lo incluyese varias veces en su propuesta, hasta que se incluyó y trató la teoría de los actos propios en unas Jornadas.

Su inquietud lo muestra a Mario preocupándose por un tema que era candente, dado el elevado interés que presenta la teoría de los propios actos, pero no lo hace solo, lo hace acompañado por una joven licenciada que trabajaba en su estudio y las palabras del prefacio de esa obra encontramos una mención al porqué lo hacía…para ayudar a una discípula a iniciarse en el recorrido del largo camino del esfuerzo y la investigación al lado del maestro.

El caso que menciono no es el único en que ha trabajado con sus discípulos. El mes próximo, llegaré con varios de mis discípulos a Arequipa, donde se va a desarrollar el Décimo Congreso Nacional de derecho civil, que es fruto del esfuerzo de un grupo de profesores peruanos…

y de un joven abogado que, primero, fue alumno de Mario y, luego, ha trabajado en su estudio antes de establecerse por su cuenta. Y ha tomado Mario, de sus enseñanzas, un ejemplo: el deber de transmitir a los jóvenes las enseñanzas de los maestros, y ahora, de manera permanente e incansable, auspicia estos encuentros; primero, con la participación de todos los grandes civilistas peruanos y, luego, ha agregado el concurso de civilistas de otros países, para impartir a los jóvenes alumnos que concurren de manera multitudinaria a esos Congresos, las enseñanzas que experimentados profesores.

Es una prueba más de la labor de Mario forjando discípulos y compartiendo con ellos la tarea. Creo que ese tipo de labor es una de las cosas que merece mayor reconocimiento y justifica plenamente que hoy la Academia de Córdoba lo reciba con júbilo y respeto.

No me voy a extender más porque ya se ha leído la resolución de la Academia que contiene una lista de sus obras; simplemente, que el Tratado de Obligaciones que elaboró con Felipe Osterling y publicó hace tiempo la Pontificia Universidad Católica del Perú ha sido reelaborado y, hace un mes, ha sido publicado por una editorial que desea difundirlo en toda América.

Es un paso más y yo sé que hoy, que la salud de su maestro está quebrantada, lo vigila y acompaña. El discípulo está junto al maestro en las buenas y en las malas, agradecido y, a su vez procurando formar discípulos, actitud a la que rindo el mayor de los aplausos y homenaje.

¿Cuándo se debe modificar un Código Civil?

Castillo Freyre, Mario

Señor doctor Juan Carlos Palmero, Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,

Señor doctor Julio I. Altamira Gigena, Vicepresidente de la Academia,

Señor doctor Luis Moisset de Espanés, Presidente Honorario,

Señores Académicos,

Señor Secretario,

Estimados colegas,

Señoras,

Señores,

Cuando en el mes de agosto del año pasado, recibí la comunicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en el sentido de que se había acordado mi incorporación en calidad de Académico Correspondiente, ella constituyó una de las más gratas noticias que he recibido en mi vida académica.

Digo esto por varias razones.

En primer término, por el enorme prestigio de vuestra Academia, la misma que constituye una de las de mayor renombre en Iberoamérica.

En segundo lugar, porque varios Académicos peruanos, también Correspondientes de esta Academia, han sido mis maestros, a la par que buenos amigos.

Me refiero a los doctores: Max Arias-Schreiber Pezet, Carlos Fernández Sessarego, Fernando Vidal Ramírez y Carlos Cárdenas Quirós.

Y, en tercer lugar, pero el más importante para mí, porque guardo mucho afecto y amistad con varios de los Miembros de esta Academia, a quienes agradezco el honor que me han hecho de proponer y acordar mi incorporación en calidad de Académico Correspondiente.

I. Consideraciones generales

Es de rigor hacer uso de la palabra, pronunciando un discurso sobre un tema jurídico determinado.

Les confieso que pensé mucho sobre la materia a escoger, habiendo discurrido entre diversos aspectos del Derecho Civil; pero finalmente recalé en un tema que también considero de los más importantes: el relativo a ¿cuándo se debe modificar un Código Civil?

Sé que este tema reviste mucha actualidad en Argentina, tal como tuvo actualidad en mi país hasta hace algún tiempo, cuando se hablaba de la reforma del Código Civil peruano.

Debo advertir que todas las consideraciones sobre las que voy a tratar versan fundamentalmente sobre mi experiencia en el Perú y, en ninguna medida, se refieren al Derecho Civil argentino, sobre cuya realidad, en materia de reforma jurídica, no podría opinar en términos específicos, no solo por no ser un académico de este país, sino porque tampoco soy un experto en la legislación, doctrina y jurisprudencia argentinas.

No obstante, la mayoría de mis comentarios serán efectuados en términos generales y no específicos, dado que los conceptos sobre los que voy a tratar, en verdad los creo no solo aplicables a mi patria, sino a cualquier país.

Como ustedes saben, el Código Civil peruano fue promulgado el 24 de julio de 1984 y entró en vigencia el 14 de noviembre de ese año. Sustituyó al de 1936, que rigió durante cuarenta y ocho años, el que, a su vez, reemplazó al de 1852, cuya duración fue la más larga de los códigos peruanos: ochenta y cuatro años.

Es bueno señalar que en mi país se habló de la reforma del Código de 1984 desde antes de que se cumpliera cinco años de vigencia, cuando yo recién había concluido mis estudios universitarios.

El Perú no había terminado de conocer -y menos de asimilar- el nuevo Código y ya se le quería modificar, en un proceso fundamentalmente impulsado por dos miembros muy importantes y prestigiosos de la comisión, que precisamente, elaboró el Código de 1984.

La razón que esgrimían los referidos profesores se basaba en la necesidad de corregir diversos errores que contenía el Código, que ellos mismos habían elaborado, a efectos de que el mismo tuviera un articulado lo más perfecto posible.

Ese proceso fracasó, al igual que todas las Comisiones de reforma que se instalaron desde 1994.

Comisión tras Comisión, proyecto tras proyecto, planteaban modificar a veces algunas decenas de artículos y, otras, varios centenares, pero siempre fracasaron en el intento.

Debo confesar, estimados amigos, que algo tuve que ver con esos fracasos, pues a lo largo de los últimos veinte años escribí diversos artículos y cuatro libros en contra de la reforma del Código de mi país.

En esta labor, a veces aparentemente solitaria, estuve acompañado por la inmensa mayoría de mis colegas abogados, y ello hizo que ganara algunas enemistades en el ámbito académico, pero tengo la satisfacción del deber cumplido.

Paso, entonces, a exponer algunas consideraciones generales sobre la reforma de los códigos civiles.

II. Las reformas puntuales

Los códigos no se mantienen inmutables en el tiempo, pues con el paso de los años sufren modificaciones puntuales efectuadas por necesidades específicas, las mismas que son advertidas, ya sea por el Poder Ejecutivo o por el Congreso de la República.

Tales modificaciones específicas se producen, fundamentalmente, en materias por demás sensibles para la opinión pública, tales como el Derecho de Familia, por citar el caso más emblemático.

Así como el Código Penal sufre en nuestras sociedades tantas modificaciones como casos de escándalo se conocen y debaten en la opinión pública, la materia de Derecho de Familia es muy sensible, sobre todo en lo que respecta a las relaciones entre los cónyuges y a la relación paterno filial.

Tal vez, si uno hiciera un recorrido por las reformas introducidas paulatinamente en los Códigos civiles de la tradición jurídica romano-germánica, se podría apreciar que la mayor parte de modificaciones se producen en esta área del Derecho Civil.

Esa mutabilidad obedece a que los cambios sociales afectan básicamente esta área y no tanto otras materias como, por ejemplo, el Derecho de Obligaciones y Contratos.

Es necesario señalar que tales modificaciones puntuales a los códigos ofrecen ventajas y desventajas.

La ventaja fundamental radica en que se aborda y soluciona un problema concreto, de manera rápida y específica.

Es algo así como una cirugía puntual y muy avanzada, que solo compromete los tejidos que se tienen que intervenir, dejando a salvo aquellos que no serán objeto de tal intervención.

Pero lo que representa una ventaja, también constituye un problema, pues esas intervenciones puntuales, generalmente, van acompañadas de la prisa del legislador por solucionar el problema concreto, lo que determina que muchas veces ellas carezcan de una adecuada técnica legislativa y que, en algunos casos, no guarden armonía con los demás preceptos del Código Civil.

Por lo general, las reformas puntuales pueden ser distinguidas fácilmente por el lector de un Código, pues tanto en fondo como en forma son de diferente naturaleza que los demás preceptos del cuerpo normativo.

No obstante, tales inconvenientes no pueden ser opuestos frente a las bondades que representan las reformas parciales que resulten necesarias en los códigos en determinados momentos específicos.

Para tal efecto, uno podría preguntarse si es conveniente o no la existencia de una comisión permanente de juristas que analice las reformas parciales que sean iniciativa de los Poderes Ejecutivo y Legislativo o, incluso, que sea esa comisión la que periódicamente se encargue de proponer dichas reformas.

En lo personal y por las razones que voy a desarrollar posteriormente, me declaro enemigo de las comisiones permanentes de juristas, pues ellas son el mayor caldo de cultivo de las tentaciones académicas que los conducen a proponer la permanente modificación de los cuerpos normativos y, en especial, de los Códigos Civiles.

Creo que si los referidos poderes del Estado hacen bien su trabajo, no son necesarias comisiones especiales.

En el caso del Congreso de la República del Perú, por ejemplo, la Comisión de Justicia cuenta con un grupo de abogados que somos consultores externos *ad-honorem* y cuya integración varía año a año. Los consejeros no guardamos relación entre nosotros y no somos convocados como cuerpo colegiado.

En ese sentido, las consultas puntuales que se nos formula a cada uno, nos permiten opinar de manera individual y no colectiva, siendo los miembros de la Comisión del Congreso, quienes, con el poder que les confiere el pueblo, juzgarán nuestros conceptos y definirán, si proceden o no a efectuar la reforma legislativa específica en cuestión.

Por lo demás, las reformas puntuales son inevitables, de manera que generalmente no nos encontramos frente a un tema de opción, sino ante uno de requerimiento social.

Son las reformas puntuales, tal vez, aquellas en las que se expresa de manera más clara y real la necesidad de modificación de un Código Civil.

Además, debemos apreciar que la necesidad social de modificar un Código nunca surge en bloque o con respecto a un conjunto de normas de diferentes temas.

La sociedad, a diferencia del pensamiento de los académicos, se maneja por vivencias específicas que deben ser satisfechas y, si ellas no son cubiertas por el Código Civil, se abre paso la necesaria reforma puntual.

Pero es claro que tal necesidad de modificación legislativa aparece de manera paulatina y se manifiesta por temas específicos y muy concretos, nunca, a manera de bloque normativo.

Queda claro, entonces, que la reforma puntual de un Código Civil es, por lo general, necesaria, pues, aunque de factura imperfecta, proviene de los poderes del Estado, que, al fin y al cabo, es decir, nos guste o no a los profesores de Derecho Civil, representan al pueblo.

Las reformas puntuales, precisamente por sus imperfecciones técnicas, causan desagrado entre los civilistas, pues por lo general consideramos que ellas afean nuestros códigos.

Esto tal vez sea cierto, pero también es cierto que los artículos de los códigos no son señoritas concursando en un certamen de belleza, sino normas destinadas a cubrir necesidades sociales específicas.

III. La reforma sustancial de un Código Civil

Pasaremos ahora a un tema mucho más complejo, el de la reforma sustancial de los códigos civiles.

¿Qué entendemos por reforma sustancial?

Reforma sustancial será aquella por la que se modifique un número importante de arts. del Código Civil, ya sea de un libro determinado o de diversos libros, que comprenda distintas materias y que tenga un impacto jurídico de notoria importancia.

En ese sentido, en códigos que contienen algunos miles de arts., pensamos que una reforma sustancial será aquella que modifique al menos un centenar de ellos, en temas jurídicos y socialmente relevantes.

Por oposición, no será una reforma sustancial aquella que tienda a modificar alguna decena de arts. de un código, los cuales no tengan mayor trascendencia en la vida social de un país.

IV. ¿Cómo se originan las reformas mayores de los códigos civiles?

Es por todos sabido que los procesos codificadores civiles del siglo XIX en la tradición jurídica romano-germánica tuvieron como objetivo central la unificación legislativa, con el propósito de aglutinar a las naciones en base a esta legislación; en otras palabras, que los pobladores de un país se sintieran, en base a esos nuevos códigos, partes integrantes de un todo orgánico.

No cabe duda de que los códigos civiles se empezaron a convertir en la constitución de la gente, parafraseando al famoso profesor francés Julien Bonnecase.

Pero, una vez instalados los códigos civiles en nuestros pueblos, debemos analizar cuáles son los elementos que conducen a sus reformas legislativas integrales; vale decir qué lleva a que un Código Civil sufra una gran modificación normativa, o que, incluso, sea derogado y reemplazado por otro nuevo.

Una razón, sin duda, puede consistir en la mala factura del código que se quiere modificar.

Tengo un ejemplo muy cercano y propio que citar.

El Código Civil peruano de 1852, cuerpo normativo, si bien inspirado en el Código Civil francés, mantuvo muchos rezagos de la legislación colonial y, sin duda, fue de una inadecuada técnica legislativa.

La influencia del Código de 1852 en el exterior resultó muy pobre, habiendo llegado solo a un país centroamericano.

Cinco años más tarde, entró en vigencia el Código Civil que elaboró para Chile el insigne jurista venezolano don Andrés Bello, el cual, sin duda, fue -y es- un buen código, cuya influencia alcanzó a diversos países de América Latina.

Entonces, bien entrado el siglo XX y, luego de ochenta y cuatro años de vigencia, el medio jurídico peruano, encabezado por los más ilustres civilistas de la época, consideró necesario elaborar un nuevo código, en reemplazo del de 1852.

Nótese, además, que el proceso codificador mundial se había enriquecido notablemente con la aparición del Código Civil alemán en 1900 y la del Proyecto de Código Civil, elaborado por la Comisión franco-italiana en 1927, y que luego, en gran medida, diera lugar al Código Civil italiano de 1942.

Juzgado en perspectiva, en ese momento era razonable no solo modificar, sino sustituir el Código de 1852 por uno nuevo, como ocurrió en 1936.

Nótese, también, cómo resulta importante apreciar el desarrollo doctrinario y la influencia que el código civil de un país pueda haber ejercido dentro y fuera de su territorio.

Generalmente, los códigos malos, de sociedades poco avanzadas y de medios jurídicos muy pobres, difícilmente se pueden sostener en el tiempo, pues los mismos no habrán echado raíces.

Todo lo contrario ocurrirá con los códigos de buena factura, de sociedades pujantes, en efervescencia y desarrollo, cuya doctrina se haya enraizado de manera notable no solo en el propio país, sino en el extranjero.

Cuando un código ha tenido estos grados de desarrollo e influencia dentro y fuera del propio territorio, su modificación integral o incluso su derogatoria será un tema en extremo complicado, pues no estaremos hablando de la sustitución de una legislación fracasada, de la derogatoria de un cuerpo normativo sin trascendencia alguna, sino de la muerte de un código exitoso, que seguramente sirvió de emblema al Derecho de una nación y que abrió las puertas a que su doctrina y sus mejores hombres de Derecho sean conocidos y respetados por el resto de naciones.

Por otra parte, a veces, se argumenta para la modificación integral o para la sustitución de los códigos civiles, que el cuerpo normativo ha su-

frido tantas modificaciones a lo largo de los años, que es necesario revisarlo integralmente y armonizarlo, a efectos de que recobre un adecuado espíritu de conjunto.

Cuando escucho frases como esta, me pongo en guardia, pues todas las modificaciones puntuales que pueda haber sufrido un Código Civil son parte de su historia de vida, son como las experiencias que acumula un ser humano, las mismas que, por ser diversas, paulatinas y añosas, no ameritan el internamiento de esa persona en un nosocomio ni mucho menos su muerte violenta.

Las modificaciones puntuales que los códigos acumulan con los años son como las arrugas que los hombres tenemos en el rostro. Ellas reflejan que hemos vivido, que no hemos nacido ayer; que tenemos experiencia.

Modificar todas las reformas puntuales de una sola vez, junto con los arts. que no han sufrido variaciones de un código es -salvo que estemos ante la imperiosa necesidad de variar un código extremadamente malo- un proceso del todo artificial, que no responde a necesidades reales, sino ficticias.

Digo esto, en razón a que los procesos de reforma integral de los códigos, no nacen en las calles ni en las plazas, y muchas veces, ni siquiera en los tribunales de justicia.

Nunca he visto que un proceso de reforma integral de un Código Civil nazca de una manifestación pública de los abogados; de una marcha de letrados que exijan la modificación de tales o cuales arts. del código.

Los procesos de modificación integral de los códigos tampoco nacen, por lo general, como fruto de la ebullición social, de manifestaciones o comunicados públicos de sectores importantes de un país, que exijan la modificación de determinadas normas.

Este podrá ser, tal vez, el caso puntual de los movimientos en pro del matrimonio entre personas del mismo sexo, muy discutible por cierto. Pero, ahí, paramos de contar.

Ni los abogados ni la población salen a las calles ni toman carreteras o levantan barricadas para pedir que se reformen integralmente el Derecho de Familia, los Derechos Reales, el Derecho de Obligaciones o el Derecho de Contratos.

Esto constituye prueba palpable de que el inicio de un proceso de modificación integral de un Código Civil, por lo general, no responde ni a necesidades del medio jurídico ni a necesidades del medio social.

Entonces, si la sociedad no siente necesaria esa reforma legislativa y el medio jurídico tampoco, la pregunta que uno tendría que formular es: ¿para quiénes resulta ella necesaria?

Y la respuesta es muy peligrosa, porque nos atañe a los presentes, ya que ella se circunscribe al medio académico y, en especial, a quienes enseñamos y escribimos sobre Derecho Civil.

Generalmente, los procesos de reforma integral o sustitución de Códigos Civiles son fruto de las aparentes necesidades de reforma fomentadas por los civilistas, por los profesores universitarios.

En 1998, cuando estaban en plena ebullición las ideas de reformar el Código de mi país, publiqué una obra en dos tomos, titulada T*entaciones Académicas: La reforma del Código Civil peruano de 1984*.

En ella, jugaba con el lector a reformar el Código peruano, dividiendo las tentaciones académicas en *tentaciones vencidas* y en *tentaciones que me vencieron*, modificando, suprimiendo y agregando arts. al referido cuerpo normativo, tratando de adecuar el íntegro de sus normas a aquellas doctrinas que -en lo personal- consideraba más acertadas.

Sin embargo, también advertía al lector que todo lo que hacía en ese libro era simplemente un juego y que -de ninguna manera- tales consideraciones podrían ser tomadas como propuestas para modificar el Código Civil.

Y es precisamente el título de esa obra, *Tentaciones Académicas*, el que refleja de mejor manera cuál es la expresión con la que muchas veces se puede calificar el proceso de reforma de los códigos civiles.

Así como el bebé se desvive por jugar con su sonaja y el niño, por su pelota de fútbol, los profesores de Derecho Civil, generalmente, sentimos una profunda adicción por convertirnos en legisladores, intentando modificar nuestros propios códigos.

De esta forma, tratamos de convertir las normas de nuestros códigos civiles en arts. que reflejen de la mejor manera posible nuestros pensamientos y nuestras doctrinas.

¿Cómo es posible que este artículo recoja la teoría subjetiva, cuando yo creo en la objetiva? Entonces, si está en mis manos modificar el código, pues redactaré otro texto para el artículo, a fin de que recoja la teoría en la que siempre he creído.

Esto es muy peligroso y sobre todo los civilistas somos más peligrosos con respecto a aquellos temas en torno a los cuales hemos escrito algo.

Dios libre a la sociedad de un civilista con poderes o facultades codificadoras que haya escrito sobre diversos temas, pues esa sociedad tendrá que padecer en un nuevo código civil toda cuanta doctrina considere importante ese profesor.

Y les confieso que cuando tuve la oportunidad de jugar mi propio juego de tentaciones académicas, es decir, mientras redactaba la obra del mismo título, escribía en todo momento: mientras desayunaba, mientras llevaba mi auto al mecánico, etc., etc. Nunca paraba de escribir.

No dejaba de convertir en norma legal todas las doctrinas en las que siempre había creído.

Era obvio que tenía un problema, pero felizmente para mi país, eso solamente fue un juego.

El problema real está representado cuando no se trata de un juego; cuando los civilistas nos ponemos en pie de batalla y conformamos alguna comisión reformadora del código.

Pero mucho más peligroso que un civilista con poderes de reforma es una comisión de civilistas con poderes de reforma, pues ya no nos encontramos ante un ser humano que tendrá algunas pocas áreas de interés por modificar y que pasará por alto algunas otras.

Ahora, nos encontraremos frente a un grupo de civilistas, cuyas especialidades cubren todas las áreas del Derecho Civil y que, de seguro, *no dejarán títere con cabeza*.

Es muy difícil, incluso, que una comisión de civilistas, destinada a reformar un código, no termine haciendo uno nuevo o modificando de tal manera el anterior que, finalmente, dicho cuerpo normativo, termine, en los hechos, siendo uno totalmente distinto.

Cada uno de los miembros de una comisión codificadora sabe que, para que prosperen sus anhelos legislativos, deberá transigir con sus colegas, a efectos de que las ansias normativas de los demás también prosperen.

En otras palabras, la mejor manera de que todas sus doctrinas se plasmen en un nuevo Código Civil es dejando que las doctrinas de todos los demás miembros de la comisión también se reflejen en ese código.

Así, de esa comisión nunca saldrá un conjunto de reformas puntuales; seguramente, saldrá un nuevo código.

Dentro de tal orden de ideas, tenemos que preguntarnos acerca de la necesidad de estas reformas.

Conforme a lo que venimos expresando, una reforma civil que no se apoye en las necesidades de la sociedad ni en el imperativo del medio jurídico, sino exclusivamente en la academia, es una reforma que necesariamente va a tener como destino el fracaso. Y voy a explicar por qué.

Al no existir necesidades sociales y jurídicas para la reforma, ello significa que el trabajo que vaya a realizar la comisión codificadora será de trascendencia exclusivamente académica. La materialización normativa de tales doctrinas no ha sido buscada por la sociedad ni por los abogados en ejercicio ni por los tribunales.

Los académicos no debemos olvidar que no somos dueños del Derecho; que el Derecho le corresponde a la sociedad que organiza y regula y que la vida del Derecho se aprecia en la práctica cotidiana de quienes ejercen la profesión de abogado, defendiendo las causas de la gente, así como de los magistrados que resuelven los problemas concretos de esa gente.

Dentro de tal orden de ideas, si la reforma de una norma legal no pasa por un imperativo social o jurídico, estamos ante una reforma sin necesidad real, sino solo aparente.

En buena cuenta, el único que necesitará de esa reforma es el legislador, para ver satisfechas -precisamente- sus tentaciones académicas.

Otros casos puntuales estarán dados por aquellos preceptos del código en donde exista algún manifiesto error de redacción.

En estos casos, el argumento modificatorio dirá que es necesario alterar el contenido de la norma para que el código regule el tema de manera correcta.

Como decía el ilustre profesor argentino Luis María Boffi Boggero[1]: «a veces es preferible seguir denominando a determinadas instituciones por sus nombres consuetudinarios, a pesar de incurrir en el pecado de la inexactitud, cuando toda la sociedad sabe el verdadero significado de las expresiones equivocadas».

Y esto resulta evidente, pues si la norma legal es entendida por todos a pesar de sus imperfecciones, nada hay que aclarar, ya que la sociedad y los tribunales lo tienen todo claro.

[1] BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA. Tratado de las Obligaciones. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1979, Tomo I, pág. 103.

Lo propio ocurre con aquellos arts. de los códigos, cuyo contenido pudo haber sido vaciado o modificado por la jurisprudencia.

En ese sentido, no es aceptable el argumento de que la modificación de tales normas legales es necesaria. Decimos esto, en la medida en que ellas no representan peligro alguno ni para el medio jurídico ni para el medio social, pues el Derecho de ese determinado país ya entiende perfectamente que la norma dice algo distinto.

He aquí el problema de muchos, que siguen identificando el Derecho Civil con el Código Civil, de modo tal que se alteran cuando el Código tiene este tipo de problemas y consideran indispensable su adecuación a la jurisprudencia.

Y peor aún, cuando el texto de un art. del Código Civil es atacado no por su tratamiento jurisprudencial, sino por el tratamiento doctrinario que ha recibido.

Nada más dispar que la doctrina, de modo tal que si vamos a modificar un art. del Código por la doctrina de algún jurista o de algunos juristas, estaremos cayendo en la tentación de tratar de que el Código Civil se convierta en un precario manual de Derecho, intentando que ese manual lo diga y lo regule todo, conforme a las doctrinas que en determinado tiempo consideramos más adecuadas.

No hay que olvidar que la doctrina que comenta una norma del Código Civil es simplemente un reflejo analítico de su tiempo y de su autor y que ella servirá de valioso elemento para el análisis que el usuario (es decir, el abogado) plantee debe tener ese art. en su aplicación práctica.

La doctrina es otra fuente del Derecho, distinta de la ley, de manera tal que vaciar las doctrinas de los libros de Derecho para llenar los códigos es una tarea inútil, además de absurda.

Se trata de dos fuentes del Derecho que no deben estar unificadas; cada una debe tener su propio espacio, resultando ambas perjudicadas con estos procesos de unificación carentes de sentido.

Y, peor aún sería, si la temeridad fuese más allá y se intentara unificar en un art. del Código Civil, la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre.

En este caso, el legislador no solo pretenderá convertirse en un todopoderoso en el Derecho Civil, sino que además tendrá la arrogancia de creerse el Derecho mismo.

Otra de las razones que, a veces, mueven los procesos legislativos de reforma de los códigos civiles está planteada por la creencia de que, modificando la legislación civil, puede lograrse el progreso económico de los pueblos.

Entiendo que, si la legislación civil consistiera en un código absolutamente limitativo de las transacciones entre particulares y de la inversión privada, podría pensarse en que esta idea es cierta.

Pero, por lo general, los códigos civiles de nuestros países, son bastante moderados en estos temas, dejando a las Constituciones políticas o a las leyes especiales el rumbo que en materia económica debe tener un país. Como ejemplo, puedo citar el Código peruano.

Ustedes saben que mi país tuvo una aguda crisis económica que se prolongó desde fines de los setenta hasta 1990, año en el cual el Perú estaba prácticamente destrozado económicamente y con una convulsión social, subversiva y terrorista gravísimas.

El Código Civil es de 1984 y, desde su entrada en vigencia hasta 1990, rigió en una sociedad que cada día se pauperizaba más; pero ese mismo código, que continúa vigente hasta el día de hoy, es aquel en base al cual se desarrollan todas las transacciones comerciales de un país, que tomó un rumbo económico de prosperidad y crecimiento.

¿Y saben cuántos arts. del código fueron modificados para estos efectos?

Pues uno solo, el cual, por añadidura, sufrió una modificación constitucional, que en la práctica resultó ser un imposible jurídico.

En otras palabras, nada varió en lo que respecta a la legislación civil.

Esto demostró que, para cambiar el rumbo de la economía, no había que cambiar el código; había que cambiar de políticas económicas y adoptar una legislación especial que promoviera la inversión privada.

Por otra parte, muchas veces, los procesos de reforma de los códigos civiles son impulsados durante gobiernos de facto o autoritarios.

Eso pasó en el Perú con el gobierno de Alberto Fujimori, ya que desde 1994 hasta el año 2000, en que cae Fujimori, se produjo el proceso más efervescente de planteamientos de reforma del Código Civil, dirigidos por comisiones de juristas que se sentían muy cómodos y blindados, pues en los gobiernos autoritarios no se aceptan disidencias.

Nunca olvidaré aquella ocasión en la cual apareció, en el diario oficial «El Peruano», una relación de nombres de profesores que habían sido convocados como asesores de la comisión de reforma del Código Civil.

En esa relación figuraba el mío. Pero yo no quería integrar esa comisión, pues no creía, como tampoco creo, que se deba reformar integralmente el código de mi país.

Así, ese mismo día, envié una carta al presidente de la Comisión expresando lo que acabo de señalar, es decir, que no aceptaba formar parte de ese grupo de asesores.

De inmediato, también, envié una carta aclaratoria al diario oficial, la misma que nunca fue publicada.

Ante mis indagaciones en torno al por qué de ese silencio del diario oficial, un amigo que trabajaba con el gobierno, averiguó y me dio esta respuesta: «Mario -me dijo- me han comunicado que tienen órdenes de Palacio de no publicar nada que vaya en contra de la reforma del Código Civil».

Con esto, todo estaba dicho.

Pero lo que también estaba claro era que, a pesar de actuar con muy buena fe y loables propósitos, había un grupo de juristas que sí se sentían muy a gusto llevando a cabo un proyecto de estas características en el marco de un gobierno de esa naturaleza.

Y es que, si nos ponemos a pensar, los gobiernos autoritarios (de origen democrático o no) son el mejor vehículo para que transite un proceso de reforma legislativa, dado que las críticas tratarán de ser minimizadas, pues se opondrán a la verdad oficial.

Los gobiernos autoritarios son un muy buen vehículo para esas comisiones, pues las convierten en vehículos blindados.

Sin embargo, es claro que las reformas que se quieran llevar adelante con la protección de ese blindaje quedarán al descubierto y sin protección alguna cuando caiga o se debilite el régimen.

Tales reformas, además, por lo general, se llevan adelante rehuyendo el adecuado escrutinio del medio jurídico en su conjunto, pues quienes las conducen son conscientes de sus debilidades, del exceso doctrinario de las mismas, de su inutilidad práctica; de que ellas, confrontadas abiertamente con las opiniones de sus críticos, ante un medio jurídico abierto y democrático, no podrían sostenerse en pie.

Entonces, los procesos de reforma integral de los códigos, cuando ellos fueren necesarios, deberán llevarse adelante en el marco de regímenes abiertamente democráticos y sin blindaje alguno, vale decir, con las necesarias e indispensables transparencia y apertura que debe tener una discusión de temas civiles y no con la inevitable contaminación que produce la política.

Por lo demás, cuando los políticos toman banderas civilistas hay que cuidarse, pues generalmente lo harán con algún interés subalterno, ya que las materias objeto de regulación por un Código Civil son lo suficientemente técnicas y especializadas, como para estar usualmente en el debate público cotidiano.

V. ¿Cómo apreciar el futuro de la codificación civil y las reformas sustanciales de los cuerpos normativos?

Luego de todas las consideraciones formuladas, resulta necesario concluir mirando al futuro, es decir, apreciando cómo debe enfrentarse el desarrollo del Derecho Civil codificado.

Dentro de tal orden de ideas, creo que debemos partir por considerar que, en materia de codificación civil, no estamos en la era de los grandes descubrimientos; no es el momento en que se reinventa el Derecho.

Debemos ser conscientes de que aquello que habitualmente se ha entendido como proceso codificador de la modernidad, es decir aquel que se inició con el Código Napoleón -en 1803 y 1804- es una etapa que ha cumplido, con holgura, más de doscientos años y que los códigos civiles se asentaron en los diversos países de la tradición jurídica romano germánica, también ya hace mucho tiempo.

La antigüedad de los códigos, muchas veces, ya no solo se mide por décadas, como en el caso del peruano, que viene cumpliendo tres, sino por centurias, como ocurre con el Código chileno, que ya ha cumplido más de 157 años o como el argentino, que este año cumple 143.

Esas épocas en que el Derecho Civil y las sociedades se deslumbraban por los procesos codificadores ha pasado a formar parte de la historia de la codificación nacional de cada uno de nuestros países, salvo que se trate de naciones en las cuales resulte necesario dar saltos legislativos

considerables, dado el escaso nivel de su legislación civil. Pero de estos supuestos teóricos no se me ocurren ejemplos concretos que citar.

Las instituciones ya se conocen, así como las líneas doctrinarias y jurisprudenciales que las acompañan y sustentan.

En ese sentido, las modificaciones legislativas puntuales que se realicen sobre los códigos civiles no ofrecerán mayores sobresaltos.

Por lo demás, esas modificaciones puntuales sobre las que hemos tratado en uno de los extremos de este trabajo, generalmente, no afectan los temas más finos del Derecho civil, es decir aquellas instituciones, teorías, tesis o conceptos que han merecido una elaboración más hilvanada de las doctrinas y legislaciones históricas de nuestros Derechos nacionales. Por poner un ejemplo, dudamos de que en algún lugar del mundo, en el Congreso de la República, se plantee modificar puntual e íntegramente el tratamiento normativo de la solidaridad.

Así las cosas, creo que es bueno dejar discurrir estas modificaciones puntuales y no hacernos problemas por ellas, salvo que representen elementos peligrosos y de disociación del propio cuerpo legal en su conjunto, caso en el cual sí valdría la pena fomentar una intervención normativa.

En cuanto a las reformas mayores de los códigos civiles, es decir, en lo que respecta a esas intervenciones de fondo y de dimensiones y alcances considerables, más allá de los peligros que de por sí representan y a los cuales me he referido extensamente, ellas llevan implícito un problema adicional, consistente en la casi inevitable fractura del medio académico.

Tales reformas sustanciales, acertadas o no, necesarias o innecesarias, buenas o malas, van a determinar invariablemente que los académicos se dividan en partidarios y detractores.

Cada art. de ese código modificado o cada art. de ese nuevo código se convertirán en algo así como un pequeño *frente de batalla*; empezará una lucha casa por casa, es decir, art. por art.

Cada uno de esos preceptos será sometido al más riguroso escrutinio y a las más feroces críticas.

Y es muy probable que en un proceso como este, al cabo de pocos años, cada una de las nuevas normas en vigor, no concite ilusión alguna, sino profundo desencanto; pues el medio jurídico constatará que aquella reforma que tal vez auspició y consideró provechosa para el Derecho na-

cional habrá convertido el Código Civil en un cuerpo normativo, incluso de peor factura que aquel que pretendía mejorar.

Algo así ocurrió en mi país, cuando se intentó modificar el Código, hace alrededor de una década, con un proyecto normativo bastante voluminoso. Ello habida cuenta de que los comentarios que mereció cada una de las normas que se pretendía modificar, dejaban a la vista, claramente y sin ambages, que era mejor no tocar esos arts.

Lo que ocurre es que al inicio de las reformas legislativas, cuando recién se presentan los proyectos normativos, generalmente, se percibe el texto modificatorio con benevolencia. En todo proceso de reforma, los autores de los proyectados arts., obviamente solo nos hablarán acerca de las bondades de los preceptos que proponen.

Y eso será así, primero, porque son los padres de la criatura y, en segundo lugar, porque es obvio que esas normas deberán ser evaluadas desde una óptica imparcial, desapasionada o, si se quiere, con el único apasionamiento propio de la objetividad que brindan los conocimientos del Derecho civil y no aquellos particulares de una visión paternalista con respecto a los arts. proyectados.

Dentro de tal orden de ideas, todo proceso de reforma que parta por plantear la modificación considerable de un código o la elaboración de uno nuevo, necesariamente tendrá que someter al escrutinio público los textos propuestos.

La crítica oportuna o enmendará los rumbos equivocados del legislador o determinará que el proceso de reforma se detenga. Si tales críticas fuesen adecuadamente fundamentadas y de meridiana claridad, será imposible que no modifiquen el curso del proceso de reforma legislativa. Es claro que, si esos efectos no se produjeren, nos hallaríamos ante un caso de condenable obstinación.

En estos temas, siempre es oportuno recordar las certeras expresiones de mi antiguo profesor y amigo, el doctor Fernando de Trazegnies Granda,[2] cuando enseña que: «Los Códigos no deben cambiarse a cada rato: eso no es imaginación creadora sino pereza interpretativa».

[2] DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO. La Obligación de salvar el Derecho Civil. En: Diario «El Comercio». Lima, 23 de noviembre de 1994, pág. A-2.

VI. Para finalizar

Para concluir, debo reiterar que es un honor el haber sido incorporado como Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Trataré de estar a la altura de tal distinción y de poner mis mejores empeños y esfuerzos en fomentar el intercambio de experiencias y conocimientos entre el Derecho argentino y el Derecho peruano.

Es necesario señalar en este prestigioso recinto que, desde hace muchos años, el mayor propulsor de ese intercambio fructífero y constante de ideas, a la par que motivador incansable de la amistad entre nuestros medios jurídicos, ha sido y es el doctor Luis Moisset de Espanés, Presidente Honorario de esta Academia y Presidente en ejercicio de las Academias Iberoamericanas de Ciencias Sociales y Jurídicas, a cuya generosa iniciativa -de seguro- ha correspondido mi incorporación a la Academia de Córdoba.

Moisset es el profesor extranjero que más veces ha recorrido el Perú, aquel que más conferencias ha dictado; quien más universidades y Colegios de Abogados ha visitado; y aquella persona que ha sabido incorporar -en ese empeño de recíproca amistad- a sus más destacados discípulos, algunos de los cuales son muy buenos amigos míos y quienes, también, me hacen el honor de estar presentes esta noche, como es el caso de Manuel Cornet, Fernando Márquez y Guillermo Tinti.

Y, por último, quiero rendir, como corresponde en esta ciudad y ante su medio académico y jurídico más calificado, emotivo recuerdo y homenaje a la figura de don Dalmacio Vélez Sarsfield, insigne codificador argentino, creador de uno de los cuerpos normativos de mayor trascendencia dentro de la tradición jurídica romano germánica; código que, más allá de sus incontables bondades, tiene la enorme virtud de haber generado el proceso doctrinario más importante de cualquier código civil en América Latina.

No tengo dudas de que en cualquier país de habla hispana, los libros y tratados de los profesores argentinos han enseñado a todos quienes hemos aprendido y seguimos aprendiendo Derecho Civil.

Palabras de recepción del académico correspondiente en España

Martínez Torrón, Javier

La presentación estuvo a cargo del señor académico de número

POR PALMERO, JUAN C.

Señores Académicos:
Señores congresistas
Señores y Señoras:

Nos corresponde el alto honor de efectuar la presentación como "*académico correspondiente*" de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, al catedrático español Prof. Dr. Javier Martínez Torrón, como broche de oro final y dentro del marco institucional del Congreso sobre "Libertad Religiosa y Derecho Penal", organizado por el "Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa", que se ha desarrollado estos días pasados, con notable éxito y eficiencia, tanto por la calidad de las exposiciones, como así la profundidad de las conclusiones logradas, sobre un aspecto particularmente complicado en las relaciones entre el mundo secular y el religioso.

Cumplimos, además, una exigencia reglamentaria, que requiere la celebración de una sesión pública y solemne, donde quien tiene la responsabilidad de efectuar este discurso, le corresponde destacar las razones, motivos y circunstancias que justificaron su incorporación; y, en este caso particularmente, importa hacer estricta justicia y reconocimiento a una trayectoria como jurista brillante, traducida en los amplísimos y variados antecedentes que se han puesto de relieve en el decreto que leyera el Señor Secretario, pero por sobre todas las cosas, quisiéramos transmitir la alegría y satisfacción de todos los miembros de número de contar con un nuevo académico de semejante semblanza y personalidad, que nos honra y llena de orgullo institucional.

Corresponde señalar que, para esta Corporación, no existe otra distinción de mayor jerarquía, pues el asignarle la calidad de "*miembro correspondiente*", tiene el significado de que, a partir de este momento, pasará a formar parte de la entidad como uno más entre nosotros, circunstancia que explica de alguna manera una integración completa y sin retaceo, tanto en lo que respecta a los aspectos intelectuales o de cooperación en el trabajo científico o profesional, como así en el ámbito de los

afectos, que se manifiestan y exteriorizan a través de estrechos lazos de camaradería y amistad sincera, que nace siempre a partir de esta determinación.

Queda por agregar que Ud., en Córdoba, encontrará siempre la acogida y el recibimiento amable y amistoso, derivados del respeto y aprecio personal que nos merece, como así igualmente, las vivencias que nacen de sentirnos parte de una misma pertenencia, a la cual nos debemos en la constante tarea de llevar adelante las fronteras técnicas y morales del derecho concebido en toda su dimensión y significación técnica.

Aunque deberíamos ocuparnos -como es de rigor en estas ocasiones-, de resaltar las distintas y variadas facetas de su impresionante currículum; no obstante, entendemos corresponde efectuar algunas consideraciones previas, que servirán para explicar los motivos por los que nos hace tan felices el contar como académico correspondiente al Dr. Javier Martínez Torrón, que ha dedicado su vida principalmente al estudio del Derecho Canónico y a los problemas propios de las relaciones institucionales entre Iglesia y Estado.

Por ello, habría que explicar, aunque sea a brocha gruesa y acotado a las limitaciones rigurosas del tiempo, que la Universidad de Córdoba -de la cual reconocemos nuestros orígenes institucionales y nacimiento a partir del año 1941-, fue fundada hace cuatrocientos años por la Orden de la Compañía de Jesús y, desde 1613 hasta 1792, desenvuelve sus actividades casi como noviciado, ya que sus enseñanzas estaban absolutamente comprometida con las verdades y dogmas de la Religión Católica y, en cierto sentido, preparatorias para obtener formación suficiente a los inicios de una vida consagrada.

Por cierto y como no podía ocurrir de otra manera, el Derecho Canónico constituía una asignatura esencial dentro de la currícula de esos años; por lo que podemos decir, sin incurrir en hesitación alguna, que esta disciplina tuvo una función destacada y primigenia en la evolución y desarrollo de la cultura jurídica nacional y de muchos de los fundamentos de las reglas e instituciones que disciplinan la vida actual de los argentinos.

Esta confesionalidad estricta de sus objetivos, permanece intacta, incluso partir en del año 1767, cuando los jesuitas fueron expulsados del Virreinato del Río de la Plata y confiscados sus bienes, haciéndose cargo

la orden franciscana de su conducción y gobierno hasta el año 1800, en que pasa a ser dirigida por el Canónico Dr. Dean Gregorio Funes, que pertenecía al clero secular.

Recién el 22 de agosto de 1791, por una decisión del monarca español Carlos III, se autoriza la creación de la Cátedra de Institutas, acontecimiento histórico que ha sido interpretado correctamente como la creación de la primer facultad de derecho del país, porque con motivo de esta importante mutación, el eje de la formación de los abogados trascendía los aspectos estrictamente teológicos o religiosos, para secularizarse mediante la enseñanza del derecho romano tradicional extensiva a los comentarios de los pandectistas italianos, holandeses y alemanes.

La regia concesión imponía el nombre del profesor que debía dictar la materia, Dr. Victorino Rodríguez y hasta el texto de estudio que debía utilizarse, los comentarios de Vinnio, con las anotaciones de Eineccio escritas en griego, textos que conformaron las bases culturales y didácticas del Derecho Privado actual.

Estudios más actuales, efectuados por el sociólogo Raúl Orgaz a este respecto, ponen de relieve que pese a lo dicho precedentemente, se siguió dictando -sin solución de continuidad hasta bien entrado el siglo XIX-, la Cátedra de Derecho Canónico y Cánones, a través de la obra de Domingo Muriel, "*Fasti Novis Orbis est Ordenatorum*", junto con las decretales de Gregorio IX, Bonifacio VII, Extravagantes y otra fuentes de no menor significación, como las costumbres centenarias no reprobadas por el Código Canónico, circunstancia que permitió a sus egresados lo fuesen entonces en ambos derechos, o sea, en "utroque iuris", título de indudable prestigio y reconocimiento tanto dentro del país como del extranjero.

Esta tradición histórica de nuestra Universidad impidió que la separación traumática entre ley y moral del Positivismo riguroso y extremo, derivado de los principios filosóficos de la Ilustración, no hicieron mella en nuestras leyes civiles y por el contrario, de la necesaria cercanía y complementación entre ambos derechos, todos los estudiosos coinciden en reconocer al Derecho Canónico como una de las fuentes que sirvieron para la elaboración del Código Civil de 1871, elaborado por nuestro patrono, el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield; ordenamiento que con los ajustes propios de la evolución de las sociedades modernas -que dieron lugar a numerosas e importantes reformas parciales-, ha permane-

cido vigente con notable eficacia y solidez institucional durante casi un siglo y medio.

Por todo lo expresado precedentemente, no pude considerarse obviamente una casualidad, que sea justamente nuestro Codificador -que se había formado en esta Universidad de Córdoba a principios del siglo XIX y egresado "*en utroque iuris*"-, el autor de una obra científica particularmente importante para la organización institucional argentina sobre el "*Derecho Público Eclesiástico*", que todavía se utiliza como material de consulta permanente cuando se abordan cuestiones atinentes a esta especialidad.

Otro dato que tampoco podemos silenciar -y aprovechamos la oportunidad para recordarlo con el cariño y respeto que le prodigamos durante los años que integró nuestra Academia como miembro de número-, se refiere que el Presbítero Doctor Nelson Delaferrera formó parte de esta Corporación hasta su reciente fallecimiento, quien nos ilustraba permanentemente con sus estudios y trabajos propios de su destacada formación en esta asignatura y de manera particular, a través de interesantísimas conclusiones obtenidas de sus investigaciones acerca de las sentencias dictadas por los tribunales eclesiásticos de Córdoba durante el período colonial, que mostraban el importante grado de evolución técnica experimentada, todo lo que indudablemente, proyectaba sus efectos hacia los diversos mecanismos y sistemas seculares de aplicación de la ley.

Estamos ciertos y esperanzados de que el Dr. Javier Martínez Torrón cubrirá seguramente esta inestimable pérdida y, aunque por motivos de distancia no podremos disfrutarlo de manera permanente en nuestras reuniones ordinarias, seguramente ello no será óbice para mantenernos en contacto permanente para superar nuestras preocupaciones acerca de todas estas cuestiones referidas a la armonización de las relaciones que debe existir entre dos órdenes diversos, pero que a la postre, persiguen un mismo objetivo común, cual es la felicidad y el apoyo moral del hombre que habitan este universo.

Por otra parte, no sería extraño que, más cerca que lejos, la legislación argentina tenga que afrontar una serie de cuestiones que derivaron de nuestra primigenia organización constitucional que admitía el régimen del patronato, el que aunque fuera morigerado bastante con motivo de la reforma de 1994; ello no obstante aún subsisten algunas disposi-

ciones, como ocurre verbigracia con el sostenimiento económico por el Estado de la Iglesia Católica, y será en esa oportunidad donde las valiosas experiencias de la España moderna, serán de suma utilidad para hacer un tránsito tranquilo y seguro y, digamos entonces con toda claridad, apelaremos seguramente a la sapiencia y generosidad del Javier Martínez Torrón, para que nos ilustre con sus conocimientos y acompañe con consejos valederos para evitar equivocaciones que serían muy costosas para ambas instituciones.

Una primera observación objetiva e inmediata que surge de la observación de la interesante y proficua vida profesional de nuestro nuevo miembro correspondiente, consiste en que estamos en presencia de un universitario completo, que ha transitado regularmente todos los pasos y requerimientos impuestos para el ejercicio de la docencia universitaria, como Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, que implica de alguna manera, haber alcanzado el grado más destacado dentro de su especialidad.

Es que siempre entendimos la imposibilidad de desempeñarse en el mundo de la docencia, si conjuntamente no se cumple una tarea de estudio e investigación que la sustente y, en este sentido, debemos destacar que el Dr. Marínez Torrón se desempeña como Director del "Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado" de esta misma Universidad; todo lo que completa el cuadro que corrobora nuestra aseveración inicial, en el sentido de que estamos frente a quien dispone de todas las investiduras, conocimientos y experiencias para estar al frente y en la posición de mayor relevancia dentro de la temática derivada de su indubitable vocación.

Es interesante destacar, igualmente, que su propensión a profundizar la observación y demás particularidades propias del fenómeno religioso desde una perspectiva científica, lo llevaron a trascender el campo estrictamente doméstico o nacional, llegando a compartir equipos de trabajo mixtos o conjuntos que se ocupan de estas cuestiones, tanto en Europa, Latinoamérica o Estados Unidos, desarrollados, a su vez, en centros universitarios del mayor prestigio, tales como Cambridge, Harvard, Chicago, Berkeley, Columbia, Stanford, Ottawa, Freiburg y la Universidad Autónoma de Méjico, actividades que le han permitido obtener una visión universal de los problemas y adentrarse en el interesante mundo

del Derecho Comparado, que amplía las posibilidades de apreciación y regulación de los diversos institutos de cada país, en miras al perfeccionamiento y mutuo enriquecimiento de las ciencias normativas.

De igual manera que se habla frecuentemente de la llamada "*responsabilidad social empresaria*", cabe proyectar estas mismas e iguales obligaciones sobre el saber en general y de los operadores culturales en particular, ya que el bagaje de conocimientos adquiridos durante una vida de estudio y preparación no puede quedar reducida al ámbito propio, privado o individual, sino que debe asignársele una proyección social, para beneficio de la comunidad en su conjunto. El Dr. Martínez Torrón, sobre los mandatos de estos compromisos asumidos como ciudadano, colabora con el Estado en el cargo de vocal de la "*Comisión Asesora del Ministerio de Justicia de España*", e igualmente del "*Comité Asesor de Bioética de la Comunidad Autónoma de Madrid*", en calidad de experto de reconocido prestigio en la materia, comportamientos encomiables y generosos para con su país que los distingue y merecen el reconocimiento y especial encomio de todos nosotros.

En otro sentido, lo han elegido como Vice Presidente de la "Sección Derecho Eclesiástico del Estado", de la prestigiosa y reconocida "Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", con sede en Madrid y desde este central emplazamiento, proyecta su sapiencia, conocimientos y calidad superior de sus trabajos más allá de los espacios puramente nacionales, para avanzar sin limitaciones respecto del amplio campo del derecho universal, lo que le confiere la virtud de la amplitud y una visión ilimitada, tan importante para obtener una adecuada solución en estos problemas.

En lo que respecta a su participación en entidades o instituciones responsables de diversos trabajos y publicaciones, nuestro nuevo miembro correspondiente es fundador del Consejo Directivo de la primera revista española especializada en libertad religiosa y relaciones Iglesia-Estado, a través del afamado "*Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*"; a lo que debemos agregar su participación como cofundador de la "Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado", panorama que de una simple enunciación, permite apreciar la dimensión alcanzada por Javier Martínez Torrón dentro de esta especialidad del derecho, que lo ubican entre los especialistas de mayor enjundia y en situación sobresaliente.

Entre sus publicaciones más destacadas, nos ha impresionado de manera especial, su obra recientemente publicada y que ha sido objeto de presentación en este Congreso: "*Religion and Law in Spain*", que le fuera encargada por la Editorial Wolters-Kugler, como parte de su proyecto "*International Encyclopaedia of Laws*".

Otro de sus libros de mayor difusión es el que tiene en colaboración con otro miembro correspondiente de esta corporación, el Prof. Dr. Rafael Navarro Vals, titulada "Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia" (2° ed.) que dispone del estudio quizás más profundo y completo, transformándose de esta manera, en una obra de consulta obligatoria -toda vez que se plantee alguna cuestión referido a este espinoso conflicto-, trabajo que contiene un bagaje de información no solo referida al derecho español, sino que avanza con encomiable ilustración sobre el derecho comparado, brindándole al lector una visión absolutamente completa y fundada de este difícil dilema moral que preocupa frecuentemente a las personas en estas sociedades modernas.

Podríamos seguir enumerando sus trabajos que superan claramente la decena de libros referidos a la temática de su preferencia, pero ello provocaría una desviación anómala de una presentación, porque de lo que se trata, sobre todo, es de presentar al hombre en la integridad de su vida y es allí precisamente donde queremos detenernos unos breves minutos antes de concluir con esta presentación.

No podemos imaginar lo que hubiera pensado, allá en la lejanía de los tiempos, a fines del siglo XVI, cuando Jerónimo Luis de Cabrera fundara la ciudad de Córdoba, a la que por su increíble semejanza con su homónima española, bautizara como de la Nueva Andalucía, que otro cordobés -pero esta vez de la Antigua Andalucía- vendría a esta ciudad para trabajar y fomentar la mutua cooperación, con el propósito de compartir los sueños y las esperanzas de luchar por los ideales de un derecho más justo, solidario y capaz de comprender y proteger los mandatos espirituales y creencias de todas las personas, evitando que fuesen razón o motivo de guerra o separación, sino instrumento de paz y unión basados en el respeto mutuo, junto a la libertad de pensamiento y acción.

Ningún Estado ni tampoco creencia alguna pueden justificar que sean causa de violencia o desconocimiento de los sentimientos profundos y espirituales del hombre para con su religamiento con su Dios, pero esta

verdad que parece tan sencilla, ha costado muchas yerros y sacrificios a la historia de la humanidad. Ello no obstante, estamos convencidos de que la única manera de preservar los grandes lineamientos de la libertad religiosa y de conciencia es a través del derecho y, es por ello, que la incorporación de Javier Martínez Torrón seguramente que ayudará a esta Institución a cumplir precisamente con su finalidad esencial, cual es el progreso y perfeccionamiento del derecho en sus más diversas manifestaciones y creencias.

Estimado amigo: quisiera expresar de la forma más exacta posible los sentimientos de gratitud y satisfacción que nos produce a todos nosotros la circunstancia que pase a formar parte de nuestra Corporación y decirle de nuevo que vuestra incorporación nos honra de manera especial, por lo que le agradecemos haber aceptado esta distinción y esperamos mantener estos vínculos de amistad y cooperación para siempre.

La neutralidad religiosa del Estado

Martínez-Torrón, Javier

Proemio

Quisiera, ante todo, dar las gracias a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba por el inmenso honor que me hacen al admitirme como académico correspondiente extranjero. Siendo esta una de las más prestigiosas instituciones jurídicas de América, me honra que se me haya dado la oportunidad de unirme a insignes juristas -muchos de ellos españoles- a los que se les ha concedido esta distinción con anterioridad. Además, siendo Córdoba de España la ciudad donde crecí, entenderán que, desde esta tarde, me sienta doblemente cordobés. Gracias, de todo corazón.

Los usos de la Academia prescriben que, cuando es posible, el nuevo académico pronuncie un discurso al ser investido de su medalla. Cumplo gustoso esta tarea y he elegido para ello uno de los temas que, dentro de mi especialidad, atrae mayor interés en tiempos recientes y suscita importantes interrogantes acerca de cómo haya de ser, en las sociedades contemporáneas, la relación entre Estado y religión. Me refiero al tema de la neutralidad religiosa del Estado, a la que algunos contemplan desde la perspectiva de lo que se ha dado en llamar, por influencia sobre todo francesa, "laicidad" del Estado -un término que, como explicaré enseguida, no termina de convencerme por los problemas conceptuales y prácticos que puede plantear-.

El significado de la neutralidad

Partiré en mi análisis de un concepto de derecho que confieso de influencia guaspiana[1], y que podría sintetizarse así: el derecho es un instrumento complejo y específico del que se sirve una sociedad para organizarse en torno a un conjunto abierto de valores que considera necesarios y que se caracteriza por encaminarse a la prevención o a la resolución coercitiva de conflictos interpersonales mediante el recurso, sobre todo, de la actividad normativa y de la actividad judicial.[2]

[1] Cfr. las páginas iniciales de J. GUASP, *Derecho*, Madrid, 1971.
[2] Me remito, para ulteriores detalles, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión, derecho y sociedad,* Comares, Granada, 1999.

Desde esa perspectiva, se comprende la centralidad que los valores tienen en el universo jurídico. Son los puntos de referencia que determinan las coordenadas entre las que la ley y los tribunales han de moverse y, también, la fuente de la legitimidad de sus respectivas actuaciones. En realidad, cuando usamos el término *justicia*, no hacemos, sino referirnos, aunque sea implícitamente, a ese conjunto -mudable- de valores en torno a los que se estructura el ordenamiento de una determinada sociedad. Tales valores, que en gran medida implican opciones de trasfondo esencialmente ético, se transforman a veces en principios operativos.

Uno de esos principios es la neutralidad religiosa del Estado, que tiende cada vez más a ser considerada un elemento esencial de los ordenamientos jurídicos contemporáneos occidentales[3]; en tanto que se la concibe como una condición necesaria para la adecuada protección de ese derecho humano que llamamos libertad de pensamiento, conciencia y religión[4] o bien libertad de religión y de creencias.[5] Es decir, la libertad para elegir el objeto de las propias creencias -religiosas o no- y para actuar de manera conforme a ellas.

Esto nos mueve a preguntarnos por cuál ha de ser el significado de la neutralidad, teniendo en cuenta que aquí adopto una perspectiva que aspira a ser global o, al menos, válida para el entorno occidental. Por tanto, la respuesta habrá de ser aplicable al polícromo panorama constitucional que ofrece la pluralidad de Estados que solemos situar bajo el término Occidente. Y, en ese contexto, dos son las afirmaciones iniciales que pueden hacerse:

---

[3] La adopción de la neutralidad como principio, en todo caso, está lejos de resultar sencilla y exenta de problemas. Vid. al respecto, recientemente, el sugerente y documentado estudio de R. PALOMINO, *Neutralidad del Estado y espacio público*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

[4] Es la terminología que vino a consagrar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 18), y que fue posteriormente acogida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (art. 9), y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 18). En cambio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, inspirada por los arts. III y IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, se refiere a la libertad de conciencia y de religión en su art. 12, que separa de la libertad de pensamiento, la cual une a la libertad de expresión en el art. 13.

[5] Esta terminología comienza a ganar terreno desde la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de 1981, y se ha popularizado en el entorno OSCE.

Neutralidad no equivale a separatismo

La primera tiene carácter negativo, pues se refiere a lo que no es ni puede ser, la neutralidad del Estado. A mi juicio, resulta claro que *la neutralidad no puede ser concebida como un principio constitucional uniforme vigente* a nivel internacional (ni siquiera en el ámbito más reducido de los países occidentales), que contenga una particular concepción acerca de cómo debe ser el modelo de relaciones entre Estado y religión. En concreto, la neutralidad, si la analizamos desde una óptica que trascienda su dimensión estrictamente nacional, *no puede ser entendida como equivalente a separación estricta* entre Estado y religión. A este respecto, por lo que se refiere a Europa, y con una doctrina que es aplicable más allá de sus fronteras, el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado, desde hace tiempo, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene como finalidad garantizar determinadas libertades fundamentales -la libertad religiosa entre ellas-, pero no impone ningún modelo específico de relaciones entre Estado y religión.[6] La idea subyacente es que la actitud del Estado hacia la religión depende primordialmente de una opción política, y es el resultado, en gran medida, de la tradición histórica y de las circunstancias morales, sociales y culturales de cada país.[7]

Lo anterior, naturalmente, no significa que no sea posible adoptar una rigurosa separación entre Estado y religión, o que esta sea incompatible con los convenios internacionales de derechos humanos. Al contrario, el separatismo es una de las legítimas opciones que los Estados

[6] Me remito, para ulteriores detalles y referencias jurisprudenciales, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN- R. NAVARRO-VALLS. T*he Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe,* en T. LINDHOLM-C. DURHAM-B. TAHZIB-LIE (eds.). *Facilitating Freedom of Religion and Belief: A Deskbook*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004, págs. 216-218.

[7] El marco jurídico de la Unión Europea -especialmente el art. 17 del Tratado de Funcionamiento de la UE- es aún más claro al determinar que no existe una norma europea uniforme en lo que se refiere al estatus de iglesias y comunidades religiosas, y que esta es una materia que compete a las autoridades nacionales. Este es el texto literal del art. 17: "1. La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas. 2. La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales. 3. Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones".

tienen a su disposición, pero la discusión acerca de, si el separatismo es o no el mejor sistema de garantizar la neutralidad religiosa del Estado, debe tener lugar a nivel nacional; es decir, en el plano de los principios constitucionales que definen el marco de las relaciones entre Estado y religión en cada país.

Así, por ejemplo, en Europa, Francia y Turquía, afirman tener un sistema separatista y proclaman una estricta laicidad (laicité) del Estado[8], y algo parecido sucede, en América, con Estados Unidos[9] y México[10]. No es ocioso observar, sin embargo, que estos países constituyen una excepción y no la norma general: la mayoría de los Estados europeos han adoptado, explícita o implícitamente, fórmulas de cooperación estatal con la religión en sus constituciones o en sus legislaciones.[11] Y, por lo que se me alcanza, la situación es sustancialmente la misma en el continente americano, más allá de afirmaciones genéricas sobre la separación entre iglesias y Estado.[12] De hecho, en Estados Unidos, que a veces se presenta

[8] No obstante, un análisis pormenorizado de sus respectivos ordenamientos jurídicos suscita serias dudas acerca de si la separación entre Estado y religión en estos países es tan real como afirman sus solemnes declaraciones constitucionales. Por ejemplo, en Turquía la Presidencia de Asuntos Religiosos es un órgano administrativo con gran poder político para el que trabajan varias decenas de miles de funcionarios, lo cual parece paradójico en un sistema que se autodescribe como separatista (cfr. O.F. HARMAN, *L'administration des cultes en Turquie*, en B. BASDEVANT-GAUDEMET (ed.), *L'administration des cultes dans les pays de l'Union Européenne*, Peeters, Leuven, 2008, págs. 200 y ss.).

[9] Sobre el origen histórico del separatismo norteamericano, vid. M.W. MCCONNELL, *The Origins and Histo-rical Understanding of of Free Exercise of Religion*, en «Harvard Law Review», 103 (1990), págs.1409 y ss.

[10] En relación con el origen y las a veces turbulentas vicisitudes históricas de la separación entre Iglesia y Estado en México, vid., a la luz de la historia de la propiedad eclesiástica, J.L. SOBERANES, *Los bienes eclesiásticos en la historia constitucional de México*, UNAM, México, 2000. Para una síntesis de esa historia, vid. A. PATIÑO, *Religion and the Secular State in Mexico*, en J. MARTÍNEZ-TORRÓN-W.C. DURHAM (eds.), *Religion and the Secular State,* Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2015, págs. 524 y ss.

[11] Es el caso de España, cuya Constitución (art. 16) matiza el principio de laicidad con el principio de cooperación, entre otros. Para un sugerente estudio del significado del principio de laicidad en derecho español, al hilo de un análisis crítico de la jurisprudencia constitucional, vid. A. OLLERO, *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009. Para una breve explicación sobre las relaciones entre Estado y religión en los países de la UE, ver G. ROBBERS (ed.), *State and Church in Europe* (2ª ed.), Nomos, Baden-Baden, 2005.

[12] Sobre las relaciones entre Estado y religión en Latinoamérica, vid. J. NAVA-

como paradigma del separatismo, son numerosas las formas de colaboración del Estado con la religión -en realidad, con la libertad religiosa de los ciudadanos -incluso en ocasiones de manera más generosa que algunos países que, como España, declaran regirse por el principio constitucional de cooperación-.[13]

Si antes dije que no me gusta el término "laicidad" es, precisamente, porque tiende a malentenderse como sinónimo de separatismo estricto entre religión y Estado, y aún, en algunas posiciones extremas, como una suerte de "laicismo militante" que sólo queda satisfecho con la exclusión de la religión de la esfera pública.[14] Frente a ello, conviene insistir en que, desde una perspectiva internacional, la neutralidad debe ser concebida como un rasgo distintivo de los Estados que constituye requisito necesario para proteger adecuadamente la libertad de pensamiento, conciencia y religión, así como la no discriminación por razón de religión o creencia. *La protección de la libertad religiosa y de creencias de todas las personas y grupos, y no el modelo de relaciones Iglesia-Estado, es el punto de referencia apropiado* para entender el significado común que ha de darse a la neutralidad del Estado en nuestras sociedades.

Por eso, la cooperación o el apoyo estatal a la religión no son un problema en sí mismo, en aquellos ordenamientos jurídicos que se deciden por esa opción. Ni siquiera los sistemas de iglesias nacionales o "establecidas" que todavía existen en algunas naciones europeas son inconciliables con el concepto de neutralidad que inspiran las normas internacionales sobre libertad religiosa. Con toda razón, podría pensarse que esos sistemas son el producto de circunstancias históricas particula-

RRO FLORIA (ed.), *Estado, derecho y religión en América Latina*, Marcial Pons, Buenos Aires 2008. Análisis interesantes sobre las relaciones entre Estado y religión en un amplio número de países de los cinco continentes pueden encontrarse en el volumen J. MARTÍNEZ-TORRÓN-W.C. DURHAM (eds.), *Religion and the Secular State*, cit. en la nota 10. Estudios pormenorizados sobre derecho y religión en los diferentes países del mundo (no solo en Europa) van siendo publicados gradualmente en la *International Encyclopaedia of Laws* publicada por Wolters-Kluwer; vid. http://www.ielaws.com/religion.htm (último acceso: 5 enero 2015).

[13] Me remito, en este punto, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Separatismo y cooperación en la experiencia jurídica norteamericana*, en V. REYNA-M.A. FÉLIX (coords.), *Los acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 105-130.

[14] Para un intento de delimitación conceptual, vid. R. PALOMINO, *Neutralidad del Estado…, cit*. en nota 3, págs. 205 y ss.

res y que, probablemente, no son la mejor alternativa en este momento de la evolución política occidental, pero el hecho es que son compatibles con nuestra noción de democracia basada en derechos humanos. En lo que se refiere a modelos de relación entre Estado y religión -ya sean de cooperación, apoyo, confesionalidad, iglesias nacionales o separatismo- la cuestión esencial estriba en garantizar el respeto de la libertad religiosa y del principio de igualdad. Lo único que no sería admisible es que las opciones constitucionales degenerasen, en la práctica, en un marco legal represivo o discriminatorio en el que, por ejemplo, las personas no pertenecientes a las religiones privilegiadas fueran perseguidas o discriminadas.

La naturaleza instrumental de la neutralidad

Este aspecto, precisamente, nos ayuda a identificar la segunda idea que permite definir -esta vez en términos positivos- la noción de neutralidad religiosa del Estado desde una perspectiva transnacional. En esa dimensión, y puesto que se trata de un principio conectado con la garantía de derechos fundamentales, la neutralidad debe ser concebida -según acabo de indicar- no como definidora de un modelo uniforme de relaciones entre religión y Estado, sino como requisito necesario para proteger adecuadamente la libertad de pensamiento, conciencia y religión, así como para evitar la discriminación por razón de religión o creencia. Solo en ese sentido, constituye un rasgo distintivo de los sistemas jurídicos democráticos.

Neutralidad del Estado y libertad religiosa

Se entiende así que la neutralidad carece de pleno sentido cuando se la contempla de modo aislado. Desde luego, la neutralidad implica un reconocimiento de la autonomía mutua entre Estado y confesiones religiosas.[15] Pero aún más importante es advertir que, desde una perspectiva jurídica, la neutralidad se concibe esencialmente como un *medio* para conseguir un fin concreto: *la garantía del derecho de libertad religiosa en condiciones de igualdad por parte de todos los individuos y grupos.*

[15] Vid. al respecto E. MOLANO, *El Derecho Eclesiástico en la Constitución española*, en "Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Profesor Pedro Lombardía", Madrid, 1989, págs. 301 y ss.

Se trata, por lo tanto, de una finalidad que incluye diversos aspectos. Sustancialmente, el objetivo consiste en la garantía del derecho de libertad religiosa; perderlo de vista fácilmente conduce a que la neutralidad, entendida como "laicidad negativa", se transforme en una suerte de "intolerancia laica" hacia las manifestaciones sociales y públicas del hecho religioso. Con razón, se ha advertido de los riesgos que para la libertad religiosa se derivan de una interpretación equivocada de la neutralidad, o de la laicidad, y se ha insistido en la importancia de defender una noción positiva de laicidad, según la cual: "el Estado tiende a valorar la libertad y la responsabilidad, vertiendo en la política los valores -todos ellos, también los religiosos- que encuentra en el orden social", oponiéndose así a una noción negativa, en la que la laicidad se erige en "un muro de contención contrario a toda absorción de valores sociales, incluidos los religiosos".[16]

Por otro lado, el reconocimiento y respeto de la libertad religiosa -para personas y confesiones- se concibe necesariamente modalizado por el principio de *igualdad*. Y además, en muchos ordenamientos jurídicos, la *cooperación* del Estado con las confesiones religiosas matiza, y en cierto sentido limita, el alcance de la neutralidad, ya sea por vía de su sanción constitucional -como en España- o por medio de las disposiciones de la legislación ordinaria. Me refiero a que, en tanto que dicha cooperación estatal se percibe como necesaria -o al menos conveniente- para promover el efectivo ejercicio de la libertad religiosa de los ciudadanos, la neutralidad no puede tender a favorecer un distanciamiento deliberado entre Estado y religión. Es decir, la presencia del principio de cooperación -que en muchos países, explícita o implícitamente[17], tiene rango constitucional- impide que la neutralidad pueda ser interpretada en clave separatista.

[16] Así lo hace notar, en un sugerente trabajo, R. NAVARRO-VALLS, Los Estados frente a la Iglesia, en "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado", 9 (1993), especialmente págs. 17 y ss. Vid. también, más recientemente, R. NAVARRO-VALLS, *El principio jurídico de laicidad*, en "Revista Jurídica de Catalunya", 1 (2014), págs. 119-133.

[17] Un caso claro de reconocimiento constitucional explícito del principio de cooperación es España (vid. art. 16.3 de la Constitución española). Un ejemplo, también claro, de reconocimiento implícito es Alemania (vid., sobre todo, art. 7 de la *Grundgesetz*, y arts. 137-141 de la Constitución de Weimar, que forman parte de la *Grundgesetz* en virtud de su art. 140).

En suma, aunque se acepte la neutralidad como un rasgo de identificación esencial del Estado en este terreno, su operatividad jurídica viene marcada teleológicamente por el derecho de libertad religiosa y el principio de igualdad y, en muchos sistemas jurídicos, limitada por la acción del principio de cooperación. De tal manera que *el significado de la neutralidad estatal en ningún caso podrá exacerbarse hasta el extremo de que se traduzca en detrimento del ejercicio del derecho de libertad religiosa o en discriminación de personas o grupos -directa o indirecta- por razón de sus creencias, o de la conducta intrínsecamente vinculada a ellas*. Ni podrá tampoco, en los ordenamientos que han adoptado el principio de cooperación, desembocar en una completa y positiva abstención del Estado frente a la promoción del hecho religioso colectivo, es decir, en un separatismo estatal decidido a someter al llamado -con expresión equívoca- "derecho común" la regulación jurídica del factor religioso, ignorando su especificidad propia.[18] De otro modo, la neutralidad fácilmente podría terminar por ser entendida implícitamente como una suerte de "confesionalidad laica" del Estado, que en realidad sería muy poco neutral.

De estas consideraciones, se deriva un importante criterio para evaluar aquellas actuaciones legislativas, gubernamentales o judiciales que se presentan a sí mismas como dirigidas a lograr una más acabada implementación del principio de neutralidad o laicidad del Estado. La primera pregunta que debemos formularnos al analizar esas actuaciones es la siguiente: ¿facilitan en la práctica el ejercicio del derecho de libertad religiosa, en pie de igualdad, de ciudadanos y grupos (mayoritarios o minoritarios)? Si la respuesta es negativa, difícilmente podremos estimar que estamos ante una interpretación legítima de la neutralidad; y aún menos si esas actuaciones dificultan, en lugar de facilitar, el ejercicio de este derecho fundamental. Una supuesta neutralidad que redunda en detrimento de derechos fundamentales es, en realidad, una hostilidad -velada o patente- hacia la religión o, más precisamente, hacia la libertad religiosa. Interesa hacerlo notar porque, en algunas de las propuestas de movimientos que se autodefinen como a favor de un Estado laico -y que frecuentemente se caracterizan por un ateísmo militante-, se contiene una visión de la sociedad y del Estado que conduciría a un diseño de es-

[18] Para ulteriores detalles sobre esta cuestión, me remito a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión, derecho y sociedad*, cit. en nota 2, págs. 110 y ss.

pacios públicos, en los que un ateo se sentiría sin duda más cómodo que una persona de creencias religiosas.[19]

Imparcialidad e incompetencia del Estado en materia de religión y de creencias

Identificadas las principales características que definen el fin que ha de perseguir el principio de neutralidad religiosa del Estado, conviene ahora detenerse en las que, a mi juicio, son las dos principales coordenadas que delimitan la noción de neutralidad del Estado.

Una de ellas es la *imparcialidad* frente a las religiones o creencias. En Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado esta idea especialmente en lo que se refiere a diferencias o disputas de carácter religioso. Varias de sus sentencias relativas a disensiones religiosas de carácter interno -en concreto, al nombramiento de líderes religiosos o a cismas en una comunidad religiosa- indican con claridad que el Estado no puede tomar partido en esa clase de asuntos y que debe actuar como un árbitro u organizador imparcial. Cuando las autoridades nacionales deben enfrentarse a la tensión social que ocasionalmente se produce como consecuencia de la rivalidad entre grupos religiosos, su papel no puede consistir en determinar cuál de ellos es el correcto o en eliminar el pluralismo, considerando que es el precio que ha de pagarse para garantizar la paz social.[20]

---

[19] Vid. R. PUZA, *La Cour constitutionnelle, la Bavière et le crucifix dans les écoles*, en "Revue de droit canonique", 45 (1995), págs. 373 y ss., comentando el fallo de 1995 del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre los crucifijos en los colegios públicos de Baviera.

[20] Especialmente significativas a este propósito son las palabras del Tribunal de Estrasburgo en Serif, la primera de las sentencias que abordaron esta clase de problemas: "Aunque el Tribunal reconoce que existe la posibilidad de que se produzca una tensión social en situaciones de división interna de una comunidad, religiosa o de cualquier otra clase, considera que ésta es una de las inevitables consecuencias del pluralismo. La función de las autoridades en tales circunstancias no es quitar la causa de tensión eliminando el pluralismo, sino garantizar que los grupos enfrentados se toleran mutuamente" (*Serif c. Grecia*, 14 diciembre 1999, § 53). El caso se refería a la intervención del gobierno en el nombramiento de un muftí en la región de Tracia, donde existe una importante población musulmana de origen turco, en una situación de radical oposición entre dos facciones rivales de la comunidad islámica.

En tales situaciones de conflictos intra o interreligiosos, la función del Estado ha de circunscribirse a organizar el pluralismo religioso de tal manera que todas las personas puedan practicar libremente su religión, que los grupos antagonistas se respeten mutuamente y que las confesiones religiosas tengan la mayor autonomía posible para resolver y ocuparse de sus propios asuntos internos sin indebidas injerencias del exterior (incluidas las del Estado mismo). Así, los Estados exceden sus legítimas competencias cuando no permanecen neutrales frente al cambio de liderazgo en una comunidad religiosa, cuando intentan que una confesión se someta a un concreto y único liderazgo en contra de su voluntad o cuando tratan de evitar que en una iglesia se produzca un cisma por desacuerdos de carácter religioso.[21]

Sin embargo, la imparcialidad formal no es suficiente. Entendida de manera profunda, la neutralidad del Estado ha de basarse en una segunda coordenada: la *incompetencia* del Estado para juzgar la verdad o falsedad de doctrinas religiosas, y, en general, para emitir juicio o valoración alguna acerca de cuestiones estrictamente religiosas.[22] En tal sentido, es importante comprender stricto sensu el alcance de la incompetencia estatal en materia religiosa. No es que el Estado decida renunciar a una de sus legítimas competencias para así alcanzar un mayor nivel de libertad religiosa. Es más que eso: la neutralidad del Estado implica que los asuntos estrictamente religiosos no son parte de sus competencias legítimas y, por lo tanto, cualquier injerencia en aquellos supondría, ipso facto e ipso jure, una restricción injustificada de la libertad religiosa de individuos y comunidades. El Estado no puede dictaminar qué religión es mejor o peor, qué dirigente es más o menos apropiado

[21] Vid., especialmente, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Serif c.Grecia*, 14 diciembre 1999; Hasan y Chaush c.Bulgaria, 26 octubre 2000; *Agga c.Grecia*, 17 octubre 2002; *Supreme Holy Council of the Muslim Community c. Bulgaria*, 16 diciembre 2004 (todos ellos relativos a la intervención de las autoridades públicas en disputas sobre liderazgo en comunidades musulmanas); y *Metropolitan Church of Bessarabia c.Moldavia,* 13 diciembre 2001; Svyato-Mykhaylivska Parafiya c.Ucrania, 14 septiembre 2007 (estas dos últimas se refieren al rechazo de las autoridades públicas a la inscripción registral de nuevas comunidades de religión ortodoxa creadas como resultado de cismas de otras Iglesias ortodoxas).

[22] Así lo señalaba hace años, tratando de interpretar el principio constitucional de laicidad en España, P. J. VILADRICH, *Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español*, en el manual colectivo *Derecho Eclesiástico del Estado español* (2ª ed.), Eunsa, Pamplona, 1980 (vid. especialmente págs. 200 y ss.).

para un grupo religioso, porque carece de cualquier legítima competencia en esas materias.[23]

Veamos, a continuación, algunas cuestiones controvertidas que surgen al hilo de las anteriores reflexiones sobre el significado de la neutralidad religiosa del Estado.

Neutralidad y valores éticos inspiradores del ordenamiento jurídico

La primera de ellas tiene que ver con la aludida incompetencia del Estado para emitir juicios acerca de la doctrina de las confesiones religiosas. Acerca de este punto, es bien conocida la tajante afirmación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: "El derecho de libertad religiosa garantizado por el Convenio [Europeo de Derechos Humanos] excluye cualquier discrecionalidad del Estado para determinar la legitimidad de las creencias religiosas o de los medios utilizados para expresarlas".[24] La forma de expresar esta idea por parte del Tribunal de Estrasburgo no es quizás la más adecuada, pues el término "legitimidad" podría entenderse de manera amplia, incluyendo también la legitimidad jurídica o legal. Lo cual, salta a la vista, se traduciría en una imposible abstención del Estado de emitir juicio alguno acerca del hecho religioso, al que se vendría a reconocérsele patente de corso, con independencia de cuál fuera su impacto negativo en la vida social.

En realidad, el Tribunal de Estrasburgo parece referirse -y en ese sentido ha de entenderse razonable su afirmación- a que el Estado carece

[23] Ciertamente, la concepción de la neutralidad como incompetencia del Estado en asuntos religiosos puede plantear problemas respecto de los Estados europeos que tienen iglesias "establecidas" (*established churches*). No pienso, sin embargo, que esos modelos de relación Iglesia-Estado hayan de considerarse de suyo incompatibles con los actuales estándares en materia de derechos humanos y con la noción restringida de neutralidad estatal que aquí se sostiene. Dos razones interrelacionadas me mueven a esa afirmación. La primera es el hecho de que esos sistemas de iglesias nacionales deben entenderse a la luz de la historia del país en cuestión; desde la perspectiva de los actuales estándares europeos, probablemente sería incomprensible constituir esa clase de sistemas ahora, ex novo. La segunda razón es que, en la práctica, existe un alto grado de protección de la libertad religiosa de personas y grupos en esos países, y el Estado pone un gran esfuerzo a la hora de impedir que el sistema de iglesia nacional produzca como resultado una discriminación de las minorías religiosas o ideológicas.

[24] *Manoussakis v. Greece,* 26 septiembre 1996, § 47; y *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, 26 octubre 2000, § 78.

de competencia para emitir juicio de ninguna clase sobre los aspectos dogmáticos de una creencia, religiosa o no. No le corresponde decidir qué doctrina de fe es verdadera o falsa. Ahí, la autonomía de individuos y comunidades es completa. Pero eso no debe confundirse con una noción de neutralidad estatal según la cual las autoridades públicas deberían ser indiferentes hacia los resultados que produce el ejercicio de la libertad religiosa o de creencias, o podrían ignorar completamente el contenido de las decisiones personales en esta concreta área de la racionalidad humana. Aunque la neutralidad prohíbe que el Estado emita juicios o valoraciones en asuntos o doctrinas estrictamente religiosos, no impide toda acción del Estado en relación con la religión, cuando está fundada en otra clase de valoraciones. En concreto, el Estado puede tener en cuenta los efectos sociales de la actividad religiosa o los predecibles efectos de doctrinales morales religiosas (o no religiosas), los cuales incluyen aquellas situaciones en que dichos efectos entran en conflicto con la ley o bien con valores o principios que el ordenamiento jurídico considera esenciales.

A este propósito, conviene no olvidar que, como antes hice notar, el derecho estatal se funda en determinados valores éticos, más o menos explícitos o implícitos en sus normas.[25] Sería irreal, por lo tanto, pretender que el Estado puede adoptar una actitud de indiferencia -una suerte de "asepsia moral"- ante las posiciones éticas que mantienen las distintas religiones que operan en su territorio. Unas se adaptan mejor que otras a esa *infraestructura moral* del derecho del Estado. Lo que el Estado se prohíbe a sí mismo, en virtud del principio de neutralidad, es emitir juicio alguno sobre la doctrina dogmática de las religiones en sí mismas: es decir, aquella parte de su fe que intenta explicar el ser humano en su relación con la divinidad y con el universo. Cosa distinta ocurre, en cambio, en relación con la dimensión moral de su doctrina y con el comportamiento que de ella se deriva. En esa área, el Estado no solo puede, sino que debe pronunciarse, sobre todo desde la perspectiva negativa; es decir, cuando una determinada moral o comportamiento reli-

[25] Sobre la relación entre ley y moral, vid. las interesantes observaciones de R. NAVARRO-VALLS, *Ley civil y ley moral: responsabilidad de los legisladores*, en "Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación" 26 (1996), págs. 25 y ss.

gioso entra en conflicto con valores esenciales del orden jurídico.[26] Por referirme de nuevo a Europa, que es el ámbito que me resulta más familiar, así lo ha tenido en cuenta el Tribunal de Estrasburgo, en el caso de partidos políticos de inspiración religiosa o de grupos religiosos, que afirmaban su intención de imponer sus doctrinas recurriendo a la violencia si fuera necesario o que predicaban la violencia o discriminación hacia determinadas personas. Las sentencias más importantes a este propósito son las dos pronunciadas en el caso *Refah Partisi*[27], en las que el Tribunal estimó que había sido legítima la disolución de un importante partido de orientación islamista por parte de la Corte Constitucional turca.[28] También, vale la pena mencionar la decisión del Tribunal en el caso *Kalifatstaat*, por la que se declaró inadmisible la demanda de una asociación radical islámica que había sido ilegalizada por las autoridades alemanas.[29]

[26] No ha de confundirse esto con las situaciones de conflicto entre ley y conciencia, es decir, cuando la norma moral de una persona -inspirada o no en doctrinas institucionalizadas- colisiona con una determinada obligación jurídica, impuesta por norma legal o por contrato amparado por el derecho (por ejemplo, un contrato de trabajo). Esos casos han de resolverse analizando *ad casum* el peso respectivo de cada uno de los intereses jurídicos en conflicto: el derivado de la necesaria tutela del derecho fundamental a la libertad de conciencia y el representado por la obligación jurídica a cuyo cumplimiento se objeta. El tema es demasiado complejo para despacharlo de manera breve. Me remito, para un estudio pormenorizado, tanto conceptual como casuístico, a R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Porrúa, México, 2012.

[27] *Refah Partisi y otros c.Turquía,* 31 julio 2001 (Sala) y 13 febrero 2003 (Gran Sala).

[28] Esas sentencias han sido objeto de no pocas críticas, por su evaluación de la evidencia de hecho, y sobre todo por algunas simplistas alusiones del Tribunal al islam, con implícitos juicios de valor peyorativos sobre el carácter discriminatorio, e incluso violento, de su ley religiosa, que fácilmente podían ser interpretadas como transmitiendo el mensaje de que es imposible ser, al mismo tiempo, un creyente musulmán y un verdadero demócrata. Para un comentario sobre *Refah Partisi*, que es además una de las sentencias más importantes del Tribunal de Estrasburgo en materia de disolución de partidos políticos, vid. C. EVANS-C.A. THOMAS, *Church-State Relations in the European Court of Human Rights*, en "Brigham Young University Law Review" (2006), 709-713; y los capítulos escritos, respectivamente, por J. GADIROV, L. LEHNHOF, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, A.E. MAYER Y C. MOE en el volumen colectivo W.C. DURHAM-R. TORFS-D.M KIRKHAM-C. SCOTT (eds.), *Islam, Europe and Emerging Legal Issues*, Ashgate, Aldershot, 2012, págs. 209 y ss.

[29] *Kalifatstaat c.Alemania*, decisión sobre la admisibilidad de la Solicitud Nº 13.828/04, 11 diciembre 2006.

A tenor del principio de neutralidad, la actuación del Estado en relación con la religión debe ser, sobre todo, una actuación de carácter jurídico; es decir, una actuación definida de manera precisa por el derecho, dejando a los poderes públicos un escaso margen de discrecionalidad, para evitar que, en la práctica, su actuación discrecional pueda llevar a emitir juicios de valor acerca de doctrinas o costumbres religiosas. Además, el Estado, y su ordenamiento jurídico, se comprometen a permanecer inactivos en tanto una doctrina no se traduzca en actuaciones concretas, individuales o colectivas, que entren en conflicto con los valores esenciales que inspiran el orden jurídico, en especial el constitucional. En otras palabras, para el Estado no hay religiones falsas ni tampoco religiones malas; solo hay religiones que, en determinados aspectos, pueden resultar ilegales en tanto que actúan antijurídicamente.

Aún así, pienso que el Estado, a los efectos de la cooperación estatal con la religión, podría tomar en consideración la falta de compatibilidad entre los aspectos morales de una religión o creencia y los valores esenciales del ordenamientos jurídico -especialmente los relativos al orden constitucional y al respeto de los derechos fundamentales- incluso si no se han traducido en actos ilegales que requieran represión jurídica. Quiero decir que el Estado puede introducir criterios selectivos de cooperación con las confesiones religiosas, derivados de su aceptación o no de determinados valores que poseen una particular importancia para la vida de una sociedad democrática: por ejemplo, la igualdad entre todos los seres humanos con independencia de su sexo, raza o creencia; o la necesidad de respetar las convicciones de los demás, sin imposición alguna. A mi modo de ver, sería legítima una negativa del Estado a cooperar institucionalmente con confesiones religiosas (o con organizaciones ideológicas no religiosas), cuyos principios morales sean incompatibles con esos valores fundamentales del orden jurídico y social.

Me refiero, naturalmente, a situaciones de estricta incompatibilidad, y no al contraste con meras normas jurídicas ordinarias, respecto de las cuales hay una obligación general de cumplimiento, pero no de adhesión. De otra manera, el Estado se transformaría en una suerte de "gran inquisidor" que impondría su propia ética hasta en los menores detalles, aherrojando así, de hecho, la libertad de elección moral de personas y grupos, que forma parte integral de su libertad de religión y de creencia.

La cuestión se planteó hace años en Alemania a propósito de si debía reconocerse a los Testigos de Jehová el estatus de corporación de derecho público, en términos similares a los que regían para la Iglesia Católica y la Evangélica, a pesar de su discrepancia respecto de ciertas normas jurídicas y de notables aspectos de la organización del Estado. El Tribunal Constitucional Federal concluyó que sería discriminatorio negarles ese estatus por causa de sus creencias, y que no podía exigirse a una confesión religiosa una fidelidad al Estado (*Staatstreue*) que fuera más allá de la mera fidelidad al derecho (*Rechtstreue*).[30]

Neutralidad del Estado y autonomía religiosa

Antes, aludí brevemente a que la neutralidad implica el reconocimiento de la *recíproca autonomía de Estado y religión*. Con la consecuencia de que toda injerencia del Estado en la autonomía religiosa colectiva o en la libertad de conciencia individual, debe reducirse a un mínimo, y su necesidad ha de justificarse de forma clara. No se olvide que la neutralidad ha de concebirse no como un fin en sí mismo, sino como un *medio* para garantizar y facilitar el ejercicio de la libertad religiosa y de creencias por todas las personas y grupos en igualdad de condiciones.

Esa autonomía recíproca entre Estado y religión implica la aceptación de lo que se ha llamado un "sistema de fronteras", entre esas dos dimensiones -material y espiritual, respectivamente- de la sociabilidad

[30] La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán data de 19 diciembre 2000 (BverfGE 102, 370 N° 17). Vid. a este propósito, entre la doctrina jurídica alemana, A. HOLLERBACH, *Anmerkung*, en JZ *(Juristen Zeitung)* 1997, págs. 1117-1119; G. ROBBERS, *Sinn und Zweck der Körperschaftsstatus im Staatskirchenrecht,* en Festschrift für Martin Heckel, Mohr Siebeck, Tübingen 1999, págs. 411-425; C. HILLGRUBER, *Der Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften. Objektives Grundverhältnis oder subjektives Grundrecht, en NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht)* 2001, págs. 1347-1355; S. KORIOTH, L*oyalität im Staatskirchenrecht? Geschriebene und ungeschriebene Voraussetzungen des Körperschaftsstatus nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV, en Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur*, Duncker & Humblot, Berlin 1999, págs. 221-245. Más recientemente, un planteamiento análogo ha inspirado algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el tratamiento fiscal de los Testigos de Jehová en Austria: *vid. Jehovas Zeugen in Österreich c.Austria, 25 septiembre 2012; Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and others c.Austria*, 31 julio 2008.

humana, que tiene su origen en el dualismo cristiano[31], a su vez inspirado por la frase evangélica "dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios".[32] La delimitación concreta de la frontera puede variar a lo largo de la historia y, de hecho, ha variado; incluso, hasta la traición misma del principio, como en las formas del Cesaropapismo o del Hierocratismo medieval; pero la idea de la frontera ha permanecido firme en la conciencia política de Occidente. Naturalmente, donde hay fronteras, es previsible que puedan surgir incidentes fronterizos, y estos sin duda han surgido también en los últimos años, en un escenario caracterizado, por un lado, por iglesias o comunidades religiosas que pugnan por mantener su identidad propia y, por otro, por un Estado, cuya legislación tiende a entrometerse en espacios que, en otros tiempos, quedaban reservados a la autonomía privada de la voluntad.

No se trata de situaciones de fácil solución, pues el respeto de la autonomía religiosa ha de conciliarse con la garantía de otros derechos fundamentales. Resultado de ello es la incertidumbre en que se mueve buena parte de los sistemas jurídicos contemporáneos, de la cual es muestra significativa alguna jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, en años recientes, puede observarse en el Tribunal, junto a la ya aludida afirmación de la autonomía religiosa -y correlativamente del deber de abstención del Estado- en situaciones de conflicto intra o interreligioso, una tendencia paralela a reducir, e incluso invadir, otros aspectos del derecho de autonomía de las comunidades religiosas. Esto ha sucedido sobre todo cuando dicha autonomía se despliega en relaciones con personas individuales en ámbitos en que el Estado afirma igualmente tener un interés legítimo: concretamente en el ámbito de las relaciones de trabajo.[33]

No es este el lugar adecuado para un análisis pormenorizado de esa jurisprudencia[34], pero vale la pena hacer alguna sumaria referencia.

[31] Vid. R. NAVARRO-VALLS Y R. PALOMINO, *Estado y religión. Textos para una reflexión crítica*, Ariel, Madrid 2000, págs. 10 y ss.
[32] Lucas 20:25.
[33] Puede verse, sobre esta compleja temática, el reciente estudio comparativo de S. CAÑAMARES, *Churches, Religious Autonomy, and Employment Law in Spain, the European Court of Human Rights, and the United States, en "Journal of Church and State"*, 56 (4), (2014); en él, pueden encontrarse ulteriores referencias.
[34] Me remito, en este punto, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La convivencia entre religiones en la jurisprudencia de Estrasburgo*, en I. ZUANAZZI (ed.), *Da Costantino ad oggi: la libera convivenza delle religioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli,

Así, sorprende la actitud del Tribunal de Estrasburgo en dos sentencias de 2010, a propósito de demandas contra Alemania, *Obst y Schüth*[35], en las que se alegaba el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). Ambas se referían a situaciones análogas: el despido de un trabajador sobre la base de que había incurrido en comportamientos que sus empleadores eclesiásticos consideraban una grave violación de las normas morales de la iglesia en cuestión. En *Obst*, se trataba del director de relaciones públicas de la Iglesia Mormona, despedido por mantener una relación adúltera. En *Schüth*, el demandante trabajaba como organista y director de coro de una parroquia católica y había sido despedido después de hacerse pública su relación afectiva extramarital con una mujer distinta de su esposa, de la cual se había separado. En los dos casos, los tribunales alemanes -haciendo uso de una consolidada doctrina constitucional ratificada por Estrasburgo[36]- consideraron que los despidos estaban justificados por el incumplimiento del deber de lealtad de los empleados con sus respectivos empleadores eclesiásticos, manifestado mediante una conducta moral impropia, cuya gravedad y efectos negativos para la misión espiritual de la iglesia que solo esta podía determinar.

Curiosamente, sin embargo, en *Schüth* el Tribunal Europeo falló a favor del demandante, mientras que, en *Obst*, falló en su contra. Lo preocupante es que, en ambas sentencias, el Tribunal venía a exigir que la jurisdicción del Estado, utilizando sus propias coordenadas y escala de valores, supervisara y, en su caso, corrigiera la apreciación de la iglesia respectiva, tanto sobre el significado del puesto profesional en cuestión, así como sobre el impacto negativo que la conducta sexual del empleado

2015, especialmente págs. 172 y ss.

[35] *Schüth c.Alemania y Obst c.Alemania,* ambas de 23 septiembre 2010, y falladas a la luz del derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). Un interesante comentario sobre este tipo de casos, y cuál sería el modo adecuado de abordarlos desde la perspectiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando esas sentencias aún no se habían dictado, puede verse en G. ROBBERS, *Church Autonomy in the European Court of Human Rights: Recent Developments in Germany*, en "Journal of Law and Religion" 26 (2010-2011), págs. 281-320.

[36] Se trataba de la decisión de inadmisibilidad *Rommelfänger c.Alemania*, decisión sobre la admisibilidad de la Solicitud Nº 12.242/86, 6 septiembre 1989. El demandante era un ginecólogo, que trabajaba para un hospital católico, y que había criticado públicamente la doctrina de la Iglesia Católica sobre las políticas estatales en materia de aborto voluntario. La Comisión Europea de Derechos Humanos entendió que no había apariencia alguna de violación del Convenio.

pudiera tener en la misión espiritual de la iglesia. De hecho, el diverso resultado final de esas dos sentencias parece fundarse, entre otras cosas, en que el propio Tribunal Europeo llegaba a la conclusión de que el puesto de organista en una parroquia católica no era tan importante como el de relaciones públicas en una iglesia minoritaria y que, en el primero, no podía exigirse con tanto rigor una conducta moral adecuada a los principios del catolicismo.[37]

Ya anteriormente, la cuestión del conflicto entre las opciones personales de un empleado y las normas o doctrina de su empleador eclesiástico había aflorado en Estrasburgo en el caso *Lombardi Vallauri*[38], relativo a la falta de renovación del contrato docente de un conocido profesor de filosofía del derecho por parte de la Universidad Católica de Milán, siguiendo las instrucciones –vinculantes- de la Congregación para la Educación Católica. En esta ocasión, el problema no consistía en una conducta moral impropia, sino en la impartición de una docencia que las autoridades eclesiásticas competentes habían estimado contraria a la doctrina católica y, por tanto, al ideario de la Universidad del *Sacro Cuore.* El Tribunal Europeo falló a favor del demandante sobre la base especialmente de una cuestión procedimental: la falta de motivación explícita y clara de la decisión de la autoridad académica que disponía la no renovación del contrato y la ausencia de canales procesales -eclesiásticos y civiles-, a través de los cuales el profesor afectado pudiera hacer valer su causa y reclamar contra esa decisión. Curiosamente, la propia sentencia reconoce que, en ningún caso, la jurisdicción nacional -ni, claro está, la de Estrasburgo- habría podido entrar a juzgar el fondo de la decisión eclesiástica o a discutir si realmente existía contradicción entre las enseñanzas de Lombardi Vallauri y la doctrina católica.[39]

Posteriormente, en las sentencias *Siebenhaar*[40], *Sindicatul "Păstorul Cel Bun"*[41] y *Fernández Martínez*[42], el Tribunal de Estrasburgo ha vuelto

[37] Vid. *Schüth, § 69, y Obst*, § 48.
[38] *Lombardi Vallauri c.Italia*, 20 octubre 2009.
[39] Cfr. *Lombardi Vallauri*, §§ 50 y 52. Vid. también la opinión discrepante del Juez Cabral Barreto, § 3.
[40] *Siebenhaar c.Alemania*, 3 febrero 2011. La demandante era una mujer, bautizada católica, que trabajaba como maestra en un jardín de infancia protestante, al mismo tiempo que ocultaba su vinculación activa con una comunidad religiosa llamada "Iglesia Universal/Fraternidad de la Humanidad".
[41] *Sindicatul "Păstorul Cel Bun" c.Rumanía*, 9 julio 2013 (Gran Sala). La sentencia abordaba la cuestión de si la negativa del gobierno a inscribir un sindicato de

sobre cuestiones relativas a la autonomía religiosa y sus posibles conflictos con otros derechos fundamentales reconocidos por el Convenio Europeo. Aunque en esas tres sentencias el fallo del Tribunal ha sido a favor de la autonomía religiosa, es significativo hacer notar que el esquema argumental ha sido el mismo: el Tribunal Europeo ha ponderado la autonomía de las religiones frente a derechos individuales de personas que libremente trabajaban para iglesias, contemplando la posibilidad de que esos derechos individuales fueran predominantes, en asuntos que innegablemente son esenciales para la identidad de una institución religiosa, y superponiendo su propio juicio al de la entidad eclesiástica en materia indudablemente religiosa, como es la importancia que posee para esa entidad eclesiástica una determinada infracción de norma o doctrina. También, es muy significativo que, en la sentencia *Fernández Martínez*, haya habido un elevado número de opiniones disidentes entre los miembros de la Gran Sala[43], teniendo en cuenta que se trataba de un caso, a mi entender, muy claro, en el que la tutela de la autonomía religiosa ofrecía pocas dudas, pues el demandante en cuestión ejercitaba una función estrictamente eclesiástica, como es el *munus docendi*, con sujeción al derecho canónico. El demandante era un ex sacerdote católico, casado civilmente y vinculado a un movimiento a favor del celibato opcional, a quien el obispo no había renovado el permiso eclesiástico para enseñar religión católica en colegios públicos tras el decreto de la Santa Sede disponiendo su secularización: al no poder serle renovado por el Estado su contrato de docente de religión, alegaba violación de su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

clérigos de la Iglesia Ortodoxa Rumana, no autorizado por su obispo, violaba el derecho a la libertad de asociación (art. 11 CEDH).

[42] *Fernández Martínez c.España*, 12 junio 2014 (Gran Sala, confirmando la sentencia de Sala de 15 mayo 2012). Para un análisis de la sentencia de Sala desde una perspectiva española, vid. los trabajos de J.M. COELLO DE PORTUGAL, La jurisprudencia europea sobre profesores de religión, y M.J. VALERO ESTARELLAS, *La jurisprudencia europea sobre profesores de religión* (La autonomía institucional de las confesiones religiosas), ambos en I. CANO RUIZ (ed.), *La enseñanza de la religión en la escuela pública*, Comares, Granada, 2014, págs. 187-206 y 207-220, respectivamente.

[43] En *FERNÁNDEZ MARTÍNEZ* la sentencia de Gran Sala se adoptó por mayoría de un solo voto (9 contra 8).

Neutralidad del Estado y simbología religiosa en lugares públicos

Otra de las cuestiones que más atención ha atraído en tiempos recientes, tanto en la doctrina jurídica como en el ámbito mediático, es la presencia de símbolos religiosos en lugares públicos, uno de cuyos ejemplos emblemáticos es la presencia de crucifijos en colegios públicos.[44] Desde la aproximación conceptual a la neutralidad del Estado que se ha realizado aquí, y tomando en cuenta que la neutralidad religiosa del Estado -desde una perspectiva internacional- está íntima e inextricablemente conectada con la protección de la libertad religiosa y de creencias, puede concluirse que: *la presencia visible de símbolos religiosos en espacios públicos no es, en sí misma, contraria a los derechos humanos, siempre que no exista coerción o adoctrinamiento de personas*.[45]

Entiendo la afirmación anterior en el más estricto de los sentidos y, por ello, debo añadir dos matices que clarifiquen su significado.[46]

En primer lugar, en el plano *nacional*, debe aceptarse que el tribunal constitucional de un país pueda llegar a la conclusión de que la presencia visible de símbolos religiosos en ciertas instituciones públicas -por ejemplo, centros educativos, salas de justicia, parlamentos u oficinas municipales- es contraria a los principios constitucionales que definen las relaciones entre Estado y religión en ese concreto país. Por el contrario,

[44] Este tema ha sido objeto de un apasionado debate en algunos países europeos desde mediados de los años noventa del siglo pasado. Para ulteriores detalles y referencias, en el contexto de debates análogos que han tenido lugar en otros países europeos y americanos, vid. R. NAVARROVALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, Conflictos entre conciencia y ley..., cit. en la nota 26, págs. 374-393. Para una fuente útil de documentación sobre la cuestión del crucifijo en Italia, con interesantes análisis académicos escritos desde diversas perspectivas, vid. A.G. CHIZZONITI (ed.), *La questione del "crocifisso"*, en la página web *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*:
http://www.olir.it/areetematiche/75/index.php (último acceso: 5 enero 2015).

[45] El factor de coerción estaba presente, por ejemplo, en el caso *Buscarini y otros c. San Marino*, 18 febrero 1999, en el cual el Tribunal de Estrasburgo sostuvo que exigir a miembros del Parlamento recién elegidos que jurasen lealtad a la Constitución sobre los Evangelios, bajo pena de perder su escaño parlamentario, iba en contra del art. 9 CEDH.

[46] Me remito, para ulteriores detalles y referencias en esta compleja temática, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Símbolos religiosos institucionales, neutralidad del Estado y protección de las minorías en Europa*, en "Ius Canonicum" 54 (2014), págs. 107-144. Vid. también R. PALOMINO, *Neutralidad del Estado*…, cit. en nota 2, págs. 195 y ss.

a nivel *internacional*, ningún tribunal es competente para adoptar decisiones que impliquen la interpretación de tales principios constitucionales, pues este es dominio propio y exclusivo de las jurisdicciones nacionales.

En segundo lugar, ha de quedar claro que no estoy analizando aquí si la presencia visible de símbolos religiosos en espacios o instituciones públicos es mejor o peor con vistas a fomentar el respeto y entendimiento mutuo entre religiones y creencias en un entorno que intenta diseñarse de manera plural. Abordar seriamente ese análisis requeriría numerosas e importantes distinciones, incluyendo los diferentes tipos de espacios públicos o instituciones, así como los diversos contextos nacionales; y haría necesario, también, detenerse a estudiar cuestiones complejas que nos llevarían lejos del objeto del presente trabajo. Lo que quiero subrayar es que, *si no hay coerción o adoctrinamiento*, no es a los tribunales -y menos aún a los tribunales internacionales- a quienes corresponde decidir acerca de la presencia de símbolos religiosos en el espacio público. En un sistema democrático, la decisión acerca de la presencia de símbolos forma parte de las políticas públicas y es, por lo tanto, competencia de otros poderes del Estado.

Además, en esa clase de decisiones -que son, frecuentemente, adoptadas a nivel local- se ven implicadas cuestiones que no son susceptibles de soluciones sencillas. La tradición tiene aquí un papel no desdeñable y, sin duda, colocar *ex novo* un símbolo religioso no es lo mismo que dejarlo en el lugar donde ha estado durante siglos; en un contexto como el occidental, en que la tradición religiosa cristiana ha influido notablemente en la conformación de la esfera pública, tanto el mantenimiento como la remoción de un símbolo religioso tienen un significado, ninguno de los cuales puede ser ignorado al tomar la decisión correspondiente. Todo ello sin olvidar que las perspectivas parciales o sesgadas en esta materia tan sensible son normalmente injustas y que los poderes públicos deben tener en cuenta una pluralidad de intereses.

En todo caso, conviene no perder de vista que la función de los tribunales no es reemplazar a las autoridades competentes en este tipo de asuntos. Los tribunales deben limitarse a estar atentos para comprobar que las decisiones adoptadas por las autoridades competentes no han vulnerado ningún derecho. Y, si juzgan que se ha producido una viola-

ción de la libertad religiosa y de creencias, deben basar su juicio sobre un sólido material probatorio -que en este caso, repito, implica comprobar la existencia de coacción o adoctrinamiento de personas-.

El error del Tribunal de Estrasburgo en la sentencia de sala del conocido caso *Lautsi*[47] o "caso del crucifijo" fue, precisamente, dar por sentado que la mera presencia visible de un símbolo religioso tradicional en los colegios públicos de Italia -el crucifijo- constituía una vulneración de la libertad religiosa de los estudiantes que se oponían a ese símbolo, así como de los derechos los padres reconocidos por el art. 2 del Primer Protocolo al Convenio Europeo de Derechos Humanos.[48] Para el Tribunal

[47] *Lautsi c.Italia*, 3 noviembre 2009. De entre la enorme cantidad de literatura jurídica generada por este caso, vid., desde diferentes perspectivas, y con referencia al juicio de la Sala, P. ANNICCHINO, *Is the glass half empty or half full? Lautsi v. Italy before the European Court of Human Rights*, en "Stato, Chiese e Pluralismo confessionale" (mayo 2010), págs. 1-19 (www.statoechiese.it); S. CAÑAMARES ARRIBAS, *La cruz de Estrasburgo en torno a la sentencia Lautsi v. Italia*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico" 22 (2010), págs. 1-13; N. COLAIANNI, *Il crocifisso in giro per l'Europa: da Roma a Strasburgo (e ritorno)*, en "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado" 24 (2010), págs. 1-26; S. MÜCKL, Crucifijos en las aulas: ¿lesión a los derechos fundamentales?, en "Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado" 23 (2010), págs. 1-15 (comparando *Lautsi* con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania); D. RANIERI, *Notable reacción europea ante otro intento laicista. El crucifijo en las escuelas italianas y la Corte de Estrasburgo*, en "Prudentia Iuris" 68-69 (2010), págs. 247-280; H.H. WEILER, *Crucifix in the Classroom Redux*, en "European Journal of International Law", 21-1 (2010), págs. 1-6.

[48] Este es el texto del art. 2 del Protocolo Adicional al CEDH: "A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a garantizar que esa educación y enseñanza es conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas". Como es sabido, el caso *Lautsi* fue la consecuencia de un apasionado debate público y jurídico en Italia durante la pasada década respecto a la presencia de crucifijos en las aulas de los colegios públicos. La demandante fue la madre de dos estudiantes de un colegio público (los cuales tenían 13 y 11 años en aquel momento) que había reclamado sin éxito a la dirección del colegio que retirase los crucifijos de las aulas -la Ley italiana prescribe que debe haber un crucifijo en la pared de las clases de los colegios públicos-. La madre argumentaba que la presencia de aquel símbolo religioso iba en contra del principio constitucional de secularidad (*laicità*), en el cual a ella deseaba educar a sus hijos. Una sala del Tribunal de Estrasburgo falló de manera unánime a favor de la demandante, considerando que se había cometido una violación del art. 2 del Primer Protocolo del Convenio Europeo, en conexión con el art. 9 CEDH. La sentencia, sin embargo fue, revocada en apelación por la Gran Sala del Tribunal: *Lautsi c.Italia* (Gran Sala), 18 marzo 2011.

Europeo, el crucifijo constituía un símbolo religioso "fuerte", con un impacto potencialmente importante sobre los alumnos jóvenes. De ahí que -en opinión del Tribunal- su presencia en las instalaciones del colegio pudiera suponer una perturbación para algunos estudiantes, además de incompatible con la neutralidad religiosa que debe caracterizar el entorno de la educación pública.[49] Naturalmente, la consecuencia lógica de dicha argumentación sería la remoción de los crucifijos de todos los colegios públicos en Italia (y probablemente también de cualquier otro país miembro del Consejo de Europa). Esta construcción jurisprudencial está implícitamente fundada sobre una neutralidad que es concebida como *exclusión de la religión* del espacio público, al menos en el entorno educativo. Tal concepción de la neutralidad estatal es, en principio, una opción legítima, pero no es la única; y no son los tribunales -y aún menos el Tribunal Europeo- quienes deben imponer sus propias opiniones en asunto tan delicado.

En última instancia, al establecer como obligatoria una determinada concepción de la neutralidad religiosa, la sentencia *Lautsi I* aceptaba como axiomática una discutible distinción entre creyentes y no creyentes, situando implícitamente a los segundos en el ámbito del pensamiento racional y a los primeros en el ámbito de la creencia no racional. Desde este punto de partida, el lógico corolario es que los símbolos de una concreta religión no tenían cabida en la educación pública. A este propósito, no es ocioso hacer notar que una parte importante del razonamiento del Tribunal Europeo en *Lautsi I* viene a reproducir los argumentos del propio Tribunal en el caso *Leyla Şahin;* y, en otros casos, en los que se ha optado por un análogo planteamiento restrictivo respecto al uso del velo islámico o de otras prendas de significación religiosa.[50] Una de las razo-

[49] Vid. especialmente *Lautsi I, § 57*.

[50] Vid. *Leyla Şahin c. Turquía*, 29 junio 2004 (sentencia de Sala), y *Leyla Şahin c. Turquía*, 10 noviembre 2005 (sentencia de la Gran Sala). Para algunos comentarios y análisis sobre este caso, de entre la inmensa cantidad de literatura juridical a que ha dado lugar, vid. los capítulos escritos, respectivamente, por T.J. GUNN, N. HOSTMAELINGEN, T. LINDHOLM, J. MARTÍNEZ-TORRÓN Y I.T. PLESNER en el volumen *Islam, Europe and Emerging Legal Issues,* cit. en la nota 28; N. LERNER, *How Wide the Margin of Appreciation? The Turkish Headscarf Case, the Strasbourg Court, and Secularist Tolerance*, en "Willamette Journal of International Law and Dispute Resolutions" 13 (2005), págs. 65-85; B. CHELINI-PONT-E. TAWIL, *Brèves remarques sur l'arrêt Leyla Sahin*, en "Annuaire Droit e Religions", 2 (2006-2007), págs. 607-611. Otros casos importantes en Estrasburgo

nes alegadas para justificar las políticas públicas que -en Turquía y en otros países- restringían la utilización de prendas de vestir de carácter y significado religiosos era que tales expresiones de religiosidad podrían conducir a tensiones, o a 'presión' sobre otros estudiantes. *Lautsi I,* al igual que las sentencias del Tribunal sobre velo islámico, transmite implícitamente el mensaje de que la ausencia de elementos religiosos visibles, al menos en los colegios públicos, es una consecuencia obligada y necesaria de la neutralidad del Estado como garantía de la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Lo anterior significa, a su vez, que la religión parece ser considerada como factor potencial de conflicto, fácilmente abocada a producir confrontación. De ahí que, desde esa perspectiva -a mi entender errónea- lo mejor sea eliminar sus rasgos visibles, identificando la neutralidad del Estado con un derecho individual a crear entornos libres, no "contaminados" de religión.

Por otro lado, no se entiende muy bien cómo una tal concepción de la neutralidad estatal -en lo relativo tanto a símbolos personales como institucionales- puede contribuir a construir ese entorno educativo pluralista y objetivo al que se refiere el Tribunal Europeo en *Lautsi I*[51], pues con la eliminación de la visibilidad de lo religioso, se oculta una parte importante de ese pluralismo y se crea un ambiente escolar ficticio, separado de la vida real, que es mucho más compleja y variada.[52] Tal am-

relacionados con el pañuelo islámico o con vestimentas religiosas similares son: *Dogru c.Francia, y Kervanci c.Franci*a, ambos de 4 diciembre 2008; *Dahlab c.Suiza*, decisión sobre la admisibilidad de la Solicitud Nº 42.393/98, 15 febrero 2001; *Köse y 93 otros demandantes c.Turquía*, decisión sobre la admisibilidad de la Solicitud Nº 26.625/02, 24 enero 2006; *Kurtulmus c.Turquía,* decisión sobre la admisibilidad de la Solicitud Nº 65.500/01, 24 enero 2006; y otras seis decisiones inadmisibilidad, prácticamente idénticas, de 30 junio 2009: *Aktas c.Francia*, Solicitud Nº 43.563/08, *Bayrak c.Francia*, Solicitud Nº 14.308/08, *Gamaleddyn c.Francia*, Solicitud Nº 18.527/08; *Ghazal c.Francia*, Solicitud Nº 29.134/08, *Jasvir Singh c.Francia*, Solicitud Nº 25.463/08, y *Ranjit Singh c.Francia*, Solicitud Nº 27.561/08 (esas seis decisiones se referían a recursos por parte de estudiantes que habían sido sancionados como consecuencia de la aplicación de la ley francesa de 2004 que prohíbe los símbolos religiosos personales "ostensibles" en los colegios públicos; cuatro de ellos eran jóvenes musulmanas que llevaban hijab, y dos eran varones sij que llevaban un keski, una prenda más discreta que se lleva debajo del turbante característico de los sijs). Un análisis de esos casos puede encontrarse en R. NAVARRO-VALLS-J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley…*, cit. en la nota 26, págs. 317 y ss.

[51] Vid. *Lautsi I, § 47.c)*.

[52] Vid. al respecto M.D. EVANS, *Manual on the wearing of religious symbols in*

biente escolar no es en absoluto neutral, pues objetivamente parece transmitir el siguiente mensaje subliminal: la religión tiene su lugar fuera de la escuela, pero dentro no es admisible porque es conflictiva; con la natural e implícita consecuencia de que el ateísmo o agnosticismo son situados en el extremo opuesto, es decir, como no conflictivos.

Afortunadamente, la Grand Chamber del Tribunal de Estrasburgo revocaba la sentencia de sala año y medio después.[53] En *Lautsi II*, el TEDH rechazaba que la noción de neutralidad del espacio público propuesta por la sala fuera la única aceptable, y subrayaba que la neutralidad puede lograrse también mediante un entorno escolar inclusivo: abierto, por tanto, hacia las expresiones visibles de religiones u otras filosofías de vida, tanto mayoritarias como minoritarias.[54] Según la Gran Sala del Tribunal, la decisión acerca de, si deben o no exhibirse símbolos religiosos en los espacios comunes de las escuelas públicas, cae dentro del legítimo margen de apreciación del Estado. El Tribunal Europeo no pretendía en

public areas, Council of Europe-Martinus Nijoff, Leiden 2008, especialmente págs. 59 y ss. y 89 y ss.

[53] *Lautsi c.Italia* (Gran Sala), 18 marzo 2011. El caso Lautsi ha sido -y continúa siendo- objeto de análisis académico desde muy diversas posiciones. Vid., entre la bibliografía italiana, tras el fallo de la Grand Chamber, desde distintas perspectivas: V. TURCHI, *La pronuncia della Grande Chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi C. Italia: post nubila Phoebus*, en "Stato, Chiese e pluralismo confessionale" (octubre 2011), donde se pueden encontrar abundantes referencias bibliográficas, especialmente en relación con la literatura jurídica italiana; y P. RONCHI, *Crucifixes, Margin of Appreciation and Consensus: The Grand Chamber Ruling in Lautsi v Italy*, en "Ecclesiastical Law Journal" 13 (2011), págs. 287-297. Vid. también, para una comparación sobre los respectivos planteamientos de Estrasburgo y de Estados Unidos en materia de símbolos religiosos institucionales, J. WITTE, JR.-N.L. AROLD, "*Lifth High the Cross*"*? Contrasting the New European and American Cases on Religious Symbols on Government Property*, en "Emory International Law Review" 25 (2011), págs. 5-55; y un comentario crítico de Lautsi II, a la luz de la legislación canadiense y analizando la jurisprudencia europea desde una perspectiva socio-cultural, L. BEAMAN, *Battles over Symbols: The "Religion" of the Minority versus the "Culture" of the Majority*, en "The Journal of Law and Religion" 28 (2012-2013), págs. 67 y ss. En España, vid. I. MARTÍN SÁNCHEZ, *El caso Lautsi ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado" 28 (2012), págs. 215-252; S. CAÑAMARES ARRIBAS, *Los símbolos religiosos en el espacio público: entre la amenaza real y la mera sospecha*, en "El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho" 20 (abril 2011), págs. 60-67; S. MESEGUER VELASCO, *Símbolos religiosos en colegios públicos: ¿hacia dónde camina la jurisprudencia europea?*, en "Anuario Jurídico Villanueva", 5 (2011), págs. 202-213.

[54] Vid. especialmente *Lautsi II*, §74.

Lautsi II manifestar acuerdo o desacuerdo alguno con las políticas del gobierno italiano o con la legislación de Italia sobre los crucifijos en las escuelas públicas. Su única función consistía en determinar si se había producido alguna violación de la libertad religiosa. Y el Tribunal concluía que Italia tenía derecho a elegir sus propios símbolos públicos; y que, en ausencia de coacción, intolerancia o adoctrinamiento de quienes tienen otras creencias, la jurisdicción de Estrasburgo no podía injerirse en las opciones que, de conformidad con el proceso legislativo democrático, hubiera adoptado legítimamente el gobierno italiano.

Reflexiones finales: neutralidad del Estado, principio de igualdad y pluralismo religioso

Desde una perspectiva funcional, la neutralidad religiosa del Estado tiene importantes consecuencias para la comprensión del principio de igualdad, cuya importancia como principio estructurador de los derechos fundamentales ha ido acrecentándose desde las últimas décadas del siglo XX.

En su acepción *negativa,* igualdad equivale a no discriminación[55] y, aunque conceptualmente diversa, la igualdad se encuentra de alguna manera subsumida en la neutralidad. En efecto, ya dije que, en virtud de la neutralidad, el ordenamiento jurídico ha de considerarse a sí mismo incompetente para enjuiciar el contenido de las opciones religiosas e ideológicas, en tanto estas no se traduzcan en acciones externas o en la difusión de doctrinas morales que traspasen los linderos de la legalidad o de los valores que a esta inspiran. De ahí, se deriva que, en principio, y mientras no se produzca esa colisión, el derecho estatal debe evitar distinciones contrarias -o favorables- entre las diferentes convicciones religiosas y no religiosas por razón de su mero contenido doctrinal. Y una actitud similar ha de presidir la actitud frente a las correlativas actuaciones en conciencia: no se tomará en consideración su eventual heterodoxia, respecto a las pautas éticas de conducta generalizadas, sino

[55] No es preciso insistir, por ser tema sobradamente conocido, en que el principio de igualdad jurídica -de manera general, y no solo con referencia al factor religioso- es entendido por la jurisprudencia constitucional comparada como exigencia de no discriminación (vid. al respecto, entre otros, y con referencia al derecho español, A. DE FUENMAYOR, *Alcance del principio constitucional de igualdad*, en "Persona y derecho", suplemento "Humana Iura", 2 (1992), págs. 245 y ss.).

únicamente sus consecuencias sociales, al ponerlas en conexión con otros intereses jurídicos presentes en las relaciones humanas que se trate de valorar.[56]

La neutralidad también aporta interesantes matices para la acepción positiva de la igualdad. A este propósito, buscando una superación de la igualdad meramente formal, parte de la doctrina jurídica ha insistido en la obligación que pesa sobre el Estado respecto al logro de la igualdad real en este campo.[57] De esa obligación, se ha inferido en ocasiones que a los poderes públicos corresponde no solo asegurar, sino también promover activamente la existencia de un pluralismo religioso e ideológico en la sociedad, que sería indispensable para un propugnado derecho a la libre formación crítica de la propia conciencia, el cual se concibe a su vez como parte integrante de la libertad de conciencia. Sin esa actividad de promoción -se afirma-, tal derecho no pasaría de ser una libertad solamente formal y quedaría privado de la posibilidad de hacerse efectivo. Tal empeño implicaría, entre otras cosas, una actitud de favor hacia el fortalecimiento de los grupos minoritarios -débiles frente a los más arraigados socialmente-, corrigiendo así las desigualdades "naturales" de la sociedad, que tienden por su propia inercia a perpetuarse y, por consiguiente, a impedir el efectivo desarrollo del pluralismo deseado.[58]

Con todo respeto para la opinión contraria, pienso que esas posiciones extralimitan la función promocional del Estado hasta un extremo poco deseable, que puede llegar incluso a ser incompatible con el principio de neutralidad. Y no es que me manifieste contrario a la función promocional respecto a las libertades fundamentales, pero me parece importante recordar que la neutralidad del poder civil en materia religiosa comporta atender exclusivamente a la relevancia social de las diferentes posiciones relativas a la religión o creencia. Requiere, por tanto, prescindir de cualquier valoración -positiva o negativa- y de cualquier

[56] Esta es, de nuevo, la cuestión de las objeciones de conciencia, antes aludida: vid. supra, nota 26.

[57] En España, esa argumentación ha pivotado sobre el fundamento normativo del art. 9.2 de la Constitución: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

[58] Para referencias doctrinales concretas sobre este punto, me remito de nuevo a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión, derecho y sociedad*, cit. en nota 2, págs. 184 y ss.

referencia al contenido de las opciones de pensamiento en sí mismas, sean religiosas o no -referencias y valoraciones que resultan insoslayables cuando lo que se pretende es, justamente, fomentar positivamente el pluralismo ideológico, en una suerte de *affirmative action* en materia religiosa e ideológica-.

La neutralidad prohíbe cualquier intervencionismo estatal de esa clase, aún motivado por el objetivo -en teoría legítimo- de hacer real la variedad de opciones ideológicas que contribuiría a la libre formación crítica de la conciencia individual. Y, correlativamente, exige que el Estado tampoco adopte una actitud pasiva, de simple abstención. Al contrario, necesita actuar, pero no para imponer un pluralismo artificioso, sino para garantizar el libre juego de las fuerzas sociales, sin cargas y sin privilegios. De ahí que, pese a lo paradójico que pueda resultar, la función promocional del poder civil, que es por *definición positiva*, debe ser entendida aquí en términos predominantemente *negativos*. Se trata de actuar positivamente para eliminar los obstáculos que puedan coartar la libre manifestación y expansión de los diferentes grupos religiosos e ideológicos. En suma, se trata de respetar el pluralismo realmente existente en la sociedad, dejando que sea la propia espontaneidad de la vida social la que determine el peso específico de unos y otros grupos.

Si se me permite la analogía, diría que la neutralidad determina que el Estado proteja la existencia de un "libre mercado de ideas y religiones", renunciando a un intervencionismo dirigido a modificar el panorama sociológico real con la pretensión de construir un pluralismo pretendidamente arquetípico. La intervención estatal no puede ir más allá de lo que demanda la protección del "consumidor" en el ámbito religioso (a semejanza de lo que ocurre en el ámbito económico); es decir, una actuación positiva encaminada a evitar la formación de monopolios que impidan la vitalidad de pequeños grupos; y también a eliminar, en lo posible, el riesgo de fraude por parte de grupos pseudo-religiosos. Esta última es, desde luego, cuestión mucho más delicada desde la perspectiva de la neutralidad. En efecto, el Estado podría mostrarse proclive, por presión política o social, a restringir indebidamente la actuación de grupos, cuya doctrina y praxis moral contrasta con las pautas sociales comúnmente admitidas, a pesar de no existir pruebas suficientes para calificar su actuación de antijurídica. El Estado, en ese caso, en lugar de custodio

de la libertad de los ciudadanos, terminaría por erigirse en guardián de un conservadurismo moral y religioso.

No parece casual, por lo demás, que las posiciones favorables a una intervención estatal destinada a la promoción activa del pluralismo tradicionalmente se hayan originado precisamente en Italia y España, con un marcado sesgo restrictivo de los que se concebían como privilegios de la Iglesia Católica. Y, además, dando por sentado frecuentemente que pluralismo y relativismo ético del Estado son ideas inseparables. Ciertamente, la mayoría social de una confesión no es argumento para otorgarle un trato jurídicamente privilegiado que sea contrario a la igualdad y a la neutralidad del Estado. Sin embargo, la neutralidad obliga, asimismo, a que el Estado respete la pluralidad de creencias realmente existente en una determinada sociedad -que indudablemente depende de sus propias circunstancias históricas- renunciando a crear artificiosamente un pluralismo que acaso se intentaría justificar teóricamente como más útil para la libre formación crítica de las conciencias, pero que en el fondo sería una forma velada de adoctrinamiento.[59]

De lo anterior, puede deducirse que, en mi opinión, resulta inadecuado intentar dotar al pluralismo de contenido sustantivo autónomo, pues, en un Estado que se defina neutral frente al hecho religioso, no parece que por pluralismo pueda entenderse algo distinto a que el derecho acepta, como una realidad positiva, que en la sociedad pueda producirse una diversidad de opciones religiosas e ideológicas, y una correlativa diversidad de organizaciones colectivas. El pluralismo, desde esta perspectiva, remite directamente a la idea misma de libertad; no sería sino el natural resultado del ejercicio de la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia, por parte de fuerzas sociales heterogéneas, y dentro del marco diseñado por los demás derechos fundamentales.

Es en ese sentido, es decir, como *efecto o reflejo de la libertad*, en el que puede considerarse -y es muy razonable hacerlo- que el pluralismo constituye un valor positivo en las sociedades democráticas contemporáneas[60]: porque implica dar por supuesto que, en una sociedad libre,

[59] En este aspecto ha insistido F. FINOCCHIARO, *Lo Stato e la formazione delle coscienze*, en el volumen colectivo *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Edersa, Madrid 1989, especialmente págs. 180 y ss.

[60] En Europea, el Tribunal de Estrasburgo ha venido insistiendo en el carácter esencial del pluralismo religioso desde 1993 (caso *Kokkinakis c.Grecia*, 25 mayo 1993, § 31), pero sin matizar suficientemente su relación con la libertad y con

existe necesariamente una pluralidad de posiciones religiosas y de creencias -una suposición, sin duda, muy realista-. Tal pluralidad será mayor o menor dependiendo de cada sociedad, pero el pluralismo es siempre un signo de libertad. Cuando no hay pluralismo puede decirse que no hay libertad real. Y cuando hay libertad, siempre hay algún grado de pluralismo y la posibilidad de su mayor desarrollo. Estas observaciones son verdaderas en cualquier contexto, pero hoy todavía más, dada la movilidad social inherente a la globalización.

las posibilidades de intervención del Estado.

Palabras de recepción del académico correspondiente en Perú

Espinoza Espinoza, Juan

La presentación estuvo a cargo del señor académico de número

POR MOISSET DE ESPANÉS, LUIS

Señor Presidente; señores académicos; señoras señores:

Procuraré que mi presentación sea breve; ya que en la resolución de la Academia, leída por Secretaría, se han mencionado sus obras, y algunos de los cargos que ocupó. Lo conocí cuando estaba acabando sus estudios de bachiller, hace un cuarto de siglo y él tenía en esa época 25 años. Era un joven inquieto, era un joven estudioso, que llegaba al título de abogado con ambiciones de estudio e investigación, que llegaba con la carga de no tener vinculaciones en la sociedad peruana que es muy cerrada, tener que abrirse camino en una sociedad difícil. Que llegaba con otra carga, que a veces choca; los maestros a veces nos conformamos mas con aquel que repite dócilmente lo que le hemos enseñado, y él era inquieto, pensaba, pensaba y disentía, y esto a veces a algunos de sus maestros no les causaba demasiada simpatía, considerándolo en ese instante casi un discípulo díscolo. Sin embargo el tiempo cura esas cosas; tuve oportunidad de conversar con él en esos años, cuando se iniciaba, y decirle: es tu maestro pese a todo, y hoy aquel maestro que al discípulo díscolo lo tenía un poco al margen porque prefería a aquellos otros que halagaban sus vanidades repitiendo con las mismas palabras lo que les enseñaba, a ese discípulo díscolo que lo ha visto crecer, que lo ha visto perfeccionarse y alcanzar las alturas de maestro propio y pensante, lo respeta y lo quiere, le ha devuelto la consideración que quizás en algún momento le negaba. Estas vicisitudes por las que ha pasado Juan Espinoza las he apreciado de cerca; sé lo que le ha costado, sé lo que ha luchado.

No se conformó con la enseñanza en Perú, pese a que Perú en ese momento estaba asistiendo a una renovación total de los estudios jurídicos en razón de que cinco años antes se había aprobado su nuevo código civil. Estudió en Italia, estudió idiomas, se vinculó con los mejores profesores de la materia. Tengo acá la primera edición de uno de sus libros; se lo prologa Guido Alpa, un maestro reconocido, que ya en ese momento aprecia de manera premonitoria los valores del joven autor, y hoy vemos que esa obra de responsabilidad civil, ¡va por la séptima edi-

ción! Los lectores peruanos han sabido reconocer y aquilatar los valores de Espinoza.

Desde ese momento, muchas han sido las actividades de Juan Espinoza; entre otras cosas, dirigió y tuvo a su cuidado la traducción al castellano de la obra de responsabilidad civil de Guido Alpa, que se ha publicado en Lima. En estos jóvenes 50 años, tiene cinco libros publicados, pues ha trabajado de manera ininterrumpida, desde su tesis doctoral que versó sobre los principios generales regulados en el título preliminar del Código peruano, hasta sus obras sobre personas, sobre responsabilidad civil y sobre los derechos del consumidor, que es uno de los problemas candentes que preocupan actualmente a los juristas en esta moderna sociedad de consumo, y que en algún momento lo llevan a INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia), donde durante mucho tiempo trabaja en la cuestión de derecho del consumo. Ha pasado también por el derecho registral, modernizado en Perú con la creación de la SUNARP (Superintendencia Nacional de los Registros Públicos), donde fue uno de los asesores en la primera etapa de la Institución, a fines del pasado siglo XX; y, en fecha más reciente, llegó a ocupar el cargo de Superintendente, aunque por escaso tiempo. ¿Cuál fue la razón por la cual ocupó ese cargo poco tiempo? Porque, lamentablemente, suele ocurrir que los ministros, abusando del poder político, piden a los funcionarios cosas que no corresponden, y él prefirió dejar el cargo antes que ceder y doblegarse frente a una imposición ministerial que quebrantaba la ley. Estos son valores, estos son valores reconocidos, y estos valores hacen que le tenga un hondo aprecio y respeto a la conducta de Juan Espinoza Espinoza.

Nuestra Academia reconoce a un hombre que, en sus 25 años de ejercicio profesional, ha honrado al Perú con sus obras de investigación, que las ha difundido, que procura obtener de sus alumnos excelencia. Esa excelencia que lleva a exigirles esfuerzo y preocupación. Si abrimos la primera edición de su obra sobre el acto jurídico negocial, leeremos en el prólogo unas palabras que les leeré: "dedico está investigación a todas aquellas alumnas y alumnos que se arriesgaron, arriesgan y se arriesgarán a llevar el curso de acto jurídico conmigo"; invoca en la conciencia la necesidad de imponerse exigencias, postura que sin duda al transcurrir el tiempo será reconocida por los alumnos, porque los alum-

nos al profesor que no les exige lo quieren mucho en ese momento, para aprobar la materia, pero años después se acuerdan del profesor que los exigió y los marcó con sus enseñanzas. Ese es Juan Espinoza Espinoza.

Y en lo vinculado con el tema que hoy se ha tratado en la Academia, en su obra de responsabilidad civil, hay unas páginas muy importantes dedicadas a la responsabilidad del estado, donde él advierte que lamentablemente en muchos países suele suceder que los abogados servidores del Estado suelen elaborar leyes especiales que tienden a aliviar la carga del Estado, olvidando que el Estado no está para beneficiarse, sino que está para servir a la sociedad y a cada uno de los hombres que la integran. En ese aspecto, desearía resaltar que, hace unos momentos, Julio Altamira reconoció que por encima de todo el Estado tiene como finalidad servir el bien común, pero que el bien común significa no dejar de indemnizar debidamente a quien ha sufrido un daño, incluso cuando ese daño se lo ocasionó el propio Estado.

Y Espinoza, en algunas de las páginas de su libro, al referirse a casos en los que pareciera no se concederse o reconocerse el daño moral, una interpretación adecuada de la ley debería hacer extensiva al Estado la reparación del daño moral que ha ocasionado.

Espinoza ilustra siempre sus obras con casos prácticos, brindando ejemplos de hechos sucedidos en su país, y a la solución que les ha dado la jurisprudencia, añade siempre su propia opinión, como debe ser la obra de un maestro. Este es el jurista que hoy recibimos, pero no debo extenderme más.

Originariamente, había pensado leer de manera más extensa lo que escribió hace algo más de una década sobre la responsabilidad del Estado, pero sería prolongar demasiado prolongar esta reunión, por lo que me limito a aconsejarles que lean lo que ha escrito sobre el tema, pues queda en la Biblioteca de la Academia la última edición de esa obra.

Los trabajos de Espinoza se han publicado no solamente en Perú (más de 200 artículos), sino también en Italia (Génova), y en Colombia, España, Argentina...

La figura de este hombre hoy se proyecta en todo el mundo jurídico iberoamericano, y yo le agradezco que haya aceptado acompañarnos como académico correspondiente.

La responsabilidad civil pre contractual

Espinoza Espinoza, Juan

"A gentlemen's agreement is an agreement
which is not an agreement, made between two persons,
neither of whom is a gentleman,
where by each expects the other to be strictly bound
without himself being bound at all"

Bloom v. Kinder, 38 TC 77 (1958)

Si bien la naturaleza del pacto de caballeros (justamente) no es jurídica, por cuanto las partes no entienden establecerla, las expectativas que se señalan en este epígrafe coinciden, en no pocas ocasiones, dentro del proceso de las tratativas.

I. Invocando inevitablemente a Jhering

Punto de partida necesario para cualquier estudio sobre la responsabilidad civil pre-contractual es el célebre ensayo de Rudolf von Jhering de 1860, cuya traducción sería "*Culpa in contrahendo* o del resarcimiento del daño en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse".[1] El mérito de esta obra es el de afrontar por primera vez de una manera sistemática este tema, tanto es que él acuña el nomen "culpa in contrahendo", nunca antes utilizado. Evidentemente, fue un trabajo revolucionario para la época y, por eso, es que debemos leerlo con ojos históricos. Estamos en un período de neta distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, así como de tributo a la culpa como eje central de la responsabilidad civil. El punto de partida de su investigación es la preocupación, en el caso de las tratativas, sobre quién asume los costos de un error que, posteriormente invalida el acto. Se pregunta: "¿la parte que ha cometido el error no responde de algún modo frente a la otra por los gastos ocasionados a esta por su propia culpa?"[2]; y se indigna exclamando: "¡la parte que está en culpa resta indemne y la parte a la cual no se le puede reprochar nada se convierte en víctima de la culpa ajena!".[3] Jhering pone una serie de ejemplos, como el caso de una persona que le pide a un amigo que compre ¼ de caja de puros; pero el amigo se con-

[1] Rudolf VON JHERING, *Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, en *Jhering Jahrbücher*, 1860.
[2] RUDOLF VON JHERING, op. cit., el ensayo ha sido traducido del alemán al italiano, por Federico PROCCHI, *Della culpa in contrahendo ossia del resarcimento del danno nei contratti non giunti a perfezione*, Jovene Editore, Napoli, 2005, pág. 5.
[3] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*

funde y le pide al comerciante 4 cajas de puros[4], o que se encarga, por telegrama, vender acciones, pero por error en la transmisión del telegrama, se indica comprar.[5] Advierte lo siguiente: "mi convicción que la vida no puede contentarse, en casos como este o en otros similares, con declarar la nulidad del contrato, conforme al derecho romano; pero que esta no pueda de ninguna manera ignorar una acción resarcitoria".[6] Concluye que: "*la culpa* se comete en ocasión de un proyecto de relación contractual. Una de las partes ha sufrido un daño en razón de la ejecución de un negocio propuesto por la otra y perfeccionado sucesivamente sobre la base de condiciones aparentes. Por esta vía he llegado a una neta delimitación del campo de acción de nuestra culpa, vale decir la culpa en la conclusión de los contratos: *culpa in contrahendo*".[7]

Jhering va en busca de las fuentes romanas que puedan dar sustento a su teoría y descubre que: "el mismo derecho romano había reconocido la obligación de resarcimiento de daños en dos casos: en ocasión de la venta *extra commercium* o de una herencia inexistente".[8] Así:

l.62 par. 1 de contr. Empt. (18.1) (MODESTINUS): *"Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius deciperetur".*	l.62 par. 1 de contr. Empt. (18.1) Modestino: "Quien sin conocimiento compra un bien inalienable, sacro o público, en calidad de ciudadano privado, no posee una adquisición lícita, sin embargo, después de la compra el vendedor adverso deberá soportar, de todas formas lo que sucedió con él, si efectivamente fue un engaño".[9]

[4] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 9.
[5] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 13.
[6] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 15.
[7] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*
[8] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 17.
[9] Quiero agradecer a mi esposa Nathalie Trentin, quien pacientemente me ha ayudado con la traducción de los textos de latín al italiano: la responsabilidad por la traducción al español es absoluta responsabilidad (objetiva) mía.

El mismo Jhering afirma lo siguiente: "tenía como la impresión que los compiladores de las instituciones hubiesen tenido estas notas sobre los ojos, al redactar el siguiente texto"[10]:

Par. 5 l. de empt.et vend. (3.23): *« [loca sacra vel religiosa item publica veluti forum basilicam frustra quis sciens emit] quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua interest eum deceptum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit».*	Par. 5 l. de empt.et vend. (3.23): "El que compra a sabiendas objetos sagrados, religiosos o públicos, por ejemplo, un forum, una basílica, ejecuta un acto nulo. Pero si, engañado por el vendedor, los ha comprado creyéndolos profanos o privados, tendrá la acción de compra, fundada en que no se hallaba en el caso de no haber la cosa, a fin de obtener de esta manera la indemnización del interés que tenía en no ser engañado. Lo mismo sucede si ha comprado un hombre libre creyéndolo esclavo".[11]

Continúa y afirma que: "en uno de los casos aquí contemplados, el edicto del Pretor había acordado una acción particular"[12]:

l.8 par. 1 relig.(11.7) (Ulpianus) *"Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem*	l.8 par. 1 relig.(11.7) (Ulpianus) "Si se afirma que el lugar religioso era dedicado a la purificación, el Pretor da en tal caso una

[10] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 19.
[11] Esta parte (completa) ha sido tomada de *Instituciones de Justiniano*, tomado de M. ORTOLAN (la primera edición traducida en español es de 1847), Cultural Cuzco, Lima, 2004, pág. 157.
[12] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*

l.8 par. 1 relig.(11.7) (Ulpianus) *ea res pertinet, quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat".*	l.8 par. 1 relig.(11.7) (Ulpianus) acción a quien le pertenece esta cosa, tal acción compete también al heredero, como si conservase la acción a favor del comprador (ex empto actionem)".

Por último, señala que "tratan el segundo caso las l. 8 y 9 de hered. vend. (18.4)"[13]:

"*Si nulla (hereditas) est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est, emptor a venditore consequatur l.9 (Paulus) et si quid emptoris interest".*	"Si (la herencia) es nula, así como resulta según el acto, el adquiriente obtiene del vendedor, solo el precio sea que algo haya sido pagado por la cosa misma, l.9 *(Paolo)* sea que haya un interés del comprador".

Jhering llega a la conclusión de que la regla, "teniendo en cuenta el tenor literal de las fuentes", es la siguiente: "quien haya vendido una herencia inexistente o una *res extra commercium* es responsable sin lugar a dudas, ello independientemente de su conocimiento o no del hecho".[14] Llama poderosamente la atención esta afirmación, por cuanto, contra todo pronóstico, aunque pareciera que los juristas romanos se encaminaban hacia una responsabilidad objetiva, el padre del desarrollo dogmático de la culpa *in contrahendo* interpreta (en realidad fuerza) el factor de atribución hacia una responsabilidad subjetiva, es decir, basada en la culpa, como veremos posteriormente.

Surge la pregunta en cuanto a la naturaleza de esta responsabilidad, ya que las fuentes reconocen la tutela en estos supuestos, vía la acción contractual. Así: "¿Por qué se concede la acción contractual y cómo se

[13] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*
[14] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.,* pág. 29.

concilia esta concesión con la nulidad del contrato?".[15] Se advierte que las fuentes "no reconocen una explicación directa a este problema; pero, en mi opinión, estas ofrecen puntos de referencia perfectamente suficientes para resolverlo".[16] Jhering parte del vínculo interno existente entre la culpa y la relación contractual. En sus palabras: "este vínculo entre la culpa y la relación contractual se puede concebir como meramente exterior, como decir que la *culpa* misma será extracontractual y encontrará solo en la conclusión exterior del contrato la posibilidad de realizarse, sin ser, de ninguna manera, influenciada en su naturaleza jurídica de este vínculo con el contrato. Pero este vínculo es en realidad un vínculo interno; la *culpa* que se presenta aquí es exactamente de la misma especie de aquella que encontramos solo en las relaciones contractuales".[17] Fundamenta la naturaleza contractual de la culpa *in contrahendo*, afirmando que "la expresión "nulidad", si es empleada correctamente, no puede ser entendida sino en una acepción restringida: esta designa ausencia, no de todos, sino de algunos efectos. El fin de todo contrato es el cumplimiento; el efecto al cual va dirigido consiste, en la producción de una obligación de cumplimiento. Si ahora, en razón de la falta de alguna condición necesaria, este efecto se considera excluido, si en este modo el fin verdadero y propio del contrato viene a menos, lo llamamos nulo y, por tanto, determinamos las nociones de validez y nulidad sobre la base del fin práctico principal del contrato. Pero ello no impide en absoluto que el contrato pueda producir obligaciones de otro tipo, y tanto menos aquellas que no van dirigidas en algún modo al cumplimiento, sino por ejemplo a la restitución de la cosa entregada, a las arras, al resarcimiento de los daños".[18] Agrega que: "la expresión "nulidad" del contrato, en la terminología romana y en la actual, designa solo la ausencia de este efecto (la obligación de cumplimiento) y no la de cualquier efecto en general"[19].

Observo, en esta clásica y aún vigente doctrina, que hay un esfuerzo en contractualizar las tratativas; situación que ictu oculi pertenece a una fase anterior y, por consiguiente, debería de regularse bajo los principios de la responsabilidad civil extracontractual. Totalmente de acuerdo que

[15] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 31.
[16] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 47.
[17] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 53.
[18] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 59.
[19] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 65.

los actos nulos producen efectos jurídicos, en mi opinión precarios, hasta que no se declare judicialmente su invalidez[20]; pero sostener que la responsabilidad civil derivada de un acto inválido es de naturaleza extracontractual es una contradictio in terminis; pareciera que el interesante desarrollo dogmático que hace Jhering forzosamente debería encajar en su intuición inicial, cuando en realidad, la construcción teórica debe servir para validar (o no) la hipótesis. La restitución o las arras no resultan incompatibles con la invalidez, la vía de la responsabilidad civil contractual, sí.

Jhering parte de la premisa de que las fuentes romanas guardaban silencio al respecto y centra la responsabilidad civil derivada de la fractura de la tratativa en el factor de atribución subjetivo de la culpa. Frente a esta evidencia, sostiene: "Pero se dirá, en estos textos no existe ninguna referencia al término culpa. ¡Cierto! Pero cuando el jurista reprocha al vendedor su ignorancia, cuando le reprocha que habría podido y debido conocer los defectos, y que motiva así su responsabilidad, ¿qué cosa es sino un reproche a título del culpa?".[21] A propósito de los casos citados por las fuentes (venta de una *res extra commercium* y la herencia inexistente), afirma: "Despojemos la culpa, en los dos casos contemplados por los textos, de su forma concreta y accidental; veremos que esta consiste en el hecho que el vendedor contrata sin poder garantizar las condiciones de la validez del contrato imputables a su persona, e induce a la contraparte en error por la falsa apariencia de un contrato. El contrayente sale en ese preciso momento de la esfera meramente negativa de las relaciones extra-contractuales, para entrar en el ámbito positivo de los contratos; pasa del dominio de la simple *culpa in faciendo* a aquel de la *culpa in non faciendo*, de la diligencia positiva; la primera y más general de las obligaciones que él asume es esta: emplear la diligentia necesaria en el contratar. No solo las relaciones contractuales existentes, sino también las relaciones que nacientes deben encontrarse bajo la protección de las reglas de la culpa, de modo que las relaciones contractuales no se comprometan gravemente y que todo contrayente no sea abandonado al peligro

[20] JUAN ESPINOZA ESPINOZA, *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial,* Tercera Edición, actualizada, aumentada, revisada, Editorial Rodhas, Lima, 2012, págs. 480-481.
[21] RUDOLF VON JHERING, *op. cit*., pág. 73.

de convertirse en víctima de la negligencia ajena".[22] Agrega que: "la ley se limita a ofrecer protección contra el *dolus*, no contra la *culpa*, y se necesita molestarse solo con uno mismo cuando se sufre un daño por una ciega confianza en las palabras ajenas, ya que se debería saber que estas últimas no tienen ninguna fuerza obligatoria".[23]

A efectos de delimitar los alcances culpa *in contrahendo*, Jhering realiza el siguiente *iter* en el comportamiento de los sujetos en las tratativas: "El primer paso hacia el contrato es la oferta. ¿La obligación de prestar la *diligentia in contrahendo* comienza con esta? Cierto, solo que, hasta que la oferta no es aceptada, esta obligación no puede comportar ninguna consecuencia perjudicial; desde aquel momento, si la oferta es revocada antes de la aceptación, no habrá espacio para una demanda resarcitoria, aunque si la contraparte haya sufrido un daño. Quien confiando en una oferta, en vez de preocuparse antes de nada en aceptarla, comete la imprudencia de actuar en el campo, de adoptar inmediatamente todas las medidas necesarias para la ejecución del contrato, de contratar con los terceros, entre otras cosas, él mismo está en *culpa,* porque debía esperar la posibilidad de la revocación de la oferta hasta el momento en el cual no hubiese aceptado. Solo desde ese momento en adelante está en derecho de continuar a construir sobre la base del contrato perfeccionado real o solo aparentemente y, si las medidas que él ha adoptado a este efecto vienen a menos por una revocación de la oferta, hecha en tiempo útil; pero que no fue tempestivamente informado, él puede hacer asumir las condiciones perjudiciales al adversario que lo ha empujado a realizar tal actividad".[24]

Jhering hace un estudio comparativo de los modelos legislativos circulantes de la época, como es el caso del Código civil general de Austria y el Código prusiano. De este último, cita el A.L.R.I. 5 § 284:

> "Lo que se encuentra establecido en mérito al grado de culpa por el cual se responde en la ejecución del contrato, se aplica igualmente al caso en el cual, uno de los contrayentes, en la conclusión del contrato, haya descuidado los deberes que le incumben".

[22] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, págs. 83 y 85.
[23] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 85.
[24] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, págs. 87 y 89.

En las propias palabras del autor: "no es fácil imaginar un reconocimiento más claro de mi *culpa in contrahendo*"[25]. El encuadramiento dogmático lo suministra en la siguiente regla: "l*a diligentia* contractual se necesita de la misma manera tanto en las relaciones contractuales aún en fase de formación, como en aquellas ya perfeccionadas. La inobservancia de esta diligentia da lugar, en ambos casos, a la acción contractual para el resarcimiento del daño".[26] En otras palabras, "la culpa in contrahendo no es otra cosa sino la *culpa* contractual orientada en una dirección especial".[27] De ello, se derivan las siguientes consecuencias[28]:

> i. En cuanto a la clasificación sistemática, se ubica en la culpa dentro de las relaciones contractuales.
> ii. En la formación del contrato, deben tenerse en cuenta los mismos grados de culpa contractuales (i.e., culpa leve, culpa inexcusable).
> iii. Los sujetos que deben responder son "los contrayentes en primera persona, y no los terceros que cooperan en la conclusión del contrato, y solo en el caso en el cual una *culpa* perfectamente correspondiente a estos precisos cánones puede ser imputada a ellos". [29]El autor aclara, corrigiendo una posición precedente, que el oferente responde del error que pueda cometer el mensajero frente al destinatario de la oferta, ello sin perjuicio de la responsabilidad interna entre mensajero y oferente.[30]

Partiendo de la clasificación propuesta por Friedrich Mommsen[31], que diferencia el interés a la conservación, es decir, "a la ejecución del contrato y en esta hipótesis el adquiriente obtendría el equivalente en dinero de todo lo que este habría tenido en caso de validez del contrato"[32], del interés a la falta de conclusión del contrato; en este caso, el frustrado ad-

[25] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 103.
[26] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 105.
[27] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*
[28] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*
[29] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 107.
[30] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*
[31] FRIEDRICH MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853, pág. 107, citado por Rudolf VON JHERING, op. cit., pág. 33.
[32] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*

quiriente "obtendría lo que habría tenido si no hubiese la apariencia exterior de la conclusión del contrato"[33]; Jhering propone la bipartición entre interés contractual positivo y negativo. En este orden de ideas, "si el vendedor reclamase a título de error esencial la restitución de la cosa expedida al adquiriente, el interés a la conservación del contrato amontaría, cuanto menos, al mayor valor de la cosa respecto del precio de la venta, y el interés a la no conclusión consistiría en el reembolso de los gastos de transporte; cuando el mensajero ha ordenado, por error, 10 cajas de puros en vez de 1/10, el primer interés consiste en la ganancia que el vendedor habría realizado en 10 cajas y el segundo en el reembolso de los gastos de embalaje y expedición. Puede también suceder que el segundo interés falte totalmente, por ejemplo, cuando el mensajero haya rectificado inmediatamente su propio error".[34] Puntualiza que: "el interés de la primera especie tiene el propio fundamento en la validez del contrato, el de la segunda especie se funda en la nulidad del contrato".[35] No solo eso; esta diferencia ya se conocía en el derecho romano: "la *act. redhibitoria* satisface el interés contractual negativo, *la act. quanti minoris* el interés contractual positivo".[36]

En este último análisis, Jhering vislumbra incluso un daño por pérdida de chance: "la aparente conclusión del contrato puede también haber tenido como consecuencia la pérdida de ganancia, sea que este (se refiere al vendedor) haya perdido otra ocasión para concluir el mismo contrato, sea que este se haya limitado a descuidar la búsqueda de una alternativa en tiempo útil. El cochero reservado erróneamente para un día diverso del que se tenía en mente, el albergador quien se le han fijado las habitaciones por error, en vez de fijarla en otro lado, no han sufrido ningún daño emergente seguidamente de estos errores; pero si ambos, en razón de esta reserva, han rechazado otra ocasión que se les ofrecía de utilizar su carruaje o sus habitaciones, esta circunstancia equivale para ellos, en todo y para todo, en una pérdida de dinero contante. Sin una eventualidad del género, el error no habría ocasionado a ellos consecuencias perjudiciales".[37] Se señala que el interés negativo puede, en ciertos

[33] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*
[34] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*
[35] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*
[36] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 35.
[37] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, págs. 41 y 43.

casos, coincidir con el interés positivo. Así, "en los dos casos ya mencionados, los actores obtienen exactamente lo que habría podido ganar en caso de la ejecución del contrato, pero como hemos tenido la manera de demostrar hace poco, ello aviene por motivos totalmente diversos".[38]

Se individualiza un daño emergente en el supuesto del error en la transmisión telegráfica, en el cual el mandatario "termina por reclamar en este caso, ni más ni menos, lo que habría tenido derecho de pretender en caso de total validez. Parece, entonces, que el comerciante, que ha expedido 10 cajas de puros ordenados erróneamente en vez de la décima parte de una caja y que las ve rechazadas por el destinatario, podría reclamar la ganancia perdida, en el caso en el cual, teniendo en cuenta de la baja de la mercadería, habría, sin lugar a dudas, podido vender esta cantidad".[39] No obstante, diferencia este supuesto del retardo. Así, "pero si esta venta era posible entonces, esta lo es aún hoy; en otros términos, la ganancia no se ha convertido definitivamente en humo, sino solo retardado; el (comerciante) puede aún obtener una utilidad, mientras el albergador y el cochero no pueden hacerlo. Sin embargo, también para el comerciante pueden verificarse tales circunstancias, al menos para algunos artículos comerciales, que la ocasión perdida en razón de la ejecución del contrato aparente, de la controversia surgida respecto al retiro de los bienes, no deja ningún espacio para efectuar otra venta sin *stock* (*ut oportunitatem emptoris, ciu venum dari potuit, perimeret*, como dice la l. 33 de dolo 4.3); este principio se aplicaría a los objetos de moda que, en el entretiempo, pasaron de moda, a los peces de mar que se han podrido, a los libros de los cuales ha salido, en el entretiempo, una segunda edición, a los boletos de una lotería cuyo sorteo ya fue efectuado, entre otros".[40]

También, hay casos en los cuales el interés negativo se reduce a cero: "si el mensajero, apenas sale del negocio, se da cuenta de haber absuelto mal su tarea y rectifica inmediatamente el error, si, en el caso de un contrato concluido entre ausentes, la carta de revocación o la rectificación del error de escritura llegan al destinatario antes que él haya dado inicio a la ejecución de la orden recibida, el contrato aparente no ha tenido aún consecuencias exteriores ni objetivas; en cuanto a las consecuencias sub-

[38] RUDOLF VON JHERING, op. cit., pág. 43.
[39] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, págs. 43 y 45.
[40] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 45.

jetivas e interiores, consistentes en la pena por la desilusión, como es obvio, no es tarea del derecho prestar atención".[41]

En la última parte de su ensayo, Ihering ofrece una interesante casuística, la cual -insisto- debe verse con ojos históricos: no se olvide que él partía de la interpretación de las fuentes romanas y, además, en la época que escribió su investigación, se hacía uso de telégrafo, el cual, de acuerdo al avance tecnológico de ese entonces, generaba no pocos problemas con las inexactitudes o equívocos en la transmisión de los mensajes. El mismo autor, en un apéndice a su ensayo, cita la siguiente sentencia del Tribunal de Colonia[42]:

> "Considerando que la telegrafía magneto-eléctrica constituye en este momento un medio de comunicación aún, más o menos inexacto y poco seguro; que, en efecto, no conocemos aún suficientemente ni la fuerza motriz, ni las influencias que la obstaculizan, la detienen o la retrasan; que, de otra parte, independientemente de las operaciones meramente mecánicas, el actuar del personal empleado, a causa de la velocidad y de la rapidez extraordinarias a las cuales este personal está obligado a causa de la naturaleza misma de las cosas, puede dar lugar fácilmente a distracciones, errores o confusiones, tanto que todos los Estados que adoptan el servicio de telégrafos han, hasta hoy, negado toda garantía; que, consiguientemente, quien se sirve de este medio inseguro para la propia correspondencia, y quien descuida medios de prevención que tiene a disposición para asegurarse de la exactitud de la transmisión, debe imputarse a sí mismo las consecuencias de la confusión y de los errores cometidos y reparar el daño ocasionado a la contraparte (art. 1382 del Código Civil)". [43]

Jhering agrupó el material casuístico, analizándolo bajo tres puntos de vista:

i. **Incapacidad del sujeto**, a efectos de proteger a ciertos sujetos de ellos mismos o de otros se les somete al régimen de tutela o

[41] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*
[42] No se precisa en año, pero era relativamente contemporánea al ensayo.
[43] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, págs. 215 y 217.

curatela y, por consiguiente, se les priva del poder de enajenar y de obligarse. Por ello, advierte que: "es nuestro deber vigilar en modo que la regla de la nulidad de sus contratos no implique nunca la ruina de los terceros que no son culpables en absoluto". [44]Piénsese en el caso del incapaz relativo que se hace pasar por capaz frente a un tercero de buena fe.

ii. **Inidoneidad del objeto**, sería el caso de contratos que impliquen la transmisión de bienes, que sea física o jurídicamente imposible. Tal sería el caso de la venta de un crédito inexistente. [45]

iii. **Falta de confiabilidad de la voluntad contractual,** dentro de la cual distingue:

a) **En cuanto a la declaración**, incluye dentro de esta los casos de incompatibilidad intencional entre la voluntad y la declaración de voluntad (que reconoce que no se presta de ninguna manera a una aplicación de la *culpa in contrahendo,* sino a un supuesto de responsabilidad extracontractual[46]) de la incompatibilidad involuntaria entre la voluntad y la declaración de voluntad, como el caso del director de teatro que contrata a una cantante por confusión con otra que lleva el mismo apellido.[47] En este último supuesto, se sostiene que: "Cualquiera será de acuerdo que tiene el derecho no solo al reembolso de los gastos de viaje, sino también a la reparación de todos los otros daños".[48] Si uno transmite su voluntad por un mensajero o por el telegrama y se genera un error, el oferente responde por *culpa in eligendo*[49], afirmándose que: "no tengo ninguna rémora a reconocer que quien hace uso de tal medio de comunicación tiene una responsabilidad absoluta por la exactitud de la misma. (…) Quien recibe directamente de otro

[44] RUDOLF VON JHERING, *op. cit*., pág. 115.
[45] RUDOLF VON JHERING, *op. cit*., pág. 141.
[46] RUDOLF VON JHERING, *op. cit*., pág. 151.
[47] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*
[48] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.,* pág. 153.
[49] RUDOLF VON JHERING, *op. cit*., pág. 167.

sujeto una comunicación, sea oral que escrita, tiene la certeza absoluta de su autenticidad, y si la contraparte ha cometido un error, debe responder".[50] En este orden de ideas, "es verdad que el tráfico comercial no podría ignorar estos medios de comunicación; pero quien hace uso de estos debe conocer su carácter engañador y si, a pesar de ello, quiere arriesgar, debe hacerse cargo de las consecuencias".[51]

b) **En cuanto a la voluntad misma**, como:

i) **La revocación de la oferta en la conclusión de contratos por correspondencia**, Jhering se pronuncia en el sentido favorable a efectos de reconocer responsabilidad al oferente en el caso de conclusión *aparente* del contrato. Así, "cuando se trata de órdenes, pedidos, etc., que en la intención de su autor deben ser ejecutadas en el acto, sin deber esperar una respuesta, la aceptación está ínsita en el principio de la ejecución. El comisionado, al cual llega una orden para una venta pública, el zapatero, al cual se le ordenan un par de botas, o el comerciante, al cual se le ordena una mercadería, no tienen necesidad de comenzar respondiendo que aceptan el encargo; ellos responden solo en el caso en el cual no desean concretar el negocio, o si quieren darle un curso diverso a las condiciones".[52]

ii) **Cambio de voluntad en la conclusión de contratos por medio de intermediarios**, se aplican los mismos criterios que en el punto anterior, "la única diferencia es que, en este caso, la carta es sustituida por una persona".[53]

iii) **Muerte del autor de la oferta antes de la aceptación en los contratos concluidos por correspondencia**, Jhering reconoce responsabilidad en el pre-muerto. Así, "la *culpa* con-

[50] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, págs. 167 y 169.
[51] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 169.
[52] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 179.
[53] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 181.

siste en el hecho que él, en vez de adoptar el único medio verdaderamente seguro de la comunicación oral hecha en primera persona, se vale de un medio incierto, a riesgo y peligro de la contraparte".[54] Se entiende, en el supuesto del contrato *aparente*. Para el Código civil peruano, si bien la muerte o incapacidad del oferente no priva de eficacia a la oferta (art. 1383), la del destinatario de la oferta determina la caducidad de esta (art. 1387).

iv) **Revocación de una promesa al público**. Jhering define la promesa al público "como una promesa unilateral, sometida a una condición potestativa y dirigida *in personam incertam* o, como una promesa popular, cuya aceptación debe consistir en el cumplimiento de la condición".[55] No obstante, reconoce la libre revocabilidad hasta el momento en el cual se cumple la condición[56]; observa que: "al dar curso a la revocación, el oferente debía representarse las consecuencias perjudiciales que se habrían podido producir: si él decide de todas formas corres este riesgo, él pierde de vista las reglas que debe observar, contratando, frente a la contraparte; entonces, se mancha de una *culpa in contrahendo*"[57], ello, sin perjuicio que "la propia culpa excluye la posibilidad de reclamar cualquier derecho al resarcimiento de los daños".[58] Como es el caso de quien se presente con un caballo, totalmente inapto para un concurso anunciado con la promesa de un premio, este no puede solicitar el reembolso de los gastos de viaje, si sabe al último momento que la carrera ha sido cancelada.[59]

Es importante advertir que el análisis que hace Jhering, principalmente descansa en casos que nacen de los vicios de voluntad. Lo único que me permitiría es insistir en mi advertencia que este supuesto individualizado

[54] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 187.
[55] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 203.
[56] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 205.
[57] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 209.
[58] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, pág. 211.
[59] RUDOLF VON JHERING, *op. cit.*, págs. 211-213.

certera y agudamente, bajo la construcción dogmática de este autor, gravita en la culpa, aunque él mismo advierte que puede haber casos en los cuales el *dolus* está presente. Nótese que, incluso, reconoce la responsabilidad del oferente cuando actúa a través de un tercero, sea este una persona o el servicio telegráfico. Sin embargo, individualiza el factor de atribución en una *culpa in vigilando*. Como ya he advertido en esta sede, producto de la revolución industrial (que el mismo Jhering vivió), se sientan las bases para un desarrollo de la denominada responsabilidad objetiva y, justamente, bajo esos parámetros, la responsabilidad civil derivada por el hecho de un tercero, sea contractual (art. 1325 C.C.) o extracontractual (art. 1981 C.C.) es de naturaleza objetiva, bajo el criterio del beneficio, es decir, si una persona genera una situación que le ofrece un resultado favorable o beneficio, tendrá que responder también por los daños que se ocasionen producto de dicha situación, independientemente que haya o no culpa. Una de las grandes enseñanzas de Jhering es la consecuencia con la propia línea de pensamiento: en homenaje a ello, considero que lo que llamó este jurista como *culpa in contrahendo*, contemporáneamente podría denominarse *responsabilidad in contrahendo*; de esta manera quedan comprendidos los supuestos de responsabilidad subjetiva y objetiva. Ello, sin olvidar que una doctrina por demás autorizada en el análisis económico del derecho sostiene que tanto el sistema de culpa como el de responsabilidad objetiva generan reglas "óptimas"[60].

Es decir, se pueden llegar a resultados igualmente eficientes, si dichos factores de atribución se aplican adecuadamente.

La *responsabilidad in contrahendo,* como lo señalé anteriormente, es de naturaleza extracontractual: mientras no haya una obligación (entendida como relación jurídica patrimonial), no podría configurase una responsabilidad (denominada) contractual.

Ihering prefiere referirse a la diligencia y no a la buena fe. El principio de la buena fe consiste, en su fórmula más simple, en el actuar correctamente. El principio de la buena fe puede ser afrontado desde dos perspectivas: una subjetiva, en la cual se considera como la convicción interna que se está actuando correctamente, conforme a derecho (lla-

[60] RICHARD A. EPSTEIN, *Reglas simples para un mundo complejo*, traducido por FERNANDO CORREA SALAS, ALVARO DÍAZ BEDREGAL, ALFONSO MONTOYA STAHL y JUAN MANUEL ROBLES MONTOYA, Ius et Veritas, PUCP, Fondo Editorial, 2005, pág. 117.

mada también buena fe creencia); y otra objetiva, caracterizada por el comportamiento correcto del sujeto que es percibido por la contraparte o por los demás (buena fe lealtad, probidad, confianza o comportamiento). Se sostiene que la diligencia "es un criterio de responsabilidad frente a una prestación ya determinada completamente; presupone un contenido integralmente fijado".[61] Las semejanzas y diferencias entre la buena fe y de la diligencia son las siguientes:

a. Tanto la buena fe como la diligencia son *standards* de comportamiento. Hago la precisión de que el ámbito de aplicación de la buena fe excede el comportamiento de las partes dentro de una relación jurídica. La diligencia (que, en algunos casos, comprende la pericia), en cambio, se limita a esta.

b. Ambos *standards* de comportamiento (se entiende, dentro de un negocio jurídico) son independientes: la buena fe apunta al equilibrio de los intereses de las partes que integran la relación jurídica (justamente: su actuar correcto, sin afectar a la contraparte), mientras que la diligencia se circunscribe al programa negocial, vale decir, a la prestación (o prestaciones) ya delimitada(s) por las partes.

c. Cuando se habla de diligencia como límite de la buena fe, se hace alusión solo al escenario en el cual la *creencia* de un sujeto puede ser calificada como buena fe subjetiva.

d. La buena fe, dado su carácter de principio poliédrico (que asume diversas manifestaciones), también (en tanto parámetro de interpretación), puede servir para evaluar un comportamiento diligente.

e. La buena fe y la diligencia si bien son independientes, sirven para evaluar el comportamiento de las partes dentro de la relación jurídica negocial.

Si por diligencia se entiende el actuar (tanto del acreedor como del deudor) y la consecuente responsabilidad frente a una prestación ya acordada, en las tratativas, lo que se quebranta es el principio de buena fe. La confusión puede residir en el hecho que el mismo abarca tanto situaciones negociales como no negociales.

[61] STEFANO RODOTÀ, Le fonti di integrazione del contratto, Giuffrè, Milano, 1969, pág. 160.

II. Naturaleza de la responsabilidad civil pre-contractual

El art. 1362 C.C. establece que:

> "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

Una de las fuentes inspiradoras de este modelo legislativo ha sido el art. 1337 del *Codice civile* italiano, el cual reza que:

> "Las partes en el desarrollo de las tratativas y en la formación de contrato, deben comportarse según la buena fe".

Sobre este art., se advierte que, en virtud de una interpretación extensiva, "se considera actualmente pacífica expresión del deber precontractual de buena fe una serie de deberes específicos, como, por ejemplo, el deber de secreto, de custodia, de suministrar determinada información, etc.".[62]

En el *common law* norteamericano, existen dos principios fundamentales: uno que va en sentido positivo (*freedom to contract*) y otro en el negativo (*freedom not to contract*). Este último "da razón de un ulterior dogma que se ha forjado en la realidad del tráfico comercial de matriz anglosajona: la denominada aleatoriedad de las tratativas, o sea el hecho que quien emprenda una negociación, lo hace bajo su propio riesgo y peligro, dada la eventualidad que la tratativa no llegue a buen término"[63]. En efecto, la negociación es in re ipsa un proceso aleatorio, por cuanto, imponer obligaciones a las partes en esta etapa "hubiera terminado por desincentivar el proceso de negociación".[64] Por ello, en el caso de que se presente algún conflicto, sería inaplicable la *law of contracts*; salvo que -a propósito de no prosperar la negociación- se configure un específico tipo de ilicitud; entonces, el remedio estaría en las reglas de la *tort law* o del *unjust enrichment.* Sin embargo, para este experiencia jurídica, existe una suerte de "zona gris", la cual "se caracteriza por aquellos supuestos en los cuales una parte nutra una confianza legítima sobre el buen resul-

[62] LAURA M. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence. Tra culpa in contrahendo e contratto*, Giuffrè, Milano, 2009, pág. 21.
[63] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 25.
[64] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 26.

tado de la tratativa y, por consiguiente, sobre la conclusión del contrato y, no obstante, dicho evento no se verifica por causa de la conducta de la contraparte que, si bien no es ilícita, se revela incorrecta. En tales casos, el no reconocer algún tipo de remedio a la parte cuya confianza ha sido decepcionada se revelaría altamente injusto y, al mismo tiempo, legitimaría un ejercicio indebido de la libertad de no contratar".[65]

¿Qué sucede cuando un tercero interfiere en la tratativa y por su causa, se rompe o genera otro tipo de daños? Este es el caso *Texaco-Pennzoil*. Los hechos sucedieron entre finales de 1983 y la primera semana de 1984. El 28.12.83 Pennzoil lanzó una oferta pública de adquisición (OPA), que tenía como objeto un fuerte porcentaje de las acciones de Getty Oil Inc., a un precio de USD$ 100.00 por acción. Los dos principales accionistas de *Getty Oil Inc.* eran Gordon P. Getty, *trustee* de la *Sarah C. Getty Trust*, que detentaba el 40.2% de las acciones y el *J. Paul Getty Museum*, un *charitable trust*, que poseía el 11.8% de las mismas. Dos días después, estos últimos proponen a *Pennzoil* retirar la OPA y proceder a la adquisición de una cuota de minoría del capital social de acuerdo a negociación. Entonces, se realizaron tratativas entre los sujetos interesados, que culminaron en un documento denominado *Memorandum of Agreement*, el 02.01.84. En el mismo, se contemplaba que *Pennzoil* y el *Sr. Getty* serían los únicos accionistas de *Getty Oil Inc.*, con una cuota respectiva de 43% y 57% de las acciones. Se preveía, además, que tal operación debía estar sometida a la aprobación del consejo de administración de Getty Oil Inc. -aprobación que se dio al día siguiente, seguidamente del compromiso de Pennzoil de aumentar el precio de adquisición de las acciones poseídas por el público de los ahorristas e inversionistas de USD$ 110.00 a un mínimo de USD$ 115.00-. El 04.01.84, antes de que las contrataciones en el *New York Stock Exchange* se abriesen, Getty Oil Inc. y sus dos principales accionistas, el Sr. Getty y el Museo, emitieron una nota de prensa conjunta, en la cual se anunciaba la operación en objeto; el mismo comunicado fue emitido en mismo día por el adquiriente. En particular, la nota de prensa hacía referencia a un "*agreement in principle subject to the execution of a definitive merger agreement*"; se preveía además que "*upon execution of the definitive merger agreement*", la OPA sobre las acciones de Getty Oil Inc. se retiraría.

[65] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.,* pág. 29.

Contra toda expectativa, el 06.01.84, Texaco, una tercera compañía de petróleo, anunció también, por medio de una nota de prensa, de haber llegado a un acuerdo con los accionistas de Getty Oil Inc. para la adquisición de las acciones de esta última. La operación recibió aprobación del consejo de administración de Getty Oil Inc. en mismo día.[66]

En este último contrato, los dos accionistas principales de la Getty Oil Inc. excluyeron expresamente de las declaraciones y garantías asumidas formalmente frente a la contraparte (bajo el título de "*representations and warranties*") los acuerdos realizados con Pennzoil, declarando de ser libres de enajenar sus acciones a Texaco y que determinada venta no habría constituido violación de -ni se pondría en conflicto con- ningún contrato, acuerdo, compromiso o vínculo de cualquier naturaleza. Texaco, por su parte, aceptó indemnizar a ambos accionistas por cualquier daño, controversia o responsabilidad que habría podido surgir en relación o como consecuencia de los acuerdos realizados en precedencia con Pennzoil. El 10.01.84, Pennzoil demandó ante la Delaware Chancery Court por la ejecución de forma específica del Memorandum, solicitando como medida inhibitoria que prohibiese el cumplimiento de actos (la ejecución del contrato de compraventa estipulado entre Getty Oil Inc. y Texaco) que habrían prohibido tal posibilidad, dejando abierta solo la vía del resarcimiento de los daños. Se trataba, por consiguiente, de una acción de naturaleza contractual. La demanda fue rechazada.[67]

A este punto, Pennzoil decide cambiar el terreno de la discusión en la propia casa, demandando directamente a Texaco sobre la base de una demanda de naturaleza extracontractual, la denominada *intentional interference of breach of contract*, en mérito a la cual el foro competente era Houston, Texas.[68] En el *common law*, se distinguen dos figuras distintas de ilícito: la tradicional de tortius interference with contract relations, en el caso de contratos válidos y aquella más reciente de, tortius interference with prospective contract relations, destinada a sancionar las interferencias indebidas por obra de un tercero en las tratativas entre dos o más sujetos.[69]

---

[66] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, págs. 391-392.
[67] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, págs. 392-393.
[68] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 394.
[69] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 395.

Como se advierte, "es remarcable el hecho que, *mutatis mutandis*, la *quaestio iuris* principal era la misma que se argumentó en el juicio precedente: si los acuerdos realizados entre las partes había dado vida a un verdadero y propio contrato o no, a efectos de legitimar la afirmación de responsabilidad del demandado por el ilícito en examen".[70] A diferencia de lo decidido por las cortes de Delaware, el jurado de la causa en Texas se pronunció a favor de la existencia de un acuerdo jurídicamente vinculante, o sea, de un verdadero y propio contrato, condenando al demandado al pago de la suma de 7.53 millones de dólares a título de *compensatory dammages*, más la suma de 3 millones de dólares por punitive dammages. Este último monto fue reducido en apelación y la controversia se resolvió con una transacción.[71]

La Sección 766 del *Restatement (Second) of Torts* regula este supuesto de la siguiente manera:

> "§766
> El que intencionalmente e indebidamente interfiere con la ejecución de un contrato (con excepción de un contrato para casarse) entre otro y una tercera persona, induciendo o causando que la tercera persona no ejecute el contrato, está sujeto a responsabilidad ante la otra por el daño patrimonial resultante al otro por la no ejecución del contrato de la tercera persona.
> §766A
> El que intencionalmente e indebidamente interfiere con la ejecución de un contrato (con excepción de un contrato para casarse) entre otro y una tercera persona, evitando que realice la ejecución del contrato o haciendo que su ejecución sea más onerosa o gravosa, está sujeto a responsabilidad por la pérdida patrimonial resultante.
> § 766B
> El que intencionalmente e indebidamente interfiere con la eventual relación contractual (excepto en el contrato para casarse) está sujeto a responsabilidad por los daños patrimoniales derivados por la pérdida de los beneficios de la relación, si la interferencia consiste en:

[70] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 396.
[71] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*

(a) inducir o causar que una el tercero no celebre o continúe la potencial relación, o
(b) evitar que la otra parte celebre o continúe la potencial relación.

§ 766C:
No se es responsable por los daños patrimoniales derivados de daños físicos, salvo que ese daño sea por negligencia del actor:
(a) que se cause cuando una tercera persona no realice un contrato con el otro, o
(b) que se cause por la interferencia en la ejecución del contrato o que su cumplimiento sea más oneroso o gravoso, o
(c) que se cause por la interferencia en la celebración de una relación contractual con una tercera persona".[72]

[72] Section 766 of the Restatement (Second) of Torts:
One who intentionally and improperly interferes with the performance of a contract (except a contract to marry) between another and a third person by inducing or otherwise causing the third person not to perform the contract, is subject to a liability to the other for the pecuniary loss resulting to the other from the failure of the third person to perform the contract.
Section 766A of the Restatement (Second):
One who intentionally and improperly interferes with the performance of a contract (except a contract to marry) between another and a third person, by preventing the other from performing the contract or causing his performance to be more expensive or burdensome, is subject to liability to the other for the pecuniary loss resulting to him.
Section 766B of the Restatement (Second):
One who intentionally and improperly interferes with another's prospective contractual relation (except a contract to marry) is subject to liability to the other for the pecuniary harm resulting from loss of the benefits of the relation, whether the interference consists of:
(a) inducing or otherwise causing a third person do not enter into or continue the prospective relation or
(b) preventing the other from acquiring or continuing the prospective relation.
Section 766C of the Restatement (Second):
One is not liable to another for pecuniary harm not deriving from physical harm to the other, if that harm results from the actor's negligently
(a) causing a third person not to perform a contract with the other, or
(b) interfering with the other's performance of his contract or making the performance more expensive or burdensome, or
(c) interfering with the other's acquiring a contractual relation with a third person".

En la experiencia jurídica alemana, existe una interesante evolución a partir del célebre ensayo de Rudolf von Jhering sobre la culpa in contrahendo de 1860. Sin embargo, el *Bürgerliches Gesetzbuc (BGB)* de 1900, no acogió este criterio de manera orgánica. Por ello, la única manera para regular la responsabilidad en las tratativas era recurrir al § 242 (*Treu und Glauben*), el cual norma que:

> "El deudor está obligado a efectuar la prestación de acuerdo a los requisitos de la fidelidad y buena fe, teniendo en consideración los usos del tráfico".

La Corte Suprema Alemana, en 1911, asume la siguiente posición en un caso de una señora que, entrando a un local comercial hizo las tratativas para adquirir linóleo y, en ese momento, le cae -por descuido de uno de los dependientes- un rollo de ese material. Al no haberse perfeccionado el contrato, podría haberse pensado que la señora no tenía ningún tipo de acción en contra del vendedor. No obstante, "la Corte, recurriendo a la teoría de la *culpa in contrahendo*, considera que, por efecto de las tratativas, se instauró una relación particular entre potencial adquiriente y vendedor, en virtud de la cual surge en cabeza del vendedor -por medio de su representante- el deber de abstenerse de ocasionar daños a la salud o a la propiedad de la contraparte".[73] En un caso sucesivo, "la misma corte entendió que la relación de naturaleza para-contractual se instauró en el acto del ingreso del cliente en el negocio y, por consiguiente, a diferencia del caso del linóleo, en un momento anterior al verdadero y propio inicio de las tratativas".[74] La Corte Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*), en una decisión del 20.06.63, estableció que: "cuando un cliente potencial sufra un daño en restaurantes, negocios, albergues, etc., incumbe sobre el propietario del ejercicio comercial la carga de demostrar que el evento dañino no sea imputable a una conducta negligente. Por efecto de tal actividad hermenéutica, se ha realizado una inversión de la carga de la prueba, introduciéndose una presunción iuris tantum de la culpabilidad del proveedor".[75]

[73] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 69.
[74] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*
[75] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*

Entonces, para esta teoría establecida por esta línea jurisprudencial, en el curso de las tratativas, se instaura una relación jurídicamente relevante, de la cual surgen deberes recíprocos, "cuya violación da lugar a una suerte de responsabilidad contractual, si bien no se ha concluido ningún contrato".[76] Estos deberes pueden ser clasificados en dos grupos: deberes de diligencia y deberes de lealtad, "en el ámbito de tales categorías, es posible individualizar ulteriores deberes específicos, como, por ejemplo, el deber de informar a la contraparte la existencia de causas de invalidez del futuro contrato y, cuando el contrato no se haya concluido, el deber de resarcir a la contraparte los daños sufridos por esta, en la medida del interés negativo".[77]

Producto de esta evolución jurisprudencial, en el año 2002, entró en vigencia la reforma del derecho de las obligaciones del *BGB*. El § 280 establece que, si el deudor no cumple un deber que le corresponde por efecto de la obligación asumida, el acreedor puede solicitar el resarcimiento por los daños sufridos. Tal responsabilidad no encuentra aplicación, según las reglas generales, si el incumplimiento no es imputable al deudor. El § 311 (Relaciones obligatorias negociales y similares a las negociales), segundo apartado, dispone que:

> "una relación obligatoria con obligaciones a las que se refiere el § 241, segundo apartado[78], surge también mediante:
> 1. el inicio de las tratativas contractuales;
> 2. el inicio de un contrato en el cual, en vista de una eventual relación negocial, una de las partes concede a la otra la posibilidad de producir efectos sobre sus derechos, bienes o intereses, o le confía estos últimos, o
> 3. similares contratos negociales".

El apartado 3 de la misma disposición prevé que:

[76] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 70.
[77] WERNER LORENZ, citado por Laura M. FRANCIOSI, *op. cit.*
[78] Que regula "La relación obligatoria puede obligar, según su contenido, a cada parte al respeto de los derechos, de los bienes jurídicos y de los intereses de la otra parte".

> "una relación obligatoria con las obligaciones a las que se refiere el § 241, segundo apartado puede surgir también frente a personas que no están destinadas a ser parte en el contrato. En particular, tal relación obligatoria surge también cuando el tercero induce a la partes a confiar en notable medida en su persona y, en fuerza de dicha confianza, logra influir sobre el desenvolvimiento de las tratativas o sobre la estipulación del contrato".

Es de particular interés, a nivel de derecho comunitario, el caso que ha llegado a la Corte de Justicia Europea, *Fonderie Officine Mecchaniche Tacconi Spa contra HeinrichWagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, en el año 2002. Frente a un supuesto de ruptura de tratativas respecto de un contrato de compraventa de un complejo industrial con una sociedad de leasing, como era Tacconi, previo consentimiento de HWS, había concluido un contrato de leasing que tenía por objeto dicho complejo. La controversia surgió por la falta de estipulación del contrato de compraventa entre HWS y Tacconi.[79] Tacconi, que demanda, invoca que es un supuesto de responsabilidad extracontractual (y por ello, sería competente el juez donde se produjo en evento dañino, o sea, el de Perugia, donde tiene su sede legal) -tal como lo prescribe el art. 5 (3) de la Convención de Bruxelles- , mientras que HWS sostiene que sería contractual (y por consiguiente sería competente el juez del lugar donde la obligación ha surgido o donde debe ser cumplida) -tal como lo prescribe el art. 5 (1) de la Convención de Bruxelles-. Ello es de relevancia, porque implica individualizar la normativa aplicable de la citada Convención de Bruxelles, del 27.09.68. Por ello, la Suprema Corte italiana decidió suspender el proceso y enviar la cuestión en vía prejudicial a la Corte de Justicia Europea, que decidió lo siguiente:

> "En respuesta a las cuestiones planteadas por la Corte Suprema, mediante resolución de 9 de junio de 2000, declara:
> En circunstancias tales como las del litigio principal, caracterizadas por la ausencia de obligaciones libremente asumidas por una de las partes respecto de la otra en ocasión de negociaciones dirigidas hacia la formación del contrato, debido a una eventual infracción de las

[79] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.,* págs. 82-83.

normas jurídicas, en especial de aquella que obliga a las partes a actuar de buena fe en tales negociaciones, una acción fundada en la responsabilidad pre-contractual del demandado es una cuestión relacionada con el agravio (*tort*), acto ilícito o cuasi-delito en el sentido del artículo 5 (3) del Convenio del 27 de septiembre de 1968 sobre Jurisdicción y Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia civil y comercial, modificado por el Convenio del 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; por el Convenio del 25 de octubre de 1982, relativo a la adhesión de la República Helénica, y por el Convenio del 26 de mayo de 1989, referido a la adhesión del Reino de España y la República Portuguesa".[80]

La Convención de Bruxelles ha sido sustituida por el Reglamento (CE) del Consejo N° 44/2001, del 22.12.00, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Por ello, "la responsabilidad precontractual debe ser reconducida a la materia de la responsabilidad extracontractual, según la acepción comunitaria de tal instituto: en particular, la misma podrá ser entendida en relación de species a genus respecto a esta última".[81]

No obstante, el Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11.07.07, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), en el art. 12, *Culpa in contrahendo,* expresa que:

---

[80] "in answer to the questions referred to it by the Corte suprema di cassazione by order of 9 June 2000, hereby rules:
In circumstances such as those of the main proceedings, characterised by the absence of obligations freely assumed by one party towards another on the occasion of negotiations with a view to the formation of a contract and by a possible breach of rules of law, in particular the rule which requires the parties to act in good faith in such negotiations, an action founded on the pre-contractual liability of the defendant is a matter relating to tort, delict or quasi-delict within the meaning of Article 5 (3) of the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, as amended by the Convention of 9 October 1978 on the Accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, by the Convention of 25 October 1982 on the Accession of the Hellenic Republic and by the Convention of 26 May 1989 on the Accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic."

[81] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 95.

"1. La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado.
2. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse mediante el apartado 1, la ley aplicable será:
a) la ley del país en el que se haya producido el daño, independientemente del país en el que se haya producido el hecho generador del daño e independientemente del país o países en los que se hayan producido las consecuencias indirectas del hecho en cuestión, o
b) cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en el que se produjo el hecho generador del daño, la ley de ese país, o
c) si del conjunto de las circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en las letras a) y b), se aplicará la ley de este otro país" (el subrayado es mío).

Como se habrá podido apreciar, la ley aplicable *in primis*, es la del contrato o la del contrato si este se hubiera celebrado. En el considerando 30 de este Reglamento, se aclara que:

"La *culpa in contrahendo* a efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional. Debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. El artículo 12 cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el artículo 4[82]

[82] El cual establece, como *Norma General*, que:
"1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento" (el subrayado es mío).

En el derecho holandés, a raíz de un caso, *Pas vs. Valburg*, decidido por la Hoge Raad, el 18.06.82, que tenía por objeto la construcción de una piscina comunal, se tiene una "aproximación tripartita"[83] de la responsabilidad civil derivada de la ruptura de las tratativas. Así, "en la primera fase los negociadores pueden romper libremente su relación; en la segunda, son todavía libres de hacerlo, pero a costa de indemnizar los gastos en los que hubiera incurrido la otra parte; finalmente, en la tercera, ya no existe libertad de ruptura. Esto sucede cuando la otra parte ha llegado a creer razonablemente que el contrato se celebrará, o cuando se dan otras circunstancias que convierten la ruptura en inaceptable, si bien es cierto que los tribunales son muy cautos a la hora de decidir que en un caso particular se ha llegado a este estadio. Por consiguiente, las negociaciones pueden llegar a una fase en la que ya no es lícito apartarse de ellas y, si eso se llega a hacer, el causante de la ruptura incurre en responsabilidad, cuyas consecuencias pueden alcanzar el llamado interés contractual positivo. Incluso el tribunal puede obligarle a continuar las negociaciones y, según una parte de la doctrina holandesa, también a celebrar el contrato".[84] No obstante ello, "tanto la doctrina holandesa como la jurisprudencia más reciente en los Países Bajos tienden a limitar el alcance de la doctrina dimanante del caso *Plas/Valburg*".[85]

---

2. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país.
3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión".

[83] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.,* pág. 91.

[84] MARÍA PAZ GARCIA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos,* Boletín del Ministerio de Justicia, Año XLV, No. 2130, Gobierno de España, Madrid, abril 2011, pág. 6.

[85] MARÍA PAZ GARCIA RUBIO, *op. cit*., quien cita a J. CARTWRIGHT y a M. HESSELINK.

De esta breve reseña, podemos individualizar los siguientes modelos que califican la naturaleza de la responsabilidad in contrahendo:

a. Como una *sub especie* de responsabilidad civil extracontractual, como es el caso de los modelos jurídicos francés o italiano.
b. Como un supuesto de responsabilidad civil contractual, como el caso del modelo jurídico alemán o el comunitario.
c. Como un supuesto que se puede calificar gradualmente, según el desarrollo de la actividad precontractual, como es el caso del modelo jurídico holandés.

III. Un curioso caso de responsabilidad civil precontractual peruano

Como producto de intensa correspondencia telegráfica desde antes del mes de agosto de 1981, la empresa alemana de automóviles Daimler Benz A.G. (conocida mundialmente como Mercedez Benz), acordó, en marzo de 1982, con un grupo de inversionistas peruanos (en adelante "el Grupo Peruano"), otorgarle su representación general en el país, cuando se cumplieran ciertos supuestos obligatorios, como por ejemplo la compra de un terreno de 15.000 metros cuadrados o la adquisición de un importante stock de repuestos. En estricto cumplimiento de los referidos supuestos, el Grupo Peruano incurrió en elevadas inversiones por los más diversos conceptos, teniendo en consideración la importancia económica que significaba asumir la representación en el país de una de las más prestigiosas compañías de automóviles en el planeta. No obstante ello, la empresa alemana consideró inconveniente formalizar el negocio con el Grupo Peruano, decidiendo otorgar su representación a un segundo inversionista. Como consecuencia, el Grupo Peruano recurrió al Poder Judicial peruano para obtener una indemnización.[86]

Particular importancia tuvo la excepción de prescripción; en efecto, si se entiende que la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual es extracontractual, al ser el plazo de dos años, este ya habría prescrito y si se entiende que es de naturaleza contractual, aún se podría

[86] Hasta aquí, el relato de ALEJANDRO FALLA JARA y de LUIS PIZARRO ARAGUREN, *El problema de los diminutos montos indemnizatorios: dos casos ejemplares y esperanzadores*, Thémis, N° 20, Lima, pág. 96.

solicitar la indemnización, por cuanto es de diez años. En primera instancia, con sentencia del 22.03.88, se amparó esta excepción. Sin embargo, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior, con Resolución N° 2438-5 (Expediente N° 1675-88), del 28.12.88, revocó esta decisión en atención a que:

> "la excepción de prescripción deducida obliga al colegiado a examinar si la indemnización por responsabilidad que se reclama tiene origen en una relación contractual o extra contractual, a cuyo efecto el centro de la controversia jurídica debe concentrase en dilucidar los alcances y significado obligacional de las relaciones habidas así como sus efectos; que aparece de autos que mediante carta con firmas legalizadas de veinte de agosto de mil novecientos ochenta y uno obrante a fojas doscientos ocho, los demandantes y otros miembros del denominado Grupo Peruano solicitaron a la demandada Daimler Benz A. G. su intención de asumir la representación exclusiva de los productos de dicha empresa indicando los compromisos de inversión en efectivo y en inmuebles, con traspaso de los activos de la representación existente en tal momento y expresando que el esfuerzo de inversión requerido suponía de carácter exclusivo de la representación, incluyendo los contratos gubernamentales; que se advierte asimismo, me mediante télex de diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y dos remitido por el denominado Grupo Peruano continuaron las negociaciones, aunque precisando que si se nombrara al señor Schnaider directamente como representante ante determinadas entidades estatales el Grupo Peruano retiraba su oferta; que igualmente consta a fojas doscientos diecinueve el télex y su traducción oficial de fecha quince de marzo de mil novecientos ochenta y dos por el cual la firma Daimler Benz confirmaba las conversaciones sostenidas en Lima el mes anterior referentes a la organización de las representación general, para lo cual se señalaron cinco puntos materia de cumplimiento o posterior definición y si bien es cierto que de dicho télex no puede inferirse jurídicamente que a esa fecha […] se hubiera otorgado la representación general en el Perú a favor de los demandantes, fluye evidente la clara intención y común acuerdo de las partes de constituir dicha nueva repre-

sentación general sobre las bases de dicho télex y que los obligaba a determinadas prestaciones; que, en consecuencia, ha existido conjunción de voluntades con origen en una previa oferta para las bases de un acuerdo definitivo; consecuentemente un recíproco consentimiento y voluntad para suscribir un convenio formal y completo luego de satisfechos determinados requisitos de cumplimiento debido, de todo lo cual resulta que no es amparable la excepción de prescripción sustentada en una situación jurídica extra contractual ajena a un acuerdo de voluntades debiéndose, por tanto, desestimar dicha articulación deducida ciento ochenta y ocho vuelta; que en cuanto al fondo de la materia controvertida demandante y demandado están de acuerdo, que ante la oferta de representación, que efectuó la primera y aceptó la segunda, tuvieron tratativas, llegando a convenir que para tal efecto los actores adquirieran del Grupo Lohoman, a través de la compañía AUTEC sus activos, a efecto de obtener la representación general en el País de la demandada, que toda su productividad económica, lo que se concretizó mediante el télex que corre a fojas doscientos diecinueve su fecha quince de marzo de mil novecientos ochenta y dos, en el cual, asimismo se precisa sus exigencias; que los actores a posteriori cumplieron totalmente como se evidencia de las pruebas actuadas en autos; pues acordó con el grupo Lohoman, la compra de todos sus archivos en el País al que se contraían en las compañía AUTEC, así como de la exigencia del terreno de quince mil metros cuadrados donde debería levantarse los talleres y oficinas como la provisión de la suma de tres millones de dólares americanos, exigidos como mínimo para los efectos de una mejor operatividad en los derechos y obligaciones a asumir; pues de estos hechos se evidencia, que los actores y la demandada fijaron acuerdos precisos consecuentemente a la luz de la doctrina constituyen un contrato obligatorio para ambas partes, pues la obligación es un vínculo entre personas naturales jurídicas determinadas en el momento de formarse, o, que deben estarlo al momento de formarse o que deben estarlo al momento de cumplirse. De modo que es entre las personas que la obligación produce sus consecuencias; aún más considerando que las convenciones son BONAE FIDES, en que declina el rigor del derecho, para hacer lugar a la equidad, el uso

o la ley que se derivan de ellas; vale decir que los contratantes no tienen necesidad de indicar cuándo contratan lo las consecuencias derivadas del contrato, presumiéndose que la consintieron implícitamente, si no resulta lo contrario, que a mayor abundamiento en los contratos se debe indagar cual fue la común intención de las partes, sin atenerse, exclusivamente, al temor literal de las palabras. La intención de las partes debe resultar del acuerdo de su libre voluntad , y, por consiguiente de lo que han dicho, y hecho; pero no, de lo que ha dicho y hecho uno solo; consecuentemente deviene imperioso determinar el alcance del alegado incumplimiento que procede calificarse como contrato de bases obtenido en el télex de quince de marzo de mil novecientos ochenta y dos, con relación a lo cual y estando admitido por la demandada el cumplimiento por los miembros denominado Grupo Peruano, de los tres primeros requisitos fijados en dicho télex, el análisis debe recaer sobre la virtualidad jurídica y factual de lo previsto en los puntos cuatro y cinco el mismo; que el punto cuarto consistente en que durante tres años la demandada entregaría a la compañía Diarben del Perú las ventas ante las dependencias estatales encargadas de la seguridad del país, del ejército peruano y del Ministerio del Interior y una modificación de la participación en la comisión con el señor Schnaider, de la cual los actores serían informados a la brevedad; no reviste naturaleza condicionante de supeditación porque no incorpora ninguna obligación directa de cumplimiento a cargo de los demandantes, sino de la demandada, y porque simplemente constituye una confirmación de los acuerdos previamente celebrados; que con la relación a este extremo se evidencia el propósito de la demandada de restringir dicha representación a la compañía Diarben del Perú por un período determinado y con respecto solo a las ventas a clientes estatales identificados con la seguridad del país, manifestándose así una modificación del acuerdo de voluntades ya establecido y reflejado en dichos télex, el contenido del diecinueve de junio de mil novecientos ochenta y dos de fojas doscientos veintisiete que, refiriéndose a una carta del diecisiete de mayo del mismo año, expresa que se nombraría como representante ante todas las entidades estatales a Diarben del Perú, sin restringir la representación ni constreñirla exclusiva-

mente a las encargadas de la seguridad del país como son el Ejército y el Ministerio del Interior; que este planteamiento modificatorio de la demanda también aparece recogido en su télex de veintiséis de agosto de mil novecientos ochenta y dos corriente a fojas doscientos cuarenta y dos; en él positivamente excluye de la representación a cargo del Grupo Peruano a las entidades semiestatales y del sector público ajenas a las la seguridad del país, posición modificatoria esta que supone un cambio fundamental de las circunstancias bajo las cuales el denominado Grupo Peruano había venido negociando y ejecutando sus obligaciones; que en lo que respecta al denominado quinto requisito o condición del télex de quince de marzo de mil novecientos ochenta y dos, al igual que el cuarto era de evidente responsabilidad de la demandada, pues en él se indica una obligación de información a la brevedad acerca de los repuestos y otros puntos, no habiéndose demostrado en autos que la demandada haya cumplido con suministrar tal información; que, con el contrario, se halla acreditado y aceptado por la demandada que los actores integrantes del Grupo Peruano cumplieron con los tres requisitos a su cargo de comprar el terreno de quince mil metros cuadrados, disponer y aportar el capital de tres millones de dólares y convenir el traspaso del personal y activos de la compañía Autec en el Perú, a lo que posteriormente se agregó el aporte del local de la fábrica SANIVET requiriendo la demanda edificar dos mil metros cuadrados; que sin embargo, la modificación unilateral de compromisos por parte de la demandada sobre el punto cuarto ya al aludido y la falta de cumplimiento del quinto convenio que fue anterior a la suscripción del contrato definitivo y entrada en vigencia de la representación, por lo que no resulta atendible el extremo de la demanda en el que se reclama lucro cesante por los beneficios de la representación por cinco años por no existir todavía una expectativa contractual definitiva y formal que pudiera justificar tal esperanza de lucro cesante por dicho período, máximo si se tiene presente que la demandada solo tenía voluntad de conceder representación por un año renovable; empero, es evidente que a instancias y a requerimiento de la demandada los actores cumplieron con las inversiones requeridas a fin de recibir el contrato y que las mismas se frustraron, por lo que es procedente

que en atención a la magnitud de inversión e importaciones de Brasil y Argentina comprometidos, la rentabilidad del negocio hubiera supuesto el primer año una suma no menor a los trescientos mil dólares americanos; que en lo que respecta al daño emergente la demandada ha admitido y está probado que se cumplieron los requisitos de inversión dineraria, compra de terreno y preparación de planos lo que importó efectivas erogaciones de los actores, por lo que son de atender el extremo relativo a la compensación por gastos inmobiliarios por un valor de doscientos dieciséis mil ciento veintiún dólares americanos, así como el extremo referente a la compensación por intereses por capital paralizado, ascendentes a quinientos dieciocho mil quinientos treinta dólares americanos; que respecto a los extremos de indemnización por daños emergentes de otra índole y pérdida de la operación por el Grupo Lohmann GMBH y AUTEC procede apreciarlos prudencialmente en cincuenta mil y cien mil dólares, respectivamente; por cuyos fundamentos y estando a lo dispuesto en los artículos mil trescientos veinte y mil trescientos veintitrés del Código Civil derogado de mil novecientos treinta y seis, aplicable al caso de autos, concordante con los artículos mil cuatrocientos dieciocho y dos mil ciento veinte del Código Civil vigente: CONFIRMARON la sentencia de fojas quinientos treinta y cinco, su fecha veintidós de marzo último, en el extremo que declara infundada la excepción de incompetencia deducida por la demandada; la REVOCARON en los extremos que declara fundadas las excepciones de prescripción y falta de personería deducidas por la demandada y declara infundada demanda en todos sus extremos, reformándola: declararon: INFUNDADAS dichas excepciones, y FUNDADA en parte de la demanda de fojas dos a cincuenta y, en consecuencia, ORDENARON que la empresa Daimler Benz A. G. pague a los demandantes la suma de un millón ciento ochenta y cuatro mil seiscientos cincuenta y un dólares americanos por los conceptos enumerados en la parte considerativa de este fallo; con costas; y los devolvieron.- Enmendado de fojas doscientos cuatro.- Vale.- Entrelíneas: ciento.- Corre.- (el subrayado es mío)".

Entonces, de una interpretación de este colegiado superior, el estado de las tratativas había avanzado a un punto de "contractualización" de la relación jurídica entre quienes las iniciaron. En efecto, de la comunicación en la que se acuerdan cinco puntos materia de cumplimiento "fluye evidente la clara intención y común acuerdo de las partes de constituir dicha nueva representación general". En palabras de un *common lawyer*, surgió la "expectativa razonable" de conclusión del contrato. Sin embargo, ello no "contractualiza" la relación, sino que hace surgir la responsabilidad y, atendiendo a la tradición jurídica nacional, que se asimila a la italiana y a la francesa -no a la alemana- debió ser encuadrada como extracontractual. Salvo que se pretenda asimilar el modelo holandés de *responsabilidad in crescendo*…Otro aspecto que merece poner de relieve es que se considera el resarcimiento del interés negativo, es decir, los gastos asumidos (que han sido entendidos como daño emergente) y no del interés positivo (calificado en esta resolución como lucro cesante).

La Corte Suprema, con sentencia del 07.01.91 (Expediente N° 462-89) decidió, con voto de mayoría, que:

> "EXPEDIENTE N° 462-89
> LIMA
> Lima, siete de enero de Mil novecientos noventa y uno. VISTOS; en discordia; por sus fundamentos pertinentes; y CONSIDERANDO: que por carta del veintisiete de agosto de mil novecientos ochenta y uno de fojas doscientos ocho, los actores en unión de otras personas formularon una oferta de contrato a la demandada Daimler Benz A.G., la que a solicitud de ella fue objeto de sucesivas prórrogas y de intenso intercambio de correspondencia telegráfica entre las partes, sobre las condiciones del negocio y contrato a concertar, concretándose al efecto reuniones en febrero de mil novecientos ochenta y dos como consecuencia de las cuales la firma demandada, en marzo de dicho año, por télex corriente en traducción oficial a fojas doscientos diecinueve se dirige al grupo inversionista ofertante, manifestando en el mismo la voluntad de la demandada que dicho grupo asuma su representación general en el Perú cuando se cumplieran ciertos supuestos obligatorios para ambas partes, tres de los cuales eran de cargo de los actores y su grupo y los dos restantes eran de cumpli-

miento a cargo de la ofertada; que en ejecución de sus prestaciones el grupo demandante ha incurrido en elevadas inversiones y gastos para el negocio, sin que la demandada atendiera las suyas, pues decidió modificar los alcances de la representación privándola de su carácter para dar intervención a un tercero sobre bases diferentes a las convenidas en el punto cuatro del citado documento que contiene el convenio de bases, negándose en consecuencia a suscribir el contrato de representación en los términos acordados, reflejados en dicho télex, a raíz de las cuales se frustraron las inversiones efectuadas cuyo cumplimiento ha reconocido en forma expresa la demandada al contestar la demanda, lo mismo que se frustraron las expectativas de ganancia del negocio en proceso, por lo que demanda indemnización por daño emergente, económico y moral y por el lucro cesante dejados de percibir; que alegando la demandada en su contestación que si bien los actores cumplieron con los presupuestos a su cargo previos al otorgamiento de la representación quedaron los puntos cuatro y cinco del télex pendientes de acuerdo, sosteniendo por tanto que no llegó a concluirse el contrato por falta de conformidad sobre todos sus extremos, de suerte que las inversiones ejecutadas por los demandantes se hicieron en la fase de la negociación precontractual y de resultas de ello la indemnización reclamada es extracontractual, por lo que dedujo la excepción de prescripción; que en este orden de ideas la controversia se centra en la existencia o no de una relación jurídica contractual entre las partes, para cuya determinación debe estarse no solo a las voluntades documentadas, sino a los actos ejecutados que permiten ilustrar los alcances de la correspondencia cursada, advirtiéndose a estos fines que el télex de fojas doscientos diecinueve pone de relieve la existencia de acuerdos firmes en lo que atañe a su contenido y decisión de las partes de suscribir el contrato de representación cuando la demandante hubiera cumplido sus tres prestaciones y ello puso fin a las tratativas existentes hasta entonces, como se advierte de su propio texto, en la que la demandada se obliga a asegurar con un convenio las inversiones de los actores y todo ello aparece refrendado, pues por actos de la demandada posteriores al télex supradicho ella consideraba que el mismo recogía determinados acuerdos firmes ya es-

tablecidos conducentes al contrato futuro, porque de otro modo no se explica el que por los documentos de fojas doscientos veintidós, doscientos veinticinco y doscientos treinta y cinco expresara su conformidad con proyectos de instalaciones, sugiriera la compra adicional de un terreno de quince mil metros y la edificación de dos mil metros cuadrados e indicase que enviara determinados planos de edificación, agregando textualmente la demandada que la firma definitiva del contrato solo dependía de la edificación y construcción según sus conceptos de planos que enviaría para su revisión por los actores, de donde se colige que respecto de los puntos, contenidos en el télex existía conformidad y consentimiento mutuo sobre deberes de cumplimiento recíproco en que uno se corresponde con otros, pues carecerían de sentido las exigencias de la demandada, si ella misma no tenía ni asumía obligaciones a cambio, o dependían de futuras tratativas, y si que si bien esas obligaciones mutuas apuntaban a un contrato futuro pendiente de firma, no por ello quedan excluidas de la órbita contractual en la que la doctrina más moderna incorpora los llamados convenios de base, contratos preparatorios, contratos para contratar que implican poner fin a negociaciones sobre las estipulaciones ya acordadas, sin perjuicio de continuar negociaciones sobre otros puntos complementarios o de detalle que de momento no pueden fijarse; que estos acuerdos previos en cuanto derivan de un vínculo asumido libre y voluntariamente para regular negociaciones jurídicas patrimoniales, en modo alguno pueden marcarse en el ámbito de la responsabilidad extrancontractual, la que por esencia no surge de declaraciones de voluntad, sino de circunstancias accidentales que no revelan voluntad de vínculo jurídico entre sujetos, como sí ocurre en el caso de autos; debiendo destacarse además que mientras la responsabilidad extracontractual nace con el daño no querido, en la contractual el daño es provocado por incumplirse la previa relación querida, de manera que en el caso sublitis no es dable sostener responsabilidad extracontractual ni tampoco culpa pre-contractual o in- contrahendo, toda vez que el télex y las conductas posteriores revelan que las partes ya habían contraído en firme ciertas obligaciones recíprocas de preceptiva observancia conducentes al contrato definitivo, cuyo resarcimiento no

puede tener connotación extra-contractual cuando el daño deriva de incumplimiento de compromisos; que la inejecución de los mismos no puede en el caso de autos considerarse como actos o conductas faltos de la buena fe que debe presidir las negociaciones, porque el télex en cuestión había puesto fin a las tratativas sobre un contenido ya determinado para el contrato futuro; y por tanto el examen de las conductas debe practicarse en relación con ese contenido cuya existencia no se discute y si él creaba la obligación de firmar el contrato sobre ciertas premisas ya fijadas cuando se cumplieran prestaciones que se admite que se cumplieron, es coherente que el incumplimiento de celebrar el contrato no puede calificarse como culpa leve, por omisión de diligencia debida en la negociación o en la ejecución, sino a deliberada intención de no cumplir la obligación asumida para así poder dar cabida en el negocio a un tercero en términos diferentes de los comprometidos con los actores, a quienes de conformidad con el artículo mil trescientos veinte del Código Civil de mil novecientos treinta y seis, el incumplimiento de la obligación de la demandada no solamente debe resarcírseles el daño patrimonial provocado, sino la ganancia que era de legítima expectativa y repararles el perjuicio moral irrogado a su imagen empresarial; que en estos extremos, si bien la sentencia de vista contempla una adecuada indemnización por gastos inmobiliarios y capital paralizado en función de la prueba actuada, no ocurre lo mismo al fijar en trescientos mil dólares por un año por lucro cesante, en cincuenta mil dólares la indemnización por (……) tal de seiscientos treinta y ocho mil quinientos dólares y cien mil dólares la indemnización por la pérdida en la operación con el grupo Lohmann que se demandaron por ochocientos noventa y tres mil novecientos dólares, extremos en que resulta evidente que se omitió evaluar la magnitud y responsabilidad del negocio determinado por el capital objeto de inversión, el porcentaje de ganancia, así como que son siete el número de empresarios demandantes, por lo que resulta atendible compensar adecuadamente dichos perjuicios, que no es susceptible de prueba en monto preciso, todo con arreglo al artículo mil trescientos veintitrés del Código Civil derogado y artículos mil trescientos veintidós y mil trescientos treinta y dos del Código

Civil vigente debiendo valorarse equitativamente en base a los criterios expresados, fijándose prudencialmente en novecientos mil dólares el lucro cesante, en cincuenta mil dólares para cada uno de los demandantes por daños personales y morales y en doscientos mil dólares por la pérdida en la operación Lohmann; que si bien el artículo mil trescientos treinta y cuatro del Código Civil actual establece que en caso de obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiere ser determinado por resolución judicial incurre en mora el demandando desde que es citado con la demanda, lo que implica una actualización con intereses del valor de la reparación a la fecha de la sentencia, y que dicho artículo es de aplicación para todas las demandas interpuestas con posterioridad a la entrada en vigor del citado código, también es cierto que tales intereses no han sido expresamente solicitados en la demanda como pretensión de la misma, aunque hayan sido reclamados al adherirse los actores al recurso de nulidad, por cuyas razones se trata de un punto no demandado ni controvertido que no puede ser materia de resolución judicial en este procedimiento sin perjuicio del derecho dejos actores para que hagan valer su pretensión conforme a Ley: declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas quinientos noventa, su fecha veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, que confirmando en un extremo y revocando en otro la apelada de fojas quinientos treinta y cinco, fechada el veintidós de marzo del mismo año, declara infundadas las excepciones de incompetencia, prescripción y falta de personería; y fundada en parte la demanda de fojas dos y ordena que la empresa Daimler Benz A.G. pague a los demandantes la suma de doscientos dieciséis mil ciento veintiún dólares por gastos inmobiliarios y quinientos dieciocho mil quinientos treinta dólares por capital paralizado; declararon HABER NULIDAD en la propia resolución de vista en los extremos que manda pagar trescientos mil dólares por lucro cesante, cincuenta mil dólares por daño personal y moral y cien mil dólares por pérdida en la operación con el grupo Lohmann, reformándola: FIJARON en novecientos mil dólares por lucro cesante, cincuenta mil dólares para cada uno de los demandantes por daño personal y moral, y doscientos mil dólares por pérdida en la operación con el grupo Lohmann

> y en consecuencia, MANDARON que la empresa Daimler Benz A.G. pague a los actores la cantidad total de dos millones ciento ochenta y cuatro mil seiscientos cincuenta y un dólares; o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio del día de pago; dejándose a salvo el derecho de los actores para el cobro de intereses; sin costas; en los seguidos por Jorge León Adrianzen y otros con Daimler Benz A.G. sobre indemnización; y los devolvieron. Interviniendo el doctor Gallegos Guevara de conformidad con el artículo ciento veintitrés de la Ley Orgánica del Poder Judicial" (el subrayado es mío).

Lamentablemente, no he podido acceder a los votos de discordia (por cuanto, curiosamente, el expediente principal es "no habido"). Sin embargo, las críticas que merece el voto de la mayoría son:

1. Se parte de la premisa que no se está discutiendo quién es el responsable, sino qué régimen de responsabilidad se debe aplicar.

2. La parte demandada argumenta que dos de las exigencias destinadas a establecer la representación con la demandante (contenidas en dos puntos) no fueron cumplidas. No obstante, en el voto de la mayoría, se afirma que no hay que tener en cuenta "solo a las voluntades documentadas", sino "a los actos ejecutados" y, como ya se cumplieron tres prestaciones, ya hay un "contrato preparatorio".

3. Es menester tener presente la diferencia entre la fase pre-contractual y un contrato preparatorio. En efecto, el art. 1414 C.C. define que:

> "Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo".

Y el art 1415 C.C. norma que:

> "El compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo".

4. De los antecedentes, resulta que se fijaron unos requisitos para proceder a celebrar el "contrato de representación" (rectius, mandato con representación), siempre y cuando se cumplan con determinados

requisitos, justamente, porque aún no se quería contractualizar la relación. Ergo, no hay "contrato preparatorio".

5. Los vocales firmantes del voto de mayoría, persuadidos por la fantasía interpretativa de los abogados de la parte demandante, "contractualizan" esta etapa en atención a que:

> "El télex en cuestión había puesto fin a las tratativas sobre un contenido ya determinado para el contrato futuro; y por tanto el examen de las conductas debe practicarse en relación con ese contenido cuya existencia no se discute y si él creaba la obligación de firmar el contrato sobre ciertas premisas ya fijadas cuando se cumplieran prestaciones que se admite que se cumplieron".

6. La pregunta es -tratando de seguirle un hilo lógico a este razonamiento-: si existía la obligación de firmar el contrato en atención a ciertas premisas que, en su totalidad, no se habían cumplido, ¿hay contrato? La respuesta correcta es la negativa y, por consiguiente, el régimen de responsabilidad -al menos, dentro de nuestro sistema- debió y debe ser extracontractual.

7. Evidentemente, la "fantasía interpretativa" fue una estrategia de los abogados de la parte demandante ya que, si se iba por responsabilidad extracontractual, la excepción de prescripción era fundada. Era más ventajoso ir por la responsabilidad contractual (que, como se sabe, tiene un plazo de 10 años).

IV. El rol protagónico de la buena fe en la responsabilidad precontractual

En doctrina, se distinguen las reglas de validez (que influyen en la validez del acto jurídico) de las reglas de comportamiento (que operan exclusivamente en el terreno resarcitorio). En sentido crítico, "el principio de buena fe precontractual ex art. 1337 C.C. Ita. era considerado expresión paradigmática de las reglas de comportamiento. Según los autores de esta orientación, por efecto del combinado dispuesto de los arts. 1337 y 1° párr. del 1418 C.C. Ita.[87], la violación del deber de comportarse según la

[87] El cual dispone que el contrato es nulo cuando es contrario a las normas imperativas, salvo que la ley disponga diversamente.

buena fe en el curso de las tratativas habría comportado la nulidad del contrato eventualmente estipulado, por violación de una norma imperativa".[88] Frente a ello, en dos sentencias de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana (N° 26.724 y 26.725, del 19.12.07), se afirma que:

> "El asunto según el cual, en la moderna legislación (también por incidencia de la normativa europea), la distinción entre normas de validez y normas de comportamiento estaría desapareciendo y sería un fenómeno de movilización del principio de buena fe en el terreno del juicio de validez de acto no es suficiente para demostrar el ya producido apartamiento del mencionado principio en el sistema del código civil. Que tal distinción, a menudo respaldada por la doctrina, está fuertemente enraizada en los principios del código civil es difícilmente contestable. Para persuadirse, es suficiente considerar cómo este deber fundamental pesa sobre cada contrayente de comportarse según corrección y buena fe -inmanente al interior de todo el sistema jurídico, en cuanto conduce al deber de solidaridad fundado en el art. 2 Const. Ita., y es subyacente en casi todos los preceptos legales de comportamiento de las partes en una relación negocial (…)-; el Código Civil haga descender consecuencias que pueden, en determinadas condiciones, también reflejarse sobre la sobrevivencia del acto (como en el caso de la anulación por dolo o violencia, de la rescisión por lesión enorme o de la resolución por incumplimiento) y que en todo caso generan responsabilidad resarcitoria (contractual o precontractual), pero que, por ello mismo, evidentemente, nunca son considerados tales de determinar la nulidad radical del contrato (a lo sumo, eventualmente anulable, rescindible o resoluble), aunque la obligación de comportarse con corrección y buena fe tenga indiscutiblemente carácter imperativo. Y esto también porque el señalado deber de buena fe y los deberes de comportamiento en general están infaltablemente ligados a circunstancias del caso concreto para poder surgir, en vía de principio, a requisitos de validez que la certeza de las relaciones impone verificar según reglas predefinidas".

[88] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, págs. 218-219.

En particular, en la Sentencia N° 26.724, se sostiene que:

> "La violación de la obligación de comportarse según buena fe en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato asume relieve no solo en el caso de ruptura injustificada de las tratativas, o cuando sea estipulado un contrato inválido o ineficaz, sino también si el contrato concluido sea válido; pero resulte perjudicial para la parte que es víctima del comportamiento incorrecto y en tal hipótesis el resarcimiento del daño debe ser medido según la menor ventaja, o el mayor agravio económico producido por el comportamiento tenido en violación de la obligación de buena fe, salvo que sea demostrada la existencia de daños ulteriores que estén vinculados con dicho comportamiento por un comportamiento rigurosamente consecuencial y directo".

Ello implica que la responsabilidad precontractual puede ser invocada no solo cuando no llega a término la conclusión del contrato, sino cuando habiéndolo perfeccionado, sea celebrado en condiciones perjudiciales para la parte víctima del comportamiento contrario a la buena fe.[89] En mi opinión, si entendemos que la denominada responsabilidad precontractual queda subsumida en las reglas de la responsabilidad extracontractual, se incurre en un salto lógico, al afirmar que cabría aplicar estas últimas incluso cuando no se cuestiona la validez del contrato, sino el perjuicio a una de las partes. Creo que en este supuesto (salvo que se trate de lesión, en cuyo caso se plantea la rescisión ex art. 1447 C.C.), se aplicarían las normas de responsabilidad contractual (ya que, como se ha observado, no se cuestiona la validez del acto, sino una redistribución de costos y beneficios entre las partes). Piénsese en el caso del dolo incidental, regulado en el art. 211 C.C. El hecho de que el principio de la buena fe atraviese por las distintas fases del iter contractual (art. 1362 C.C.) no debe ser un obstáculo para identificar si estamos frente a un problema (por cierto, no excluyente) de validez o de responsabilidad (y dentro de esta, delimitar si es contractual o extracontractual).

El § 90 del Restatement Second of Contracts (1962-1979) establece lo siguiente:

[89] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 222.

> "A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires".[90]

Se sostiene que esta *reasonably expect* (confianza razonable) "es extremamente flexible: la posibilidad de revisar una confianza connotada por el requisito de razonabilidad es, como tal, susceptible de ser tutelada mediante el recurso a la § 90 en objeto, diversa según el contexto en el cual la promesa ha sido formulada. En particular, se deberá tener en cuenta: (*i*) si el *enforcement* de la promesa constituya el único medio a disposición para evitar una injusticia; (*ii*) si tal confianza sea razonable en relación al remedio invocado; (*iii*) las modalidades con las cuales la promesa ha sido efectuada; (*iv*) hasta qué punto las diferentes funciones a las cuales el requisito de la forma absuelve (documental, preventiva o de disuasión) se adecúen a las prácticas comerciales y viceversa; (*v*) hasta qué punto son de relieve otras consideraciones de política de derecho como, por ejemplo, el *enforcement* de los acuerdos y la prevención del enriquecimiento injustificado".[91]

La Sección 8 (d)[92] del *National Labor Relations Act* (1935) establece que:

> "A los efectos de esta sección, negociar colectivamente es la <u>ejecución de la obligación mutua del empleador y el representante de los trabajadores de reunirse las veces necesarias y negociar de buena fe</u> sobre los salarios, horas y otros términos y condiciones de trabajo o, la negociación de un acuerdo o cualquier otro problema que surja en virtud del mismo, así como la ejecución de un contrato escrito que incorpore cualquier acuerdo alcanzado a petición de cualquiera de las partes; <u>dicha obligación no impone a las partes el deber de</u>

[90] "Una promesa que el promitente razonablemente esperaría para inducir la acción o tolerarla por parte del destinatario de la promesa o de un tercero, la cual [*la promesa*] induce tal acción o tolerancia es vinculante si la injusticia puede ser evitada solo mediante la ejecución de la promesa. El remedio concedido por el incumplimiento podrá ser limitado según el requerimiento de la justicia".
[91] Laura M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 37.
[92] 29 U.S.C. §§ 151-169.

aceptar una propuesta o requerir la realización de una concesión: Previsto que allá donde exista efectivamente un contrato de negociación colectiva que protege a los empleados de una empresa relacionada con el comercio, la obligación de negociar colectivamente también significará que ninguna de las partes de dicho contrato deberá terminar o modificar dicho contrato, a menos que la parte desee tal rescisión o modificación".[93] (El subrayado es mío).

La Sección 1221 (e) del Federal Automobile Dealers Franchise Act, de 1982, más conocido como el *Automobile Dealer´s Day in Court Act* (ADDA), dispone que:

"El término 'buena fe' significará el deber de cada parte en cualquier franquicia, y de todos los funcionarios, empleados o agentes de los mismos a actuar de una manera justa y equitativa el uno hacia el otro, con el fin de garantizar a una parte la libertad de la coerción, la intimidación, o amenazas de coacción o intimidación proveniente de la otra parte: a condición de que la recomendación, patrocinio, exposición, persuasión, requerimiento o argumento no será considerado como una falta de buena fe".[94]

La actual versión del *Uniform Commercial Code* define la buena fe, en la Sección 1-201 (20), de la siguiente manera:

[93] "For the purposes of this section, to bargain collectively is the performance of the mutual obligation of the employer and the representative of the employees to meet at reasonable times and confer in good faith with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment, or the negotiation of an agreement or any question arising thereunder, and the execution of a written contract incorporating any agreement reached if requested by either party, but such obligation does not compel either party to agree to a proposal or require the making of a concession: Provided, That where there is in effect a collective- bargaining contract covering employees in an industry affecting commerce, the duty to bargain collectively shall also mean that no party to such contract shall terminate or modify such contract, unless the party desiring such termination or modification-".

[94] "The term "good faith" shall mean the duty of each party to any franchise, and all officers, employees, or agents thereof to act in a fair and equitable manner toward each other so as to guarantee the one party freedom from coercion, intimidation, or threats of coercion or intimidation from the other party: Provided, That recommendation, endorsement, exposition, persuasion, urging or argument shall not be deemed to constitute a lack of good faith".

> "Honestidad y observancia de los criterios comerciales razonables del negocio justo". [95]

En el caso específico de las tratativas, "la buena fe se configuraría como *tort* y lo que adquiriría importancia para el ordenamiento sería la violación de un deber de negociar en buena fe (*breach of the duty to negotiate in good faith*). En particular, constituirían ejemplos de comportamientos incorrectos: (*i*) negociar sin la real intención de concluir la estipulación de un contrato final; (*ii*) abusar del derecho de apartarse de las negociaciones (ruptura injustificada de las tratativas); (*iii*) estipular un contrato, teniendo desde el inicio la intención de no ejecutarlo; (*iv*) emprender las negociaciones sin tener en la debida consideración el riesgo, muy probable, de no estar en grado de cumplir la prestación, una vez concluido el contrato; (*v*) no revelar la existencia de vicios notorios en los bienes objeto del contrato estipulado; (*vi*) aprovechar indebidamente la superioridad del poder negocial para concluir un acuerdo en condiciones inicuas para la contraparte".[96]

El § 205 del *Restatement Second of Contracts*, regula lo siguiente:

> "Todo contrato impone a cada una de las partes la obligación de buena fe y de lealtad negocial en su cumplimiento y ejecución".[97]

Se afirma que: "en el *Restatement*, si bien no se reconozca expresamente la existencia de un principio general de buena fe contractual, sin embargo se admite la posibilidad de configurar la figura de la *bad faith in negotiation*, sometiéndola a sanciones y remedios específicos".[98] En este sentido, la doctrina norteamericana, ha "conducido a unidad el sistema de las *piecemeal solutions* (soluciones fragmentarias); en particular, los remedios de la *law of tort*, *of restitution* y algunos remedios de matriz contractual, absolverán la común función de sancionar determinados comportamientos considerados inaceptables y que, mediante un procedimiento de abstracción, podrían considerarse como violaciones de un implícito principio de buena fe precontractual".[99]

---

[95] "honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing".
[96] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, págs. 146-147.
[97] "Every contract imposes upon each party a duty of good faith and far dealing in its performance and its enforcement".
[98] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 152.
[99] LAURA M. FRANCIOSI, op. cit., págs. 152-153, quien cita a KESSLER y FINE.

La jurisprudencia norteamericana no es pacífica. En el caso *Hoffman v. Red Owl*, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965), ambas partes estuvieron en una larga y extenuante tratativa, en virtud de la cual Hoffman había hecho una serie de desembolsos en la confianza de la estipulación de un contrato de *franchaising*, a efectos de abrir un punto de ventas de la cadena de supermercados Red Owl. Ello en función de las afirmaciones del representante, Lukowtitz, respecto del monto del capital con el cual contaba Hoffman para la afiliación. Después de dos años, Red Owl no suscribió el contrato definitivo, argumentando que encontró un mejor franchisee.[100] La Corte Suprema de Winsconsin amparó a Hoffman aplicando el promissory estoppel. Sin embargo, las Cortes de Illinois van en un sentido opuesto. Así, en el caso *Feldman v. Allengheny Int'l Inc.*, 850 F. 2d. (7th. Cir. 1988) se decidió que[101]:

> "En una transacción comercial ambas partes tratan de obtener supuestamente lo mejor del acuerdo. Esa es la esencia de la negociación y el libre mercado. En este sentido uno no puede calificar al propio interés como mala fe. Ninguna demanda concreta en las negociaciones podría calificarse de deshonesta, incluso si esta pareciese indignante a la otra parte. El recurso adecuado es alejarse de la mesa de negociación, no así demandar por 'mala fe' en las negociaciones".[102]

En el caso *Original Great American Chocolate Chip Cookies C. v. River Valley Cookies*, Ltd., 970 F. 2d 273 (7th Cir. 1992), se advierte que:

> "El Derecho contractual no exige a las Partes el comportarse de manera altruista el uno hacia el otro, esto no proviene de la filosofía que yo soy el guardián de mi hermano. Esa filosofía puede animar el derecho de las obligaciones fiduciarias pero las partes de un contrato no son mutuamente fiduciarios".[103]

[100] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit*., pág. 32.
[101] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit*., pág. 154.
[102] "in a business transaction both sides presumably try to get the best of the deal. That is the essence of bargaining and free market. So one cannot characterize self-interest as bath faith. No particular demand in negotiations could be termed dishonest, even if it seemed outrageous to the other party. The proper recourse is to walk away from the bargaining table, not to sue for 'bad faith' in negotiations".
[103] "Contract law does not require parties to behave altruistically toward each other; it does not proceed on the philosophy that I am my brother's keeper. That

Sin embargo, "se está consolidando paulatinamente una orientación mayoritaria decididamente alienada hacia el reconocimiento de un principio de buena fe precontractual. La actividad argumentativa de tal orientación se ha simplificado por el reclamo a los datos normativos pre-existentes, en los cuales no es revisable ninguna referencia explícita al deber de negociar de buena fe, adicionalmente a la consideración que, los remedios existentes puestos a disposición a las partes involucradas en las tratativas -sintetizables en el conjunto de las denominadas *piecemeal solutions*- hacer superfluo el recurso a tal principio".[104]

En el *common law* inglés, existe un "grado de rigidez por parte del ordenamiento en lo que concierne a daños precontractuales", por cuanto "principios generales como la *culpa in contrahendo* o *responsabilité précontractuelle* son observados con notable sospecha por el derecho inglés"[105]. Así, en el leading case Walford vs. Miles, la House of Lords rechazó la existencia de un deber precontractual de buena fe, afirmando que:

> "El concepto de un deber de negociar de buena fe es intrínsecamente incompatible con la posición antagonista de las partes involucradas en las tratativas. El deber de negociar de buena fe por un lado no puede funcionar en la práctica y, por el otro, es del todo inconsistente con la posición de la parte involucrada en la negociación".[106]

En el derecho francés, el *Code civil* no disciplina expresamente el fenómeno de los *pourparlers*. Con respecto a la autonomía privada, las partes involucradas en una tratativa tienen el derecho de estipular en contrato final como de no concluirlo[107] e, incluso, hacer tratativas paralelas. Sin embargo, la regla general en materia de responsabilidad precontractual

philosophy may animate the law of fiduciary obligations but parties to a contract are not each other's fiduciaries".

[104] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 180.

[105] D.K. ALLEN, citado por LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 52.

[106] "The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations (…). A duty to negotiate in good faith is an unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party" (Walford vs. Miles, [1992] 2 W.L.R. 174, 181 (H.L.), citado por LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 39).

[107] J. CEDRAS, citado por LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 58.

"es que las partes son libres de apartarse de las tratativas solo en presencia de una justa causa y, cuan esté más avanzado el proceso negocial, tanto más riguroso será el requisito de la presencia de una válida razón".[108] La patología de la fase negocial se regula por los principios del ilícito civil. No obstante, "el requisito de un daño cierto pone límites a la tipología y a la entidad del daño resarcible".[109] Dado que no es un hecho cierto la conclusión del contrato, "el rompimiento de las tratativas legitimaría a la parte dañada al resarcimiento, si es el caso, exclusivamente de la pérdida de la chance de concluir dicho contrato".[110]

Por otro lado, "el requisito del nexo causal, si bien ha sido raramente objeto de discusión en los casos de responsabilidad precontractual, podría revelarse crucial para la definición de la controversia".[111] Se afirma que el comportamiento no cooperativo de una parte podría no ser de tal gravedad de justificar la interrupción de las negociaciones, sino, por ejemplo, podría legitimar el pedido de condiciones contractuales diferentes, o de la adopción de un diverso comportamiento pre-negocial de la contraparte (por ejemplo, negación de efectuar fotocopias en el local donde se hace la *due diligence investigation*).[112] El comportarse según la buena fe implica la actuación de deberes específicos, como la corrección y la cooperación.[113] La cuestión de la disciplina de las relaciones precontractuales se enriquece, si se observa bajo la perspectiva del principio del *abus de droit*.[114] Así, "con referencia a las relaciones precontractuales, el apartamiento injustificado de las tratativas o de una conducta negocial que no se centra en el principio de cooperación recíproca configuraría una hipótesis de abuso de la libertad de contratar".[115]

El Código Civil de Lousiana tuvo una reforma en el año de 1985. El art. 1759 establece la obligación de las partes de comportarse según la buena fe. Así:

---

[108] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit*., pág. 59, quien afirma que la Corte de Casación francesa ha reafirmado constantemente este principio.
[109] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit*., pág. 60.
[110] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*
[111] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 61.
[112] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*
[113] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 62.
[114] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit*., pág. 63.
[115] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit*.

> "La buena fe debe regir la conducta del deudor y el acreedor en todo lo referente a la obligación".[116]

Respecto de la fase pre-contractual rige el mismo principio. Por ello, el art. 1983 prescribe que:

> "Los contratos tienen fuerza de ley para las partes y podrán ser disueltos solo por el consentimiento de estas o razones previstas en la ley. Los contratos deben cumplirse de buena fe".[117]

Sin embargo, el art. 1967, que define a la causa como la razón que obliga a las partes, sigue la línea del § 90 del *Restatement Second of Contracts*:

> "La causa es la razón por la cual una parte se obliga. Una parte puede ser obligada por una promesa cuando sabía o debía haber sabido que la promesa induciría a la otra parte a confiar en ella en su propio perjuicio, y la otra parte confiaba razonablemente en ello. La reparación puede ser limitada a los gastos o daños sufridos como resultado de la confianza del destinatario de la promesa en la promesa. La confianza en una promesa gratuita hecha sin las formalidades requeridas no es razonable".[118]

Como se advierte, "la tutela de la confianza precontractual ha terminado por desplegarse según el recorrido de la reliance -aunque declinada en una versión específica, aquella de la confianza perjudicial (*detrimental reliance*)- en vez de desarrollarse según el tradicional canon de de la buena fe precontractual, análogamente a las líneas predominantes de la experiencia estadounidense".[119]

---

[116] "Good faith shall govern the conduct of the obligor and the obligee in whatever pertains to the obligation".
[117] "Contracts have the effect of law for the parties and may be dissolved only through the consent of the parties or on grounds provided by law. Contracts must be performed in good faith".
[118] "Cause is the reason why a party obligates himself.
A party may be obligated by a promise when he knew or should have known that the promise would induce the other party to rely on it to his detriment and the other party was reasonable in so relying. Recovery may be limited to the expenses incurred or the damages suffered as a result of the promisee's reliance on the promise. Reliance on a gratuitous promise made without required formalities is not reasonable".
[119] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 76.

El art. 1.7 (*Buena fe y lealtad negocial*) de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales establece que:

> "(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.
> (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber".

El art. 1:201 (*Buena fe contractual*) de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (1999), preparados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, establece prácticamente lo mismo:

> "(1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe.
> (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo".

Concretamente, en lo que a tratativas se refiere, el art. 2.1.15 (*Negociaciones de mala fe*) de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales norma que:

> "(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.
> (2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.
> (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo".

El art. 2:301 (*Negociaciones contrarias a la buena fe*) de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos también regula que:

> "(1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.
> (2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

(3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte".

El § II.-3:301: *Negotiations contrary to good faith and fair dealing, del Draft Common Frame of Reference*[120] norma que:

"(1) Una persona es libre de negociar y no es responsable por el fracaso en alcanzar un acuerdo.
(2) Una persona que se encuentra comprometida en negociaciones tiene el deber de negociar de acuerdo con la buena fe y el trato justo y no terminar las negociaciones contrarias a la buena fe y trato justo. Este derecho no podrá ser excluido o limitado por contrato.
(3) Una persona que ha incumplido el deber se hace responsable de cualquier pérdida causada a la otra parte por el incumplimiento.
(4) Es contrario a la buena fe y trato justo, en particular, para una persona entrar en negociaciones o continuar con estas sin una intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte".[121]

Sobre este último modelo normativo, "la solución acogida, más que reflejar un *common core* europeo, constituye una síntesis de la soluciones vigentes en los ordenamientos del *civil law,* vinculadas por la referencia

[120] *En Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR*), Outline Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law Edited by Christian VON BAR, Eric CLIVE and Hans SCHULTE-NÖLKE and Hugh BEALE, Johnny HERRE, Jérôme HUET, Matthias STORME, Stephen SWANN, Paul VARUL, Anna VENEZIANO and Fryderyk ZOLL, Sellier, European Law Publishers, 2008.

[121] "(1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
(2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.
(3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.
(4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party".

implícita o explícita del deber de buena fe precontractual".[122] A propósito de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales y de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, lo que es relevante "no es tanto una noción en positivo de buena fe, sino mas bien, el concepto de *bad faith in negotiation*".[123] Por ello, "es un dato compartido que la buena fe precontractual deba ser calificada, *rebus sic stantibus*, como *excluder*".[124] ¿Qué quiere decir esto? Para esta teoría, "la buena fe operaría como "*excluder*" o sea como concepto desprovisto de significado específico, cuya función sería la de excluir del propio perímetro semántico-normativo una serie de conductas incorrectas (bad faith), como tales no admisibles en un determinado ordenamiento jurídico".[125]

Así, "en términos generales, lo que a un determinado ordenamiento (de entenderse en sentido lato, omnicomprensivo de todos los formantes que concurren a componerlo, *in primis* el legislativo) tiene que contemplar son las hipótesis de conducta incorrecta en las tratativas, en vez de guiar a las partes en la individualización de comportamientos virtuosos. Tan indicación podrá deducirse solo a posteriori, una vez estigmatizadas las conductas calificadas de mala fe objetiva. En consideración a ello, es necesario poner de relieve que el mérito (y la fortuna) de la teoría del excluder no ha sido tanto el de crear un quid novi en tema de buena fe, sino mas bien el de haber sabido sistematizar y dar un nombre a un proceso ya existente y en curso de evolución que, prima facie, podía parecer heterogéneo e incoherente. En breve, la calificación de buena fe en términos de *excluder* se coloca como reconocimiento de un fenómeno ya de por si operante al interior de un determinado ordenamiento jurídico"[126].

En la jurisprudencia alemana, el *Bundesgerichsthof*, con sentencia del 10.07.70[127], también tiene en cuenta el comportamiento (en el caso particular, la inercia) del promisario de la oferta, así:

[122] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit*., pág. 229.
[123] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit*., pág. 232, quien advierte que "No es casualidad que se encuentra en todos los modelos objeto de investigación una sustancial correspondencia entre las conductas consideradas perjudiciales y objeto de sanción, porque son contrarias al principio de buena fe (o sancionadas mediante el recurso a diferentes doctrines, consideradas expresión de tal principio" (cit.).
[124] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit*., pág. 233.
[125] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 144.
[126] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, págs. 234-235.
[127] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit*., pág. 242.

> "La conducta o las declaraciones de un sujeto, en el curso de las negociaciones, hacen surgir a la contraparte una legítima confianza acerca de la estipulación del contrato final; no obstante ello, tal conducta o tales declaraciones no vinculan por un tiempo indeterminado (…). En efecto, no solo la conducta de este, sino también la de la contraparte deberá ser evaluada a la luz del principio de la buena fe (§ 242 BGB). En atención a tal principio, la contraparte debe, en particular, activarse para obtener una aclaración acerca de las reales intenciones del primero; en particular, si este quiera o no estipular efectivamente el contrato definitivo".

En materia de carga probatoria, la Corte de Casación italiana (Sección III), con sentencia N° 15.040, del 05.08.04[128], precisa que:

> "La responsabilidad precontractual que deriva de la violación de la regla de conducta puesta por el art. 1337 C. C. Ita. en tutela de la concreta conclusión del *iter* formativo de negocio, constituye una forma de responsabilidad extracontractual, a la cual se aplican las reglas en tema de distribución de la carga de la prueba; de ello se colige que, cuando los extremos del comportamiento ilícito se generen por el apartamiento injustificado de una parte (en un contexto connotado por la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato), no pesa en quien se aparta la prueba que el propio comportamiento corresponde a los cánones de la buena fe y corrección, sino incumbe, por el contrario, sobre la otra parte la carga de demostrar que el apartamiento rebasa los límites de la buena fe y de la corrección, postulados por la norma *de qua*".

De esto se deriva que, al ser un supuesto que se encuentra incluido dentro de la responsabilidad extracontractual, deben concurrir los siguientes requisitos[129]:

> i) El avanzado estado de las negociaciones, tales de generar la confianza acerca de la conclusión del futuro contrato.
> ii) El hecho de que el apartamiento sea injustificado, circunstancia

[128] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 247.
[129] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*

cuya prueba debe ser asumida por la parte que se haya perjudicado con el apartamiento.
iii) La subsistencia de un daño ocasionado justamente por el injustificado apartamiento, a resarcirse dentro de los límites del interés negativo.

Es importante tener presente que cada una de las partes es libre de emprender negociaciones paralelas, "a condición que informe debidamente a la contraparte de la existencia de un potencial competidor".[130]

De esta reseña, podemos poner de relieve dos aspectos:

i. Actuar en las tratativas en el interés propio y no en el de la contraparte, no necesariamente contraviene el principio de la buena fe. Es imperativo delimitar lo que puede ser moralmente reprochable de lo es jurídicamente relevante.
ii. Paradójicamente, los confines del actuar conforme a la buena fe se delimitan con más claridad cuando se identifican los comportamientos que contravienen este principio (es decir, el actuar de mala fe).

V. El deber de informar como parte integrante del actuar conforme a la buena fe

Saber lo que se tiene que informar o no informar es el dilema en toda negociación. Ya ha quedado demostrado que actuar de buena fe no significa ir en contra de los propios intereses y, consecuentemente, tampoco implica informar todo (incluso aquello que puede ser perjudicial para el que detenta determinada data). El dilema es determinar si se trata (o no) de una información jurídicamente relevante que, a la larga, puede generar la contingencia de una responsabilidad civil. En el año 44 a.C., Cicerón en su obra *De Officiis*, contaba el caso de las naves que zarpaban a Rodas para vender grano, mientas la isla estaba afectada por una terrible carestía.[131] Entonces, ¿quién llegaba primero a vender debería informar

[130] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 258.
[131] El propio CICERON cuenta el caso de la siguiente manera:
Parágrafo 50°. *Sed incidunt ut supra dixi saepe causae cum repugnare utilitas honestati videatur ut animadvertendum sit repugnetque plane an possit cum honestate coniungi. Eius generis hae sunt quaestiones: Si exempli gratia vir bonus Alexandrea Rhodum magnum frumenti numerum advexerit in Rhodiorum inopia*

que ya están viniendo otras naves o vender el grano a un precio alto?[132] Cicerón, siguiendo al sofista Antipatro, entendía que la información debería ser revelada, de acuerdo al parámetro del *Sapientem et bonum virum* (hombre sabio y honesto). Por su lado, Diógenes de Babilonia (maestro de Antipatro) consideraba que "*venditorem quatenus iure civili constitutum sit dicere vitia oportere cetera sine insidiis agere et quoniam vendat velle quam optime vendere*" ("es necesario que el vendedor revele los defectos, limitadamente a las prescripciones del derecho civil, trate al resto sin fraude y, desde el momento que vende, trate de vender al precio más ventajoso"). Por eso, afirmaba que: "*Sed non quicquid tibi audire utile est idem mihi dicere necesse est*[133]" ("Pero no es necesario que yo te

et fame summaque annonae caritate si idem sciat complures mercatores Alexandrea solvisse navesque in cursu frumento onustas petentes Rhodum viderit dicturusne sit id Rhodiis an silentio suum quam plurimo venditurus? Sapientem et bonum virum fingimus; de eius deliberatione et consultatione quaerimus qui celaturus Rhodios non sit si id turpe iudicet sed dubitet an turpe non sit.

Parágrafo 50°. Pero, como he dicho antes, hay casos en los cuales la utilidad parece estar en conflicto con la honestidad, así que es necesario considerar si se está verdaderamente en contraste o estar identificado con la honestidad. Aquí los problemas de este tipo: si, por ejemplo, un hombre honesto hubiese importado de Alessandria a Rodi una gran cantidad de grano en período de miseria y de carestía de los rodenses y de precios altísimos, y supiese que varios mercaderes han zarpado de Alessandria y, en su recorrido, hubiese visto naves cargadas de grano dirigirse hacia Rodi, ¿debería decirlo a los rodenses o, callando, debería vender su grano al precio más alto? Imaginemos un hombre sabio y honesto y si nos ponemos el problema de las decisiones y de sus consideraciones, que no debería dejar al oscuros a los rodenses, si considerase ello una acción vergonzosa, pero podría estar en duda si la cosa sea o no despreciable.

[132] El caso lo cuenta también LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit*., pág. 261.

[133] Los parágrafos completos son los siguientes:

Parágrafo 51°. I*n huiusmodi causis aliud Diogeni Babylonio videri solet magno et gravi Stoico aliud Antipatro discipulo eius homini acutissimo; Antipatro omnia patefacienda ut ne quid omnino quod venditor norit emptor ignoret Diogeni venditorem quatenus iure civili constitutum sit dicere vitia oportere cetera sine insidiis agere et quoniam vendat velle quam optime vendere. "Advexi eui vendo meum non pluris quam ceteri fortasse etiam minoris cum maior est copia; cui fit iniuria?". Parágrafo 52°. Exoritur Antipatri ratio ex altera parte: "Quid ais? tu cum hominibus consulere debeas et servire humanae societati eaque lege natus sis et ea habeas principia naturae quibus parere et quae sequi debeas ut utilitas tua communis sit utilitas vicissimque communis utilitas tua sit celabis homines quid iis adsit commoditatis et copiae? Respondebit Diogenes fortasse sic: "Aliud est celare aliud tacere neque ego nunc te celo si tibi non dico quae natura deorum sit qui sit finis bonorum quae tibi plus prodessent cognita quam tritici vilitas. Sed non quicquid tibi audire utile est idem mihi dicere necesse est.".*

Parágrafo 51°. En casos similares diversa es la opinión de Diógenes de Babilonia,

diga todo lo que a tí es útil escuchar"). En el siglo XIII, Tomás de Aquino retoma el problema en su *Summa theologiae*[134] y afirma que, en este caso, "solo para más adelante se espera que el trigo tenga menor valor por la llegada de muchos negociantes, que es ignorada por los compradores; de ahí se sigue que el vendedor que vende una cosa según el precio corriente no parece quebrantar la justicia al no manifestar lo que va a suceder después. Sin embargo, si lo expusiera o rebajase su precio, practicaría una virtud más perfecta, aunque a esto no parece estar obligado por deber de justicia" (II, IIae, cuestión 77, art. 3, punto 4). De estas reflexiones, podemos concluir que la no revelación de informaciones que afectan el valor de mercado del bien será un hecho reprobable a nivel moral; pero no jurídicamente.

En el *Common law* norteamericano, en atención al principio del ***caveat emptor***, entendido como "*let the buyer be aware*", "el adquiriente está obligado a asumir la responsabilidad de buscar todas las informaciones necesarias para satisfacer el propio interés, no subsistiendo en el vendedor el deber de plena revelación (*full disclosure*) de hechos de importancia relevante a efectos de la operación realizada y, por consiguiente, en ausencia de un acuerdo ad hoc, el vendedor podrá ser considerado responsable por eventuales defectos en el bien comprado solo cuando el mismo sea culpable de *fraud*".[135] En el caso *Laidlaw v. Organ*, 15 U.S. 178 (1817), Organ era un comerciante de tabaco en New

estoico importante y serio, y de Antipatro, su discípulo, hombre de extraordinaria agudeza: según Antipatro es necesario declarar todo, para que el comprador no ignore nada que sepa el vendedor; según Diógenes es necesario que el vendedor revele los defectos, limitadamente a las prescripciones del derecho civil, trate al resto sin fraude y, desde el momento que vende, trate de vender al precio más ventajoso. "He importado la mercadería, la he expuesto, la vendo a un precio no mayor de los otros, quizá menor, porque tengo una cantidad más grande. ¿A quién le hago daño?". Surge de la otra parte el razonamiento de Antipatro: Parágrafo 52°. "¿Qué dices? Tú, que deberías preocuparte de los hombres y dedicarte a la sociedad humana, tú que has nacido bajo esta ley y tienes estos principios naturales, a los cuales debes obedecer y conformarte, y lo que sea útil para tí sea lo útil para todos y, por el contrario la utilidad de todos será la tuya, ¿tú esconderías a los hombres la ventaja y la abundancia que se les presenta?". Diógenes responderá, quizás, así: "Una cosa es esconder y otra callar; y yo no te escondo, ahora, si no te lo digo, cuál es la naturaleza de los dioses, cuál es el bienestar máximo, cosas que, una vez conocidas, te beneficiarían más que saber el bajo precio del grano. Pero no es necesario que yo te diga todo lo que a tí es útil escuchar".

[134] Citado también por LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 262.

[135] Citado también por LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 262.

Orleans que, conociendo del tratado de paz de Gand entre Inglaterra y los Estados Unidos (de 1812), antes que fuera de dominio público, contrató la adquisición de una gran cantidad de tabaco con la empresa Laidlaw. A causa del bloqueo de la flota inglesa al puerto de New Orleans, debido a la guerra en curso, el precio de las hojas de tabaco era bajo y el mercado era estable. Antes de que la adquisición concluyese, el encargado de Laidlaw solicitó expresamente a la contraparte si tenía noticias respecto de la guerra, que habría podido influenciar en el precio del tabaco. De la lectura del expediente, no resulta claro cuál fuese la respuesta o si alguna respuesta fuese dada. Cuando la paz fue anunciada, el precio del tabaco aumentó considerablemente y Laidlaw, que había entregado la mercancía, se la hizo devolver a la fuerza. Por este motivo, Organ interpuso una demanda a la contraparte por los daños derivados por la pérdida del tabaco.[136] El Juez Marshall resolvió el caso de la siguiente manera:

> "El problema en este caso es si el conocimiento de circunstancias extrínsecas, que podrían influenciar en el precio del bien, y que eran conocidas exclusivamente por el comprador, habría debido ser transmitido a la contraparte. La corte es de la opinión que esto no estaba obligado en absoluto a comunicarle esta situación. Sería asaz difícil circunscribir los límites de la solución contraria, cuando los medios de conocimiento son accesibles de igual manera para ambas partes. Al mismo tiempo, sin embargo, cada parte debe evitar de decir o hacer cualquier cosa para prevalecer sobre la otra…".[137] (El subrayado es mío).

De esta decisión, se deriva lo siguiente:

> i. Existen circunstancias extrínsecas, independientes de la idoneidad del bien que se adquiere, cuyo conocimiento afectaría el valor de intercambio del mismo: quien detenta el conocimiento de las mismas, en línea de principio, no está obligado a comunicárselo a la contraparte.
> ii. No se puede aplicar reticencia (o dolo omisivo) por una información no dada que era igualmente accesible para ambas partes.

[136] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 266.
[137] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 269.

En el caso *Grunman Allied Industries vs. Rohr Industries*[138] no fue amparada la demanda por *fraud y misrepresentation*, basada en la alegada falta de disclosure por obra del demandado, puesto que el primero había tenido un libre acceso a una serie de informaciones. Al rechazar la demanda, se pone en evidencia como las cortes de New York:

> "fuesen particularmente desfavorables…(a acoger tales demandas) en el caso de los hombres de negocios expertos y competentes, involucrados en operaciones de notable valor, que pueden tener acceso a una serie de informaciones, pero que no estén en grado de obtener ventaja por esta oportunidad".[139]

De este *dictum*, de deduce que, particularmente en el caso de las personas que tienen experiencia en una actividad empresarial, no pueden invocar falta de información, cuando -por su particular posición- están en las mismas (o mejores) condiciones de la contraparte en obtenerla. Quien -teniendo la posibilidad- no accedió a determinada información, no puede trasladar esa falta de diligencia a la contraparte, calificando su omisión en un quebrantamiento al principio de buena fe. Máxime, cuando la contraparte permite un libre acceso de información. Ello, sin embargo, encuentra un límite, cuando -de acuerdo a una relación basada en la confianza- el non disclosure equivale a una *assertion*. En efecto, el § 161 del *Restatement Second of Contracts*, norma que:

> "La no divulgación de una persona de un hecho conocido por esta es equivalente a la afirmación de que el hecho no existe solo en los siguientes casos: (a) cuando ella sabe que la revelación del hecho es necesaria para evitar que alguna afirmación previa sea una tergiversación, sea fraudulenta o material; (b) allí donde el sujeto sabe que la divulgación del hecho corregiría un error de la otra parte como una asunción básica sobre la cual aquella parte está contratando, y si la no revelación de la realidad llega a ser un fracaso para actuar de buena fe y en conformidad con los estándares razonables de la negociación justa; (c) donde se sabe que la divulgación del hecho

[138] 748 F. 2d. 729, 730 (2nd Cir. 1984), citado por LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 279.
[139] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*

> corregiría un error de la otra parte en cuanto al contenido o efecto de un escrito, evidenciando o plasmando un acuerdo en su totalidad o en parte; (d) en caso la otra persona tenga derecho a conocer el hecho debido a una relación de confianza entre ellos".[140]

El § 551 (*Liability for Nondisclosure*) 2 (e), del Restatement Second of Torts, establece que:

> "Una parte involucrada en una operación de negocios tiene el deber de revelar a la contraparte, antes que el contrato se concluya, hechos esenciales a la operación realizada, si tiene conocimiento que la otra parte esté por estipular el contrato a causa de un error sobre tales hechos y si esta última, en consideración de las relaciones con la primera, de los usos del comercio o de otras circunstancias objetivas, pueda razonablemente esperar la revelación de tales hechos".[141]

También, contraviene al principio de buena fe la tratativa maliciosa, tendiente solo a obtener información confidencial y no concretar el contrato definitivo. Por ello, el art. 2.1.16 de los Principios Unidroit establece que: "Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte".

---

[140] "A person's non-disclosure of a fact known to him is equivalent to an assertion that the fact does not exist in the following cases only: (a) where he knows that disclosure of the fact is necessary to prevent some previous assertion from being a misrepresentation or from being fraudulent or material; (b) where he knows that disclosure of the fact would correct a mistake of the other party as to a basic assumption on which that party is making the contract and if non-disclosure of the fact amounts to a failure to act in good faith and in accordance with reasonable standards of fair dealing; (c) where he knows that disclosure of the fact would correct a mistake of the other party as to contents or effect of a writing, evidencing or embodying an agreement in whole or in part; (d) where the other person is entitled to know the fact because of a relation of trust and confidence between them".

[141] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 281.

Por su parte, el art. 2302 (*Quiebra de la confidencialidad*) de Principios del Derecho Europeo de los Contratos, norma:

> "Si en el transcurso de las negociaciones una parte comunica a la otra alguna información confidencial, la segunda tiene la obligación de no divulgar dicha información y de no utilizarla para sus propios fines, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no. El incumplimiento de este deber puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte".

En los contratos donde hay asimetría informativa, como el caso de aquellos en los cuales las partes son proveedores y consumidores (B2C), es un derecho de estos últimos obtener la información relevante de lo que adquieren, por parte de los primeros. En los supuestos de contratos entre sujetos que se encuentran en una misma posición, por ejemplo, entre empresarios (B2B), el deber de información se articula con matices diversos: en materia de negocios, cierto tipo de información solo es relevante a efectos de obtener una mayor ganancia económica (e irrelevante en cuanto a la validez del contrato). En mi opinión, quien tiene este tipo de información no contraviene el principio de buena fe, si no la rebela; ello, en sintonía con el criterio que actuar en interés propio y no en el de la contraparte, no necesariamente contraviene el principio de la buena fe (advertido anteriormente). Ello se manifiesta con mayor claridad, si tenemos en cuenta que ambas partes, con el *expertise* profesional que detentan, han podido acceder a la misma información, justamente, por estar en iguales condiciones para hacerlo.

VI. La *due diligence* investigation dentro de la tratativa

Se advierte, con razón de que el esquema clásico de "tratativas-contrato preliminar- contrato definitivo" ha sido superado por el de "carta de entendimiento- *due diligence*-estipulación del contrato definitivo-*closing*"[142]. La due diligence investigation es "la actividad de investigación y profundiza-

[142] Así GIORGIO DE NOVA, citado por LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 309.

ción de datos e informaciones relativas al objeto de la tratativa y del contrato que está por celebrarse (denominado "*target*"), dirigidas a proporcionar al adquiriente de un mejor conocimiento en mérito al mismo".[143] Se distinguen cuatro tipos de *due diligence*[144]:

(i) **La *due diligence* interna**, realizada por el potencial adquiriente (generalmente, de sus advisors estratégicos), antes de que alguna tratativa se realice, individualizando, por ejemplo, un potencial target para la operación de adquisición.
(ii) **La verdadera y propia *due diligence* precontractual**, realizada generalmente por el potencial adquiriente (y por sus advisors), focalizada en los aspectos importantes del objeto de las negociaciones, realizada con el vendedor en el curso de las tratativas, acompañada usualmente con una carta de entendimiento conteniendo una cláusula de confidencialidad o de un *confidenciality agreement* por separado.
(iii) **La *due diligence post*-estipulación y *pre-closing***, realizada también en el curso de un proceso negocial in fieri; pero a diferencia de la anterior, connotado por la presencia de vínculos de matriz contractual entre las partes, así como también de un marco jurídico más estructurado del que opera en la fase anterior.
(iv) **La *due diligence* post-closing**, orientada, por un lado, a permitir al adquiriente un más completo y profundo conocimiento del bien objeto de la adquisición y, por el otro, para proceder a una verificación de la correspondencia de ciertos datos o hechos garantizados por el vendedor y, si es el caso, instrumental al recurso a eventuales mecanismos de indemnización o resarcimiento, pactados contractualmente.[145]

La información que puede ser materia de la *due diligence* puede ser de lo más variada, a saber, legal, tributaria, inmobiliaria, de seguros, ambiental, entre otros.[146] La due diligence será realizada por un *due diligence team*. En este orden de ideas, "justo para optimizar el éxito de la *due diligence*,

[143] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 310.
[144] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 312.
[145] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 313.
[146] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 315.

el adquiriente enviará antes de la realización de la misma un elenco -denominado *check list*- referente a las informaciones y los datos (generalmente subdivididos por áreas temáticas) que el mismo quisiera consultar, así que, en abstracto, debería haber una correspondencia entre el contenido del *check list* y el contenido de la *data room*".[147] Finalmente, "los resultados del proceso en examen serán recogidos en un documento denominado "*due diligence report*", destinado justamente al adquiriente y acompañado a menudo de una versión más reducida y manejable del mismo -denominado *executive summary*-, en la cual deberían estar sintetizados los principales perfiles del riesgo o, en general, aquellos aspectos que merecen atención por parte del potencial adquirente en relación a la tratativa emprendida".[148]

La *due diligence investigation* está enmarcada dentro del deber de información que tiene el potencial vendedor en la fase precontractual. En el *common law*, a propósito de los bienes inmuebles, un vicio será considerado oculto[149]:

> i) Si no pueda ser descubierto con el ejercicio de una razonable diligencia al inspeccionar el bien.
> ii) Si se identifica una laguna en la documentación relativa al título de propiedad ofrecida por el vendedor, que pueda perjudicar el ejercicio al derecho de propiedad del bien.

Los remedios acordados en caso de violación del deber de información que pesan en el vendedor en tal contexto y, en ausencia de una precisa contractualización del tal deber, pueden ser de dos tipos[150]:

> i) *Non-disclosure*, cuando la falta de revelación tenga como objeto un elemento esencial (*material fact)* a los efectos del contrato, el adquiriente podrá solicitar la resolución o, en alternativa, pedir la reducción del precio pactado.
> ii) *Misdescription*, la falta de revelación de una cuestión atinente a las características y al contenido del derecho de propiedad, o una in-

[147] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit*., pág. 317.
[148] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 318.
[149] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit*., pág. 335.
[150] LAURA M. FRANCIOSI, *op. ci*t., pág. 336.

correcta descripción del bien objeto del derecho, integran una hipótesis de *misdescription*. Los remedios son los mismos de la *non-disclosure*.

A estos remedios, se agregan los previstos por el tort of misrepresentation. Así, son dos los supuestos específicos en los cuales el vendedor puede ser considerado responsable en función a tal figura[151]:

i) A causa de una declaración incorrecta (a menudo una garantía o *warranty*) subsumida en el contrato de adquisición o en la denominada *disclosure letter* -el específico documento que normalmente acompaña el contrato en examen, constituyendo un anexo e informando los extremos y términos de la *due diligence*- o, alternativamente, en los *files* que contienen los documentos puestos a disposición del adquiriente en la *data room*, cuyo elenco detallado usualmente también constituye una anexo al contrato de adquisición.
ii) A causa de una declaración incorrecta realizada fuera del contexto de la *due diligence*, como por ejemplo, una declaración escrita no reportada en la *disclosure letter* o una declaración oral. Sin embargo, para mitigar el rigor del tort of misrepresentation en el curso de las tratativas de negocios, se ha considerado que, al evaluar si una carta de entendimiento u otro documento precontractual comprenda una falsa o incorrecta declaración (*misrepresentation*), se necesitará conducir tal evaluación en una óptica de amplio respiro y verificar si, en conjunto, las declaraciones reportadas en el documento sean sustancialmente correctas, en vez de "concentrase de manera microscópica en cada declaración, frase o palabra".[152]

En el derecho inglés, una corte sería propensa a considerar que la falta subsunción de determinada declaración en el contrato final "constituya fruto de una negociación entre las partes, de una solución de compromiso lograda gracias a las incansables tratativas y, en consecuencia, ello precluirá al comprador el ejercicio de una suerte de *ius poenitendi* tardío, dirigido a reclamar un juego de puntos que ya fue objeto de acuerdo de

[151] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 337.
[152] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 338, quien cita el precedente Avon Insurance plc. v. Swire Fraser Ltd. (2000).

las partes, sobre los cuales, presumiblemente, el comprador mismo haya cedido en sede de negociación".[153]

Tanto en el *common law* norteamericano como inglés "es pacífico que cada una de las partes tutele sus propios intereses para adquirir y se active para adquirir el bagaje informativo necesario para evitar un mal negocio".[154] Por ello, "en el modelo de *common law*, se considera que la realización de la actividad de *due diligence* por parte del adquiriente tendría como doble efecto el de elevar el *standard* de diligencia que pesa sobre tal sujeto, puesto que el mismo tendría la posibilidad de tomar conocimiento y evaluar una serie de datos útiles a los fines de la tratativa en curso -sea por cuenta propia, que valiéndose de asesores dotados de *expertise* específico- y, por el otro lado, ello circunscribiría las hipótesis de responsabilidad que pesan en el vendedor, porque el mismo debería ser considerado responsable solamente por los casos de conducta manifiestamente incorrecta, pudiendo eximirse de responsabilidad demostrando haber informado a la contraparte de una serie de circunstancias comunicadas en sede de *due diligence*".[155] Para los casos intermedios que, se puede decir, que "constituyen la situación ordinaria en las relaciones de negocios, se considera que deba valer en primero de los principios expuestos, o sea, que el nivel de diligencia impuesto al adquiriente sea superior al normalmente requerido; por lo tanto, el deber de información que presa sobre el vendedor se circunscribirá, en su contenido, a lo negociado por las partes en sede de organización de la *due diligence* y, por consiguiente, pesará sobre el adquiriente el deber de probar que la falta de disclosure de una información por parte del vendedor constituya una conducta en violación de las reglas que presiden estas relaciones, valiendo, hasta que se pruebe lo contrario, la presunción de que haya actuado de conformidad a las obligaciones asumidas en sede de due diligence. Por el contrario, tal regla no encontrará aplicación respecto a aquellas informaciones que el vendedor *ex lege* esté obligado a comunicar a la contraparte, independientemente de la presencia de la due diligence o no".[156]

---

[153] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 342.
[154] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 345.
[155] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 346.
[156] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, págs. 346-347.

Es importante tener en cuenta la naturaleza de la información involucrada. Así, "cuando se trate de datos de dominio público o fácilmente accesibles o, conocibles a través de una diligente -pero factible- indagación, se considera que corresponda sobre tal sujeto el deber de conocer a través de asesores expertos en el sector o mediante la utilización de fuentes de información atendibles, no pudiendo el mismo imputar al vendedor la falta de revelación de tales datos como elemento determinante para activar los mecanismos de responsabilidad contemplados *ex lege* o eventualmente previstos en sede de contrato. En tal ámbito, viceversa, se considera que el adquiriente bien pueda, una vez que haya tenido conocimiento de tales datos, solicitar a la contraparte aclaraciones sobre la naturaleza y exacto significado o alcance de los mismos. Sobre el vendedor, en efecto, se considera pacíficamente subsistente un preciso deber de claridad".[157]

La responsabilidad de los asesores de las partes por los resultados de la due diligence se disciplinará por los pactos establecidos entre estos y su cliente.[158] En Italia, se aplicará el art. 1176 C. C. Ita., el cual precisa que:

> "Al cumplir la obligación el deudor debe usar la diligencia de un buen padre de familia.
>
> En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional la diligencia debe evaluarse respecto a la naturaleza de la actividad ejercitada".

Si se trata de una prestación de carácter profesional de particular dificultad, se cuenta con el art. 2236 C. C. Ita., el cual norma que:

> "Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador no responde de los daños, sino en el caso de dolo o de culpa grave".

El *standard* de diligencia está regulado en el art. 1314 C.C. El supuesto contenido en el art. 2236 C.C. Ita., también, está regulado, con sus matices nacionales, en el art. 1762 C.C. Se afirma que puede configurarse res-

[157] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 347.
[158] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 355.

ponsabilidad extracontractual sobre los *advisors*, en particular, de los del vendedor, por los datos, inexactos o no verdaderos, difundidos por aquellos y de los cuales el potencial adquiriente haya tomado conocimiento o, aún de manera más significativa, sobre los cuales haya confiado.[159]

Siguiendo con la experiencia jurídica italiana, "según una orientación jurisprudencial consolidada, corresponderá al adquiriente ser parte activa y diligente en la realización del proceso en examen, tendiente a tratar de adquirir el mayor número de informaciones posibles en relación a la tratativa iniciada, sobre todo si se considera que el mismo tiende a identificarse con un operador profesional, dotado de conocimientos, instrumentos, disponibilidad y expertise peculiares".[160] Es el caso Ircoss S.r.l. vs. Iritech S.p.a., a propósito de una compraventa de acciones en las cuales el vendedor no había prestado ninguna garantía. Sin embargo, este había alterado los libros contables. El comprador demanda la nulidad del contrato por dolo, debido a que, en su opinión, el valor de las acciones no era el que correspondía. La Sección III, Casación Civil, del 19.07.07, N° 16.031 no amparó esta pretensión, debido a que:

> "No es configurable una acción de nulidad de compraventa basada en una pretensión de revisión del precio a través de la revisión de los libros contables para demostrarlo, que no es otra cosa que un error en la evaluación por parte del adquirente, incluso cuando el balance de la sociedad publicado antes de la venta sea falso o esconda una situación, en fuerza de la cual deben aplicarse las normas en materia de reducción y pérdida del capital social (Cass. 29.08.95 N° 9067).
>
> Es necesario, a tal fin, tener presente, el objeto de la causa, es decir, la compraventa de acciones de una sociedad, que se asume estipulada a un precio que no correspondía a su efectivo valor -no interesa, en esta óptica, si ello dependa de falsas informaciones sociales-, en la hipótesis en la cual el vendedor no haya prestado ninguna garantía en orden a la situación patrimonial de la sociedad.
>
> (…) El primer aspecto tiene en cuenta el típico destino económico de la cosa, es decir, su destino objetivo para realizar el típico

[159] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 356.
[160] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 358, quien cita la decisión de la Sección III, Casación Civil, del 19.07.07, N° 16.031, Ircoss S.r.l. vs. Iritech S.p.a.

fin del contrato elegido. Cabe, por lo tanto, tratarse de características inherentes a la cosa, que no permiten márgenes de opinión, en cuanto no dependen de una evaluación estimativa, y ello por un criterio de apreciación del bien, a la luz de la pura y simple "conveniencia" del negocio, en la economía de una de las partes.

Opinando diversamente, se daría tutela a una errada aplicación de la autonomía contractual, es decir, a los motivos que inducen a contratar, así como a las evaluaciones personales, de las cuales todo contrayente debe asumir el riesgo.

La imposibilidad de tutelar los meros errores de evaluación, que influyen solo en el precio, depende del mismo sistema de la autonomía contractual que reserva a la esfera de los motivos individuales, e irrelevantes, la apreciación en orden a la utilidad del negocio.

Con respecto a las acciones de la sociedad, la calidad de estas, según la común apreciación, deben considerarse determinantes del consentimiento; deben, por lo tanto, limitarse a aquellas que se refieren a la función típica de dichas acciones, es decir, al conjunto de facultades y derechos que estas confieren a su titular, en la estructura de la sociedad, sin tener en cuenta su valor de mercado, que puede resultar del balance, del estado patrimonial de la sociedad y de todos los otros elementos que influyen en su valor (Cas. 21.6.06 N° 5773; Cas. 13.12.06 N° 26.690).

Justamente, la variedad de dichos elementos internos y externos -como, por ejemplo, la posibilidad de desarrollo de la actividad económica, la coyuntura de mercado, la pertenencia de la sociedad a un grupo en vez de otro- impide incluir el valor económico de la acción en el ámbito de sus cualidades a los efectos del art. 1429 C.C. Ita.[161]

El contrayente que compra (o vende) acciones no puede quedar expuesto a riesgo de ver anulado el negocio que ha celebrado a un

[161] El texto completo recita: "El error es esencial:
1) cuando recae sobre la naturaleza o sobre el objeto del contrato;
2) cuando recae en la identidad del objeto de la prestación o en una cualidad del mismo que, según la común apreciación o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante del consentimiento;
3) cuando recae en la identidad o en las cualidades de la persona del otro contrayente, siempre que hayan sido parte determinante del consentimiento;
4) cuando, tratándose de error de derecho, haya sido la única y principal razón del contrato".

precio acordado, mediante una acción de anulabilidad que pretenda basarse en una revisión del precio, a través de la revisión de los libros contables, para demostrar que no es más que un error de evaluación.

(…) Dentro de esta óptica, emerge de manera neta, la diferencia entre venta de acciones -con la que se obtiene el status de socio y también la medida de la participación del nuevo socio en la S.p.a.- y la venta del todo el patrimonio p de determinados bienes de la sociedad". (El subrayado es mío).

No solo se considera irrelevante el error (inducido o no) respecto del valor económico de las acciones, ya que pertenece al irrelevante ámbito de los motivos del negocio. Esta instancia hace propias las consideraciones del la instancia inferior que advierte que la información de la situación económica del vendedor era ya conocida por el demandante. Así, se afirma que la Corte de mérito:

"Con referencia a la supuesta subsistencia del dolo ha puesto de relieve que la apelante identifica el dolo (y por consiguiente la culpa *in contrahendo*) en la violación de los deberes de información -denominados deberes de protección- referentes a la verdadera consistencia patrimonial de TECNO.S.SAN, y a la imposibilidad de llevar adelante la única actividad empresarial de la misma sociedad por defecto originario de los presupuestos técnicos.

Ha agregado además "en el caso específico IRCOSS lamenta que la falta de examen del resultado de la investigación habría impedido al tribunal de evaluar la falsa representación de un rápido desarrollo de TECNO.S.SAN.", concluyendo en el punto específico que: "por lo observado es evidente la absoluta irrelevancia de la actividad de autopromoción de la sociedad en cuestión (cfr. Material publicitario incluido en el fasc. de 1° grado IRCOSS) y las proyecciones de futuras ganancias".

Además, siempre en la óptica de la *culpa in contrahendo*, relativamente a la responsabilidad por haber callado a la futura contrayente la ulteriores circunstancias acerca del resultado negativo de análisis de las muestras sometidas a esterilización, ya conocida por Ircoss el 15 de mayo de 1991, así como el secuestro en Prato, del

único camión en circulación dedicado al servicio, ha relevado que "es evidente que tales circunstancias no pueden considerarse incidentes en la determinación de la adquisición de una participación accionaria, puesto que, como ha puesto en evidencia el Tribunal, el representante legal de IRCOSS, que era uno de los máximos expertos en el campo nacional de sector de la esterilización de los deshechos hospitalarios, había tenido la oportunidad de evaluar la realidad económica y de gestión de la hacienda, que necesariamente debió haberle inducido también a considerar que la actividad de IRCOSS estaba en fase de experimentación de una tecnología (cubierta por una patente mundial) elaborada por otros, tal que, el camión secuestrado en Prato era dado en gestión a la USL en virtud de experimentación. Es de agregar que el resultado negativo de análisis de la muestra sometida a esterilización era parcial y que el mismo asesor de IRCOSS se reservó la facultad de efectuar ulteriores análisis".

Y ha concluido: "Por consiguiente, en la época de la estipulación de la cesión, la situación era del todo fluida (baste pensar en la reforma por parte del Consejo de Estado (s. 28 noviembre 1992 N° 951) de la sentencia del TAR LAZIO (s. 16 junio 1990 N° 1215) que, en la época es citada por IRCOSS como ulterior elemento de evaluación de la conducta de IRITECH)". (El subrayado es mío).

La nota particular es que se toma en cuenta el *expertise* del adquiriente y también la posibilidad de acceso a una mayor información del mismo[162]. Por ello, "no puede reputarse de algún modo subsistente en el ámbito del ordenamiento italiano un deber absoluto y generalizado de informar a la contraparte, que legitime, por otro lado, la equiparación del adquiriente a mero beneficiario pasivo de un flujo de informaciones que el vendedor esté obligado a revelar".[163] Así, "la verdadera dificultad está no tanto en el imponer o no obligaciones de disclosure, sino más bien de modular el alcance y el contenido de las mismas, a la luz de la pluralidad de los intereses en juego".[164] Se debe tener en cuenta que "la imposibilidad de obtener el cien por ciento de las informaciones útiles a los efectos de la realización de las tratativas y de la estipulación del con-

[162] Como lo hace ver también LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*
[163] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 359.
[164] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 360.

trato es absolutamente considerado un dato pacífico y connatural al intercambio dialéctico entre vendedor y adquiriente. Justo en consideración a tales aspectos, el adquiriente tendrá la posibilidad de valerse de instrumentos ulteriores de información, también en vista de una correcta preparación y planteamiento del proceso *pre-negocial*".[165]

El eventual acuerdo, dentro del cual se realiza la due diligence investigation, deberá contener lo siguiente:

> i) Modular el contenido de la obligación de informar en consideración al estado en el cual las tratativas se encuentren, así como la tipología y las funciones absueltas por la *due diligence*, teniendo en cuenta la naturaleza de las informaciones involucradas. A propósito, sería oportuno diferenciar entre (*i*) informaciones que podrían ser divulgadas ex lege y, por consiguiente, públicas en cuento son conocibles por todos; (*ii*) informaciones fácilmente accesibles y (*iii*) informaciones reservadas.[166]
> ii) Vincular el *duty of disclosure* a las correspondientes obligaciones de confidencialidad.[167]
> iii) Dotar de un adecuado mecanismo sancionador a la violación de tales obligaciones.[168]

El art. 7 (Deber de información) del Código europeo de contratos (llamado también Proyecto de Pavia o Proyecto Gandolfi, que se inició en 1990), establece que:

> "1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer, y que permitirían a la otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración.
> 2. En caso de omitir la información o de declaración falsa o reticente, si el contrato no se ha celebrado o está viciado de nulidad, la parte que ha faltado a la buena fe responderá frente a la otra en la medida

[165] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 372.
[166] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 377.
[167] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 379.
[168] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*

prevista en el art. 6, apartado 4º.[169] Pero si el contrato ha llegado a perfeccionarse, restituirá la suma recibida o abonará la indemnización que el Juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte a impugnar el contrato por error".

El § II.-7-204: Liability for loss caused by reliance on incorrect information, del Draft Common Frame of Reference, norma que:

"(1) La parte que ha celebrado un contrato confiando razonablemente en la incorrecta información proporcionada por la otra parte en el curso de las negociaciones tiene derecho a una indemnización por las pérdidas sufridas, si el proveedor de la información:
(a) creía que la información era incorrecta, o no tuviera fundamentos razonables para creer que era correcta, y
(b) conocía o podía razonablemente esperarse que haya tenido conocimiento de que el receptor confiaría en la información proporcionada para decidir si debe o no celebrar el contrato en los términos acordados.
(2) Este art. se aplica incluso si no existe el derecho a invalidar el contrato".[170]

[169] El art. 6 (*Deber de protección*) establece:
"1. Cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquél no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.
2. Actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato.
3. Si en el transcurso de los tratos preliminares las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, cuyo eventual perfeccionamiento se prevé, la parte que ha suscitado en la otra una confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo, actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado.
4. En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes".
[170] "(1) A party who has concluded a contract in reasonable reliance on incorrect information given by the other party in the course of negotiations has a right to damages for loss suffered as a result if the provider of the information:
(a) believed the information to be incorrect or had no reasonable grounds for believing it to be correct; and
(b) knew or could reasonably be expected to have known that the recipient would

El art. 4:106 (Información incorrecta) de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos regula que:

> "Una parte que celebra un contrato basándose en una información incorrecta dada por la otra parte, podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios conforme a los apartados (2) y (3) del art. 4:117, incluso cuando la información no haya provocado un error esencial en el sentido del art. 4:103, salvo que la parte que dio la información tuviera motivos para creer que la información era correcta".

El art. 4:107 (Dolo) de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos regula que:

> "(1) Una parte puede anular el contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte, de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe.
> (2) La actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar.
> (3) Para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias, y en especial:
> (a) si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia;
> (b) el coste de obtener dicha información;
> (c) si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y
> (d) la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte".

Del análisis de estas disposiciones se tiene que: "la imposición de un deber general de informar a la contraparte en el curso de las tratativas,

rely on the information in deciding whether or not to conclude the contract on the agreed terms.
(2) This Article applies even if there is no right to avoid the contract".

en mérito a circunstancias relativas a la conveniencia económica del contrato, ha sido prevista en el Código europeo de los contratos, redactado por el Grupo de estudio de Pavia y coordinado por G. Gandolfi. Por el contrario, la opción a favor de un deber de alcance y contenido tan extenso, parece haber sido desatendida por la solución adoptada en el *Draft Common Frame of Reference*[171], en el cual la extensión del deber de información, si bien anclada al principio de buena fe y corrección, resulta graduada en consideración también del *expertise* de la contraparte, así como de la posibilidad de esta última de tener acceso a la información. Con ello, se pone a cargo de dicha parte un deber de diligencia en la búsqueda y adquisición de las informaciones, con mayor razón en los casos en los cuales la misma se identifique en un sujeto dotado de *expertise* o de competencias particulares, propias o a través del auxilio de terceros profesionales, como sucede en las hipótesis de *due diligence*".[172]

El mayor problema que se presenta, como se ha podido observar, es el de determinar el "universo" de la documentación materia del *due diligence*; más allá de las fórmulas preparadas por los abogados, la tendencia del futuro adquiriente es la de querer contar con "toda la información posible", mientras la del eventual vendedor será la de delimitar su *disclosure*. Cuando se realiza el contrato definitivo (o antes del mismo), puede suceder que el futuro adquiriente reclame (primero individualmente y luego en un proceso judicial o arbitral) que no se le dio toda la información. En este escenario, podemos individualizar los siguientes supuestos:

i. Si se trata de una información que no se dio o de una información falsa que afecta la validez del contrato, como por ejemplo, falsificación de la documentación de titularidades o duración de patentes o invenciones.
ii. Si se trata de una información que no se dio y que afecta el valor de intercambio del bien (o bienes) materia del contrato. Es absolutamente irrelevante. Tal es el caso que el potencial vendedor sepa que va a entrar en el mercado un producto competitivo que, eventualmente, desplazaría el que se pretende vender.

[171] Y también de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos.
[172] LAURA M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pág. 385.

iii. En todo caso, si se acredita que la parte que reclama estaba en condiciones, por su *expertise* profesional, de acceder a la información (de la cual se queja que no fue proporcionada), no tendría amparo alguno, por cuanto -en su momento- no se desempeñó con la diligencia requerida.

En el ordenamiento jurídico nacional, se presentó un caso de una conocida empresa inmobiliaria (LP) que celebró un contrato de opción de un paquete accionario con otro grupo económico (E), ascendiente a US$ 1.000.000.00, en el cual, finalmente no se ejerció el derecho de opción. Dentro de este marco contractual, las partes habían acordado además un due diligence, ya que se trataba de la adquisición de un paquete accionario de una sociedad titular de unos terrenos para urbanizar (en un área que acababa de cambiar de zonificación), teniendo una actividad minera adyacente a una población. La empresa inmobiliaria demandó ante un tribunal arbitral el reintegro de lo pagado, argumentando que se le ocultó la información que entre dicha población y la empresa que vendería el paquete accionario -al momento de celebrar el contrato de opción y durante el *due diligence*- había "un conflicto social latente", lo cual afectaba el proyecto inmobiliario, configurándose así un dolo omisivo. El tribunal arbitral, con laudo del 30.09.14, decidió por unanimidad no amparar la pretensión principal en atención a que:

"a) Existen indicios razonables que generan la convicción de que E brindó a LP toda la información que tenía al momento de la celebración del Contrato de Opción;
b) LP no ha acreditado que E le haya ocultado información respecto de un conflicto social latente al momento de la celebración del Contrato de Opción;
c) LP, por su posición de "parte sofisticada", estaba en la posibilidad objetiva de acceder a la información que afirma (y no ha quedado probado) le fuera ocultada por E; y
d) LP, por su posición de "parte sofisticada" no debe asumir la posición de sujeto pasivo en la recepción de información de una operación jurídica y económica, que implica la adquisición de acciones de una sociedad y de un proyecto inmobiliario en una zona que ha cam-

biado de zonificación, con pobladores vecinos a una empresa minera;
Este Tribunal Arbitral arriba a la convicción racional que no se ha configurado un dolo omisivo que hubiera significado inducir a error esencial a LP que amerite declarar la invalidez del Contrato de Opción suscrito entre LP y E. En consecuencia, la primera pretensión de LP debe ser declarada INFUNDADA".

Justamente, producto de la tensión de intereses entre este tipo de contrayentes, suele haber un ganador y un perdedor, quizás hasta pueda haber un empate. La pregunta es: ¿debe intervenir el Derecho en este negocio? En mi opinión, salvo en el primer grupo de casos mencionados (en el punto *i*), la respuesta correcta es la negativa.

VII. Conclusiones

a. La responsabilidad *in contrahendo* es de naturaleza extracontractual: mientras no haya una obligación (entendida como relación jurídica patrimonial) no podría configurase una responsabilidad (denominada) contractual.

b. Actuar en las tratativas en el interés propio y no en el de la contraparte, no necesariamente contraviene el principio de la buena fe. Es imperativo delimitar lo que puede ser moralmente reprochable de lo es jurídicamente relevante.

c. Paradójicamente, los confines del actuar conforme a la buena fe se delimitan con más claridad cuando se identifican los comportamientos que contravienen este principio (es decir, el actuar de mala fe).

d. En los supuestos de contratos entre sujetos que se encuentran en una misma posición, por ejemplo, entre empresarios (B2B), el deber de información se articula con matices diversos; en materia de negocios, cierto tipo de información solo es relevante a efectos de obtener una mayor ganancia económica (e irrelevante en lo que a validez del contrato se refiere).

e. Quien tiene este tipo de información no contraviene el principio de buena fe, si no la rebela; ello, en sintonía con el criterio que actuar en

interés propio y no en el de la contraparte, no necesariamente contraviene el principio de la buena fe (advertido anteriormente). Ello se manifiesta con mayor claridad, si tenemos en cuenta que ambas partes, con el *expertise* profesional que detentan, han podido acceder a la misma información, justamente, por estar en iguales condiciones para hacerlo.

Palabras de recepción del académico correspondiente en España

La regulación de los alimentos transgénicos. La normativa de transgénicos desde la perspectiva europea de interés para Argentina

Bello Janeiro, Domingo

I. Introducción

Constituye para mí un gran honor, que mucho agradezco, poder participar con esta contribución en la prestigiosa y muy querida Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, con la cual estoy en inmensa deuda permanente imposible de saldar, versando mi texto sobre la normativa de transgénicos desde la perspectiva propiamente europea en lo que de ello pueda resultar interesante para Argentina, donde tiene especial relevancia.

Argentina, precisamente, en la actualidad, con cerca de 25 millones de hectáreas, prácticamente el 14% de la superficie global, es el tercer productor mundial de este tipo de cultivos después de Estados Unidos y Brasil; habiendo crecido de modo constante el área sembrada con cultivos modificados genéticamente desde la aprobación, en 1996, del primer cultivo transgénico en su país, la soja tolerante a glifosato, produciendo este proceso de incorporación de nuevas tecnologías un profundo impacto de transformación en la agricultura y economía argentina, llegando a calcularse los beneficios totales generados por los cultivos de este tipo en su país en más de 70 mil millones de dólares en los primeros 15 años desde su introducción en el mercado argentino.

En realidad, el tratamiento de mejora de los cultivos por el ser humano es bien antiguo, cuando hace más de diez mil años dejamos de ser cazadores-recolectores y nos ubicamos en un lugar concreto empezando a cultivar con nuevas variedades creadas cruzando plantas comestibles, que constituyen la mayor parte, más del 90% del alimento y energía que se consume en todo el mundo y que han sido extensa y profusamente modificadas, si bien todo ello de manera costosa, con mucho tiempo y esfuerzo, entre individuos de la misma especie o similares hasta el desarrollo reciente de la Biotecnología moderna, que, empleando técnicas de Ingeniería Genética para transferir genes de un organismo a otro supuso nuevas alternativas para la mejora de los cultivos.

Pues bien, mejorar los cultivos, tanto por métodos tradicionales de cruzamiento cuanto por medio de técnicas de ingeniería genética, supone siempre la transferencia de genes de un organismo a otro, pero con la carencia de que, con el cruzamiento tradicional en buena parte de los casos, no puede transferirse algunas mejoras, pues los genes de una

planta son mezclados al azar con los genes de su compañera de cruzamiento, lo que supone que no solo se transfiere la característica deseada, sino en ocasiones otros rasgos no deseados (y así la planta resultante produce frutos más grandes pero con un sabor nuevo desagradable), lo que obliga en el fondo a los agricultores a retirar esa característica no deseada a través de más cruzamientos, lo que alarga en el tiempo considerablemente el proceso sin garantía alguna de lograr el éxito final de eliminación de las cualidades no deseadas.

En consecuencia de todo ello, solo la ingeniería genética aplicada a la mejora vegetal permite que un único rasgo deseado pueda ser transferido de un organismo a otro, lográndose ello al introducir en un organismo uno o unos pocos genes bien caracterizados, mediante técnicas precisas, con lo cual se reduce la probabilidad de que el organismo modificado sea alterado en sus propiedades físicas generales o en su salubridad, dando como resultado un organismo al que se le ha agregado uno o unos pocos genes por ingeniería genética, que se denomina organismo genéticamente modificado -OGM- o transgénico, de los que en Argentina están autorizados: el maíz, el algodón y la soja.

Según el informe del ISAAA (Servicio para la Adquisición de Aplicaciones Agro-biotecnológicas), en 2013, en todo el mundo, se han sembrado 175 millones de hectáreas con cultivos transgénicos o genéticamente modificados (OGM), un 3% más que en 2012, correspondiendo el 48% de las hectáreas sembradas con OGM a soja, el 33% a maíz, el 14% a algodón y el 5% a canola y sembrándose también, aunque en áreas muy pequeñas, variedades transgénicas de alfalfa, papaya, zapallo, álamo, clavel y remolacha azucarera.

De los 175 millones de hectáreas sembradas en 2013 con cultivos transgénicos, el 57% correspondió a cultivos tolerantes al herbicida glifosato (soja, maíz, algodón, canola y alfalfa), el 16% a cultivos resistentes a insectos-Bt (maíz, algodón y álamo), y el 27% a cultivos con ambas características acumuladas (maíz, algodón y soja). También, se sembraron cultivos resistentes a virus (papaya y zapallo) y clavel azul, pero en superficies mucho menores (Fig. 3), siendo 27 los países que en 2013 sembraron cultivos genéticamente modificados.

Toda esta revolución empezó en 1980, cuando la Corte Suprema de Estados Unidos aprobó, por cinco votos contra cuatro en contra, el de-

recho a patentar un microorganismo vivo hecho por el ser humano a solicitud de General Electric, para explotar comercialmente una bacteria, iniciándose desde entonces una revolución sin precedentes en el ámbito alimentario y económico con la patente de semillas, a través de la cual un número no superior a ocho grandes grupos industriales farmacéuticos y químicos en realidad llevan el control del suministro mundial de alimentos.

Es conocida la anécdota, que llegó incluso a ser transcrita en The New York Times en 2006 del agricultor ecológico español de un pueblo catalán de Gerona, que quemó toda su cosecha tras descubrir que su maíz contenía transgénicos en un 12% pues, para él, encontrar plantas modificadas por la Biotecnología fue casi tan traumático como si hubiera hallado residuos nucleares, desconociendo la forma en que se pudieron contaminar sus cultivos, lo que hace necesario insistir en la cuidada reglamentación sobre el particular, que, en este caso, se puede centrar en la regulación de las llamadas distancias de aislamiento, que puedan evitar el riesgo de contaminación entre los distintos cultivos, de lo cual puede ponerse como ejemplo la regulación española a través del Decreto del País Vasco N° 93/2009, de 21 de abril, estando en funciones el gobierno autonómico, por el que se regula la coexistencia de los cultivos modificados genéticamente con los convencionales y ecológicos, a cuyos términos me remito para evitar ahora distraernos en el desarrollo del tema que nos ocupa.

En la Unión Europea, sobre el tema ya se habían aprobado unas directrices bajo la forma de Recomendación de la Comisión 2003/556/CE para la elaboración de estrategias y mejores prácticas nacionales, con el fin de garantizar la coexistencia de los cultivos modificados genéticamente con la agricultura convencional y ecológica, pero, en todo caso, en dicho ámbito europeo resulta clave la fecha de 18 de abril de 2004, cuando empezaron a resultar de aplicación los Reglamentos 1829/2003 y 1830/2003, del Parlamento Europeo y Consejo, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente y trazabilidad y etiquetado de Organismos Modificados Genéticamente (OMG) y de los alimentos y piensos producidos a partir de estos, que exigen, para su comercialización, autorización administrativa previa, basada en una evaluación rigurosa, a cargo de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (AESA).

El legislador comunitario exonera de dicha autorización para comercializar un alimento que contenga una proporción de material transgénico o de origen transgénico igual o inferior al 0,5% siempre que dicha presencia sea accidental o técnicamente inevitable y que el material modificado genéticamente en el alimento haya recibido el dictamen favorable de la AESA.

Se garantiza que todos los OMG indiquen claramente en su etiquetado su carácter transgénico, aunque se establece un umbral mínimo de 0,9% de presencia accidental o técnicamente inevitable de material transgénico o de origen transgénico en el producto o alimento, por debajo del cual se exonera del deber de cumplir las exigencias de etiquetado.

Este etiquetado exhaustivo requiere, como complemento indispensable, un sistema estricto de trazabilidad, que permita seguir la traza o rastree el producto en todas las fases de su producción y distribución, desde su origen hasta llegar al consumidor final.

Los reglamentos comunitarios obligan a los Estados miembros a adoptar las medidas de control e inspección necesarias para garantizar su cumplimiento, y remiten a los mismos la tipificación y aplicación de las sanciones asociadas al incumplimiento, que han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, de todo lo cual dependerá el éxito de su aplicación.

En España, se habían transpuesto ya Directivas Comunitarias a través del Real Decreto N° 178/2004, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley N° 9/2003, de 25 de abril, que establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de los OMG, regulando, entre otros asuntos, la composición de la Comisión Nacional de Bioseguridad (CNB) y el registro central español de OMG.

Se trata de una regulación poco conocida y estudiada y que posee un gran interés, no solo por sus importantes implicaciones sociales, económicas y científicas, sino también por razones estrictamente jurídico-dogmáticas.

La regulación de dicho sector ejemplifica perfectamente, entre otros aspectos, el papel que corresponde a la Administración pública y al Derecho administrativo en el actual mundo globalizado, la creciente europeización del Derecho administrativo y de sus procedimientos, la forma

en que se articulan las competencias de los distintos niveles territoriales en los Estados autonómicos o federales, las complejas relaciones existentes entre la ciencia y el mundo real en la sociedad de la información y las nuevas tecnologías, la importancia adquirida por bienes jurídicos como el medio ambiente y los medios de control de los riesgos generados por las nuevas tecnologías.

El concepto de organismo modificado genéticamente (OMG) o transgénico, como hemos adelantado es el de un organismo vivo que posee una nueva combinación de material genético, resultado de la aplicación de la ingeniería genética, mediante la manipulación de la dotación genética del organismo, introduciendo, redistribuyendo o eliminando genes específicos mediante técnicas de biología molecular.

La regulación de los cultivos transgénicos llega incluso al viñedo, pero lo cierto es que el desarrollo de OMG en la agricultura se ha comercializado fundamentalmente en variedades de maíz y de soja. Actualmente, el desarrollo de variedades transgénicas forma parte de los programas de investigación sobre cultivos en todo el mundo y la difusión en la utilización de esta nueva tecnología se ha producido de manera muy rápida. Las variedades de semillas MG son cultivadas por millones de agricultores en 16 países del mundo. Entre los años 1996 a 2002, el área total cultivada se multiplicó por 35 y, si el cálculo es posterior, todavía es mayor, porque entre los años 1996 a 2006 se multiplicó por 60. Esta alta tasa de adopción es la más elevada de cualquier tecnología de cultivos y refleja el elevado grado de aceptación por parte de los agricultores hasta alcanzar 10,3 millones de agricultores respecto a los 8,5 millones en 2005.

Por cultivos, las variedades MG más relevantes pertenecen a los cultivos de maíz, algodón, colza y soja. Esta última representa ya un 50% del total de soja cultivada en el mundo. El 98% de la producción de cultivos MG se encuentra en EE.UU. (que ahora ya regula por vez primera el consumo de animales transgénicos), Argentina, Brasil y Canadá. España es el país de la UE que tiene plantada una mayor superficie significativa de variedades transgénicas, en concreto 25.000 hectáreas de Maíz Bt en 2004, encabezando en general la lista de cultivos transgénicos europeos, ahora ya con más de 80.000 hectáreas de los 125 millones del mundo, siendo España el mayor productor de transgénicos de la UE y el 14 del mundo.

En Argentina, en el presente año, prácticamente el 100% de la superficie de soja y de algodón fue sembrada con variedades GM, mientras que el maíz transgénico representó el 95% del total de ese cultivo y, justamente en el caso de la soja, se cultivan variedades tolerantes a glifosato, incorporándose últimamente variedades que presentan dos características: tolerancia a glifosato y resistencia a insectos, mientras que por lo demás, en algodón y maíz, la mayor parte del área de esos cultivos corresponde a variedades e híbridos, respectivamente, tolerantes a glifosato y resistentes a insectos al mismo tiempo.

Solo en 2008, la extensión destinada a estos cultivos en el mundo creció en un 9,4% de modo que en un año aumentaron 10,7 millones de hectáreas transgénicas más que en 2007 y el número de países también se incrementó considerablemente al pasar de los 6 de 1996, primer año de la comercialización, a 25 en 2008, en que se sumaron por vez primera Burkina Fasso, Egipto y Bolivia, y de lo que, en este mismo año de 2009, se declara contrario Alemania (que en 2008 era el cuarto país europeo con mayor superficie de maíz Bt con fines comerciales), por riesgos para el medio ambiente, siendo justamente Alemania el octavo país europeo que prohíbe el único maíz permitido en la UE.

Una vez generada la tecnología (por parte de centros de investigación públicos o empresas privadas) y adoptada por parte del agricultor, entra en la cadena alimentaria, mediante el procesado de los alimentos, para el consumo animal o humano y la realidad es que los cultivos transgénicos ocupan ya desde hace tiempo más de la barrera de 100 millones de hectáreas en el mundo, aduciéndose en la UE encuestas que concluyen que más del 75% de los españoles confían en el desarrollo biotecnológico, al considerar que el trabajo que realizan los científicos mejora la calidad de vida, dado que no cabe ninguna duda de que la Biotecnología, que ahora parece ser un instrumento bueno para superar la pobreza, dentro de 20 años, va a ser de indudable aplicación a la vida cotidiana, de acuerdo con el objetivo planteado por el Programa Internacional de Futuro (IFP) de la OCDE para el bienio 2006-2008, surgiendo también, inevitablemente, la biopiratería, o robo de plantas con fines comerciales, desde que los laboratorios de países industrializados descubrieron que en las plantas de Amazonia pudiera ser que se encontrasen medios para combatir muchas enfermedades.

Ya en 2011, en un informe la organización ecologista Amigos de la Tierra Internacional, se señalaba que el 90% de los transgénicos se cultivan en seis países: Estados Unidos, Argentina, Brasil, India, Canadá y China, y son producidos por el 1% de los agricultores del mundo, añadiendo en su análisis que el número de países que cultivan transgénicos se estaba reduciendo, pues en ese mismo año Polonia y Egipto habían suspendido la producción de cultivos genéticamente modificados.

En dicho informe, se ponía de relieve que el 90% de los cultivos transgénicos disponibles en el mercado han sido modificados para ser tolerantes a herbicidas, lo que tiene como resultado «un aumento desmedido del uso de agrotóxicos», citando como ejemplo el caso de Estados Unidos, donde el 49% de los agricultores manifiestan tener problemas con malezas resistentes a los herbicidas.

En Europa, tienen por las razones que después expondremos una imagen negativa, si bien la superficie de su cultivo crece sin parar, mientras que en América no tienen rechazo de la opinión pública en buena medida porque no tienen resultado las campañas publicitarias negativas de las organizaciones ecologistas que más que con argumentos científicos y técnicos tratan de convencer con bases y razones de corte ideológico y político.

En todo caso, los beneficios de los OMG frente a las variedades tradicionales han sido ampliamente estudiados. Algunas de las ventajas a las que se alude están relacionadas con la mejora en la producción, el incremento en los márgenes financieros de los agricultores y la reducción en el uso de pesticidas y herbicidas, mientras que los principales riesgos están relacionados con los efectos sobre la salud humana, la preocupación a largo plazo del impacto ecológico sobre la biodiversidad, el poder de mercado de las grandes empresas que desarrollan OMG, y las objeciones éticas a la transferencia no natural de material genético entre especies distintas.

En Argentina, la tasa de adopción de cultivos GM es una de las más altas en cuanto a adopción de nuevas tecnologías en el sector agropecuario argentino, y supera incluso a la observada con la incorporación de los híbridos en el cultivo de maíz, lo cual indica un alto grado de satisfacción por parte del agricultor con respecto a los beneficios que provee la Biotecnología, que ofrece además de la disminución de los costes, otras

ventajas, como mayor flexibilidad en el manejo de los cultivos, disminución en el empleo de insecticidas, mayor rendimiento y mejor calidad de la producción, lo que no es aceptado con tanta benevolencia en Europa, donde suscita todavía resistencia con gran conflicto mediático y social.

Estas controversias en Europa, derivadas de la dificultad de valorar, desde el punto de vista científico, los riesgos asociados a este cambio tecnológico y sus probabilidades de ocurrencia, junto con la distinta respuesta de los consumidores, perjudica alcanzar un consenso político en el ámbito internacional sobre la necesidad de intervención pública, que resulta inevitable, si bien es cierto que, como veremos seguidamente, la normativa pretende garantizar que los alimentos transgénicos son absolutamente seguros para la salud humana y la ambiental, precisamente por cuanto están sometidos a una legislación más estricta que el resto de la comida de suerte que su venta no se autoriza hasta que quien los fabrica haya demostrado científicamente su inocuidad; todo ello al margen de que, desde los comienzos de la civilización, el ser humano se ha dedicado en realidad a forzar en lo posible a la naturaleza para producir más y mejor lo que ahora se hace mediante la transformación del genoma, mediante modificaciones interesadas con ingeniería genética para obtener un producto a libre elección del consumidor a quien no se obliga en absoluto ni se engaña, ya que en su etiqueta debe aparecer la indicación OMG.

II. La normativa reguladora de los organismos genéticamente modificados (OMG)

En Argentina, la autorización para la comercialización de un cultivo transgénico está a cargo de la Secretaría de Agricultura y Pesca del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, y se basa en los informes técnicos elaborados por tres Direcciones y sus Comisiones Asesoras, si bien en rigor, no es el cultivo el que recibe la autorización, sino el evento de transformación genética, o simplemente "evento".

De acuerdo con la normativa argentina, el evento se considera que es una recombinación o inserción particular de ADN ocurrida en una célula vegetal a partir de la cual se originó la planta transgénica, definiéndose como evento por parte de la Comisión Nacional de Bioseguri-

dad Agropecuaria (CONABIA): "la inserción en el genoma vegetal en forma estable y conjunta, de uno o más genes que forman parte de una construcción definida".

Conforme a las disposiciones vigentes en Argentina, los eventos de transformación son únicos y difieren en los elementos y genes insertados, los sitios de inserción en el genoma de la planta, el número de copias del inserto, los patrones y niveles de expresión de las proteínas de interés, pudiendo acumularse los eventos por cruzamiento convencional, para obtener fácilmente plantas con varias características combinadas.

En Argentina, la autorización para la comercialización de un cultivo transgénico, como hemos adelantado, es competencia de la Secretaría de Agricultura y Pesca del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, basándose en los informes técnicos elaborados por las aludidas tres Direcciones y sus Comisiones Asesoras, que son la Dirección de Biotecnología y la Comisión Nacional Asesora de Biotecnología Agropecuaria (CONABIA); la Dirección de Calidad Agroalimentaria del SENASA (Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria) y su Comité Técnico Asesor sobre uso de Organismos Genéticamente Modificados, y la Dirección Nacional de Mercados Agrícolas.

La Dirección de Biotecnología y la CONABIA evalúan los posibles riesgos que puede causar la introducción del cultivo transgénico en los agroecosistemas, lo cual se lleva a cabo en dos fases, determinándose en la primera si el cultivo transgénico puede o no ensayarse en condiciones experimentales en el campo (condiciones de confinamiento), mientras que en la segunda, que transcurre después de tales ensayos, se evalúa la posibilidad de que el cultivo transgénico se siembre en gran escala (no confinado), autorizándose, como resultado final, la liberación del cultivo transgénico para su siembra a escala comercial.

La Dirección de Calidad Agroalimentaria del SENASA y el Comité Técnico Asesor sobre uso de OGM del SENASA evalúan los riesgos potenciales para la salud animal y humana derivados del consumo, como alimento, del cultivo transgénico o sus subproductos, estudiando la presencia de tóxicos, alérgenos y de posibles modificaciones nutricionales que se podrían haber introducido por la transformación genética, mientras que la Dirección Nacional de Mercados Agrícolas determina la conveniencia de la comercialización del material genéticamente modificado,

de manera de evitar potenciales impactos negativos en las exportaciones argentinas, tomando la decisión final, tras considerar los tres informes técnicos mencionados: el Secretario de Agricultura, Ganadería y Pesca para autorizar la siembra, consumo (humano y animal) y comercialización del cultivo GM (evento de transformación) analizado.

Por su parte, en España la manipulación, diseminación y comercialización de organismos modificados genéticamente es objeto de una normativa muy abundante, emanada por los tres grandes niveles jurídico-políticos del ordenamiento jurídico español: las instancias comunitarias, el Estado y las Comunidades Autónomas.

Un estudio publicado en julio de 2013 por la revista «Cell», por investigadores del Instituto Agrotécnico de la Universidad española de Lérida, niega que Europa pueda dar la espalda al cultivo de transgénicos y respalda la vieja demanda de buena parte de la comunidad científica, que mantiene desde hace años un debate con la clase política europea, sobre la base de que sin transgénicos el continente europeo no podrá alcanzar los objetivos marcados para 2050 por la ONU e irá lastrando su competitividad agrícola, criticando en tal sentido la política europea por no tener en cuenta a la comunidad científica.

En tal dirección, se indica que el marco legislativo parece diseñado para disuadir a la población de estos productos con una legislación fragmentada e incoherente, que no se basa en principios científicos, sino en cuestiones políticas sobre la base de que Europa en el fondo no transfirió las investigaciones en tecnología transgénica hacia el mundo de la empresa a diferencia de Estados Unidos, de suerte que ante el temor a la industria agrícola de EE.UU. se fue creando una política proteccionista, a lo que se une la acción de organizaciones ecologistas contra los transgénicos.

Entre las consecuencias de la restrictiva política europea, se destaca el caso de un grupo del Instituto de Agricultura Sostenible de Córdoba en España, que logró desarrollar un trigo apto para celíacos, siendo dicha investigación financiada con dinero público español y en el cual al final, sin embargo, los derechos de explotación han terminado en una empresa estadounidense.

Uno de los principales argumentos de los movimientos contra los transgénicos es que otorgan el monopolio de la agricultura a las multi-

nacionales, lo que se justifica por la razón de que la documentación y datos que les piden para conseguir que salga un producto al mercado son tan excesivos, que los costes del proceso solo los pueden costear las multinacionales; todo lo cual se suele atribuir a la ya citada legislación europea, que ha derivado en un bloqueo de la producción y consumo de estos productos, aunque son iguales en términos de nutrición, y hay medios suficientes para garantizar su seguridad, pasando de hecho más controles que el resto.

La regulación básica de esta materia en Europa se encuentra en el Derecho comunitario y en los múltiples Reglamentos y directivas que la UE ha ido elaborando para unificar o armonizar los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros. La UE reguló por primera vez esta materia, mediante dos Directivas de 23 de abril de 1990: la Directiva 90/219/CE, del Consejo, de utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente (D90/219), y la Directiva 90/220/CE, del Consejo, de liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente (D90/220).

Ambas Directivas han sido después objeto de reforma. Tras algunas modificaciones menores, la D90/219 ha sido objeto de una importante reforma por parte de la Directiva 98/81/CE, del Consejo, de 26 de octubre, mientras que la D90/220 ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2001/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente. Esta última Directiva entró en vigor el 17 de octubre de 2002.

Pero la UE ha elaborado, también, algunas normas que regulan la materia, en función de la clase de producto a que den lugar los distintos organismos modificados genéticamente. Se han aprobado, así, sobre todo, el Reglamento (CEE) 2309/93, del Consejo, de 22 de julio, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y supervisión de medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos (R2309/93), cuyo Anexo ha sido modificado por el Reglamento (CE) 649/98, de la Comisión, de 23 de marzo. También, se ha aprobado el Reglamento (CE) 258/97, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero, sobre nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios

(R258/97), y la Directiva 98/95/CE, del Consejo, de 14 de diciembre, de semillas (D98/95).

El R2309/93, además de crear la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos, establece un procedimiento comunitario centralizado para la autorización de la comercialización de los medicamentos humanos y veterinarios de alta tecnología. Entre ellos, se encuentran los medicamentos obtenidos mediante las nuevas técnicas de manipulación genética.

Desde una perspectiva similar, aunque en el ámbito alimentario, el R258/97 regula de forma específica los requisitos de comercialización de los alimentos e ingredientes alimentarios nuevos; esto es, aquellos que "no hayan sido utilizados en una medida importante para el consumo humano en la Comunidad" (art. 1.2 R258/97). Entre ellos, se encuentran los alimentos e ingredientes alimentarios que contienen o consisten en organismos modificados genéticamente (como el tomate, el arroz, el maíz, etc.), así como los alimentos e ingredientes procedentes de organismos modificados genéticamente.

Pues bien, en el mes de junio de 2014, los representantes de los 28 países miembros de la Unión Europea aprobaron en Luxemburgo la reforma del proceso de autorización de organismos genéticamente modificados presuponiendo que la autorización del uso de un producto concreto debe ser aprobada en el Consejo de Ministros por mayoría cualificada -sin posibilidad de veto- después de que la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA) haya analizado caso por caso y haya dado su dictamen.

Esta autorización durará diez años y será válida para todo el territorio comunitario, pero los países podrán invocar razones sanitarias o medioambientales para prohibirlo. Aunque el acuerdo de los ministros de Medio Ambiente debe ser aprobado por el Parlamento Europeo, su desbloqueo político ya ha suscitado una enconada discusión. De hecho, la multinacional Monsanto advertía en un comunicado de que «esta propuesta, de ser aprobada como legislación, concedería a los Estados Miembro la posibilidad de restringirlos o prohibirlos por motivos no científicos, a pesar de que expertos de la UE han avalado su seguridad y que estos se han cultivado con éxito en todo el mundo durante los últimos 20 años».

Por el contrario, desde otras organizaciones como Greenpeace España, la oposición al empleo de estos productos es radical al estimar que representan muchos riesgos para el medioambiente, la salud, la seguridad alimentaria y el desarrollo socioeconómico de los países, por entender que las evaluaciones que la EFSA ha llevado a cabo son insuficientes, dado que solo han considerado los riesgos a corto plazo y no hay estudios post-comercialización, aludiendo que hay riesgo de alergias, de contaminación genética por polinización cruzada de los cultivos tradicionales o ecológicos, lo que hace muy difícil que un agricultor apueste por lo ecológico para no poder venderlo después, y también provocan problemas de resistencia a los herbicidas, porque al poder ser usados masivamente con los OGM, las malas hierbas y las plagas se acostumbran a ellos.

Desde otra perspectiva, según los científicos, son los alimentos más seguros de la Historia y, así, las resistencias a los plaguicidas se producen con los transgénicos, con los cultivos tradicionales y con los ecológicos, de suerte que los transgénicos son las plantas más analizadas y más seguras -las que han pasado las evaluaciones- de la Historia, lo que no parece discutible desde una perspectiva científica. Pero incluso, fuera del ámbito de la ciencia, hay un dato irrefutable. Si fuesen tan dañinos, se aduce que, en consecuencia, los tribunales estarían llenos de demandas.

Sin embargo, para los conservacionistas, no solo hay riesgos medioambientales y sanitarios, sino también socioeconómicos, puesto que con los OGM se está produciendo una pérdida de soberanía alimentaria, porque las semillas están en manos de unas pocas multinacionales que buscan el acaparamiento para hacer más dependientes a los agricultores y, en este punto, sí hay cierta convergencia con la ciencia, puesto que no cabe duda de que el hecho de que unos pocos controlen todos los recursos fitogenéticos puede ser inquietante. Pero, en cualquier caso, lo importante es que haya trasparencia, que se pueda elegir y, sobre todo, que la tramitación y demás procedimientos se hagan bien, de acuerdo con la estricta legislación vigente y la verdad es que todos los años hay problemas graves con la agricultura ecológica mientras que ninguno con los transgénicos.

Es especialmente relevante la decisión del Consejo de Ministros de la UE que, al final, permite concluir que el problema de los transgénicos

a nivel científico es en realidad inexistente o como suele decirse un no problema, dado que parece que no hay riesgo alguno. Otra cosa es a nivel político. Pero esta vez la UE ha hecho lo único que podía hacer; y lo mejor, porque no se podía seguir más tiempo a merced de las minorías de bloqueo. El haber conseguido una mayoría ha sido un éxito y al margen de la polémica porque cada país es un mundo en este aspecto se ha dado un paso importante y, desde luego, que si se renuncia a ellos, Europa pierde el tren.

En España, por ejemplo, Aragón es la comunidad que tiene más maíz transgénico y nunca han tenido problemas, sino todo lo contrario y, así, en el valle del Ebro, existe la plaga del taladro, que debilita los tallos del maíz, y el cierzo, que cuando sopla lo tira al suelo y lo pudre y, aún siendo irrelevante plantar maíz transgénico o convencional, la verdad es que si se quiere competir con los estadounidenses, brasileños, canadienses o argentinos, y rentabilizar las inversiones en regadío para adaptar los cultivos a la directiva marco europea del agua, la única opción es el maíz modificado y olvidarse, además, de la hipocresía reinante en la materia, porque Europa tiene que importar transgénicos, dado el 40% de la proteína vegetal que consume nuestro ganado es soja transgénica. Es todo tan absurdo que, hasta los euros con los que se pagan, están hechos de fibra de algodón trasgénico. A Europa, por culpa de políticos indecisos, se la van a comer sus competidores.

España, al igual que otros países comunitarios, transpuso con retraso las Directivas de 1990. Lo hizo en 1994, a través de la LOMG94, que fundió en una sola norma las disposiciones de la D90/219 y de la D90/220. La LOMG94 fue desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto N° 951/1997, de 20 de junio, que aprovechó para transponer también las Directivas que habían adaptado los Anexos de la D90/219 y la D90/220 al progreso técnico.

Posteriormente, y al amparo de los mismos títulos competenciales, las Cortes Generales españolas han transpuesto tanto la D98/81 como la D2001/18 mediante una sola Ley, la LOMG. Aunque la transposición se ha producido con retraso, España ha sido el cuarto Estado miembro en incorporar a su ordenamiento jurídico la D2001/18.

Distintas Comunidades Autónomas en España, en el ejercicio de sus competencias legislativas y ejecutivas en los ámbitos de sanidad y medio

ambiente, han elaborado normativa propia en materia de OMG. Se trata de una normativa de carácter fundamentalmente organizativo, destinada a posibilitar el ejercicio de las competencias ejecutivas que la LOMG94 (y, ahora, la LOMG) les han atribuido. Entre otras: Andalucía, Aragón, Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Extremadura y Navarra, resultando prohibidos, aparte de en más de 170 regiones europeas, en Asturias, Baleares, Canarias y País Vasco, en que dependen en este último caso de la autorización de las Diputaciones, de acuerdo con la normativa antes citada del gobierno vasco en funciones en abril de 2009, y siendo, de momento, el último tramo del debate en el parlamento catalán en noviembre de 2009 los votos de los diputados del partido popular, PSC y CIU, en contra de debatir la iniciativa legislativa popular sobre la proposición de ley para la prohibición del cultivo de productos agrícolas modificados genéticamente representada por la plataforma "Som lo que sembrem (somos lo que sembramos)".

En todo caso, quienes deseen desarrollar las distintas actividades con organismos transgénicos permitidas por la normativa vigente deberían solicitar y obtener, normalmente, la previa habilitación administrativa en forma de autorización. Coherentemente con el principio de precaución, la autorización debe ser concedida siempre de forma expresa (la normativa comunitaria suele exigir, además, la forma escrita); ello significa, en la terminología jurídico-administrativa española, que no cabe obtener la autorización de forma presunta, por el mero transcurso del plazo de que dispone la Administración para resolver de forma expresa el procedimiento iniciado mediante la solicitud del interesado; que no cabe, en definitiva, el silencio administrativo en esta materia. Con ello, se garantiza que no se llevarán a cabo las actividades relacionadas con OMG (potencialmente peligrosas), sin que la Administración competente les haya dado antes su visto bueno, tras comprobar que no representan ningún peligro para la salud de las personas ni el medio ambiente.

La autorización administrativa es exigida para la realización de determinadas actividades de utilización confinada y para toda liberación voluntaria y comercialización de organismos transgénicos y de productos que los contengan. Es también exigida para poder comercializar la mayor parte de los alimentos, ingredientes alimentarios y medicamentos de origen transgénico.

En cualquier caso, estos procedimientos no podrán eliminar la necesidad de efectuar una rigurosa evaluación del riesgo ni de presentar un mínimo de información que permita controlar adecuadamente dicha evaluación. Tampoco podrá suprimir la necesidad de obtener una previa autorización escrita de la Administración competente ni la facultad de esta de imponer las condiciones que estime necesarias.

Como ya nos consta, el Reglamento español 1829/2003 es una norma vertical que, al garantizar un nivel de protección del medio ambiente equivalente al establecido por la Directiva 2001/18, la desplazará en el ámbito específico por él regulado: la comercialización de alimentos y piensos transgénicos. A partir de ahora, quienes deseen comercializar alimentos y piensos transgénicos ya no deberán obtener dos autorizaciones, sino solo una, la regulada en dicho Reglamento. Al igual que el R258/97, y a diferencia de la D2001/18, el R1829/2003 resulta no solo de aplicación a los alimentos transgénicos, sino también, a los alimentos de mero origen transgénico, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 3.1.

Como ya sabemos también, el R1829/2003 abandona el polémico procedimiento simplificado de mera comunicación previa, previsto en el R258/97 para la comercialización de alimentos de origen transgénico sustancialmente equivalentes a los ya existentes y exige en todos los casos autorización administrativa basada en una evaluación rigurosa de los riesgos que comporten para la salud humana y el medio ambiente.

Los sujetos que deseen obtener la autorización de comercialización deberán solicitarla a la autoridad nacional competente, presentando gran cantidad de información tendiente a demostrar que el alimento cumple los requisitos apuntados.

A diferencia de lo previsto en la Directiva 2001/18, el informe de evaluación no es elaborado por la autoridad nacional competente, sino por la AESA, Agencia independiente comunitaria. Así, una vez recibida la solicitud, la autoridad nacional se limita a enviarle un acuse de recibo al solicitante en un plazo de 14 días, a informar sin demora a la AESA y a poner a su disposición la solicitud y cualquier información complementaria que aquel le haya transmitido. La AESA, a su vez, informará sin demora a los demás estados miembros y a la Comisión Europea y pondrá a su disposición tanto la solicitud como la información complementaria que el solicitante le haya transmitido; asimismo, pondrá a dis-

posición del público el resumen del expediente entregado por el solicitante.

Una vez elaborado el dictamen técnico por la AESA, es enviado a la Comisión, a los Estados miembros y al solicitante, junto con un informe explicativo. Inmediatamente después de su adopción, la AESA pondrá el dictamen y la información en que se base a disposición del público, que tendrá un plazo de 30 días para remitir sus comentarios.

La propuesta de resolución de la Comisión es trasladada al Comité permanente de la cadena alimentaria y de sanidad animal, presidido por un representante de la Comisión e integrado por representantes de los estados miembros.

Como ocurre con la Directiva 2001/18, es el Consejo de la UE quien acaba decidiendo la autorización de la comercialización de alimentos transgénicos y de origen transgénico.

Una vez adoptada la decisión, la Comisión se la notifica de forma inmediata al solicitante y da noticia de ella en el Diario Oficial de la Unión Europea. El alimento pasa a ser inscrito en el registro comunitario de alimentos y piensos modificados genéticamente mantenido por la Comisión.

La autorización de comercialización del R1829/2003, válida en toda la UE, es también temporal, siendo concedida por un período de 10 años, renovable por el mismo período según el procedimiento simplificado previsto en el art. 11 de dicho Reglamento.

El régimen de autorización es, en gran parte, aplicable de forma retroactiva, a los alimentos transgénicos o de origen transgénico que hayan sido legalmente comercializados con anterioridad a la fecha de aplicación del Reglamento 1829/2003.

El legislador comunitario, consciente de la dificultad de evitar la presencia de material transgénico o de origen transgénico en determinados procesos productivos alimentarios, exonera de la obligación de obtener la autorización exigida por el R1829/2003, cuando se pretenda comercializar un alimento que contenga una proporción de material transgénico igual o inferior al 0,5% y se cumplan las demás condiciones del art. 47: que dicha presencia sea accidental o técnicamente inevitable; que el material modificado genéticamente presente en el alimento haya recibido el dictamen favorable de la AESA o del comité científico comunitario

competente antes de la fecha de aplicación del R1829/2003; que no se haya denegado la solicitud de dicho material en virtud de la legislación comunitaria pertinente; y que los métodos de detección de dicho material estén a disposición del público. Dicha exoneración tiene, además, una vigencia temporal limitada: tres años tras la fecha de aplicación del R1829/2003.

Por otra parte, el Reglamento 1830/2003 garantiza que todos los productos transgénicos, en todas las fases de su comercialización (y no solo al ser puestos en el mercado), hasta llegar al consumidor final, indiquen claramente en su etiquetado su carácter transgénico. El R1829/2003, a su vez, hace lo propio en el ámbito alimentario, atendiendo a las especialidades de dicho ámbito y extendiendo aquella garantía a los alimentos y piensos de mero origen transgénico.

Tanto el R1829/2003 como el R1830/2003 establecen un umbral mínimo de presencia accidental o técnicamente inevitable de material transgénico o de origen transgénico en el producto o alimento de que se trate, por debajo del cual se exonera del deber de etiquetado acabado de exponer; este umbral mínimo se sitúa en el 0,9%.

Este etiquetado exhaustivo, exigido por el R1829/2003 y el R1830/2003 requiere, obviamente, que la información relativa al carácter u origen transgénico del producto de que se trate esté disponible a lo largo de todas las fases de su comercialización. Requiere, en definitiva, como complemento indispensable, un sistema estricto de trazabilidad, que ahora garantiza, de forma uniforme en toda la UE, el R1830/2003.

El R1830/2003 establece una serie de medidas destinadas a garantizar la trazabilidad, en todas las fases de su comercialización, de todos los productos transgénicos y de los alimentos y piensos de origen transgénicos.

Con la aprobación de los reglamentos comentados, se ha completado la regulación comunitaria exigida por los Estados miembros reacios a la comercialización de organismos modificados genéticamente para levantar la moratoria fáctica existente desde 1998.

En relación con la comercialización de organismos modificados genéticamente o de productos que los contengan, la Ley española delimita con mayor precisión el concepto de comercialización y somete las correspondientes autorizaciones a un plazo de vigencia, transcurrido el

cual deberán renovarse. Asimismo, establece la obligación de llevar a cabo un seguimiento y control de los organismos modificados genéticamente o de los productos que los contengan, con el fin de identificar, cuando ya estén autorizados, cualquier efecto adverso que puedan producir en la salud humana o el medio ambiente; asimismo, se obliga a etiquetarlos adecuadamente para garantizar no solo su control y seguimiento por las autoridades competentes, sino también la adecuada información de los consumidores.

En la Ley española, se entiende por comercialización todo acto que suponga una entrega a terceros, a título oneroso o gratuito, de organismos modificados genéticamente o de productos que los contengan.

Durante la valoración de las solicitudes de comercialización de organismos modificados genéticamente, los órganos competentes para otorgar la autorización solicitarán previamente al Consejo Interministerial de Organismos Modificados Genéticamente un informe sobre la evaluación específica del riesgo ambiental.

Las personas físicas o jurídicas que pretendan comercializar por primera vez organismos modificados genéticamente o una combinación de organismos modificados genéticamente como productos o componentes de productos, solicitarán autorización a la Administración competente, remitiendo al efecto: a) Un estudio técnico, que comprenda las informaciones y datos que reglamentariamente se determinen. b) Una evaluación del riesgo para la salud humana y el medio ambiente, que deberá incluir la metodología utilizada y las conclusiones sobre el impacto potencial en el medio ambiente. c) Las condiciones para la comercialización del producto, incluidas las de uso y manejo. d) Un plan de seguimiento, con una propuesta de vigencia de este. e) Una propuesta de etiquetado y de envasado. f) La propuesta del período de duración de la autorización, que no podrá ser superior a 10 años. g) La información de que dispongan, en su caso, sobre datos o resultados de otras liberaciones del mismo organismo modificado genéticamente en trámite de autorización o ya efectuadas, tanto por el interesado como por terceras personas, siempre que estas hayan dado su conformidad por escrito. h) Un resumen del expediente, que se pondrá a disposición del público.

La Administración General del Estado realizará un informe de evaluación, en el que se indicará, si los organismos modificados genética-

mente deben o no comercializarse y en qué condiciones. El informe de evaluación junto con el resumen del expediente se remitirá a la Comisión Europea y, por esta, a los demás Estados miembros, pudiendo solicitar informaciones adicionales, formular observaciones o presentar objeciones motivadas a la comercialización del organismo modificado genéticamente de que se trate.

La Administración General del Estado dictará resolución motivando el rechazo de la solicitud cuando, siendo el informe de evaluación contrario a la comercialización, decidiera, después de finalizar el correspondiente procedimiento, que dicho organismo no debe comercializarse.

La autorización de comercialización solo podrá otorgarse, cuando se haya autorizado previamente una liberación voluntaria sin fines comerciales de dichos organismos, o se haya realizado una evaluación de los riesgos de conformidad con lo dispuesto en esta Ley o con sus normas de desarrollo. Si se formulasen objeciones por parte de los Estados miembros o de la Comisión Europea y no se llegase a un acuerdo, la Administración General del Estado no podrá otorgar la correspondiente autorización sin la previa aprobación de la Unión Europea.

En la autorización, se especificarán: a) Su alcance, con la identificación de los organismos modificados genéticamente que se van a comercializar y su identificador único. b) Su plazo de validez, que tendrá una duración máxima de 10 años. c) Las condiciones de comercialización del producto. d) Las muestras de control que se deben tener en depósito. e) Los requisitos de etiquetado y envasado. f) Los requisitos de seguimiento del producto.

No se podrá prohibir, restringir o impedir la comercialización de organismos modificados genéticamente o de productos que los contengan, que hayan sido autorizados por otros Estados miembros, siempre que estas autorizaciones se hayan otorgado de acuerdo con las disposiciones que incorporen a los respectivos derechos nacionales las normas de las Comunidades Europeas sobre esta materia y se respeten estrictamente las condiciones establecidas en las respectivas autorizaciones.

No obstante, la Administración General del Estado podrá restringir o suspender el uso y la venta de un producto debidamente autorizado, cuando con posterioridad a su autorización disponga de nuevas informaciones de las que se deduzca que el producto supone un riesgo para

la salud humana o el medio ambiente, debiendo en este caso informar al público.

De gran importancia es también, en España, la posterior aprobación del Reglamento de desarrollo de la LOMG, mediante el Real Decreto N° 178/2004, de 30 de enero (ROMG2004). Como ya nos consta, el desarrollo gubernamental era, en España, imprescindible para transponer de forma completa las Directivas comunitarias y disciplinar de modo adecuado esta materia.

En cuanto al orden de prioridades y los objetivos, son claros en todo el mundo, pues necesitamos que haya comida para todos, que esta sea segura, saludable y, por último, que satisfaga nuestros gustos, estando en relación dicha jerarquía precisamente con las peticiones de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), que estima necesario un aumento del 70% de la producción agrícola en 2050 para poder alimentar a las 9.000 millones de personas que se calcula habitarán ese año el planeta, por lo que, como corolario apodíctico, es conclusión ineludible que, sin los transgénicos, llegar a los compromisos será muy difícil por no decir prácticamente imposible.

Ahora bien, es lo cierto que ello no significa la desaparición de la agricultura en territorios donde el cultivo es más complicado puesto que, especialmente en Europa, hay zonas donde trabajar la tierra es caro, siendo el ejemplo más característico el de Grecia, donde los espacios de cultivo son pequeños y solo pueden competir, si mantienen etiquetas de Denominación de Origen, pero todo debe ser compatible, puesto que asegurar esos pequeños terrenos agrícolas no debe negar las posibilidades que ofrecen los productos genéticamente modificados.

En España, entre el 15 y el 20% del maíz cultivado es transgénico y, frente a las acusaciones que se suelen atribuir a la obligatoriedad por parte de los agricultores a comprar este tipo de semilla, se contesta que la adquieren porque les sale rentable y porque se exporta muy bien al exterior hasta el punto que España, de hecho, es el principal productor de maíz para pienso animal, lo que, por lo demás, parece que permite mantener los niveles de producción cárnica actuales.

Con todo, existen reticencias y, así, en relación con la multinacional Monsanto y sus semillas de soja, se argumenta que el productor depende no solo de esa semilla, sino del glifosato, único herbicida aplicable, ambos

distribuidos por esta empresa aduciéndose que son fenómenos que van encaminados a acabar con la soberanía alimentaria, algo que traería terribles consecuencia de modo que con tal punto de partida se concluye, desde otra perspectiva, que los transgénicos no son la solución porque la hambruna mundial no depende de los alimentos, sino de las políticas gubernamentales; y se añade que tampoco existe absoluta certeza respecto de que se pueda garantizar la seguridad en su consumo, ya que se desconocen los detalles de sus efectos.

Desde esta perspectiva crítica, se aduce frecuentemente que no existen estudios sobre su impacto en la salud, resultando muy citados los trabajos del investigador francés Gilles Séralini, que publicó un controvertido estudio que demostraba que un determinado maíz transgénico causaba cáncer en ratas de laboratorio. Sin embargo, el Consejo Superior de Biotecnología francés (HCB) determinó, en octubre de 2012, no haber encontrado ninguna relación de causalidad entre la aparición de tumores en las ratas y el consumo de maíz NK603 de Monsanto.

En cambio, por la otra parte, se asegura que la seguridad de los transgénicos parece un hecho probado descartando el mito de que provocan alergias y, así hace algún tiempo, se intentó crear un arroz rico en licina, para cuyo desarrollo se utilizó una proteína alérgena que se descubrió en el laboratorio, por lo que nunca salió al mercado, y así frente a rumores o leyendas urbanas que no tienen fundamento veraz, como decir que son cancerígenos, hay mucha literatura científica sobre su inocuidad en humanos y nada hace pensar que representen algún peligro.

La Asociación Europea de Bioindustrias (EuropaBio) ha publicado un informe en el que denuncia el retraso continuo de la Unión Europea en cuanto al proceso de autorización de los organismos genéticamente modificados. En dos casos concretos, dos variedades de maíz (BT 11 y Herculex I), la demora supera ya los diez años, cuando estos productos han recibido el informe favorable de la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA).

EuropaBio critica la lentitud de estos procesos de evaluación y asegura que, mientras la media europea para la aprobación de OGM se sitúa en 45 meses, este tipo de procesos se reduce sustancialmente en otros países del mundo como Estados Unidos (25 meses), Brasil (27) o Canadá (30 meses). Este estudio pone de manifiesto que cada año entran en el

sistema de autorización más productos transgénicos de los que salen con dictamen y, así, las autoridades comunitarias tienen encima de la mesa un total de veinte proyectos abiertos con el visto bueno en cuanto a su seguridad y que aún no han sido votados. Concretamente, el maíz NK603 tolerante al herbicida glifosato -que ha demostrado su eficacia para reducir las emisiones de CO2- lleva 29 meses esperando ser aprobado desde 2005, a pesar de contar desde hace 29 meses con el informe favorable de la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria.

Desde la Asociación Europea de Bioindustrias, se insta a la Comisión para que respete los plazos legalmente prescritos. Del tiempo empleado en el proceso de autorización, aproximadamente un tercio del mismo se destina a la pertinente tramitación de la Comisión Europea y a los procedimientos de votación. Como norma habitual, el Ejecutivo comunitario espera una media de once meses en pedir a los Estados miembros su voto, olvidando así el plazo de tres meses establecido en la legislación comunitaria; por lo cual EuropaBio critica que los procesos de autorización nunca se han aplicado correctamente, en el caso del cultivo de productos transgénicos, considerando este organismo que los Estados miembros de la Unión se basan en intereses políticos antes que en "argumentos científicos".

Cree, además, que si estos procesos no se aceleran, habrá repercusiones importantes para la economía de la eurozona. La UE está demostrando cada vez en mayor medida que no está en condiciones de producir todos los productos que demanda, por lo que importa materias primas agrícolas, especialmente maíz y soja para alimentar al ganado, por lo que tienen que tiene que gastar miles de millones de euros en importarlas. Y la mayoría del alimento importado para alimentación animal está genéticamente modificado.

Aproximadamente, un tercio de las necesidades de consumo de la UE provienen del exterior. Así, los agricultores europeos están viendo cómo se les niega el uso de semillas que sus competidores de otros países extracomunitarios utilizan sin ningún problema desde hace años, lo que reduce la competitividad de estos, aumenta la dependencia de la Unión del exterior y crea incertidumbre jurídica para los operadores de las importaciones.

Con el fin de agilizar estos problemas, EuropaBio propone algunas recomendaciones, tales como instar a la Comisión para que cumpla con los plazos establecidos en la legislación y que se vote en un plazo de tres meses desde la aprobación del informe de la EFSA; que la CE no cancele las opciones de los miembros para votar; que no se varíen las reglas del juego en cuanto a aceptar los criterios de la EFSA, y apoyar a este organismo en lugar de socavar su credibilidad y; finalmente, en su informe, EuropaBio propone a la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria que mejore la comunicación sobre su actividad hacia la sociedad, para que el usuario sepa realmente las características de estos OGM y sus posibles consecuencias, si las hay, en materia de salud y seguridad.

III. Ventajas e inconvenientes

Las ventajas de los OMG se relacionan con la mejora en la producción, el incremento en los márgenes financieros de los agricultores y la reducción en el uso de pesticidas y herbicidas, con la pretensión de solucionar el hambre en el mundo.

Así, en 2007, se creó en España una variante atenuada de salmonella transgénica que podría servir para bloquear el crecimiento de tumores cancerígenos y, poco después, se descubrieron por científicos estadounidenses unos mosquitos transgénicos que resisten mejor la malaria que los salvajes, o se desarrolló un arroz modificado con genes humanos que ayuda a rehidrata a niños con diarrea (que causa más de dos millones de muertes infantiles) u otro arroz transgénico que contiene una vacuna contra la cólera, que podría servir también para combatir los virus de la gripe y el VIH.

Incluso, se ha creado una levadura transgénica que puede utilizarse para detectar explosivos, llegándose en Rusia a plantar árboles transgénicos para frenar la deforestación y el cambio climático, puesto que pueden producir hasta cinco veces más cantidad de madera para producción de papel; o habiéndose creado en nuestro país, en noviembre de 2008, un ratón transgénico que vive más y mejor, cuya técnica, si se aplicase en humanos, permitiría vivir hasta los 120 años; hasta el extremo que, en Premio Nobel de Medicina de 2007, se concedió a los creadores de

los ratones transgénicos de diseño, siendo, en resumen, la alegación de que los OMG permiten producir más con menos recursos, algo esencial en el continente africano, que poco a poco se está abriendo, como hemos adelantado, a estos cultivos.

Argentina se encuentra entre los países pioneros en la adopción de cultivos transgénicos, al haber sido adoptados en forma masiva por los beneficios que brindan al productor agropecuario y por la existencia de una normativa precisa de los pasos a seguir y de los controles que hay que cumplir ofreciendo a los consumidores productos provenientes de esta nueva tecnología, autorizándose en Argentina los cultivos transgénicos de maíz, algodón y la soja.

La soja es la oleaginosa de mayor importancia económica en el mundo, al ser una fuente de proteínas muy digeribles y de calidad comparable a las proteínas de origen animal, con ocho aminoácidos esenciales para la nutrición humana, que no se producen de forma natural en el organismo, siendo el primer cultivo en el mercado argentino en incorporar una característica a través de transgénesis, hasta el extremo de que, en la actualidad, la soja transgénica representa el 100% de la soja cultivada en la Argentina, habiendo sido mejorada por ingeniería genética para tolerar las aplicaciones de herbicidas a base de glifosato, un compuesto de amplio espectro que elimina a las malezas y provoca la muerte de las plantas sensibles a él, ya que inhibe la acción de una enzima implicada en la síntesis de aminoácidos aromáticos, esenciales para la síntesis proteica.

La soja transgénica tolerante a glifosato se obtiene al insertarle a la planta un gen extraído de la bacteria que se denomina técnicamente Agrobacterium tumefaciens y que codifica para la síntesis de una enzima que no es afectada por el glifosato; por lo cual, al expresar este gen bacteriano, la planta de soja resulta tolerante al herbicida glifosato y sobrevive a su aplicación, mientras que las malezas que no tienen el gen que confiere tolerancia a glifosato, se mueren.

En Argentina, también se han desarrollado otras variedades de soja transgénica tolerantes a otros tipos de herbicidas, presentando una de ellas tolerancia al herbicida glufosinato de amonio y la otra, tolerancia a herbicidas del grupo de las imidazolinonas, de modo que en la primera la tolerancia al herbicida glufosinato de amonio se origina por introduc-

ción del gen pat, que codifica para la enzima fosfinotricina-N-acetiltransferasa (PAT), del actinomicete del suelo Streptomyces viridochromogenes, mientras que el glufosinato de amonio es el principio activo de los herbicidas del tipo de las fosfinotricinas, herbicidas de amplio espectro que actúan inhibiendo la actividad de la enzima glutamina sintetasa, necesaria para la producción de glutamina (importante como precursor de ácidos nucleicos y proteínas) y para la detoxificación del amoníaco.

Pues bien, resulta que la aplicación del glufosinato de amonio lleva a la reducción de los niveles de glutamina y un aumento de los niveles de amoníaco en los tejidos vegetales, lo que supone detener la fotosíntesis y que la planta muera al cabo de los pocos días, mientras que la enzima PAT detoxifica al herbicida por acetilación, inactivándolo, de tal modo que en la soja tolerante a los herbicidas del grupo de las imidazolinonas se introdujo el gen de la subunidad mayor de la enzima AtAHASL (acetohidroxiácido sintasa) de Arabidopsis thaliana, siendo dicha proteína idéntica a la de todas las plantas, salvo por un cambio que impide la unión de la enzima al herbicida y, por lo tanto, la vuelve tolerante al mismo, por todo lo cual la aplicación de los herbicidas del grupo de las imidazolinonas a plantas que llevan este gen no afecta la síntesis de aminoácidos de cadena ramificada (valina, leucina, isoleucina), necesarios para el crecimiento de la planta.

En cuanto a los beneficios de los cultivos tolerantes a herbicidas, es indudable que el crecimiento de las malezas disminuye drásticamente el rendimiento y la calidad de los cultivos, ya que muchos herbicidas sirven para un determinado tipo de malezas y suelen dejar residuos que permanecen en el suelo por años, mientras que el empleo de cultivos tolerantes a herbicidas resuelve estos problemas, ya que estos cultivos son tolerantes a los herbicidas de amplio espectro (es decir, eliminan a casi todas las plantas, excepto aquellas tolerantes a dichos herbicidas) y de menor efecto residual que otros herbicidas, a lo que se añade que el productor se beneficia, porque además de controlar las malezas más fácilmente, con estos cultivos puede usar métodos de labranza más conservacionistas, como la siembra directa, que ayuda a conservar el suelo y la humedad, simplifica el manejo y reduce los costos de producción.

En Argentina, como hemos adelantado, en 1996, fueron inscritas en el Registro Nacional de Propiedad de Cultivares las primeras variedades de soja tolerante a glifosato y ya en la campaña 2013/2014 se sembraron en la Argentina 20,4 millones de hectáreas, mientras que la primera soja transgénica resistente a insectos y tolerante a herbicidas fue aprobada en 2012, e incorpora la resistencia al ataque de insectos lepidópteros y tolerancia a la aplicación del herbicida glifosato, sembrándose en la campaña 2013/2014 en la Argentina 62 mil hectáreas.

Por lo que se refiere al maíz, es uno de los tres cultivos más importantes del mundo, obteniéndose el maíz tolerante a glifosato por introducción del gen de la EPSPS del maíz, pero con modificaciones en su secuencia para que la enzima resulte resistente al herbicida de suerte que la variedad transgénica tolerante a glifosato se generó de la misma manera que la soja tolerante a este herbicida tal y como hemos adelantado y, al igual que con la soja, esta nueva característica permite controlar las malezas que afectan al cultivo de maíz de una manera más simple, aprobándose en 2004 tras lo que han aumentado considerable su cultivo llegando en la última campaña 2013/2014 a sembrarse 312 mil hectáreas, y, por último, en este aspecto, en lo que se refiere al maíz tolerante al herbicida glufosinato de amonio fue autorizado también en Argentina, pero no fue adoptado de manera significativa.

En Argentina, en cuanto al maíz resistente a insectos (maíz Bt), la Biotecnología ofrece en la actualidad una solución efectiva contra ciertos lepidópteros, como el barrenador del tallo (Diatraea saccharalis), el gusano cogollero (Spodoptera frugiperda) y la oruga o isoca de la espiga (Helicoverpa zea), que constituyen las principales plagas de los cultivos de maíz en Argentina, donde hay también insectos coleópteros, como la vaquita de San Antonio (Diabrotica speciosa), cuyas larvas son subterráneas y dañan a las raíces del maíz.

Mediante técnicas de ingeniería genética, se ha logrado que las plantas de maíz produzcan una proteína insecticida que elimina las larvas que se alimentan de sus hojas, tallos o raíces, lo que se conoce como maíz Bt, ya que el gen que codifica para la proteína insecticida, y que se introduce en la planta mediante ingeniería genética, proviene de la bacteria Bacillus thuringiensis, que es un tipo de microorganismo que habita normalmente el suelo y contiene unas proteínas tóxicas para ciertos insectos,

que se denominans Cry; se activan en el sistema digestivo de la larva y se adhieren a su epitelio intestinal, lo cual provoca la parálisis del sistema digestivo del insecto, que deja de alimentarse y muere a los pocos días; por lo que el maíz Bt es un maíz transgénico que produce en sus tejidos proteínas Cry de suerte, que cuando las larvas intentan alimentarse de la hoja o del tallo del maíz Bt, muere, siendo las proteínas Cry inocuas para mamíferos, pájaros e insectos "no-blanco".

Los beneficios que presenta el maíz Bt se centran en la posibilidad que tiene el agricultor de cultivarlo reduciendo las aplicaciones de insecticidas; lo que constituye, además, un beneficio directo para el medio ambiente, incorporándose últimamente al maíz genes para otras proteínas insecticidas, las denominadas Vip; de modo que, en lugar de producirse en las esporas de Bacillus thuringiensis, las proteínas Vip forman parte de las estructuras cristalinas que aparecen durante la fase vegetativa de la bacteria y, al igual que las proteínas Cry, se unen específicamente a receptores del sistema digestivo de los insectos plaga que controlan, sembrándose en Argentina, en la última campaña 2013/2014, 975 mil hectáreas de maíz resistente a insectos.

En Argentina, este primer maíz transgénico resistente a insectos y tolerante a herbicidas fue aprobado en 2005 e incorpora dos características al mismo tiempo: resistencia el ataque de insectos lepidópteros y tolerancia a la aplicación del herbicida glufosinato de amonio, controlando, entre las plagas más importantes en Argentina (principalmente en el noroeste argentino) el gusano cogollero (Spodoptera frugiperda) y el barrenador del tallo (Diatraea saccharalis), aunque también controla otras como la oruga de la espiga (Heliothis zea) y la oruga cortadora (Agrotis ipsilon), conteniendo este maíz transgénico una copia del gen cry1F de la bacteria Bacillus thuringiensis var. azawai, que codifica para la proteína Bt y una copia del gen pat, de la bacteria Streptomyces viridochromogenes, que codifica para una enzima que confiere tolerancia al herbicida glufosinato de amonio.

En el año 2007, en Argentina, la Secretaría de Agricultura y Pesca del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación aprobó el primer evento apilado de Argentina que combina las características de resistencia a insectos (Bt) y la tolerancia al herbicida glifosato en la misma planta, siendo esta posibilidad de tener en una misma planta más

de un rasgo ventajoso, un objetivo siempre buscado por los mejoradores, lo que tiene especial relevancia en este caso, el que se trata de la combinación de dos rasgos transgénicos -de resistencia a insectos y de tolerancia a herbicidas- en híbridos de maíz, lo que genéricamente se denomina "stack" o evento acumulado (también llamado apilado, combinado, o stack), que hace referencia a la combinación de características en un mismo híbrido por cruzamiento entre líneas parentales GM que contienen los eventos correspondientes.

En el año siguiente en Argentina, en 2008, la Secretaría de Agricultura y Pesca del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación autorizó la siembra, consumo y comercialización del segundo evento apilado de Argentina que combina las características de resistencia a insectos lepidópteros y tolerancia a los herbicidas glifosato y glufosinato de amonio, siendo este maíz originado por el cruzamiento convencional de los parentales correspondientes; de suerte que los genes introducidos le confieren al nuevo maíz resistencia al herbicida glufosinato de amonio y protección contra las tres principales plagas del maíz en Argentina (resistencia al barrenador del tallo, Diatraea saccharalis, y al gusano cogollero, Spodoptera frugiperda, y control parcial a isoca de la espiga, Heliothis zea) y, a su vez, los genes introducidos también le proporcionan resistencia al herbicida glifosato, de suerte que esta combinación de eventos le otorga a las plantas de maíz una protección contra insectos y permite el uso de herbicidas de amplio espectro para el control de malezas, sembrándose en Argentina, en la última campaña 2013/2014, 2,5 millones de hectáreas de maíz resistente a insectos y tolerante a herbicidas.

De la misma manera que el maíz Bt, el algodón Bt resulta de la incorporación de los genes Cry al genoma del algodón, siendo, por ello, el algodón Bt que se cultiva en la Argentina resistente a insectos (lepidópteros) y, en particular, a la oruga del capullo, de la hoja del algodonero y la lagarta rosada, comercializándose, en 1998, en Argentina, la primera variedad de algodón Bt en el país, siendo los principales beneficios del uso de algodón Bt, el aumento en los rendimientos, debido al control de insectos y la disminución de costes y del impacto ambiental y para la salud, debido al menor número de aplicaciones de insecticidas.

El algodón tolerante a glifosato fue mejorado de la misma manera que el maíz y la soja, mencionados anteriormente y, en Argentina, pese a que fue aprobado en 2001, no fue hasta la campaña 2004/2005, en que se adoptó de modo considerable, sembrándose 105.000 hectáreas de algodón tolerante a glifosato, o sea dos tercios del algodón transgénico sembrado en esta campaña, mientras que ya en la campaña 2013/2014 se sembraron 484 mil hectáreas de algodón con las características de resistencia a insectos y tolerancia a glifosato acumuladas (representando el 88% del algodón total).

La tasa de adopción de cultivos modificados genéticamente es una de las más altas en cuanto a adopción de tecnologías en el sector agropecuario argentino, mayor incluso a la observada años atrás, con la incorporación de los híbridos de suerte que los niveles de adopción indican un alto grado de satisfacción por parte del agricultor con respecto a los productos de esta nueva tecnología, que ofrece además de la disminución de los costes, otras ventajas, como mayor flexibilidad en el manejo de los cultivos, disminución en el empleo de insecticidas, mayor rendimiento y mejor calidad.

Según el informe de ISAAA, Argentina continúa siendo uno de los principales países productores de cultivos transgénicos, con 24,9 millones de hectáreas en 2013, lo que representa el 14% del área global cultivada con transgénicos, habiendo no aumentando el porcentaje respecto al año anterior, si bien continuando la campaña 2013/2014 con una excelente adopción de maíz (un 95% del maíz total) y algodón (100% del total) transgénicos y manteniéndose, por su parte, la soja tolerante a glifosato en casi el 100% del total, como en las campañas anteriores; y en cuanto a las aprobaciones regulatorias, Argentina autorizó en 2013 la siembra comercial de un maíz (combinación de los eventos TC1507xMON810xNK603 y TC1507xMON810) y un evento de soja (CV127).

Los riesgos se vinculan a los efectos sobre la salud humana, la preocupación a largo plazo del impacto ecológico sobre la biodiversidad, el poder de mercado de las grandes empresas que desarrollan OMG, y las objeciones éticas a la transferencia no natural de material genético entre especies distintas; aduciéndose, incluso, que un estudio del gobierno austríaco prueba que un tipo de maíz transgénico reduce la fertilidad y que hay más alimentos de este tipo en circulación de los que se declaran, aunque no está demostrado que sean mejores ni peores.

La realidad es que, desde hace muchos años, el hombre está modificando los vegetales que utiliza como alimento y, cada vez, lo hace con mayor frecuencia para producir sustancias de uso farmacéutico, como la insulina, y en estos casos en los que no se puede elegir usar o no el producto transgénico no se discute su benignidad, que, sin embargo, sigue cuestionándose en el resto. Así, a fines de junio de 2009, doce países de la UE (entre los que no está España) apoyaron la propuesta de Austria de dar más independencia a los Estados miembros para decidir sobre el cultivo de OMG, como denuncia a la situación insatisfactoria y a la actitud negativa de parte de la población.

Además, la UE ha conocido, con demasiada frecuencia, graves incidentes en relación con la seguridad alimentaria con consecuencias negativas para la salud de los ciudadanos, como la *Encefalopatía bovina espongiforme* en Gran Bretaña y España (que han originado la creación de vacas transgénicas libres de la proteína que causa el llamado "mal de las vacas locas", pues al parecer son resistentes a la enfermedad, que se transmite a humanos a través del consumo de la carne), la crisis de las dioxinas en Bélgica o los casos de patógenos como la Listeria encontrados en carne preparada y quesos en Francia.

Estos hechos han producido, por una parte, la pérdida de confianza acerca de los riesgos para la salud de los productos consumidos y, por otra parte, la demanda de una mayor información y una regulación más estricta sobre seguridad alimentaria, aumentando la disposición a hacer frente a gastos derivados de esas disposiciones.

Confiamos en que estas nuevas normativas sean punto de apoyo firme al establecer el fundamento científico más acreditado para la aprobación de los productos y aumentar al máximo la información de los consumidores.

IV. Moratoria de la Unión Europea

La normativa comunitaria sobre OMG tenía hasta ahora limitada su aplicación por la moratoria de facto, nunca declarada oficialmente, de la UE, que, desde octubre de 1998, no había vuelto a conceder ni una sola autorización de comercialización de transgénicos, hasta la del maíz dulce Bt-11 que la Comisión Europea aprobó el día 19 de mayo de 2004.

La aprobación de la Comisión Europea a la comercialización en la UE del maíz Bt-11, genéticamente modificado, ha supuesto el fin de la moratoria europea a los alimentos transgénicos. La posición favorable de la Comisión se apoya en la consideración de que la nueva legislación comunitaria sobre etiquetado y seguimiento de los OMG, que entró en vigor el 18 de abril de 2004, es suficiente para garantizar que los transgénicos que se comercialicen en el mercado de la Unión no supongan ningún riesgo para la salud.

La decisión es válida por un período de diez años y permite el uso específico de importación del denominado Bt-11, un maíz dulce enlatado o fresco, siempre que el etiquetado del producto muestre claramente que el maíz es un organismo genéticamente modificado, en línea con la legislación europea.

La posición oficial de la UE indica que la seguridad alimentaria no será un problema en adelante; será una cuestión de elección del consumidor. Las nuevas reglas de la UE sobre OMG requieren un claro etiquetado y trazabilidad. El etiquetado da a los consumidores la información que necesitan para hacerse su propia idea

Los consumidores europeos se preguntan, mientras tanto, si la aprobación en goteo de las semillas modificadas genéticamente responde a motivaciones políticas o científicas. Y la cuestión envenena las relaciones comerciales entre EE.UU. y Europa.

La Comisión debía tomar una decisión, ya que EE.UU., Canadá y Argentina presentaron una queja ante la Organización Mundial del comercio, acusando a la Unión Europea de cerrar su mercado para alimentos transgénicos.

Para los países importadores, la posición de la UE hasta ahora era considerada como una política de proteccionismo comercial que establece barreras a la importación de OMG dentro de la UE, siendo también en este punto difícilmente rebatible la protesta americana ante la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La Comisión Europea estudió, en 2014, la autorización de una nueva variedad de maíz transgénico 1507, propiedad de Pioneer Hi-Bred (siendo el primer cultivo tolerante a un herbicida autorizado en la Unión Europea (UE)), ya que hasta entonces la producción de maíz MON 810, propiedad de Monsanto, era la única variedad transgénica autorizada en

la UE, sufriendo un descenso en su producción en Portugal, Eslovaquia y República Checa.

Hay mucho en juego en este enfrentamiento. El desarrollo de la ciencia, la defensa de la salud humana y el medio ambiente, la libertad científica y de empresa, la competitividad, y la propia estructura del tejido industrial europeo, las convicciones morales de nuestras sociedades o nuestros propios hábitos alimentarios y de consumo dependerán de la solución que finalmente se alcance, y dicha solución se articula y se articulará necesariamente a través del Derecho. Sobre todo, del derecho administrativo y de las Administraciones Públicas que este regula y que velan por el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

V. Consideraciones conclusivas

La función básica atribuida a la Administración pública por la normativa existente es la de velar por su observancia, impidiendo que los particulares que produzcan o utilicen organismos transgénicos lesionen el medio ambiente o la salud de las personas y vulneren, de esta forma, el interés general. Pero no es la única. La Administración también despliega en este ámbito actividad de fomento. Dispone de centros de investigación públicos, donde se estudian y desarrollan nuevos organismos modificados genéticamente. Es necesario destacar, también, el VI Programa-Marco de Investigación y Desarrollo Tecnológico de la UE, el principal instrumento de la política de investigación comunitaria (con un presupuesto general de 17.500 millones de euros durante el período 2003-2006), que ha concedido una gran importancia a la investigación, en materia de Biotecnología y de organismos modificados genéticamente incluyéndola entre sus áreas prioritarias.

La normativa comunitaria vigente permite denegar las autorizaciones de comercialización de OMG, si el solicitante no demuestra la inocuidad del mismo, pero obliga a concederlas cuando, tras cumplir una larga tramitación, conste la seguridad para el medio ambiente y la salud humana.

Es preciso tanto en Argentina como, sobre todo, en España, realizar una campaña pública de información científica y divulgativa sobre los

productos transgénicos, donde se informe sobre sus ventajas e inconvenientes, se anuncie de los que tienen autorización y se informe sobre los mecanismos que se establecieron, hasta llegar a la introducción en el mercado, puesto que en la actualidad buena parte de los usuarios siguen manifestando que no comprenden la información de los envases alimenticios.

En esta línea, los reglamentos europeos sobre etiquetado y trazabilidad de OMG requieren de la urgente creación y puesta en funcionamiento en nuestro país de un sistema administrativo nacional de inspección, respecto de la comercialización de transgénicos, con el objetivo último de que el consumidor pueda elegir y rechace, si lo considera conveniente, los polémicos alimentos alterados genéticamente.

El día 8 de septiembre de 2004, la Comisión Europea tomó la decisión de incluir otras 17 variedades de maíz modificado genéticamente Mon 810 de la multinacional Monsanto en el catálogo europeo de semillas, lo cual permitió su venta en todo el territorio europeo. Estas variedades de Mon810 están sujetas a los requerimientos de trazabilidad y etiquetado establecidos en los reglamentos de OMG, del cual hay en España ya más de 75.000 hectáreas cultivadas con este maíz transgénico Mon 810, cuyo cultivo, por cierto, fue prohibido por el gobierno francés, que decidió establecer una cláusula de salvaguardia para dicho maíz transgénico Mon 810, con el consiguiente recurso de los agricultores franceses en febrero de 2008.

En todo caso, en febrero de 2006, la Comisión Europea autorizó la comercialización dentro de la UE de maíz genéticamente modificado 1507 para su uso como alimento, ingrediente alimentario o productos derivados, siendo dicha variedad resistente a determinadas plagas y con tolerancia a herbicidas, tomando esta decisión después de que, en diciembre de 2005, los Estados miembros no alcanzasen un acuerdo sobre dicha autorización y tras la opinión favorable de la AESA, manteniéndose también un debate muy abierto, con opiniones dispares, en febrero de 2008, en la reunión en Bruselas de los Ministros de Agricultura sobre cuatro variedades de maíz transgénico y, para uso industrial, una novedosa patata, propiedad de Basf, denominada Amflora (con el nombre técnico EH92-527-1), a la que se le inactiva el gen que sintetiza la amilasa, de modo que el almidón que se extrae de dicha patata es más robusto.

Lo cierto es que estas últimas decisiones favorables significan que Bruselas ha dado luz verde a la bioindustria. Y con ello, a los dirigentes europeos les aguarda mucho trabajo, pues la lista de productos transgénicos para cuya importación se ha solicitado autorización, incluye ya más de 30, siendo ello de especial relevancia en nuestro país que, en los últimos años, tiene el porcentaje más abrumador de toda la Unión Europea de especies transgénicas aprobadas y, desde luego, en España puede concluirse que más del 95% del pienso es transgénico.

Más recientemente, en el mes de junio de 2014, los representantes de los 28 países miembros de la Unión Europea aprobaron en Luxemburgo la reforma del proceso de autorización de organismos genéticamente modificados presuponiendo que la autorización del uso de un producto concreto (por diez años y para todo el territorio comunitario) debe ser aprobada en el Consejo de Ministros por mayoría cualificada -sin posibilidad de veto-, después de que la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA) haya analizado caso por caso y haya dado su dictamen, pudiendo los países invocar razones sanitarias o medioambientales para prohibirlo; lo que en último término concede a los Estados Miembros la posibilidad de restringirlo o prohibirlo por motivos no científicos, a pesar de que expertos de la UE han avalado su seguridad y que estos se han cultivado con éxito en todo el mundo durante los últimos 20 años, todo lo cual centrará en los próximos años el debate en un tema que todavía conlleva posiciones encontradas.

Para concluir, recordar que Argentina es, después de Estados Unidos y Brasil, el tercer productor mundial de soja y, desde luego, los altos precios de esta leguminosa fueron muy útiles para que los sueldos subieran más que la inflación en su país; pero la verdad es que, en este año, la soja lleva ocho meses cayendo de 530 dólares a 380, lo que en el fondo puede ser un indicio de agotamiento de un determinado modelo económico. Desde 1994 a 2010, Argentina pasó de cultivar 20 a 32 millones de hectáreas de soja. Y pasó de producir 42 millones de toneladas a más del doble, unos 96 millones, pero posiblemente se haya llegado ya al límite y además, como hemos adelantado, se han ido incorporando nuevos países al mercado de la soja, como Ucrania, Kazajistán y la propia Rusia. Y el año pasado, Estados Unidos tuvo la mejor cosecha del siglo.

Esa caída del precio de la soja en Argentina ha puesto de relieve todas

las deficiencias de un modelo basado en el consumo aparte de que el contexto internacional no es favorable porque la soja supone el 24,5% de las exportaciones totales y el Gobierno argentino recauda a los productores de soja el 35% de todo lo que venden fuera, todo lo cual debe tenerse en cuenta hacia el futuro en este momento de devaluación del peso y caída en el Producto Interior Bruto, respecto del agotamiento posible de un modelo basado prácticamente de modo exclusivo en el consumo y la soja, dado que la inflación y la caída del precio del vegetal están mostrando los límites del sistema.

HOMENAJES

Acto de homenaje in memoriam al ex académico de número Dr. Olsen Antonio Ghirardi

Palabras pronunciadas por el Sr. Director
del Instituto de Filosofía del Derecho,
Dr. Armando S. Andruet (h) en representación
de la Academia Nacional de Derecho y
Ciencias Sociales de Córdoba, con fecha 20 de mayo de 2014.

Olsen Antonio Ghirardi–Algunos aspectos centrales de su pensamiento y obra jurídica

I. Introducción

Se ha cumplido recientemente el primer año del fallecimiento del Dr. Olsen Antonio Ghirardi, de quien tanto hemos aprendido y que nos distinguiera en vida, con la generosidad de reconocernos como discípulo en su labor académica. Fuera de toda discusión está, el notorio impacto que su iusfilosofía particularmente aplicada a los temas del razonamiento forense dejó para la doctrina local, en primera medida, y también para la nacional.

Sin embargo, por razones a las que nos habremos de referir más abajo, no logró su pensamiento, permear con la vigencia que fuera necesario, en las discusiones científicas y académicas en boga para las décadas particularmente de los años que corren entre finales de la década del 80 del siglo pasado y el primer quinquenio del nuevo siglo.

A los efectos de hacer dicho abordaje, y que como tal, siendo la figura de Olsen Ghirardi proficua en diversas perspectivas científicas; señalamos que habremos de dividir nuestra contribución en los siguientes apartados: a) lo relativo a lo biográfico, b) lo correspondiente a lo bibliográfico principal, c) otras cuestiones bibliográficas destacables y d) aspectos doctrinarios relevantes.

II. Lo biográfico

El Dr. Olsen A. Ghirardi, nació en el interior de la provincia de Córdoba, en Colonia Marina, localidad próxima a la ciudad de San Francisco, con fecha 31.VII.1924, y su fallecimiento se produjo en la ciudad de Córdoba, el día 13.XI.13, a la edad de los 89 años y luego de haber estado casi 5 años, padeciente de algunas lesiones producidas por un ACV, entre las cuales la más severa de ellas fue una ceguera que progresivamente fue avanzando y que como tal, le afectó emocionalmente de gran modo, tal como cualquiera de nosotros puede presumir de una persona que no solo que estaba con la mencionada privación visual, sino de un hombre que disfrutaba en grado extremo la lectura sin más.

Ínterin de su ACV y su fallecimiento, tuvo también que sobrellevar el fallecimiento de su esposa la Licenciada en Filosofía -dedicada a la es-

tética y la pintura- Rosa Dolly Tampieri -igualmente oriunda de la ciudad de San Francisco- y de una familia muy reconocida en dicha ciudad y que como dato ilustrativo, vale saber, que su vivienda familiar (conocida como el Palacio Tampieri) fue adquirido por el Municipio y utilizado como sede municipal. Del extenso matrimonio, tres hijos coronaron dicho tiempo de felicidad. Los hijos de matrimonio Tampieri-Ghirardi, son todos doctores en diferentes áreas científicas. Así, la mayor de las hijas, Graciela, es médica; Juan Carlos, de profesión abogado y Mónica, historiadora.

Olsen A. Ghirardi se había graduado en el Instituto de Filosofía -que luego se transformaría en la Facultad de Filosofía- en el año 1949, a la corta edad de 25 años[1]; y defendió y recibió su doctorado en la mencionada disciplina al año siguiente. Al poco tiempo de producido aquello, pudo dar fin a sus estudios de abogacía que naturalmente habían sido cumplidos con alguna simultaneidad a los anteriores y, por ello, en el año 1951, a la edad de 27 años, contaba en su haber académico dos títulos de grado y un doctorado. Al año siguiente de haber obtenido su título de abogado, puso en marcha el Estudio Jurídico que atravesará toda su vida, y que permitió un ejercicio profesional por más de cincuenta años, como el mismo Colegio Profesional de Abogados así lo reconoció. Hoy el mencionado estudio jurídico sigue a cargo de su único hijo abogado, el Dr. Juan Carlos Ghirardi.

Naturalmente y tal como se puede presumir, salvo que ocurran situaciones muy especiales en la vida de las personas, tales antecedentes proyectaban las calidades científicas y académicas que naturalmente se habrán de mostrar a lo largo del tiempo; a lo que le sumó una práctica profesional exitosa y de la que se sentía totalmente satisfecho y, por la cual, en algunas ocasiones, tuvo que reivindicar credenciales de su realización académica.

---

[1] Acompañamos al final de este apartado, un facsímil del documento original que nos fuera obsequiado por Olsen Ghirardi, de lo que fuera su monografía sobre el tema: "*Leibniz y la armonía pre-establecida*", presentada para aprobar la materia "*Historia de la Filosofía*" en la carrera de Filosofía en el primitivo Instituto de Humanidades de la UNC, dictada por el Maestro mayor de la filosofía antigua como fuera Rodolfo Mondolfo y que bien parece valioso poder compartir dicho documento. Ghirardi, llevaba el número de libreta 029 -obviamente primera cohorte- y su número de expediente 348.

De esa manera, es que fue Profesor Adjunto por concurso en la UNC en la Cátedra de Filosofía de la Naturaleza y de la que fuera desplazado sin mérito alguno en el año 1955. Luego, fue Decano de la Facultad de Filosofía de la mencionada Universidad y, también, Rector de la mencionada Casa de Altos Estudios en los años 1967/1970; también, durante muchos años, fue Profesor Titular de la Cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica de Córdoba, Universidad que, luego, lo distinguiría con la designación de Profesor Honoris Causae en el año 1991. Cabe agregar que, en paralelo con algunas de sus actividades universitarias, fue Profesor de Lógica en el Colegio Nacional Manuel Belgrano y donde seguramente conquistó una incuestionada habilidad para el dictado de clases y que fuera interrumpida tal gestión, en forma abrupta por la ocupación militar del año 1976, donde también sufrió otro tipo de persecuciones.

Dentro de los principales aspectos que cabe señalar por su paso como Rector de la UNC, fue la de poner en marcha la Escuela y que, luego, sería la misma Facultad de Ciencias de la Información, como también innovaciones notables en el ámbito de la Facultad de Arquitectura. Sin embargo, el logro mayor que su gestión alcanzó y de la que el propio Ghirardi tantas veces nos hizo conocer, junto a los entredichos que con las autoridades centrales tuvo a tal respecto; fue la adquisición para el patrimonio universitario del Complejo Universitario Vaquerías y que tanto ha cooperado no solo para el descanso de Profesores, sino como ámbito privilegiado para jornadas y congresos. De todas formas, hay que apuntar que no recibió en vida Ghirardi, un adecuado reconocimiento por dicha importante gestión específica y que mucho dolor le causara.

En el año 1984, a la edad de 60 años, se habrá de incorporar como Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Socs. de Córdoba. Corporación la nombrada, que luego lo elegiría por dos períodos consecutivos como su Presidente, todo lo cual ocurre entre los años 2001 al 2007[2]; desde ese lugar, inauguraría el Instituto de Filosofía del Derecho y que fuera realmente señero en la producción científica de temas vinculados con el razonamiento forense en general y de los cuales,

[2] Puede leerse con total interés, el discurso pronunciado por Ghirardi el día 24.IV.07, al recibir la nueva Comisión Directiva de la Academia. Vide *Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Tomo XLVI, 2007, págs. 479 y ss.

diez de ellos se encuentran publicados como producto exclusivo de dicho Instituto.

Por nuestra parte, desde el año 2001, fuimos incorporados como Miembro de Número de la mencionada Academia; lo acompañamos en toda esa gestión tanto administrativa como estrictamente académica y, por ello, recordamos de sus desvelos por cuestiones que naturalmente gravitaban con severidad sobre las finanzas de la Academia como así también, los emprendimientos edilicios que por aquellos años se hicieron en la vieja casa de Artigas 74, donde ha funcionado siempre la nombrada Academia.

Aunque naturalmente veníamos trabajando a su lado desde muchos años atrás de aquella fecha; en realidad, fueron veinticinco años que acompañamos en manera sostenida al Dr. Ghirardi; lo cual se inicia luego de haber sido adscripto en su Cátedra; se habrá de continuar cuando accedimos a su adjuntía y, finalmente, lo sucedimos hasta el día de hoy, en la titularidad de su Cátedra de Filosofía del Derecho, de la que se alejó tan pronto estuvo en condiciones previsionales de hacerlo, puesto que, si bien algo de cansancio tenía luego de cerca de 40 años de presencia en las aulas[3], pues quería dedicarse a un estudio más detenido y a poder gozar de mayores tiempos de escritura. Todo ello fue logrado con creces.

EL DR. OLSEN GHIRARDI Y SUS ALUMNOS COMPARTEN UNA CLASE EN LA FAC. DE DERECHO.

[3] Adjuntamos una fotografía tomada en el curso de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica de Córdoba, que fuera tomada en el año 1986 y que fuera utilizada para ilustrar una publicación interna denominada "Noticias U.C.C." en su N° 100 de fecha 21.VIII.86.

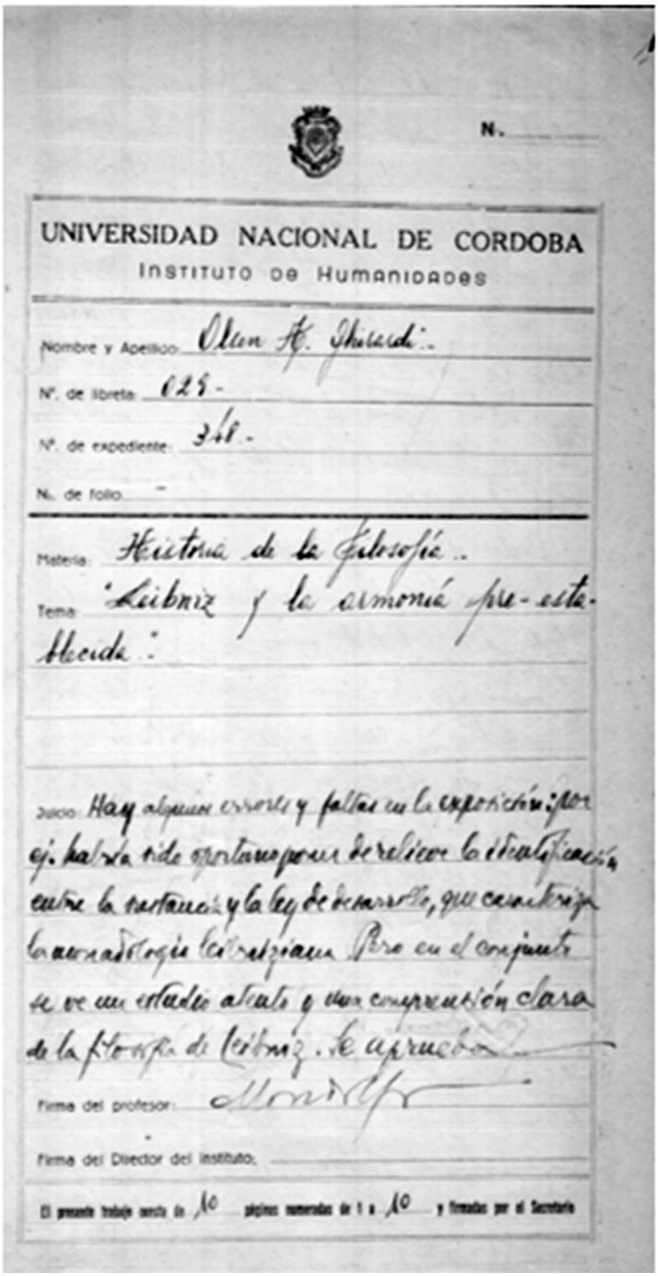
A lo largo, entonces, de los 57 años que globalmente atraviesan la vida académica de Ghirardi, son innumerables la cantidad de presentaciones menores y contribuciones a revistas internacionales, nacionales y locales que ha hecho, tal como se puede presumir y es por lo cual, a los fines de evitar todo agobio al lector, en esta ocasión, nos habremos de referir solo a lo que nosotros -quizás arbitrariamente- hemos considerado como obras intermedias y mayores. Descartando también folletines y opúsculos pequeños. Entonces, en el período indicado de casi seis décadas de proficua producción científica, fueron escritos 32 libros y una considerable cantidad de trabajos científicos menores.

Cabe agregar también, que además de lo indicado ya, fue Vicepresidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Profesor Consultor de la Universidad Leonardo Da Vinci, Miembro de Honor de la *Haut Academie de Lutece* y de la Universidad Autónoma de Guadalajara. También, Miembro Correspondiente de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Argentina y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Finalmente, también hay que señalar, que fue Miembro de Número (no médico) de la Academia de Ciencias Médicas de la provincia de Córdoba.

Destacamos y, adelantando sobre el apartado siguiente, que acorde a la naturaleza de las obras escritas por Ghirardi, hemos efectuado una clasificación de ellas de acuerdo a seis períodos -que ahora presentamos- y en atención a la manera en que ellas se inscriben en el mapa biográfico del mencionado autor.

Así tenemos: Primer Período: Académico Juvenil Filosófico (1950/1972) y que se corresponde entre los 26 y 48 años de edad del Dr. Olsen Ghirardi; esto es, un total de 22 años, y en cuyo lapsus, existió una producción de 7 libros. Segundo Período: Académico Maduro Judicial (1973/1993) y que se corresponde entre los 49 y 69 años de edad; esto es, un total 20 años, con una producción de 11 libros. Tercer Período: Romántico (1994/1996) y que se corresponde entre los 70 y 72 años de edad; esto es, un total de 3 años, con una producción de 3 libros. Cuarto Período: Académico Adulto Forense (1997/2003) y que se corresponde entre los 73 y 78 años de edad; esto es, un total de 7 años con una producción de 6 libros. Quinto Período: Histórico (2004/2005) y que se corresponde entre los 78 y 80 años de edad, con un total de 2 años y una producción de 2 libros. Finalmente,

el Sexto Período: Político-Cultural (2006/2008) que corresponde entre los 83 y 84 años de edad; esto es, un total de 3 años, y una producción de 3 libros.



N.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA
INSTITUTO DE HUMANIDADES

Nombre y Apellido: Olsen A. Ghirardi.
Nº. de libreta: 025-
Nº. de expediente: 348.
Nº. de folio: –
Materia: Historia de la Filosofía.
Tema: "Leibniz y la armonía pre-establecida".

Juicio: Hay algunos errores y faltas en la exposición; por ej. habría sido oportuno poner de relieve la diferenciación entre la sustancia y la ley de desarrollo, que caracteriza la monadología leibniziana. Pero en el conjunto se ve un estudio actual y una comprensión clara de la filosofía de Leibniz. Se aprueba.

Firma del profesor:
Firma del Director del Instituto:
El presente trabajo consta de 10 páginas numeradas de 1 a 10 y firmadas por el Secretario

10 Acción en ella significa el logro de un grado superior de claridad; y pasión es el retroceso a un grado inferior.- La ley de la armonía establece que la acción de una mónada tiene su correlato en la pasión de otra.-

---

Este sistema realiza en metafísica una revolución que ya en física había sido llevada a cabo en la antigüedad con el atomismo. Pero el atomismo se encontraba con la dificultad de que el átomo era extenso; siendo extenso no podía ni abarcar ni comprender el pensamiento.- La mónada, en cambio, siendo inextensa, perteneciendo al pensamiento, abarca la extensión representándola.- Ya no es necesario elaborar el concepto de extensión en cuanto sustancia y, por ende, el problema de la comunicación de las sustancias.- Ahora, el problema está en relacionar las mónadas y la solución está dada por la armonía preestablecida.-

Septiembre - 1946.-

Olsen A. Ghirardi

III. Lo bibliográfico principal

Continuando entonces, con la propuesta que hiciéramos más arriba, señalamos que la distinción que en seis períodos hemos hecho de la obra legada por el Dr. Olsen Ghirardi y no teniendo otro criterio para esa calificación que el propio examen que sobre ellas hemos podido cumplir, es que hacemos la presente inferencia y que, por lo tanto, no podemos dejar de reconocer que tiene así, una cierta precariedad; contando solo, con una referencia incidental que a tal respecto realiza Alberto Caturelli, cuando se ocupa del pensamiento de Ghirardi.[4]

De igual manera, debemos destacar, que nunca en las tantas conversaciones que tuvimos con él, por temas académicos y ajenos a ello, nos brindó ningún elemento que permitiera hacer dicha segmentación. En realidad, el único corte intelectual que durante mucho tiempo reconoció existente, fue el producido con la misma asignatura de la que fuera Profesor Titular en la Facultad de Filosofía; esto es Filosofía de la Naturaleza y que su frontera bibliográfica -según lo creemos nosotros- se encuentra en su libro Hermenéutica del Saber del año 1979.[5]

De esta manera, consignamos los libros correspondientes a cada uno de los períodos que han sido indicados más arriba a cuyo efecto, indicamos los correspondientes años de edición de cada uno de ellos[6]: Primer Período- Académico Juvenil Filosófico (1950/1972): 1) *La Individualidad del Corpúsculo*, 1950; 2) *Tres clases de introducción a la Filosofía de la Naturaleza*, 1955; 3) *Una teoría matemática de la evolución*, 1968; 4) *Cosmología y Ciencia Ficción*, 1969; 5) *Universo y Creación*, 1970; 6) *La revolución de las manos*, 1970 y 7) *Tiempo y Evolución*, 1972.

Para el Segundo Período-Académico Maduro Judicial (1973/1993): 8) *El recurso de revisión en la jurisprudencia civil cordobesa*, 1973; 9) *Fi-*

[4] Dice el citado: "Su obra -de Ghirardi- tiene dos vertientes: una más juvenil, orientada a la filosofía de la naturaleza y de las ciencias y otra, madura, orientada a la lógica del derecho" (Caturelli, A.; *Historia de la filosofía en la Argentina 1600-2000*, Bs. As., Ciudad Universitaria-Universidad del Salvador, 2001, pág. 839).
[5] Ghirardi, O.; *Hermenéutica del saber*, Gredos, Madrid, 1979.
[6] En donde se advierta la indicación del respectivo asterisco, es que se trata de una obra en donde hay coautoría con otra persona, aunque nunca, salvo en el caso del #20 que efectivamente es de ese modo junto a Tampieri. Las otras coautorías son en realidad libros colectivos, así con: Juan Carlos Ghirardi en el #8 y #15 y en el caso del #18, se refiere además del nombrado Juan Carlos Ghirardi, a Raúl E. Fernández, Luis R. Rueda y Armando Andruet (h).

losofía del trabajo, 1976; 10) *Hermenéutica del saber*, 1979; 11) *Lecciones de introducción a la Filosofía del Derecho*, 1980; 12) *Lecciones de Lógica del Derecho*, 1987; 13) *Lógica del Proceso Judicia*l, 1997; 14) *El primer Alberdi (La filosofía de su tiempo)*, 1989; 15) *El recurso de reposición*, 1991; 16) *La persona humana antes del nacimiento*, 1991; 17) *La filosofía en Alberdi*, 2000; 18) *La naturaleza del razonamiento judicial*, 1993.

Para el Tercer Período- Romántico (1994/1996): 19) Sonetos a la Nube Blanca, 1994; 20) *El Curso de lógica de Nimio de Anquín de 1945*, 1995; 21) *Desde mi ventana*, 1996.

Para el Cuarto Período-Académico Adulto Forense (1997/2003): 22) *El derecho natural en Alberdi*, 1997; 23) *El razonamiento judicial*, 1997; 24) *El razonamiento forense*, 1998; 25) *Le raisonnement judiciaire*, 1999; 26) *La retórica y la dialéctica en el razonamiento forense*, 2001; 27) *Introducción al razonamiento forense*, 2003.

Para el Quinto Período-Histórico (2004/2005): 28) *La generación del '37 en el Río de la Plata*, 2004; 29) *Vicente Fidel López en Córdoba*, 2005.

Para el Sexto Período-Político-Cultural (2006/2008): 30) *Common Law & Civil Law*, 2007; 31) *El control de logicidad*, 2008; 32) *La teoría de los tres poderes*, 2008 (inédito).

Naturalmente y tal como se puede advertir, los aportes que fueron forjando la producción intelectual de Olsen A. Ghirardi han sido diversos, acorde a sus diferentes tiempos biográficos y reflexivos; y por lo cual, se pueden visualizar las producciones académicas rigurosas que van desde la filosofía de la naturaleza para pasar a la filosofía del derecho y, luego, concluir en una suerte de filosofía política a partir de la filosofía de la historia. Huelga entonces marcar, que el sesgo filosófico acompañó siempre la obra de Ghirardi, aunque también hay que destacar, que para algunos filósofos rigurosos, a veces su discurrir era tan claro y lineal que parecía desmentir con ello, que se podía ocupar de cosas profundas con la precisión quirúrgica de un neurocirujano y la discursividad amena y gentil de un escritor de clásicos de la literatura.[7]

[7] Ghirardi más allá de su carácter cordial y siempre respetuoso; fue un hombre que le agradó la polémica académica y no huía de ella, siempre que su contendiente, tuviera las credenciales académicas suficientes para ser tal.
De esta factura, existe dos polémicas clásicas de las que conocemos en detalle. La filosófica en sentido estricto, la tiene con el Profesor mendocino Nolberto Espinosa y que se encuentra recogida -junto a su respuesta- en el libro *Introducción al razonamiento forense*, Bs. As., Dunken, 2003; mientras que la filosófico-abo-

Así entonces, consideramos posible de hacer unos períodos todavía mayores a los anteriores, aunque mirando los núcleos temáticos que por definición se aprecian en cada uno de ellos y para lo cual, adelantamos que son tres esos grandes momentos.

El primero de ellos corresponde al tramo propiamente filosófico que se extiende hasta finales de la década del 70, siendo desde nuestra perspectiva el límite con el siguiente influjo, la obra '*Hermenéutica del saber*' (1979). Posteriormente, se inaugura un período que si bien temporalmente será de menor extensión que el anterior, será mucho más rico en impacto, y que podemos nombrar como el momento de razonamiento lógico jurídico, que estimamos que se cierra con el libro *Introducción al razonamiento forense* (2003). Inaugurándose, desde allí, en adelante, una tercer y último período temático propio, que nombramos como *histórico-político* y que, en realidad, concluye con su último libro escrito y que todavía no ha sido editado, La teoría de los tres poderes (de Locke a Montesquieu)[8], y que recibimos nosotros a pedido del Profesor Ghirardi -quien ya se encontraba afectado luego de su accidente- con el encargo de hacer las correcciones y consideraciones convenientes para su edición[9].

gadil, la tiene con un colega -que mucho apreciaba- y reconocido abogado del foro local, Ab. Pedro Leon Tinti intitulada en varias presentaciones como: *La prueba de la confesión. El sentido afirmativo como requisito del interrogatorio al absolvente* en Revista Foro de Córdoba, Nº 22 (1994); *Los fantasmas de la confesión* en Revista Foro de Córdoba, Nº 24 (1995) y las réplicas de Ghirardi en La confusa confesión en Revista Foro de Córdoba, Nº 23 (1994) y *Retomando el camino* en Revista Foro de Córdoba, Nº 25 (1995) y que se centraron en la noción de hecho negativo como objeto de prueba.

Finalmente, la tercera de las categorías se ubica en un trabajo presuntamente académico, aunque en el fondo era claramente ofensivo, que tomaba al final de cuentas en broma las enseñanzas que por aquellos años se venían cumpliendo desde la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Córdoba y que con humorada histriónica se denominada la fórmula "Ghiraldol-Andruol", a ella, nunca le prestó atención por su intrascendencia académica.

[8] Cabe señalar, que Ghirardi en ocasión de incorporarse como Miembro Correspondiente de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, brinda un discurso que como tal, anticipa el respetivo trabajo posterior del libro póstumo que acabamos de indicar. La conferencia expuesta en el año 2007 fue titulada "El pensamiento filosófico y político de John Locke".

[9] Nos permitimos en homenaje de nuevo a su autor y en anticipo a los posibles lectores de esa obra, que allí espera su nacimiento social, hacer la trascripción del último párrafo de su prefacio y que como tal, muestra en gran medida el sesgo de la obra y las preocupaciones y cavilaciones del Maestro envejecido en

Señalamos entonces, respecto al primero de los núcleos de estudio, que sus fuentes principales han estado centradas en las siguientes figuras de gravitancia incuestionable en el pensamiento filosófico de aquellos años: Rodolfo Mondolfo, Jacques Maritain, Luis de Broglie y Claude Tresmontant; particularmente, en orden a lo correspondiente a la Filosofía de la Naturaleza que fuera la primera materia con la cual se relacionara el Dr. Olsen Ghirardi. En cuanto corresponde a los diferentes aportes que desde la lógica había estudiado y recibido de sus Profesores y que habrán de tener un alto interés para el desarrollo posterior de su pensamiento, en especial cuando Ghirardi ensaye temas relacionados con la actividad forense, cabe señalar con preponderancia a Nimio De Anquín[10], Manuel Gonzalo Casas y Alfredo Fragueiro.[11]

Con Claude Tresmontant, mantuvo una sostenida relación epistolar y que fue la que permitió una extensa conversación personal, que tuviera con el Profesor francés y de la que, en varias ocasiones, nos relató con algún detalle.[12] Todos los otros autores mencionados -con excepción de

años, pero todavía joven y atento de pensamiento y reflexión: "… Mejorar al hombre en su conducta social es, siempre, la mejor política. Si hemos perdido el camino, para reencontrarlo es preciso volver al punto de partida. Volver a recorrer críticamente lo andado y estudiar los errores cometidos. Profundizar el estudio de los fracasos y reactualizar las conductas posibles para hacer llevadera la convivencia humana. Proporcionar especial cuidado y educación con el caudal de jóvenes que permanentemente engrosan el futuro social. Por eso, recordar el origen de nuestras instituciones madres y recordar el itinerario que recorrieron Locke y Montesquieu puede ser una ayuda inspiradora para hallar otra vez el buen camino. Y no olvidemos que no nos quedan muchas oportunidades".

[10] De este en particular, lo vinculado con sus aportaciones para el estudio y comprensión de la lógica, lo que se refleja en manera clara en razón de que exactamente 50 años después de haber sido alumnos tanto Ghirardi como Tampieri, dedican una obra, a reproducir las primeras unidades del curso regular de dicha asignatura. Ello se refleja en GHIRARDI, O. Y TAMPIERI, R.; El curso de Lógica de Nimio de Anquín de 1945, Córdoba, Explanatio, 1995.

[11] En el año 2006, esto es, unos 60 años después de haber sido alumno en la Licenciatura de Filosofía de Fragueiro y de haberlo acompañado también por varios años en la Cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica de Córdoba; dedicará una obra a considerar los principales aspectos que hacen a la obra del mencionado Profesor. Lo hace en el libro intitulado *El pensamiento de Alfredo Fragueiro*, Córdoba, Advocatus, 2006.

[12] Una de esas correspondencias está agregada en la obra *Universo y Creación*, Bs.As., Troquel, 1970; y se habrá de referir -mucho tiempo después- personalmente Ghirardi a uno de esos encuentros, señalando lo que el Profesor parisino le indicada que: "En esta época estamos asistiendo a la desaparición de la moral. Cuando queremos resolver un problema de conducta y hallar el precepto ade-

Maritain- fueron sus Profesores en la licenciatura en Filosofía, donde compartía curso con Dolly Tampieri y quien como dijimos, luego, sería su esposa.

De todos sus Profesores, guardó un excelente recuerdo en forma constante, aunque creemos que quien más ayudo al temple de su reflexión filosófica, aunque tal vez no lo haya sido como pensador principal, fue Manuel Gonzalo Casas, y a quien habrá de nombrar en una manera un tanto silenciosa como Maestro, en un breve comentario periodístico[13] que le dedica *in memoriam* luego de su fallecimiento producido en septiembre de 1981. Cabe agregar, que tanto el Profesor Ghirardi como la Lic. Tampieri, en la Ciudad de San Francisco en sus cursos de bachilleres, habían recibido lecciones de filosofía desde la palabra del citado Casas y antes de que el Profesor Gonzalo Casas, cobrara el relieve internacional que finalmente habría de poseer.[14]

Respecto a las fuentes que provienen del ámbito de lo que luego habría de conformar, la matriz del razonamiento jurídico y lógico jurídico, la cuestión es un tanto más compleja o si se prefiere más encriptada; sin embargo, lo que está bastante demarcado es que para el mismo tiempo en que Ghirardi está consolidando sus estudios vinculados con la mencionada cuestión -año 1987-, se estaba conociendo en lengua española la obra de Robert Alexy y los comentarios de segunda mano, de la producida por Neil MacCormick; ambas habían sido escritas en 1978.[15]

---

cuado, simplemente hacemos una encuesta" (*Introducción al razonamiento forense*, Bs. As., Dunken, 2003, pág. 59).

[13] '*Manuel Gonzalo Casas-Evocación después de su Muerte*', publicado en Diario La Voz del Interior, 16.XI.81.

[14] Manuel Gonzalo Casas, con el tiempo sería reconocido internacionalmente como eximio filósofo, habiendo sido Profesor de la Universidad Nacional de Tucumán, Córdoba y Cuyo.

[15] ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, C.E.C., 1989. Cabe señalar que en ninguna obra Ghirardi ha citado ni siquiera incidentalmente dicha referencia bibliográfica, sin perjuicio de algunos temas próximos en desarrollo conceptual. De igual manera, hay que descartar que la hubiera conocido y utilizado sin citarla, puesto que la primera traducción al español es de la fecha indicada, y cuando la obra de Ghirardi ya estaba avanzada y en parte publicada, como que también hay que descartar que hubiera podido leer directamente del alemán, puesto que no era una lengua con la que tuviera familiaridad.

Por otra parte, la obra de MacCormick, también escrita en su primera edición en inglés en 1978, intitulada *Legal Reasoning and Legal Theory,* no ha sido traducida hasta el momento presente al castellano y según hemos podido apreciar, es recién considerado dicho autor con algún detalle no incidental en el libro *In-*

Lo verdaderamente curioso es que Ghirardi habrá de mantener una notable independencia de pensamiento y será por ello, quizás, uno de los pocos autores hispanoparlantes, que pudo prescindir de los grandes y robustos pensamientos de Robert Alexy y Neil MacCormick en estas materias. Pues, no hay vestigios fuertes de haber utilizado al menos al primero de los nombrados sin haber efectuado la correspondiente cita[16]; y con ello -y tal como diremos en punto siguiente- es que pudo producir nuestro Profesor comprovinciano, un pensamiento que se aproxima conceptualmente en mucho, a tantas de las cuestiones que son temáticamente propias de la teoría de la argumentación jurídica estándar -tal como Manuel Atienza insiste en llamarla[17]-, pero sin embargo, pudo el Maestro de Córdoba, evitar caer en el matrizado abecedario básico de esas tesis argumentativo-jurídicas que son reiteradas como plegarias académicas por doquier hasta el tiempo presente.

De cualquier manera, no se puede dejar de señalar entre dichas fuentes, y que nos constan como tal, los aportes que adquirió también, tanto

troducción al razonamiento forense (2003) y lo hace desde la obra en francés *Raisonnement juridique et théorie du droit*, París, PUF, 1996.

Destacamos y tal como diremos infra, que este libro del año 2003 -en nuestro parecer-, si bien no es el que inaugura el pensamiento de Ghirardi considerado desde el razonamiento jurídico, lo casi cierto, es que allí se encuentra sedimentada una perspectiva ya casi completa de su núcleo reflexivo en la materia destacada y por ello, para el estudio científico del razonamiento jurídico, estimamos adecuado el considerarlo como el libro principal, sin perjuicio que para la práctica profesional y judicial el más adecuado haya sido otro.

De todas formas, también hay que señalar, que este libro del año 2003 y los anteriores no lograron el reconocimiento nacional que sí habrán de tener otras obras que con menor practicidad para la vida profesional aunque con mayor eco con las tesis modernas de la época y donde se vislumbraban los aportes de las doctrinas que por vía de R. Alexy y N. MacCormick, además de J. Wroblewski ya se encontraban consolidadas en todo profesor que trabajara estos temas.

De cualquier manera, Ghirardi no se ajustará aun en esta obra de 2003 a la nomenclatura canónica de lo que habrá de nombrarse como la teoría de la argumentación jurídica estándar y seguirá cultivando una perspectiva personal y adecuada a una idiosincrasia del abogado litigante, que busca afanosamente la manera de asegurar controles de la realización sentencial por los jueces.

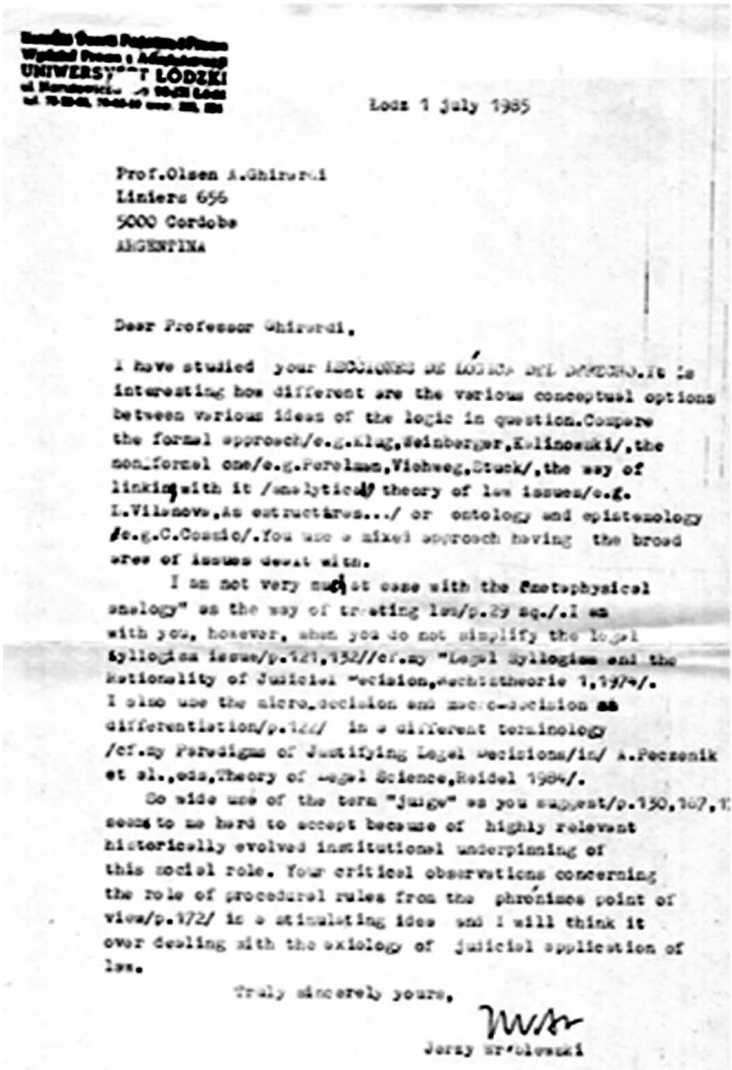
[16] Se advierte en la búsqueda de esta fuente en la obra de Ghirardi, que lo ha citado a Alexy por una obra que no es la principal de las producidas por el Prof. de Kiel, sino en una compilación efectuada por Ernesto Garzón Valdez, *Derecho y Moral*, Barcelona, Alfa, 1985, págs. 43-57 y el trabajo de Alexy lleva por título: L*a idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*.

[17] Cfr. ATIENZA, M.; *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pág. 31.

de Alfredo Poviña, como así también de las lecturas cumplidas de Piero Calamandrei y Fernando de la Rua y más lejanamente todavía de Arthur Schopenhauer. No se puede dejar de advertir, que ni siquiera en lo que será el núcleo del pensamiento de Ghirardi en materia al control de logicidad de las sentencias y donde se extendió en análisis, respeto a la clasificación entre motivación aparente y defectuosa, ha citado la obra clásica de Michele Taruffo en la materia y que su primera edición en italiano -lengua que conocía perfectamente Ghirardi- fue del año 1975.[18]

En cuanto a autores de la iusfilosofía más modernos y vinculados con la materia jurídico-lógica, sin duda que es el pensamiento de Jerzi Wroblewski, y a quien cita en varias ocasiones y conservamos además en lo personal, unas misivas con el Profesor polaco[19] con quien compartió –y de las que fuimos testigos calificados- animadas conversaciones en el Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho que se realizara en el año 1987 en la ciudad de La Plata.[20] Aunque seguramente quien fue infaltable en sus libros y en su pensamiento vivo, fue siempre la figura de Chaim Perelman y sus dos obras principales: *La lógica jurídica y la Nueva retórica y Tratado de la argumentación*[21], que naturalmente las había leído en sus ediciones en francés.

[18] TARUFFO, M.; *La motivazione della sentenza civile,* 1975, Padova, CEDAM.
[19] A una de las cartas señaladas, se refiere Ghirardi en su libro *Lógica del Proceso Judicial*, Córdoba, Lerner, 1987 a propósito del silogismo jurídico. Vide en pág. 77, nota 9 del Capítulo 3.
[20] Según consta en el libro que recoge las diversas presentaciones en el Congreso, la ponencia de Wroblewski fue intitulada "*Interpretación operativa, claridad y comprensión de un texto legal*" y la de Ghirardi "*Globalismo y… ¿puntualismo*?".
[21] PERELMAN, CH.; *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979 (la 1° ed. francesa es de 1976); PERELMAN, CH.Y OLBRECHTS-TYTECA, L.; *Tratado de la argumentación-La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1994 (la 1° ed. francesa es del año 1975).



UNIWERSYTET ŁÓDZKI

Łodz 1 july 1985

Prof.Olsen A.Ghirardi
Liniers 656
5000 Cordoba
ARGENTINA

Dear Professor Ghirardi,

I have studied your [illegible].It is interesting how different are the various conceptual options between various ideas of the logic in question.Compare the formal approach/e.g.Klug,Weinberger,Kalinowski/,the non-formal one/e.g.Perelman,Viehweg,Stuck/,the way of linking with it /analytical/ theory of law issues/e.g. I.Villanova,An estructures.../ or ontology and epistemology /e.g.C.Cossio/.You use a mixed approach having the broad area of issues dealt with.

I am not very much at ease with the "metaphysical analogy" as the way of treating law/p.29 sq./.I am with you, however, when you do not simplify the legal syllogism issue/p.121,132//cf.my "Legal Syllogism and the Rationality of Judicial Decision,Rechtstheorie 1,1974/. I also use the micro-decision and macro-decision as differentiation/p.122/ in a different terminology /cf.my Paradigms of Justifying Legal Decisions/in/ A.Peczenik et al.,eds,Theory of Legal Science,Reidel 1984/.

So wide use of the term "judge" as you suggest/p.150,167,1[illegible] seems to me hard to accept because of highly relevant historically evolved institutional underpinning of this social role. Your critical observations concerning the role of procedural rules from the phronimos point of view/p.172/ is a stimulating idea and I will think it over dealing with the axiology of judicial application of law.

Truly sincerely yours,

Jerzy Wróblewski

IV. Otros aspectos bibliográficos relevantes

Son varias cuestiones que dicen acerca de la importancia y el alcance que, para el pensamiento iusfilosófico en general, tuvo la figura y el aporte de Olsen Ghirardi y que en dicho mérito, fue recogido en varias obras verdaderamente de prestigio internacional.

Así, la clásica obra de consulta obligada para noveles e iniciados en la filosofía general, como es la summa de José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza, 1979, 1ª. Ed., vol. 4, en donde es citado nuestro autor como bibliografía recomendada en su producción científica en tres palabras que allí se desarrollan: a) "Atomismo", con su obra *La individualidad de corpúsculo* (# 1), b) "Trabajo", con su obra *Filosofía del Trabajo* (# 9) y c) "Naturaleza", con su obra Tres clases de introducción a la *Filosofía de la Naturaleza* (# 2).

Es considerado el Profesor Ghirardi en la obra *Historia de la Filosofía en la Argentina* de Alberto Caturelli, Bs. As., Ciudad Argentina/Universidad del Salvador, 2001 (dos páginas); de la misma forma, ha sido indicado en el prestigioso internacionalmente *Diccionario de Filósofos* editado por *Presses Universitaires de France* (una página).

Escribió Ghirardi la voz "*Epistemología*" para la obra *Enciclopedia de Filosofía del Derecho*, Nueva York, Garland Publishing, 1999, C. Berry Gray, ed.; como así también, la sección "*Filosofía (1914/1983)*", en una obra colectiva de diez tomos, intitulada *Nueva Historia de la Nación Argentina*, Bs. As., Academia Nacional de Historia/Planeta, 1997. Colaboración Tomo X.

V. Núcleos temáticos principales-Originalidad y discusión precaria

Hemos dejado para la parte final de este breve aporte algunas consideraciones que se introducen en la matriz profunda del pensamiento de Olsen A. Ghirardi y que habrán de intentar escarbar arqueológicamente desde sus obras principales, afectadas al ámbito de la filosofía del derecho y, en particular, sobre los temas de razonamiento judicial, para conocer presuntivamente qué cuestiones han sido verdaderamente novedosas en él, y cuáles otras compartió doctrinariamente con otros autores de la disciplina, pero sin embargo, las formuló de una manera diferente.

Como es dable de indicar, el estudio que ahora proponemos es meramente aproximativo toda vez, que el mismo en su integridad y rigurosidad es materia de una investigación doxográfico-bibliográfica en albores. Mas para precisar el ámbito del comentario por hacerse, señalamos que en realidad lo que queremos poner de manifiesto tiene dos grandes vertientes.

Por una parte, la independencia no solo del pensamiento que Ghirardi tuvo en esta materia, si es comparada su producción científica con la que profesaban por dicha época otros autores, que estaban en la cresta de las conferencias internacionales y producciones bibliográficas globales y por la restante, destacar que dicha situación -de ser acreditada como tal- era absolutamente conocida por el Profesor cordobés, y por ello, tales circunstancias no pueden ser atribuidas a ninguna sospecha de ignorancia o desconocimiento de los vientos de la filosofía del derecho de las últimas décadas del siglo pasado por parte de Ghirardi. Sino que se centraba dicho proceder, en un profundo apego que tenía por su ejercicio profesional de abogado litigante y, por ello, conocedor como no tantos iusfilósofos de la práctica profesional en concreto.

Muestra de ello es lo que escribe en el prólogo a nuestro libro *Teoría General de la Argumentación Forense*, diciendo: "*Pero es evidente que esta obra solo pudo ser escrita por un juez o por un abogado. Solamente quien conoce los vericuetos de los pasillos de los tribunales y brega en la lucha diaria de los expedientes y de los casos que los conflictos de la vida nos presentan, puede escribir lo que se lee en este libro (…). Muchas veces he expresado que el filósofo del derecho, que solo estudia estos problemas en su gabinete, no tiene una vivencia de los conflictos, (…), no puede juzgar con verdadera autoridad sobre los problemas de la justicia, de esta justicia de los hombres, de la actuación del derecho y de lo que ocurre en los tribunales*".[22]

Su deseo y todos quienes lo han tratado darán razón de ello, no era otro que el generar de manera contundente, las adecuadas cooperaciones que permitieran maximizar todo lo posible, los estándares de control del razonamiento judicial en cuanto a su concreción lógica.[23]

---

[22] ANDRUET, A.; *Teoría general de la argumentación forense*, Córdoba, Alveroni, 2001, pág. 9.

[23] En realidad, ello se puede advertir desde temprano de su vida profesional, aun cuando su estudio académico se encontraba más orientado a la filosofía en general que al derecho en sentido iusfilosófico. Por dichos años, escribe un libro que tiene mucha importancia desde el punto de vista práctico, puesto que indica la principal jurisprudencia -que para la época no era tan sencillo acceder a ella como lo es hoy- vinculada con el recurso de revisión que era materia de estudio exclusivamente por la máxima instancia provincial (VIDE. *El recurso de revisión en la jurisprudencia civil cordobesa*, 1973). Allí, escarbando entre los comentarios que deja leer Ghirardi, ya se reconoce la clara pulsión por pensar formas que aseguren un mejor control a la mencionada práctica profesional de fundamentar

V.1. Teoría de la argumentación estándar y Razonamiento práctico

Desde este punto de vista, bien se puede decir que a Ghirardi no se lo puede encasillar en el amplio espectro de filósofos del derecho que, después de la aparición de las obras citadas de Alexy y MacCormick, se sumara a dicho colectivo académico con mayor o menor criterio personal.

Definitivamente, creemos que sería un error intentar vincularlo como perteneciente al amplio espectro de cultores de la teoría de la argumentación jurídica estándar.[24] Pues, a Ghirardi le interesaba de la misma manera que a quienes trabajan los temas de la argumentación jurídica estándar, el control de la práctica judicial en cuanto razonamiento de los jueces, para lo cual, creía firmemente que el único elemento con el que ello era posible de ser logrado, sin duda que era la lógica jurídica no formal y propia del ámbito del razonamiento práctico.

A este último respecto, en ocasión alguna, escribió Ghirardi que el hecho de que el razonamiento jurídico fuera un tipo de razonamiento práctico[25], implicaba que al mismo debía ser considerarlo como suele llamarse hoy: tesis del caso especial[26]; para marcar con ello, algo particular de este tipo de razonamiento práctico y que los cultores de la argumen-

las resoluciones. Luego, volverá en un segundo libro sobre el mismo problema, aunque cuando ya se encontraba bien orientado respecto a este problema; ello lo conocemos bien, puesto que fuimos nosotros colaboradores en la búsqueda de gran parte de la jurisprudencia que allí se indica (VIDE. *El recurso de reposición*, 1991).

Destacamos que respecto a estas dos obras, en escasas ocasiones se refiere Ghirardi a ellas. Posiblemente, sobre la base de que, en razón de ser trabajos más de recopilación que de elaboración, no les daba la significación académica que quizás brindaba a un opúsculo de muchas menos páginas. Sin embargo en perspectiva nos permite hacer la inferencia anterior y que se relaciona con la profunda vinculación con la práctica profesional que desde siempre lo acompañó y nunca perdió.

[24] Si bien son varios los aspectos que caracterizan dicha teoría estándar de la argumentación jurídica y por ello se diferencian de los anteriores emplazamientos, se podrían mencionar como sus aspectos más significativos o relativo a la distinción entre contexto de descubrimiento y justificación por una parte, y por la otra, las diferencias ente la justificación interna y la justificación externa.

[25] GHIRARDI, O.; *Lecciones de lógica del derecho*, Córdoba, Ed. Autor, 1982, págs. 107 y ss.

[26] MacCormick afirma que su teoría "presenta el razonamiento jurídico como una especie de razonamiento práctico" (*Legal Reasoning and Legal Theory*, ob. Cit. Pág. Xii); por su parte, Alexy indica que: "el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general" (*Teoría de la argumentación jurídica*).

tación jurídica estándar lo conocen como la presencia de enunciados meta-sistémicos en dicho discurso.

Los autores recién citados suelen expresar la tesis del caso especial indicando, que el "*razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general*". Para Ghirardi con mayor naturalidad, el razonamiento jurídico era sencillamente un tipo de "razonamiento práctico-prudencial" y, como tal, admitía sin otra coloración, la presencia de enunciados por caso morales, los que a su vez podían generar en el discurrir del razonamiento judicial la extrañeza que él nombraba, como de "mutaciones" en el razonamiento jurídico que se venía cumpliendo.

En varios lugares, se refiere Ghirardi a este tipo de razonamiento práctico prudencial, y en tal aspecto, vinculando su pensamiento con la obra de MacCormick, se advierte que discrepó doctrinariamente, respecto a la calidad de ser el razonamiento jurídico "deductivo" -según el Profesor escocés- o solo "preferentemente deductivo" -según el Profesor cordobés-, pero consolidando su carácter práctico en cualquier caso. Transcribimos lo apuntado por Ghirardi en la introducción que realiza a su libro *El razonamiento judicial*, obra esta, que si bien tiene mucho de lo ya escrito en otros textos, la mencionada parte introductoria es escrita para dicha ocasión en el año 1997.

Allí indica que: "*Para avanzar un poco más en el tema, pensamos que cabría preguntarse, si es el caso de hablar de deducción, qué parte le cabe al razonamiento silogístico en el razonamiento judicial. Nuestro citado MacCormick, si bien no formula apreciaciones demasiado concretas sobre el punto, no oculta que el silogismo aparece en proposiciones que asumen formas lógicas válidas.*

Por nuestra parte, creemos que el silogismo aristotélico, en la forma en que se puede aplicar al objeto que estudiamos, permite fecundos progresos. Como se verá más adelante, hemos llamado a dicho silogismo práctico, silogismo práctico-prudencial, pues, tiene como característica, aparte de ser práctico por el objeto al que se aplica, la virtud de ser formulado por un juez, en cuya definición tiene especial importancia la virtud de la prudencia del juzgador".[27]

Lo dicho naturalmente, que se vincula con lo que la teoría de la argumentación jurídica estándar, suele considerar entonces como aspectos

[27] GHIRARDI, O.; *El razonamiento judicial*, Lima, Academia de la Magistratura, 1997, pág.18.

meta-sistemáticos, por incorporar entonces al razonamiento jurídico enunciados normativos de naturaleza moral. También, se indica que con ellos, los jueces habrán de efectuar un tipo de justificación extrasistemática[28] de la sentencia y que al final de cuentas -según nosotros lo creemos-, gran parte de la interpretación jurídica que terminen haciendo de dichos componentes morales que se introducen en el espacio de la juricidad habrán de provenir de las mismas ideologías, valoraciones y matices que la propia psicología o del contexto de descubrimiento que se encuentre consolidado en el intérprete.[29]

Ello no era ignorado en manera alguna por Ghirardi, aunque con seguridad lo explicaba con mucho menos pomposidad, pues en su opinión, luego de haber dejado demostrado que el razonamiento judicial era un tipo de razonamiento práctico y que, en función de ello, la lógica *de lo probable era un dato absolutamente cierto se atreve a señalar: "Que la conclusión -de la sentencia- depende de muchos factores, ya que la premisa mayor debe ser cierta o alcanzar un grado de probabilidad cercano a la certeza*"[30]; para luego cerrar dicha idea en páginas más adelante y después de haber formulado su gráfica conceptualización, de que la "sentencia es una macro-decisión" que se toma a partir de un conjunto de antecedentes de micro-decisiones, es donde se puede producir una suerte de mutación o quiebre que se produce en la secuencia natural de las micro-decisiones a la macro-decisión.

---

[28] Se ha escrito desde esta perspectiva que: "La justificación externa, es en cambio el conjunto de razones que no pertenecen al derecho y que también fundamentan la sentencia. Entre estas razones pueden hallarse normas de origen consuetudinario, principios morales, juicios valorativos, etc. El conjunto de razones normativas no jurídicas que fundamentan una sentencia constituyen el producto de una actividad argumentativa que suele denominarse 'discreción judicial. Esto implica que la justificación de una decisión jurídica puede contener muy diversos enunciados: (…) b) Enunciados normativos (…) b.2) Son premisas extrasistemáticas las normas que no pertenecen al sistema jurídico" (GARCÍA FIGUEROA, A.; Algunas categorías fundamentales de la teoría de la argumentación en Gascón Abellán, M. (coord.), Argumentación jurídica, Valencia, Tirant lo blanch, 2014, pág.178).

[29] Hace un envidiable y prolijo análisis de esto junto a la independencia judicial, WROBLEWSKI, J., *Problemas teóricos e ideológicos en el control de la decisión judicial en Sentido y Hecho en el Derecho*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1989, págs. 231 y ss.

[30] GHIRARDI, O.; *Lecciones de lógica del derecho*, Córdoba, Ed. Autor, 1982, pág.110.

Ghirardi atribuye a que eso puede suceder por diversos factores, aunque siempre en escasas ocasiones y cuando sucede: "*se produce una mutación brusca en la actitud del jugador cuando aplica la norma, cambiando el sentido de la decisión. El juez se aparta de la tranquila rutina y la resolución que adopta aparece como absolutamente distinta a la usual. De ahí que se hable aquí de una mutación*".[31]

V.2. Acerca de los enunciados morales

Los modernos cultores de la teoría de la argumentación jurídica estándar indicarán que cuando se introducen en el razonamiento judicial enunciados morales, bien se puede nombrar a dicha argumentación jurídica, bajo la denominación citada. La introducción de tales enunciados autoriza una justificación externa o también nombrada por la misma corriente como extrasistemática y que habrá de concluir, en una toma decisional que, más allá de la justificación que puedan recibir desde el contexto de justificación, se remonta como es propio, a un contexto anterior que es el de descubrimiento.[32]

El contexto de descubrimiento es desde el cual -según la tesis de Wroblewski- se puede reconocer que siempre hay una métrica presente, que a medida que las directivas interpretativas -de primer y segundo grado- son utilizadas para cada uno de los contextos en que ella se cum-

[31] GHIRARDI, O.; *Introducción al razonamiento forense*, Bs. As., Dunken, 2003, pág. 46.

[32] Históricamente, la diferencia de ambos contextos parece corresponder a uno de los miembros del Círculo de Viena: H. REICHENBACH Y se explican de la siguiente manera: "… en el contexto de descubrimiento aparecen las motivaciones de orden psicológico o sociológico que han condicionado un conocimiento científico o en nuestro caso, una determinada resolución judicial o argumentación jurídica. Desde el contexto de justificación se prescinde del proceso mental que ha conducido a la decisión. Dicho de otro modo, en el contexto de descubrimiento hallamos causas, en tanto que en el contexto de justificación encontramos razones" (GARCÍA FIGUEROA, A. Y GASCÓN ABELLÁN, M.; *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra, 2005, pág. 146).
Por su parte, Atienza indicará que: "La teoría estándar de la argumentación jurídica parte de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las decisiones judiciales. Es decir, una cosa sería el proceso psicológico, sociológico, etc., mediante el cual un juez (o un conjunto de jueces: un tribunal) llega a tomar una decisión respecto a un determinado caso, y otra cosa la fundamentación que ofrece (de manera más o menos explícita) de la decisión" (ATIENZA, M.; *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pág. 99).

ple -esto es: lingüístico, sistémico y funcional- van resultando insuficientes; habrán de emerger otras preferencias colmadas de valoraciones y cosmovisiones del intérprete -asentadas en el contexto de descubrimiento- y que, por el fracaso del funcionamiento del contexto de justificación, se evidencian en tales circunstancias con mayor nitidez.[33]

Ghirardi, desde una perspectiva más sencilla, porque al final de cuentas escribía no para los filósofos del derecho, sino para los abogados y jueces que poco o nada conocieran de teorías y doctrinas de argumentación jurídica, sino que tenían casos concretos de personas reales y jueces con jurisdicción para dictar sentencias definitivas. Con ahínco, buscaba las maneras de que sus aportes sin perder rigurosidad científica ganaran accesibilidad profesional. Y así lo demuestra el siguiente párrafo vinculado con el tema de los enunciados morales en las sentencias, diciendo que: "*La red pudo ser cerrada en el nudo final, en la macro-decisión de la conclusión. Y, sin embargo, ello no sucede así en nuestro caso. El ánimo del juez se abstiene de producir el fallo definitivo con los elementos lógicos que el discurso suministra. Ingresa aquí al campo decisional un elemento extralógico, que se llama en este caso equidad; en suma un valor*".[34]

Queremos llamar la atención nuevamente sobre la semejanza conceptual que existe con la teoría de la argumentación jurídica estándar en el punto y la simpleza que gana expositivamente. Lo que hoy se nombran como enunciados morales y que se vincula con los elementos extrasistemáticos del razonamiento judicial, Ghirardi los nomina simplemente como elementos extralógicos y por lo tanto, no solo que están fuera del sistema jurídico del que se trate –como podría presumirse que implica cuando se dice elementos extrasistémicos-, sino que en rigor están por

[33] En un trabajo bastante antiguo que hiciéramos, tratando de compendiar el pensamiento del gran Profesor de la Universidad de Lozd, JERZI WROBLEWSKI y naturalmente -como advertimos a la distancia de veinte años- muy influenciados por la atención que Ghirardi había puesto en él, luego de reseñar y esquematizar dicha obra -muy dispersa en publicaciones en su mayoría extranjeras- proponíamos la siguiente síntesis: "La norma (N) tiene el sentido (S), de acuerdo a las directivas interpretativas de primer grado (DI1), por las que se ha solucionado las diferentes vaguedades (V1, V2, V3), en razón de las directivas de segundo grado (DI2) que fuera seleccionada en atención a las valoraciones personales de justicia (Vpj) y de equidad (Vpe). Entonces: 'N es S en base DI1 (V1, V2, V3) por DI2 en función Vpf-j y Vpf-e, según Vpd'" (ANDRUET, A.; *La interpretación jurídica según Jerzy Wroblewski* en Revista Foro de Córdoba, Nº 31, 1996).

[34] GHIRARDI, O.; *Lecciones de lógica del derecho*, Córdoba, Ed. Autor, 1982, pág. 123.

fuera de la lógica, son así: extra-lógicos, y si lo lógico es lo que se puede controlar de una manera determinada, este aspecto, naturalmente que Ghirardi también lo está colocando en un territorio diferente.

Y si bien en ninguna ocasión Ghirardi ha denominado dicho ámbito como contexto de descubrimiento, sin duda que es en dicho lugar donde señala la territorialidad del mencionado elemento extra-lógico.

Ello también se comprende así, puesto que, al final de cuentas dice Ghirardi, que se trata de un "valor"; curiosamente tal como el mismo Wroblewski había indicado -y la nota donde anotamos la síntesis de una parte importante de su obra lo muestra: valoraciones personales de justicia y equidad- era también dónde las cuestiones interpretativas, luego de atravesar los diferentes contextos ya dichos habrá de concluir.

De todas formas, no se puede ocultar que Ghirardi es un lógico por estirpe y no puede dejar bajo aspecto alguno, que estas cuestiones: extralógicas, extrasistemáticas o como también indica que podrían ser nombradas, siguiendo para ello otro autor, que tuvo incidencia desde la lógica jurídica en su producción científica, como es la obra de George Kalinowski, quien las llamaría "para-lógicas"[35]; pues que vuelve a encauzar el conjunto de dichos enunciados morales sobre el patrón lógico deductivo. Así dice que: "*La irrupción del nuevo elemento cambia el*

[35] En particular en la obra de KALINOWSKI, G; *De la spécificité de la logique juridique en Archives de Philosophie du Droit*, Tomo XI, 1966, Sirey, Paris, págs. 7-23. Cabe también agregar ahora, que para el estudio y atención a la lógica formal, Ghirardi, utilizó con mucha familiaridad la compleja obra de LUKASIEWICZ, J.; *La silogística de Aristóteles desde el punto de vista de la lógica formal moderna*, Madrid, Tecnos, 1977.
Nos consta en lo personal el cuidado que Ghirardi colocó en dicho material, puesto que el ejemplar con el cual trabajó, por una generosa entrega que los hijos del Dr. Olsen Ghirardi nos hicieran, lo tenemos en nuestro poder -junto con otros tantos que integraron su biblioteca- y se puede visualizar en dicho ejemplar las anotaciones marginales en gran cantidad de páginas, a más de los subrayados. Señalamos este aspecto, que solo confirman también la existencia de un error tipográfico que consta en la citación del libro de JAN LUKASIEWICZ que hace Ghirardi en la nota 4, pág. 69 de su libro *Lecciones de lógica del derecho*, donde se coloca por título "*La logística…*", por "*La silogística…*".
Se refiere Ghirardi a este autor, con especial atención a su desarrollo bio-bibliográfico en otra lugar y allí en particular a su pensamiento, en cuanto que afirma el autor polaco que el silogismo aristotélico tiene diferencias fundamentales con el silogismo tradicional; todo lo cual, habrá de permitirse en la decantación a Ghirardi, aprovechar para fortalecer su tesis de que el razonamiento judicial es silogístico aunque de la lógica aplicada. Cfr GHIRARDI, O.; El razonamiento forense, Córdoba, El Copista, 1988, págs. 43 y ss.

resultado y la conclusión (…) Y, para ello se apoya en otra norma legal. Desde ahí en adelante, el razonamiento tiene a asumir de nuevo la forma silogística porque ha hecho pié en la equidad, que el ordenamiento jurídico contempla. El juez ha concluido su silogismo práctico-prudencial…".[36]

En este orden de cuestiones, no se puede dejar de señalar que Ghirardi estaba sin duda muy informado de lo que ocurría en estos temas en general. Si se hace un repaso ligero por la agenda de temas y ponencias que sobre los años 90 se producían, particularmente se apreciará que había como un contagio epistemológico respecto a escarbar, rematerializar, volver a decir o simplemente hacer paráfrasis cuando no plagio, de lo que Robert Alexy o Ronald Dworkin escribían. Mas ello no lo movió en absoluto a Ghirardi de su preocupación que para muchos se vería como demasiado insular, pero que, sin embargo, para la práctica profesional de la abogacía y del ejercicio real de la práctica judicial, fue de un incuestionable aporte, tal como la jurisprudencia del mismo Tribunal Superior de Justicia lo ha destacado en infinidad de circunstancias.[37]

La presencia que Ghirardi tenía en las actividades internacionales de la materia eran frecuentes y nos consta en lo personal, que había escuchado a dichos autores y otros igualmente muy importantes, pero sin embargo, su fidelidad a una filosofía del derecho para la práctica de la abogacía al fin de cuentas, siempre pesaba más en las decisiones que tomaba o en las mismas disputaciones en las que intervenía. En una de ellas -y de las que daremos cuenta más abajo- el último párrafo reza: "*He concluido con una tarea ardua pero agradable. He tenido el honor de dialogar -mediante un pretexto- con una persona que respeto profundamente por su jerarquía intelectual. Pienso que seré excusado si mi vehemencia ha sido exagerada, señal que, algunas veces, el abogado ha primado sobre el filósofo*".[38]

---

[36] GHIRARDI, O.; *Lecciones de lógica del derecho, Córdoba*, Ed. Autor, 1982, pág.124.

[37] Nos hemos referido en particular a dicho aspecto, en nuestra contribución intitulada *La teoría del razonamiento correcto y su acogimiento en la jurisprudencia del TSJ de Córdoba* en GHIRARDI, O. (ed.), ALFREDO POVIÑA (In memoriam), Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Cs. Socs., Advocatus, 2004, págs. 33-77.

[38] GHIRARDI, O.; *Introducción al razonamiento forense,* Bs. As., Dunken, 2003, pág. 210.

V.3. Respecto a los filósofos puros

Esa misma razón fue también la que llevó a que filósofos puros, esto es, no abogados; que cultivaban la filosofía del derecho o que formalizaban el estudio de la filosofía como especialistas en lógica o en otras ramas de la filosofía, cuestionaran como de cierta heterodoxia algunas de las consideraciones que desde la filosofía aplicada a la práctica del razonamiento judicial formulaba Ghirardi.

Ello así fue lo acontecido con alguna parte de la crítica severa que Nolberto Espinosa[39] le realiza y que el mismo Ghirardi se encarga de mostrar con total transparencia y, por ello, su espíritu de ingobernable polemista -y que trasluce en un párrafo de la réplica a la crítica- habla por sí sola de la consideración que hemos brindado. Dice Ghirardi, respondiendo a N. Espinosa: "… *La pura lógica analítica (o lógica formal), en cuanto tal es un enorme ejercicio de la inteligencia; es algo así como un inmenso juego (…) El mero ejercicio con entes ideales, no tiene -en mi concepto- ningún sentido. Y si alguien me dice que esto no es estrictamente aristotélico, me tiene sin cuidado. Ahora y aquí me ocupo del razonamiento de los jueces reales que tienen causas reales, basadas en casos concretos y reales. Me ocupo de mi razonamiento en cuanto, como abogado, atiendo a un cliente determinado, por una controversia determinada*".[40]

Existen otros párrafos también, que ponen de manifiesto su auténtica militancia por una contribución a la práctica forense, cooperando con herramientas posibles de ser utilizadas por todos los profesionales y cualquier juez, para la mejora del ejercicio de los derechos de las personas y un adecuado funcionamiento del servicio de justicia.

Estaba muy lejos de Ghirardi el pensar que los jueces podían tener esas fabulosas capacidades intelectuales y destreza técnica, que Ronald Dworkin destaca para su juez Hércules[41] y también, estaba bastante distante de ese otro modelo de juez, que la filosofía jurídica y la teoría de la

[39] Nolberto Espinosa fue Profesor Titular durante varios años en la Cátedra de Antropología Filosófica en la Universidad de Cuyo.
[40] GHIRARDI, O.; *Introducción al razonamiento forense*, Bs.As., Dunken, 2003, pág. 185.
[41] Dice R. DWORKIN: "Para este propósito he inventado un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules. Supongo que Hércules es juez en alguna jurisdicción importante de los Estados Unidos" (Los derechos en serio, Bs. As, Planteta, 1993, pág. 177).

argumentación jurídica de Robert Alexy promociona, como el hombre que tiene la capacidad importante de poner en marcha la ejecución de la teoría de la ponderación y aplicando en ella, con eximia destreza la fórmula de peso, para realmente conocer qué práctica probatoria vale más. Todo lo cual se podría lograr, después de ejecutado un algoritmo de difícil explicación teórica.[42]

Se nos ocurre pensar, no porque lo hayamos oído de nuestro Maestro, pero de la misma forma que la lectura de Neil MacCormick le resultó atractiva al menos en alguna parte de su desarrollo y la utilizó en modo no corriente para señalar, que el razonamiento jurídico es especialmente de tipo deductivo -como lo hemos dicho más atrás-, igualmente aserto: "*… Pero también se debe decir que no asumo todos los planteos y opiniones de MacCormick, aunque no realice críticas. No me ato a él*".[43] Al fin de cuentas, nosotros diríamos que su acercamiento a dicha parte del pensamiento de MacCormick se debe a una relación de naturaleza genotípica con el razonamiento práctico.

Decimos ello, porque no todas las personas saben que Neil MacCormick, además de eximio Profesor de Jurisprudencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Dundee, también fue un hombre de activa vida política; entre otras cosas, integró el Parlamento Europeo y hasta fue distinguido como "Político Escocés" en el año 2003. Y si bien todo ello no lo convertía en abogado, lo mostraba como una persona, a quien la discusión por los *entes ideales*, en realidad no fuera lo que primero le importaba.

Ghirardi, por más de cincuenta años, ejerció la abogacía con fruición, escribió para que los abogados pudieran tener una mejor práctica judicial y para que los jueces hicieran un esfuerzo por alcanzar mejores estándares en su realización sentencial. Quizás, todavía la abogacía organizada de Córdoba no haya rendido el homenaje, debido a un hombre que hizo mucho para que la práctica forense fuera mejor para abogados, jueces y litigantes.

---

[42] VIDE ALEXY, R.; Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, C.E.P.C., 2008, Epílogo, págs. 511 y ss.
[43] GHIRARDI, O.; *Introducción al razonamiento forense*, Bs. As., Dunken, 2003, pág. 181.

V.4. La argumentación jurídica

En realidad, estos aspectos que hemos señalado nos posicionan frente a otro de los temas, en los cuales Ghirardi también toma una buena distancia con los principales estudiosos del momento. Pues, nunca hizo de la argumentación jurídica algo que pueda ser asimilable a una teoría del derecho y, por lo tanto, susceptible de habilitar profusas consideraciones doctrinarias y elucubraciones de esa naturaleza.[44]

Para Ghirardi, la argumentación jurídica integró junto con otros aspectos y desarrollos teóricos, solo uno de los anclajes sobre los que corresponde asentar el razonamiento forense.[45] Y, desde esa perspectiva, es que no le habrá de dar a la argumentación jurídica una valía mayor que la resultante de una lectura lineal que la obra de Ch. Perelman le insuflaba. Esto es: "***… En consecuencia, el discurso -en el caso indicado- versará sobre el problema planteado y se dirigirá -en el supuesto de ser un discurso forense- a un auditorio particular. Puede ser el juez, puede ser el jurado, etc. De ahí que deba persuadir y convencer. Y tiene más probabilidades de hacerlo cuando la premisa tiene mayores probabilidades de ser universalizada por el auditorio***".[46] (Negrita en el original).

La idea de lo "universalizable" por el auditorio es muy interesante y no se puede dejar de hacer un emparentamiento lejano de nuevo de Ghirardi con Neil MacCormick.[47] Escribe el Prof. escocés: "… para que una

[44] "La teoría de la argumentación jurídica es teoría. Esto significa que en principio pretende la descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica. Como el objeto del discurso de la teoría de la argumentación jurídica es a su vez un discurso, cabría decir que la teoría de la argumentación jurídica es un metadiscurso" (GASCÓN ABELLÁN, M.; *Algunas categorías fundamentales de la teoría de la argumentación* en GASCÓN ABELLÁN, M. (coord.), Argumentación jurídica, Valencia, Tirant lo blanch, 2014, pág. 81).

[45] Indica que la lógica del proceso judicial, está organizado bajo el eje de cuatro teorías: de la dialéctica, de la argumentación, del razonamiento jurisprudencial y del razonamiento correcto (VIDE GHIRARDI, O.; *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987).

[46] GHIRARDI, O.; *Lógica del proceso judicial,* Córdoba, Lerner, 1987, pág. 43.

[47] Sin perjuicio que dicho autor refiere que dicha universabilidad es uno de los elementos que integran lo que él ha nombrado como partes del "test de racionalidad", y que tendría que cumplir una resolución, para estar ella debidamente justificada (VIDE MACCORMICK, N.; *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal reasoning*, Oxford University Press, 2005).
También, anota a este respecto Atienza que: "… la universalidad implica algo más que ese requisito puramente lógico, cuando se entiende que esa noción es la

decisión pueda estar justificada es necesario que el criterio o principio en el que se asienta sea universalizable; eso es, que no se base en un criterio ad hoc (…) sino que estemos dispuestos a usarlo para resolver conflictos sustancialmente idénticos".[48] Frente a ello, no podemos dejar de señalar que detrás de este párrafo, retumba un aspecto que es próximo en alguna medida, a la importancia que tiene para Ghirardi, que sea la sentencia dictada aceptada por el auditorio como un aspecto de crucial centralidad.

Luego, volverá a marcar con total firmeza la utilización anunciada que hace por vía de Chaim Perelman de la misma retórica aristotélica y que, para los cultores de la teoría estándar de la argumentación jurídica, implica introducir rasgos paleolíticos y poco útiles para un adecuado ejercicio argumentativo.[49] Sin embargo, Ghirardi, persistirá inconmovible en su tesis, y así es como dará inicio a otro de sus libros: "*El razonamiento forense es un razonamiento acerca de premias de opinión. De ahí que lo califiquemos como razonamiento débil. De una manera u otra el objetivo de los abogados es el de fundar y apuntalar premisas para obtener conclusiones. Para ello razonan voluntariamente constreñidos en un proceso cuyo marco es la discusión dialéctica y cuyo motor es la argumentación retórica*".[50]

Mas luego de ello, habrá de insertar para fortalecer lo que corresponde a la práctica argumentativa, el bloque de los argumentos retóricos que fueron utilizados inicialmente por Giovanni Tarello y, de allí, pasaron a Ch. Perelman; estos son: argumento a contrario, argumento a *simili*, argumentos a *fortiori,* argumento a *completudine,* argumento a *coheren-*

que está detrás de lo que se ha llamado la 'regla formal de justicia (tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría (PERELMAN, 1964); del imperativo categórico kantiano (cuya primera formulación dice que se debe obrar de tal manera que uno pueda universalizar la máxima de su conducta); o de una de las reglas fundamentales del discurso racional (Alexy la formula así: todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a, debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual en todos los aspectos relevantes" (ATIENZA, M.; *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pág. 554).

[48] GASCÓN ABELLÁN, M.; *Interpretación y argumentación. La justificación de la premisa normativa* en GASCÓN ABELLÁN, M. (coord.), Argumentación jurídica, Valencia, Tirant lo blanch, 2014, pág. 283).

[49] ATIENZA, M.; Curso de argumentación jurídica, Barcelona, Trotta, 2016, págs. 30 y ss.

[50] VIDE GHIRARDI, O.; *La retórica y la dialéctica en el razonamiento forense*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001, pág. v.

tia, argumento psicológico, argumento histórico, argumento epagógico, argumento teleológico, argumento económico, argumento *ab ejemplo*, argumento sistemático y argumento naturalista.[51]

La teoría de la argumentación jurídica estándar habrá de tomar en este punto, también un camino diferente, pues hablará que la práctica interpretativa judicial, cuando tiene que hacer un tipo de justificación externa, habrá de efectuar un proceso operativo por una serie de contextos -lingüístico, sistémico y funcional- que habrán de ir ordenando esa realización, que no será meramente argumentativa, sino que será justificatoria y, para lo cual, desde esos contextos, se proveerá de una serie de directrices para el adecuado desarrollo de ese punto.

En cambio, para Perelman, el uso de dichos argumentos es como una práctica retórica, que al final de cuentas cooperan para el convencer o persuadir de quien los invoca. De igual modo se refiere Ghirardi, cuando escribe: "*Los litigios son propios de la vida cotidiana. La ciencia jurídica no ha encontrado todavía otra forma de solución pacífica mejor que el proceso constreñido por la técnica de la dialéctica y apuntalado por el arte de la retórica*".[52] Todo ello sin perjuicio que, después, ambos autores concluyan en que toda argumentación jurídica se refiere siempre a la interpretación de la ley.

En esta perspectiva, hemos dicho más arriba que la sola referencia que hace Ghirardi a la utilización de la obra de Alexy es sobre un trabajo que fuera compilado por Ernesto Garzón Valdez y del que hemos dado noticia en nota al pie más arriba. Pues de tal lugar, habrá de colegir Ghirardi que Alexy ubica la argumentación jurídica como "*un caso especial de la argumentación práctica en general [para luego decir] sin embargo, es probable que la teoría explique satisfactoriamente los errores in procedendo en una teoría de la casación. Quedaría por ver si aun puede explicar los errores in cogitando que formularemos más adelante o sería preciso establecer, para ellos, una aplicación especial de la teoría del discurso en general*".[53]

---

[51] PERELMAN, *Lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, págs. 78 y ss.
[52] VIDE GHIRARDI, O.; *La retórica y la dialéctica en el razonamiento forense*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001, pág. xi.
[53] GHIRARDI, O.; *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, pág. 56

Naturalmente que la respuesta que queda sin responder, en los dos capítulos siguientes, se ocupa de hacerlo sin ningún tipo de indicación personal a dicho autor; pero es donde con mayor demostración, se presenta personal, original y genuino el aporte de Ghirardi y que será en orden a lo que había adelantado como la teoría del razonamiento correcto que como tal, concluirá en dos temas centrales para Ghirardi y que no son atendidos de esa manera por otros autores contemporáneos a él y todavía con poca visibilidad por los actuales; ellos son: el control de logicidad[54] y los errores in cogitando.

Para comprender en modo adecuado qué es lo que ha querido decir filosóficamente hablando Ghirardi, con el sintagma antes indicado, lo primero que hay que tener a la vista es que el razonamiento jurídico aunque práctico como es, no se puede desentender nunca de ser también lógico; pues por ello, quizás bien corresponda atribuirle a Ghirardi -por accidente- ser un autor formalista, lo cual naturalmente no quiere indicarse con ello que sea también equiparable a positivista.

Hemos destacado, en una transcripción más arriba, que introduce el concepto de equidad como un valor y, por ello, positivista no es, pero tal cuestión tampoco importa la posibilidad de escapar al dictamen siempre riguroso de la lógica no formal aristotélica, que se ejercita con premisas que como tal son derrotables, por otras tan derrotables como las anteriores, pero que al final, han tenido mejor emplazamiento en el debate, a partir de una práctica argumentativa retórica a la que sin duda -como se ha dicho-, Ghirardi presta toda atención y válida acorde a los cánones promocionados por Perelman.

Para los autores de la teoría de la argumentación jurídica estándar, dicha vía no resulta atendible, sino que solo le brinda el reconocimiento de una fuente superada al igual que la correspondiente a Teodoro Viehweg, a quien también cita en innumerables ocasiones Ghirardi en su clásico libro.[55]

[54] Esto no significa que la paternidad de la expresión "control de logicidad" le sea propia a Ghirardi. En realidad, la está tomando de una obra que fuera muy utilizada por Ghirardi, pero que no había sido hasta esa época potenciada con la autonomía que luego tendría. Nos referimos a DE LA RUA, F.; *El recurso de casación en el derecho positivo argentina*, Bs. As., Zavalía, 1968, pág. 180 en particular y para la cuestión de la motivación en general desde pág. 149.
En cambio, si consideramos que el sintagma de "errores in cogitando" le corresponde con autoría propia.

[55] VIDE VIEHWEG, T.; *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964. De tal, los seguidores de la teoría de la argumentación jurídica estándar apuntarán que

Tal aspecto posiblemente se comprenda de mejor modo, registrando el párrafo que transcribimos y que escribe Ghirardi, en ocasión de hacer un desarrollo particular del influyente autor en estos temas, como es el Prof. polaco Jan Lukasiewicz, cuando habrá de indicar: "… *que el silogismo judicial no está incluido en la lógica formalizada, pero no está excluido de la lógica aplicada que utilizan los jueces al resolver sus sentencias (…) El silogismo de la lógica aplicada es expreso o tácito, pero es la columna vertebral del razonamiento judicial*".[56]

V.5. La lógica formal, el Silogismo dialéctico y los Casos difíciles

En mérito a dichas consideraciones, es que el razonamiento judicial no solo que será nombrado como "práctico prudencial", sino que en otra ocasión se habrá de referir a que la sentencia es un "silogismo dialéctico" y, luego, explicará para diferenciarlo del silogismo demostrativo, que este último "*...se refiere primordialmente a conocimientos especulativos, que hacen a las ciencias matemáticas, filosóficas o naturales; el segundo [silogismo dialéctico], se refiere primordialmente a la praxis, a las acciones humanas y a las ciencias del hombre*".[57]

Una cuestión, entonces, es ser formalista, por tener esta clara vinculación con un desarrollo lógico y otra muy diferente es despreciar la inserción de valoraciones morales en los desarrollos argumentales; y ello lo hace Ghirardi sin dificultad, por lo que en la práctica real su modelo no se cierra a los casos judiciales que la teoría de la argumentación jurídica estándar nombran como "casos difíciles" y que Ghirardi denomina como "casos extraordinarios".[58] De cualquier manera, a poco de esa con-

"La vaguedad y, en expresión de García Amado, la pluriformidad o indefinición metodológica de la propuesta de Viehweg han estimulado las críticas más incisivas" (GARCÍA FIGUEROA, A. Y GASCÓN ABELLÁN, M.; *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra, 2005, pág. 99). Todas ellas pueden ser resumidas en la sola consideración de Atienza en cuanto indica que "el mérito fundamental de Viehweg no es el de haber construido una teoría, sino el de haber descubierto un campo para la investigación" (ATIENZA, M.; Las razones del derecho-Teorías de la argumentación jurídica, Madrid, C.E.C., 1993, pág. 63).

[56] GHIRARDI, O.; *El razonamiento forense,* Córdoba, El Copista, 1998, pág. 54.

[57] GHIRARDI, O.; *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, pág. 26.

[58] Cfr. GHIRARDI, O.; Introducción al razonamiento forense, Bs. As., Dunken, 2003, pág. 45.

De cualquier manera, hay que señalar que solo muy tardíamente Ghirardi habrá de utilizar incidentalmente la denominación de "casos difíciles o complejos", re-

sideración indica que: "…*Ya no se trata de los casos rutinarios y trillados. Ingresamos a la esfera de los casos extraordinarios. Nos alejamos de las denominaciones angloamericanas, que se describen como casos difíciles o complejos, que se generan en el ámbito del common law, puesto que en el derecho continental y codificado hay matices que no se adaptan a ellos*".[59]

La inserción de dichos desarrollos argumentales morales propician una justificación extrasistemática, con la diferencia de que los modernos tienden a mostrar que ella se encuentra pretendidamente un tanto "deslogizada" atento a los enunciados con los que se nutre dicho desarrollo argumentativo; y Ghirardi se mantiene atento a que sigue siendo claramente lógico dicho momento, aunque lo sitúa en la lógica dialéctica, atento a los enunciados dialécticos o derrotables con los que se nutre, pero a la vez, es lo que garantiza el poder cumplir con ellos, una adecuada tarea de fiscalización como tal.

Por ello, es que se puede comprender sin dificultad que Ghirardi advierte el proceso como una unidad integrada, con independencia que exista una justificación interna (o deductiva) o externa (o extrasistémica), cualquiera sea, el proceso es un diálogo que acorde los aportes que recupera de la tópica y la argumentación -Viehweg y Perelman respectivamente- se habrá de convertir en una dialéctica y que expresamente dice que ellas es: "*'el arte de pasar de lo verosímil a lo verdadero siguiendo ciertas reglas de juego. En verdad, si la postura -en el orden procesal- del actor pretende que se le conceda algo que es verosímil, lo verosímil puede transformarse en verdadero (la sentencia judicial) si se siguen correctamente las reglas del proceso judicial*".[60]

Con ello, también se cierra otra idea que tendrá mucha persistencia en el pensamiento de Ghirardi como es: "*que el razonamiento judicial o forense se le debe denominar razonamiento débil, ya que descansa en premisas débiles (opinables) y no en postulados o premisas fuertes*".[61]

firiéndose a que el análisis que está efectuando del discurso forense de Lisias, el gran logógrafo de Grecia y quien interviene en el pleito que involucraba a Eratóstenes por la infidelidad de una mujer casada con el nombrado; agregando Ghirardi que esa denominación de difíciles o complejos, es "según la muy actual calificación de Dworkin" (El razonamiento forense, Córdoba, El Copista,, 1998, pág. 73).

[59] GHIRARDI, O.; *Introducción al razonamiento forense,* Bs. As., Dunken, 2003, pág. 46.

[60] GHIRARDI, O.; *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, pág. 29.

[61] GHIRARDI, O.; *El razonamiento forense*, Córdoba, El Copista, 1998, pág. 84.

Y es, también en esta obra de la madurez de su pensamiento en la materia del razonamiento forense que venimos citando ahora, y donde, sin duda aunque no lo haya dicho expresamente, hay vientos de lecturas modernas -pues hemos advertido que ligeramente se hace una aportación de Dworkin y que luego repetirá-, tal vez se puede apreciar, que está intentando Ghirardi no quedar demasiado encasillado bajo una idea de ser un formalista más, aún cuando haya insistido con claridad qué clase de lógica es la que utiliza el silogismo judicial y que es de tipo práctico y primordialmente demostrativo; todo lo cual le permite en un tránsito rápido concluir que esa lógica aplicada al derecho debe ser considerada como una dialógica del derecho.

Lo dice de esta manera: "*Por otra parte, el razonamiento judicial se manifiesta en un proceso. Y el proceso, en verdad, puede ser considerado como un diálogo. De ahí que, en síntesis, la lógica de la que se hace uso en los procesos judiciales pueda ser considerada, no solo como una lógica aplicada, sino como una dialógica del derecho*".[62]

V.6. La motivación de la sentencia

En el entorno de estas cuestiones, aparece con total centralidad el tema de la motivación y que, como bien sabemos, la teoría de la argumentación jurídica estándar, tras los consagrados aportes que hiciera inicialmente M. Taruffo en el libro ya nombrado del año 1975 -citado también por Ghirardi-, pero que sin embargo no es allí, donde él, doctrinariamente abrevará. La indicación a Taruffo es general y no específica. Si se trata de buscar el grado cero de la mencionada cuestión, el camino adecuado es volver a leer aquella resolución que fuera dictada por Alfredo Poviña, mientras ocupaba una vocalía del TSJ y en la cual se refiere, tras la huella de otro procesalista italiano: Piero Calamandrei, a la motivación.

El sociólogo cordobés y a la sazón Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Socs., cuando Olsen Ghirardi se incorpora a ella en el año 1984, había hablado que en la práctica de la casación, correspondía efectuar sobre las sentencias algo similar a lo que la Sociología hace sobre los comportamientos humanos: una suerte de control. Ello

[62] GHIRARDI, O.; *El razonamiento forense,* Córdoba, El Copista, 1998, pág. 91.

será lo que finalmente será indicado como que en las sentencias judiciales, bien se podía hablar de un cierto control de logicidad.[63]

Dicho giro será gravitante y abrirá el espacio para las reflexiones y categorizaciones que hasta el momento presente el Poder Judicial de Córdoba sigue utilizando regularmente y ya sin cita recordatoria al Profesor Ghirardi, puesto que ya nadie duda acerca de su autoría argumental.[64]

De todas maneras, no se puede dejar de señalar una cierta manera diferente de articular el concepto de motivación que tiene Ghirardi, si es comparada la comprensión de ella, con la que de alguna manera sugiere la teoría de la argumentación jurídica estándar.

Pues dichos autores utilizan de la motivación como lo equivalente sin más a la justificación o las razones que se tiene para tomar las decisiones que se toman y para lo cual, antes, se han apoyado en la distinción de los contextos de descubrimiento y también de justificación; indicando que en el de descubrimiento existen los motivos que bajo una pluralidad de elementos disparan la génesis de una instancia que solo y solo cuando pase al contexto de justificación, recibirá las ponderaciones que convertirán aquellos motivos en razones suficientes para el actuar justificado de tal o cual manera. Los motivos no son las razones, sino se puede decir que son los móviles psicológicos, subjetivos, emocionales, etc., que se

[63] En los autos Feraud, Raúl A. (Resolución del 16.II.61, BJC, T.V, vol. 4, 1961, pág. 220) en el voto del Dr. Alfredo Poviña se dice: "…Para determinar de un modo concreto las procedencia del examen del caso por falta de motivación -que en autos se identifica con la motivación contradictoria- podemos tomar como antecedente tanto la doctrina al respecto en materia civil, por una parte, y el criterio seguido por ese Tribunal, por otra, en materia laboral, en cuanto pueden ser aplicables en el fuero penal. Tomando como punto de partida CALAMANDREI (La cassazione civile, II, 371 y Casación civil, EJEA, Bs. As., pág. 107), podemos decir que la censura por falta de motivación tiene a someter la sentencia de mérito en todas sus partes -cuestión de derecho y cuestión de hecho- a un control, como si dijéramos de 'logicidad', para considerar no solo la existencia, sino también la consistencia, la perfección y la coherencia lógica y racional de la motivación; no sólo para ser cómo razonó el juez, sino también para decidir si razonó bien; es decir, en forma que responda a leyes de la lógica, de modo convincente y exhaustivo".

[64] Nos hemos referido con algún detalle a este respecto en un extenso artículo intitulado *La teoría del razonamiento correcto y su acogimiento en la jurisprudencia del TSJ de Córdoba* en GHIRARDI, O. (ed.), ALFREDO POVIÑA (In memoriam), Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Cs. Socs., Advocatus, 2004, págs. 33-77.

tienen para luego encontrar razones.[65]

Sin embargo, Ghirardi cuando se refiere a la motivación, no parece preocuparse en la manera estratégica de cómo lo hacen los autores citados; pues después de indicar que motivar viene de motivium, que significa lo que mueve, agrega que: "*En un primer momento, nos parece que se refiere más bien a la causa motivante (eficiente) o a la causa final, es decir, a la razón por la cual el juez se decide por una tal solución. Pero el motivo es, antes que nada, la razón del acto, el conjunto de consideraciones racionales que lo justifica*".[66]

Pues, con este párrafo, no quedaría espacio para sostener que Ghirardi no ha querido enrolarse en las tesis de los dos contextos que hemos referido, puesto que el motivo que es la razón del acto -y su racionalidad de justificaciones- es a la vez, la razón por la cual se decide una determinada solución. Con esto, parecería que ambas cuestiones quedan vinculadas en una misma realización, sin necesidad de hacer ninguna diferencia entre contexto de descubrimiento y de justificación: los motivos están en el juez que decide y por qué están de esa manera lo habrá de justificar de la forma adecuada.

Inmediatamente al párrafo transcripto, el que sigue, pues parece dar todavía más crédito a lo que venimos apuntando, al señalar: "*El motivo es siempre la razón determinante que hace que la razón volente se incline por una decisión. En este sentido, también y siempre, es sinónimo de causa. Pero esa decisión ha sido lograda racionalmente, luego de una deliberación y su espíritu le mueve a producir esa resolución*".[67]

---

[65] "En realidad, al ordenamiento (y a los ciudadanos, además de las partes del caso concreto), no le interesa saber cómo y cuándo el juez ha formado su convicción (de noche, de día, a una cierta hora, en su despacho, en el tren, etc.), sino que le interesa saber cuáles son las razones que justifican la decisión. Por decirlo de alguna manera, no interesan los procesos mentales del juez; interesan las argumentaciones que el juez elabora y aduce para demostrar que la decisión está sustentada en 'buenas razones'. Dad que, como se ha dicho antes, la función esencial de la motivación es permitir un control externo sobre el fundamento de la decisión, entonces resulta evidente que lo que es necesario poder controlar no son los pensamientos, emociones, reacciones y pasajes psicológicos mediante los cuales el juez ha formado su decisión, sino la validez de las razones que la justifican" (TARUFFO, M.; *La motivación de la sentencia en páginas sobre Justicia Civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pág. 520).

[66] GHIRARDI, O.; *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, pág. 82.

[67] GHIRARDI, O.; *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, pág. 82.

Y finalmente, según nosotros advertimos en el párrafo a continuación, es cuando demuestra que la distinción entre los contextos es al fin de cuentas -lo que es totalmente cierto- de naturaleza pedagógica y explicativa, puesto que, en la realización fenoménica, es bastante complejo encontrar la línea divisoria de uno y otro, pues al final de cuentas los justiciables solo se encuentran con sentencias que poseen una motivación adecuada o que no es tal, y les interesa muy poco, si el contexto de descubrimiento no pudo ser debidamente justificado o que quien tiene que justificar carece de condiciones técnicas para hacerlo debidamente.

Por ello, creemos que Ghirardi construye el siguiente párrafo: "*Por eso se distingue el móvil del motivo. El primero es subjetivo y está cargado de emociones y deseos; el segundo, es adecuadamente racional y solo se insinúa cuando ha habido deliberación, reflexión que no solo explica sino que justifica la resolución ordenada. De ahí que el juicio pronunciado sea siempre un acto de la razón volente y no un fruto de la arbitrariedad*".[68]

V.7. La razón volente

Posiblemente, la nueva lectura del último párrafo transcripto permita cerrar la tesis a la que nos referimos y que es otra originalidad que tiene Ghirardi y que como tal, le permite evitar todo el artificioso camino de la teoría de la argumentación jurídica estándar de los dos contextos; lo cual lo hace de nuevo, en función de su incuestionada formación en filosofía general y que le ha permitido traer al completo tema del razonamiento forense, la noción de "razón volente" -a la que personalmente insistía de gran modo- como la práctica psicológica y racional que hace obrar a la razón. Y si ello es así, no hay razones sin voluntad, y las razones solo son tales, luego de haberse evaluado en sus pesos y contrapesos en una deliberación personal y también con otros, si fuera el caso.

De todas manera, si aún alguna duda puede quedar de la consideración que venimos realizando, páginas después parece confirmarlo, pero desde otra angulación; y haciendo suya una consideración del Profesor T. Sauvel -citado en la obra de Perelman-, que dice: "… *volvemos a preguntarnos: ¿qué significa motivar una resolución? (…) [los motivos nos] deben hacer conocer con fidelidad todas las operaciones del espíritu que*

[68] GHIRARDI, O.; *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, pág. 82.

han conducido al juez al dispositivo adoptado por él. Ellos constituyen la mejor, la más altas de las garantías, puesto que protegen al juez contra todo falso razonamiento que podría ofrecerse a su espíritu y a la vez contra toda presión que podría obrar sobre él".[69]

En otro lugar, Ghirardi retoma alguno de estos conceptos centrales y nos permite confirmar la tesis ensayada; esto es, que no le hace falta diferenciar contextos, porque el juez opera simultáneamente en ambos, lo cual permitiría también decir, que son ellos ficticios o en el mejor de los supuestos, pedagógicos y nada más.

Pues, estará indicando que motivar es siempre una razón: la razón del acto que nos impele, es ella a la vez, razón volente. Y "*la razón volente, por causa de algún motivo [decimos nosotros emocionales, psicológicos, caprichosos, etc.], se inclina por una determinada decisión. Nuestro espíritu ha sopesado las diversas razones o determinados hechos o ciertas valoraciones de manera previa (…) y, luego, se ha decidido por una solución, la que realmente, por convicción y persuasión, cree y opina que es la justa (…). Por eso, el juicio pronunciado es una acto de la razón volente (indica acción), la acción que se manda se aparece como una acción racional (y no arbitraria)*".[70]

Por último y vinculado con este tema, en una obra posterior, parece clarificar mejor dicha cuestión y ratificar que la distinción de contextos en verdad no le parecía una cuestión siquiera trascendente; por ello, dice: "*El problema se manifiesta porque el proceso mental que tiene sede en el intelecto del juez que resuelve la causa, debe ser exteriorizado en la fundamentación de la sentencia. Ocurre que en la expresión de lo pensado no están implicados solamente los aspectos gramaticales, no solo los de sentido, no solo los de valoración, sino también los lógicos que, de alguna manera, denuncian los costado formales e instrumentales del razonamiento*".[71]

V.8. Fundamentar y Motivar

También, discrepa Ghirardi con las tesis que se refieren en la teoría de la argumentación jurídica estándar, a la diferencia entre fundamentar y motivar; para dicha corriente, lo primero tiene una cierta entidad filosófica

[69] GHIRARDI, O.; *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, pág. 86.
[70] GHIRARDI, O.; *El razonamiento forense,* Córdoba, El Copista, 1998, pág. 93.
[71] GHIRARDI, O.; *Introducción al razonamiento forense*, Bs. As., Dunken, 2003, pág. 13.

cuando no metafísica por hundirse en razones profundas que hacen a la misma ontologicidad de la acción o cuestión de la que se trate. En cambio, Ghirardi sin perjuicio de reconocer que no son exactamente lo mismo, el sentido de la expresión -habrá de decir- guarda una gran semejanza y, con ello, sin hacer una sinonimia entre las mismas, tampoco precisa que la diferencia tenga una razón tan severa que no puedan ser consideradas en manera homóloga, y con ello, resuelve la cuestión.[72]

Sin embargo, no se trata de una posición dogmática la adoptada, sino en realidad consecuente con la utilidad que le hace brindar al concepto de razón volente: los motivos que se tienen para una decisión -contexto de descubrimiento-, poseen ya, las razones que se habrán de justificar luego -contexto de justificación-; para lo cual, habilitará un riguroso y formal camino, que no deja abierta posibilidades de fuga y que lo habrá de considerar, bajo el sintagma de control de logicidad y que como tal, ancla la idea de un tipo de error especial en la práctica forense judicial y que se nombra como: error in cogitando.

De todas maneras, no se puede dejar de señalar que existe un párrafo que produce cierta confusión, cuando parece querer decir Ghirardi, que el vocablo fundamentar se hace presente en el discurso jurídico como una significación más profunda; puesto que da a entender, que: "*Se trata de una especial motivación; es la motivación que echa las bases de la obra que se construye*".[73]

Pues, tal como se puede advertir, y para llegar a la centralidad del pensamiento del Profesor Ghirardi, que ha señalado que no existen dos contextos, sino que existe una razón volente que es causa fuente de una decisión que habrá de emerger explicitada y justificada con sus argumentos como tal. Todo ello acontece en un mismo escenario y no en dos, y la razón, en cuanto razón volente, construye desde una imposición naturalmente lógica en cuanto que respeta los primeros principios del orden lógico: identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente; y por ello, las razones en su centralidad se encontrarán en tanto que se construyen acordes a dichas exigencias lógicas.

El control de logicidad no será otra cuestión al final que revisar la acción de la razón volente a la luz de dichos principios lógicos. Dirá Ghirardi que: "*Se ha llamado control de logicidad al examen que efectúa una*

[72] VIDE GHIRARDI, O.; *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, pág. 82.
[73] GHIRARDI, O.; *El razonamiento forense*, Córdoba, El Copista, 1998, pág. 94.

Corte de Casación o un Tribunal Superior para conocer si el razonamiento que realizaron los jueces inferiores es formalmente correcto desde el punto de vista lógico. En otras palabras, se quiere controlar el cumplimiento de las reglas que rigen el pensar, esto es, se controlan los errores in cogitando".[74]

Aparece evidente así también la distancia con el modelo de la teoría estándar de la argumentación jurídica. En ella, se presta más atención a la manera de formular y demostrar las razones que justifican las decisiones que se toman, especialmente en cuanto hay un fuerte impacto de enunciados morales y no solo jurídicos, con baja intensidad en la atención a las cuestiones de los principios lógicos y más atentos a los registros operativos y ordenativos por caso, de los que puedan sugerir de la obra de R. Alexy, en cuanto reglas de la argumentación jurídica.[75]

Ghirardi, volvemos a señalar, se ocupa en manera escasa o para decirlo con mayor precisión, en modo nulo, de dichas reglas de la argumentación, porque su preocupación estaba en el aseguramiento de la vertebración lógica de la exteriorización de la razón volente como tal y que, luego, se inscribe armónicamente dentro del silogismo dialéctico como es el judicial y, bajo el amplio espectro de lo que ello significa, Ghirardi siempre encuentra como telón de fondo, la utilización del método aristotélico de la tópica y que fuera remozado por T. Viehweg y de los argumentos retóricos de la mano de Ch. Perelman.

Quizás, sea conveniente entonces luego de lo dicho señalar, que para Ghirardi, era la retórica una "*técnica argumentativa del hombre justo porque los temas de que se trata exigen acondicionar el discurso al objeto de este. Así como existe un método demostrativo propio para las ciencias matemáticas, otro para las ciencias físicas, así también surge un método típico para los temas prácticos. Los silogismos prácticos no pueden hacer caso omiso de la retórica*".[76]

De todas maneras, hay que volver a precisar, que el control de logicidad se ocupa solo de controlar motivos formales; esto es, defectos formales del razonamiento, en cuanto no se han observado las leyes del pensar. Así, habrá de indicar que la sentencia tiene que ser: "… *bien fun-*

[74] GHIRARDI, O.; *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, pág. 89.
[75] VIDE ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, C.E.C., 1989, págs. 213 y ss.
[76] GHIRARDI, O.; *Lecciones de lógica del derecho*, Córdoba, Ed. Autor, 1982, pág.180.

dada formalmente -lógicamente bien fundada- esto es, que se muestre el itinerario si este (el razonamiento) ha sido correcto y ha observado las leyes del pensar, es decir, todas las reglas fundamentales que la ciencia de la lógica ha puesto de manifiesto desde la época de Aristóteles".[77]

Naturalmente que con el interés demostrado por el autor, por la cuestión lógica dentro del silogismo práctico prudencial, no deja de ser cierta la consideración que a su pensamiento se atribuye como formalista en cuanto presidido por la férrea inspiración de la lógica aristotélica no formal, pero sin descuidar como ya hemos dicho, las presencias de mutaciones o saltos en el razonamiento del juez, mediante la introducción de juicios de valor, que como tal, a partir de la utilización de los argumentos retóricos y la misma lógica, serán debidamente asimilados y explicados en su desarrollo formal.

Como es propio de destacar, si el silogismo judicial, en vez de ser dialéctico fuera demostrativo en modo exclusivo, sería quizás más sencillo de asegurar el mencionado control de logicidad, puesto que las mutaciones o saltos en el ciclo del razonamiento no serían tales, como ocurre en este otro supuesto y que producidas, deben luego, seguir la secuencia de estar debidamente fundadas. Más como la presencia de enunciados morales es de rigor muy importante en el ámbito del razonamiento jurídico, la violación al principio de razón suficiente será uno de los más notables y reiterados, no así los otros, que responden por llamarlo de alguna manera, al formalismo más estricto o propio de la lógica formal, entre ellos: identidad, no contradicción y tercero excluido.[78]

Finalmente, le permitirá a Ghirardi lo explicado acerca del funcionamiento del control de logicidad, hacer una clasificación acerca de la manera diversa en que dichos defectos se advierten materializados y, para ello, se indica que: "En verdad, los taxones son dos: a) falta de motivación y b) defectuosa motivación. Pero nosotros, dentro del taxón 'defectuosa motivación', vamos a distinguir tres ramas: a) aparente motivación, b) insuficiente motivación; y c) defectuosa motivación propiamente dicha".

[77] GHIRARDI, O.; *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, pág. 90.
[78] GHIRARDI, O.; *Lógica del proceso judicial*, Córdoba, Lerner, 1987, pág. 115.

VI. A modo de cierre reflexivo

De esta manera, hemos querido presentar unos pocos ejes centrales del pensamiento de Olsen Antonio Ghirardi y que creemos que son por demás demostrativos de varias cuestiones que se vinculan en lo profundo con el tema siempre actual del razonamiento forense. Ello es:

1.- Ghirardi nunca se interesó por quedar enrolado en lo que, desde finales de los años 80 del siglo pasado, iba a ser configurativo de la teoría de la argumentación jurídica estándar.

2.- Ghirardi no ignoraba los autores extranjeros que internacionalmente ocupaban las plazas más relevantes en la materia de la argumentación jurídica; sin embargo, su distancia era notable, porque Ghirardi escribía para encontrar por vía de sus aportes desde la iusfilosofía, elementos que sirvieran para un mejor ejercicio profesional y cuidado de las prácticas de los jueces cuando toman decisiones.

3.- Ghirardi ejercitó y disfrutó plenamente la vida forense; ello le hizo comprender en manera definitiva, que si los abogados no conocen la manera adecuada de utilizar los argumentos retóricos, como también un menudo aparato conceptual de la lógica formal, difícilmente podrán ejercer una práctica profesional completa.

4.- Ghirardi logró potenciar un concepto ya conocido, pero no del todo desarrollado como es, de "control de logicidad" y, desde allí, hacer una aporte original bajo la idea de controlar los juicios prácticos que se hacen en el razonamiento forense para con ello, evitar los errores in cogitando.

Finalmente, hay que decir, que si bien Olsen A. Ghirardi nunca fue citado por autores como Robert Alexy, Neil MacCormick o incluso Manuel Atienza, pues su triunfo estaba en otro lado, en el ámbito de la provincia de Córdoba, donde ejercía su profesión de abogado y donde cumplió por décadas su actividad universitaria.

Abogados y jueces, hasta este mismo momento, bien saben, que cuando es la hora de plantear o defender una casación, el primer manual a consultar, es definitivamente algunas de las escolares obras del querido Maestro Olsen Antonio Ghirardi.

HOMENAJE A LOS 20 AÑOS DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994 Y A LOS CONSTITUYENTES POR CÓRDOBA

Palabras pronunciadas por el Sr. Presidente de la Academia Nacional, Dr. Juan Carlos Palmero, con fecha 15 de agosto de 2014.

A instancias del Instituto del Federalismo de esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y, por iniciativa de su laborioso Director, el Dr. Antonio María Hernández nos reunimos hoy en sesión pública para rendir solemne homenaje a la Reforma de 1994 introducida a la Constitución histórica de 1853/60, juntamente con el conjunto de diputados constituyentes que representaron digna y exitosamente a nuestra Provincia de Córdoba en tan importante acontecimiento.

Han pasado veinte años de aquella magna decisión y consideramos sin la menor hesitación, que constituyó uno de los acontecimientos de mayor trascendencia en la historia institucional de nuestro país, mereciendo por lo tanto, este recuerdo que resume sentimientos compartidos en esta Corporación, tanto de admiración, como así de agradecimiento a todos aquellos que la hicieron posible que hoy queremos exteriorizar a través de este sentido reconocimiento.

En un país que ha padecido desde sus mismos comienzos, de innumerables gobiernos de facto o dictatoriales -debido a los más diversos motivos o circunstancias que no es el caso profundizar-, resulta un deber ineludible de esta Academia realimentar la memoria colectiva respecto de la importancia que reviste para un pueblo la disposición de una Constitución legítima y actualizada, como punto de unión y sustento de todo su andamiaje legal y declaración de todas las garantías y libertades de los individuos frente al Estado.

Desde los lejanos tiempos cuando los barones ingleses un 15 de julio de 1215 y en los Prados del Río Támesis, arrancaron a Juan sin Tierra el reconocimiento de sus derechos y fijaron los límites del poder soberano, el proceso del constitucionalismo moderno se resume en el viejo vocablo de la lengua inglesa "*compromise*", que significa "pacto de convivencia de los ciudadanos con sus gobernantes y de ellos entre sí", sin el cual todo intento racional de sancionar una legítima y jerárquica pirámide normativa termina careciendo de sustento, como el edificio que padece una falla esencial de sus cimientos como apoyatura central de su construcción arquitectónica.

"*Compromiso*" y "*sustentabilidad normativa*" parecen ser los paradigmas sin los cuales resulta imposible una convivencia civilizada, donde cada uno sepa con seguridad donde comienzan sus derechos y los valladares que disponen sus deberes, equilibrio que solo el Estado de Derecho puede lograr, como único instrumento de paz y armonía social.

Convenga quizás -profundizando un poco estas observaciones objetivas de nuestra historia-, recordar que Argentina recorrió los caminos de la historia durante muchas décadas padeciendo con frecuencia el flagelo de la incertidumbre acerca de estos "*compromisos*" o "acuerdos de convivencia" entre sus habitantes, circunstancia que produjo no solo violencia, conflictos, guerras y padecimientos personales y sociales, sino que significó estar inmersos en un verdadero tembladeral de sus cimientos institucionales que transformaba en inocuos todos los esfuerzos de superación o reparación de tales situaciones.

Sin retroceder demasiado en el tiempo, baste recordar que la Convención Constituyente, si se quiere fundante de la Constitución histórica de 1853, sufrió desde sus mismos inicios, el traumático desgarro de la Provincia de Buenos Aires, hasta que los protagonistas de tan absurdo antagonismo tomaron conciencia de los problemas que se inferían de esta división, y de esta manera, restablecieran la unión nacional a través de la reforma del año 1860.

En 1949, como consecuencia de un agudo enfrentamiento político de la sociedad, que se proyectó sobre diversas concepciones respecto al régimen legal aplicable para instalar el procedimiento constitucional que declarara "*necesidad de la reforma*", entramos en otro largo período en el cual no era posible afirmar que ese "*compromiso*" que subyace a toda norma fundamental, fuese compartido por la unanimidad de los argentinos, provocándose una suerte de "*esquizofrenia constitucional*", experiencia lamentable que nunca quisiéramos que nuestro país volviera a vivir tales padecimientos.

Luego, su derogación por decreto, efectuada por el Gobierno de facto en 1956 y a renglón seguido, el llamado a una Convención Constituyente dentro de un marco de circunstancias políticas excepcionales, que pusieron en tela de juicio la representatividad universal de quienes participaron en ella, restablecieron -con algunas modificaciones-, el viejo texto histórico, pero quedó siempre la herida institucional que afectaba justa-

mente, el necesario "*compromiso*" o "*pacto de convivencia*" de toda la Nación.

Con estas breves consideraciones iniciales, cabe rápidamente una primera reflexión: más allá de las virtudes o defectos que puedan atribuirse a la Reforma de 1994, lo cierto es que ella -ahora sin la menor duda-, puso fin a ese largo período histórico que introducía dubitaciones y puntos de vista contradictorios, nada menos que respecto de la legitimidad de la vigencia histórica de su texto, problema que como hemos visto, reviste una importancia significativa y esencial para la construcción de cualquier sistema jurídico serio.

Llama la atención que el juicio histórico efectuado hasta la fecha y lo que resulta más grave aún, la opinión de muchos ciudadanos y juristas de notoriedad, recuerden a esta Reforma por cuestiones intrascendentes o menores, más o menos importantes o posiciones técnicas en uno u otro sentido, pero lo que nadie inexplicablemente proclama -y de esto no queda la menor duda-, es que a partir de esa Convención Constituyente quedó zanjado para siempre toda suerte de divisionismo o incertidumbre respecto de la legitimación institucional del texto vigente hasta ese momento.

Bastaría el haber cumplido solamente este inestimable servicio a la sustentabilidad normativa del país, para que todos los argentinos rindamos merecidamente este homenaje, que como decimos, puso fin o concluyó en forma definitiva, una etapa de cuestionamientos o discusiones acerca de la legitimidad constitucional de la Nación.

Por su inestimable tarea, volvimos a tener cimientos sólidos, superamos la discordia expresa o tácita acerca de su validez institucional antes aludida y no quedó compatriota alguno capaz de cuestionar nada menos que su cualidad legal de norma fundante, o grönen ogna en el decir de Hans Kelsen respecto del sistema legal de nuestra Nación.

Vaya entonces a este memorable y afortunado acontecimiento de nuestra historia, y también a todos y cada uno de Uds. aquí presentes que lo hicieron posible, este sentimiento de gratitud y reconocimiento que le debemos todos los argentinos, por habernos permitido superar tan difícil como traumática situación para bien y restablecimiento de la unidad del pueblo argentino.

El gran filósofo del derecho Giorgio del Vecchio -del que tuvimos el honor de escuchar sus últimas lecciones en la Universitá Pro Deo-, decía siempre que cuando los hombres llegan a tener conocimiento personal de situaciones de interés general no deben guardar silencio, sino hacerlas conocer como verdaderos "*testigos de la verdad*", algo así como si se tratase de una suerte de misión que emana de una responsabilidad social.

Por estas circunstancias, es que aprovecharemos esta oportunidad para relatar ante Uds. una de esas verdades que quizás puedan llegar a gravitar -especialmente en el ánimo de los escépticos o críticos de esta Reforma-, para mostrarles otra perspectiva o panorama con la cual apreciar estas particulares circunstancias de la historia reciente.

Transcurría el año 1994 -no podemos recordar la fecha con precisión-, pero lo cierto es que el Presidente Menen, que para ese entonces todavía conservaba un considerable caudal político aprobatorio de su mandato, anuncia el firme propósito de reformar la Constitución Nacional, que según las condiciones de ese momento, le iba resultar muy difícil lograrlo a la luz de las mayorías requeridas para poner en movimiento este proceso para el logro de su objetivo.

La opinión pública entendió este anuncio exclusivamente como la necesidad de levantar la prohibición de la reelección presidencial, luego de haber cumplido un período legal de seis años de mandato y fue, entonces, en torno a esta cuestión que se produjo un formidable debate en el país de quienes estaban en una u otra posición, absorbiendo prácticamente toda otra cuestión o necesidad que hubiese parecido razonable.

Córdoba, obviamente, no fue la excepción y la gran mayoría de los que militábamos en el partido opositor, entendíamos que habilitar la posibilidad de permitir al Gobierno continuar con su intento reformista, iba a ser entendido como una claudicación para con nuestro electorado y coincidentemente, provocaríamos una nueva y gran frustración política a quienes no simpatizaban con ese gobierno.

La temperatura social se elevó a niveles inusitados y, cuando trascendió públicamente las conversaciones mantenidas con el ex Presidente Alfonsín, provocó un estrépito tan elevado que hasta algunos de más exaltados propiciaran el sismo partidario, por lo que se consideraba el más tremendo error político del siglo, pues era evidentemente -como así ocurrió en definitiva-, que se dejaba un espacio vacío que sería ocupado

por otra fuerza que asumiera esas banderas, con grave perjuicio para quienes participaran del acuerdo.

En esas dramáticas circunstancias, el entonces Gobernador Eduardo Angeloz viaja a Buenos Aires y mantiene una larga entrevista con el Dr. Raúl Alfonsín, para hacerle conocer precisamente este estado de ánimo generalizado y resistencia casi unánime a cualquier decisión que implicase un acuerdo que facilitase el proyecto reformista del Presidente, como así la firme determinación de los cordobeses de permanecer absolutamente intransigentes a toda forma de entendimiento que habilitase la reelección.

Cuando el Gobernador regresa de su misión, efectúa una amplia reunión a la que asistieron gran cantidad de funcionarios y operadores políticos, en la cual relata y reproduce casi textualmente la explicación que le diera el ex Presidente Alfonsín, versión corta y precisa, pero que actuó como si fuese un poderosísimo matafuego, capaz de apagar todos los incendios y reclamos, como así ese estado de furia política pocas veces vista en las filas de este centenario partido.

¿Cuál fueron los argumentos capaces de generar semejantes efectos de apaciguamiento colectivo en forma instantánea?

Alfonsín explicó que Menem estaba dispuesto a llevar adelante este proceso, no solo apoyado sobre su propia fuerza electoral, sino que utilizaría todas los recursos que fuesen menester con esa finalidad, desde la consulta popular, hasta otras acciones que seguramente iban a despertar nuevamente, una gran discordia nacional.

Frente a este panorama, -dijo Alfonsín- había dos opciones: o volver a nuestro pasado de incertidumbre constitucional, por el que padecimos durante muchas décadas o de lo contrario, aprovechar esta oportunidad para acomodar la Constitución Histórica a los requerimientos de cambio y modernidad que exigían las nuevas modalidades la vida política e individual de la Nación.

La decisión fue -dijo el Dr. Alfonsín- evitar caer nuevamente en esa patología institucional, que fractura la convivencia y el diálogo racional, experiencia traumática a la que no está dispuesto revivir y por lo cual, había que ponerse a trabajar con las mejores mentes y juristas de esta fuerza política para superar la encrucijada en forma positiva, actualizando la Carta Magna, para profundizar la participación democrática y al mismo tiempo, evitar un regreso a las andanzas de siempre.

Las razones fueron sencillas, pero absolutamente comprensibles y convincentes para la integridad de los asistentes, de forma tal que desaparecieron todos los reclamos y rápidamente comprendimos en su total magnitud, el valor personal y coraje moral -sobre las bases de una ética de la responsabilidad- del leader, frente a la necesidad de adoptar una decisión extremadamente difícil, pero beneficiosa para el país y que seguramente la historia la reconocería como la decisión de un experimentado estadista.

Lamentablemente, estos argumentos que comprendimos rápidamente los que tenemos alguna experiencia en este tipo de problemas, no ocurrió lo mismo en la sociedad, la que todavía en muchos sectores efectúa una lectura minúscula, pequeña y encerrada en una dialéctica de la mezquindad, que solo interpreta estas acciones desde una perspectiva semejante a la celebración de un negocio de tipo patrimonial, donde cada una de las partes recibe una contraprestación recíproca y equivalente por parte de la otra, como así que el que el promotor del cambio a las resultas salió con la suya y obtuvo la posibilidad de gobernar por cuatro años más.

De estas ideas centrales, salieron el llamado "*Núcleo de coincidencias básicas para la reforma de la Constitución*", en el cual representantes y especialistas en Derecho Público de ambas agrupaciones políticas pusieron lo mejor de sus intenciones y conocimientos para trabajar sobre varios ejes fundamentales: atenuación del presidencialismo; reforzamiento y modernización del congreso; independencia del Poder Judicial, reforzamiento de las mecánicas de descentralización como la consolidación del Federalismo y la autonomía municipal y, por último, vinculación de la República con los grandes tratados internacionales de validez universal que fueron luego incorporados "*ad corpus*" por el art. 77 inc. 22 de la Constitución actual.

Avanzar en esta exposición sobre cuestiones eminentemente técnicas o extendernos en detalle sobre ellas implicaría no solo apartarnos del cometido de un discurso inaugural de ofrecimiento del homenaje, sino que seguramente van a ser tratados con muchísimo más prolijidad, profundidad y cuidado por los otros expositores durante el desarrollo de esta jornada, de modo que omitiremos invadir espacios que no corresponden.

Ello no obstante, y tentado de repetir el ejercicio de esta suerte de "*derecho al testimonio propio*", relataremos otra anécdota que explica al menos, los motivos que indujeron a la incorporación de unas de las normas que apuntaron la atemperación del hiper presidencialismo, aunque luego la experiencia demostrara que no ha logrado todos los resultados esperados al momento de su sanción.

En los primeros meses del año 1984, es decir, cuando se había cumplido un breve período de gobierno una vez restablecida la democracia en el país, vino a visitar Córdoba el entonces Presidente Alfonsín.

Huelga agregar el grado de efervescencia que vivía la ciudad, porque se trataba de una de las primeras visitas que efectuara a nuestra ciudad; todo ello en un momento especialmente favorable para quien presidía el primer Gobierno luego del retorno al Estado de Derecho.

A medio día, el Gobernador Angeloz ofrece un almuerzo muy reducido, donde asistimos no más de cuatro o cinco personas, entre funcionarios provinciales y amigos del Presidente, circunstancia que permitió desarrollar la reunión en un ambiente reservado y dentro de un ámbito de absoluta cordialidad.

En esa oportunidad, nos llamó a todos los presentes un comentario muy particular del Presidente Alfonsín, refiriéndose obviamente a sus experiencias y sentimientos que experimentaba con su nuevo rol de dirigir los destinos de la República en una circunstancia especialmente delicada de nuestra historia institucional.

En un momento de la conversación, expresó que "*sentía una excesiva responsabilidad individual, como para poder ser afrontada poder por una sola persona*", aún con todo el entrenamiento y preparación que le había dado su larga y proficua trayectoria política de muchísimos años.

Y agregó: "*en un futuro se tendrá que pensar en herramientas legales que establezcan una morigeración de las exigencias que deben afrontar en la actualidad un Presidente*", que por momentos, superan cualquier esfuerzo que pueda brindarse a este respecto.

Por último, como reflexionando para consigo mismo, concluyó su pensamiento: "*quizás la creación de una jefatura de gabinete podría descentralizar y alivianar las tarea administrativas de gobierno, que permitirán al Presidente ocuparse con mayor dedicación a las cuestiones que hacen o repercuten de manera directa en el interés general*".

No hace falta abundar en consideraciones para advertir que estas ideas y sensaciones, se tradujeron luego en un tópico del núcleo de coincidencias básicas", y con la incorporación del art. que habilita la Jefatura de Gabinete, se ha logrado avanzar, aunque quizás aún quede mucho pendiente y por hacer en el futuro para encontrar una solucionar definitiva a esta espinosa cuestión.

Señores:

La Academia Nacional de Derecho de Córdoba quiere expresarles nuestra satisfacción por haber podido compartir con Uds. el justo homenaje que merecen aquellos acontecimientos que han servido -en nuestra historia reciente-, para la consolidación definitiva y para siempre del Estado de Derecho, tantas veces vulnerado, desconocido o subvertido por situaciones de violencia institucional o gobiernos de facto.

¿Qué otra celebración, que no fuese las que hoy nos congrega, podría ser más apropiada para efectuar un recordatorio de esta Corporación, cuyos objetivos consisten precisamente, en el estudio y consolidación de las leyes y entre ellas, nada menos, que la de nuestra histórica Constitución Nacional?

En este acto, destacamos con el mayor de los entusiasmos la significación y trascendencia de este acontecimiento de nuestra vida institucional como país, se hará entrega de sendos diplomas a cada uno del diputados que representaron a la Provincia de Córdoba en la Convención de 1994 -o a sus familiares, cuando no sea posible hacerlo personalmente-, cuyo significado exterioriza y expresa toda la admiración, reconocimiento y gratitud por las patrióticas funciones cumplidas y el haber sido capaces de profundizar nuestro Estado de Derecho, y la legitimación constitucional de la República para siempre. Muchas gracias.

RECENSIONES

Raspall, Miguel Ángel-Raspall, María Laura. Derecho concursal de la empresa, colaboradora Débora Taborda, 2 tomos, 404 y 424 págs., Ed. Astrea, Buenos Aires, julio de 2014, con prólogo de Ariel Ángel Dasso.

1. El inquieto y formado jurista rosarino Miguel Ángel Raspall, acompañado por su prometedora hija María Laura, cuya capacidad ya se mostró en algunos Congresos y Jornadas, presenta un inquietante libro sobre el "Derecho Concursal" en torno a la "empresa". El título entona la directriz de la obra. Debemos agradecer la cálida dedicatoria de nuestro amigo Miguel que, como es de costumbre, impuso la rápida lectura del jugoso contenido de los dos tomos y la necesidad de exponer públicamente nuestra impresión en una breve reseña.

Ese prólogo de Dasso, deslumbrante, encomía la enjundia del jurista y los principios del derecho concursal en vertiginoso cambio. Marca los fundamentos del nuevo sistema procedimental, su tendencia a la desjudicialización, y nosotros que admiramos a Dasso, pero le reprochamos que no tenga en cuenta que el concurso preventivo es la última ratio para afrontar la crisis de una sociedad, que acepta es la forma de darse la empresa, que ha apuntado nuestra Corte en el caso Comercial del Plata. La magnífica presentación que hace de la obra de los Raspall, incitando a su lectura -lo que hemos hecho de inmediato-, acota que la obra es de "Derecho Concursal", no de un derecho preconcursal contenido en la legislación societaria en la escuela que integramos.

Justamente, el jurista pensante, ilustrado, ágil de inteligencia y argumentos Miguel Ángel Raspall, también prologa la obra con sus llamadas "Palabras preliminares", donde apunta a una reforma del sistema concursal, distinguiendo entre el de los individuos, incluso empresario, del concurso de la empresa, calificando al actual como "ingenuo e ineficiente frente a la actitud de los deudores", centrando interés en los concursos reestructurativos, reorganizativos o rehabilitatorios, los que se apoyan en un plan de saneamiento de la empresa.

2. En ese eje, abundan los Raspall en el capítulo I sobre la empresa, destacando: "De este modo se ve claramente que la sociedad es el medio técnico legal apto, idóneo y apropiado para el desarrollo de la actividad empresarial de modo plural. La legislación societaria provee la estructura

normativa de la empresa, el ropaje jurídico dentro del cual se va a desenvolver", apunta también a la actividad como manifestación empresaria, al interés público imperante y a la magnitud del desarrollo empresario pues: "Baracat sostiene igualmente que las grandes empresas no quiebran y que lo que se conoce como derecho concursal es una rama del derecho que tiene como última recipiendaria a la medida y pequeña empresa, con el fin de protegerla y ayudarla a sobrevivir", continuando luego sobre la apreciación de crisis para delimitar lo que trataran o sea el derecho concursal, "No siendo el cometido de esta obra desarrollar todas estas alternativas", entre las que señalan las "intrasocietarias", entre las que marcan muchas acciones como la de capitalizar y las "extrasocietarias". Apuntan, luego, a la separación de la empresa y el empresario, la conservación de la empresa, viable y no viable, para concluir "los costos y las pérdidas siempre se trasladan a alguien".

El cap. 2 ya se centra en el concurso de la empresa con su consideración histórica y los tipos de concursos, liquidativos y diversas formas de conservativos, y la especialización por actividad o magnitud. La jurisdicción concursal, donde se informa sobre "Acuerdos privados" y sus efectos, recordando su introducción en nuestro país en el año 1983 y su relativa oponibilidad. Destaca la actividad de mediadores o negociadores dentro y fuera del proceso concursal, recordando las palabras de Lorente: "que considerar que todo lo regulado en la ley concursal es de orden público, es una peligrosa exageración", mostrando los logros en grandes reorganizaciones en U.S.A. Sigue el capítulo, mostrando el "interés comprometido" en los concursos de empresas, refiriendo -como en todos los comentarios- el derecho comparado y su evolución hacia lo publicístico, señalándose lo "irrito y predatorio" de los acuerdos en nuestro país, que parecería ir acotando la justicia a través de la prohibición de homologar acuerdos abusivos o en fraude a la ley, postulando un "campo" equilibrado frente al conflicto de intereses basados en la eficiencia para el desarrollo de la empresa "saneada y viable". Concluyen con el interés y defensa del trabajador y su crédito.

El cap. 3 se refiere al concurso reorganizativo. Cuando hemos terminado de leer los dos tomos, entendemos que este capítulo, muy extenso que cierra el primer tomo se corresponde al corazón de la obra y a la ideología de Miguel Raspall. Los autores recorren una temática vasta,

vinculada a la "estrella polar" de la reorganización de la sociedad -empresa- viable -terminología que prefiere-, o a la reestructuración del pasivo "que lo determina la capacidad de pago real de la empresa, tanto como sea capaz de devolver a los acreedores, sin hacer peligrar la continuación de la actividad", conforme a un "plan de reorganización", embanderándose en el criterio de Stefania Pacchi, "considerando que en el centro de esta actividad hay una empresa, aunque insolvente y fallida, en la cual se agitan intereses diversos que esperan protección, surge el problema de entender cuáles son los personajes que conducen el juego y quién controla el respeto de las reglas para que los más débiles no sean atropellados por los más fuertes, refiriéndose al tratamiento paritario de los acreedores y su categorización. Marcan muy bien las diferencias entre el proceso reorganizativo que conciben y nuestro sistema, con continuas pinceladas de derecho comparado, los sistemas a alerta tempranos, marcando que "Indiscutiblemente, cuando se trataba del comercial o del empresario individual, el presupuesto objetivo era la insolvencia (pasivo superior al activo) o la cesación de pagos, mostrada como una situación consolidada, hablándose de estado de cesación de pagos. Posteriormente, la aparición de la empresa…llevaron a las fórmulas actuales, anticipatorias de la insolvencia", lo que impone hablar de plazos para la apertura del proceso, en muchos derechos acotado a términos perentorios de producida la insolvencia, proponiendo incentivos para la actuación temprana y dedicándose al asistencialismo estatal antes los intereses comprometidos, e insistiendo sobre la necesidad del plan de empresa o de reorganización, y poniendo el acento en la necesidad de control mirando el rol de nuestra sindicatura, cuya reforma propician, completando con una visión crítica de los comités de acreedores, las posibilidades de desplazamiento de la administración, para inmediatamente asumir la "Disponibilidad del proceso por el juez", el "caso de que el deudor siga trabajando a pérdidas, el juez pueda suspender la actividad y transformar el proceso…", continuando con la negociación de la propuesta con "un método disgregado", "La viabilidad de la empresa no puede ser tomada como una mera enunciación vacía…", insistiendo en el eje del plan de reorganización -lo que hacen acertada y repetitivamente-, marcando posibilidades de intervención del comité o de terceros. Tratan las quitas conjuntamente con la "tercera vía" dentro de las clásicas visiones de la

doctrina concursalista, y "los abusos en el uso de la transferencia de derechos para poder modificar la conformación de las mayorías", la situación del acreedor dominante, los créditos subordinados y las diferencias entre la general y la especial, la imposición del acuerdo a disidentes, y algún escepticismo ante su vocación de ser "importante que exista control de la evolución económica-financiera de la empresa y, por ende, el seguimiento del desarrollo del plan, con posterioridad a haber alcanzado el acuerdo y la homologación". En relación al "plan", recuerdan su incorporación a nuestra legislación por el "art. 125 de la Ley N° 22.917". En su visión, llegan a la continuación del giro por terceros, incluso con y por los trabajadores. Ya finalizando este completo capítulo, se acercan a la "Protección de la empresa en concurso" con el difícil crédito postconcursal. Concluyen con la responsabilidad de administradores y socios en los procesos reorganizativos, donde casi por primera vez hacen referencia al derecho societario en cuanto "tiene reguladas desde siempre las acciones de responsabilidad social y las acciones de socios y terceros contra los administradores sociales y en algunos casos contra los mismos socios limitados", claro que señalando que no se promueven frente a los concursos preventivos alcanzado el acuerdo y solo regulado en la quiebra, haciendo una interpretación intermedia del informe del síndico respecto a los aportes de los socios, haciendo alguna referencia a nuestra posición hace 5 años, ya evolucionada. Los autores propugnan en sus conclusiones un análisis riguroso y un sistema "bien diseñado y efectivo" como "valioso incentivo para el mantenimiento de altos estándares de administración empresaria", haciendo suyo informe del Banco Mundial.

3. El tomo II se inicia con los "Concursos especiales", el del conjunto económico uniendo las vicisitudes de varias personas, que tenga exteriorización frente a los acreedores, con "unidad de decisión", recorriendo el derecho comparado y, recalando en el nuestro, se afirma: "Desde la presentación grupal en adelante, y aún luego de la homologación del acuerdo con propuesta única, cada sujeto (cada empresa) continúa su actividad en forma independiente de las otras empresas. Luego, cada persona del agrupamiento debe pagar su propio pasivo (concursal y el resultado del giro) y queda, además, obligado indirectamente por las consecuencias que se deriva, a enfrentar un pasivo eventual que resulta

de la posibilidad de que alguna de las otras personas que integran el grupo no paguen las obligaciones que resultan del acuerdo, bajo sanción de considerarse que de no hacerlo, todo el grupo está en impotencia por la imposibilidad de cumplir en auxilio de uno de los integrantes y que se declare la quiebra de todos". Señalan que no se advierte el uso del acuerdo consolidado. Los intereses de deudor y acreedores en esta etapa se encuentran en área privada, reservada. Apuntan los Raspall -pág. 89-: "De suyo, estos acuerdos privados, para que puedan constituirse y alcanzar las conformidades, requieran de la buena fe negocial y toda violación a ella debe ser sancionada. En realidad, solo las grandes empresas o las Pymes bien organizadas (con sistemas contables confiables, cuadros económicos, financieros y de resultados llevados de modo mensual o trimestral y balances regularmente cerrados) deberán estar en condiciones de lograr que los acreedores le den conformidad a las propuestas en este margo desregulado, porque la confianza y credibilidad de la situación y de su exposición es la base de ellos".

Repasan el sistema de "pequeños concursos", dentro de los especiales, para seguir con los "Acuerdos de reorganización privados o extrajudiciales", como "modos privados de autocomposición, que es una manera de privatizar la solución de las crisis empresarias. Se trata de un regreso al privatismo-voluntarismo, pero con acuerdos que se gestionan y alcanzan fuera del marco jurisdiccional (workout), aún cuando una vez alcanzados, estos puedan ser presentados a la jurisdicción para lograr la oponibilidad a todos los acreedores de la clase", recordando la Declaración de INSOL de Método de Abordaje a los Acuerdos Extrajudiciales con Acreedores Múltiples de que: "cuando un deudor se halla en dificultades financieras, todos los acreedores importantes deben estar preparadores para cooperar entre sí para dar suficiente (aunque limitado) tiempo (un standsstill period, período de espera) al deudor para que la información acerca del deudor sea obtenida y evaluada y para que las propuestas a fin de resolver sus dificultades sea obtenida y evaluada y para que las propuestas a fin de resolver sus dificultades financieras sean formuladas y evaluadas, salvo que tal curso de acción sea inapropiado en el caso particular" (principio primero), y "Los intereses de los acreedores importantes se encuentran mejor protegidos al coordinar su respuesta al deudor" (principio cuarto). Marcan para la legislación nacional que

"el presupuesto objetivo o material amplio, receptando la cesación de pagos o las dificultades económico-financieras de carácter general…la homologación produce efectos concursales plenos". Apuntan los Raspall a pág. 89: "De suyo, estos acuerdos privados, para que puedan constituirse y alcanzar las conformidades, requieran de la buena fe negocial y toda violación a ella debe ser sancionada. En realidad, solo las grandes empresas o las Pymes bien organizadas (con sistemas contables confiables, cuadros económicos, financieros y de resultados llevados de modo mensual o trimestral y balances regularmente cerrados) deberán estar en condiciones de lograr que los acreedores le den conformidad a las propuestas en este margo desregulado, porque la confianza y credibilidad de la situación y de su exposición es la base de ellos", recordando "que los acuerdos preventivos extrajudiciales admiten la preinsolvencia o la insolvencia inminente como presupuesto objetivo, pues permiten que estos procesos puedan abrirse aún antes de encontrarse en cesación de pagos". La reseña del derecho comparado es, como en todos los aspectos, muy cuidadosa.

El cap. V trata el "Concurso liquidativo", bajo la óptica de que no es deseable por la pérdida de valor para la economía y la afectación de puestos de trabajo, abordándolo desde las vías de acceso, legitimados, realización de bienes, donde apuntan a la conveniencia del plan incluso para la liquidación con referencias comparatistas, para culminar con la conservación de la empresa como fin, por diferentes técnicas jurídicas. Culmina el capítulo con un breve análisis del régimen sancionatorio. El último capítulo está dedicado a la "Insolvencia fronteriza" que inquieta en los últimos años por los emprendimientos de la globalización, con reconocimiento de los procesos incoados en el extranjero en los países donde existen bienes, y respecto a situaciones en que la legislación argentina "ha quedado sumamente desactualizada".

4. Además de los correspondientes y completos índices, cierran la edición con la "bibliografía", referencia importante, particularmente para los investigadores.

5. Un libro impactante por la ilustración en derecho comparado y su continuo análisis al lado de las normas locales, iluminado por la posición

doctrinaria de los autores, destinada a que las crisis de empresas (sociedades) sean entendidas tempestivamente, en forma reorganizativa conforme un plan formalizado por sus propias autoridades. O sea anticipatoriamente tratar la preinsolvencia o la amenaza de insolvencia. Excelente posición dentro de la doctrina concursalista que suele no cuestionar la realidad de nuestros concursos que importan normalmente un negocio para los propietarios de la concursada, a través de quitas y esperas. Reiteramos: tratan la preinsolvencia, o sea que no se trata la insolvencia o sea la pérdida del capital social -como la definen- , o de su 50%, que tienen atención definida en las leyes societarias de todo el mundo, y particularmente en la nuestra. Sería interesante que, en una futura segunda edición, que sin duda la habrá, los autores aborden el tema de las previsiones "preconcursales" contenidas en esa legislación específica, normalmente aplicables en todos los casos del concurso para excluir quitas, por lo menos abusivas cuando no en fraude a la ley, y previsiones de responsabilidad para administradores y socios a partir de la función de garantía del capital social. Como es público y notorio, esta es la posición que sostenemos desde hace unos cuantos años.

Imposible reflejar en estas pocas líneas la riqueza del contenido, por lo que aconsejamos fervientemente su lectura. Nosotros hemos aprendido, y mucho…, lo que agradecemos a los autores; Miguel Raspall engendró en su hija la vocación que lo enfervoriza… No dudamos de que tanto el tratadista o el profesional, sea de las ciencias económicas -contabilidad o administración- y jurídicas sacaran mucho provecho de las enseñanzas de los ilustrados autores.

Índice

EXPOSICIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO.....5

Distorsión institucional para emprendimientos productivos (privatizaciones, abusos financieros y concursales avalados por los poderes públicos: aspectos interdisciplinarios)
RICHARD, EFRAÍN H.....7

20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino
HERNÁNDEZ, ANTONIO M.....21

El patrimonio de las organizaciones sindicales de trabajadores
ALTAMIRA GIGENA, RAÚL.....69

La nueva Ley de responsabilidad del estado y del funcionario
ALTAMIRA GIGENA, JULIO I.....89

INCORPORACIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES NACIONALES.....113

Palabras de recepción de la académica correspondiente en Corrientes
GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M.R.....115

El desafío ambiental del siglo XXI: la aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine
GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M.R.....115

Palabras de recepción del académico correspondiente en Tucumán
DÍAZ RICCI, SERGIO M.....143

Las mutaciones constitucionales
DÍAZ RICCI, SERGIO M.....151

Palabras de recepción del académico correspondiente en San Francisco
PERRACCHIONE, MARIO C.....173

El razonamiento lógico y legal del juez
Perracchione, Mario C.....181

Palabras de recepción del académico correspondiente en Chubut
La influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno
Carranza Latrubesse, Gustavo.....199

INCORPORACIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS.....253

Palabras de recepción del académico correspondiente en España
Colomer Viadel, Antonio.....255

La crisis del Estado en el siglo XXI y la reformulación del Estado de Derecho en la actual integración supranacional
Colomer Viadel, Antonio.....261

Palabras de recepción del académico correspondiente en Cuba
La negativa de atención o alimentos al causante como causal de incapacidad para suceder (rectius inhabilitación o exclusión sucesoria)
Pérez Gallardo, Leonardo.....289

Palabras de recepción del académico correspondiente en Senegal
Modernidad del acuerdo contractual: Límites de los instrumentos de regulación legislativa y jurisprudencial de las nuevas relaciones sociales frente a los cambios tecnológicos y al mestizaje de ideas, costumbres y culturas-Espacio al Contrato
Sedar Senghor, Daniel.....341

Palabras de recepción del académico correspondiente en Brasil
Figueiredo, Marcelo.....351

O papel do Supremo Tribunal Federal no Brasil. Casos polêmicos recentes
Figueiredo, Marcelo.....361

Palabras de recepción del académico correspondiente en Perú
Castillo Freyre, Mario.....381

¿Cuándo se debe modificar un Código Civil?
Castillo Freyre, Mario.....387

Palabras de recepción del académico correspondiente en España
Martínez Torrón, Javier.....407

La neutralidad religiosa del Estado
Martínez Torrón, Javier.....417

Palabras de recepción del académico correspondiente en Perú
Espinoza Espinoza, Juan.....449

La responsabilidad civil pre contractual
Espinoza Espinoza, Juan.....455

Palabras de recepción del académico correspondiente en España
La regulación de los alimentos transgénicos. La normativa de transgénicos desde la perspectiva europea de interés para Argentina
Bello Janeiro, Domingo.....533

HOMENAJES.....571

Acto de homenaje in memoriam al ex académico de número Dr. Olsen Antonio Ghirardi
Palabras pronunciadas por el Sr. Director del Instituto de Filosofía del Derecho, Dr. Armando S. Andruet (h) en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, con fecha 20 de mayo de 2014.
Olsen Antonio Ghirardi - Algunos aspectos centrales de su pensamiento y obra jurídica.....573

Homenaje a los 20 años de la Reforma de la Constitución Nacional de 1994 y a los constituyentes por Córdoba
Palabras pronunciadas por el Sr. Presidente de la Academia Nacional, Dr. Juan Carlos Palmero, con fecha 15 de agosto de 2014.....617

RECENSIONES.....627