

ANALES

DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TOMO LI
AÑO ACADÉMICO 2012

ISSN 0325-5425

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA

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

Queda hecho el depósito que marca la ley

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES
(Período 2010 - 2013)*

JUAN CARLOS PALMERO
Presidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Vicepresidente

JORGE DE LA RÚA
Secretario

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Tesorero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Director de Publicaciones

HÉCTOR BELISARIO VILLEGAS
Revisor de Cuentas

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

Presidentes Honorarios

OLSEN A. GHIRARDI

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

Para mayor información institucional de la
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
visitar *www.acaderc.org.ar*

**EXPOSICIONES
DE
ACADÉMICOS**

DERECHO Y NEUROCIENCIA ¹

por JUAN CARLOS PALMERO ²

SUMARIO: I. Introducción. II. Avances científicos y su influencia en el derecho. III. La neurociencia y su formidable desarrollo. IV. La neurociencia y el avance de la aparatología moderna. V. Aspectos más relevantes del cerebro. VI. Confluencia de neurociencia y derecho. VII. Proyección de la neurociencia sobre el derecho. 1. Detector de mentiras. 2. El problema de la imputabilidad de los sicópatas. 3. Reabre la discusión en el derecho penal entre la escuela clásica y la positivista. 4. La neurociencia y el concepto de muerte como fin de la persona humana. 5. La neurociencia y su influencia en la regulación de la capacidad de obrar progresiva. mediante una mejor caracterización de los estados fronterizos. 6. Neurociencias e intimidad.

I. Introducción

Quisiera expresar nuestro especial agradecimiento a los miembros del Secretariado Permanente de la Conferencia de Academias Iberoamericanas de Derecho por habernos confiado la responsabilidad de formular este trabajo, sobre un tópico particularmente novedoso y difícil, cuyo contenido es factible encontrar más en el futuro que en el pasado, circunstancia que lo transforma en un verdadero desafío que esperamos asumir de la mejor manera posible para cumplir adecuadamente tan ambicioso cometido.

¹ El presente texto constituyó la base del documento de relatoría del tópico “Derecho y Neurociencia” en el VIII Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho que se celebrara del 21 al 24 de octubre de 2012 en Santiago de Chile.

² Académico de número y presidente de la Academia.

Cabe igualmente destacar el inestimable esfuerzo, profesionalidad y eficacia puestos por la Academia de Derecho y Jurisprudencia de la República de Chile, para la organización de la presente reunión científica y cuyos resultados están a la vista, lo que nos obliga a expresar aunque sea en párrafo, nuestro especial y sincero reconocimiento, gratitud y admiración por tan loable tarea cumplida.

Por otra parte, no podríamos silenciar la alegría que nos embarga ante el hecho de que este encuentro de juristas se realice esta vez, justamente en el país hermano de Chile, con el que nos unen tantos lazos derivados de una historia y una cultura común, como así igualmente de un promisorio porvenir, una vez que hayamos podido desarrollar todas nuestras potencialidades y dones que nos brindara una geografía austral, pero no por ello extraña o ajena a lo que pasa y siente el mundo de nuestros días, como así sus preocupaciones y problemas.

Por otra parte, pertenecemos a una Academia Nacional, pero de emplazamiento mediterráneo y precisamente, la provincia de Córdoba a través de los tiempos aun anteriores a las emancipaciones nacionales, ha tenido particulares vínculos de amistad y empatía recíproca con esta República que seguramente compartiremos en esta oportunidad, ahora a través de preocupaciones comunes en el estudio y profundización de las ciencias del derecho.

II. Avances científicos y su influencia en el derecho

Se ha dicho alguna vez que la segunda mitad del siglo XX agotó la capacidad de asombro de sus habitantes, especialmente con motivo de los grandes progresos y descubrimientos que acaecieron en el campo de las ciencias naturales en general y en las diversas ramas de las biomédicas en particular.

Estos avances fueron de tal magnitud, que muchas veces han logrado alterar sustancialmente principios que tuvieron vigencia en la cultura jurídica durante varios milenios, pero que a partir de la comprobación de nuevas verdades y descubrimientos, fue necesario revisar criterios o lo que resulta más importante aún, afrontar conflictos jamás pensados hasta ese momento.

Baste pensar en este sentido, las implicancias que tuvo para las ciencias jurídicas, el nacimiento en Inglaterra de Louise Brown, como con-

secuencia de un procedimiento de fertilización asistida, por obra de la fecundación extracorpórea de gametos humanos, situación que abriera una crisis profunda al viejo adagio romano de “*Mater certa, pater incerto*”, conflicto en el que todavía ahora nos hallamos inmersos, como consecuencia de la inevitable contraposición entre la madre biológica y la gestante, con repercusión inevitable en la regulación de la filiación a través del reconocimiento sólo de la natural, o por el contrario, la jurídica, mediante la creación del vínculo por obra de la ley a través de la llamada “*voluntad procreacional*”, tema del cual no existen aún soluciones definitivas.

Los avances científicos en materia del conocimiento, individualización y separación de los tres procesos vitales imprescindibles para la vida humana, como ocurre con el sistema respiratorio, cardiológico o encefálico luego del llamado “*coma dépassé*”, ha obligado a los juristas tener que encontrar una nueva definición del “*concepto de muerte*”, para de esta manera adecuar la normativa a los tiempos de las ablaciones entre personas vivas o cadavéricas, tópico que aparece con nitidez en todos los países del mundo donde resulta factible la aplicación de estas técnicas.

Y así podríamos continuar enunciando descubrimientos que lograron una repercusión inevitable para el derecho de nuestro tiempo, pero este proceso pareció haber llegado a su cúspide, cuando en 1993, Francis Harry Crick y James D. Watson -ambos premios Nobel de 1962-, lograron descubrir la estructura molecular de los ácidos nucleicos y su importancia para la transferencia de información en materia de ADN, describiendo de esta manera el llamado “*mapa de la vida*”, a través de la clarificación del contenido y composición de la *célula humana* y su diferenciación genética con otras especies.

La explicación técnica de los *genes*, como componentes necesarios de las células, con validez científica universal, permitieron sin ninguna duda avanzar sobre uno de los grandes misterios de la vida, a punto tal que no creemos incurrir en hesitación alguna cuando asignamos a tales descubrimientos, la capacidad de despejar los parámetros mismos de un verdadero cambio de *era* en lo que atañe al conocimiento de la vida y del hombre, sus orígenes genéticos e implicancias sobre la transmisión hereditaria.

Sería innecesario abundar en consideraciones para advertir la trascendencia y significación de tales descubrimientos, especialmente en la clarificación de aquellos elementos genéticos que han permanecido inmu-

tables durante millones de años, de otros que han permitido la iniciación de procesos de mutación de las especies, a punto tal que hoy sabemos que de los 26.000 genes del *homo sapiens*, sólo un 1,8 % los diferencia de los del chimpancé, demostrándose de esta manera en forma indubitable el proceso evolutivo del género humano.

Sin embargo, todo indica que esta capacidad de asombro de nuestros congéneres no ha llegado a su fin, ni mucho menos muestra mesetas o espacios de tranquilidad en un futuro cercano, todo ello como consecuencia de los estudios y descubrimientos que se han venido realizando sobre el *cerebro humano* y su gravitación o influencia sobre las disímiles conductas del hombre asumidas frente a estímulos o circunstancias diversas.

Parecería entonces, que si bien los *genes* como partículas explicativas de la composición interior de las *células* fueron significativas, las *neuronas* y sus mecanismos de transmisión constituyen hoy a no dudar, el eje de la problemática de las ciencias normativas, a punto tal que resulta fácil advertir esta suerte de desplazamiento de un tema hacia el otro, fenómeno que intentaremos explicar de la manera más clara posible en este relato sobre el tópico "*neurociencia y derecho*".

Seguramente al final de esta exposición, la conclusión inicial podrá apreciarse con mayor claridad, ello no obstante intentaremos efectuar sólo un razonamiento que abona tal posición a saber: si un chimpancé se diferencia en algo más del 1% en su composición genética respecto de la del hombre -lo que obviamente nos coloca en una situación de proximidad extrema, a punto tal que algunos hablan hasta de la posibilidad de realizar una fecundación *in vitro* entre ambas especies-, no ocurre lo mismo si efectuamos cualquier tipo de comparación respecto de la evolución de sus cerebros, es decir, de sus *neuronas*, donde la distancia entre ambos resulta de una magnitud desproporcionada respecto de la anterior, todo lo que nos permite inferir que las evoluciones no han seguido igual camino en el devenir de los tiempos.

Dicho de manera más simple: estamos a mucha mayor distancia de estos animales, en lo que respecta a la estructura anatómica y funcional de su cerebro, que en lo que atañe específicamente a las células que componen su ADN o estructura molecular, todo lo que nos permite extraer como una primera aproximación al tema, que las neurociencias constituyen uno de los avances más significativos y de mayores consecuencias con relación a todo lo que ha ocurrido en el mundo de las ciencias naturales en estos últimos cincuenta años.

III. La neurociencia y su formidable desarrollo

Como puede fácilmente inferirse de lo dicho anteriormente, es claro que nos encontramos aludiendo a un proceso de indudable y notorio progreso ocurrido en las referidas ciencias en los últimos tiempos.

Sin embargo, en materia de conocimiento y descubrimientos importantes del *cerebro*, debemos hablar de un espacio muchísimo más breve, casi diríamos de alrededor de una década, dentro de la cual se sucedieron una serie de resultados inimaginables e inconcebibles para el hombre contemporáneo, tal como sucediera en todo lo atinente a la estructura, transmisibilidad y comunicabilidad de las *neuronas*, como condicionantes del funcionamiento cerebral y por consiguiente, elementos imprescindibles para la explicación de las conductas y comportamientos del hombre.

De esta manera, podemos afirmar que el *cerebro* constituye el gran protagonista de nuestro tiempo y todo aquello que nos falta de investigar, clarificar o explicar a este respecto, constituye precisamente, lo que resta avanzar en este formidable desafío que ocupará la atención de las generaciones futuras, mediante el desarrollo integral y completo de la temática que comprende lo que se ha dado en llamar "*Neurolaw*" o "*neurociencia y derecho*".

En realidad, cuando se busca obtener una mayor precisión del concepto de neurociencias, es menester partir de un presupuesto inicial en el sentido de que no existe como una materia especial, sino que constituye más bien la confluencia de un conjunto de disciplinas que convergen sobre el cerebro mediante el estudio de su estructura anatómica, su dinamismo fisiológico o los diversos mecanismos de transmisión eléctrica del pensamiento o de las sensaciones del hombre, de forma tal que esbozar una definición resulta, de alguna manera, siempre una tarea inconclusa.

Ello no obstante y como premisa inicial, podríamos destacar que se conoce como "*neurociencias*", el conjunto de materias y disciplinas de diverso origen o procedencia que tienden a encontrar explicaciones científicas y por ende, con validez empírica, del funcionamiento del cerebro y su incidencia sobre los comportamientos humanos, de forma tal que resulte factible encontrar puntos de apoyo firmes y certeros sobre este difícil terreno acerca de las diversas razones que mueven o condicionan de alguna manera el proceder de las personas.

Sería incorrecto sostener que la preocupación de los investigadores en torno de las explicaciones sobre el cerebro humano pertenecen ex-

clusivamente a lo sucedido en este último decenio, porque cualquier trabajo sobre el tema pone de relieve que ya los egipcios efectuaban trepanaciones con avances de importancia, al igual que los griegos, como así la historia nos cuenta las preocupaciones relevantes de Galileo ³, Leonardo da Vinci o Newton, al igual que los patólogos medievales Antonio Benvien, Andrea Visati, Giovanni Battista y Matheo Ballia, llegaron a la demostración de elaboraciones técnicas relevantes en varios aspectos de este difícil problema.

Cabe igualmente destacar en este sentido, los estudios de histopatología efectuados más recientemente por Virchow y Rotitansky que constituyeron hitos relevantes en el largo camino recorrido a estos efectos, hasta que en el siglo pasado la neurología de Martín Charcot, Harvey Cushing y Herbert Olivecrona fueron abriendo camino en torno de lo que en estos dos últimos lustros se mostrara como un proceso de características fundantes y dotado de una intensidad y profundidad inimaginables a la luz de los precedentes enunciados.

No podríamos silenciar como factores coadyuvantes en este proceso, la labor desarrollada por entidades oficiales y privadas como el Instituto Kaiser Willhelim de Berlín; Instituto Neurológico de Montreal; Armed Forces Institut of Pathology de Washington; Laboratorio J. Godwin Greenfield de Londres y el Mass General Hospital de Harvard, Boston, lugares donde el avance de estas disciplinas ha alcanzado en este último tiempo un desarrollo y una excelencia dignos de todo encomio.

Más recientemente deben recordarse los destacadísimos trabajos de Santiago de Ramón y Cajal, acerca del funcionamiento sistema nervioso -a punto tal algunos lo catalogan como el padre de la neurociencia ⁴-, o los de Charles Scott Scherrington (1857-1952) y Williams Osler (1848-

³ Gabriel TORO GONZÁLEZ, “Origen y evolución de la neurociencia”, en Revista Academia Colombiana de Ciencias, vol. XIV, N° 92, septiembre de 2000. Un excelente trabajo de recopilación histórica de los diversos pasos y etapas como así también la individualización de los diversos protagonistas que han gravitado de manera decisiva en la evolución de la neurociencia. De este artículo hemos tomado las referencias que se formulan acerca del tópico.

⁴ Jorge Eduardo DUQUE PARRA, C. F. J. BARCO R. J. & PELÁEZ, “Santiago Felipe Ramón Cajal. ¿Padre de la neurociencia o pionero de la ciencia neural?”, *Int. J. Morphol.*, 29 (4) Colombia, 2011, págs. 1202, 1206. Los autores del trabajo citado se inclinan por considerarlo un pionero de la ciencia neural.

1919), conformando de esta manera las bases mismas de la explosión que señaláramos al comienzo respecto de los avances de las neurociencias de estos últimos años.

En definitiva entonces, debemos tener en claro que la expresión “*neurociencia*” constituye una manera de simplificar la concurrencia de todos los caminos que conducen a un conocimiento cabal y más profundo del cerebro, como así de su influencia directa sobre la conducta de los hombres, tanto en lo que respecta a sus estados de conciencia como en lo que hace a los sentimientos, sensaciones, percepciones u otras diversas manifestaciones de una personalidad determinada.

IV. La neurociencia y el avance de la aparatología moderna

Uno de los motivos determinantes del avance de las neurociencias experimentados en estos últimos tiempos, debe vincularse necesariamente con los progresos experimentados en la aparatología capaz de permitir imágenes y estudios tanto de la estructura interna, como así de la dinámica o funcionamiento del cerebro.

- i) Dentro de éstos cabe mencionar en primer lugar, la denominada *Resonancia Magnética Funcional* (IRMF) que tiene como finalidad medir el flujo sanguíneo, dando de esta manera una medición indirecta de las diferencias entre las propiedades magnéticas en sangre, cuando fluye y se esparce por diversos sectores, permitiendo advertir la parte o hemisferio que está siendo sometido a un trabajo adicional o específico.
- ii) Otro elemento importantísimo está dado por el desarrollo de la electroencefalografía, que transfiere sobre una serie de gráficos específicos -a semejanza de un electrocardiograma-, las distintas pulsaciones del cerebro, facilitando una apreciación empírica y certera de movimientos o aspectos especiales del órgano en cuestión.
- iii) En esta misma orientación, cabe mencionar la *tomografía computarizada por emisión de fotones*, capaz de detectar los distintos cambios experimentados en el cerebro, visión que no queda reflejada sólo desde un punto de vista estructural o anatómico, sino que refleja también una perspectiva funcional o dinámica, trascendiendo en este sentido las funciones propias de una

fotografía, para lograr un verdadero filme o película de sus alteraciones, mutaciones o desplazamientos internos.

- iv) Por último, debemos recordar estudios como el llamado de *potenciales evocados*, instrumento de gran utilidad en algunos casos para lograr precisiones en esta necesaria relación que se plantea entre las conexiones neuronales y su reflejo en el comportamiento de las personas.

Estos aparatos -los que a su vez, están en permanente proceso de cambio y perfeccionamiento, a punto tal que algunos de ellos han logrado profundizar sus imágenes hasta diez veces respecto del modelo anterior-, constituyen las auténticas razones en virtud de la cuales estas disciplinas avanzan en forma constante y sin dar respiro de ninguna naturaleza, pudiendo los investigadores visualizar aspectos o funciones antes impensables para apreciarlas mediante experiencias de orden experimental.

V. Aspectos más relevantes del cerebro

Antes de avanzar en todo lo referente específicamente al tema objeto de tratamiento de este Congreso, neurociencia y derecho, resulta imprescindible hacer una brevísima descripción de las diversas partes que componen el cerebro humano, para de esta manera poder tomar conciencia acerca de la importancia y significación que adquirirán las explicaciones que brindaremos más adelante con relación a la distinción posible existente entre “*mente y cerebro*”.

El cerebro es el órgano mayor del sistema nervioso central y quien controla todas las funciones y manifestaciones del cuerpo, tanto en actividades voluntarias como involuntarias. También es el responsable del *pensamiento, la memoria, las emociones y el lenguaje*.

Su peso oscila entre 1.300 a 1.400 gramos y dispone de una superficie cuadrada de dos metros, pero debido a la particularidad de sus pliegues, cabe perfectamente dentro del cráneo o cuerpo óseo que lo contiene.

Dispone entre 10 y 15 millones de *neuronas* que generan a su vez una red estructural aproximadamente cien veces más compleja que la red telefónica mundial, circunstancia que explica precisamente su complejidad en razón de la naturaleza de la unidad que nutre su funcionamiento.

Según el estudio de Néstor Braidot ⁵, su estructura se encuentra compuesta de dos hemisferios -el izquierdo y el derecho-, que cumplen funciones diferentes, pero que actúan siempre en forma conjunta a través de fibras nerviosas que se denominan *cuero calloso* y el *hipotálamo*. Tan exacta resulta esta apreciación, que algunos científicos han explicado esta circunstancia, señalando que sería “*como la unión de dos mentes en una*”, a punto tal que uno constituye el reflejo exacto del otro, como si se tratase de un espejo o de una *globalidad indisociable*.

Con base en lo señalado precedentemente, la información ingresa por un hemisferio y se transfiere inmediatamente al otro a través del llamado *cuero calloso* que constituye el punto de conexión entre ellos, haciendo las veces de *punte trasmisor* de las pulsiones y órdenes que activan y dan respuestas, sentido y explicación a posteriores o eventuales comportamientos específicos.

De acuerdo con lo expresado, la información que se percibe en una mitad, como sería verbigracia la visión o el oído, pasa instantáneamente a la otra, generando -pese a este recorrido- una respuesta unitaria y armónica.

Ello no obstante, ambos hemisferios muestran una asimetría funcional importante que podría describirse de la siguiente manera:

El hemisferio izquierdo cumple funciones preponderantemente racionales, relacionadas con la comprensión y expresión del lenguaje con subáreas específicas para los nombres, la sintaxis y el reconocimiento de los conceptos y desarrollo de procesos analíticos ⁶.

El hemisferio derecho, por el contrario, se desenvuelve en el terreno de las emociones o afectos, conceptual y de pensamientos holísticos. Desarrolla el aprendizaje por ensayo-error, formula las evaluaciones de las interreacciones personales, comprende la melodía y los contenidos

⁵ Néstor BRAIDOT, “Neurociencia aplicada al razonamiento y la creatividad humana”. Seguimos en esta parte al trabajo de la nota, en razón de que se ajusta -con una claridad meridiana- a las limitaciones y condicionamientos que ofrece la explicación de las funciones cerebrales cuando deben hacerse para un público ajeno a la formación médica y dentro de los límites y condicionamientos de brevedad como corresponde a esta relatoría. Ver: www.braidot.com/nestorbraidot.

⁶ Nolasca Ascarín TUSSEL, *El cerebro del rey*, Buenos Aires, Editorial del Nuevo Extremo, 2006, pág. 91.

emocionales del lenguaje, así como la mímica facial, la memoria visuoespacial y la conservación del esquema corporal.

En lo que respecta a sus consistencias anatómicas o diferencias físicas, el primero de ellos retiene mayor *materia gris* en la corteza, mientras que el segundo dispone por debajo de ésta, más *materia blanca*, y está formado por haces de axones que son hilos de cuerpos celulares que transmiten mensajes entre las diversas neuronas.

Tanto en un hemisferio como en el otro se encuentran los llamados axones que tienen como finalidad la transmisión de la información cerebral y también con relación a ellos existen diferencias significativas.

El entramado neuronal del hemisferio izquierdo, se encuentra constituido por neuronas densamente pobladas, en conexiones cortas y apretadas, lo cual da una mejor predisposición para el cumplimiento de trabajos detallados o prolijos que requieren un grado de concentración y colaboración estrecha entre las células cerebrales dedicadas a objetivos similares.

El hemisferio derecho, por el contrario, está mejor equipado que el anterior, ya que se encuentra dotados de axones más largos y separados entre sí, lo que le brinda una capacidad especial para extraer conclusiones asociativas derivadas del hecho de contar con varios módulos de actividad simultáneos en tanto logran la conexión entre neuronas más distantes.

Por último, la ciencia permite observar tres niveles cerebrales diferentes, de gran importancia para la apreciación integral y completo del mismo y su influencia en las conducta humana, a saber: el *cerebro pensante o consciente*, por encima de la corteza; el *cerebro límbico* y el *cerebro reptiliano*, ambos alojados por debajo de la conciencia y de la línea divisoria señalada precedentemente.

El cortex, o cerebro pensante, entonces, que como dijimos se aloja por encima de la corteza cerebral, se muestra como un abanico complejo de módulos, tubos y cámaras interconectados por cuerdas axonales como si fuera un cableado y que conforma esta parte consciente.

El cerebro límbico es más antiguo ya que se identifica con la especie de los mamíferos, y se halla conformado por todos los módulos que están por debajo del cuerpo caloso, aunque permanece inconsciente pero profundamente conectado con la parte consciente.

Este sistema es el que produce las emociones y, además, la mayoría de los impulsos vitales del ser humano, disponiendo a su vez del *tálamo*,

que constituye un verdadero transmisor de la mayoría de las interconexiones eléctricas nerviosas del ser humano.

También es factible ubicar en el frente del cerebro, la *amígdala* a la que se le atribuyen las sensaciones de miedo o peligro, enviando de inmediato la transmisión a su corteza consciente.

Por último, es menester considerar el llamado *tronco cerebral o cerebro reptiliano*, compuesto por diversos nervios que recorren el cuerpo hacia arriba, a través de la médula espinal, llevando información hacia el cerebro, como así la regulación de los procesos vegetativos del cuerpo humano.

VI. Confluencia de neurociencia y derecho

VI.1. El derecho tiene por objeto la regulación de las relaciones entre las personas, mediante el dictado de supuestos hipotéticos, generales y abstractos de conducta descriptos en la norma, con el propósito de la preservación de un valor justo y conveniente para la sociedad en la que tiene vigencia.

Por otra parte, se atribuye al cerebro la facultad de constituir la causa o razón de todo comportamiento, entonces no resulta difícil entender la necesaria confluencia y el sentido inevitable de convergencia entre el derecho y la neurociencia.

Como explica Garzón Valdez ⁷, a partir de los experimentos neurológicos realizados en los años ochenta del siglo pasado, por el profesor Dr. Benjamín Libet, del Centro de Neurociencia de la Universidad de California at Davis, *“la vieja discusión acerca de hasta qué punto somos libres autores de nuestro comportamiento ha despertado renovado interés no sólo entre científicos del cerebro y filósofos puros sino también entre filósofos del derecho y penalistas”*. Y concluye su pensamiento: *“No existe un correlato neuronal de la conciencia. Los argumentos que se aducen ya no son únicamente filosóficos sino que pretenden sustentación empírico científica”*.

⁷ Ernesto GARZÓN VALDEZ, *Cerebro y responsabilidad penal*, Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, enero 2011.

El problema no radica precisamente, en la aceptación generalizada de esta premisa, donde todos parecen estar de alguna manera de acuerdo, ya que sin la presencia del cerebro no se concibe la posibilidad de manifestación de voluntad alguna, a lo que debe agregarse otra conclusión igualmente valedera, en el sentido de que los avances de las investigaciones y certezas científicas acerca del cerebro que se adquieran en el futuro, tendrán inevitablemente una mayor repercusión sobre las ciencias normativas.

La gran diferencia entre las diversas posiciones, radica en el mayor o menor grado de *determinabilidad* o *necesariedad* que se le asigna a este fenómeno, el que para unos, será indefectiblemente totalizante y absorbente y para otros, por el contrario, sólo una cuestión importante, pero sin llegar a asignarle un grado de rigidez semejante en lo que respecta a las conclusiones explicativas.

La cuestión pasa por el hallazgo de fórmulas que sobre la base del respeto y reconocimiento de ambas realidades y sin que una lleve a la desaparición respecto de la otra, sea factible encontrar un punto de reunión, equilibrio o confluencia entre ellas que permita la sobrevivencia de ambas, cuestión donde se libra actualmente el debate más profundo de la “*neurociencia y el derecho*”.

Quizás, para ser más exactos, habría que remontarse al campo de la ética y reflexionar en torno a conceptos como “*conciencia*” o “*libre albedrío*”⁸, es decir, la posibilidad de mantener los márgenes de libertad suficiente como para que una persona pueda ser responsable de sus pro-

⁸ Miguel CAPÓ, Marcos NADAL, Carlos RAMOS, Atahualpa FERNÁNDEZ, Camilo José CELA CONDE, “*Neuroética, derecho y neurociencia*”, Ludus Vitalis vol. XIV, núm. 25 (2006) pág. 163 y ss.. Describen con mucha precisión las vinculaciones que median en el uso de la técnicas de imaginación cerebral para investigar los correlatos neuronales de ciertos comportamientos en la toma de decisiones morales (Roskies 2000; Moll *et al* 2005), en el sentido de brindar explicaciones sobre dimensiones clásicas de la personalidad, tales como la extroversión o la neurosis. Por otra parte, aluden también a la vinculación de estas disciplinas con aspectos posibles de interés de la filosofía tradicional, que incluyen: “i) la ética de la práctica neurocientífica como una extensión de la bioética tradicional; ii) la preocupación por la mejora o potenciación de las capacidades cognitivas (*cognitive enhancement*) y finalmente iii) los posibles usos jurídicos de los avances neurocientíficos, ya sea como medio de prueba o mediante la modificación, gracias a estos avances, de ciertas concepciones jurídicas.

pios actos, situación que desaparece en el caso de llegarse a conclusiones capaces de sostener que el hombre actúa condicionado o influenciado absolutamente por los mandatos e imperativos de su cerebro, de forma tal que una suerte de *imposición determinista* hace desaparecer las diversas opciones posibles.

Lo mismo sucede con la explicación relacionada con la toma de “*conocimiento de sí mismo*”, en el sentido de que si ésta existe, lo es sólo por obra y decisiones del cerebro, o si por el contrario, resulta factible encontrar otros elementos coadyuvantes tales como los que provienen de circunstancias culturales, ambientales o personales, capaces de influir juntamente con los mandatos encefálicos en relación a la estricta conciencia del “*yo personal*”.

Algunos autores, con la finalidad de formular el desarrollo lógico de esta cuestión, se preguntan si es posible establecer una diferenciación entre *mente y cerebro*⁹, o siguiendo este razonamiento, si el órgano anatómico conforma sólo una *parte* ubicada dentro de un *todo* que integran los elementos gravitantes de la conducta de una persona, aunque de ninguna manera la comprenden o subsumen dentro de una visión exclusivista y absoluta.

La respuesta a este interrogante que preocupara a filósofos y juristas desde hace muchísimos años, se advierte claramente en el pensamiento de Descartes cuando explicaba a la mente “*como una misteriosa sustancia inmaterial independiente, pero a la vez unida en rela-*

⁹ Michael S. PARDO - Dennis PATTERSON, “Fundamentos filosóficos del derecho y la neurociencia”, INDRET, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, abril-2011, en www.indret.com. En el *abstract* de este magnífico y erudito trabajo, se afirma: “*Según una amplia variedad de académicos, científicos y responsables políticos, la neurociencia acabará por transformar el derecho. Muchos neurojuristas -valedores del poder de la Neurociencia sobre el derecho- proceden a partir de premisas problemáticas acerca de la relación existente entre mente y cerebro. En este artículo los profesores Pardo y Patterson sostienen que las explicaciones neurolegalistas de la naturaleza de la mente no son plausibles y que sus conclusiones han sido artificiosamente infladas. Por ende, las pretensiones neurolegalistas acerca del poder de la neurociencia sobre el derecho no pueden ser sostenidas. Los autores tratan una amplia selección de ejemplos, entre los que se incluyen la detección de mentiras, los fundamentos del derecho penal, la toma de decisiones económicas, la toma de decisiones morales y las teorías generales de la Ciencia y del Derecho*”.

ción causal con el cuerpo”¹⁰, todo ello en alineamiento con las versiones más antiguas influidas -seguramente-, por posturas dogmáticas o religiosas que consideraban las diferencias existentes entre *mente* y *alma*, como si se tratasen de dos componentes autónomos, uno material y el otro espiritual, que deben ser considerados en forma independiente para el hallazgo de una descripción completa y circunstanciada de la conducta humana.

Queda suficientemente en claro, a nuestro modo de ver, que las reflexiones precedentes nos transportan nada menos que sobre el concepto mismo de *libertad* o *libre albedrío*, presupuestos ontológicos únicos y exclusivos para atribuir a la persona un juicio de reproche moral o atribución de responsabilidad legal.

Sólo quien se encuentra bajo el “*completo dominio*” o “*imperio de sí*”, con aptitud para discernir entre diversas alternativas y elegir en consecuencia, configuraría el supuesto condicionante para imponer a esa conducta una sanción de responsabilidad, tanto de orden resarcitorias como punitorias.

Para construir una “*teoría de la responsabilidad*”, debe buscarse apoyatura sobre el presupuesto ineludible de la libertad o *libre albedrío* y completo discernimiento del autor respecto de los hechos o actos que van a ser objeto de juzgamiento o valoración judicial.

Conforme las consideraciones precedentes y en particular, en lo que hace a la temática de las relaciones que vinculan la “*mente*” y el “*cerebro*”, se perfilan dos grandes corrientes, a saber:

Por un lado, aparecen las posiciones “*unitarias*”, “*materialistas*” o “*deterministas*”, que asignan al cerebro una participación *absoluta* y *excluyente* de todo otro factor o consideración como causa eficiente o atribución causal de la conducta humana.

Contrapuesta con la posición anterior, se erigen otras teorías que llamaremos *dualistas*, *espiritualistas* o *libertarias* las que, sin dejar de reconocer la importancia de las tareas que cumple el “*cerebro*” -observación que, por otra parte, parece obvia- no se le asignan funciones absolutas o totalizantes, admitiendo por el contrario, una diversidad de factores y habilidades que a la postre inciden o coadyuvan sobre la eficacia y efectos de toda manifestación de voluntad.

¹⁰ René DESCARTES, “*Res extensa y res cogitans*”. Cita de Ernesto GARZÓN VALDEZ, ob. cit., nota N° 7, pág. 28.

VI.1.1. Esta concepción “unitaria”, “materialista” o “determinista”¹¹ concibe a la *mente* como reducida o absorbida totalmente por el *cerebro*, de forma tal que todos los negocios, actos u operaciones posibles, terminan siendo explicados a través de las funciones específicas de este órgano en particular, de forma tal que no queda nada fuera de este contexto y premisa lógica fundamental.

Las distintas observaciones que se asocian normalmente con la *mente*, sólo encuentran una razón valedera a través del *cerebro*, atribuyéndole no sólo el discurrir o el pensar (vida discursiva), sino también las creencias, emociones, percepciones y sentimientos (vida afectiva)¹².

Dicho de otra manera, todo lo que se ve o puede llegar a ser objeto de tratamiento por el derecho, resulta siempre consecuencial a una exte-

¹¹ Michael PARDO - Dennis PATTERSON, “Fundamentos filosóficos del derecho y la neurociencia”, ob. cit., nota 9. Por cita de los autores de la nota, se ubican como seguidores de esta corriente, a autores como Joshua GREENE y Jonhatan COHEN, en S. ZEKI - O. GOODENOUGH, *Law & the Brain*, 2006, págs. 218 a 221. En igual sentido y según referencias efectuadas en nota N° 40 del trabajo relacionado, mencionan a: Ingo BRINGANDT - Alan LOVE, “Reductionism in biology”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2008, nota 24, <http://plato.stanford.edu/entries/reduccion-biology/>; David J. CHALMERS - Frank JACKSON, “Conceptual analysis and reductive explanation”, *The Philosophical Review*, (110) 2001, pág. 350; CHURCHLAND, “Eliminative materialism and the propositional attitudes”, *The Journal of Philosophy* (78), 1981, págs. 67 a 90 y Williams RANSEY, “Eliminative Materialism”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, nota 24, <http://plato.stanford.edu/entries/materialism-eliminative/> punto 4.

¹² Wolf SINGER, “Verschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen” en Christian GEYER (ed.) *Hirnforschung und Willensfreiheit Zur Deutung der neuesten Experimente*, Francfort: Suhrkamp 2004, págs. 30 65, nota N° 76 tomada literalmente de Ernesto GARZÓN VALDEZ, *Cerebro y responsabilidad penal*, ob. cit., nota N° 7, p. 27, que textualmente expresa: “*Todas (las) manifestaciones del comportamiento (...) pueden ser (...) remitidas a procesos neuronales en el sentido de una relación causal (...) el cerebro humano casi no se diferencia en nada del de los animales; (...) Dado que con respecto al cerebro de los animales no tenemos ningún motivo para dudar que todo el comportamiento se basa en funciones del cerebro y, por lo tanto, está sometido a las leyes deterministas de procesos físico-químicos, la tesis del condicionamiento material del comportamiento debe valer también para las personas. (...) Las células nerviosas de un caracol funcionan según los mismos principios que las células nerviosas de la corteza cerebral humana. (...) Esto nos conduce a la muy desagradable conclusión de que todo lo que hace que seamos lo que somos y nos diferencia de los animales y, por lo tanto, todo lo que posibilita nuestra evolución cultural se basa en un aumento cuantitativo de una determinada estructura cerebral*”.

riorización o manifestación cerebral, de forma tal que nada puede encontrarse fuera de su protagonismo y centralidad con respecto a la vida de relación entre las personas.

Desde esta perspectiva se simplifica la sinergia conductal de las personas, a través de afirmaciones categóricas y terminantes, como “*tú eres el cerebro*” y por la identificación de la base neuronal del comportamiento, nos proyectan obligatoriamente sobre cuestiones o conceptos como el *libre albedrío*, la *libertad* y lógicamente -porque no podría ser de otra manera-, al contenido y alcance de todo juicio de imputación que haga el derecho en torno a la construcción de una “*teoría de la responsabilidad*”.

De esta manera, entonces, al interrogante central que tiende arrojar luz acerca de una determinada exteriorización de la de voluntad, concluye con la necesidad de otra indagación inevitable: *¿era o fue él o su cerebro?*

La respuesta es la siguiente: “*son uno y el mismo*”, mediante la “*subsunción o comprensión de la mente por el cerebro*”¹³, haciendo desaparecer toda posibilidad de distinguir otro factor o causa eficiente de la conducta humana que no sea atribuible de manera exclusiva y excluyente al *cerebro*¹⁴, sin reconocer otra alternativa o diferenciación a este respecto.

En base a estas posiciones *unilateralizantes e identificatorias* entre “*mente*” y “*cerebro*”, no resulta difícil predecir la influencia que tales concepciones tendrán acerca de la confluencia entre “*derecho y neurociencias*”, a punto que se ha llegado a predecir que la autonomía que aún le resta al primero, concluirá inevitablemente con el avance de los descubrimientos científicos de este órgano central y protagónico, de

¹³ Michael PARDO - Dennis PATTERSON, *Fundamentos filosóficos del derecho y la neurociencia*, ob. cit., nota 9, pág. 10 y ss.

¹⁴ Gerhard ROTH, “Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?”, en Christian GEYER (ed.) *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Francfort del Meno, Suhrkamp 2004, págs. 98-102. Dice el autor: “*Esto coincide con los resultados de la investigación del cerebro en el sentido que los procesos cognitivos en los cuales mencionamos razones, o justificamos nuestro comportamiento con razones, se realizan a través de procesos en el cerebro. (...) Se trata, desde el punto de vista epistémico, de dos costados de un mismo proceso total que, de acuerdo con el conocimiento actual, transcurre determinísticamente*”. Nota tomada de Ernesto GARZÓN VALDEZ, ob. cit., nota 7, pág. 28, nota 81.

forma tal que conforme las predicciones de Gazzaniga, las neurociencias “*acabarán por* ¹⁵ *dominar todo el sistema legal*”.

VI.1.2. Frente a estas tendencias sesgadas y unitarias, tan drásticas, acerca de la explicación de la conducta humana, es factible contraponer otras expresiones de pensamiento como el “*dualismo*” o “*espiritualismo*”, capaces de admitir el *libre albedrío* ¹⁶, tendencia que se manifiesta a través de diferentes expresiones o grados de posicionamiento con relación al interrogante inicialmente planteado.

Para el hallazgo de una explicación completa del comportamiento debe tenerse en cuenta un *conjunto de diversas habilidades*, o amplia gama de *categorías psicológicas* de una persona, entre las que cabe mencionar las *sensaciones*, *la percepción cognitiva*, *la memoria* y por último, *la voluntad*, como instrumento imprescindible para lograr la coherencia necesaria entre estas aptitudes y los diversos comportamientos que corresponden a sus designios.

Una observación más amplia y abarcativa del fenómeno conductual, permite a los seguidores de esta corriente afirmar que además del *cerebro*, debe considerarse otro grupo de elementos como los mencionados precedentemente, los que cada uno de ellos evaluados en su conjunto, constituyen la respuesta integradora acerca de los factores gravitantes para una determinada manifestación de voluntad, conclusión que, obviamente, nos lleva a un puerto completamente diferente respecto de la problemática referida a la confluencia entre “*derecho y neurociencias*”.

Si a esta escuela le trasladamos el interrogante central que formuláramos en el punto anterior, acerca de *¿era o fue él o su cerebro?*, la respuesta en este caso no será “*son uno y el mismo*”, sino que se podrá decir que “*es uno y su circunstancia*”, que incluye y comprende toda esta otra serie de elementos concurrentes que en forma conjunta y al

¹⁵ Michael S. GAZZANIGA, “*The Ethical Brain*”, 2005, *passim*. Cita tomada del trabajo de PARDO - PATTERSON, ob. cit., nota 9, pág. 3.

¹⁶ BENNET - HACKER, *History of Cognitive Neurociencie*, 2008, *passim*. Igualmente en BENNET - DENNET - HACKER - SEARLE, *Neurociencie and Philosophy: Brain, mind and language*, 2007, citas tomadas del trabajo de PARDO - PATTERSON, nota 9, pág. 16 antes citado.

unísono, justifican el comportamiento humano como manifestación de toda la persona sin identificarlo exclusivamente con las funciones encefálicas.

Liberados de esta suerte de *determinismo cerebral*, donde todo encuentra su razón de ser a través del condicionamiento inferido de sus propias funciones, la *neurociencia* busca encontrar sus espacios de autonomía dentro del terreno más amplio como el que constituyen las ciencias normativas, aportando su cuota de certidumbre en lo que respecta a los elementos de prueba, como así igualmente y desde una visión filosófica, sobre los conceptos de Justicia, Moral y Libertad.

Desde esta perspectiva, el “*dualismo*” coopera indudablemente aportando diagnósticos certeros o juicios científicos con validez universal que permiten frente a ciertas situaciones, una mejor comprensión de las conductas, pero siempre fuera de esa suerte de subsunción absoluta del *cerebro* respecto de todo lo que conforma en su integridad el ser humano, tanto en aspectos estrictamente discursivos o racionales, como así en lo referido a sentimientos, emociones, estructuras culturales, genéticas, etcétera.

A la luz de lo relacionado precedentemente, cabe concluir que la actividad neuronal por sí misma, no es suficiente para encontrar el fundamento y desarrollo del comportamiento de los hombres, porque el *conocer* o *tener conciencia de las cosas* que nos ocurren o rodean, no es sólo tener *cerebro* a través de un particular estado físico o anatómico, sino que debe integrarse con las demás *habilidades psicológicas* y *categorías mentales* que lo integran y completan, según lo ha desarrollado esta teoría con todo cuidado y prolijidad.

6.2. En definitiva compartimos el juicio de Pardo - Patterson¹⁷ cuando se plantea la disyuntiva acerca de dónde se encuentra situada la *mente*, si

¹⁷ Michael PARDO - Dennis PATTERSON, *Fundamentos filosóficos del derecho y la neurociencia*, ob. cit., nota 9, págs. 8 y 17. Sostienen los autores de la nota que constituye una falacia mereológica (falacia relativa a la relación lógica entre las partes y el todo) en atribuir la capacidad o la función a una parte, lo que sólo es atribuible correctamente al conjunto del cual aquélla no es más que eso, una parte. Con referencia a autores como el filósofo Daniel DENNET, el neurocientífico Maxwell BENNET y el filósofo Peter HACKER responden que “*En el sentido que el ser humano posee información el cerebro no posee nada*”. Continúan desarrollando este pensamiento afirmando: “*Conocer no es estar en*

en el alma cartesiana o por el contrario, en el *cerebro*; nos proponen como mejor respuesta la aseveración de que la conducta humana constituye el “*criterio del conocimiento*” y no un “*estado cerebral*”.

Nuestras conclusiones referidas a la problemática de la confluencia entre derecho y neurociencia, consiste en apartarnos de toda posición unilateralizante o sesgada del fenómeno, porque entendemos que estos avances experimentados por la medicina respecto del estudio del cerebro, se transformarán en una ciencia auxiliar imprescindible en el funcionamiento de la justicia, pues aportarán certidumbre y certeza en los mecanismos de comprobación o descubrimiento de la verdad, como así incluso respecto de sus resultados o veredictos, pero seguimos convencidos de que la *libertad* y el *libre albedrío* del hombre -y de todo hombre- constituye el elemento imprescindible para construir el concepto de *responsabilidad*, sin la cual resulta difícil comprender la esencia y razón de ser de las ciencias normativas.

En definitiva, auguramos una convivencia cada vez más estrecha, quizás con un incremento proporcional al estado de avance de sus investigaciones y estudios, pero todo ello sin que destruya el basamento moral ¹⁸ de la libertad de las personas como fundamento y base cierta de toda construcción jurídica formal.

un estado particular. El conocer es una capacidad, por ejemplo, de responder a la pregunta correctamente. La medida de veracidad de su respuesta no se encuentra en el estado neuronal de su cerebro”.

¹⁸ Luis ECHARTE, “Hacia una nueva filosofía de la neuroética”. <http://enciclopediabiologica.com/index.php/todas.las.voces>. En este importante trabajo se define la neuroética como el conjunto de estudios que ponen en relación la neurociencia con las ciencias sociales. El autor cita a su vez, el pensamiento de Francis HARPER, director de la prestigiosa Dana Foundation, emitida durante las sesiones del Congreso de San Francisco de 2002, cuando refiriéndose a este problema, expresó: “*Puede llamársela como se quiera... pero el tren de la neuroética ya ha salido de la Estación*”. Cierra estas reflexiones, con el pensamiento de J. BANGA, director de Health Sciences of Clinical Ethics, de la Emory University, en el sentido de que “*la contribución de las ciencias sobre el cerebro a nuestro conocimiento de la naturaleza del razonamiento moral y de la conducta moral*”. En definitiva, subraya el autor acerca de la necesidad de una toma de conciencia sobre cómo puede llegar cambiar la neurociencia nuestra comprensión del fenómeno humano y qué efectos se derivan de dicho cambio.

VII. Proyección de la neurociencia sobre el derecho

Ante las limitaciones obvias del tiempo disponible para una ratoría, sería realmente difícil hacer un desarrollo completo de todas las cuestiones o problemas que vinculan actualmente la *neurociencia* con el *derecho*, no obstante existen algunos puntos centrales que han dado lugar a una particular preocupación de los juristas y estudiosos y que intentaremos resumir y presentar al menos en sus aspectos más generales.

A título de conclusión general, podríamos decir que la neurociencia proyecta sus efectos sobre la totalidad de las ramas o disciplinas del derecho¹⁹, tanto público como privado, no quedando en consecuencia espacio capaz de permanecer libre a una traslación importante de sus diversos avances y comprobaciones empíricas sobre el cerebro y el funcionamiento general del encéfalo.

De ahí entonces que seleccionaremos ciertas cuestiones que por su importancia y debates que dieron lugar en la actualidad, merecen ser tratados en sus aspectos más significativos o relevantes, como para tener una idea del grado de influencia que han ejercido entre sí ambas disciplinas.

1. *Detector de mentiras*

Uno de los descubrimientos de mayor significación logrado luego de los avances de la neurociencia en el conocimiento del cerebro y el pro-

¹⁹ Maribel NARVÁEZ MORA, “De cómo aclarar el impacto de la neurociencia sobre el derecho: el caso de la responsabilidad subjetiva”. [http / www.lawneuro.org/](http://www.lawneuro.org/). Sostiene la autora que en los últimos años, especialmente desde 2004 con la aparición del texto *Neuroscience and the Law, Brain, Mind, and the Scales of Justice*, editado por Brent GARLAN (2004), luego han aparecido una cantidad de artículos e investigaciones como *Law and the Brain*, por Semir ZEKI y Oliver GOODNOUGH, que tendrán un impacto enorme y de profunda gravitación sobre el derecho. Este fenómeno puede apreciarse igualmente, con la creación de un Proyecto Europeo a través de la *European Science Foundation*, frente a otras iniciativas igualmente importantes como las estadounidenses *MacArthur Foundation The Law and Neuroscience Project* y *Neuroscience and the Law*, del Baylor College of Medicine de Houston, Texas, todo lo que corrobora la observación inicial en el sentido de la constante vinculación entre neurociencia y derecho. La propuesta de la

greso experimentado por la aparatología de última generación -tal como sucede con las resonancias magnéticas de alta gama y otros estudios acerca del funcionamiento de las neuronas-, ha conseguido detectar efectos precisos y comprobados de la fisiología neuronal ante la decisión de una persona de expresar un juicio mendaz, o un dato sobre el cual tiene conciencia de su inexactitud con respecto a otro verdadero.

De esta manera, es factible aseverar que la ciencia ha logrado precisar, con la exactitud que disponen sus conclusiones, el momento mismo de la mentira, en razón de la observación de los flujos sanguíneos derivados hacia el *cíngulo anterior* -que constituye la región del cerebro encargada de esta elección-, de forma tal que una vez acaecidas esas circunstancias es posible afirmar que se ha vertido un juicio conscientemente falso o inexacto.

¿Cómo se explica? En el momento que una persona miente, el cerebro debe tapar los registros de los que dispone con relación a los datos verdaderos o exactos que en la neurociencia se conocen como “*huellas de memorias*” y ello implica un esfuerzo adicional que demanda un mayor torrente sanguíneo en virtud del cual, una vez detectado mediante la técnica de Registro de Potenciales Evocados ²⁰, es factible afirmar que esa persona no está diciendo la verdad.

Conviene tomar cabal dimensión de la trascendencia que puede revestir este avance de las neurociencias, en cuanto los pensamientos constituyen un ámbito de absoluta privacidad y amparado por el impedimento absoluto para que otras personas puedan conocer el sentido y alcance de nuestra conciencia o de los pensamientos que rondan por nuestro cerebro.

No debemos argumentar en demasía para advertir las consecuencias de estas comprobaciones empíricas sobre el campo de las disciplinas normativas, ya que el contar con una herramienta que facilita al magistra-

autora consiste en “*presentar este impacto de modo que no se violenten ni las pretensiones explicativas de la Neurociencia, ni las consideraciones normativas del derecho*”.

²⁰ CAPÓ - NADAL - RAMOS - FERNÁNDEZ - CELA CONDE, “Neuroética. Derecho y neurociencia”, ob. cit., nota 8. Sobre la base de una cita de LANGLEBEN *et al*, 2002, consideran que estos resultados se están logrando actualmente mediante el empleo de la Resonancia Magnética Funcional, lo que podría aumentar el grado de certidumbre en cuanto la conclusión deriva de aparatos independientes, lo que daría por otra parte a mecanismos de comprobación del diagnóstico.

do el exacto conocimiento de los hechos o al menos de los protagonistas necesarios de una determinada acción o negocio, le genera un dato o antecedente valiosísimo en torno del descubrimiento de la verdad formal.

El primer problema que ofrece esta técnica se encuentra relacionado con la garantía constitucional de “*negarse a declarar contra sí mismo*”, principio que constituye la piedra angular de todo el derecho penal contemporáneo y que como consecuencia de estas herramientas provistas por la neurociencia, podría ponerse en duda su consistencia y perdurabilidad.

En los países donde se emplean estos instrumentos procesales, siempre se lo ha hecho en forma opcional y de ninguna manera puede ser obligatoria, todo ello en defensa de principios de jerarquía constitucional vigentes durante muchos siglos y que se han transformado en verdaderas garantías de protección de los ciudadanos.

Otro aspecto en discusión se refiere al alcance que debe asignársele a un dato empírico como el que puede obtenerse a través de estos procedimientos. Algunos juristas en forma equivocada, a nuestra manera de ver, le atribuyen al dictamen efectos decisivos, consistentes en la imputación concreta de las consecuencias aplicables al acto o conductas que se pretenden esconder.

Sin embargo, esta posición -si se quiere extrema respecto de la vinculación entre las ciencias naturales y las jurídicas-, no ha tenido mayor aceptación y por el contrario, a la obtención de esta información se le otorga el valor de un *fuerte indicio* sobre el cual el juez debe extremar la investigación en miras a la obtención de otras pruebas capaces de llevar a un juicio de certeza, como para ser fundamento de una condena.

En definitiva, si la ciencia neurológica brinda la posibilidad de detectar una mentira a través de una comprobación empírica derivada del diagnóstico cerebral, el derecho, por el contrario, sin discutir la exactitud del dato, exige sin embargo otros elementos probatorios capaces de construir un juicio conceptual lógico conclusivo en orden a la atribución de responsabilidades de una persona en particular.

Dicho de otra manera, el *detector de mentiras* confiere sólo un *indicio cierto* y *consistente* apoyado sobre un dato de la realidad, aunque resulta insuficiente para dar fundamento válido a una sentencia condenatoria que requiere, inevitablemente, la construcción conceptual del juicio de certeza, que excede y trasciende claramente por cierto, a esa simple comprobación de un estado cerebral.

2. El problema de la imputabilidad de los sicópatas

La sicopatía es un trastorno mental permanente e irreversible que si bien no impide el cabal conocimiento de los actos que componen e integran una conducta contraria a derecho (*tabestand*) -razón por la cual los ordenamientos criminales del mundo generalmente le atribuyen imputabilidad, sin juzgarlos en base a una *racionalidad disminuida*-, posee sin embargo graves defectos de *empatía*, esto es, aptitud para comprender o percibir los sentimientos ajenos, de los cuales permanece completamente insensible a punto tal que se les ha dado en llamar “*daltónicos del sufrimiento de los demás*”.

Es evidente que este trastorno de los afectos y de las sensaciones gravita en forma determinante en el funcionamiento de los “*frenos inhibitorios*” de la conciencia y por ende, de las conductas, impidiendo la contención que se advierte en otras personas que no padecen de estos inconvenientes, circunstancia que hasta el momento y cuando se trata de la imposición de las penas, no se tiene debidamente en cuenta ni para la selección de ésta, ni para su graduación en el tiempo.

Dicho de otra manera, los sicópatas son juzgados de igual forma que se lo hace con otras personas que no padecen de este trastorno, circunstancia que a la luz de los avances del estudio del cerebro, abre una instancia de reflexión del derecho en orden a si estas decisiones sobre el modo de aplicar las sanciones legales a los sicópatas, no merecen una revisión importante.

En el campo de los penalistas ya se advierten voces que se inclinan, tomando como dato cierto de la realidad un diagnóstico de sicopatía, por encontrar una valuación diferenciada de estas conductas, no tanto relacionadas a su imputabilidad que parece fuera de toda discusión, sino más bien a la necesidad de ajustar las condenas con otras determinaciones que permitan una verdadera rehabilitación o mejora de esta patología, sobre todo teniendo en cuenta que el sistema tradicional, fuera de la privación de la libertad, no agrega ni adiciona elemento alguno para corregir o mejorar la vida futura del delincuente.

En nuestro país, cierta doctrina²¹ viene reclamando una revisión en el tratamiento de los sicópatas por considerar que el art. 34 del Código

²¹ Edgardo Alberto DONNA, *Derecho penal, Parte general*, Rubinzal-Culzoni, t. I, capítulo V y t. II, capítulos II y IV, págs. 195 y 172.

Penal argentino confiere a los magistrados dos parámetros de valoración de las conductas punibles, el que se vincula con la *comprensión de la criminalidad* del acto -que como dijimos, no ofrece contradicción alguna-, pero no así respecto de lo que se entiende por “*conducción de la persona*”, pues considera como incorrecta esta disociación entre lo intelectual, con la afectividad o lo impulsivo, debido a que la persona debe ser considerada en forma integral, sin establecer separaciones o divisiones que no se corresponden con su propia naturaleza.

Sobre estos enunciados generales, consideran que el padecimiento de graves trastornos de conducta derivados de profundas alteraciones de la esfera afectiva o volitiva, terminan inexorablemente impidiendo una correcta “*dirección de sus acciones*”²², aunque desde el punto de vista cognitivo o intelectual exista una cabal comprensión de la transgresión de las normas penales.

El sicópata está capacitado para comprender intelectualmente las reglas sociales, pero carece de decisión para hacer lo propio, asumir en su interior el orden social y moral que da fundamento a las leyes, porque como se ha dicho²³ y con razón “*El desacuerdo de las ideas con los*

²² Gerhard ROTH, “Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?”, en Christian GEYER (ed.) *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Francfort del Meno, Suhrkamp, 2004, págs. 98-102. Dice el autor: “Una sociedad no debe castigar a nadie sólo porque en algún sentido moral se haya vuelto culpable; ello tendría sentido sólo si este sujeto pensante hubiera tenido la posibilidad de haber actuado de manera diferente a como realmente actuó”. Nota tomada de Ernesto GARZÓN VALDEZ, ob. cit., nota 7, pág. 28, nota 80.

²³ Natalia BARBERO - Mariana SALDUNA, “imputabilidad penal del sicópata”, en [http. www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx). En un excelente trabajo las autoras efectúan un desarrollo completo de los argumentos y posiciones de las dos concepciones existentes sobre esta cuestión: por un lado, la teoría clásica que concibe la imputabilidad desde una perspectiva exclusivamente intelectual y que se traduce en el conocimiento de la criminalidad de las acciones como regla general, reconociendo sólo como excepción la alienación mental que obsta precisamente al cumplimiento de este presupuesto. En la segunda parte de su trabajo, se recopila toda la evolución del derecho penal moderno, en el sentido de concebir que la imputabilidad debe tener en cuenta un concepto unitario de persona, tanto en sus aspectos intelectuales, como en los afectivos o impulsivos, de forma tal que ante la grave disociación que puede sufrir el sicópata en determinadas circunstancias, esa fractura psicológica puede llevarlo a una situación de inimputabilidad por la anulación o disminución de la capacidad para mantener una coexistencia racional y apropiada. La falla que pretende destacar esta nueva concepción, no es la capacidad para comprender la crimina-

sentimientos trae como consecuencia una ineptitud para valorar lo lícito, que traducido al lenguaje jurídico equivale a la imposibilidad de comprender cabalmente la criminalidad del acto pero por sobre todo, dirigir sus acciones”.

No parece difícil concluir en este sentido, que todos los últimos avances en materia del descubrimiento y comprensión de las interconexiones neurales del cerebro, contribuirán de alguna manera a hacer sentir sus efectos sobre decisiones que se adopten respecto de este tipo de personas con trastornos de conducta, sea para encontrar una pena ajustada a las circunstancias que explicaron la conducta antijurídica o, quizás, lo más probable, en el contenido de la sentencia se contemplen medidas que faciliten la superación o rehabilitación del delincuente.

3. Reabre la discusión en el derecho penal entre la escuela clásica y la positivista

El derecho penal tradicional sufrió -a principios del siglo pasado-, una crítica importante respecto de lo que había sido su pensamiento clásico o tradicional, como consecuencia del pensamiento de autores como Enrique Ferri²⁴ o Cesare Lombroso²⁵, distinguidos exponentes de la llamada “*escuela positivista*”, que cuestionan gravemente el principio liminar del *libre albedrío*, por entender que toda persona que transgrede las reglas de convivencia social y, por ende, resulta de aplicación la legislación cri-

lidad del acto, sino la facultad de poder dirigir sus acciones precisamente conforme a esa comprensión.

²⁴ Enrique Ferri considera que, frente al delito, no hay que partir de la base acerca de la existencia de un reproche moral, sino buscar las causas sociales o patológicas por las que una persona incurre en estas conductas transgresoras. En definitiva, más que delinquentes existen enfermos que deben ser tratados como tales, ya que carecen de libertad para la conducción de su persona.

²⁵ Cesare LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, vols. I y II; id. *El delito y sus causas y remedios*, Madrid, 1902. Considera que los factores que determinan la criminalidad, son de tipo síquicos orgánicos, verdaderas anomalías que hacen del tipo delincuente un tipo patológico. Sobre estas premisas considera que el derecho penal debe abandonar toda pretensión ética y basarse exclusivamente en la defensa social.

minal, se trata de un enfermo que actuó bajo el condicionamiento de una estructura cerebral que dispuso adoptar tales determinaciones más allá de su voluntad.

El delincuente aparece como impelido al hecho conforme a un conjunto de factores subjetivos y objetivos, que obran con poder causal sobre su conducta. Sobre estos presupuestos científicos y doctrinarios, parece claro que para la escuela en cuestión, la responsabilidad no puede seguir siendo la base de la imputabilidad moral ²⁶.

A partir de esta premisa que, como es lógico, reconocía una importante apoyatura en los avances y descubrimientos recientes de las ciencias biomédicas -a ese entonces no obstante, muy retrasadas respecto de la neurociencia actual-, la pena no tenía como finalidad un castigo aplicado a quien en plenitud de sus aptitudes intelectuales, infringía las leyes penales ocasionando daños a la persona o a los bienes de otros, sino por el contrario, debía convertirse en una *medida de seguridad* capaz de encontrar una curación del paciente para el cumplimiento del principio constitucional de la rehabilitación sin castigo del infractor y su reinserción dentro de la sociedad.

No se precisan ulteriores consideraciones para advertir que estas proposiciones de cambio en la consideración o composición del delito, en lo que respecta a la valoración de su aspecto subjetivo o intencionalidad del autor, importaba el más duro reproche a las concepciones clásicas o tradicionales que desde siempre han considerado que salvo los supuestos expresos y muy específicos de *inimputabilidad* -es decir, falta de comprensión de la criminalidad del acto y dirección de sus acciones-, toda persona debe ser responsable de sus actos y por ende, sin perjuicio del efecto rehabilitatorio que se le asigna a la condena, cumple sin embargo un efecto *retributivista* como respuesta del ordenamiento jurídico ante el quebrantamiento voluntario y consciente de sus disposiciones legales.

Más allá de lo atrayente de sus enunciados, como así de un cierto momento acaecido a mediados del siglo pasado de mucho resplandor en el universo de la doctrina penal, lo cierto es que una vez avanzado el siglo quedó en situación francamente minoritaria y la mayor parte de los códi-

²⁶ Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1953, ts. II, III, parágrafo 36, pág. 23.

gos penales actuales tienen organizada la “*teoría del delito*” sobre los lineamientos centrales de la doctrina clásica esbozada con particular claridad por uno de sus cultores más eminentes -como lo hiciera Francesco Carrara en su famoso *Programa*-, posición que tuvo particular gravitación en la falta de aceptación de las tendencias positivistas.

¿Qué influencia ha tenido el moderno desarrollo de las neurociencias frente a esta disputa central del derecho criminal contemporáneo?

Es evidente que el estudio y avances en la estructura anatómica y funcional del cerebro reviste un significado especial para esta vertiente de pensamiento ya que de alguna manera y con las evidencias propias de las comprobaciones empíricas, diversas conclusiones logran encontrar explicaciones racionales con relación al comportamiento humano, circunstancias que evidentemente constituyen conocimientos que deberán inevitablemente ser tenidos en cuenta, tanto para la fundamentación de una sentencia o igualmente, respecto de aspectos específicos de la política criminal con el propósito de que las sentencias coadyuven realmente a la rehabilitación de los que incurrieron en violaciones de la ley penal.

Cabe entonces destacar como dato objetivo -y con la mayor o menor significación que quiera reconocérseles a estos antecedentes- que las neurociencias han venido a apoyar de alguna manera a la vertiente positivista, para lo cual será menester estar particularmente atentos respecto de algunas conclusiones o conocimientos que se obtengan con validez universal para proyectarlos sobre el campo del derecho de forma tal que encuentren una correlación adecuada.

4. Las neurociencias y el concepto de muerte como fin de la persona humana

Los ordenamientos decimonónicos de derecho privado no tienen disposiciones específicas que determinen el concepto de muerte como fin de la existencia de la persona física, titular o protagonista necesario de toda relación jurídica válida.

Ello no ocurría simplemente, porque no era necesario, ya que para ese entonces este fenómeno acaecía de manera uniforme a través de la paralización simultánea y completa de sus órganos vitales, tales como el sistema respiratorio, cerebral y cardiovascular. Se ha dicho con razón que

la muerte se manifestaba como un *acto*, donde al unísono y por los más diversos motivos, cesaban en conjunto el funcionamiento del cerebro, la respiración y los latidos del corazón.

A mediados del siglo pasado, cuando dos médicos franceses logran obtener el llamado “*comma dépassé*”²⁷, a través de la utilización y asistencia de una aparatología impensada hasta ese momento, el fin de la vida se transforma -en algunas oportunidades-, de un *acto* o hecho instantáneo como era antes, en un verdadero *proceso*, de forma tal que la cesación de los órganos vitales puede separarse en diversos momentos, situación que le plantea al derecho la necesidad de encontrar una definición técnica precisa y concreta respecto de cuándo debe entenderse que una persona ha muerto.

Es bueno recordar igualmente, que los grandes avances de la cirugía de trasplante de órganos de la década del setenta, inaugurada en Sudáfrica por Christian Barnard, agudizó esta disyuntiva y fue menester dar una respuesta acerca del momento en que la ciencia médica entiende que una persona ha muerto a los fines jurídicos, aunque quizás tenga todavía síntomas vitales como la respiración o el ritmo cardíaco.

Es evidente que los estudios de las neurociencias gravitaron en este sentido para el hallazgo de una contestación a tan importante dilema, habiéndose adoptado universalmente el criterio de *muerte encefálica o del tronco cerebral*²⁸ por sobre las demás, de forma tal que un electroence-

²⁷ P. MOLLARET - M. GOULONM, “Le coma dépassé. Memoire Preliminaire”, Rev. Neurologique, París, 1959. Tomado por cita de María Teresa BERGOGLIO DE BROWER DE KONING - María Virginia BERTOLDI DE FOURCADE, *Trasplante de órganos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, Capítulo V, 25, pág. XV. Dos neurólogos franceses, MOLLARET y GOULLON, describen específicamente el denominado “*coma dépassé*” en virtud del cual y como consecuencia de daños producidos en un paciente y la asistencia de mecanismos de ventilación o respiratorios artificiales (pulmotor, respirador artificial, traqueotomía, alimentación artificial, sonda endogástrica, sueros) se produce una separación entre ciertas funciones vitales como el ritmo cardíaco, o incluso el sistema respiratorio que se mantienen en funcionamiento, con las respuestas encefálicas que aparecen dañadas de manera definitiva, generalmente sin posibilidad de reversión. En 1968, la Universidad de Harvard publica un estudio científico denominado la muerte cerebral, donde se abre definitivamente la disociación entre el proceso de cesación de funciones vitales como las cardíacas, respiratorias y encefálicas o cerebrales.

²⁸ BERGOGLIO y BERTOLDI, ob. cit., nota 20 pág. 300. Sostienen que tradicionalmente la muerte como acto implicaba la cesación de los “tres pilares de la vida”, es decir,

falograma chato o que se manifieste de manera absolutamente horizontal, repetido en dos oportunidades dejando un espacio intermedio entre ambos estudios, lleva a la conclusión de la *pérdida completa e irreversible de la actividad cerebral*, diagnóstico al que debe asignársele el concepto de muerte en sentido técnico.

Este criterio, sin embargo, ha provocado todavía algunas dificultades en casos como el de Terri Schiavi²⁹ en los EE.UU., cuando la persona que ha sufrido el daño cerebral irreversible, no ha perdido sin embargo sus aptitudes respiratorias, que complementadas con una alimentación artificial a través de una sonda gástrica, puede asegurar una sobrevida prolongada, aunque no medie posibilidad alguna de rehabilitación cerebral.

No cabe ninguna duda que los avances de la neurociencia sobre este particular y delicado problema que presentara el siglo XX, ha sido beneficioso para una mejor y más ajustada precisión de los conceptos, como aquellos que sirven para diferenciar con exactitud la vida de la muerte.

5. La neurociencia y su influencia en la regulación de la capacidad de obrar progresiva mediante una mejor caracterización de los estados fronterizos

El derecho civil moderno considera como inadecuada e incorrecta la distinción casi absoluta que efectuaban los códigos decimonónicos, entre

corazón, respiración y cerebro. Con referencia al documento emanado de la Conferencia de Reales Colegios Médicos de Gran Bretaña, en un documento denominado “Diagnosis de la muerte”, sostiene que cualquiera sea la causa de la muerte, la muerte del cerebro representa la etapa en que verdaderamente muere el paciente y no se considera difícil ni ilógico equiparar esto con el concepto religioso del momento en que el alma abandona el cuerpo.

²⁹ CAPÓ - NADAL - RAMOS - FERNÁNDEZ - CONDE, *Neuroética, derecho y neurociencia*, ob. cit., nota 8. El caso desencadenó una verdadera batalla entre el marido y los padres de Terri Schiavo, habiendo llegado sus repercusiones al propio Congreso de los Estados Unidos. El problema que se planteaba en este caso, que el único medio excepcional para mantener su vida era la utilización de la sonda gástrica, circunstancia que abría un margen de duda respecto de la adopción de una decisión tan complicada como era la de dejarla morir. En marzo de 2005 se obtuvieron las autorizaciones correspondientes y trece días después falleció. La autopsia determinó que su cerebro pesaba sólo la mitad con relación

una persona sana y por ende, dotada de plena aptitud para ejercer por sí misma los derechos que le acuerda la ley, de otras que padecen trastornos mentales como presupuesto patológico que obsta e impide la libre “*administración de sus bienes*”, como así la “*conducción de su persona*”.

Para ser más exactos, estamos ante normativas que no reconocen estados intermedios o fronterizos, generando una suerte de fractura absoluta entre la enfermedad y la salud, como si no fuese posible encontrar situaciones grises o intermedias que merezcan por parte del derecho una respuesta especial y adecuada a sus características.

El avance del estudio del cerebro, así como igualmente el sistema interconexional de las neuronas conocido en los últimos años, ha hecho sentir su impronta igualmente dentro de estas alternativas tradicionales del derecho, concibiendo el concepto de “*capacidad progresiva*” como una respuesta ajustada al estado de maduración de la persona³⁰, brindándose ahora a los magistrados una importante variedad de herramientas consistente en interdicciones tuitivas con la finalidad de paliar estas situaciones de disminución de facultades mentales mediante la creación de instrumentos de protección, sin por ello condenarlos indefectiblemente a la interdicción completa por demencia, que no se compadece obviamente, con un diagnóstico ajustado a su estado real de salud mental.

Entendemos que en este amplísimo campo que surge como consecuencia directa de los grandes pasos dados en lo que respecta a la prolon-

a una situación normal, circunstancia que sirvió para corroborar en forma empírica que se trataba de una situación de daño cerebral irreversible.

³⁰ José W. TOBIAS, “Otro derecho para el enfermo mental”, en *Reformas al Código Civil en el Derecho de las personas*, publicado en Juan Carlos PALMERO (COMP.), *Cuestiones modernas de derecho civil*, Córdoba, Advocatus, mayo 2011, pág. 105. Sostiene el autor que la crisis de la correlación entre la enfermedad mental y ausencia de discernimiento, ha desencadenado otra crisis: la del dogma de la incapacidad absoluta del interdicto, que se presenta como inadecuada e incompatible con las nuevas posibilidades de la psiquiatría, con la diversidad de formas de la enfermedad mental con algunas exigencias terapéuticas. En igual sentido: Julio RIVERA, en el mismo trabajo citado precedentemente, ob. cit., pág. 73. Sostiene el autor que el Código Civil argentino tiene un tratamiento de las personas con disminución de sus aptitudes francamente regresivo y muchos veces afectando el principio de autonomía, debiendo en consecuencia para superarse este problema, incorporar los enunciados y principios establecidos en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

gación de la vida, la neurociencia aportará elementos decisivos en orden a lograr una aplicación de estas instituciones vinculadas con la “*aptitud para el ejercicio de los derechos de las personas*”, de manera más acorde con la realidad y por lo mismo, mucho más cercanas a una correcta solución de justicia.

6. *Neurociencias e intimidad*

El gran Napoleón, mientras reflexionaba en la Isla de Elba acerca del destino del hombre y de la vida, planteaba un interrogante central al que no le encontraba respuesta alguna, quizás porque pese a todos los adelantos existentes en el campo de las ciencias, todavía no se ha logrado despejar este verdadero misterio o incógnita del hombre.

Meditaba el emperador galo, en este sentido: ¿Cómo es posible que esta espada que ha sido capaz de conquistar al mundo, no ha podido sin embargo, cambiar la forma de pensar de la más humilde de las personas? A esta situación de impotencia, propia de quien había disfrutado de inmensos poderes, se sumaba otra incógnita, que constituye ese ámbito de privacidad que corresponde al mundo de los pensamientos y que pertenece a cada persona, sin que los demás puedan acceder de ninguna forma.

Todavía no se ha podido penetrar, invadir o conocer las disquisiciones, sensaciones y pensamientos individuales, permitiéndose de esta manera que cada sujeto sea considerado como una verdadera unidad autónoma y ajena a cualquier otra y por ende, desenvolverse dentro de una privacidad absoluta con relación a todo otro sujeto o circunstancia de cualquier naturaleza de que se trate.

Es evidente que estos avances en materia de conocimiento del cerebro, sobre todo si se tiene en cuenta la evolución exponencial experimentadas por las neurociencias en estos últimos años, podría llegar a ponerla en directa colisión con el derecho personalísimo de la *intimidad*, la que según estos avances experimentados recientemente afectarían gravemente la dignidad individual como derecho humano fundamental³¹.

³¹ Juan Carlos PALMERO, “Derecho a la intimidad y el genoma humano”, en *El derecho a la salud*, publicación de la Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho de

La experiencia adquirida luego del descubrimiento del Genoma Humano o mapa de la vida, muestra las implicancias de estos instrumentos en la predicción o predisposición de ciertas enfermedades, tanto en lo que se refiere a su eventual incidencia en las relaciones de empleo o laborales, como así respecto de personalidades abiertas a competencias públicas como elecciones, certámenes, etc. La desnudez interior que brinda el genoma, puede ser un verdadero obstáculo para la preservación del derecho a la intimidad o privacidad de toda persona, como así igualmente del desarrollo de sus posibilidades y potencialidades durante su existencia.

Cabe considerar igualmente, la relación entre estas verdaderas “*lecturas cerebrales*”, con relación al derecho personalísimo a la *privacidad*, cuya preservación constituye uno de los parámetros imprescindibles para el mantenimiento de la dignidad del hombre y parece claro advertir que la *intimidad* de los pensamientos, integra uno de los condimentos más significativos de este derecho.

El respeto por la soledad de nuestros pensamientos y sensaciones, no puede quedar expuesto al conocimiento de otras personas, por más que existan motivos fundados para lograr estas situaciones, por lo que seguramente en un futuro no muy lejano, será menester que el derecho se ocupe de proteger al hombre en toda su dimensión y muy especialmente, el absoluto reconocimiento de un espacio individual vedado por completo a los demás, cualquiera sea la causa o los motivos que justifiquen estas intervenciones.

Algo semejante puede llegar a ocurrir en estos aspectos derivados de un mayor conocimiento de las predicciones cerebrales y su incidencia respecto del futuro de las personas, circunstancias que deberá mantener particularmente atento al derecho para evitar caer en una suerte de determinismo materialista que obsta y excluye todo juicio moral basado en los valores y aptitudes individuales y culturales.

LA ACTIVIDAD ESTATAL DE FOMENTO ¹

por JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA *

SUMARIO: I Concepto. Principios generales. II. Ayudas públicas. III. Principio de subsidiariedad. IV. Subvención y subsidios. V. Distintos medios o medidas. VI. Conclusión.

I. Concepto. Principios generales

El Estado debe orientar las actividades económicas con el objeto de que estén al servicio del hombre y satisfagan sus necesidades espirituales y materiales. Para ello, elabora planes, en los que promueve la participación de los sectores económicos y sociales interesados, destinados al desarrollo regional y a la integración de la economía nacional, provincial o municipal. Es por esa razón que dicta distintas medidas para estimular la eficiencia, la productividad y el desarrollo de ciertas actividades que, directa o indirectamente, deben redundar en beneficio de la comunidad.

En todos estos supuestos, nos estamos refiriendo a la “promoción”, pero hay otros en que se los realiza teniendo en cuenta la “protección” cuando se trata de resguardar una determinada actividad económica o empresa a través de la adopción de medidas restrictivas o limitativas que afectarían derecho de terceros ². Podemos citar como ejemplo: el comercio nacional o la prohibición de importar ciertos bienes que se fabrican en

¹ Conferencia pronunciada en sesión ordinaria del 27 de marzo de 2012.

* Académico de número. Vicepresidente de la Academia.

² José Augusto LAPIERRE, “Regímenes de promoción económica”, en *Servicio público, policía y fomento*, obra colectiva, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2004, pág. 586.

el país, o autorizar la importación abonando importantes impuestos. Esta última decisión ha sido criticada porque se protege un producto que por su calidad no puede competir con un extranjero, distinto es cuando la competencia está en el precio.

Esta decisión, como atribución del Estado, debe tener en cuenta las necesidades e intereses individuales y generales que existen en la comunidad y se satisfacen no sólo por la actividad del Estado sino también por la de los administrados. En algunos casos por medio de facultades exclusivas y en otros por medio de facultades concurrentes. De tal manera que la ampliación de la esfera de actividad de uno tiene que traducirse en disminución de la esfera de acción de los otros. De donde resulta una pugna constante en la que el Estado o los individuos van ampliando o disminuyendo, según el caso, sus respectivas atribuciones³.

Si la actividad del Estado se reduce a las de naturaleza política, quedarían para los particulares las actividades de naturaleza económica, como son la de producción, cambio y consumo de bienes. En este supuesto el Estado no intervendría en la actividad económica

Pero desde hace unas décadas la actividad del Estado no queda reducida a la política, sino que también se extiende a la económica, porque debe buscar el “bien común” y la mayor o menor participación del Estado en la actividad económica está vinculada con las doctrinas económicas y por razones de brevedad las podemos reducir al liberalismo, al socialismo y al estatismo⁴.

El “bien común” es sinónimo de “interés público” y los economistas clásicos nos recuerdan que el interés público es el conjunto de utilidades individuales⁵. La eficiencia del sistema económico se caracterizaba por la satisfacción del consumidor y, por ello, se sostenía que había utilidad privada. Si a ello se le suma la satisfacción del usuario de los servicios públicos porque funcionan en forma permanente, regular y continua, quiere decir que se satisface el interés general.

³ Gabino FRAGA, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1960, pág. 4.

⁴ Juan José GUARESTI (h), *Economía política. Las doctrinas económicas*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1963, pág. 15 y ss.

⁵ Carl J. FRIEDRICH, *El interés público*, México, Roble, 1968, pág. 15.

En este documento de trabajo analizaré una de las formas de intervención estatal a la que se conoce con el nombre de “fomento”.

Jordana de Pozas ⁶ enseña que el fomento es la acción de la administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, *sin usar la coacción*, ni crear servicios públicos.

Lo destacado me pertenece, porque si bien por lo general no se usa la coacción, hay casos en que se la utiliza disimuladamente, como por ejemplo: una ordenanza municipal establece que todas las industrias deberán trasladarse al parque industrial en el término de cinco años, y una vez instaladas gozarán hasta el año xx de un descuento del 20 o del 25% de la contribución que incide sobre la actividad comercial, industrial y de servicio.

Esta norma coacciona a las industrias, pues las obliga a trasladarse lo antes posible para tener derecho a un mayor tiempo de la disminución contributiva, aunque lo hagan en su propio beneficio.

Para Jordana de Pozas en el fomento encontramos dos elementos esenciales: el “teleológico”, determinado por la finalidad de proteger o promover aquellas actividades que satisfacen el interés general o las necesidades públicas y el “técnico” que no está dado por la coacción, sino por la persuasión, por convencer al particular para que haga algo u omita algo.

Es una actividad interventora del Estado distinta a la de Policía, ya que no se trata de una delimitación de los derechos ni utiliza el Estado la coacción -por lo general, como lo he dicho- para que los particulares realicen una actividad determinada, sino que mediante el *fomento* se procura alentar, incentivar o sugerir la realización de ciertas actividades de carácter económico, cultural, artístico, entre otras, para beneficio no sólo del que se encuentra comprendido por esta decisión estatal, sino también indirectamente por la comunidad.

⁶ Luis JORDANA DE POZAS, “ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo”, en Revista de Estudios Políticos, obra colectiva, N° 48, Madrid, 1949, pág. 45; Graciela E. CHRISTE, “¿Es posible hablar de una actividad de fomento a través de los planes sociales?”, en *Cuestiones de Intervención Estatal: Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2011, pág. 83 y ss..

II. Ayudas públicas

Martínez López Muñoz⁷ propone el abandono de la voz “fomento” y reemplazarla por “ayudas públicas”, porque no siempre se destaca el elemento teleológico, ya que en numerosas oportunidades el particular actúa pensando en su propia satisfacción aunque contribuya al interés general y, por ello, coincide el interés público con el privado.

La “ayuda pública” por lo general es en dinero, como por ejemplo apoyo financiero para las pequeñas y medianas empresas que estén en una determinada condición y que a su vez cumplan con obligaciones tributarias. Pero a veces consiste en la entrega de ciertos bienes, como pueden ser materiales para la construcción de viviendas económicas; de semillas porque el Estado tiene interés en la siembra de ciertos cereales, de verduras, de hortalizas o de frutas; de libros y cuadernos para niños que pertenecen a familias de escasos recursos económicos, etc.

A esta actividad estatal se la ha denominado “acción administrativa de estimulación”, porque el Estado incita o estimula, por las vías que correspondan en cada caso a que los administrados realicen sus actividades de la forma que previamente ha considerado más favorable para los intereses públicos⁸.

III. Principio de subsidiariedad

Estimo de interés destacar que es importante que el Estado acuda en auxilio de ciertas actividades de los particulares y los ayude, porque no sólo se beneficiarán ellos directamente, sino también la comunidad en forma indirecta. Pero “ayudar no significa reemplazar” y, por lo tanto, es

⁷ José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: Una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración pública” en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, obra colectiva, Madrid, 1989, pág. 756 y ss.

⁸ Silvia TESTONI, “Régimen del compe trabajo argentino”, en *Servicio Público, policía y fomento*, obra colectiva, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2004, pág.669.

necesario evitar los excesos perniciosos⁹ y con mayor razón si se lo hace en forma arbitraria.

El Estado no debe reemplazar al individuo, ya que debe regir el principio de subsidiariedad¹⁰ y, por lo tanto, todo lo que puedan hacer los particulares no tiene que hacerlo el Estado, quien debe regular para que sea posible la convivencia social, delimitando la esfera de acción de cada uno y precisando el alcance de sus respectivos derechos¹¹.

Debe también controlar y, en su caso, encauzar la actividad para la realización del bien común. Al Estado le corresponde intervenir en el supuesto de que esa actividad sea insuficiente y además necesaria para la colectividad, pero esa intromisión no debe reemplazar a los particulares.

La administración crea condiciones favorables supliendo no sólo lo que los particulares no pueden hacer por sí solos, sino también promoviendo aquellas actividades que por resultar poco lucrativas, no resultan atractivas para ellos¹². En otros términos: el Estado debe permitir a los individuos que alcancen por sí mismos sus fines, pero si esos fines también benefician a la colectividad y los individuos o las corporaciones son impotentes para alcanzarlos por sí mismos, debe aparecer el Estado para ayudarlos¹³.

Considero importante destacar que esa intervención estatal debe ser transitoria y en la medida que sea necesaria, por lo que, desaparecida la necesidad debe desaparecer la intervención.

En qué momento debe aparecer esa ayuda, es una cuestión “política”, que varía según las épocas y los lugares y que debe ser analizado en cada caso.

⁹ Faustino J. LEGÓN, *Tratado de derecho político general*, Buenos Aires, Ediar, 1959, t. I, pág. 439.

¹⁰ Juan Carlos CASSAGNE, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pág. 23 y ss.

¹¹ Enrique SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, ed. Martín Bianchi Altuna, 1959, t. I, pág. 52.

¹² María José RODRÍGUEZ, “El fomento como forma de intervención administrativa. La promoción industrial en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación”, en *Servicio público, policía y fomento*, obra colectiva, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2004, pág. 683.

¹³ Faustino J. LEGÓN, ob. cit., t. I, pág. 467.

Por ser una “cuestión política”, el acto administrativo que deniegue un pedido de ayuda no puede ser impugnado judicialmente, salvo el supuesto de arbitrariedad, pues es al funcionario político a quien le corresponde decidir cuál es el medio más idóneo para satisfacer el bien común en un momento determinado.

IV. Subvención y subsidio

A la ayuda pública suelen denominarla también “subvención” o “subsidio”, como términos sinónimos, pero Mata ¹⁴ sostiene que “... *la subvención debe distinguirse del subsidio, ya que éste se dispone por el concedente si se configura el supuesto legal establecido, sin que sea necesario verificar el cumplimiento de su aplicación por el subsidiado, v.gr. subsidios sociales por matrimonio o nacimiento, o subsidios económicos, tales como las reducciones de los precios del gasoil o de las tarifas eléctricas...*”.

Fiorini ¹⁵ opina que el subsidio tiene carácter permanente y se aporta con carácter genérico, sin tener en cuenta el sujeto beneficiado. Se subsidia una actividad o gestión determinada, la exportación y la importación, et- cetera y se tiene en cuenta la producción antes que el consumo. En cambio la subvención tiene en cuenta el sujeto beneficiado. Se subvenciona a una persona, a una sociedad.

Para mí son términos sinónimos y, por ello, se pueden usar indistintamente, pero si por razones didácticas hay que distinguirlos, la diferencia consiste en que la subvención es en dinero. En otros términos: es un desembolso efectivo de dinero del erario público en favor de un particular ¹⁶. Puedo citar como ejemplo de subvención la cantidad de dinero que percibe mensualmente un instituto privado de enseñanza para contribuir al pago

¹⁴ Ismael MATA, “El control de los subsidios” en *Cuestiones de control de la administración pública*, obra colectiva, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2010, pág. 776.

¹⁵ Bartolomé A. FIORINI, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1968, t. II, pág. 783.

¹⁶ Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, vol. II, pág. 266.

de los sueldos del personal. En este supuesto el beneficiario tiene un derecho subjetivo de carácter administrativo, por lo que no puede ser suprimida sin causa imputable al instituto o colegio, ya que el administrado tiene deberes que cumplir. El incumplimiento de estos deberes -lo que debe ser probado en sumario administrativo con posibilidad de audiencia y prueba- trae como consecuencia sanciones, que pueden tener carácter resolutorio. En este supuesto, estamos en presencia de una caducidad y, como tal, puede ser recurrida primero en sede administrativa y luego en la judicial por la vía contencioso administrativa

En cambio el subsidio puede ser no sólo en dinero sino también en especie como los pañales o la leche que se entrega durante un tiempo determinado a los padres de niños mientras son bebés, o los delantales y útiles a los alumnos pertenecientes a familias de escasos recursos económicos, o con el objeto de poblar el país se estimula a que los padres tengan 5 o más hijos y, por ello, el Estado entrega los libros y demás útiles que los establecimientos escolares les requieran a partir del quinto hijo y hasta que se reciban de bachiller, haciéndose cargo también de la provisión de los uniformes exigidos por los colegios estatales o privados.

Altamira ¹⁷ enseña que “... *La subvención tiene por causa una conducta futura o actividad que se espera del beneficiario, con lo cual el subvencionado aparece como titular de derechos y deberes condicionados por su finalidad. El incumplimiento de la condición impuesta al otorgársela tiene, generalmente, carácter resolutorio. No cumplida la condición desaparece la subvención. De esta circunstancia nace para la administración el poder de fiscalizar la actividad subvencionada...*”.

Es por esta razón que con buen criterio Nahuel ¹⁸ dice que “... *no debe olvidarse que, para pagar la subvención, el Estado usa dinero proveniente de los impuestos, o sea, que los costos son aportados por toda la comunidad de una manera difusa, de forma tal que ésta*

¹⁷ Pedro Guillermo ALTAMIRA, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1971, pág. 490.

¹⁸ Alejandro NAHUEL, “La igualdad y el acceso al fomento”, en *Cuestiones de intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento*, obra colectiva, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2011, pág. 489.

debe recibir los beneficios emergentes de sus resultados y es precisamente en ello que se concreta el bienestar general perseguido... ”.

Cuando la ayuda pública consista en la entrega de dinero, el límite estará dado por lo fijado en el ítem pertinente del presupuesto. En caso de que el monto no alcance para satisfacer todas las solicitudes presentadas, el Estado tiene dos posibilidades: una es hacer un proceso de selección entre los solicitantes y otra es prorratear el monto entre todos los aspirantes.

Cualquiera sea la decisión que se adopte es en el ejercicio de facultades discrecionales, por lo que el acto administrativo dictado no podrá el afectado impugnarlo en sede administrativa y mucho menos en sede judicial, porque no se podrá pedir al juez que reemplace a la administración y declare la invalidez de la decisión emitida y la sustituya por la otra que podía adoptar.

Su fundamento constitucional ¹⁹ se encuentra en el Preámbulo ²⁰ y en los arts. 75 incs. 18 ²¹ y 19 ²² y 125 ²³ de la Constitución Nacional

Es importante aclarar que los particulares realizan esa actividad voluntariamente y no porque los obliguen, y como no sólo se benefician ellos sino también la comunidad, se los considera colaboradores del Estado ²⁴.

V. Distintos medios o medidas

Para realizar esta actividad de fomento administrativo, el Estado puede utilizar distintos medios que pueden consistir en el otorgamiento de bene-

¹⁹ Estela SACRISTÁN, “El problema de la fuente en las relaciones de fomento” en Revista de Derecho Administrativo, obra colectiva, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, pág. 99 y ss.

²⁰ “Promover el bienestar general”.

²¹ “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, promoviendo la industria... por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

²² “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico...”.

²³ “La provincias pueden... promover su industria, la inmigración, ...la introducción y establecimientos de nuevas industrias...”.

²⁴ Héctor Jorge ESCOLA, *Compendio de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1984, vol. II, pág. 858 y ss.

ficios, como por ejemplo préstamos a menor interés que el habitual, o a más largos plazos, disminución de ciertos impuestos o la eximición del pago de éstos durante un tiempo determinado. Los beneficios también pueden consistir en el otorgamiento de subvenciones.

Las medidas de fomento pueden ser de carácter transitorio con el objeto de resolver ciertos problemas coyunturales, que una vez solucionados traen como consecuencia el cese de dichas medidas.

Así, el Estado puede intervenir en la actividad económica procurando que haya nuevas fuentes de trabajo y, en consecuencia, a quienes las creen, les otorga eximición impositiva durante un tiempo determinado, la que podrá ser a nivel nacional, provincial o municipal.

Hay normas provinciales de fomento ²⁵ que otorgan ventaja en situaciones competitivas a las empresas radicadas en la provincia y que se presenten en las licitaciones de obras públicas, siempre y cuando se configuren similares condiciones de calidad con respecto a ofertas realizadas por personas físicas o jurídicas con domicilio en otra provincia y cuya diferencia en precios no supere a los porcentajes indicados en el pliego.

Esta clase de normas han sido objetadas por discriminatorias y porque se sostiene que con estas medidas se está perjudicando a la comunidad porque se podría marginar a la empresa que ha realizado la mejor oferta. Para expedirse acerca de su razonabilidad será necesario analizar en cada caso la relación de medio a fin.

Puede también, para evitar desocupación, disminuir los aportes jubilatorios y el de las obras sociales, a fin de que el costo fijo de las empresas sea menor, con la obligación por parte de los empleadores de no producir despidos incausados, no sólo para cumplir con un mandato constitucional como es de de “promover el bienestar general”, sino también por un principio ineludible de solidaridad ²⁶.

En este supuesto la actividad de fomento es de carácter positivo. En cambio es de carácter negativo, en los casos en que se procura desalen-

²⁵ La ley 12.496 en la Provincia de Buenos Aires, la ley 8836 en la Provincia de Córdoba, por ejemplo.

²⁶ Alejandro J. USLENGHI, “Poder de policía y actividad de fomento” en *El derecho administrativo argentino, hoy*, obra colectiva, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, pág. 94.

tar cierta actividad por considerarla inconveniente al interés general. Por ejemplo, se aumenta la contribución que incide sobre la actividad comercial de los hoteles por hora que se encuentren ubicados en la zona céntrica con el objeto de que se radiquen en zonas aledañas.

A veces para que una obra pública se realice mediante el contrato de concesión, el Estado garantiza ciertos beneficios y, por lo tanto, el riesgo no lo asume el concesionario y su objeto es disminuir el álea económica de la concesión, lo que reduce los riesgos y por ende costos de su financiación, lo que en definitiva se traducirá en un menor precio. Por ejemplo, en el pliego de licitación pública para la construcción y explotación de la playa subterránea de estacionamiento de vehículos en la Plaza de la Independencia de la ciudad de Córdoba, se estableció que los meses que el concesionario no facturase 1.000 horas por mes, la Municipalidad pagaría la diferencia.

En este ejemplo la garantía es aleatoria, fluctuante, contingente, es decir, que opera en tanto los usuarios estimados sean inferiores a un mínimo establecido. Todo usuario paga lo que corresponde, la garantía es útil para disminuir el costo de la obra por disminución de riesgo²⁷.

Se trata de una ventaja patrimonial favorable al sujeto, fomentada por una razón de interés público. Diez²⁸ enseña que en estos casos se está en presencia de un auxilio económico directo que si bien beneficia a un particular, con la obra se beneficia también la comunidad.

En otros supuestos puede estimular el proceder de los empresarios otorgando distinciones o menciones honoríficas, que también se suelen denominar psicológicas con la finalidad de que otros los imiten, y de esa manera se aliente una actividad determinada beneficiando así a la comunidad. En otras palabras: se conceden estas distinciones o menciones como reconocimiento público de una actividad que se ha considerado útil o loable. Por ejemplo, el intendente municipal advierte que uno de los problemas sociales de la ciudad es la cantidad de personas mayores desocupa-

²⁷ Guillermo E. FANELLI EVANS, "Las subvenciones en las concesiones de obras y de servicios públicos" en *Derecho administrativo*, obra colectiva en homenaje al Prof. Dr. Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 925.

²⁸ Manuel María DIEZ, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1969, t. IV, pág. 139 y ss.

das, por lo que decide conferir el título de “ciudadano ilustre” o “vecino ilustre” a los empresarios que las empleen, otorgándoles un diploma o una medalla que lo acredita.

Otras veces el intendente municipal quiere fomentar la actividad comercial de ciertas zonas de la ciudad a fin de evitar la concentración en una zona determinada. Para ello, presenta un proyecto al Concejo Deliberante con el objeto de que sancione una ordenanza, mediante la cual se disminuirá la contribución que incide sobre la actividad comercial, industrial y de servicio, a todos aquellos que trasladen sus establecimientos a las zonas que se quieren promover. En este caso no se prohíbe, no se sanciona la actividad comercial, sólo se quiere orientar la conducta de los particulares hacia una determinada finalidad, por lo que los alienta con incentivos ²⁹.

Otro ejemplo puede consistir en la eximición de contribuciones municipales y provinciales para todas aquellas industrias que renueven sus maquinarias, a los fines de disminuir la contaminación ambiental en sus distintas formas, y lograr una mejor calidad de vida para los habitantes.

En otros casos, las normas se dictan con un criterio de permanencia, teniendo en cuenta el mediano o largo plazo, por lo que tendrán vigencia durante un tiempo determinado, con el objeto de lograr que el beneficio se extienda durante ese lapso. Así por ejemplo, para conseguir que todas las industrias que se encuentran diseminadas en distintos puntos de la ciudad se concentren en el Parque Industrial, gozarán de un beneficio impositivo todas las instalaciones fabriles que se trasladen a tal sitio.

Son tan numerosas las técnicas de fomento que puede utilizar el Estado, que resulta imposible encasillarlas dentro de una categoría específica, y suelen exceder los criterios jurídicos. Por ello comparto la opinión de la distinguida administrativista Ivanega ³⁰ al afirmar: “... *De ahí la nece-*

²⁹ Rodolfo Carlos BARRA, “Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público”, en *Servicio público, policía y fomento*, obra colectiva, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2004, pág. 52.

³⁰ Miriam M. IVANEGA, “La legitimidad de las técnicas de fomento y reasignación de partidas presupuestarias. Situaciones paradójicas” en: *Cuestiones de intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento*, obra colectiva, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2011, pág. 728.

sidad de un análisis casuístico que permita interpretar los objetivos perseguidos, sin desconocer otros factores vinculados a la transparencia pública, en particular la desviación de poder, figura que cobra especial protagonismo en ámbitos como el aquí tratado”.

En virtud de lo dispuesto en el art. 125 de la Constitución de la Nación, las provincias pueden dictar leyes estableciendo regímenes de promoción que otorguen beneficios impositivos o de otra índole, pero deben tener carácter general y objetivo, para evitar la arbitrariedad.

Indudablemente que quien reúne los requisitos legales establecidos para ser beneficiario del régimen de promoción, tiene un derecho subjetivo de carácter administrativo a que se lo concedan, lo que no es aceptado por parte de la doctrina al sostener que el otorgamiento de beneficios promocionales constituye una facultad discrecional de la administración³¹.

Si bien la interpretación de las normas promocionales es privativa del Estado, dicha interpretación no puede ser arbitraria, pues se violaría la garantía innominada a la no arbitrariedad que fluye del art. 28 de la Constitución de la Nación. Por ello, debe armonizar adecuadamente los fines promocionales que inspiraron su dictado con el principio de razonabilidad de los medios que pueden arbitrarse para alcanzarlos de forma tal que el bien común, que satisfaga la aplicación de la franquicia en un caso dado resulte siempre proporcionalmente superior al sacrificio fiscal que correlativamente dicha exención signifique para la comunidad.

En otros términos: los funcionarios están obligados a efectuar un juicio de ponderación entre el objetivo buscado y los medios elegidos para cumplirlos. Es lo que las teorías económicas denominan: análisis del costo-beneficio³².

La facultad discrecional de la administración no sólo consiste en aceptar o no un proyecto de promoción industrial, sino también en que puede determinar la *medida* en que se concederán los beneficios: exenciones fiscales, desgravaciones, créditos a bajo interés, protección aduanera, etc.

En lo que todos coincidimos es que en uso de una facultad discrecional el Congreso de la Nación puede dictar una ley de promoción

³¹ Art. 11 de la ley 21608.

³² Estela SACRISTÁN, “Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis costo-beneficio)” en *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005, pág. 111.

industrial o de una actividad comercial, y que en virtud de lo establecido en el art. 75 inc. 18 de la Constitución Nacional, puede establecer cuál será el tratamiento preferencial o cuales serán los privilegios y recompensas que otorgará.

Es por esta razón que considero que ningún administrado está legitimado para demandar al Estado por haber elegido una determinada política: por ejemplo, préstamos a bajo interés en lugar de desgravación impositiva³³.

Lo que sí se puede es solicitar la inconstitucionalidad de una ley de promoción que afecte irrazonablemente derechos constitucionales de otras personas o grupos.

Estimo de interés destacar que utilizando como plataforma jurídica los arts. 5° y 123 de la Constitución de la Nación y 180 y 186 inc. 7 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, los municipios pueden dictar ordenanzas por razones de urbanismo y disponer que todos aquellos edificios que se construyan con un estilo arquitectónico determinado (colonial español, portugués, francés, nórdico, etc.) gozarán de una disminución del 20, o del 30% durante 5 años, por ejemplo, con el objeto de que el pueblo o la ciudad continúe con la característica arquitectónica que la identifica.

En los ejemplos precedentemente citados la medida tiene su origen en una norma de carácter general: ley, ordenanza. En otros casos, el origen está en un contrato, como puede ser el contrato de concesión de servicios públicos, mediante el cual el concesionario tiene derecho a un subsidio por el consumo de gas, de electricidad, o de gasoil. En este caso daría la impresión de que el beneficiado es el concesionario, pero en la realidad es el usuario en general, porque el objetivo es que el precio o la tarifa por el consumo sean inferiores al que correspondería³⁴; lo que puede ser injusto porque se pueden estar beneficiando usuarios que podrían pagar el precio real. Es por esa razón que sería conveniente que el subsidio se otorgue a los usuarios, quienes deberán acreditar reunir las condiciones requeridas para que se los otorgue. Por ejemplo: ser alumno,

³³ C.S.J.N., Fallos 315:1361: El mérito, oportunidad o conveniencia de su decisión no es tema que incumba decidir al Poder Judicial.

³⁴ Guillermo E. FANELLI EVANS, ob. cit., pág. 917.

ser docente, ser obrero, ser empleado y ganar menos de cierta cantidad de pesos, etc.

En algunos contratos de concesión de servicios públicos, encontramos subsidios cruzados y a través de la fijación de tarifas, se dispone que cierta categoría de usuarios pague más de lo que estrictamente corresponde, para que otra u otras categorías de usuarios abonen menos de lo que aritméticamente debería pagar.

El incumplimiento por parte del Estado, vulnera un derecho subjetivo de carácter administrativo, por lo que el afectado puede solicitar su restablecimiento primero en sede administrativa, a fin de agotar la instancia administrativa, y luego ante el órgano judicial mediante la acción contencioso administrativa.

Por ello discrepo con lo sostenido por la Procuración del Tesoro de la Nación como principio general al dictaminar que "... El otorgamiento y entrega del subsidio es un acto administrativo que, por ser una liberalidad, participa de las condiciones esenciales de una donación con cargo..."³⁵.

En algunas oportunidades, la norma exige que para seguir gozando del beneficio, se debe acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos. Por ejemplo en el caso de las empresas, que no disminuya el número de personal, o que se continúe empleando personas mayores de cierta edad, ya que la disminución de la planta de personal, puede ser motivo para que cese el beneficio, por lo cual a veces la norma exige que la empresa brinde un informe periódico, sin perjuicio de que el Estado realice las inspecciones correspondientes a fin de controlar el cumplimiento de la reglamentación.

El Estado debe controlar primero que quien solicite el beneficio reúna los requisitos necesarios para obtenerlo y una vez acordado cumpla con las exigencias reglamentarias y, por ello, debe fiscalizar la efectiva aplicación de la ayuda a la realización de la actividad a la que esta afectada³⁶.

³⁵ Dictámenes C.S.J.N. 236:448.

³⁶ Ignacio M. DE LA RIVA, "La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual", en *Servicio público, policía y fomento*, obra colectiva, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2004, pág. 422.

Es importante destacar que la ayuda se otorga a determinadas personas o entidades en razón de la actividad que realizan y no para que tomen una decisión determinada, como la que se asignan a las academias, a los partidos políticos, etc.³⁷.

Se trata de una relación bilateral, que se origina con el pedido del particular y finaliza con la resolución que otorga el beneficio. Este acto administrativo produce derechos y obligaciones para ambas partes. Su incumplimiento crea responsabilidad y será necesario analizar en cada caso cuáles son sus consecuencias.

En los casos de promoción industrial o de alguna otra actividad comercial, para algunos³⁸ hay una relación bilateral siguiendo la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos: “Metalmecánica”³⁹ y para otros⁴⁰ -entre los que me encuentro la relación es contractual⁴¹ y esta característica tiene trascendencia jurídica, y cito como ejemplo el plazo de prescripción contractual en materia

³⁷ Ezequiel CASSAGNE, “Las técnicas promocionales para los medios gráficos de comunicación”, en: *Cuestiones de intervención estatal. Servicios públicos, poder de policía y fomento*, obra colectiva, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2011, págs. 378 y 379. En la pág. 381 dice con buen criterio: “... toda dación necesitará un procedimiento reglado para su implementación y no resulta improbable que, aun en ese estrecho ámbito, se produzcan arbitrariedades, como consecuencia de la tensa relación que en democracia se observa entre el poder administrador y los medios de comunicación, que deben informar los actos de la Administración y de todos los poderes del Estado...”. En la pág. 388 sostiene acertadamente que es “... el Congreso de la Nación -junto con las legislaturas provinciales- quien debe conceder la ayuda pública sin modo ni condición y libre de toda injerencia de la administración. De esta forma, el fomento a esta importante actividad, pilar de nuestra República, no podrá afectar negativamente ni de manera indirecta la libertad de prensa...”.

³⁸ Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, t. II, pág. 471.

³⁹ C.S.J.N. Fallos 196:672.

⁴⁰ David HALPERÍN, “Temas de promoción industrial y la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación”, en *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, obra colectiva, Buenos Aires, 1994, pág. 167.

⁴¹ Al respecto Ismael Mata dice que “... una subvención pedida conforme a la ley por un administrado y concedida en forma expresa e individualizada por la administración, constituye una relación de carácter contractual...” en “El control sobre subsidios” en *Cuestiones de control de la administración pública*, obra colectiva, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2010, pág. 776.

de responsabilidad, pudiendo exigir el cumplimiento de lo convenido (pago de subsidios), así como la posibilidad de reclamar el mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato, entre otras cosas.

No hay duda alguna de que el Estado debe respetar los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas, que nacen para ambas partes desde el momento de la aprobación del proyecto promovido. La violación a los derechos adquiridos origina responsabilidad estatal y el particular tiene derecho a una indemnización integral.

Distinta es la situación si por razones de mérito o conveniencia se produce una modificación que altera la ecuación económico financiera del contrato y con mayor razón si se decide la revocación, porque en estos supuestos tal medida será encuadrada dentro de la responsabilidad estatal por actividad lícita, debiéndose indemnizar los daños que acredite el particular de conformidad con lo dispuesto por el art. 18 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549⁴².

Sobre este aspecto hay dos teorías: una que sostiene que sólo se debe abonar el rubro correspondiente al daño emergente, porque hay que aplicar el mismo criterio indemnizatorio establecido por la Ley de Expropiación⁴³. El otro -del que participo- afirma que corresponde hacer lugar

⁴² La C.S.J.N. en el considerando 14 de la sentencia dictada el 9/5/1989 en los autos: “Motor Once” (Fallos 312:649) dijo: “Que, en esas condiciones, habiéndose declarado la legitimidad del obrar administrativo, la lesión inferida a la actora en el ejercicio de su derecho de propiedad encuentra su tutela en la indemnización reclamada, en la cual se resuelve la garantía superior del art. 17 de nuestra ley fundamental (Fallos 293:617; 301:403, entre otros), tal como ha quedado consagrado en el artículo 18 de la ley N° 19549, de aplicación en el ámbito municipal”.

⁴³ La C.S.J.N. el 13/6/1989 en los autos “Petruccelli, Fidel del P.” (Fallos 312:956) dijo: “... Ante la ausencia de una solución normativa singularizada para la responsabilidad proveniente de la sujeción de un bien a utilidad pública y su posterior desafectación estatal, resulta menester recurrir al examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias y que guardan mayor analogía con la situación, lo que conduce irremediablemente a encontrar la solución en la ley nacional de expropiaciones N° 21.499, es decir, en la norma legal típica que autoriza intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados cada vez que el interés público las exija, pues sin esas intromisiones el Estado no es capaz de cumplir sus funciones...”. Esta teoría ha sido propiciada por distinguidos administrativistas como Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, t. IV, pág. 123; Julio R. COMADIRA, “Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo

al pago de todo el daño emergente que se acredite, más una parte del lucro cesante que el juez determinará en cada caso.

En las leyes que establecen regímenes de promoción para determinada actividad económica, se otorga competencia a una determinada repartición para la realización de la actividad de control y se fijan las sanciones para los supuestos de violación de la norma, así como el procedimiento para su aplicación, en el que se debe garantizar la audiencia y la prueba (art. 18 C.N.).

Indudablemente que el acto administrativo sancionatorio debe reunir los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Ley de Procedimiento Administrativo para su validez y el afectado tiene la posibilidad de recurrirlo, primero en sede administrativa a los fines de agotar la vía para que quede habilitada la instancia judicial.

Un problema que ha dividido a la jurisprudencia y a la doctrina es la obligación de abonar las multas para poder recurrirlas, ya que una parte sostiene que esa norma es válida y la otra -de la que participo- la impugna porque afirma que no se está en presencia del *solve et repete*⁴⁴, que sólo rige en materia de tributos y, por ello, únicamente debe consignarse su monto, pero no el correspondiente a intereses y multas.

Hay normas que prescriben que los actos administrativos cuya parte resolutive ordenen el pago de una suma de dinero en concepto de multa, solo podrán ser recurridos previo pago del importe fijado⁴⁵.

He dicho⁴⁶ y ahora repito, que estas normas han creado una condición que destruye el carácter de impugnabilidad del acto administrativo e impide, aun indirectamente, el acceso a la jurisdicción.

lícito: fuerza expansiva de los principios de expropiación” en *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 415 y ss., entre otros.

⁴⁴ Miguel Ángel GALLARDO y María Inés ORTIZ, “El *solve et repete* frente al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” en Foro de Córdoba, obra colectiva, Córdoba, Advocatus, 1996, año VII, pág. 47 y ss.

⁴⁵ Esta exigencia también existe en España y ha sido criticada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1999, t. II, pág. 199.

⁴⁶ Julio Isidro ALTAMIRA GIGENA, *Acto administrativo*, Córdoba, Advocatus, 2008, pág. 57.

Todo acto administrativo es, por naturaleza, impugnabile, atento que al ser actividad administrativa sublegal, existe la potestad judicial para revisar tal actividad, a fin de comprobar su consecuencia con la legitimidad⁴⁷.

Si no se lo puede recurrir sin abonar previamente, no se agotará la vía administrativa y, en consecuencia, no se podrá acudir a la sede judicial, quedando ese acto sin control.

Dicha cláusula es inconstitucional al obligar al pago de sanciones pecuniarias impuestas como condiciones indispensables para poderlas impugnar. No sólo porque la multa es una sanción de naturaleza correctiva, sino también porque el monto que se recaude por este concepto es excepcional y no puede ser tenido en cuenta por la administración como ingreso regular al presupuesto, como son los tributos.

Además afecta el derecho de defensa, celosamente protegido por el art. 18 de la Constitución Nacional, como asimismo la garantía innominada a la no arbitrariedad que fluye de los arts. 28 y 33, desconociendo también el principio de jerarquía constitucional establecido en el art. 31.

Se suma a ello que en materia sancionatoria rige el principio de “inocencia” hasta tanto el juez dicte una sentencia declarando legal el acto administrativo condenatorio.

Por todas estas razones la Cámara Contencioso Administrativa de 1ª Nominación de la Ciudad de Córdoba el 27/7/2005⁴⁸ y posteriormente la Cámara de 2ª Nominación, declararon la inconstitucionalidad del art. 41 *in fine* de la Ley de Transporte de la Provincia de Córdoba N° 8669, que obligaba a depositar el monto de la multa para poderla recurrir y así preparar la demanda contencioso administrativa.

De lo precedentemente expuesto, se puede deducir, que no deben existir dos clases de penas: unas que tienen que cumplirse previa a su impugnación y otras que pueden postergarse hasta después de que sean controladas judicialmente.

⁴⁷ Voto de la Dra. Nora Garzón de Bello en los autos “Monticas S.A. c/ Pcia. de Córdoba - Cont. adm.”.

⁴⁸ Sentencia N° 75 dictada en los autos “Monticas S.A. c/ Pcia. de Córdoba - Cont. adm.”, voto de la Dra. Pilar Suárez Abalos de López, al que adhirieron los vocales Dres. Gutierrez y Cafferata.

VI. Conclusión

Si bien las medidas de fomento se dictan para beneficio de un sector determinado, sus efectos se extienden a la sociedad. O sea que el fin de “interés público” debe satisfacerse en forma directa o indirecta, ya que el Estado no sólo debe “promover el bienestar general” sino también “proveer lo conducente a la prosperidad del país” (art. 75 inc. 18) y al “desarrollo humano mediante el progreso económico con justicia social” (art. 75 inc. 19).

La actividad de fomento puede ser competencia del gobierno federal, del gobierno provincial o del municipal, sin olvidar que existen facultades concurrentes y facultades implícitas del gobierno federal en virtud de lo establecido en el inc. 28 del art. 67 que expresamente prescribe que el Congreso de la Nación tiene competencia para “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”.

Esa norma es consecuente con lo dispuesto en el Preámbulo de la Constitución al fijar como uno de los cometidos estatales “realizar la unión nacional”, lo que ha sido interpretado que en virtud de la cláusula de supremacía del artículo 31 lo que realicen las provincias y los municipios no puede resultar incompatible con los poderes federales de idéntica naturaleza, dado que si esto ocurriera, prevalecería siempre la legislación del Congreso de la Nacional ⁴⁹.

Debo recalcar que para que la actividad de fomento sea eficiente y eficaz es fundamental que el Estado realice otra importante actividad: la de control y si la misma administración no lo realiza, tendrá que efectuarlo el órgano judicial en una causa determinada y por pedido de parte. Pero no se puede pretender que el juez reemplace al funcionario político, porque sería reemplazar la “discrecionalidad política” por la “discrecionalidad judicial”. Lo que es inadmisibile ⁵⁰.

⁴⁹ Juan Carlos CASSAGNE, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pág. 120.

⁵⁰ En el mismo sentido: Domingo Juan SESIN, “La materia contencioso administrativa en Córdoba”, en *Proceso Administrativo I*, Revista de Derecho Público, obra colectiva, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pág. 178.

CRISIS SOCIETARIAS. COOPERATIVAS DE TRABAJO Y FINANCIAMIENTO ¹

por EFRAÍN HUGO RICHARD ²

SUMARIO: Preámbulo. I. Introducción. II. La política económica y empresaria. III. La cooperativa de trabajo y la continuidad de la actividad empresaria. IV. Algunas aportaciones a la problemática de la financiación. V. Finalizando.

Preámbulo

El abordaje jurídico de ciertos temas suele estar teñido de ideologías y preconceptos. Es muy difícil apartarse de ellos, las normas suelen ser concebidas en el marco de una concepción ideológica política determinada y su interpretación suele adecuarse a las corrientes políticas y sociológicas del momento de aplicación.

También intentamos una presentación en el seno de la Academia que mueva los aportes interdisciplinarios.

Así, la cuestión de YPF es afrontada desde concepciones ideológicas y no desde el marco real de una crisis de empresa que explota concesiones. Hace más de una década, en el Ministerio de Educación de Hugo Juri, el Consejo de Rectores elevó una propuesta a la Presidencia de la Nación sobre la auditoría del cumplimiento de concesiones públicas por parte de los equipos universitarios interprofesionales que no conocemos fuera tratada. La cuestión se enrola en lo que deberían ser políticas de Estado, ajenas a ideologías temporarias, constituyendo objetivos estratégicos del desarrollo nacional o del bienestar social.

¹ Conferencia pronunciada en sesión ordinaria del 8 de mayo de 2012.

² Académico de número y director del Instituto de la Empresa.

Dejamos planteada la cuestión para abordar un tema menos ambicioso, pero no ajeno a objetivos nacionales: la conservación de la empresa³ y de los puestos de trabajo.

En la disertación del año pasado en este recinto, coincidimos con Juan Carlos Palmero en que la legislación concursal no se correspondía a un orden cerrado, sino que se integraba en el sistema jurídico nacional. Ahora -contrariando una posición concursalista que aparecía como mayoritaria- el vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal -sede México- Dr. E. Daniel Truffat se ha enrolado en aquella posición en ponencia para el VIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, México D.F. (México), 17 a 19 de mayo de 2012, con el título “Sobre los concursos ‘A medida’, A la luz de la actual realidad normativa”. La síntesis es *“La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no sólo con normas supralegales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los ‘nuevos derechos’ (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espurio de los capitales, defensa de la competencia, etc.), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben presidir el ‘diseño’ de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar”*. Entresacamos alguna parte de su contenido: “Los derechos que -al menos en mi tierra- son habitualmente ‘codificables’ o expresables en leyes orgánicas que tratan de cubrir una íntegra materia, tendieron a ser vistos como algo así como el alfa y el omega en aquellos rubros que expresaban’.

“Mi generación se formó con ciertas teóricas ideas (que eran más ‘prejuicios’ que auténticas expresiones de racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos. De hecho en las bolillas iniciales de cada una de estas materias en la Universidad, había mucho cuidado de dejar en claro si se trataba de una especialidad auténticamente independiente, con un texto normativo íntegro y coherente, o si, por el contrario, se trataba de una materia más laxa y difusa, con independencia conceptual y doctrinaria, pero expresada desde leyes desperdigadas. En

³ Al referirnos a la “conservación de la empresa” lo hacemos de la empresa “viable”, pues el desarrollo inviable no es empresa. Por eso sostenemos la obligación de formular planes de viabilidad por parte del administrador de empresas para no asumir responsabilidades.

Argentina ejemplos típicos de esto era el derecho civil (debidamente codificado), o los derechos societarios y concursal (cada uno de ellos expuesto y desarrollado por una ley especial) vs. el derecho tributario o el derecho administrativo -ambos dos construidos e inferidos desde una pluralidad de normas de jerarquías diversas-”... “Cuando el legislador de 1995 quiso convertir al juez en un homologador automático de los acuerdos concordatarios (que sólo revisaba la ‘legalidad formal’ del acto, esto es: que se hubieran reunido las conformidades con la propuesta según las formas y en la magnitud previstos en la ley), la jurisprudencia reaccionó valientemente y apuntó que los jueces no podían ceder ante el fraude. Y sin ingresar en un control de ‘mérito’ (este último, sí vedado a los magistrados) realizaron un control de ‘legalidad sustancial’ sobre el acuerdo, analizando si había transacciones que ofendieran al orden público, que vinieran contra la moral y las buenas costumbres, que importaran alguna forma de lesión para aquellos a quienes se les imponía el acuerdo, que constituyeran alguna expresión de abuso del derecho, etc., etc.). Esto fue el antecedente de una reforma legislativa que consagró la imposibilidad expresa para los jueces de homologar propuestas abusivas o en fraude a la ley. Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil. Esto mismo ocurrió en otros tópicos tales como la exclusión de voto”. “En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal ‘no es una isla’”. “Hoy, un nuevo derecho avanza raudo y avasallante en todas las relaciones patrimoniales. El derecho del consumidor, las normas sobre transparencia de las operaciones y la persecución de actividades que giren en derredor de la aplicación de fondos provenientes del narcotráfico, del terrorismo o de la corrupción, las reglas sobre defensa de la competencia, y varias otras, piden su lugar en la cancha y ocupan posiciones donde antes campeaban excluyentes los derechos tradicionales. Todo ello con el detalle, tantas veces remarcado, de la ‘constitucionalización’ de las relaciones patrimoniales”... “Ninguna solución, ningún análisis, ningún criterio de análisis de crisis patrimoniales resulta posible en estos tiempos que corren (en especial ante las crisis globales) con la sola lectura y conocimiento de los dispositivos específicos sobre la concursalidad. Sólo un análisis integral -a partir de la aquí reconocida insuficiencia necesaria de tales dispositivos- permitirá enfocar el tratamiento de los conflictos y la formulación de propuestas concordatarias que se adapten a los tiempos que corren. Algo de esto ya se veía en grandes conglomerados empresariales donde reglas

que vienen del mercado de capitales, y -en especial- de la tuición a los inversores institucionales, impactaban sobre el sesgo a dar a las reestructuraciones (a riesgo, en caso contrario, que no se autorizaran las emisiones de nuevos títulos de deuda a canjear, o la emisión de acciones destinada a abonar pasivos de otra manera irredentes). Pero hoy no basta. Cualquier solución deberá hacerse en el marco más prístino posible, sin actores ni capitales de orígenes dudosos y, en particular, vinculados a paraísos fiscales. Teniendo en cuenta normas sobre concentraciones empresarias y la necesidad de no afectar disposiciones antioligopólicas. Haciendo las eventuales ofertas de ‘canje’ -cuando esté fuera el camino de la reestructuración- con cuidadosa adecuación a las normas que regulan la oferta de tales títulos (aun cuando, muchas veces, no sea una oferta pública, sino que esté direccionada a la cancelación de pasivo precedente). Teniendo en cuenta que no hay propuesta que valga como tal si no consagra ‘sacrificio compartido’ [en el sentido de que si hay que sufrir la crisis ésta debe pesar preferentemente sobre el deudor y sus accionistas] y se adecua a altos estándares de transparencia informativa. Cuidando de tratar a los acreedores de tal suerte que no se generen opciones de hierro o indebidas (e implícitas) discriminaciones. Tratando de que lo ofrecido no contenga trampas latentes que pudieran engañar al público (los acreedores: un público acotado, pero público al fin)...”. La integración con el derecho societario es obvia en el concurso o quiebra de esas personas jurídicas.

Por otra parte, corresponde a razones ideológicas que alguna doctrina concursalista clame por la inconstitucionalidad por confiscatoriedad del nuevo art. 48 bis L.C.Q., en la posibilidad de que la cooperativa de trabajo pueda quedarse con las participaciones sociales de la concursada, y se niegue a tratar el tema de la confiscatoriedad de la quitas y esperas predatorias en las propuestas de acuerdo, desdeñando cualquier forma de “compartir esfuerzos”.

En estos aspectos ideológicos destacamos que las propuestas de incentivar la labor empresaria del Estado está ligada directamente a la “eficiencia”, por eso esta mañana hemos insertado en la página web de la Academia el artículo en prensa “Las crisis empresarias y los puestos de trabajo (pocas apostillas sobre la reforma de la ley concursal, pero muchas cosas más)”, en libro colectivo *Los derechos de los trabajadores en las sociedades y los concursos*, del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires Legis, 2012 (enviado el 30 de noviembre de

2011). Los paros sindicales en el sur, en yacimientos de YPF S.A., y los que hoy sufre la Ciudad de Córdoba parecen un abandono de actividades ejecutivas y judiciales que, de continuar, darán un resultado negativo en cualquier gestión que se intente. Sobre su abordaje hemos abundado en ese artículo, e implica una invitación a tratar el tema a Raúl Altamira Gigena, quien ya me ha adelantado la ajuridicidad de la situación.

I. Introducción

1. Un tema fundamental de la organización empresaria es el disponer del adecuado financiamiento para el cumplimiento del objeto social de las sociedades, cuando éste es el instrumento elegido para la organización jurídica de la empresa. Y a su vez las técnicas jurídicas de ello.

La falta de ese financiamiento, propio (capital) o ajeno (préstamos, u otra forma que referiremos) lleva a las sociedades a su crisis, generando causales de disolución o intentando justificar su concurso. Una de las causales: la pérdida del capital social se produce de pleno derecho cuando se aprueba o considera un balance del que resulta esa situación objetiva⁴. La otra: imposibilidad patrimonial de cumplimiento del objeto social debe ser declarada por los socios o la justicia.

2. En materia de concursos de sociedades es claro que deben tenerse presente prioritariamente las normas imperativas de derecho societario, para determinar las acciones y deberes de administradores y socios frente a la misma sociedad y a los terceros que han contratado con ella.

3. En ese aspecto parece importante distinguir entre cesación de pagos e insolvencia. Pareciera que ello no preocupa demasiado, y se violan constantemente las normas imperativas societarias. La insolvencia comporta la causal de disolución de pérdida del capital social, con amplias soluciones en las normas societarias, imponiendo en falta de aplicación de ellas la liquidación o la responsabilidad de administradores y socios por los

⁴ Efraín H. RICHARD, “En torno a capitalismo de reposición y capitalismo donatario” en Zeus Córdoba N° 450, año X, 23 de agosto de 2011, t. 19, pág. 197.

daños causados. La cesación de pagos implica -cuando no hay pérdida del capital social- una situación de flujo de fondos, de activos no corrientes frente a pasivos corrientes superiores a los activos de esa categoría, que bien puede ser solucionada por una espera extrajudicial o concursal, obviamente sin necesidad de quita ⁵.

4. En estos aspectos, la reforma del derecho concursal del año pasado -ley 26.684-, dio nueva visión al tema del financiamiento para la continuación de la empresa en crisis por terceros. En torno de ello y específicamente para descalificar las cooperativas de trabajo en su rol en el concurso de sociedades, se adujo la imposibilidad de conseguir financiamiento por parte de esas personas jurídicas constituidas por los trabajadores. Esto es, el de su capacidad patrimonial para enfrentar la continuidad de la empresa ⁶.

5. Vinculado con ello, un aspecto no menor es el de la organización jurídica de la cooperativa, en un proyecto loable en sí ⁷, pero cargado de riesgos de responsabilidad, incluso en el ánimo de satisfacer las necesidades alimentarias de los socios-trabajadores, y los condicionamientos de esa organización jurídica, con los consiguientes riesgos de la responsabilidad laboral ⁸.

II. La política económica y empresaria

En aspectos financieros, ante la conducta de titulares del capital, las apreciaciones de la señora Presidenta sobre un anarcocapitalismo, un

⁵ Efraín H. RICHARD, “¿Capitalismo de reposición vs. capitalismo donatario?”, *Doctrina Societaria y Concursal* N° 286, Buenos Aires, Errepar, 2011, pág. 933.

⁶ Efraín H. RICHARD, “Los trabajadores y la empresa en crisis”, *Doctrina Societaria y Concursal* N° 288, Buenos Aires, Errepar, 2011, pág. 1156,

⁷ *Ibidem* 5 y 6. Carlos MORO, “Reforma de la ley de concursos. Ley 26.684 (lo que pudo ser y no fue)”, *Doctrina Societaria y Concursal* N° 289, Buenos Aires, Errepar, 2011.

⁸ Marcelo PERCIAVALLE, “Solidaridad laboral en las cooperativas de trabajo luego de la reforma concursal. Ley 26.684”, *Doctrina Societaria y Concursal* N° 290, Buenos Aires, Errepar, 2012, pág. 54, con riguroso análisis de una amplia jurisprudencia.

capitalismo financiero también señalado como predatorio por no interesarse por otros intereses convergentes en el desarrollo económico, se dirigen a favorecer a un capitalismo productivo. Nos recuerda nuestras apreciaciones sobre los efectos devastadores de la globalización financiera -que no es económica-, la actuación de un mercado financiero ilícito, en múltiples ensayos⁹ y recientemente en relación directa a las sociedades en crisis a un “capitalismo donatario” que abandona las soluciones imperativas de la organización societaria, para recurrir al concurso¹⁰, quizá innecesariamente.

Un caso de análisis desde esta óptica -no política- es el caso YPF.

Las soluciones técnicas dogmáticas varían entre la fijación de capital estatutario, capital variable anualmente, o mantenimiento de la dotación patrimonial aunque no se determine el capital social. Unas importan una visión formal del capital, como dato jurídico de las sociedades, otras una visión sustancial de éste en relación con el desenvolvimiento de la sociedad¹¹.

En el derecho europeo se generó la 2ª Directiva respecto de la Sociedad Anónima, aceptando ambos sistemas, afrontando la cuestión bajo la noción de garantía, generándose disensos en su materialización, no tanto por la exigencia de un capital mínimo, considerándolo no una cuestión técnica sino de política legislativa donde no correspondía estarse simplemente a las referencias del derecho comparado sino a la realidad del país¹².

El concepto referido al capital social en las ciencias políticas y la sociología reconoce enfoques disímiles y hasta contradictorios¹³, limitán-

⁹ Ver Sección de Doctrina de la Academia. www.acaderc.org.ar

¹⁰ Efraín H. RICHARD, “Sobre el patrimonio social: ¿capitalismo de reposición o donatario?”, Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Buenos Aires, La Ley, año II, N° 5, octubre de 2011, pág. 151 y ss.

¹¹ Julio C. OTAEGUI, “El capital”, L.L. diario del 20/7/06, pueden verse las nociones de capital patrimonial, contable, legal, estatutario-garantía, estatutario-cuantía, estatutario-valía.

¹² Angel ROJO y Emilio BELTRÁN, “El capital social mínimo”, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1988 N°os 187/8, pág. 149 y ss., específicamente pág. 151 refiriéndose al entonces proyecto de ley española sobre sociedades por acciones.

¹³ Para una descripción de la evolución del concepto de capital social, desde Bordieu, pasando por Coleman hasta Putman, se puede consultar Forni, Pablo, Siles, Marcela y Barreiro, Lucrecia, “¿Qué es el capital social y cómo utilizarlo en contextos de exclusión social y pobreza?”, Julian Zamora Research Institute, Research Report N° 35, Michigan East University, Michigan, dic. 2004.

donos al de James Coleman ¹⁴ que concibe al capital social como un instrumento para la importación de principios económicos de acción racional en el análisis de los sistemas sociales.

El punto puede asumirse desde criterios sustancialistas o formalistas. El planteo formalista tiende a refugiarse en una noción estática de capital social, estatutario y fijo, como parámetro para determinar participaciones y utilidades, actuando como cifra de retención, y por tanto figurando en el pasivo social dentro del estado patrimonial ¹⁵.

El capital mínimo estatutario para algún tipo societario con responsabilidad limitada de los socios responde a una política legislativa ¹⁶, y en muchos casos es criticada ¹⁷.

En cuanto a la eliminación de ese dato, la tendencia fue iniciada por la ley accionaria de California de 1975 y por el texto revisado en 1980 del Model Business Corporation Act de la American Bar Association. Ambas han eliminado completamente todo lo instrumentario referido al concepto de capitales, reservas, valores nominales de las acciones, como todo el sistema de normas en torno de ellos. La ley californiana, más rigurosa, se afirma en la formación del patrimonio, dejando no resuelto tanto el problema de la subcapitalización originaria de la sociedad, como la posibilidad de sanciones por tales situaciones ¹⁸. La idea del capital

¹⁴ James COLEMAN, "Social capital in the creation of human capital", American Journal of Sociology, 1988, The University of Chicago Press, Chicago, vol. 94, págs. 95-120.

¹⁵ Giuseppe B. PORTALE y Concetto COSTA, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei*, pág. 133 y ss., específicamente pág. 137.

¹⁶ Rafael GARCÍA VILLAVARDE, "Algunos temas en torno al régimen del capital social en el proyecto de estatuto para una sociedad anónima europea" en *Estudios y textos de derecho de sociedades de la Comunidad Europea*, bajo la dirección de José Girón Tena, Madrid, edición Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1978, pág. 101 y ss.

¹⁷ Georges RIPERT, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Buenos Aires, EJEA, 1950, traducción de J. Quero Molares, pág. 211, señalando: "Cuando una sola persona se dedica al comercio queda obligada con sus bienes, pero basta con que se dediquen a él dos personas para que la responsabilidad desaparezca", criticando la insignificancia de capital que la legislación francesa exigía.

¹⁸ Las acciones sin valor nominal intentan soslayar el criterio jurídico de la noción de capital social, para referirse al criterio económico de patrimonio suficiente para la evolución social. El tema está vinculado a las acciones sin valor nominal como representativas del aporte de cada socio a la constitución del patrimonio social. Como justifica-

como cifra de retención, incorporada como dato técnico a los balances aparece en crisis, como la del valor nominal de las acciones. Así, sostiene Miguel C. Araya que *“No debe existir impedimento alguno para emitir acciones sin valor nominal, como alternativa para la sociedad. Ello permitirá, cuando sea necesario la emisión de acciones bajo la par, hoy prohibida en nuestro país”*¹⁹.

Por capital social entendemos el monto establecido en el acto constitutivo de la sociedad, o el que resulte afectado al giro social en cada balance, conforme con el sistema legal adoptado. En ese dato se reconoce una función de garantía, como función esencial para proteger a los terceros²⁰, sin descartarse la función organizativa y de productividad que éste genera en la funcionalidad de la sociedad. La noción de capital social es de política legislativa, y de moderna doctrina la idea de “patrimonio suficiente” para afrontar las operaciones sociales.

4. La evolución de los conceptos ha permitido que en la moderna legislación italiana se permita una amplia gama de afectaciones patrimoniales, suerte de sociedad accidental o negocios en cuentas en participación, que autorizan que una sociedad pueda constituir más de un patri-

ción reproducimos las “Notas explicativas” del Anteproyecto de ley de sociedades y contratos de participación elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia, presentado en 1993 -constituida por Marcelo Edgardo Alberti, Miguel Araya, Horacio Fargosi, Sergio Le Pera, Héctor Mairal y nosotros-, en la que se impone esa solución para el nuevo subtipo de sociedad por acciones “la sociedad anónima simplificada”: “1. Prohibición de acciones con valor nominal. a) Se establece que las acciones de las sociedades anónimas simplificadas no podrán tener valor nominal, que parte de la hoy común constatación de que la mención de un ‘capital social’ nominal constituye un dato carente de realidad que, al sugerir al público que sí lo tiene, constituye una manifestación engañosa que no debe ser permitida por la ley. b) Esa constatación se encuentra también en el Report N° 9 de la ‘Comisión para la Reforma y Reformulación de la Ley de Compañías de Nueva Zelandia’ (1989)”.

¹⁹ “Capital y patrimonio”, en fascículo *Derecho societario*, coordinado por Mariano Gagliardo, en *Jurisprudencia Argentina*, 4/12/96.

²⁰ Miguel C. ARAYA, “El capital social”, en *Sociedades*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2003-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pág. 213 y ss., específicamente pág. 219. Del mismo autor “Capital y patrimonio”, en *J.A.* 4/12/96, número especial “Derecho societario”, coordinador Mariano Gagliardo, pág. 6.

monio destinado en forma exclusiva a un negocio específico ²¹. No advertimos imposibilidad de ello en el derecho argentino, incluso para las sociedades por acciones, pues la prohibición del art. 30 L.S.A. lo es en relación a participaciones en otras sociedades (personas jurídicas) que no sean por acciones pero como prohibición no puede alcanzar a contratos de colaboración. Se trata a la postre lo que se suele denominar “venture capital” ²².

5. Centramos el debate en el control preventivo ²³. El capital mínimo conforme al objeto (no en casos de interés público como bancos, aseguradoras, etc.) sujeto a criterios administrativos es de imposible concreción seria y aumenta los costes de transacción, igual que toda medida preventiva, bajo la aplicación del sistema de análisis económico del derecho en cuanto amputaría la capacidad empresaria. En tal sentido, Stordeur ²⁴ y Giacomini ²⁵, considerando altamente inconveniente la injerencia de los órganos públicos o judiciales ²⁶ de control societario -distinto es el rol de la Comisión Nacional de Valores o Bolsas de Comercio- en torno a la

²¹ Bianca MIRZIA, “La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales”, La Ley del 20/7/05.

²² María Teresa GIANELLI, “Venture capital: una alternativa de financiamiento para nuevas empresas”, La Ley del 6/4/05.

²³ Enrique BUTTY, “La importancia del capital social. La función de garantía que cumple el capital frente a terceros (fallos del Juzgado de Registro en los casos “Veca Construcciones SRL del 30 de Junio de 1980” y “Maco Sociedad de Responsabilidad Limitada” del 28 de noviembre de 1980”, ponencia presentada al VI Congreso Nacional de Derecho Societario celebrado en Mar del Plata 1995).

²⁴ Eduardo H. STORDEUR, “Infracapitalización societaria: la eliminación de la función empresarial en “Dossier (Temas de análisis económica del derecho comercial. Coordinador Eduardo Stordeur h.)”, en RDCO N° 200, septiembre-octubre 2006, Buenos Aires, Lexis Nexis 2006, pág. 337 y ss.

²⁵ Matías A. GIACOMINI, “Adecuación del capital al objeto social” en *Doctrina Societaria y Concursal*, enero 2007, Buenos Aires, Errepar, pág. 35 y ss.

²⁶ En tal sentido Cám. 1ª Civ. y Com. San Rafael, 11/8/05, Expte. N° 21.283/49.626 - «RINA S.R.L. p/insc. de sociedad” (La Revista del Foro de Cuyo, 10/5/06): “Las facultades atribuidas al juez de Registro, tienen como fundamento último que se cumplan los fines de la ley, pero, la decisión de no autorizar la registración de una sociedad no puede fundarse en pautas subjetivas de valoración. En el caso, el capital podría ser considerado escaso pero no es mínimo ni irrisorio. La ley no impone un monto mínimo y

suficiente del capital social de una sociedad que se inscribe, que debe quedar a la responsabilidad de fundadores. En igual sentido se había señalado que las cuestiones vinculadas “con la administración del capital de trabajo necesario, se trata de las decisiones que el responsable empresario ha de tomar en orden a determinar el nivel de ese capital de trabajo, de activos y pasivos circulantes”²⁷.

Yadarola se refería a ambos: “*Contralor preventivo y represivo que asegure el derecho de las minorías, evite la explotación de empleados y obreros -colaboradores en la obra común- y aleje los perjuicios que para la economía nacional representa siempre el dislocamiento de las economías particulares*”²⁸.

Estamos de acuerdo en el control preventivo si entendemos que la responsabilidad es dudosa o excesivamente tardía en atención a la ineficiencia del sistema judicial. Esto impondría un inmediato análisis gubernamental para resolver la cuestión, tan negativa para la seguridad jurídica, motor de los sistemas de inversión de capitales.

Recordamos que refiriéndonos a la infracapitalización sosteníamos que “*este es un problema de los socios y de los administradores, particularmente de estos últimos. No es un problema de la ley ni del juez que autoriza la inscripción. Son los administradores los que periódicamente tienen la obligación de revisar la suficiencia del capital social para el giro normal de los negocios, la consecución del objeto social*”²⁹, conforme ser una causal de disolución la inexisten-

la ausencia de determinación deja librado a la discrecionalidad del juzgador la determinación de si el capital es o no suficiente para el desarrollo de la actividad mercantil propuesta, pero esa facultad judicial sólo puede ejercerse cuando esa desproporción sea muy evidente, o en aquellos casos en que resulte manifiesto que la cláusula contractual vulnera la ley. Sólo en casos excepcionales los magistrados podrán intervenir en las cuestiones de los particulares a fin de no desnaturalizar su función en una materia netamente privativa”.

²⁷ Iván G. DI CHIAZZA, “La infracapitalización societaria y la certeza declarada de oficio. Una reflexión (sistémica) en torno de la Resolución General 9/2004 de la I.G.J.”, en *El Derecho* del 24/9/04, en ilustrada nota.

²⁸ Mauricio YADAROLA, *Sociedades comerciales*, Homenaje a Yadarola, t. II, pág. 349, esp. pág. 353, reproduciendo el prólogo a edición argentina de la obra de Roberto Goldschmidt, *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*.

²⁹ Efraín H. RICHARD, “La sociedad de responsabilidad limitada en los tiempos actuales”, *Jurisprudencia Argentina 2000-II Doctrina*, pág. 954.

cia de patrimonio para el cumplimiento del objeto social (art. 94 inc. 4 L.S.), cuando no también se configura otra causal de disolución cual es la pérdida del capital social (insolvencia art. 96 inc. 5 L.S. que impone la liquidación o la responsabilidad de administradores y socios, permitiendo la remoción de la causal por tres métodos de capitalización: reintegro, aumento de capital y capitalización de pasivos).

6. Cuando el legislador concede personalidad jurídica no pretende con ello crear seres distintos al lado de los seres físicos. Lo único que propende es dotar de recursos técnicos-jurídicos que faciliten la actuación en la vida de relación, como forma de realizar el fin lícito que los individuos se proponen³⁰. Se trata siempre de una normativa que no concierne a un especial sujeto jurídico “no hombre”, sino siempre a relaciones entre hombres: actividad, actos, responsabilidad de hombres³¹.

Uno de los elementos de la personalidad de las sociedades es su patrimonio que se genera por una escisión del patrimonio del o de los constituyentes. Ese patrimonio social se formaliza por las prestaciones que los socios comprometen de sus propios patrimonios -incluso los inmateriales, con gran creatividad y opinabilidad-. Esas prestaciones suelen denominarse aportes en relación con los que son mensurables para la determinación del llamado específicamente capital social, se genera el patrimonio de la sociedad.

El concepto lato o económico de capital se confunde con el concepto jurídico de patrimonio: conjunto de derechos y obligaciones de la sociedad, que se modifica continuamente en más o en menos conforme con las alternativas de la actividad societaria.

El problema en sí es la dotación patrimonial para que la sociedad formalice las actividades conducentes al cumplimiento del objeto social (empresa).

³⁰ Conocida expresión de Tulio ASCARELLI, *Sociedades y asociaciones comerciales*, Buenos Aires, Ediar, 1947, pág. 48, seguida por numerosa doctrina, y también receptada en la propia Exposición de Motivos de nuestra legislación societaria, en su punto I de la Sección I del Capítulo I, ALJA 1974-A-415.

³¹ Tulio ASCARELLI, “Sui potree dellamaggioranza nelle società per azioni e su alcuni loro limiti”, Riv. Dir. Comm., 1950, t. I, p. 100.

Una sociedad puede estar operando con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en insolvencia. No existe un paralelismo entre ambas nociones, ni aun en los sistemas de sociedades sin capital social, cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades -si hay capital suficiente- o de disponer la liquidación u otra solución en caso de capital insuficiente.

La tensión aumenta cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho³², que no consideraron cuánto contrataron sin la información de esa situación o antes de que se produjera esa situación.

Los deberes fiduciarios del administrador societario aumentan en esta situación frente a los acreedores y terceros. Ello está mejor delineado en las legislaciones donde no existe capital fijo, por lo que el administrador debe anualmente determinar el capital necesario para afrontar la continuidad de la sociedad (*solvency test*), tutelando así a potenciales nuevos acreedores. En legislaciones como la del Código californiano se impone la imposibilidad de distribuir utilidades, entre otros actos, si no se someten a dos exámenes las cuentas sociales: *Quantitative Liquidity Test* y *Quantitative Solvency Test* o de un simplificado *Equity Insolvency Test*³³.

De no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis -en nuestro país la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una

³² LORENZO STANGHELLINI, "Proprietá e controllo del'impresa in crisis", Rivista delle Società, anno 49, 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Milán, Giuffré, pág. 1079. Los socios minoritarios, ajenos al grupo de control y dirección de la sociedad están casi en la situación de inversores, hasta pudiendo constituir una clase de socios, pero siempre tienen derecho a una información sobre el estado de la sociedad y una preferencia ante el aumento del capital, directamente vinculado a su derecho al resultado social; sobre este punto puede verse Marco Saverio SPOLIDORO, "El capital sociale", en "Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti", collana della Rivista delle Società, Milán, Giuffré, 1993, pág. 59 y especialmente pág. 67

³³ ROSARIO C. ESCRIBANO GÁMIR, *La protección de los acreedores sociales*, Navarra, Aranzadi, 1998, Monografía de Revista de Sociedades Nº 10, pág. 44 y ss.

prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone responsabilidad de los administradores ³⁴.

7. Así como venimos sosteniendo que la solución preconcursal societaria es la reintegración o el aumento del capital social, también existen otras salidas, particularmente para enfrentar empresas de riesgo: los negocios en participación o venture capital. Un plan de negocios -o plan de empresa- se formaliza para encarar cualquier emprendimiento. A veces en la mente del emprendedor y otras veces con sofisticados estudios para determinar la inversión y la prospectiva del resultado. Ese plan parece insoslayable en el caso de decidirse constituir una sociedad -como en la mayoría de los emprendimientos complejos-, para convocar a otros socios y/o inversores, determinando el patrimonio necesario para el éxito de la empresa-negocio.

8. Pero debemos previamente concordar que tanto para requerir aportaciones como socios, como en oportunidad de requerir financiamiento externo, es fundamental la formulación de ese plan de negocios (plan de empresa) ³⁵ para la conducta de los propios que la realizan y para generar la decisión de los terceros de quienes se pretende la inversión de capital para la aventura en común (*joint venture*). Ese plan es el instrumento fundamental para atraer inversores, es como el prospecto requerido por las normas para acceder a la oferta pública en materia de obligaciones negociables o acciones.

Sin plan no hay posibilidad de acercar nuevos socios u obtener préstamos significativos.

Obviamente debe distinguirse las diferencias entre préstamos a interés, incluso participativos -donde el riesgo se limita a la remuneración del préstamo-, y participaciones en negocios (estos últimos referidos muchas

³⁴ Massimo MIOLA, "Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali", en *Rivista delle Società*, anno 50, 2005, Milán, Editor A. Giuffré, noviembre-diciembre 2005, fascículo 6º, p. 1199, especialmente pág. 1310.

³⁵ Efraín H. RICHARD, *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010, Cap. "Axiología del derecho concursal", pág. 480.

veces como *joint venture* o *venture capital*, pues asumen el riesgo del negocio con la totalidad del aporte.

9. Planificar es un compromiso con el futuro. Las comunidades que no son orgánicas están condenadas a ser estructuradas desde su exterior, se ha agotado el ciclo de lo público y sobreviene el de lo privado³⁶, conforme con ello se pretende que lo privado ordene las energías y los intereses de la sociedad. El punto está vinculado con la autoprogramación para evitar la heteroprogramación a través del Estado. El jurista sabe que no hay alternativa entre planificación y libertad ni entre planificar o no planificar³⁷. Quien no formaliza autoprogramación, autoorganización, impone el autoritarismo generando la heteroprogramación³⁸.

En muchos casos, para generar negocios participativos, la planificación no corresponde a los administradores sociales que requieren ese tipo de fondos, sino a terceros (instituciones o técnicos), que por lo menos auditan aquélla si existe, pues la propia sociedad puede haber requerido a esos terceros especializados el estudio del negocio e inclusive la atracción de participantes, determinando la viabilidad del negocio y la rentabilidad de la inversión.

10. En materia concursal, en la jurisprudencia y en la doctrina argentina, se suele aceptar que la deudora no tenga ni presente ningún plan para superar la crisis³⁹, ni en la obligación de actuar tempestivamente al

³⁶ Confr. FRANCESCO GALGANO, *Historia del derecho mercantil*, cit., pág. 165 y ss.

³⁷ Pedro J. FRÍAS, *Sobre poder y sociedad*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, 1983, p. 182. Luego lo hicimos con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muñio “Salvataje de la empresa ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal?” en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, 1997, t. 30, pág. 525 D.

³⁸ Efraín H. RICHARD, “Tutela estatal en las sociedades por acciones”, Rev. La Información t. XXXII, pág. 943 y ss.

³⁹ Efraín H. RICHARD, “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)”, en Doctrina Societaria y Concursal, noviembre, 2008, pág. 1081; “¿Abusos en el proceso concursal?”, en La Ley 24/12/08; “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)” en Jurisprudencia Anotada de RDCO N° 234, enero-febrero 2009, Abeledo-Perrot, pág. 79.

aparecer una dificultad o crisis, ni que se haya dotado adecuadamente el patrimonio de la sociedad genéticamente ⁴⁰ ni intentado hacerlo cuando se publicitó inexorablemente su insuficiencia, ni haber hecho algún intento de los previstos en la ley de organización societaria para asumir concretamente la dificultad ⁴¹.

Es como si se negara la realidad: todo emprendedor tiene un plan, y lo reprochable es que lo oculte, quizá para que no se adviertan actos censurables o ilegales para que la crisis, la insolvencia, la asuman acreedores, transformando la crisis en un gran negocio para los socios o accionistas ⁴².

Lo explicita con claridad Bernardo Carlino ⁴³, alejándolo de la crisis: *“Origen del plan de negocios: la etapa pre contractual. Adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, que postula sin descanso hace más de una década Efraín H. Richard ⁴⁴, no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente”*.

⁴⁰ Efraín H. RICHARD, “El capital social y la responsabilidad limitada”, en Estudios Jurídicos publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, N° 3-2007, República Oriental del Uruguay, págs. 163/202.

⁴¹ Efraín H. RICHARD, *Insolvencia societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

⁴² Así puede verse el caso del “Acuerdo Preventivo Extrajudicial de Multicanal S.A.”, donde inmediatamente de homologado el APE referido sólo a las obligaciones negociables, el balance de la sociedad dio un resultado positivo de más de mil ochocientos millones de pesos (seiscientos millones de dólares) que se repartieron inmediatamente entre los socios, y que no provenía del resultado ordinario de la explotación ordinaria. Por otra parte, toda quita o espera a los acreedores beneficia directamente a los socios. En similar sentido Carlos PALACIO LAJE, *Delitos de vaciamiento de empresa*, Córdoba, Marcos Lerner, 2002.

⁴³ “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H. Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, Sección Doctrina, repetido el 23 de marzo.

⁴⁴ El más reciente de los cuales se puede encontrar en “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?”, en *Ensayos de Derecho Empresario* N° 4, director: E. H. Richard, Córdoba, Fespresa, 2008, pág. 56 y ss.

Hemos vinculado esta cuestión a un problema axiológico y de la teoría de los valores, como justificativo del derecho concursal: ante la crisis: eliminar el estado de cesación de pagos ⁴⁵.

Pero ha quedado en claro que la cuestión central de la empresa, de su factibilidad, es el plan de negocios con que se encara su desarrollo. Ese plan de negocios determina las necesidades patrimoniales para satisfacer la viabilidad de la empresa, la consecución del objeto en las técnicas de organización de la empresa. Por eso haremos ahora algunas referencias a aspectos patrimoniales.

11. Uno de los autores del proyecto de legislación concursal se refiere a la conveniencia de un plan de negocios en ocasión de intervenir terceros, pero lo omite para la propia conducción de la empresa o sociedad en crisis. En “Propuestas para un sistema concursal más eficiente” Julio César Rivera ⁴⁶ se refiere al plan de empresa, primero indicando el antecedente francés: “Así, en Francia... debe plasmarse en un plan dispuesto por el tribunal, no sometido a la aprobación de los acreedores; significó un debilitamiento significativo de los derechos de los acreedores y un acrecentamiento de los poderes del juez”. Luego Rivera sugiere la incorporación de un plan en el caso de “El salvataje del artículo 48 L.C. El salvataje del art. 48, comúnmente conocido como *cramdown* ha sido la novedad más relevante de la ley 24.522, y más allá de algunas críticas iniciales lo cierto es que: (i) es coherente con las finalidades que hoy se reconocen a los procedimientos preventivos, entre las cuales se destaca la enajenación de la empresa a quien pueda hacerla viable... Pero a nuestro juicio lo que debería incorporarse a la ley es la exigencia de que los sujetos que se incorporen a la lista de interesados en adquirir las acciones y hacer una oferta de concurso preventivo, de algún modo demuestren su solvencia económica y moral, que acrediten su interés mediante el depósito de una suma de dinero, y que exterioricen aunque sea mínimamente algún plan de salvataje de la empresa. De otro modo resulta que la lista se

⁴⁵ Efraín H. RICHARD, “Axiología del derecho concursal (Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal), organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, agosto de 2008).

⁴⁶ Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, *Anales 2001*, pág. 284.

forma con sociedades *off shore*, representadas por ignotos personajes, que aparecen ofreciendo adquirir empresas importantes sin arriesgar ni poner un solo centavo, con lo cual distorsionan la competencia entre los distintos sujetos que realmente tienen interés en la empresa concursada, cuando no simplemente dilatan innecesariamente el procedimiento”.

Hemos clarificado que una legal presentación de propuesta de acuerdo se integra con tres elementos -dos de ellos normalmente inexistentes-⁴⁷. La obligación de planificar, explícita en el caso que se intente hacerlo en la liquidación por quiebra, aparece ínsita como obligación de administradores diligentes de sociedades y por la forma en que debe integrarse la propuesta de acuerdo en el concurso preventivo.

III. La cooperativa de trabajo y la continuidad de la actividad empresaria

La reforma de la ley concursal acentúa la posibilidad de protagonismo de los trabajadores ante la posibilidad de no poder continuar la relación laboral, haciéndolo a través de cooperativas de trabajo. Correcto objetivo con confusa regulación, que ha merecido múltiples críticas.

Pero advertimos que muchas críticas devienen de quienes sostienen que los administradores societarios no tienen obligación de planificar, ni de cumplir con las normas preventivas imperativas contenidas en la ley de sociedades para solucionar la insolvencia.

La reforma prevé la posibilidad de participación de la cooperativa ante la no homologación del acuerdo de sociedades, que abre la posibilidad del mal llamado *cramdown*, en realidad acuerdos gestados por terceros, que se impone en las previsiones del art. 48 y ahora también del art. 48 bis ante el fracaso de la propuesta de la sociedad convocada.

Curiosamente, los jueces están abriendo una creación pretoriana, llamada la tercera vía, que permite dar una nueva chance a los administradores de la sociedad concursada, postergando el llamado a terceros -que

⁴⁷ Efraín H. RICHARD, “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)”, en Jurisprudencia Anotada de RDCO N° 234, enero-febrero 2009, Abeledo-Perrot, pág. 79.

hoy incluye el llamado a la concursada que compite con los terceros, indudablemente en mejores condiciones-.

Cuestionamos la legalidad de ese llamado. Correcto frente a un empresario individual, pues se impondría la quiebra, parece una solución abusiva, beneficiando a la concursada ante su fracaso, sustrayendo su propuesta de ser controvertida con otros interesados, particularmente con la cooperativa de sus propios trabajadores. Este aspecto generó la mayor polémica en un reciente Seminario ⁴⁸ cuestionando el otorgamiento de la “tercera vía”. Allí se trataron los fallos “Bendow Argentina S.A. s/ concurso preventivo” (9/11/11) y “Mallarini, Jorge Alberto s/ concurso preventivo” (26/4/11) de la Sala F, “DMRT S.A. s/ concurso preventivo” (3/10/11) de la Sala C, y “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo” (10/5/11) de la Sala A. Da cuenta la publicación electrónica Mercado de Capitales en su última entrega de abril de 2012 que “La camarista cordobesa, Verónica Martínez de Petrazzini, señaló que existen dos tipos de ‘tercera vía’, aquella donde se le da una oportunidad al deudor a último momento para mejorar la propuesta, y aquella donde se le permite a quien ha perdido el juicio, la posibilidad de iniciarlo de nuevo. Aquí es cuando la tercera vía pasa a ser un nuevo instrumento de fraude frente a la no homologación de un concurso fraudulento, a costa no sólo del orden público procesal y de la misma Constitución Nacional, ya que se está violando el derecho de defensa en juicio de los acreedores que deben someterse a una nueva espera y también a nuevos gastos. En relación al abuso en la formulación de una propuesta de acuerdo preventivo, el juez Fernando D’Alessandro dijo que éste no está determinado solamente por el porcentaje de pago en favor de los acreedores, sino que debe evaluarse en el caso concreto, en función de las posibilidades reales de pago del deudor, los plazos, las alternativas de recupero a un eventual dividendo falencial, las tasas de interés, etc. A este último respecto D’Alessandro sostuvo que es fundamental la ponderación de las tasas en función del tiempo para ponderar de qué quita se está hablando, especialmente teniendo en cuenta la incertidumbre que hay en torno a los

⁴⁸ Duodécimo Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias concursales, en Mar del Plata, 25 a 27 de abril de 2012. La jurisprudencia referida está contenida en el libro editado en esa ocasión, *Derecho societario y concursal. Tendencias jurisprudenciales*, Buenos Aires, Legis, 2012.

índices de inflación. Por su parte, el reconocido jurista cordobés Hugo Efraín Richard sostuvo que la tercera vía ha perdido su sentido ante la modificación del art. 48 y del sistema liquidatorio, porque sólo se estaría asegurando la continuidad de la empresa viable. Incluso, para Richard la tercera vía sólo es posible en el caso del concurso de la persona física, ya que para la persona jurídica hay un régimen imperativo previo que es el establecido por el artículo 48 de la ley concursal, referido al *cramdown*".

IV. Algunas aportaciones a la problemática de la financiación⁴⁹

Se señala hoy en la doctrina mundial que no importa quiénes sean o devengan en propietarios de una empresa en crisis sino la conservación del empleo y del giro normal, no contaminante.

De lograr los trabajadores, organizados en cooperativa, las conformidades de los acreedores a su propuesta de solución -art. 48 y concs. L.C.Q.-, los socios de la concursada deberán traspasar forzosamente su participación a esa cooperativa. Al quedar esta sociedad como única socia de la concursada, pensamos que el juez debería imponer la transformación de la sociedad original en cooperativa para satisfacer el esquema legal concursal y societario.

1. Cabe preguntarse ¿la cooperativa puede asociarse con otras entidades o sociedades para asegurar la gestión empresaria, constituyendo negocios en participación (art. 361 L.S.), agrupamientos de colaboración (art. 367 L.S.) unión transitoria de empresas (art. 377 L.S.), consorcios de cooperación (ley 26.005, contratos de explotación tambera (ley 25.169), *joint ventures* con una sociedad comercial o con una persona física que no sea trabajador de la concursada (por ejemplo, profesionales)?

⁴⁹ Ver X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, ponencia que presentáramos con Jorge Fernando Fushimi sobre "Negocios en participación gestados por sociedad anónima como forma de financiamiento de negocios específicos" (La Falda, República Argentina, 2007).

Esas contrataciones no aparecen prohibidas ⁵⁰, salvo que sea una forma de burlar la ley, pues el art. 5° de la ley 20.337 permite que “*pueden asociarse con personas de otro carácter jurídico a condición de que sea conveniente para su objeto social y que no desvirtúen su propósito de servicio*”. Por ejemplo, podrá intervenir en agrupaciones para exportación.

Frente a expectativas generadas por la referida reforma italiana en torno al financiamiento de sociedades por acciones deseamos hacer un paralelo con similares posibilidades en el sistema asociativo nacional actual. El legislador italiano ha introducido dos diversas formas de separación patrimonial. El art. 2447 bis C.C., además de consentir la constitución de patrimonio destinado a operaciones determinadas (1.a), similar a nuestro negocio en participación, concede la facultad, mediante la previsión de 1.b de “*convenire che nel contratto relativo al finanziamento de uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo sino destinati i proventi dell'affare stesso o parte di essi*” ⁵¹.

Ambos negocios son posibles en nuestro país en el derecho actual. Así lo venimos sosteniendo. Uno es un negocio participativo, “venture capital”, y el otro es un préstamo participativo.

2. Las sociedades anónimas y por qué no las cooperativas, pueden en nuestro país financiar ciertos negocios a través de negocios en participación, en los que el partícipe arriesga su aporte a las resultas del negocio específico en la expectativa de obtener una buena ganancia conforme el proyecto de inversión, y la sociedad gestora mejora sus posibilidades de ganancias, incluso de las que obtendría de la gestión de un fideicomiso.

⁵⁰ Hugo J. STEMPELS, “En la continuidad de la explotación de la empresa -regulada en el art. 190 L.C.Q.- puede utilizarse el contrato de colaboración empresaria como instrumento técnico de vinculación jurídica entre el quebrado (sujeto unipersonal o sociedad) y sus trabajadores en relación de dependencia (en actividad o acreedores laborales) quienes deberán actuar bajo la forma de una cooperativa de trabajo”, ponencia presentada ante el XXXVI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, 5 y 6 de diciembre de 2002.

⁵¹ Paola BALZARINI y Giovanni STRAMPELLI, “I finanziamenti destinati ad uno specifico affare”, en Rivista delle Società, 2012, pág. 78 y ss. (año 57^a gennaio-febbraio 2012, fasc. 1°).

Esa modalidad no genera especiales problemas impositivos o contables, en cuanto se realicen en forma transparente, lo que no implica que sea ostensible para evitar responsabilidad del partícipe, y no es afectada por el concurso del gestor.

3. Ninguna de las leyes tributarias, ni sus decretos reglamentarios, contienen cuestiones vinculadas con los aspectos tributarios del negocio parciario. Si bien existen interpretaciones referentes a negocios participativos específicos que -por extensión- podrían aplicarse, resultaría conveniente que la legislación contemple de manera expresa regulaciones al respecto, o bien que la propia AFIP emita dictámenes de carácter vinculante para despejar todas las dudas que pudieran suscitarse y unificar criterios ⁵².

Como forma de financiación para la sociedad gestora -en el caso la cooperativa-, el negocio ofrece evidentes ventajas, en relación por ejemplo, al préstamo participativo. En efecto, mientras en el préstamo parciario el deudor está obligado a restituir el capital, lo que necesariamente implica que -de resultar perdidoso el negocio- la sociedad deberá recurrir a otros fondos sociales para restituir el capital prestado, lo que agrava la pérdida; en el negocio en participación, el aportante padece los quebrantos conjuntamente con la asociante.

Para el aportante, la inversión es de riesgo -típica del capitalismo productivo-, toda vez que arriesga íntegramente el capital. Evidentemente, para éste, el análisis de rentabilidad del proyecto de inversión debe compensar con creces no sólo el costo de oportunidad de inversión, sino también cubrir la prima de riesgo al que se ve sometido. Aunque, justo es reconocer también, la rentabilidad que ofrezca el negocio es práctica-

⁵² Quizá sería bueno adherir a las recomendaciones de las Terceras Jornadas Nacionales Tributarias, Previsionales y Laborales de Rosario de 2005 del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de Rosario (área Agropecuaria, tema: Operaciones específicas de la actividad frente al cumplimiento de las normas tributarias y de respaldo documental) quienes, si bien para un área específica de la economía, recomendaron “Promover el dictado de una norma de carácter legal respecto de la actividad del contratista rural en los casos que su operatoria encuadre dentro del negocio parciario...”. Lo contrario sume en un estado de inseguridad jurídica a los operadores económicos que pueden ver afectada la evaluación del negocio por una interpretación diferente a la sostenida por nosotros en este trabajo.

mente pura, toda vez que su simpleza evita o disminuye notoriamente los costos ocultos del proyecto (entiéndase: gastos de administración, de gestores, etc.).

4. La alternativa puede llegar a ser una opción óptima para que pequeños inversores, de tendencia no excesivamente conservadora, puedan llegar a tener participación en negocios de alta rentabilidad y altos requerimientos de capital, a los que, de no existir este negocio, no tendrían ninguna posibilidad de acceso.

5. No podemos soslayar la comparación con el contrato de fideicomiso -pese a que la cooperativa podría ser fiduciario-. Sin perder de vista los elementos comunes con este contrato (naturaleza fiduciaria del negocio, patrimonio de afectación con diferentes efectos), debemos tener presente que -a diferencia de lo que ocurre con la figura que nos ocupa- el fideicomiso tiene un importante tratamiento y desarrollo en la Ley de Procedimientos Tributarios (al convertirlos en responsables por deuda propia), en la Ley de Impuesto a las Ganancias y en la Ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, a la vez que tiene algunos costos más elevados. En el caso concreto del fideicomiso ante el impuesto a las ganancias, es oportuno destacar que tributan directamente el 35% de la ganancia neta, de modo similar a las sociedades anónimas (excepto fideicomisos en los que el fiduciante tenga el carácter de beneficiario y no se trate de fideicomisos financieros ni el fiduciante sea residente en el exterior), lo que eleva considerablemente el costo impositivo del proyecto, lo que no se daría en el negocio bajo análisis, en especial cuando el aportante sea un residente en el exterior.

Pero al mismo tiempo, aseveramos que una cooperativa de trabajo de construcción o similar podría asumir el carácter de fiduciario en un contrato de fideicomiso o ser contratada por el fiduciario para llevar adelante la obra.

6. El concurso preventivo no afectará a estos contratos, que recién quedarían resueltos con la declaración de quiebra. O sea que se mantiene el negocio, la obligación de mantener la gestión por la concursada y de rendir cuentas, debiendo sin duda ser informado en la presentación. El negocio en participación no genera dificultades frente a la quiebra y el

concurso preventivo de la sociedad gestora o sea de la cooperativa de trabajo en el caso. La quiebra de la sociedad gestora no afecta a los socios partícipes conforme resulta de la expresa previsión del art. 151 L.C.Q., aunque obviamente posterga los derechos de los partícipes que “no tienen derecho sobre los bienes sujetos a desapoderamiento, sino después que se haya pagado totalmente a los acreedores y los gastos del concurso”. Si el negocio hubiere concluido y se les hubiere liquidado su participación y utilidad conforme a rendición de cuentas en forma anterior a la quiebra no se verán afectados, pues el negocio habría concluido. La declaración de quiebra del socio gestor, si el negocio no estuviera concluido, “produce la disolución de la sociedad accidental o en participación” con los efectos indicados.

Conforme con esa conclusión deberá formalizarse la rendición de cuentas y si resulta acreedor, el partícipe tendrá derecho a verificar su crédito como quirografario. Si el partícipe hubiere entregado un bien de su propiedad para el cumplimiento del negocio en participación, y éste no fuere fungible -salvo que se tratara de un contrato conexo de maquila -art. 138 L.C.Q.-, tendrá derecho a su restitución, como indirectamente resulta del texto de la norma.

7. Por otra parte, en el negocio en participación, o “venture capital”, el partícipe -cuyos derechos y licitud del contrato se reconoce expresamente en la quiebra, como hemos visto-, deberá exigir cuidadosas rendiciones de cuentas ante el riesgo de una “inundación” que destruya los libros, cubriéndose también del riesgo del traslado opinable de los libros y de la documentación contable en un autodescartable de algún auxiliar contable.

Recordamos el caso en que la presentación en concurso del socio de control de una sociedad en una provincia cordillerana se unió a la pérdida de libros y de toda la documentación contable de la sociedad. Un par de años después la sociedad cambió de nombre y de domicilio para presentarse en concurso en la Capital Federal, con nueva pérdida de libros y documentación contable. Sólo la exigencia del juez de que se publicara el CUIT en el edicto convocando a los acreedores permitió que algunos de éstos cumplieran su carga de verificación y no se esfumara la totalidad del pasivo. Vale pensar que el CUIT podría ser una adecuada prueba de la actuación de una sociedad para generar y reconocer su personalidad,

al margen de la regularidad que se genera con el cumplimiento de otros requisitos formales.

V. Finalizando

Estas ideas sobre nuevas formas de financiamiento -y sus condicionamientos-, particularmente para el éxito de las cooperativas de trabajo que pudieran generarse ante el fracaso de otra organización empresarial -en un procedimiento concursal-, conlleva pensar en la eficiencia de los compromisos asumidos por el Estado en la reforma concursal ley 26.684, apoyando tecnológicamente a esas cooperativas y otorgándoles apoyo financiero para probar esa planificación, permitiendo así acercar otros capitales. Obviamente deberá generarse primero el apoyo técnico para determinar la viabilidad del proyecto empresarial, para inmediatamente aportarle la ayuda crediticia, con vencimientos adecuados al plan generado.

La ley 26.684, que intenta preservar el trabajo -no el empleo- ante la defección de los administradores y socios originales, tiene como precedente la existencia de más de medio centenar de empresas “gestionadas” por sus ex empleados. La necesidad de legislar era evidente, los defectos de la norma deberán ser asumidos por la judicatura en cada caso concreto. Hemos intentado aportar algunas ideas.

Parece que es actual y oportuna la cita de Ascarelli, hecha en 1952 en sus *Studi*, que recuerda siempre Fargosi: “*En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales*”⁵³.

⁵³ Horacio P. FARGOSI, “Derecho comercial del siglo XXI”, en *Código de Comercio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, t. 1, pág. 127.

COMENTARIO Y OBSERVACIONES AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL. PARTE GENERAL DEL CONTRATO (ARTS. 957 A 999) ¹

por JUAN MANUEL APARICIO ²

SUMARIO: I. El proceso de recodificación. II. Contratos en general. Disposiciones generales. III. Clasificación de los contratos. IV. Formación del consentimiento. V. Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas. VI. Tratativas contractuales. VII. Contratos preliminares. VIII. Pacto de preferencia y contrato sujeto a conformidad.

I. El proceso de recodificación

1. Los ejemplos del derecho comparado. En los ejemplos que suministra el derecho comparado de países de respetable cultura jurídica que abordaron un proceso de recodificación, es decir, de sustitución del código civil vigente por otro nuevo, ninguno presenta semejanzas con el que se está desarrollando en nuestro país. Una empresa de ese tipo, presupone metas, a la que se que van acomodando los tiempos y no a la inversa ³. Esa tarea debe ser una obra colectiva, que exige el amplio

¹ Conferencia pronunciada en sesión ordinaria del 22 de mayo de 2012.

² Académico de número y director del Instituto de Derecho Civil.

³ Baste citar como ejemplos los procesos de recodificación que condujeron a la sanción del Código Civil de los Países Bajos y del Código Civil de Québec. Véase Elena IORIATTI, "Il Nuovo Codice Civile dei Paesi Bassi fra soluzioni originali e circolazione dei modelli", en *Rivista di Diritto Civile*, 1992, Parte Prima, pág. 117 y ss.; *Code Civil de Québec et Code de Procedure Civile*, sous la direction de Baudouin Jean-Louis, Montréal, Ed. Wilson & Lafleur Ltée, 1998, N° 33 y ss., p.139.

consenso y la efectiva participación de todos los sectores del quehacer jurídico más representativos del país, tanto del ámbito académico y universitario, como de los relacionados con la vida práctica del derecho. En esta labor resultan impensables tanto la premura como los plazos fatales. En vez de términos perentorios, deben plantearse objetivos. Únicamente cuando mediare el convencimiento de que existe un proyecto que cuenta con un elevado grado de representatividad, participación y apoyo de todos los sectores interesados, amén de que ha tenido la publicidad y el tratamiento suficientes para haber llegado al conocimiento de los diversos estratos comprometidos, cabría que tomara estado parlamentario una iniciativa de tamaña envergadura. Sólo así se garantizaría la labor de difusión previa en todos los sectores interesados de la comunidad, más allá del reducido círculo de especialistas, con el fin de evitar el cambio traumático.

2. El Proyecto, como obra orgánica y sistemática, no ha podido ser objeto de una consideración seria y reflexiva por parte de la comunidad jurídica. Del agradecimiento que dio la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto a la lista de profesionales y juristas que consigna, por la colaboración prestada “en aspectos especiales en la redacción del anteproyecto”, se desprende que tales aportes habrían sido realizados en relación a cuestiones puntuales de este último, en el reducido lapso en que se confeccionó. Pero es indisputable que el anteproyecto, como obra orgánica y sistemática, no ha sido puesto a consideración de la comunidad jurídica.

El estudio serio y reflexivo del proyecto requiere de un tiempo adecuado. Sin embargo, como está ocurriendo en el seno de nuestros institutos de derecho civil, cuando se intenta analizar lo que hoy fundamentalmente ha pasado a ser el Proyecto elevado al Congreso de la Nación, se advierte que dicho estudio profundo y reflexivo, demandaría un tiempo significativamente mayor que el que exigió su apresurada redacción. Asimismo, dicho estudio preliminar es fuente de múltiples observaciones serias que deben ser consideradas y debatidas.

3. La preocupación fundamental debe ser la excelencia del Proyecto y no la precipitación en aprobarlo. Empero, al parecer, la inquietud prioritaria que revela el proceso que se ha puesto en marcha, no es el logro de la excelencia del nuevo código, sino la prisa en aprobarlo, como

si el mero hecho de ser cronológicamente contemporáneo fuere equivalente a superar lo que en el terreno del derecho patrimonial, la más de las veces injustificadamente, se reputa vetusto. Si bien pueden existir sectores de nuestro derecho civil que exigen una actualización y reforma que no es dable demorar, como ocurre con el derecho de familia, no sucede lo mismo en otros campos. En estos últimos, cualquier ensayo serio de reforma y puesta al día de la legislación civil, siempre tendrá como presupuesto el respeto de la tradición jurídica nacional que hunde sus raíces en el Código de Vélez Sársfield, y en la permanente tarea de actualización obra del legislador, de la jurisprudencia y la doctrina que la fueron renovando progresivamente, en su existencia dinámica.

4. *El Código Civil no es una obra destinada sólo a los especialistas.* Bien se ha dicho y repetido, que en la sustitución del código vigente, debe evitarse el cambio innecesario, abrupto y brusco, con la fractura de la continuidad jurídica que ello importa. No debe perderse de vista que el Código Civil es una obra que compromete la vida social de quienes viven el derecho, porque lo aplican, lo aprenden o actúan conforme con el conocimiento empírico que tienen de él. No cabe alterar los conceptos jurídicos fundamentales de nuestro derecho civil que se han acuñado y perviven en la evolución experimentada por la disciplina, sino tan sólo introducirle reformas necesarias o útiles, con exclusión de las voluptuarias, esto es, las que persiguen novedades que satisfacen vanos alardes de originalidad o el irreprimible y presuntuoso impulso del toque personal.

II. Contratos en general. Disposiciones generales

5. *La definición de contrato.* El proyecto de Código Civil, en el Título Segundo del Libro Tercero, que comprende los arts. 957 a 1091, trata de los contratos en general. En el capítulo primero de dicho título, dedicado a disposiciones generales, el art. 957 se pliega al criterio del código vigente y opta por definir al contrato. La noción coincide sustancialmente con la que se desprende de los arts. 1137, 1169 y 1175 del actual Código, en cuanto los elementos o requisitos de existencia que contiene son idénticos, a saber: pluralidad de partes, acuerdo de voluntades y, en cuanto al contenido, la disciplina de relaciones jurídicas patrimo-

niales que vinculan los intereses de las partes, ajenas a la sucesión mortis causa. La definición del código, inspirada en Savigny, ha sido sustituida por la siguiente: “**Artículo 957.- Definición.** Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. La fuente indudable de ella, es el art. 1321 del Código Civil italiano, seguido por el art. 1351 del Código Civil peruano y por el art. 7° de las propuestas para una reforma del derecho de contratos elaboradas por un grupo de trabajo bajo la dirección de Francois Terré en 2009⁴. La definición del art. 957, expresa que “las partes manifiestan su consentimiento”; cabe señalar, al respecto que habida cuenta el significado anfibológico que suele asignársele al vocablo consentimiento, puesto que se utiliza tanto para designar al acuerdo de las partes, como a cada una de las manifestaciones individuales de voluntad que pueden conformarlo, resulta aconsejable, conforme con el precedente tenido en cuenta, incluir en la definición el término “acuerdo”, cuyo empleo también hace uso el art. 1137 del Código Civil.

6. *El principio de autonomía.* En los arts. 958 y 959 se consagra, respectivamente, el principio de la libertad contractual y el de la fuerza vinculante del contrato que integran, a su vez, el principio básico de la autonomía sobre el que se asienta la materia contractual, con el límite impuesto por la ley, el orden público, la moral y buenas costumbres. Como corolario de este principio, establece el proyecto que las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido o de su contexto, resulte su carácter indisponible (art. 962). Asimismo, el art. 960 prescribe que los jueces no tienen facultad para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público. Con respecto a esta última salvedad, cabe observar que, a veces, las excepciones poco claras pueden producir el efecto de desnaturalizar a la regla. El orden público, junto con las buenas costumbres y las normas imperativas, como se ha indicado, constituyen un límite de la autonomía.

⁴ Francois TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, París, Dalloz, 2009.

Cuando se quebrantan tales límites, el contenido disconforme con el ordenamiento jurídico, aunque se corresponda con la voluntad de las partes, debe ser considerado ilícito y provoca sea la invalidez del contrato o el aniquilamiento parcial de la cláusula que lo padeciere. En este último caso pueden plantearse un problema de integración, que no significa, en estrictez de concepto, la facultad de los jueces de modificar el contrato.

7. *El principio de buena fe.* El art. 960 del proyecto, consagra el principio de buena fe que preside la vida del contrato desde su gestación hasta la extinción definitiva. La fórmula utilizada es análoga a la que emplea el primer párrafo del art. 1198 del Código Civil con una modificación del texto, que no altera su significado sustancial: “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que pueden considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor*”.

8. *La integración del contrato. Noción.* En el art. 964, el proyecto se refiere a la integración del contrato. En la doctrina italiana se ha desenvuelto la noción de integración sobre la base de lo que disponen los arts. 1374 y 1375 del Codice Civile⁵. Se tiene en cuenta que el régimen del contrato se deriva de fuentes autónomas, las representadas por la voluntad de las partes, que conforman el acuerdo, y son las que entrañan la médula de la estructura del negocio. La operación en virtud de la cual el reglamento contractual se complementa con la intervención de fuentes heterónomas, distinta de la voluntad de las partes, se denomina integración del contrato.

9. *La integración supletoria y la integración coactiva.* La integración se distingue según la finalidad perseguida y los modos a través de

⁵ Ernesto CAPOBIANCO, “La determinazione del regolamento”, en *Trattato del contratto*, a cura di Vettori, t. II, Milano, 2006, Roppo V. (dir.), a cura di Vettori, t. II, p. 390. Véase, en especial, Stefano RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1970, pág. 3 y ss.

los cuales se lleva a cabo ⁶. Atendiendo a sus fines la integración puede ser supletoria o coactiva. La integración supletoria tiende a cubrir las lagunas que pueden existir en la regulación que se han dado las partes. Las normas que prevalecen en materia contractual son dispositivas y tienen por función salvar las omisiones en que pueden incurrir los contratantes. Asimismo, otra fuente de integración supletoria es la costumbre, esto es, los usos y prácticas, en los supuestos en que se le asigna virtualidad jurídica. A esta integración supletoria se contraponen la integración coactiva. Ella se traduce en un tratamiento legal negativo del contenido del contrato y se sobrepone a un acuerdo existente porque es desaprobado por el ordenamiento jurídico. La integración coactiva aparece así, como antagonista de la autonomía privada. La fuente de esta integración la constituyen las normas imperativas y los principios que marcan los límites de la autonomía contractual, el orden público y las buenas costumbres. El efecto de esta integración, como se ha anticipado, es que el contenido disconforme con el ordenamiento jurídico, aunque se corresponda con la voluntad de las partes, debe ser considerado ilícito, lo que puede conducir ya sea a la invalidez del contrato o bien al aniquilamiento parcial de la cláusula que padeciere este defecto. En la hipótesis de nulidad de contrato no subsiste ningún problema de integración, porque no queda en pie ninguna reglamentación contractual que deba ser sustituida o complementada. Diversamente ocurre cuando la nulidad afecta a parte del contrato, ese contenido parcial debe ser amputado del contrato, y pueden plantearse diversas situaciones en cuanto a la necesidad de sustitución por otra regla, que constituye un problema de integración.

10. *La integración legal y la integración judicial. La buena fe.* En atención a los modos a través de los cuales opera, cabe diferenciar a

⁶ Vincenzo ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè 2001, pág. 485 y ss.; CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., pág. 389 y ss.; Renato SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, Milano, Vallardi, 1977, N° 54, pág. 186; Franco CARRESI, "Il contratto", en *Trattato de diritto civile e commerciale*, Cicu - Messineo (dirs.) Milano, Giuffrè, 1987, t. II, N° 198 y ss., pág. 569; Rodolfo SACCO - Giorgio DE NOVA, *Il contratto*, 3ª ed., Torino, Utet, 2004, t. 2, pág. 417; Stefano RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano Giuffrè, 1970, pág. 112 y ss.; Francesco GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Milano, Cedam, 2009, vol. 2º, N° 36, pág. 174.

la integración en legal o judicial. Se ha hecho referencia a la integración legal, cuya fuente está constituida por normas, prácticas, usos o costumbre preestablecidos *ex ante*. En la integración judicial, la regla que se incorpora a la reglamentación que se han dado las partes, es determinada *ex post*, por el juez, en base a la autorización que la ley le da, en una cláusula general de contenido elástico, dentro del cual puede moverse, para la precisión de dicha regla integradora. La buena fe constituye la más importante fuente de integración judicial con un rol trascendente en la materia reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y así se desprende de lo preceptuado en el art. 961 del Proyecto. Este mandato de la buena fe no constituye un mero elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que genera una norma jurídica completa que adquiere el rango de un principio general de derecho: todos los participantes del tráfico negocial deben comportarse en forma leal, proba y correcta en sus recíprocas relaciones, tanto en la génesis o formación del contrato, como después de su perfeccionamiento⁷. Las normas de este jaez que contienen estas cláusulas generales, se diferencian del resto de los preceptos jurídicos por su configuración indeterminada y por el reenvío a preceptos metajurídicos, esto es, criterios directrices de valoración ético-social, que son forjados en la conciencia social. Conforme con este principio de buena fe, los jueces, en la resolución de los casos concretos, no sólo deben aplicar la reglamentación legal estructurada a tal fin, sino que, asimismo, deben adicionar este contralor dirigido a que la solución final se

⁷ Franz WIEACKER, *El principio general de buena fe*, Madrid, Civitas, 1977; Diez-Picazo, prólogo a la obra citada, y *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch, 1963, pág. 134; José Luis DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, ps. 45 y ss.; BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, t. I., pág. 69 y ss.; Gustavo ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, Montevideo, Ed. del Foro, Universidad Católica, 2005; Ernesto CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit. Karl LARENZ, *Derecho de obligaciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, t. I, pág. 17, idem *Derecho Civil, Parte general*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978; idem *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona Ariel, 1994, pág. 359 y ss.; Andreas VON THUR, *Teoría general de derecho civil alemán*, Tito Ravá, Buenos Aires, Depalma, 1947, vol. II 2, N^{ros} 545/547, pág. 228; Vincenzo ROPPO, *Il contratto*, cit., Giuffrè, pág. 493; SACCO -DE NOVA, *Il contratto*, t. II, pág. 436; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto cit.*, pág. 112 y ss. ; GALGANO, *Trattato di diritto civile cit.*, t. II, N^{ros} 120/122, pág. 557.

concilie con las directivas que encierra dicho principio. Así aclarado, la remisión a la buena fe sólo puede entrañar que la ley no considera exhaustiva la previsión de los abusos que deben ser evitados, de los desequilibrios que corresponde remediar o de los derechos u obligaciones que pueden derivarse de una relación contractual. Como bien se ha señalado, el principio de buena fe enuncia los criterios que permiten colmar los vacíos susceptibles de generarse en la resolución de los casos concretos, planteados en la vida económica y social ⁸. Esta interpretación integradora, cabe señalarlo, no tiene el carácter de una creación originaria e independiente, sino derivada, secundaria y complementaria, en cuanto el mismo orden jurídico lo autoriza; por tanto, debe operar dentro del marco del sistema ⁹.

11. La integración y el Proyecto. De acuerdo con lo señalado, parece más ajustado a la técnica legislativa, que luego de consignar el principio de autonomía y sus límites, se establezca la regla que el contrato obliga a las partes no sólo a lo que está expresado en el, sino a todas las consecuencias que se derivan de la ley o, en su defecto, de los usos y prácticas que tengan las características mencionadas en el inc. c del art. 964 del Proyecto. Debe también consagrarse la regla de la buena fe. Sentada estas bases, resulta conveniente dejar al intérprete la tarea del ordenamiento final de estas fuentes de la integración. El art. 964 que intenta llevar a cabo tal cometido, incurre en la omisión de la referencia a la buena fe ¹⁰. Finalmente, como otro homenaje a la sobriedad legislativa,

⁸ FRANCESCO GALGANO, *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, N° 111, pág. 454.

⁹ EMILIO BETTI, *La interpretación de las leyes y actos jurídicos*, 2ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1971, pág. 138.

¹⁰ Expresa el art. 964 del Proyecto:

“*Integración del contrato.* El contenido del contrato se integra con:

a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;

b) las normas supletorias;

c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable”.

debería eliminarse el art. 963 del Proyecto, en cuanto aparece como una norma sobreabundante, estérilmente repetitiva¹¹.

12. El contrato y el derecho de propiedad constitucionalmente protegido. El art. 965 del Proyecto prescribe que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante, reiterando lo que es un corolario de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al enunciar el concepto genérico de propiedad empleado por la Constitución Nacional como todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que comprende todos los derechos patrimoniales sobre bienes susceptibles de valor económico.

III. Clasificación de los contratos

13. Contratos unilaterales y bilaterales. En el Capítulo 2º del Título examinado, el Proyecto a semejanza del Código Civil contiene una clasificación de los contratos. En el art. 966 reproduce el art. 1138 del Código Civil que distingue a los contratos unilaterales de los bilaterales. Empero, en la parte final del precepto agrega que las normas de los contratos bilaterales se aplican supletoriamente a los contratos plurilaterales. Cabe observar que la expresión paradigmática del contrato plurilateral es el contrato asociativo, en el que las partes unen sus esfuerzos y prestaciones para realizar una actividad conjunta, en vista de un fin común. En tal caso, uno de los rasgos de tales contratos, es que no se da la relación de reciprocidad e interdependencia de las prestaciones que es propia de los contratos bilaterales¹². De ese modo en el contrato de sociedad, por

¹¹ “Artículo 963. *Prelación normativa.* Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:

- a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código;
- b) normas particulares del contrato;
- c) normas supletorias de la ley especial;
- d) normas supletorias de este Código”.

¹² La tesis que sostenía la existencia del sinalagma en estos contratos, a semejanza de los contratos de cambio, tradicionalmente defendida por Arturo DALMARTELLO,

ejemplo, no tiene aplicación la excepción de incumplimiento. Asimismo, dicho contrato puede mantenerse en pie, no obstante la extinción del vínculo con respecto a alguna de las partes ya sea por nulidad, resolución por incumplimiento o imposibilidad por incumplimiento, siempre que sea factible la consecución del fin común. Lo señalado torna objetable el aditamento analizado.

14. *Contratos onerosos y gratuitos. Contratos aleatorios.* En el art. 967 del Proyecto se repite el art. 1139 del Código Civil que diferencia a los contratos onerosos de los gratuitos. El art. 968, a su vez, distingue la variedad de contratos onerosos representada por los contratos conmutativos y aleatorios. Para definir a los contratos aleatorios reproduce el texto del art. 2051 del Código Civil: “*Son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto*”. Es discutible la aserción que un contrato pueda ser aleatorio para sólo una de las partes, es decir, que la incertidumbre sobre las ventajas o pérdidas se dé exclusivamente respecto de uno solo de los contratantes. Ello es atribuible a un error de perspectiva incurrido por la doctrina francesa del período anterior a la codificación, relacionado con el contrato de seguro, que inspiró el art. 1964 del Código de Napoleón, el cual sirvió de fuente de inspiración a preceptos como el contenido en nuestro Código¹³. En el contrato de seguro, el cálculo de probabilidades y la ley de los grandes números demostraron que si bien el riesgo singular se sustrae a toda indagación científica, por el contrario, resulta factible determinar anticipadamente, con adecuada aproximación, el número de siniestros que pueden verificarse en una masa de riesgos homogéneos. Empero, este análisis exclusivamente económico que tiene en cuenta esa explotación global empresarial, no debe confundirse con el problema estrictamente jurídico que reside en determinar la naturaleza de cada con-

“Società e sinallagma”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1937, pág. 496 y ss., idem, *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, Milano, Giuffé, 1937, ha sido superada; Véase Paolo FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, Giuffrè, 1976, pág. 323 y ss.

¹³ H.J.L. MAZEAUD - Chabas, *Leçons de droit civile. Obligations. Théorie générale*, p. 94, N° 107; OSTI, voz “Contratto”, en *Novissimo digesto italiano*, t. IV, p. 496; BUTTARO, voz “Assicurazione in generale”, en *Enciclopedia del diritto*, t. III; ROPPO, *Il contratto* cit., pág. 443 y ss.

trato singular que se celebra; a este fin, él debe ser considerado en sí mismo, en forma aislada, desvinculado de la explotación en masa de que es objeto. En cada contrato individual así examinado, no cabe duda que se presenta invariablemente las notas propias de la aleatoriedad común a ambos contratantes, en cuanto las pérdidas y ganancias para todas las partes de ese convenio, dependen de un acontecimiento incierto, el cual en la medida que aprovecha a uno de los contratantes, significa necesariamente, una pérdida para el otro.

En este orden de ideas, la propuesta para una reforma de contratos, elaborada por un grupo de trabajo bajo la dirección de François Terré, en el art. 9º, dispone que el contrato sinalagmático es aleatorio “*cuando se conviene que las ventajas y las pérdidas que resultan de él, dependen de un acontecimiento incierto. En los otros casos, el contrato es conmutativo*”. De este modo, flexibiliza el texto del art. 1964 del Code Civil. Lo mismo ocurre con el art. 1382 del Código Civil de Québec de 1991.

15. *Contratos formales.* El art. 969 del Proyecto caracteriza los contratos formales¹⁴. El precepto a más de reiterar innecesariamente lo dispuesto en el art. 285, lo hace de manera técnicamente objetable. Cabe agregar que, en todo caso, hubiese correspondido ubicar el precepto al tratar la forma del contrato, por lo que al considerar el capítulo se analizará dicho precepto.

16. *Contratos nominados e innominados.* El art. 970 termina el capítulo de clasificación de los contratos, con la distinción entre contratos nominados e innominados, siguiendo la denominación del Código Civil en su art. 1143. El Código prescribe que el criterio para diferenciar una u

¹⁴ “Artículo 969.- *Contratos formales.* Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato”.

otra categoría es si la ley los designa o no bajo una denominación especial. El criterio del Proyecto es más acertado al fundar la distinción en la circunstancia que la ley los regule especialmente o no. Empero, al margen de este acierto, corresponde observar que teniendo en cuenta la enmienda, resulta más apropiada la utilización de los vocablos típico y atípico, como lo hace el Proyecto de 1998, para mentar los términos de la diferencia, reemplazando las denominaciones de filiación romana, que no traducen fielmente la idea en que se funda. En su segunda parte, el art. 970, se refiere al régimen de los contratos innominados “*los que están regidos por el siguiente orden: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad*”. El contrato es un instrumento para la realización de fines prácticos que se proponen las partes. Su régimen debe construirse teniendo en cuenta esos resultados perseguidos y la función concreta que desempeña el contrato. La mayor parte de los contratos atípicos son los contratos denominados mixtos que se integran por elementos pertenecientes a distintos tipos previstos, en diferentes combinaciones. Por ello, para las cuestiones no previstas, corresponde por tanto, en virtud del funcionamiento normal del procedimiento de analogía, dar prioridad a las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles y se adecuen a la finalidad del contrato atípico, por sobre los usos y costumbres. Asimismo, dentro de la categoría de contratos atípicos existen los que adquieren tipicidad social por su manifestación frecuente en el tráfico que les brinda acogida doctrinaria y jurisprudencial; en esos últimos sí pueden adquirir particular importancia los usos a los fines de la interpretación e integración del contrato ¹⁵.

17. La supresión del distingo entre contratos consensuales y reales. El Proyecto ha suprimido la distinción entre contratos consensuales y reales que contiene el Código Civil en los arts. 1140 a 1142, porque desaparece la categoría de contratos reales. Sigue el temperamento del Proyecto de 1998, sin que en los fundamentos de ambos proyectos se den las

¹⁵Esta distinción está hecha en el Proyecto de 1998.

razones que justifican esta innovación. Desde un punto de vista técnico, esta categoría constituye un resabio histórico de filiación romana, mantenida viva por la tradición, no obstante la drástica transformación que experimentó el sistema en que se justificaba su razón de ser, con el abandono del formalismo y la afirmación del principio consensualista. También es objetable la justificación técnica y jurídica que se siguió dando para la supervivencia de esa categoría: como estos contratos tienen como efecto característico generar una obligación de restitución, se colige de ello que tal obligación no puede tener existencia si no está precedida de la entrega de la cosa que debe ser devuelta. El argumento no resiste el análisis crítico; no existe ningún impedimento para que un contrato sea fuente de dos obligaciones sucesivas: primeramente, la de entregar la cosa sobre la que versa; una vez cumplida ésta, consecuentemente, la obligación de restituirla a cargo de quien la ha recibido; tal es lo que ocurre con el contrato de locación de cosa.

Ahora bien, desde el punto de vista práctico, cabe ponderar que durante la vigencia del Código Civil, la existencia de contratos reales no dio lugar a inconvenientes o situaciones anómalas que requirieran corrección. El régimen vigente que cabe aplicar a los contratos preliminares que contienen la promesa de celebrar un contrato real, ante su incumplimiento, excluye la ejecución específica. Tan sólo produce la obligación de indemnizar daños y perjuicios si el contrato es oneroso (art. 2244); y no reconoce ningún derecho de reclamo cuando es gratuito (arts. 2244 y 2156). Dichas soluciones son razonables y plantean el serio interrogante respecto a si deben o no ser mantenidas.

IV. Formación del consentimiento

18. *El acuerdo y la conducta de las partes.* El Capítulo 3° del Título 2°, del Libro 3° del Proyecto, trata la formación del consentimiento. Se inspira en las disposiciones del Proyecto de 1998. El Código Civil luego de indicar en la definición que el contrato presupone un acuerdo sobre una declaración de voluntad común (art. 1137), dispone en el art. 1144 que el “*consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra*”. El art. 971 del Proyecto, dispone al respecto: “*Formación del consentimiento. Los contratos*

se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo". Esta redacción coincide sustancialmente con la que utiliza el art. 2.1 de los Principios del Unidroit. En la nota explicativa del precepto, relativo al papel que se le atribuye a la conducta de las partes que pueda ser relevante para demostrar el acuerdo, se expresa en los citados principios, que en la práctica de la contratación mercantil, especialmente cuando se trata de operaciones complejas, los contratos se celebran después de prolongadas negociaciones, sin que sea posible muchas veces identificar la secuencia de oferta y aceptación, ni determinar si se ha llegado a un acuerdo o, en su caso, en qué momento éste se ha perfeccionado. En estos supuestos, el comportamiento de las partes puede ser trascendente para demostrar la existencia del acuerdo. El ejemplo con que se pretende ilustrar lo dicho, es el de negociaciones con miras a establecer una asociación en participación (*joint venture*). Después de haberse prolongado, en algún momento, restando aún puntos de menor importancia, las partes comienzan a cumplir sus obligaciones. Dicho comportamiento autoriza a concluir que se ha perfeccionado el contrato. De la lectura de estos antecedentes se colige que no se trata la hipótesis prevista de un supuesto de conclusión del contrato diferente del acuerdo, sino tan sólo de casos en que resulta factible demostrar la existencia de este último, en atención al comportamiento posterior de las partes. El supuesto concierne, pues, a la prueba de la existencia del contrato en que la conducta de las partes puede revestir la misma importancia que tiene en materia de interpretación de su contenido. Dicha prueba atiene a la demostración de que se ha producido el encuentro y la conformidad entre una oferta y una aceptación: vale decir, no excluye la necesidad del acuerdo, sino, hace referencia a supuestos en que es dable demostrarlo, en atención a la conducta de las partes. Por ello, la ubicación de tal salvedad no es la apropiada.

19. *La oferta*. El art. 972 del Proyecto caracteriza la oferta: "*La oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada*". Los requisitos de la oferta que se traducen en los caracteres que la identifican, son los que se desprenden del art. 1148 del Código Civil: la autosuficiencia, la intención de obligarse y la dirección a persona determi-

nada o determinable. La autosuficiencia concierne a la precisión de la oferta: ella debe ser completa, debe estar concebida en forma tal que baste el mero asentimiento del destinatario para que el contrato quede perfeccionado. El art. 1148 del Código Civil, a este respecto, exige que debe ser hecha “*sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos del contrato*”. El art. 972 sustituye el texto del Código, requiriendo que debe contener “*las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada*”. Entendemos que la formula utilizada por el Proyecto no traduce con fidelidad la idea que se pretende enunciar. Sería más apropiado, para referirse a este carácter de la oferta, no fincar la precisión en los efectos, sino en el hecho de que ella debe contener los elementos esenciales del contrato que tiende a celebrar.

20. *La invitación a hacer ofertas y la oferta hecha al público.*

En lo atinente a la dirección de la oferta, el Código Civil establece que debe ser hecha “*a persona o personas determinadas*” (art. 1148). La expresión es demasiado estrecha e, incluso, no coincide con la opinión del Codificador vertida la nota a dicho precepto, con la cita de la opinión de Zachariae. El Proyecto de manera más flexible, en el citado art. 972 prescribe, con acierto, que debe ser dirigida a persona determinada o determinable. El tema se vincula con la validez de la oferta hecha al público. Empero, el art. 973 al tratar esta oferta lo hace de un modo incidental, al referirse a la invitación a ofrecer, de un modo técnicamente objetable, en que lo principal aparece subordinado a lo secundario y accesorio. Dispone el art. 973 del Proyecto: “*Invitación a ofertar. La oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente. En este caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos*”. Ante todo debe señalarse que la referencia a la invitación a ofrecer diferenciada de la oferta, parece provenir del Proyecto Gandolfi. Este Proyecto, con mayor propiedad, en el apartado 1 del art. 13, prescribe los requisitos de la oferta. En el apartado 2, establece que una declaración que no reúne los requisitos del apartado precedente, o está dirigida a personas indeterminadas y tiene el carácter de una comunicación publicitaria, no constituye una oferta y no es susceptible de ser aceptada, constituyendo una invitación a hacer una oferta.

La hipótesis que excluye, es la declaración que contenga una promesa hecha al público, cuestión diferente de la oferta hecha al público. A su vez, la oferta hecha al público es objeto de tratamiento específico en el art. 22, que reproduce el recomendable tenor del art. 1336 del Código Civil italiano: “*La oferta al público, cuando contiene los elementos esenciales del contrato a cuya conclusión va dirigida, vale como oferta, salvo que resulte lo contrario de las circunstancias o de los usos*”. En el art. 973 del Proyecto, el abordaje de la oferta hecha al público, según se ha adelantado, está encubierto en la definición dada a la invitación a ofrecer, cuestión prescindible, y, aparece inopinadamente, como una excepción a dicho concepto. Otra fuente que puede haber influido en la redacción del art. 973 del Proyecto es el art. 1388 del Código del Perú, el que a diferencia de aquél, se refiere explícitamente a la oferta al público. Dispone dicho art. 1388: “*La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a dicha invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal*”. El temperamento seguido por el Código peruano no es convincente, pues para que una propuesta deje de ser una invitación y tenga el rango de una oferta, no es suficiente que el autor le asigne carácter obligatorio. Es más simple, idóneo y coherente señalar que la oferta al público, vale como tal oferta, cuando reúna todos los requisitos de ella, esto es, contenga los elementos esenciales del contrato a cuya conclusión va dirigida, a lo que cabe sumar la intención de obligarse y no resulte lo contrario de las circunstancias o de los usos, según la impecable redacción del Código Civil italiano.

21. *La fuerza obligatoria de la oferta.* El Proyecto atribuye fuerza obligatoria a la oferta, en el art. 974: “*La oferta obliga al proponente, a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso*”. La importancia práctica del tema, exige distinguir dos modalidades de contratación, entre presentes o entre ausentes. En la primera modalidad, la oferta es hecha a persona presente o es formulada por un medio de comunicación instantánea, sin que exista plazo para la aceptación. En dicho supuesto, la oferta sólo puede ser aceptada inmediatamente, pues en caso contrario caduca o pierde vigencia. En cambio la segunda modalidad se da cuando la oferta es hecha a persona no presente, sin un medio de comunicación instantánea.

nea o bien cuando existe un plazo para la aceptación que puede ser un término razonable o fijado en la oferta. Dicho de manera más simple, en la modalidad de contratación entre ausentes, debe mediar un espacio de tiempo entre oferta y aceptación, sin que la respuesta del destinatario tenga que ser dada de manera inmediata. Por ello se plantea la cuestión si la oferta puede ser revocada por el proponente mientras no haya aceptación o si el oferente está obligado a mantener la oferta durante un determinado lapso, obligación que desprovee de efectos a su revocación.

22. *El plazo de la oferta.* El Proyecto, cabe reiterarlo, consagra como regla que la oferta tiene fuerza vinculante. En este sentido prescribe el párrafo 3º del art. 974: “*Cuando se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación*”. Por tanto, como agrega el inc. b del art. 980, la aceptación perfecciona el contrato, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta. Ahora bien, la fuerza obligatoria de la oferta está asociada al plazo de su duración. Al respecto, cabe distinguir dos hipótesis según que el oferente haya fijado ese plazo o no lo haya hecho. El Proyecto se ha referido exclusivamente a esta última hipótesis y ha omitido la consideración de la primera. Existe coincidencia en sostener que la oferta siempre tiene un término de vigencia. Cuando no lo ha fijado el oferente, es el plazo de (borrar “de”) dentro del cual cabe razonablemente esperar la llegada de la respuesta en circunstancias normales y hasta ese momento sólo es concebible admitir la vinculación de la oferta, si se adopta ese sistema. Sin embargo, ello no quita que corresponda para completar la regla, consignar como lo hace expresamente el BGB en su §148 que si el oferente ha fijado un plazo para la aceptación de la oferta, la aceptación sólo puede realizarse dentro de ese plazo. El Proyecto de 1998, prevé una norma relativa a la caducidad de la oferta, en la cual se da solución este supuesto (inc. c del art. 924), cuya consideración ha omitido del Proyecto.

23. *Momento inicial del plazo.* También en el Proyecto de 1998, en el citado art. 924 *in fine*, se establece que los “*plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su emisión, salvo que contenga una previsión diferente*”. El Proyecto, inexplicablemente, ha

invertido esta regla y prescribe en el cuarto párrafo del art. 974: “*Los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción, excepto que contenga una previsión diferente*”. Si se piensa que dicha recepción de la oferta puede dilatarse por motivos extraños a quien emite la oferta, se advierte que esta solución es inadecuada. En los casos en que el retraso con que llega al destinatario es imputable al oferente, sería conveniente prever que se prorroga el plazo de caducidad de la misma, como lo hace el Proyecto Gandolfi en el art. 15.4. En los otros casos, los plazos de duración de la oferta -ya sea que los fije el oferente o que se reputan razonables- son aquellos términos en que el oferente piensa o se estima que debe llegarle la respuesta, en circunstancias normales, por lo que cuadra computar los términos a partir del momento en que proponente envía la oferta, salvo que éste exprese lo contrario.

24. *Autonomía de la oferta.* Otro de los temas que deben ser abordado en la oferta, aparte de su posibilidad de revocación, es el de su autonomía. Nuestro Código Civil ha admitido la tesis tradicional que la oferta caduca por la muerte o pérdida de capacidad del oferente, antes de haber sabido la aceptación o por la muerte o pérdida de la capacidad del destinatario, antes de haber aceptado (art. 1149). El BGB se aparta de esta solución tradicional y dispone en su §153 que no obsta a la perfección del contrato que el oferente muera o devenga incapaz de obrar, antes de la aceptación, a no ser que quepa suponer que su voluntad era otra. Aparece consagrada, de este modo, la regla denominada de la autonomía de la oferta. El Proyecto de 1998 acogió esta tesis en el art. 918¹⁶. De allí que en el art. 925, establezca que tanto el oferente como sus herederos están obligados a mantener la oferta durante el término de su vigencia. Por el contrario, el Proyecto, en su art. 976, mantiene la solución del Código en el sentido que la oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan pero estableciendo que tales

¹⁶ Art. 918 Proyecto de 1998: Muerte, incapacidad o quiebra de las partes. La muerte, la incapacidad o la quiebra, del oferente o del aceptante, no perjudican, respectivamente, la vigencia de la oferta ni la eficacia de la aceptación recibida con posterioridad, salvo que lo contrario resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

hechos deben producirse antes de la recepción de la aceptación. Pese a esta modificación que el Proyecto le introduce al Proyecto de 1998 que le ha servido de fuente principal, cuando en el art. 974 del Proyecto analizado, en su párrafo final, reitera la fuerza obligatoria de la oferta, repite que el oferente, y en su caso sus herederos, están obligados a mantener la oferta durante el tiempo de su vigencia, resultando obvio el contrasentido: ¿Cómo puede pesar sobre los herederos del oferente la obligación de mantener la oferta, si ésta caduca cuando muere el oferente?

Con el temperamento que adopta el Proyecto, se ve constreñido a mantener una hipótesis tradicional de responsabilidad precontractual en el segundo párrafo del art. 973: *“El que aceptó una oferta ignorando la muerte o la incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación”*.

25. *La retractación de la oferta.* Si se adopta el sistema de asignar fuerza obligatoria a la oferta, la única retractación o revocación de la oferta que cabe, siguiendo la regla, es aquélla en que se comunica su retiro de manera tal, que dicha comunicación sea recibida por el destinatario, antes o al mismo tiempo que la oferta. Así lo dispone el art. 975 del Proyecto.

26. *La aceptación, conformidad con la oferta.* En el art. 978 el Proyecto trata la aceptación, que es la manifestación de voluntad con la cual el destinatario presta su adhesión a la oferta. El precepto citado, enuncia el primer requisito que debe observar la aceptación para que sea idónea a los fines del perfeccionamiento del contrato, consistente en su plena conformidad con la oferta. En este orden de ideas, coincidiendo con lo preceptuado en el art. 1152 del Código Civil, prescribe que cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato. En su parte final el artículo enuncia, como excepción a esta regla, que tales modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante. Acoge lo dispuesto por el Proyecto de 1998, en el inc. a del art. 929. Según los fundamentos de este Proyecto, antecedente de esta solución sería la Convención de Viena, y el Código Peruano en el art. 1376. Empero, la Convención de Viena de 1980 ni la Conven-

ción de Viena de 1980 no contiene un precepto de ese alcance. Dicha Convención, en el art. 19.2, seguida por los Principios del Unidroit (art. 2.11) y el Proyecto Gandolfi (apartado 7 del art. 16), prevén el supuesto de una aceptación que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta, esto es, que sólo conciernan a aspectos marginales, de ella, como señala el Proyecto Gandolfi. En dicha hipótesis se dispone que tal aceptación concluirá el contrato, si el oferente no comunica sin demora justificada el desacuerdo con tales modificaciones, objetando la discrepancia. El art. 1376 del Código Civil peruano se refiere a la aceptación tardía y a la oportuna que no sea conforme con la oferta, disponiendo que ambas equivalen a una contraoferta. Asimismo, establece que el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que de inmediato aviso en ese sentido al aceptante. En este orden de ideas puede haber servido parcialmente de fuente de inspiración para la solución comentada. Hecha esta aclaración no se alcanza a comprender el sentido que es dable asignar a esta aparente excepción. Si la aceptación que introduce modificaciones a la oferta, constituye una nueva oferta, comunicada al oferente, él se convierte en destinatario de esa contraoferta y puede aceptarla o rechazarla dentro del plazo de duración que es propio de toda oferta.

27. *La tempestividad de la aceptación.* Lo anteriormente expresado y la errónea cita del Código Civil peruano, autorizan a pensar que se ha incurrido en una confusión relacionada con el otro requisito de la aceptación consistente en su tempestividad, al que hace referencia el art. 980. Según este precepto, cuando la oferta es entre presentes, para que la aceptación perfeccione el contrato debe ser manifestada en forma inmediata, como debería haber prescripto con mayor propiedad el inc. a de dicho artículo ¹⁷. Entre ausentes, debe ser recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta, establece el inc. b. del art. 980. Es con respecto a la aceptación tardía, que el Código Civil italiano, en el

¹⁷ "Artículo 980.- *Perfeccionamiento.* La aceptación perfecciona el contrato:

a) entre presentes, cuando es manifestada;

b) entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta".

párrafo tercero del art. 1326, seguido por la Convención de Viena de 1980 (apartado 1 del art. 21), los Principios de Unidroit (art 2.9), el Proyecto Gandolfi (apartado 5 del art. 16) y el Código Civil de Perú (art. 1376), sienta la regla, consignada innecesariamente por el Proyecto en relación con la aceptación que difiere de la oferta. Dispone el Código Civil italiano en el precepto citado: “*El proponente puede considerar eficaz la aceptación tardía, siempre que dé aviso inmediatamente a la otra parte*”. Resulta aconsejable la inclusión de una norma con este contenido.

28. *Los acuerdos parciales y la formación progresiva del contrato*. El art. 982 del Proyecto trata de los acuerdos parciales. Reproduciendo el art. 916 del Proyecto de 1998, prescribe: “*Acuerdo parcial. Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación, el contrato queda integrado conforme a las reglas del Capítulo 1. En la duda, el contrato se tiene por no concluido. No se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de los elementos o de todos ellos*”. Ante todo, conviene recordar que el tema de los acuerdos parciales se vincula con la formación progresiva del contrato¹⁸. Las partes se proponen tra-

¹⁸ Francesco MESSINEO, voz “Contratto”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. IX, pág. 847, N° 34; Ravazzoni, Alberto, *La formazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1973, t. I, pág. 725 y ss.; Francesco CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, pág. 20 y ss.; Giuseppe OSTI, voz “Contratto”, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. IV, pág. 513, N° 46; CARRESI, “Il contratto”, cit., t. I, pág. 706, N° 238; Giuseppe MIRABELLI, *Dei contratti in generali*, Torino, Utet, 1980, pág. 48; Giovanni FERRI, “Considerazioni sul problema della formazione del contratto”, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1969, I, pág. 187; Heinrich LEHMANN, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, pág. 353; Claude WITZ, *Droit privé allemand Actes juridiques, droits subjectifs. BGB- Partie générale*, París Litec, 1992, pág. 146, N° 160; VON TUHR, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, cit. vol. II-2, pág. 161; Alberto G. SPOTA, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1975, vol. I, pág. 395, N° 206; Roberto BREBBIA, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, La Rocca, 1987, pág. 239; ROPPO, *Il contratto*, cit., pág. 137 y ss.; Werner FLUME, *El negocio jurídico*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pág. 734.

tar ciertos puntos que deben formar el contenido del contrato y, de ese modo, el acuerdo se va gestando paulatinamente, a través de la concordancia sobre cada uno de ellos. También puede darse el caso que las partes decidan ir documentando por escrito el resultado de las tratativas y, en consecuencia, dejan constancia de los puntos de coincidencia a que se va arribando. Tales documentos reciben el nombre de minuta o puntualización. El contrato se reputa celebrado cuando todos los puntos sobre los que debe versar y que se han propuesto discutir las partes, son aprobados por los interesados. Inclusive, se ha planteado la hipótesis de que las partes inicien tratativas respecto a la posibilidad de convenir un determinado proyecto de contrato, cuyas cláusulas deben ser objeto de análisis y discusión. Para que se perfeccione el contrato en estos casos, por vía de regla, el acuerdo de los contratantes debe extenderse a todos los puntos materia de discusión. En principio, los acuerdos fragmentarios o parciales que dejen cuestiones futuras a resolver, no constituyen oferta ni aceptación, en sentido técnico, sino meras tratativas inconclusas.

29. *La doctrina de la punktation.* Sin embargo, se ha planteado el interrogante si cuando media acuerdo sobre los puntos o elementos esenciales es dable admitir el perfeccionamiento del contrato, independientemente de que ese acuerdo incompleto no alcance a puntos secundarios o cláusulas accesorias. El Código Civil suizo de las Obligaciones consagra la solución afirmativa en su art. 2º. El BGB, adopta la posición contraria en su §154: *“Hasta que las partes no se hayan puesto sobre todos los puntos de un contrato respecto de los cuales debe lograrse conformidad, aunque más no sea según la declaración de una sola de las partes, en la duda no se reputa concluido el contrato. La conformidad sobre puntos concretos no es vinculante, incluso si se ha documentado en un borrador”*. Desde un punto de vista crítico, la solución del Código suizo que ha sido objeto de un acogimiento minoritario en la legislación comparada, merece el reparo que la distinción entre puntos esenciales y no esenciales no deja de ser arbitraria, porque si las partes han estimado subordinar la conclusión del acuerdo al tratamiento y conformidad de determinados puntos, es porque todos ellos revisten importancia y afectan sus intereses. No obstante lo señalado, en la primera parte del precepto, el Proyecto opta por adherir al criterio del Código Civil Suizo de las Obligaciones. Si se leen los fundamentos de la norma en el Proyecto de 1998, fuente del precepto que reproduce el Proyecto, en

ellos se señala: “*En la realidad negocial, por lo pronto, son frecuentes los acuerdos parciales. Corresponde considerar que ellos concluyen el contrato cuando todas las partes expresan consentimiento sobre el objeto, la causa y los elementos esenciales particulares; la extensión de una minuta respecto de alguno de esos elementos, o de otros no esenciales, es irrelevante y, en la duda, el contrato no se considera concluido (conf. Código Civil alemán, §154). Logrado aquel consentimiento, el contrato queda integrado en las estipulaciones pendientes mediante el posterior acuerdo de las partes y, en su defecto, por lo que resulte de las normas imperativas, de las normas supletorias y de los usos y costumbres del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables. Se trata de la *punktation*, contemplada por el Código suizo de las obligaciones (art. 2º), que también resulta de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 - Ley 22.765 (arts. 14.1 y 19.2), según la cual el contrato queda formado cuando hay acuerdo sobre sus elementos constitutivos propuestos en la oferta, y la aceptación no le introduce modificaciones que los “alteren sustancialmente”.*”

30. *La contradictoria formulación del art. 982 del Proyecto.* Como se advierte, se confirma lo anticipado, que el Proyecto ha resuelto seguir la doctrina de la *punktation* contemplada en el art. 2º del Código Suizo de las Obligaciones. No es exacto que esa doctrina haya sido incorporada a la Convención de Viena de 1980. El art. 19.2 de dicha Convención prevé un supuesto que si bien puede tener una relación de parentesco con el analizado, es diferente. Prevé que la respuesta a una oferta que contenga elementos adicionales o diferentes a la oferta pero que no alteren sustancialmente los elementos de la oferta, constituirá aceptación, si el oferente no objeta sin demora injustificada la discrepancia. A diferencia del caso considerado, no se trata de la formación progresiva del contrato; amén de ello, el contrato no se reputa perfeccionado, pese a que puede considerarse que existe un acuerdo sobre los elementos esenciales, sino que el oferente tiene el derecho de impedir que ello ocurra. Para mayor abundamiento, es dable recordar que cuando se discutió el proyecto de convención, en el seno de la UNCITRAL, esta excepción contenida en el párr. 2º del art. 19, dio lugar a un debate prolongado, que giró en torno de la dificultad del distingo entre los que cabe considerar elementos sustanciales de la oferta y los que no lo son. Por tanto, el criterio sobre la

base del cual se proyectaba la norma, si bien podría tener la ventaja de ser dúctil, tenía la dificultad de ser poco preciso, por lo que podía transformarse en una fuente de controversias. Se trató de superar esa dificultad con la incorporación del apartado 3º al art. 19 que dispone: “3) *Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y cantidad de mercaderías, al lugar y fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias, alteran sustancialmente los elementos de la oferta*”. Como bien se ha señalado, ante esta enumeración, es harto estrecho el margen que queda para hablar de modificaciones o adiciones a la oferta que no son susceptibles de alterar sustancialmente sus elementos ¹⁹.

En los fundamentos del Proyecto que han sido transcritos, se invoca §154 del Código Civil alemán para señalar que la extensión de una minuta respecto de alguno de los elementos esenciales u otros que no lo son, es irrelevante. Y siguiendo ese temperamento, luego de consagrarse la solución que el Código Civil Suizo de la Obligaciones, prescribe en el supuesto de acuerdos parciales, se agrega en la parte final del art. 982: “*No se considera acuerdo parcial la extensión de alguna minuta o de un borrador respecto de algunos elementos o todos ellos*”.

En el Código Civil alemán, como bien se sostiene, la segunda parte del precepto, es una mera consecuencia del primer párrafo que desprovee de efectos a los acuerdos parciales. El párrafo final establece que no lo tienen, aun cuando tales acuerdos consten en una minuta o en un apunte. La razón de ese aditamento, que aparece como innecesario, se justifica en el derecho alemán, porque los autores del BGB querían rechazar ex-

¹⁹ Véase GARRO-ZUPPI, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, p. 124. El Proyecto de Unificación de 1987, inspirado en esta Convención, establece en su párr. 2º lo siguiente: “Las modificaciones sustanciales que el destinatario introduzca a la oferta importan su rechazo y constituyen una contraoferta. Las otras modificaciones que el destinatario le introduzca se consideran admitidas por el oferente si no manifiesta sin demora su rechazo”. Una norma de este tipo merece reparos porque significa generalizar el grado de desaconsejable imprecisión de la diferencia de que se trata.. Véase BREBBIA, *Responsabilidad contractual*, pág. 271. Véase, asimismo, FRIGNANI, “Il contratto internazionale”, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Galgano (dir.), Padova, Cedam, 1990, pág. 313.

presamente la regla interpretativa del Proyecto de Dresde, según la cual, en dichos supuestos, en caso de duda, debía suponerse que el proyecto de contrato contiene ya por sí un contrato vinculante²⁰.

Vale decir, que el art. 982 resulta de la combinación de dos fuentes antagónicas y de dos soluciones antitéticas, la del Código Civil suizo y la del Código Civil alemán, lo que obsta a su interpretación racional. Únicamente cabría entender que cuando el art. 892 del Proyecto se refiere a la extensión de alguna minuta o borrador respecto de algunos elementos o todos ellos, sólo puede haber querido comprender las hipótesis de meros proyectos concernientes a tales elementos, documentados de esa forma, sobre los cuales no ha existido ningún acuerdo. Por lo que el agregado de que se trata, se limitaría a señalar una perogrullesca verdad: no existe acuerdo parcial cuando no hay acuerdo.

Entendemos que una norma de ese tipo, debe ser excluida de un proyecto de reforma del Código. El sistema vigente relacionado con los acuerdos parciales en la formación progresiva del contrato, construido en torno del art. 1152 del Código Civil, que es el predominante en la legislación comparada, no ha dado lugar a ninguna dificultad que torne necesaria o conveniente su modificación. La regla debe continuar siendo que para la conclusión de un contrato es necesario el acuerdo sobre todos los puntos sometidos a discusión. Sin embargo, mediante la apreciación de las circunstancias que rodean la formación progresiva del contrato, siempre queda espacio para determinar las hipótesis en que, existiendo conformidad sobre sus elementos esenciales, las partes lo dan tácitamente por aprobado, ya sea porque han perdido su interés en continuar las negociaciones sobre los puntos secundarios o bien en el supuesto previsto desubicadamente en el art. 971 del Proyecto, al que se ha hecho referencia, porque las partes optan directamente por ejecutar el contrato. Se trata de una cuestión de hecho que debe ser examinada en cada caso particular, mediante una razonable interpretación de la voluntad de las

²⁰ Werner FLUME, *El negocio jurídico*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pág. 741. El Proyecto Dresde fue elaborado en 1866 por una comisión, inmediatamente antes de disolverse la Federación y antes de consolidarse la unidad alemana. Ludwig ENNECCERUS - Hans Carl NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Barcelona, Bosch Casa Editora, 1947, t. I-1, pág. 31.

partes y sobre la base de elementos de convicción que permitan acreditar la concreción del acuerdo.

31. *El sistema de la recepción.* El régimen previsto en primer lugar para la formación de los contratos entre ausentes, prevé los supuestos en que dicho perfeccionamiento se lleva a cabo a través de declaraciones. La declaración constituye un hecho del lenguaje que se vale de símbolos para transmitir ideas. Tales símbolos pueden consistir en la palabra hablada o escrita, pero no se agotan en ella. También valen las indicaciones o gestos tales como levantar la mano en una subasta para hacer una postura o, incluso, en una actitud silenciosa que en determinadas circunstancias puede entrañar un modo directo y explícito de dar a conocer una voluntad, cuando el acuerdo de las partes le ha atribuido tal significado. La declaración, pues, tiene, por su misma naturaleza, la función participativa o comunicativa que es propia del lenguaje. Cuando la oferta y la aceptación se traducen en declaraciones de voluntad, ellas son recepticias, esto es, manifestaciones que deben dirigirse a una persona porque están destinadas, precisamente, a comunicarle tal voluntad. Por ello, razonablemente deben producir efectos cuando cumplen con su destino natural y son recibidas por el destinatario. No obstante, el Código Civil se inclinó por la adopción del sistema de la expedición, lo que conduce a soluciones que pueden ser reputadas como insuficientes o no satisfactorias. De este modo prescribe el Código que la aceptación hace sólo perfecto el contrato cuando ella se hubiese mandado al proponente (art. 1154). Asimismo, el Código Civil establece que las ofertas pueden ser retractadas, mientras no hayan sido aceptadas (art. 1150). Dicha retractación, tal cual ocurre con la aceptación, produce efectos desde el momento en que es enviada al destinatario de la oferta, según incuestionablemente se desprende del art. 1156 del Código. Este sistema conduce a soluciones que pueden ser reputadas como insuficientes o no satisfactorias. En efecto, abre el interrogante respecto a qué suerte debe asignársele a una declaración emitida, la que, por razones ajenas al declarante no cumple con su finalidad de ser recibida por el destinatario. Amén de ello permite la existencia de supuestos en los que, quien emite una declaración, ignorando la emitida con anterioridad por la contraparte, en un sentido contrario, ve frustrada su expectativa de concluir el contrato, restándole, tan sólo, la posibilidad de hacer uso de la vía imperfecta de reclamar una indemnización. El Código Civil exige unos retoques en esta materia. Ellos se traducen en

que debe reemplazarse el sistema de la emisión por el de la recepción, seguido por la Convención de Viena de 1980 y también por el Proyecto.

32. *La retractación de la oferta y la Convención de Viena de 1980.* Sin embargo, el Proyecto, en lo concerniente a la retractación de la oferta, se ha plegado a la solución distinta dada por el BGB, que admite, en principio, su fuerza vinculante. Creemos que también en ese punto debe acogerse el temperamento de la Convención de Viena de 1980, la cual admite, por vía de regla, que la oferta pueda ser revocada, si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación, temperamento también acogido por los Principios del Unidroit y por el Proyecto Gandolfi. Esta solución significa una acertada corrección de la reglamentación del Código Civil con la ventaja que estructura un sistema semejante, al actualmente vigente, aunque notablemente mejorado. Amén de ello, debe repararse en que la Convención de Viena de 1980 fue aprobada por nuestro país por la ley 22.765, habiéndose depositado los instrumentos de adhesión con fecha 14 de marzo de 1983. Se acoge así una solución que ya está incorporada a nuestro derecho, con la ventaja de la coherencia que significa darle un tratamiento semejante al tema en el derecho interno y en el internacional, sin perder de vista la trascendencia que corresponde asignarle a la Convención de Viena en los esfuerzos exitosos de armonización del derecho contractual.

33. *La aceptación tácita. El silencio.* Como es sabido, la manifestación que exterioriza la voluntad, puede realizarse mediante declaraciones o bien mediante comportamientos que, a diferencia de aquéllas, no cumplen una función comunicativa o participativa de dicha voluntad. En estos últimos casos, se habla de manifestación tácita, la que se traduce, ya sea en hechos concluyentes que permiten inferir con certidumbre la existencia de la voluntad, a través de un juicio lógico, fundado en la incompatibilidad que existe entre tales hechos y una voluntad contraria a la que se supone; o bien en comportamientos que significan la actuación en los hechos de dicha voluntad. El art. 979 del Proyecto trata los modos de la aceptación. Dispone que toda declaración o acto del destinatario que revele conformidad con la oferta, importa aceptación. La referencia que hace a un acto, significa sumar a la declaración la manifestación tácita de voluntad. El precepto concluye refiriéndose al silencio; establece: “El

silencio importa aceptación sólo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”. Es ésta una prescripción sobreabundante porque se limita a repetir lo dispuesto por el art. 263; y también es defectuosa, porque omite mencionar entre las excepciones, el deber de expedirse que resulta de la ley.

34. *La aceptación por comportamientos concluyentes.* Lo que debió haber sido materia de tratamiento más explícito, es la aceptación por comportamientos concluyentes en cuanto configura lo que la doctrinariamente se denomina negocio de actuación. Así lo hacen el Código Civil alemán, §151, el Código Civil italiano, art. 1327, la Convención de Viena de 1980, art. 18.3, los Principios del Unidroit, art. 2.6, apartado 3, y el Proyecto Gandolfi, art. 21. Son supuestos en que por un acuerdo previo de las partes, por las prácticas establecidas entre ellos, por la autorización del oferente, por la naturaleza del negocio, o según lo usos, el contrato se concluye antes que el oferente reciba la aceptación, por un acto del destinatario, ya sea consista éste en ejecución de su prestación o en la apropiación de la prestación por la contraparte.

35. *La noción de recepción dada por el Proyecto.* Como se ha indicado, el Proyecto adopta el sistema de la recepción, como el momento en que una declaración es susceptible de producir efectos. Sin embargo, curiosamente, en el art. 983, siguiendo al art. 21 del Proyecto Gandolfi, que a su vez acusa la influencia del art. 1335 del Código Civil italiano, dispone: “*A los fines de este capítulo se considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta la conoce o debió conocerla, tratándose de la comunicación verbal, de recepción de su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil*”. Corresponde aclarar que el Proyecto Gandolfi, como el Código Civil italiano, adopta la teoría del conocimiento para el perfeccionamiento del contrato entre ausentes, esto es, el contrato se concluye en el momento y en lugar en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte, aunque se considera que toda declaración dirigida a una determinada persona se reputa conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario, si éste no prueba haber estado, sin su culpa,

en la imposibilidad de tener conocimiento de ella (art. 1335 del Código Civil italiano)²¹. Ahora bien, si el Proyecto, adopta el sistema de la recepción, dentro del iter de formación del contrato ésta representa un momento anterior al conocimiento. Las declaraciones surten efecto en el momento y en el lugar en que llegan al destinatario, que no son otros que el momento y el lugar adonde deben ser remitidas o enviadas, ya sea porque es el domicilio del destinatario o porque así lo han convenido los interesados. Ergo, si bien cuando se adopta la teoría del conocimiento es razonable admitir que las declaraciones surten efectos cuando son conocidas por el destinatario, aunque cabe presumir tal conocimiento cuando él las recibe, no tiene el mismo rigor lógico afirmar que las declaraciones surten efectos con su recepción y reputar que las recibe cuando las conoce o debió conocerlas. Como es de sentido común, la recepción es un estadio anterior al conocimiento; si el destinatario conoce la comunicación, obviamente es porque la recibió, y tal recepción tan sólo basta para que la declaración surta efectos.

36. *Contrato plurilateral*. Resta referirse al art. 977 del Proyecto que, dada su ubicación, regla la formación del contrato plurilateral; dispone en tal sentido: “*Si el contrato ha de ser celebrado por varias partes, y la oferta emana de distintas personas, o es dirigida a varios destinatarios, no hay contrato sin el consentimiento de todos los interesados, excepto que convención o la ley autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlos en nombre de todos o permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido*”. Este precepto reproduce el art. 919 del Proyecto de 1998. Ni en los fundamentos de dicho Proyecto de 1998, ni tampoco en los escuetos fundamentos que el Proyecto consagra a la formación del consentimiento, se encuentra referencia a los antecedentes de esta norma. Se denomina contrato plurilateral al que es celebrado por más de dos partes. Pueden revestir esta condición, excepcionalmente, los contratos de cambio, tales como la cesión de contrato, la novación subjetiva, la partición, etc.. Los contratos asociativos: la expre-

²¹ Aunque la redacción es distinta, puede llegarse a la misma conclusión en el Proyecto Gandolfi, cuando en el art. 11.2 establece que el contrato se concluye en el lugar y en el momento en que el oferente conoce o debe considerarse que conoce la aceptación, expresión reiterada en el art. 12.1.

sión paradigmática del contrato plurilateral concierne a los contratos asociativos. Como en este tipo de contratos las partes unen sus esfuerzos y prestaciones para realizar una actividad conjunta, en vista de un fin común, el contrato encierra, por su misma naturaleza, la posibilidad inmanente de ser celebrados por más de dos parte, por un número indeterminado de ellas. Esto es, los contratos asociativos, aunque pueden ser celebrados por dos partes, son potencialmente plurilaterales²².

El proceso de formación del contrato plurilateral es semejante al del contrato con dos partes, La oferta hecha por alguna o algunas de partes debe ser aceptada por todas la restantes. Por vía de principio, asimismo, cada parte debe recibir la comunicación de la aceptación de las otras. Ello es la consecuencia de que cada parte representa un distinto centro de intereses y tiene derecho a que se le comunique las determinaciones de las otras partes. Como esta regla es susceptible de generar complicaciones prácticas, se proponen atenuaciones razonables para evitar abusos o distorsiones, tal como que la comunicación de la aceptación de alguna de las partes, puede ser llevada cabo por cualquiera de las partes que la reciba a las otras partes.

El contrato plurilateral debe ser distinguido de los contratos celebrados por partes subjetivamente complejas, en que una de ellas está constituida por dos personas o más, como la venta que celebran los condóminos de un inmueble con dos o más compradores. Esa pluralidad de personas de los vendedores y compradores no impide que cada grupo de ellas responda a un mismo interés y que, por tanto, cada uno de los integrantes no sea un centro distinto e independiente de intereses, por lo cual representa una sola parte.

²² Tulio ASCARELLI, "Il contratto plurilaterale", en *Saggi giuridici*, Milano, 1949, pág. 273. Giuseppe FERRI, voz "Contratto plurilaterale", en *Novissimo digesto italiano*, t. IV, pág. 679 y ss.; MESSINEO, voz "Contratto plurilaterale e contratto associativo", en *Enciclopedia del diritto*, t. X, pág. 140 y ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, pág. 59; CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, pág. 134, N° 45; OSTI, voz "Contratto", en *Novissimo digesto italiano*, t. IV, pág. 476, N° 13; CARRESI, "Il contratto", cit., en *Trattato de diritto civile e commerciale*, CICU - MESSINEO (dirs.), t. I, pág. 74, N° 22; ROPPO, *Il contratto* cit., pág. 128 y ss.; Andrea ORESTANO, "Schemi alternativi", en *Trattato del contratto*, t. 1- "Formazione", a cura di Granelli, Carlo, Giuffrè, directo da Vincenzo ROPPO, Milano, 2006, pág. 249 y ss.; FRANCESCO GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, vol. 2°, N° 43, pág. 197 y N°s 64/65, pág. 299.

El perfeccionamiento del contrato plurilateral requiere que todas las partes presten el consentimiento. Empero, una vez celebrado un contrato es factible que éste se presente abierto. Se denomina de este modo, al contrato celebrado entre o dos o más partes originarias que admite la adhesión de otros sujetos, los que verificada la adhesión, devienen partes del mismo contrato originario, sin que ello signifique su modificación. El Código Civil italiano en el art. 1332 ha contemplado dicha adhesión. El precepto dispone que si el contrato ha contemplado modalidades para la adhesión, a ellas debe sujetarse. En el caso en que ello no ocurra, la adhesión debe ser dirigida al órgano que haya sido constituido para la actuación del contrato. Finalmente, a falta de éste, la adhesión debe ser dirigida a todos los contratantes originarios.

Aclarado, así, los problemas que se plantean en la formación de los contratos plurilaterales, es dable colegir que el art. 977 del Proyecto no les da una solución razonable y, ni siquiera, los aborda. En efecto, tras enunciar la obvia regla que el perfeccionamiento de estos contratos requiere el consentimiento de todas las partes interesadas, consagra dos excepciones. La primera es cuando una convención o la ley autoricen a la mayoría de las partes a celebrarlos en nombre de todos. A poco que se medite si esa mayoría de las partes está autorizada a actuar en nombre de otras es porque tiene la representación de ellas. En consecuencia, el consentimiento prestado en ejercicio de tal representación, como un efecto que es propio de ésta, en definitiva se reputa dado por el representado. La segunda excepción, que en virtud de una convención o de la ley se permita la conclusión entre quienes lo han consentido, exige hacer una distinción. Si existe una convención concerniente a la etapa formativa del contrato, ésta no puede ser otra que un contrato preparatorio en el que se ha pactado tal resultado. En lo atinente a la referencia a la ley, se ha discutido, cuando se trata de un contrato asociativo, si cuando media acuerdo de las partes que deben tener una participación esencial en el contrato pueda considerarse concluido entre quienes han dado el consentimiento²³. La tesis opuesta aclara, con razón, que la oferta sobre la base de la cual puede perfeccionarse el contrato propone una reglamentación de intereses que presupone el consentimiento de todos los interesados. Frente al

²³ ORESTANO, “Schemi alternativi” cit., pág. 266.

rechazo de alguno de ellos, si las restantes partes deciden, no obstante celebrar el contrato entre ellas, dicho acuerdo será un nuevo contrato que sustituye al primitivo malogrado.

Como corolario de lo expuesto, creemos que dicho art. 977 es un original precepto carente de trascendencia práctica, fuente innecesaria de confusión, que debe ser excluido del Proyecto.

V. Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales pre-dispuestas

37. *Noción.* En la Sección 2ª, del Título Segundo del Libro 3º, arts. 984 a 989, el Proyecto se ocupa con los contratos por adhesión a cláusulas generales predisuestas. Tales son, según los define el art. 984, aquellos en que uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción. Cabe observar que la predisposición siempre la realiza una de las partes. No interesa que el predisponente haya redactado por sí mismo dichas cláusulas, las haya hecho redactar por un tercero, haya adoptado algún formulario de alguna asociación profesional, las haya tomado de un libro que contiene modelos de contratos o de algún otro régimen preestablecido. Lo que importa, en definitiva, es que tales cláusulas, en estrictez de concepto son siempre predisuestas por una de las partes del contrato, la que fija unilateralmente el modelo a que ha de sujetar su conclusión futura, conforme con esas previsiones formuladas de antemano y no por el tercero redactor o que ha servido de guía para su formulación. Desde un punto de vista histórico, esa modalidad de contratación a las exigencias de la revolución industrial del siglo XIX. El estipulante predispone las cláusulas de un modo general y uniforme, en vista de la celebración de una serie de negocios contractuales, subordinados a su conclusión a que la oferta se acepte, tal cual se formula, sin que se factible su modificación. Frente a esta rigidez e inevitabilidad, el destinatario de tales de tales cláusulas generales no tiene la posibilidad real de influir en su contenido cuando se decide a contratar. Solamente, en ese momento, tiene la opción de someterse a la propuesta tal cual fue estructurada, en bloque, como se la presenta o, en caso contrario, no contratar. Ese carácter se condensa en la expresión “tómelo o déjelo”,

que traduce sintética y elocuentemente, el estrecho margen en que puede desenvolverse la voluntad del adherente para dar vida a estos contratos.

38. *La predisposición y la adhesión.* En el particular iter formativo de estos contratos cabe distinguir dos momentos íntimamente entrelazados entre sí: el de la predisposición unilateral y el de la adhesión. El examen de la doctrina alemana se centró en el primer paso y por ello habla de condiciones generales de contratación. La doctrina francesa tiene en cuenta, fundamentalmente, el segundo momento; de ahí la denominación de *contrat d'adhesion*, utilizada originariamente por Saleilles que tuvo la fortuna de adquirir carta de ciudadanía en el difundido uso²⁴. Deben tomarse en cuenta estos dos aspectos, para tener una idea de fenómeno negocial que suscita la preocupación del derecho. Así parece haberlo entendido el Proyecto. En los fundamentos del Anteproyecto, se expresa que el sistema queda ordenado de la siguiente manera: a) Contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía privada. b) Contratos celebrados por adhesión cuando se demuestra que hay una adhesión a cláusulas generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela basada en la aplicación de este régimen y c) Contratos de consumo: cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el Título 3, sea o no celebrado por adhesión ya que este último es un elemento no tipificante.

39. *La necesidad de prevenir abusos.* Se ha superado la discusión de la naturaleza jurídica de esta modalidad de contratación, habiendo terminado por imponerse en el derecho comparado la tesis contractual. Empero, más allá de las disquisiciones técnicas y dogmáticas, los problemas prácticos y concretos que plantea, se vinculan con la situación de desequilibrio generada por dicha modalidad, que la convierte en una fuente potencial de abusos. El estipulante, al predisponer las cláusulas a la que habrá de subordinarse la contratación, lo hace con la intención de impo-

²⁴ SALEILLES, "De la declaration de volonté. Contribution a l'étude de l'acte juridique Dans le Code Civil allemand", pág. 229, N° 89. La partida de bautismo fue extendida, sin embargo, con reservas. Saleilles se refiere a "pretendidos contratos que sólo tienen de tales el nombre y cuya construcción jurídica aún resta por hacer". Agrega que "se les podría llamar, a falta de otra denominación mejor, contratos de adhesión".

ner ese contexto de modo inexorable en la celebración de futuros contratos con quienes adhieran a ese contenido. Ejerce, así, un poder reglamentario de hecho, el que puede aprovechar para robustecer su posición contractual en detrimento del adherente, mediante la sustitución de las reglas del derecho dispositivo por otras que mejor se acomoden a sus intereses. Ese peligro se ha manifestado en la mera presentación del texto de tales contratos que constan en formularios impresos con cláusulas extensas y complejas de difícil comprensión, con una redacción ambigua o con dificultades para su lectura por el empleo de una letra menuda. Cabe asimismo sumar las hipótesis de cláusulas que no se incorporan al texto del acuerdo, sino que existe una remisión a ellas, en cuanto constan por separado.

40. *Ámbito de la tutela.* Con la difusión de la contratación en masa, la figura comercial examinada fue el vehículo usual para celebrar contratos de consumo, hasta haber dado lugar a que se llegue a confundir adherente con consumidor. Si bien en el derecho comparado algunas legislaciones abordan el tema desde un punto de vista general, otras, como la española o la francesa, lo hacen en la reglamentación destinada a la defensa del consumidor. El primer Código Civil que consagró una norma sobre esta materia, fue el Código Civil italiano de 1942, inaugurando un sistema de tutela formal en el art. 1341. Prescribe el artículo citado que las condiciones generales del contrato predispuesto por uno de los contratantes son eficaces respecto del otro, si al momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o habría podido conocerlas obrando con la diligencia ordinaria. Con la finalidad de garantizar que el adherente esté consciente de la existencia de ciertas cláusulas más graves, de particular onerosidad a la cual puede someterse, mencionadas en la norma, agrega el precepto que ellas sólo tendrán efecto si son específicamente aprobadas por escrito. Con posterioridad la ley alemana de condiciones generales de 1976, de modo general, vino a limitar la autonomía en esta modalidad de contratación, permitiendo el control judicial de su contenido, al sancionar la invalidez de las cláusulas abusivas. Este régimen de tutela sustancial fue introducido al BGB en la reforma del año 2002. En otras legislaciones, la protección respecto de las cláusulas abusivas está prevista en el ámbito de las disposiciones de protección del consumidor.

41. *La ley 24.240.* En nuestro derecho, la ley 24.240 de defensa del consumidor, en su Capítulo IX, titulado De los términos abusivos y de las

cláusulas ineficaces, veda este tipo de cláusula, de modo general en los contratos de consumo, se trate de un contrato negociado entre las partes o de un contrato por adhesión a cláusulas generales. Asimismo, en su art. 38, prevé el control administrativo disponiendo que la autoridad de aplicación vigilará que estos contratos no contengan cláusulas abusivas.

42. *Normas de difundido acogimiento contenidas en el Proyecto.* El Proyecto, en sus arts. 985 a 987, contiene normas de difundido acogimiento en esta modalidad contractual. Así, el art. 985 prescribe que sus cláusulas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible. Se tienen por no conve-nidas aquellas cláusulas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. Agrega que esta disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica u otras similares. El art. 986 establece que la cláusulas particulares que, negociadas individualmente, amplían limitan, suprimen o interpretan una cláusula general, en caso de incompatibilidad con las generales predispuestas, prevalecen sobre esta últimas. La razón por la cual el contenido predispuesto debe ceder ante el adicionado específicamente por las partes, es que este último expresa de modo más genuino la voluntad concorde de los contratantes. Finalmente, el art. 987 dispone que en caso de ambigüedad, las cláusulas predispuestas deben ser interpretadas en sentido contrario al predisponente. El estipulante tiene el deber de información y de hablar claro cuando utiliza esta modalidad de contratación. Por ello en los supuestos de ambigüedad tiene vigencia la tradicional regla, cuyo acogimiento configura un indiscutido *ius receptum*, “*in dubio contra stipulatorem*”.

43. *Las cláusulas abusivas.* El art. 988 del Proyecto trata las cláusulas abusivas, lo que exige una consideración más detenida. Suele entenderse por tales, aquéllas en que la parte con un poder de contratación dominante se reserva ventajas en detrimento de la parte débil, que importan un significativo desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato, de un modo no equitativo, contraviniendo el principio cardinal de buena fe. Dicho desequilibrio se origina porque se modifican, en perjuicio de la parte débil, las recíprocas posiciones de las partes según la regulación del derecho dispositivo. El significativo desequilibrio y la con-

triedad con la buena fe objetiva, son los criterios rectores sobre la base de los cuales se definen genéricamente tales cláusulas. Ahora bien, el carácter vejatorio de ellas no se encuentra relacionado necesariamente con la equivalencia de las prestaciones derivadas del contrato y no se traduce ineludiblemente en un desequilibrio económico como acaece con la lesión, sino que se trata de un desequilibrio de índole normativa, derivado de la simétrica asignación de los derechos y obligaciones que conforman las posiciones de las partes.

44. *La noción genérica de cláusula abusiva.* Cuando se establece la invalidez de las cláusulas abusivas debe enunciarse una noción genérica de ellas que no puede consistir en una definición en términos precisos, sino que sólo puede concretarse en la enunciación de los criterios y pautas que permiten individualizarlas. El art. 37 de la ley 24.240, no formula con claridad los rasgos que, de modo genérico, son propios de este tipo de cláusulas. En el enunciado del precepto se mezcla lo que es la prohibición de singulares cláusulas, con lo que es el criterio general que puede permitir su caracterización. Él sólo puede consistir en que debe entenderse por tales cláusulas las que “*desnaturalicen las obligaciones*” y como consecuencia de esta idea “*que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte*”. Desnaturalizar significa alterar o desvirtuar las propiedades normales de algo. Ante todo, cabe señalar que lo natural de un contrato dado, es la disciplina que la ley establece de modo general para todos los contratos o bien al reglamentar un determinado tipo contractual, y que resulta normalmente aplicable salvo la voluntad contraria de las partes. Se trata de las normas del derecho dispositivo. En los casos en que media una desigualdad en el poder de negociación de los contratantes, tales normas no pueden ser sustituidas por un régimen que de modo inadmisiblemente genere una situación de asimetría entre las partes. Esto es, no se permite la renuncia de los derechos que las normas dispositivas consagran a favor del consumidor o la ampliación de los derechos que normalmente asignan a su contraparte, de modo tal que se genere un desequilibrio que contraría a la buena fe objetiva. Conforme con lo que ha sido señalado, resulta más correcta la fórmula empleada por el decreto 1798/94, reglamentario de la ley de defensa del consumidor para caracterizar a las cláusulas abusivas, cuando en su art. 37 prescribe: “*Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al*

consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”.

45. *La noción de cláusula abusiva en el Proyecto.* El Proyecto, en su art. 1119 con referencia a los contratos de consumo establece: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor*”. Se trata de una apreciable mejora de la formulación que sustituye. No obstante, cuando en el art. 988 enuncia, según se sostiene, dos cláusulas abiertas²⁵, es decir, dos nociones generales de lo que cabe entender por cláusulas abusivas, se vale, sustancialmente, de la formulación que reemplaza, demasiado imprecisa, empleada en el art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, cuya modificación propone. Dispone dicho art. 988: “*Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles*”. Se ha visto que la noción de cláusula abusiva se vincula, en primer lugar, con la idea de un desequilibrio, una asimetría en la asignación de los derechos y obligaciones de las partes, que perjudican de forma indebida a la contraparte del predisponente, de un modo contrario a la buena fe objetiva. Ello ocurre cuando quien intenta valerse de esta modalidad de contratación, la pone en práctica de manera tal que irroge ese detrimento injustificado al adherente. Cabe considerar que ese perjuicio indebido se produce, como lo expresa el §307 del BGB, cuando una cláusula no puede armonizarse con los principios fundamentales de la regulación legal de la cual diverge; o bien se limitan derechos o deberes esenciales que resultan de la naturaleza del contrato, de manera que se ponga en peligro la consecución de la finalidad del mismo.

El hecho de que una cláusula pueda significar una ampliación de derechos del predisponente, o una renuncia o restricción de los derechos del adherente según lo que resulte de las normas supletorias, no es sufi-

²⁵ Rubén S. STIGLITZ, “La teoría del contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, L.L. 13/6/2012, pág. 1 y ss.

ciente para considerarla abusiva. Corresponde tener en cuenta el significado que dicho apartamiento del derecho dispositivo pueda tener en el contexto integral de los derechos y obligaciones reglamentados en el contrato, provocando o no el desequilibrio significativo que es el verdadero quid de la condición de vejatoria de la cláusula.

No basta para que una cláusula sea abusiva que se “*desnaturalicen las obligaciones del predisponente*”, dicha desnaturalización debe afectar los derechos y obligaciones de ambas partes, íntegramente considerados, conforme con lo que ha sido expuesto. Menos lo es derivar el carácter abusivo de la cláusula del mero hecho que ella signifique, alternativamente, una renuncia o restricción de los derechos del adherente o una ampliación de los derechos del predisponente resultantes de normas supletorias.

46. *La multiplicación de fórmulas generales.* Esta multiplicación de fórmulas generales para caracterizar las cláusulas abusivas -existen al menos tres en el Proyecto- se trate de contratos de consumo o de los que no revisten tal condición, es desde un punto de vista sistemático desaconsejable e impropio. Más lo es, cuando las fórmulas más imprecisas y técnicamente objetables se refieren a los contratos en general, fuera del ámbito protectorio del consumidor. Dentro de este campo pueden darse multiplicidad de situaciones diferentes. Existen hipótesis de contratos celebrados entre grandes empresas en que cada una de ellas pretende sujetarse a sus propias cláusulas generales de contratación. De ese modo, en tales relaciones entre dichas empresas, pueden plantearse dudas sobre de quién deben ser las cláusulas generales que les corresponda regir esos contratos, en diversos aspectos de su conclusión, v.gr., en las condiciones de compra una empresa manifiesta que “la ejecución del encargo equivale al reconocimiento de nuestras condiciones” mientras que el vendedor manifiesta, al aceptar el pedido que se sujetará a sus propias condiciones generales²⁶. Para solucionar razonablemente estos supuestos de disenso o contradicción de formularios, los Principios del Unidroit enuncian una regla en el art. 2.22²⁷.

²⁶ FLUME, op. cit., pág. 785.

²⁷ “Artículo 2.22 Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit: (Contradicción entre formularios). Cuando ambas partes utilizan cláusulas

47. *El abuso de la dependencia económica.* En otro orden de cosas, debe recordarse que la regulación del contrato, en cuanto instrumento jurídico para la realización de las operaciones económicas de cambio, se traduce en una regulación del mercado, que es el ámbito donde se llevan a cabo tales operaciones. El derecho, por un lado, tutela a la parte más débil en las relaciones entre quienes son, por antonomasia, los protagonistas institucionales de ese mercado, los proveedores y consumidores, a fin de asegurar la eficiencia y la justicia. Empero, en el complejo desenvolvimiento del proceso de producción, distribución y comercialización de los bienes y servicios, intervienen otros protagonistas, constituyendo los eslabones de una cadena que, en su punto final, concluyen y desembocan en las relaciones de consumo. Si bien la ley organiza una tutela al consumidor por ser la parte más vulnerable de ese proceso, no puede pasarse por alto que la empresa con un poder de negociación dominante en sus relaciones comerciales con otra que se encuentra en una situación de dependencia económica, tiene la posibilidad de acordar contratos en los que imponga cláusulas que entrañen un inadmisibles desequilibrio entre los derechos y obligaciones, garantizándole una posición de total hegemonía de la parte más débil. Este abuso de la dependencia económica ha sido objeto de una reprobación legal expresa en el derecho comparado²⁸. No

las estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá celebrado en base a lo acordado y a lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes hubiera indicado claramente con antelación, o que luego de formalmente celebrado y sin demora así lo comuniquen a la contraparte, que no tiene el propósito de quedar obligada por dicho contrato.

²⁸ La figura del abuso de la dependencia económica fue introducida en el ordenamiento jurídico italiano en el año 1998 con una preceptiva que tiene sus antecedentes en el derecho alemán y francés (Cristoforo OSTI, “Contratto e concorrenza”, en *Trattato del contratto*, a cura de Vincenzo Roppo, Milán Giuffrè, 2006, t. VI, pág. 673 y ss.). Se considera dependencia económica la situación en la cual una empresa se encuentra en las relaciones comerciales con otra que le permite determinar un excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones. La dependencia económica es valorada teniendo en cuenta, además, la real posibilidad de la parte que haya sufrido el abuso de encontrar en el mercado alternativas satisfactorias. El abuso puede también consistir en el rechazo de vender o de comprar, en la imposición de condiciones contractuales injustificadamente gravosas o discriminatorias o en la interrupción arbitraria de las relaciones comerciales en acto. Véase Vincenzo PINTO, “L’abuso di dipendenza economica ‘fuori dall contratto’ tra

debe perderse de vista que la existencia de tales cláusulas significa, al fin de cuentas, un gravamen para el contratante débil, el que se ve inducido para descargar los costos consiguientes, en el precio final exigido al consumidor, de suerte que la limitación de esos abusos, indirectamente, configura una reafirmación de la tutela brindada al consumidor. Asimismo, en el momento actual, se afianza cada vez más la tendencia que propicia el control sustancial del contenido del contrato para erradicar injustos desequilibrios, no sólo cuando se trata de contratos de consumo, sino también de contratos celebrados entre empresas, en los cuales una de las partes se encuentra en una situación de dependencia económica respecto de la otra, lo que permite el abuso de la posición dominante de esta última, traducido en la imposición de cláusulas vejatorias. La tutela del contratante débil constituye, por ende, un principio con fuerza expansiva, que tiene la aptitud de erigirse en principio general del derecho contractual. En todos estos casos, las estipulaciones que afecten la posición del contratante más débil, generando indebidos desequilibrios, pueden configurar el ejercicio abusivo de un derecho, en cuanto el contratante que las impone excede los límites impuestos por la buena fe. Inclusive, dentro de los términos del proyecto son supuestos previstos en el art. 11, el que como una manifestación específica del ejercicio abusivo del derecho, sanciona, precisamente, el abuso de la posición dominante en el mercado.

diritto civile e diritto antitrust”, en Revista di Diritto Civile, 2000, II, pág. 389; Tiziana LONGU, “Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese”, Revista di Diritto Civile, 2000, II, pág. 345; ROPPO, *Il contratto*, pág. 926. El abuso de la dependencia económica se vincula especialmente con las hipótesis de concentración vertical de empresas, como la que se lleva a cabo con los contratos de distribución y de franquicia a los que se agregan los contratos para el uso de una licencia, el suministro o los *joint venture*. Véase Cristoforo OSTI, op. cit., pág. 677. En lo que concierne a la concentración vertical ascendente, en el derecho italiano ha sido objeto de regulación legal la relación de “*subfornitura*”. Con esta denominación no se identifica un tipo contractual en sentido propio, sino una categoría que comprende varios tipos contractuales diversos, sea locación de obra, venta, suministro, etc. La categoría presenta dos variantes: por un lado, en la *subfornitura* de trabajo, en que la empresa que actúa como *subfornitore* -a la que se le dará la designación de subcontratista- se obliga a efectuar por cuenta de la empresa comitente trabajos sobre productos semielaborados o materia primas provista por el comitente. Por el otro, en la *subfornitura* de bienes y servicios la empresa subcontratista se obliga a proveer productos o servicios destinados a ser incorporados o utilizados en el ámbito de la actividad económica del comitente o en la producción de un bien complejo (un ejemplo, es la del compromiso que asumen las empresas autopartistas).

48. *Criterios para individualizar las cláusulas abusivas.* Los criterios para individualizar las cláusulas abusivas son dos: el fundamental es el desequilibrio, al que se agrega el de la sorpresa. Se ha hecho referencia al primero. En el segundo, el desequilibrio se manifiesta de una manera especial: se deriva de cláusulas que, según las circunstancias, aparecen como inusuales y exponen al adherente a sufrir situaciones perjudiciales, diferentes a lo que pudo razonablemente esperar, en el momento de la celebración. En el Proyecto, a semejanza de lo que dispone el §305 del BGB, el art. 988, inc. c establece que deben tenerse por no escritas aquellas cláusulas “*que por su contenido, redacción o presentación no son razonablemente previsibles*”. Ese criterio está emparentado con la tutela que brinda el citado art. 1341 del Código Civil italiano, seguido por el art. 33 del Proyecto Gandolfi.

49. *Supuestos particulares de cláusulas abusivas.* La noción genérica de cláusula abusiva se suele acompañar con un elenco en que se enuncian diversos supuestos de ellas, que se han ido individualizando en la experiencia. El contenido de estas enunciaciones se traduce ya sea en una lista gris de hipótesis que se presumen vejatorias y pueden ser declaradas inválidas según las circunstancias, o bien en una lista negra, que se integra con aquellas cláusulas interdictas que irremisiblemente revisten tal carácter, sin que quede espacio para una apreciación diferente. En los fundamentos del Anteproyecto se expresa que si bien dicho listado es útil, debe estar en la legislación especial, porque pierde actualidad de modo muy rápido, y en tal caso se torna necesario actualizarlo, lo cual es sencillo en una ley especial pero muy difícil en un código. De todas maneras ello confirma que la noción que corresponde dar de cláusula abusiva es genérica y debe estar dotada de flexibilidad para abarcar todos los supuestos. Cuando esa elasticidad se pierde porque se enuncia algún supuesto con un acentuado nivel de concreción, como ocurre con el inc. b del art. 988, se corre el peligro de inducir a la confusión respecto de si no llegan a constituir una lista negra.

50. *Conclusión final.* Sin perjuicio de la modificación propuesta en los contratos de consumo, creemos que, en materia de contratos en general, debe reformularse la noción genérica de cláusula abusiva del Proyecto, en relación con los contratos por adhesión a cláusulas generales pre-dispuestas, en lo atinente a su reprobación como abusivas, para darle

mayor flexibilidad. A tal fin, como ya se ha adelantado, puede servir de guía el §307 el BGB.

VI. Tratativas contractuales

51. *La libertad de contratar. Límites.* A veces el consentimiento, meollo del contrato, es el fruto del acuerdo instantáneo de voluntades de las partes. Ello ocurre frecuentemente en operaciones de poco monto o en los contratos por adhesión a condiciones generales. Otras veces, por el contrario, las partes necesitan de un período previo para deliberar y discutir las condiciones del contrato, amén de conformar mutuamente su proyecto. En estos supuestos, el contrato se forma *ex intervallo temporis*; hay una etapa antecedente en que las partes deliberan, discuten e intentar elaborar lo que, en definitiva, puede ser una regla de autonomía privada. Se abre así un período de tratativas, en que las partes interesadas en debatir el contenido de un eventual contrato se ponen en contacto para conocer las aspiraciones recíprocas, precisar puntos y analizar la posible conciliación de pretensiones opuestas. El Proyecto en los arts. 990 a 996 reglamenta las tratativas contractuales. El punto de partida está previsto en el art. 990: “*Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento*”. Se trata de un corolario del principio de autonomía, pilar básico del ordenamiento contractual, el que confiere a los interesados la libertad de optar entre celebrar un contrato o rehusar hacerlo, lo que importa la facultad de poner punto final a cualquier negociación encaminada a ese objetivo, desinteresarse de ellas o abandonarlas, sin que las partes incurran en responsabilidad. Empero esa libertad conlleva un límite, que está señalado en el art. 1198 del Código Civil: los contratos deben celebrarse de buena fe. Como con mayor precisión lo señala el art. 1337 del Código Civil italiano, las partes, en el desenvolvimiento de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse según buena fe. En la etapa previa de formación, cuando los interesados deciden tratar la conclusión de un contrato, se genera un contacto de intereses entre quienes se vinculan socialmente mediante las tratativas. Se debe asegurar la libertad para negociar y salvaguardar los propios intereses de quienes intervienen en ellas; empero, al mismo tiempo, corresponde exigir que dicho contacto

se lleve a cabo conforme pautas de comportamiento leal, probo y correcto, a fin de impedir que cualquiera de las partes sufra un menoscabo innecesario. En este orden de ideas, este deber de buena fe que gobierna esta etapa de formación del contrato, se descompone en una serie de deberes a los que los partícipes de la negociación tienen que ajustar su comportamiento. Ellos han sido individualizados por la doctrina, para determinar si la conducta de las partes transgrede esos parámetros que la buena fe presupone.

52. *El art. 991 del Proyecto.* El art. 991 del Proyecto hace referencia al deber de buena fe y prescribe: “*Deber de buena fe. Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato*”. La fórmula utilizada es pasible de crítica, pues reduce considerablemente el alcance del deber de buena fe, al circunscribirlo a uno de los supuestos en que se manifiesta. Se lo constriñe a “*no frustrar injustificadamente tales tratativas*” cuando también pueden existir otras manifestaciones, como el deber de secreto o de confidencialidad que el propio Proyecto trata en el art. 992 y, principalmente, el deber de información, al que no se hace ninguna referencia, pese a que el Proyecto de 1998 contiene una previsión al respecto ²⁹, aunque referida a la oferta.

53. *Comportamientos contrarios a la buena fe.* Vinculado con el desenvolvimiento de las tratativas, resulta aconsejable enunciar como comportamiento contrario a la buena fe, el de la parte que emprende o continúa las tratativas si tener la intención de concluir el contrato (art. 24, párrafo 2º del Proyecto de la Comisión dirigida por Francois Terré y art. 6.2 del Proyecto Gandolfi). A su vez, como la ruptura de las tratativas no es una conducta de por sí ilícita, para que se considere injustificada y constituya una violación del deber de buena fe, tiene que reunir como

²⁹ “Art. 927, Proyecto de 1998.- *Deber de información del oferente.* El oferente está obligado, conforme a la regla de buena fe y según las circunstancias, a poner al alcance del destinatario de la oferta información adecuada sobre hechos relativos al contrato que puedan tener aptitud para influir sobre su decisión de aceptar”.

condición que, a más de verificarse sin justa causa, quebrante la confianza de la contraparte, sin que haya mediado culpa de ésta. Así lo entiende el Proyecto en el citado artículo 991; sin embargo, una fórmula recomendable es la del Proyecto Gandolfi, que exige además, para la configuración de este supuesto, que las partes en el curso de las tratativas, hayan llegado a examinar los elementos esenciales del contrato.

54. *El deber de confidencialidad y el deber de información.* El art. 992 del Proyecto, según se dijo, prevé el deber de confidencialidad: “*Deber de confidencialidad. Si durante las negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. La parte que incumple este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento*”.

Se trata de un precepto semejante al art. 8. del Proyecto Gandolfi. Siguiendo esa misma fuente, a semejanza de su art. 7º³⁰, hubiera sido recomendable que el Proyecto incorporara una norma previendo el deber de información en toda esa etapa preliminar del contrato, incluyendo la oferta, como lo hizo parcialmente el Proyecto de 1998.

55. *La responsabilidad precontractual.* El incumplimiento de estos deberes impuestos por la buena fe a que se ha hecho referencia, genera la responsabilidad precontractual, con el deber de indemnizar los daños causados. Creemos que también debió incorporarse un precepto

³⁰ “Art. 71C, Proyecto Gandolfi: *Deber de información.* 1. En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra de cualquier circunstancia de hecho o de derecho que conozca o deba conocer y que permita, a esta última, formar opinión sobre la validez del contrato y lo interesante de su celebración. 2. En el caso de información omitida o de declaración falsa o reticente, si el contrato no ha sido concluido o está afectado de nulidad, la parte que ha obrado de modo contrario a la buena fe responde, frente a la otra, en los límites señalados en el apartado 4 del artículo 6, en tanto que, si el contrato ha sido concluido, está obligada a restituir la prestación recibida o a pagar una suma de dinero, en concepto de indemnización, en la medida que el juez considere equitativa, quedando a salvo el derecho de la otra parte a anular el contrato por error”.

para hacer referencia a un supuesto emblemático de dicha responsabilidad, el que es dable la genere en las hipótesis de nulidad de un contrato. Puede a tales fines servir de modelo el art. 1338 del Código Civil italiano: “*La parte que conociendo o debiendo conocer la causa de nulidad de un contrato, no ha dado noticia a la contraparte, esa obligada a resarcir el daño que esta última ha sufrido por haber confiado sin su culpa en la invalidez del contrato*”.

56. *Las cartas de intención.* El último precepto de esta Sección, el art. 993, se refiere a las denominadas cartas de intención. Con este nombre se conoce en la práctica de la contratación entre operadores profesionales, a instrumentos que se relacionan con la formación progresiva del contrato y con tratativas en curso. Tienen un contenido muy variado. Pueden atender al estado inicial de las tratativas, y expresar la intención de llevarlas a cabo, con la indicación de los puntos que se deberán discutir, a lo que se puede agregar el tiempo, el lugar o el modo de llevarlas a cabo. Cuando conciernen a tratativas ya avanzadas, pueden determinar los puntos sobre los cuales ya se ha logrado acuerdo y aquellos otros pendientes sobre los que debe continuar las tratativas. La función que cumplen estos instrumentos es promover un programa de discusión de condiciones contractuales, sin que exista en ese estadio la voluntad definitiva de vincularse. En tales declaraciones es probable que los interesados se esmeren en tornar lo más creíble su proyecto, lo cual puede generar la duda si llegan o no a constituir una oferta cuya aceptación pueda dar vida al contrato. El precepto transcrito se ha referido a este tipo de situaciones, prescribiendo que deben ser objeto de una interpretación restrictiva y sólo pueden tener la fuerza obligatoria de la oferta si reúnen los requisitos de ella, constituyendo en definitiva una norma cuya obviedad la torna sobreabundante.

Cabe agregar que si bien las cartas de intención no significan la conclusión del contrato sobre el cual versan, pueden sin embargo crear algún vínculo de índole contractual. Por ejemplo, las partes pueden convenir desenvolver tratativas en un cierto tiempo, en un determinado lugar y conforme con cierto programa prefijado. O bien si están llevando a cabo tratativas, asumir el compromiso de no desenvolver tratativas paralelas o de no modificar ciertas situaciones. También resulta factible que convengan la obligación de reserva o secreto. Se trata de acuerdos instrumentales sobre el modo de conducir las tratativas, cuya violación puede generar una responsabilidad que por su origen es contractual, aunque se vincula

con esta etapa de formación del contrato, lo que la influencia, en definitiva, para precisar su alcance.

VII. Contratos preliminares

57. *Una cuestión terminológica.* La Sección 5ª del Capítulo 3º, del Título 2º, del Libro 3º del Proyecto, está titulada “Contratos preliminares”. En ella el Proyecto trata la promesa de celebrar un contrato y el contrato de opción. La primera observación es de índole terminológica; para comprender las dos figuras contractuales referidas es más correcto hablar de contratos preparatorios, como lo hace el Código Civil peruano (Título V, de la Sección Primera, del Libro VII que comienza con el art. 1414). La denominada promesa de celebrar un contrato, es precisamente el contrato preliminar según el derecho italiano, el tradicional *pactum de contrahendo* con un lenguaje que proviene del derecho romano, el contrato de promesa en el derecho español, el contrato promesa del derecho portugués o el *vorvertrag* o precontrato del derecho alemán.

58. *Los contratos preparatorios. El contrato preliminar.* Los contratos preparatorios son aquéllos que se celebran en vista de facilitar la conclusión de un futuro contrato. Dan vida, por tanto, a una relación instrumental que se desenvuelve en función del perfeccionamiento de ese contrato principal. Dentro de esta categoría cabe incluir principalmente al contrato de opción, al acuerdo de prelación, al contrato preliminar y al contrato normativo. El contrato preliminar, está caracterizado en el art. 995 del Proyecto: “*Promesa de celebrar un contrato. Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquéllos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer*”.

Es decir, el contrato preliminar es aquel contrato en que las partes asumen la obligación de concluir en el futuro un contrato, que se denomina contrato definitivo. Genera una obligación de hacer, de realizar una actividad de cooperación para el perfeccionamiento de dicho contrato. El art. 995 prescribe que el futuro contrato no puede ser de aquéllos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Así como en otras

legislaciones, el contrato preliminar se vincula primordialmente con los contratos que tienen efectos reales provocando una fractura de tales efectos, en cuanto el preliminar produce tan sólo efectos obligatorios, postergándose los efectos traslativos para el momento en que se perfecciona el definitivo, en nuestro derecho la expresión paradigmática del contrato preliminar se relaciona con la forma del contrato. Reiterando el régimen del Código Civil en la materia (arts. 1183, 1185 y 1188 del Código Civil), en el art. 285 prescribe el Proyecto: *“El acto que no se otorga en la forma prescrita por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como un acto en que las partes se han obligado al cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad”*. Cuando la forma es *ad substantiam*, su incumplimiento impide que un contrato pueda producir los efectos que le son propios. Empero, dentro de este género de forma cabe distinguir dos especies: los contratos formales de solemnidad absoluta, en que la transgresión de la forma priva y destituye drásticamente de todo efecto al contrato que no la observa; y los contratos formales de solemnidad relativa, en los que si bien la omisión del requisito formal impide que el contrato quede constituido como tal, la ley les atribuye el efecto de constituir un contrato preliminar, que obliga a perfeccionar el contrato definitivo en la forma prescrita legalmente. La manifestación más trascendente de este contrato preliminar es el boleto privado de compraventa. Como lo hace el Código Civil, el Proyecto prescribe que deben ser otorgados por escritura pública los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (art. 1017 inc. a). En el art. 1018 prevé el supuesto de que los contratos enunciados no sean hechos en escritura pública, disponiendo que generan una obligación de hacer dicha escritura, si no se requiere una forma bajo sanción de nulidad. En su párrafo final, el precepto citado consagra legalmente la doctrina de la jurisprudencia nacional, admitiendo la posibilidad de ejecución específica de dicha obligación, con el auxilio de la intervención judicial. En este orden de ideas, prescribe que cuando la parte condenada a otorgar el instrumento de escrituración es remisa, *“el juez lo hace en su representación, siempre que las prestaciones estén cumplidas o asegurado en su cumplimiento”*. Entendemos que este último agregado es inapropiado; es suficiente señalar que, de ser posible, la escritura debe otorgarse en las condiciones pactadas.

59. *El contrato de opción.* El contrato de opción está reglado en el art. 996 del Proyecto: “*Contrato de opción.* El contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. Puede ser gratuito u oneroso, y debe observar la forma exigida para el contrato definitivo. No es transmisible a un tercero, excepto que así se lo estipule”.

Al respecto cabe señalar que la redacción del art. 1331 del Código Civil italiano, seguida por el art. 1419 del Código Civil peruano es más clara para caracterizar la figura. En sustancia, disponen tales normas que por el contrato de opción una de las partes queda vinculada a una oferta de celebrar un futuro contrato y la otra tiene el derecho exclusivo de aceptarla o no.

60. *La inclusión de los elementos esenciales del contrato definitivo.* El art. 994 del Proyecto establece que ambos contratos, el preliminar y el de opción, deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo. Es lo que prescribe el Código Civil peruano en los arts. 1415 y 1422. Respecto del contrato preliminar la regla es obvia y se deriva de la función instrumental que cumple el contrato preliminar preordenada al perfeccionamiento del definitivo, lo que lo constriñe a tener en germen todos los elementos esenciales de este último. También se descuenta en el contrato de opción, dado que por versar éste sobre la oferta de una de las partes, ella no puede prescindir de contener los elementos esenciales del contrato que propone.

61. *El plazo de duración.* Lo que cabe objetar, por carecer de fundamento, es la norma imperativa contenida en el precepto que fija el término máximo de un año ya sea para el compromiso de contratar en el contrato preliminar o para la duración de la opción. El art. 994 segundo párrafo del Proyecto prescribe: “*El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento*”. Baste tan sólo recordar que un contrato preliminar es el boleto privado de compraventa, para apreciar los trastornos indeseados a que puede conducir esta restricción de la autonomía de las partes. Está huérfana de toda justificación razonable tanto respecto del contrato preliminar, como en lo concer-

niente al contrato de opción. La norma proviene del Proyecto de 1998 (art. 934 3^{er} párrafo), el que seguramente se inspiró la solución semejante que establecía el Código Civil del Perú en sus arts. 1416, 1417 y 1423. Prueba de la inconsistencia de ella, es que los referidos artículos del Código peruano fueron modificados en el año 2001 por la ley 27.240, restableciendo el buen sentido, y ahora disponen que tanto el plazo del compromiso de contratar como el del contrato de opción debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, éste será de un año.

No existe razón alguna para la incorporar una norma imperativa como la analizada, la cual debe ser erradicada del proyecto y sustituida por una norma supletoria que sólo fije un plazo para el compromiso de contratar o el contrato de opción, si no lo hacen las partes.

VIII. Pacto de preferencia y contrato sujeto a conformidad

62. *Pacto de preferencia.* En la siguiente Sección, la Quinta, del Cap. 3, del Tít. II del Libro Tercero, se trata el Proyecto el pacto de preferencia y el contrato sujeto a conformidad. El pacto de preferencia o de prelación podría formar parte de la Sección anterior que legisla sobre contratos preparatorios, en cuanto constituye un mecanismo que se inserta en la formación del contrato y lo condiciona. El art. 997 caracteriza al pacto de preferencia el siguiente modo: “*Pacto de preferencia.* El pacto de preferencia genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra. Este nuevo contrato no puede ser de aquéllos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. El plazo de vigencia es de UN (1) año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento y es transmisible a un tercero si así se lo estipula”.

Si bien a nivel doctrinario se han manifestado discrepancias en cuanto a la definición del pacto de prelación, la noción que parece más aceptable, como se desprende de su propia denominación es aquella que lo considera como el acuerdo en virtud del cual el otorgante se obliga con la otra parte a preferirlo en paridad de condiciones con un tercero, si se decide a celebrar un determinado contrato. Vale decir, si bien el pacto presupone dos partes, los protagonistas deben ser tres. La obligación del otorgante respecto de su contraparte, consiste, si se decide a celebrar un

determinado contrato, en la *denuntiatio*, esto es en el deber de comunicarle la intención de contratar, con la oferta hecha por un tercero. Si la contraparte del promitente no ejerce la preferencia, el concedente es libre de contratar con el tercero en las mismas condiciones rechazadas. Este criterio coincide con nuestra tradición jurídica, pues sobre esta base el Código Civil ha reglamentado la manifestación más importante del pacto en el contrato de compraventa (arts. 1368 y 1392 a 1396), tradición que ha sido seguida por el Proyecto en el art. 1165.

63. *El pacto de preferencia en el Proyecto.* El art. 998 del Proyecto establece como única obligación del otorgante la de dirigir a su beneficiario, una declaración, con los requisitos de la oferta, comunicándole su decisión de celebrar un nuevo contrato, agregando que éste queda concluido con la aceptación del beneficiario. Es obvio que si no media aceptación, se extingue la preferencia. El otorgante, pues es libre de ponerle fin al pacto, con sólo agravar las exigencias de la oferta, de manera que su aceptación no se torne viable. En el Proyecto de la Comisión dirigida por Francois Terré, el art. 30 enuncia una definición semejante a la del Proyecto, en la que se excluye la intervención del tercero. Sin embargo los argumentos que se dan en apoyo de este temperamento no son convincentes, dado a que se le resta transparencia al pacto y, en definitiva, se corre el riesgo que su efectividad quede librada al arbitrio del promitente, si no se han fijado de antemano las condiciones de la eventual contratación futura ³¹.

64. *Contrato sujeto a conformidad.* En el art. 999, el Proyecto se refiere al contrato sujeto a conformidad, expresando: “*Contrato sujeto a conformidad. El contrato cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o de una autorización queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva*”. Reproduce el Proyecto el art. 939 del Proyecto de 1998. Del cotejo de ambos proyectos, se desprende que el supuesto al que se refiere la norma, es el un contrato que está en vías de perfecciona-

³¹ Véase en el proyecto citado, en nota 2, el comentario de Carole AUBERT DE VINCELLES, *Le processus de conclusion du contrat*, N° 37, pág. 140.

miento, pero cuya conclusión está subordinada a una autorización³². Sólo puede darse esta situación, cuando existe una oferta, lo que plantea el problema si ella puede subordinarse a una condición de este tipo. No se trata, por ende, del caso de una oferta incondicionada en que se propone la celebración de un contrato sujeto a una condición suspensiva o resolutoria. Circunscripta así la cuestión, participamos de la tesis que cuando el autor de una oferta la condiciona a la posibilidad de valoraciones ulteriores de carácter puramente subjetivo, de modo tal que el destinatario no tenga la posibilidad de perfeccionar el contrato con su sola aceptación, ello significa despojarla de uno de sus requisitos que su intención vinculante, En consecuencia, una oferta de esa índole sólo puede configurar una invitación a ofrecer³³. En definitiva, creemos que el art. 999 del Proyecto, por su tenor poco claro y por su falta de trascendencia práctica es un ejemplo de preceptos que no deben ser incorporados a un código.

³² El Proyecto de 1998 contiene dos artículos referidos al tema analizado. El art. 939 que, como se ha señalado es idéntico al art. 999 del Proyecto. El art. 940 expresa que la conformidad o autorización puede ser prometida con los alcances del art. 981, precepto que prevé la promesa del hecho del tercero, resultando obvio que en tal caso, el contrato concertado se rige por lo dispuesto en dicha norma. Por tanto, el supuesto residual al que se refiere el art. 939, objeto de análisis en el texto, no es otro que el de una oferta condicionada a una autorización.

³³ ROPPO, op. cit., pág. 101.

BREVE ESTADO DEL ARTE DE LA ÉTICA JUDICIAL EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA^{1 2}

POR ARMANDO S. ANDRUET (H)³

SUMARIO: I. Aclaración. II. La razón del tema en este ámbito. III. Algunos aspectos relevantes. IV. La construcción de la ética judicial por la magistratura. V. Muestreo de resultados deontológico 2004-2010. V.1. Cuadro N° 1. V.2. Cuadro N° 2. V.3. Cuadro N° 3.

I. Aclaración

Atento a que la presente actividad ha sido cumplida en el ámbito de una reunión privada de la Academia y, como tal, no ha sido leída sino expuesta en manera directa, hemos querido mantener sustancialmente el

¹ Conferencia pronunciada en sesión ordinaria el día 5 de junio de 2012.

² A la fecha de presentación de esta comunicación en la respectiva reunión privada de la Academia, se hizo alusión al aporte del Dr. Rogelio Ferrer Martínez, quien fue el Presidente del Tribunal de Ética Judicial desde el primer momento que se puso en marcha, esto es año 2004. Su esfuerzo, voluntad y comprensión junto a interminables conversaciones que sobre estos temas hemos tenido y que en lo personal siempre nos nutrieron de nuevos aportes y mejoradas visiones; nos imponen en lo personal, no poder soslayar su fallecimiento en cuanto repercute en el ámbito académico de la ciencia jurídica que le era tan natural a su persona y en el deontológico que gustosamente aceptó al final de su vida. Por todo ello, es que corresponde rendirle un modesto tributo académico, para que sea su memoria justamente conservada ya sea por quienes no lo han conocido y por los otros, que lo conocieron pero acaso no supieron, que en estos territorios de la ética judicial, también navegó con la maestría de un experimentado navegante; y finalmente para que sea aquel perfil de sencillez y grandeza que siempre tuvo, el que ilumine siempre los pasos de quienes transiten los senderos que él supo habilitar para la posteridad.

³ Académico de número, académico tesorero.

mencionado esquema expositivo que como tal, puede adolecer de ciertos déficit; pero hacer los ajustes a una parte del texto implicaría revisar todo el conjunto. Por ello, hemos preferido mantener dicho formato con ligeras modificaciones propias de un discurso expuesto. Lo único que nos hemos permitido, es anexar algunas cuestiones al pie de texto y que prioritariamente está dispuesto para quienes quieran profundizar en algunos de los aspectos que han sido señalados.

II. La razón del tema en este ámbito

Estimados colegas académicos, antes de cualquier otra cuestión quiero expresarles mi sincero agradecimiento por la disposición en acompañarme en esta modesta exposición a propósito del estado del arte de la ética judicial en la provincia de Córdoba; que en realidad hay que señalar, es uno de los avances más innovadores que el Poder Judicial de la Provincia ha puesto en marcha en los últimos diez años y que como tal, todavía se mantiene bajo un perfil de cierto desconocimiento para muchos ciudadanos, sean ellos propios o ajenos al Poder Judicial.

De todas maneras, todos nosotros conocemos que las transformaciones en la historia de las instituciones, nunca son juzgadas sobre la inmediatez de los sucesos en los cuales suceden, sino primariamente por la huella que tales institutos van dejando en la tradición, la cultura y las prácticas del *ethos* al cual ella corresponda ⁴.

Quiera mi presentación ser un adecuado vehículo para la adecuada información y motivación para que nada menos que la comunidad académica más conspicua de la Córdoba universitaria, se ocupe reflexivamente de estos temas; que a veces y para no pocos, siguen teniendo el mismo sin sentido que ya muchos años atrás no pocos filósofos se encargaron de

⁴ Vide Norbert ELÍAS, *El proceso de la civilización*, México, F.C.E., 1993; Guillermo BAUER, *Introducción al estudio de la historia*, Barcelona, Bosch, 1944.

⁵ No podemos dejar de recordar las sutiles observaciones de David Hume al respecto. Por todos ellos, bien se puede consultar a Alfred AYER, *El positivismo lógico*, México, F.C.E., 1986.

sostener ⁵ y con poco discernimiento, sus cultores contemporáneos poco impuestos de discursos propios repitieron con desembozada impertinencia.

Debo también adelantar que siendo el tema del cual comentaré, algo tan propio a la vida de las personas y de las instituciones, como es la conducción prolija y respetuosa en dicho accionar con los otros y también el potenciar la mejores prácticas profesionales para que sean igualmente transferidas imitativamente a los demás; es una cuestión en la cual, la mayoría de las personas podemos estar de acuerdo y tenerla por definición acendrada en nuestra práctica personal y profesional con independencia de cuál sea nuestro oficio o profesión.

Lo que voy a intentar hacer entonces, es describir una situación, comentar una historia, relatar un estado del arte ⁶ en el cual la magistratura y la ética en la provincia de Córdoba se encuentran en una etapa de una evidente inflexión. Y como es conocido, todo momento donde se cruza un punto de inflexión sobre diversas variables, los resultados pueden ser definitivamente la superación positiva de lo que antes era por lo que, aparece como novedoso o que finalmente, el viejo esquema no logre ser desplazado y por lo cual, lo que se avecinaba en el punto de inflexión, tendrá una regresión de envergadura tal, que posiblemente quede retrogradado de tal modo, que oriente a que al fin de cuentas, quede sepultado por el polvo de la historia.

Sin duda que el temor que ello pueda ocurrir, aun cuando pueda parecer lejano en la provincia de Córdoba, no es de idéntico tenor en otras magistraturas de la República Argentina o de la misma Justicia Nacional ⁷. Por todas estas cuestiones, es que hemos creído conveniente traer -hasta preventivamente- a este ámbito científico las relaciones del binomio ética-jueces, y no hacer insistencia con los temas propios de la filosofía jurídica o política y de los que los volúmenes del Instituto de Filosofía del Derecho de esta corporación muestra con relevancia la preocupación que también nos genera.

⁶ Se conoce así, cuando se quiere hacer una referencia a los conocimientos que se tienen hasta el momento presente sobre el tema en cuestión. Obviamente que no se trata de que efectivamente se conozca todo lo existente, sino que hay una visión más o menos completa de ello, la cual, es suficiente para poder hacer una ponderación integral del problema.

Cabe agregar también, y ello con una alegría que no puede dejar de ser compartida por todos nosotros, porque es la obra dinámica de la corporación, que ella ha tomando en los últimos lustros, una presencia en las realizaciones no sólo teóricas de la ciencia jurídica, sino particularmente en las que tienen una evidente prestancia de la ciencia jurídica desde su realización operativa o práctica; y que también hay que decirlo, en muchas ocasiones ellas tienen un auténtico reclamo desde la comunidad profesional y también académica. Por otro costado, también sería una posición un tanto elusiva de mi parte, atento a mi no menor involucramiento con la vida judicial de la provincia de Córdoba por la función de vocal del Tribunal Superior de Justicia y que ha tenido, dicho cuerpo, un rol protagónico para el sostenimiento del mencionado tema de la ética judicial ⁸.

III. Algunos aspectos relevantes

Debo iniciar recordando, porque no son cuestiones del todo conocidas y en realidad no tienen por qué saberlo; que a finales de la década del 80 se comienza a generar un movimiento importante en toda Latinoamérica, a partir de las llamadas Cumbres Judiciales Iberoamericanas, en las cuales se instaba a la generación propositiva de la existencia de estándares aceptados de ética judicial.

Tales consideraciones, como no podía ser de otra manera, también llegaron a la República Argentina y por lo que se apuntó más arriba, no por la mano de los iusfilósofos que en rigor tenían una posición de resistencia a estos temas, sino fundamentalmente por las instituciones intermedias generadas desde los mismos poderes judiciales. O sea entonces, hay que destacar que un tema de evidente connotación de filosofía práctica, no fue articulado por dicha comunidad científica, sino por las mismas

⁷ En este último ámbito ha habido posiciones de la mayor relevancia, que han mostrado no sólo ignorancia frente a estos temas, sino lo que es más grave una profunda resistencia a las innovaciones y proyecciones que desde ellas se puedan hacer.

⁸ Corresponde indicar que fue el Tribunal Superior quien puso en marcha la Comisión de (i) Creación del anteproyecto, luego (ii) aprobó el código respectivo y finalmente generó la (iii) Oficina de Ética Judicial. Vide los siguientes acuerdos respectivamente: i) N° 652, Serie A del 10/10/02; ii) N° 693, Serie A del 27/11/03; iii) N° 953, Serie A del 16/9/08.

instituciones profesionales que a la vez, lo veían como de interés atender, por las presentaciones que la comunidad internacional judicial hacía en las Cumbres Iberoamericanas Judiciales ⁹.

Los mencionados temas en realidad se instalaron en una manera orgánica y con una voluntad al menos pretendidamente de permanencia en los primeros años del actual milenio¹⁰. Sin perjuicio de que existieron algunos movimientos que anunciaron algo en tal sentido mediando la década del año 90, pero que en realidad como lo que no tenían todavía esos poderes judiciales era una adecuada consistencia ni metodológica ni epistémica en la materia, estuvieron a punto de ser ellos los ejecutores de una causalidad eficiente para que la profecía del inadecuado momento de inflexión se generara y con ello, una sepultura del tema de la ética judicial ¹¹. Esto es sin dejar de reconocer, que la voluntad de esos poderes judiciales seguramente que fue la mejor y los modelos que tomaron, muchos de ellos existentes en Europa eran igualmente valiosos, sin embargo lo que no existía era un *ethos* judicial moral que, como tal, se pudiera llegar a empoderar del mencionado tópico y con ello, la natural frustración.

Cabe de todas formas indicar, que si bien los países europeos que tienen códigos de ética, pueden ser considerados un número menor y particularmente cuando lo colocamos en la perspectiva de finales del año 90 del siglo pasado; lo cierto era, que se trataban de poderes judiciales que al menos en dicho tiempo –que eran para esos poderes judiciales realmente críticos- habían logrado seguramente no sólo por ello, por lo menos durante un buen tiempo, nuevas fortalezas o coberturas para la judicatura en tiempos de natural desasosiego. El caso más notorio en este esquema es el de Italia que había sancionado su código deontológico para la magistratura en 1994, cabe agregar que el *Movimiento Manipulite* vino entre otras cosas, enfundado en los temas de ética judicial ¹².

⁹ Particularmente en este punto no se puede desconocer el papel principal que cumplió la por ese tiempo todavía joven Junta Federal de Cortes y Tribunales Superiores de Justicia (JuFeJus) que como tal, lograría con el tiempo, ser la voz firme de las magistraturas provinciales en el concierto de la República Argentina y que al menos en este punto, tuvo gestiones que no pueden ser desconocidas o debilitadas.

¹⁰ Código de Ética Judicial para Córdoba de 2003 y de Santa Fe para el 2003.

¹¹ Código de Ética Judicial de Corrientes, Formosa y Santiago del Estero.

¹² Vide Carlo GUARNIERI y Patrizia PEDERZOLI, *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*, Madrid, Taurus, 1999.

Por otra parte, tampoco era una cuestión totalmente desconocida para el ámbito de América Latina, puesto que también existían ya muchos países que tenían el mencionado instrumento ¹³; pero al paso de lo dicho hay que señalar que en muchos de esos países la mencionada existencia ha sido claramente una etiqueta que propuesta por algún tipo de interés operativo, pero que como tal, quedó frustrado posteriormente. Ello se explica por qué recién luego de sancionado el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial en el año 2006, es donde muchos de los países que ya tenían códigos, tomen una preocupación por volverlos más activos y operativos.

De todas maneras no se puede dejar de señalar, que la existencia de que un Poder Judicial pueda tener dentro de su patrimonio normativo la existencia de códigos de ética judicial, ello no significa que los jueces sean por tal suceso mejores personas o que esté asegurado un comportamiento prevalente. En realidad, la vieja máxima del intelectualismo ético socrático se vuelve a presentar con renovada energía: conocer el bien *-rectius*: conocer la ética judicial porque está registrada en un código- en modo alguno significa que lo bueno *-rectius*: mejores prácticas profesionales- tenga que ser cumplido.

Obviamente que no se puede desconocer que en ciertos poderes judiciales europeos, la cuestión de los códigos de ética judicial resultaba ser una materia, que estaba muy lejos de ser aprobada por la magistratura. Al respecto, recuerdo haber conversado académicamente estos temas con profesores y jueces alemanes, y ellos claramente, no piensan ni siquiera por equivocación, que los jueces deban tener códigos de ética; simplemente piensan que los jueces deben ser éticos, así de simple. En el fondo subyace una tesis anterior, si los asuntos que los jueces resuelven son antes que jurídicos: morales, no se puede explicar en rigor de verdad, que a los jueces las cuestiones de la ética -judicial- y a veces también la general, les resulten indiferentes ¹⁴.

¹³ Por caso Guatemala desde 2001; Honduras, 1993; Panamá, 2002, entre otros.

¹⁴ En rigor concluimos y para decir una palabra de un tema que la filosofía jurídica ha formulado en varias ocasiones, las malas personas no pueden ser jueces. Vide la discusión generada al respecto en Jorge MALEM SEÑA, “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?” en *Revista Doxa* N° 24 (2001), Alicante, pág. 379 y ss. El mismo tema puede ser enfrentado desde una pregunta diferente, tal como lo hace Ángela APARISI

En la República Argentina se genera en tres provincias, a mediados de la década de los años 90 la promulgación vía acordada de sus tribunales superiores la existencia de instrumentos normativos de ética judicial, esto es: códigos de ética judicial. Provincias que ustedes van a sonreír cuando sepan cuáles son, porque no son precisamente sin hacer ningún demérito de ellas, las que mayor prestigio han tenido, en particular en los tiempos en que ello ocurría; pues por caso basta con recordar que la justicia provincial de Santiago del Estero, con independencia de la existencia de dicho Código, fue intervenida en su Poder Judicial en tiempos de la vida democrática de la República Argentina, sólo por indicar un suceso grave en la vida institucional como es, el haber impuesto el estado de excepción precisamente en el ámbito del Poder Judicial.

No hay duda alguna, que con tales cartas de presentación que tenían los códigos de ética en la República Argentina, se había generado climas de predisposición negativa. A ello se suman los no menores sucesos que a finales de los años 90 habían acontecido políticamente, en donde el esfuerzo que la Junta Federal de Cortes de la República Argentina que había llamado a un concurso nacional para la formulación de una propuesta de un Código Modelo de Ética Judicial para la República Argentina y que había sido adjudicado, luego quedó implicado en un entuerto de confusión inexplicable que fue principalmente avivado, por funcionarios de segundo grado y de inevitable mediocridad moral y personal ¹⁵.

Con todo ello por delante entonces, era difícil abonar una tesis de que valiera la pena invertir tiempo y esfuerzo para las cuestiones de ética judicial. Felizmente dicho hecho, en particular el que nos ocurrió a nosotros y que moralmente tanto nos afectó, no llegó a desalentarnos para no avanzar en la propuesta de mejoramiento de la ética judicial. Obviamente que nuestra incorporación posterior al Tribunal Superior de Justicia de la provincia, nos daría más herramientas para avanzar en esta temática;

MIRALLES, indicando “¿Es posible ser íntegro profesionalmente sin serlo personalmente?” (vide, *Ética y deontología para juristas*, Pamplona, EUNSA, 2006, pág. 233).

¹⁵ No podemos ocultar que los triunfadores de dicho concurso nacional fuimos nosotros. El trabajo fue publicado en la Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (Nº 25, enero-julio 2000), Buenos Aires, págs. 79/116. El premio del concurso nunca se cumplió por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el agravio moral tampoco nunca se reparó.

aunque también hay que decirlo: ello sólo pudo ser posible, porque la magistratura de la provincia de Córdoba ya estaba madura para ello.

Comenzada entonces la década del 2000, hay dos provincias que se suman al mencionado proceso evolutivo deontológico; seguramente que siempre impulsadas dichas tendencias, por las Conferencias Iberoamericanas y también la Unión Internacional de Magistrados. Se habían dictado instrumentos normativos y se estaban gestando otros, que incuestionablemente orientaban resultado en este sentido se dicta en Taipei (1999) el Estatuto Universal del Juez, el Estatuto del Juez Iberoamericano en Canarias (2001), los Principios sobre Conducta Judicial (Bangalore, 2002) y que concluirían en la aprobación del Código Iberoamericano de Ética Judicial (Santo Domingo, 2006); todos ellos son instrumentos muy importantes para juzgar la vinculación entre el ejercicio de la jurisdicción y la ética profesional de los jueces.

De esta manera en el año 2002, la Provincia de Santa Fe ¹⁶ y que como conocemos es la más homóloga a la nuestra en no pocas cuestiones, sanciona su Código de Ética Judicial que como tal, si es tomado comparativamente con los anteriores, muestra sin duda alguna, una clara y ostensible mejora no sólo legislativa sino de un trabajo de merituación de cada una de las conductas deseables o virtudes judiciales que como tal, son las reclamadas en cumplimiento a los magistrados. En el año 2003, Córdoba se suma a ese proyecto de propagación codificadora deontológica y se designa una comisión de elaboración y redacción de un anteproyecto de dicho instrumento deontológico ¹⁷ y que permitiría que luego fuera aprobado por el Tribunal Superior de Justicia ¹⁸. En este punto es importante señalar, que una de las mayores fortalezas que dicha Comisión como tal tuvo, fue que recogía los aportes que se podían hacer desde la misma magistratura, puesto que había representantes por el mismo Poder Judicial, otros por el Colegio de Abogados de Córdoba y también otros que lo hacían por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Provincia y finalmente se sumaban también los que provenían como aportes desde la Federación del Colegio de Abogados de Córdoba.

¹⁶ Aprobado por Acta N° 10 de la Corte Suprema de Justicia del 20/3/02.

¹⁷ Acuerdo Reglamentario N° 652, Serie A, del 10/10/02.

¹⁸ Acuerdo Reglamentario N° 693, Serie A, del 27/11/03.

Huelga señalar que esa paleta diversa de interlocutores, sin duda que permitió obtener un resultado deontológico que en primer lugar, era parte de una formulación que naturalmente se asociaba al mismo *ethos* de la judicatura de la provincia de Córdoba y en realidad hay que señalar, que gran parte de los defectos que a veces se pueden generar en la presente materia, es creer que los modelos deontológicos pueden ser migrados de una geografía y por tanto de una cultura jurídica a otra, sin dificultad alguna.

En esa línea se puede apuntar y sin intentar siquiera hacer una hermenéutica de dicho suceso, lo cierto es que la matriz local y propia de la magistratura cordobesa fue la medida de generación de dicho Código y por lo tanto, se intentó en todo momento evitar al menos dos cosas: la primera que no tuviera en su matriz interna y construcción externa, ningún síntoma que se pudiera articular de tachadura de modelo corporativo y hegemónico; puesto que si por algo la mayoría de las veces es juzgado un Poder Judicial -y no sin tener una cuota de razón-, es de tener un fuerte carácter endogámico. Y en segundo lugar, revisar y valorar la totalidad de tantas buenas prácticas que la magistratura local tiene antes de cualquier tipo de formulación ética y por lo cual, señalar que un código no inicia una era de ponderación ética de la magistratura, sino en el mejor de los casos, es el momento en donde se recoge instrumentalmente dicho acervo de buenas prácticas cumplidas inveteradamente por la mayoría de los magistrados.

Tal aspecto fue naturalmente muy importante para que, concluida la labor de la comisión generadora del anteproyecto y dictado el proyecto de aprobación y puesta en vigencia del mismo, la magistratura local no formulara reparos respecto a su insistencia sino que, por el contrario, un conjunto de reuniones y discusiones que se implementaron posteriormente para un mejor proceso de socialización contara con un importante conjunto de adhesiones y con ello, el sometimiento de la magistratura al nuevo instrumento si bien no fue voluntario tampoco, apareció como una irrupción fuerte y violenta.

Posteriormente a su aprobación se procedió a la constitución del Tribunal de Ética Judicial y que para la actualidad lleva tres renovaciones. Cabe agregar y a los efectos de mostrar algunas de las diferencias que lo separan de su próximo de la provincia de Santa Fe, que en rigor de verdad hay que destacar que es la provincia de Córdoba la única que no sólo cuenta con un Tribunal de Ética Judicial -como también lo tiene Santa Fe-,

pero que sin embargo allí, no se puede hacer un control de la cantidad de resoluciones que ha dictado ni tampoco de la frecuencia y continuidad que el mencionado tribunal como tal tiene, con lo cual, para los detractores de los temas deontológicos ello es demostrativo de la inconveniencia de la puesta en marcha de estos temas.

Cabe señalar en este orden de cuestiones que no se nos escapa en modo alguno, que la integración de los Tribunales de Ética Judicial, como tribunales independientes de lo jurisdiccional -como en realidad deben ser-, es una de las cuestiones de mayor complejidad; toda vez que encontrar perfiles de personas que puedan mostrar un historial sin mácula y que además, tengan el ánimo de asumir responsabilidades en dicha materia y que como tal, no son en modo alguno las más sencillas y risueñas; no es seguramente una cuestión menor y fácil.

Desde este punto de vista, la provincia de Córdoba y la magistratura en su conjunto, tuvieron la posibilidad de buscar entre sus magistrados jubilados a uno de sus mejores exponentes como fuera el Dr. Rogelio Ferrer Martínez¹⁹, quien ocupó la presidencia de dicho Tribunal de Ética Judicial por tres períodos, y quien habiendo fallecido recientemente y dejado dicho lugar, seguramente que habrá de implicar mucha dificultad una cobertura de un igual tenor. Sirva entonces el presente escrito, como un homenaje a este querido Maestro de la función jurisdiccional, al que aprendimos a conocer al haber sido ya más de tres décadas atrás su alumno en la Cátedra de Derecho Procesal Civil y luego -quizás veinte años atrás- su empleado, cuando él ocupaba la presidencia del Tribunal Superior de Justicia y nosotros cumplíamos nuestra labor como agente en la Relatoría del Civil y del máximo tribunal local.

¹⁹ En el ámbito de la magistratura el Dr. Rogelio Ferrer Martínez, ingresó al Poder Judicial como escribiente en el año 1951 y de allí en más, realizó una carrera ininterrumpida de ascenso en responsabilidades jurisdiccionales, hasta alcanzar un sillón en el Tribunal Superior de Justicia desde 1984 hasta el 90, y habiendo ocupado la presidencia de dicho cuerpo, durante el año 1986. Posteriormente en 2004 fue convocado para ser el presidente del Tribunal de Ética Judicial y ese cargo, ocupó hasta su fallecimiento. La vida académica tampoco le fue ajena, en la Universidad Católica de Córdoba, ocupó inicialmente la Cátedra de Derecho Natural y luego, ejerció durante varios años la titularidad de la Cátedra de Derecho Procesal Civil. No se puede dejar de anotar, que fue decano de dicha Facultad con gran recuerdo de una gestión altamente constructiva.

Volviendo ahora sobre la importancia de los presidentes en particular y de los miembros en general de los Tribunales de Ética Judicial, no hay ninguna duda, que gran parte de la discontinuidad que la provincia de Santa Fe ha tenido en dicha materia obedece a que definitivamente no es sencillo encontrar en cualquier provincia los perfiles que son deseados para dicho cargo. Caber agregar que nos consta, no ya de Santa Fe, sino de la propia República de Perú, en donde existe desde el año 2004 un Código de Ética, pero que sin embargo no puede entrar en vigencia porque no se pueden individualizar los miembros que al mismo puedan ocuparlo; lo cual como tal, habla de un estado de gravedad de cosas que es incuestionable; mas también, dice de la responsabilidad de quienes prefieren demorar una situación antes que sea ella, una auténtica comidilla burlesca de la ética judicial.

Cabe señalar también alguna otra diferencia con la provincia de Santa Fe respecto de la integración de los miembros de dicho tribunal, en dicha provincia ésta compuesto por un magistrado jubilado, un abogado jubilado y un ministro de la Corte provincial que, como tal, lo preside. Se advierte sin duda alguna, que el peso de la responsabilidad y decisional pasa por su presidente y si bien ello, es naturalmente así, en este supuesto es potenciado por la evidente fase de control que tiene sobre los restantes. Por el contrario, en el caso de Córdoba, se optó por un camino definitivamente más equilibrado. Son cinco miembros -en todos los casos jubilados- y tres de ellos provienen de la magistratura y dos del foro local, a ese efecto, se respetan espacios institucionales desde donde provienen cada uno de ellos, a saber: los magistrados, uno es por el Tribunal Superior de Justicia y los otros dos por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Provincia; por los abogados, uno por el Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba y el restante, por la Federación de Colegios de Abogado de la provincia. La elección del presidente depende de la votación de sus propios miembros.

Con la mencionada integración se puede advertir, que se ha intentado dejar a total cuidado, que el Tribunal Superior de Justicia ningún grado de interferencia tiene sobre el Tribunal de Ética y por lo cual, éste asume toda la transferencia de competencia deontológica que existía en el alto cuerpo para canalizar eventualmente por la vía disciplinar los mencionados capítulos.

En ese marco no menos problemático, cabe destacar que el Tribunal de Ética Judicial, no se confunde con el mencionado Tribunal Administra-

tivo o de sumarios administrativos -tal como se nombra- en el ámbito del Poder Judicial. Tal aspecto sin duda, que es una de las mayores dificultades que se presentan a la hora de tener que plantear la existencia de tribunales deontológicos, puesto que por definición no resulta del todo fácil de admitir que más allá de los defectos administrativos y que quedan atrapados por el derecho disciplinar de la institución judicial, lo que existe es un conjunto de prácticas que son de un tenor diferente y que no tienen por qué ser deformadas como fallas disciplinarias o administrativas puesto que su núcleo ontológico en que se está cumpliendo con una conducta que deviene primariamente impropia para el comportamiento que un estándar corriente y razonable de la magistratura al menos, pondría bajo un manto de incertidumbre en su realización ²⁰.

Quizás ello pueda ser mejor entendido si se tiene a la vista, que la instancia deontológica acorde con lo previsto en la regla 5.1, concluye o con una recomendación (5.1.1) y que es definitiva no se le debe atribuir otra consistencia que la de una orientación para que la persona que resulta recomendada, tenga un alejamiento, cese u abstención de aquella conducta o situación que aparece al menos *prima facie*, como de una entidad cuestionable o dudosa. Puede también, si la situación por el contrario tiene algún grado que pueda ser reconocido por el Tribunal de Ética como de una mayor complicación, que exista además de la misma recomendación indicando el mencionado cese la realización activa de la situación o conducta, que sea elevada la mencionada causa al conocimiento del Tribunal Superior de Justicia para que, atento a la mayor gravedad que ha sido anunciada por el Tribunal de Ética, pues que proceda a instruir la investigación por la vía disciplinaria (5.1.2) o eventualmente formule la denuncia ante el jurado de enjuiciamiento si la gravedad así lo autoriza.

Como se podrá indicar con precisión luego, pero ahora al menos hay que destacar que se han dictado aproximadamente 170 resoluciones y posiblemente no superen el 25% las que han tenido algún tipo de recomendación, adelantándose que la mayoría de ellas han sido del tipo simple; con lo cual se quiere poner en evidencia que ha primado en todo

²⁰ Puede consultarse a tal efecto, el excelente artículo de Domingo SESIN, "Responsabilidad disciplinaria de los jueces" en *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Buenos Aires, Ábaco, 2006, t. I, pág. 653 y ss.

momento –tal como corresponde a todo tribunal- un criterio de mucha responsabilidad tanto por parte de quienes pueden llevar adelante la denuncia y que el Tribunal de Ética no se ha convertido en una especie de camándula de abogados dispuestos a perturbar el estado de tranquilidad que los magistrados precisan para cumplir con su función; sino en realidad han advertido la importancia de un instrumento que colabora para que la sociedad tenga la confianza que todo ciudadano debe tener en sus jueces ²¹, por los actos morales que ellos cumplen, sean los mismos en el espacio de lo público de su función, como de los privados con trascendencia pública. No se han visto situaciones en donde pueda decirse, que los abogados se han abusado de la instancia deontológica.

Las denuncias se pueden generar tanto por abogados litigantes como por ciudadanos, aunque directamente -de oficio- el mismo Tribunal de Ética puede advertir una situación que resulta alarmante y por ello, provocar una investigación al respecto. La totalidad de las vías indicadas han sido utilizadas, o sea que ha habido, particulares que han denunciado, magistrados que lo han hecho a otros colegas, el Tribunal Superior que ha formulado un número considerable de denuncias de situaciones que conoce por la competencia general de la superintendencia de dicho poder del Estado y también han habido casos de tanta repercusión, que el Tribunal ha decidido intervenir de oficio. A los efectos de involucrar de mayor manera al ciudadano en la temática de la ética judicial, existe un micro sitio en la web del Poder Judicial -www.justiciacordoba.gov.ar- en el cual, se puede encontrar un modelo de denuncia, para que las personas no expertas en la materia puedan rellenar los espacios con el supuesto fáctico ha ser denunciado; de tal manera, que ningún ciudadano pueda decir que no sabe cómo denunciar.

Cabe precisar que no se ignora que en sociedades como la nuestra, donde el espíritu querulante y denunciativo sin razón tiene una presencia importante, la puesta en marcha de tanta comodidad por decirlo de alguna manera, a la instancia de la denuncia podía desembocar en una situación irrefrenable en donde las disputas personales y los naturales rencores por resoluciones adversas, pues que trajeran una retahíla de denuncias asenta-

²¹ Vide Carlos ROSENKRANTZ, “Confianza en el derecho” en *Confianza y derecho en América Latina*, México, F.C.E., 2009, pág. 100 y ss.

das en tales hechos. Felizmente la praxis desmiente ese supuesto y evidencia una cuota de natural responsabilidad de los ciudadanos y abogados.

El Código de Ética, esto también es bueno decirlo, no tiene ningún grado de instancia de apelación. La resolución que es dictada tiene la característica de ser ella irrecurrible. Esto, indudablemente que cierra, al menos desde nuestras instancias propiamente procesales, un circuito que desde la misma teoría procesal prudentemente cree que toda resolución debería tener, como es, al menos una referencia posterior de reanálisis y consideración.

Sin embargo, la voluntad del espíritu del código en esta materia ha sido justamente, la de evitar hacer de una resolución deontológica una cadena de instancias procesales; sobre la base no menor, que la resolución que se dicta y tal como se ha dicho, lo único que implica es una recomendación a que el magistrado implicado considere que la conducta por la cual se lo ha denunciado, a juicio del Tribunal resulta impropia e incompatible con el ejercicio de la magistratura y por ello debe abandonar o cesar en ella, y si el agotamiento es deontológico no resulta imprudente, que no se le apliquen las formas procesales de toda otra resolución que con independencia del fuero en donde se cumpla, es de tipo jurisdiccional. No hemos tenido, y esto habla con un crédito favorable a la magistratura local, ningún tipo de instancia recursiva o de declaración de inconstitucionalidad por parte de los recomendados o por alguna otra persona a este esquema procesal del Tribunal de Ética.

Cabe también señalar que las mencionadas denuncias tienen un régimen muy particular para su conformación procesal; y ello se funda en la no menor suposición que cada causa deontológica tiene una entidad diferente. Motivo por el cual no hay un trámite previsto en forma definitiva bajo el ropaje acaso de un juicio ordinario, abreviado o ejecutivo; sino que la causa se recibe y el Tribunal pondera acorde con la gravedad, entidad, trascendencia u otras razones, el tipo de trámite adecuado para esa causa. Esto ayuda a comprender la materia procesal propia al *factum* de que se trata; ello se explica no sólo en la individuación del supuesto fáctico al trámite sino porque, al ser la supuesta conducta impropia de naturaleza moral se impone que existe un mayor énfasis para su cese, y además darle también al código una función de naturaleza preventiva. Los códigos, los tribunales deontológicos tienen ese marco, fundamentalmente preventivo.

Hasta aquí hemos realizado si se quiere, una exposición de tipo descriptivo acerca del Código de Ética Judicial de la Provincia de Córdoba.

En lo que sigue, haremos algunas aportaciones desde la materia operativa de lo que significa para una magistratura el asumir los temas de la ética judicial con un compromiso de vitalidad y no meramente desde la teoría.

Otra cuestión que es interesante señalar, está en presentar la manera mediante la cual, el Código ha sido implementado a la magistratura local; y que en realidad podía tener dos formas de ser operativizado: sometimiento voluntario u obligatorio. El camino seguido ha sido el último de los indicados. No podemos ahora repasar las razones aprobatorias o no, que se dan para cada uno de estos modelos y que parecen casi inacabables; mas lo que no podemos soslayar es una afirmación que mucho se repite dentro de los poderes judiciales como es que los magistrados en realidad están sometidos sólo a la ley, y nada más que a ella.

Tal tesis llevada al campo que ahora nos importa, implicaba la no vinculatoriedad del código de ética, por dicha ausencia normativa y con ello, la natural resistencia por la magistratura. Y si bien ello era una hipótesis posible, tal como se ha indicado, la magistratura local ha estado a la altura de un compromiso moral en su ejercicio y aun cuando puedan tener resabios de molestia por el Acuerdo del Tribunal Superior de Justicia, mediante el cual se impone éste a la totalidad de magistrados, jueces y funcionarios del Poder Judicial y al respectivo instrumento mediante el cual, el Ministerio Público de la Provincia extiende dicho código a dicho ámbito penal; pues lo cierto es que no ha habido cuestionamiento jurisdiccional alguno²².

Quizás porque quien lo haga, tenga que asumir en su espalda la responsabilidad de haber destruido el esfuerzo por hacer un salto de calidad en la magistratura y optimización de transparencia institucional en el cual, salvo quien sea, la magistratura local está claramente imbuida y dispuesta a custodiar.

IV. La construcción de la ética judicial por la magistratura

La proposición del tema es desde ya complicada, porque no se puede soslayar que existen una gran cantidad de supuestos intelectivos que se

²² Acuerdo N° 745, Serie A, 21/12/04.

dan como resueltos en la práctica judicial diaria, pero sin embargo no es del todo claro que siempre sea así. Por lo pronto, todos nosotros presuponemos que hay una relación armoniosa entre la ética y los poderes judiciales o entre ella, y la comunidad de magistrados; cuando en realidad -y en una apreciación que puede ser equivocada- se trata de una relación altamente dificultosa, o lo que podríamos decir de un equilibrio inestable que se rompe con un soplo y que por ello, nos lleva siempre a estar en un estado de mucha inquietud.

En realidad nos parece que la forma en que se ha sorteado dicha tensión hasta el momento presente, y es lo que sin duda, que podríamos señalar como un crédito importante para el Poder Judicial de Córdoba; aunque para ser francos, reconocemos ello, sólo como una cuestión precaria para ser coherentes con nuestro natural pesimismo racional frente a muchas instancias del Poder Judicial. Nos preocupamos de marcarlo de esa manera porque, insistimos que cualquier viento fuerte termina con esto, porque todavía no ha logrado percibirse desde la magistratura en todo su conjunto, que no se trata de imposiciones que desde el poder vertical del Poder Judicial se quieran imponer, como así tampoco, son reflexiones operativas que desde la teoría académica se han instalado machaconamente en la vida judicial; pues todavía la ética judicial está siendo vista más como yuxtaposición que como consustancialidad a la magistratura y por lo cual, la falta de enraizamiento en los jueces de lo que, para otros es su naturalidad, habla de la precariedad misma del modelo ²³.

Es decir que en el Poder Judicial de Córdoba, en el cual hace 32 años que trabajo, habiendo atravesado verticalmente casi la totalidad de sus estamentos profesionales; he aprendido a saber cómo piensan los jueces que, definitivamente, no es lo mismo la manera en cómo dicen lo que piensan. Por defecto de integrar dicha comunidad y siendo crítico de ella en muchos aspectos, he logrado percibir cuanta estratagema existe a veces en algunos de ellos, para que entre el decir y el hacer, exista un espacio de territorio vital que queda oculto y por lo cual, los capítulos deontológicos en general resultan de fuerte desagrado. Es posible sin duda, que otros poderes judiciales sufran de la misma situación de reserva; por

²³ Nos hemos detenido en alguna medida en este discurso en nuestro libro *Códigos de ética judicial. Discusión, realización y perspectiva*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

lo cual a veces es importante conocer, ¿si no será acaso uno mismo, quien está mirando el mundo desde la ventana equivocada? Quiera que no.

Adentrándonos en alguno de los capítulos principales pues que nos parece primero, que no se puede desconocer que existe una pertinencia epistemológica muy importante para la presencia de los temas de la ética dentro de la magistratura. Si nos ubicamos acaso frente al gran tema que toda magistratura que se sienta mayor de edad debe afrontar con total profundidad como es, el de la independencia judicial, cabe reflexionar al paso del mismo, que en realidad no es otra cosa que una muestra externa y dinámica de la misma ética judicial.

Por ello es una pena a veces, que se hagan esfuerzos desde ya importantes por enfrentar los problemas de la falta de independencia judicial con olvido de la ética judicial; pues no desconocemos que la magistratura de Córdoba, quizás en menor medida que la de otras provincias argentinas o de la Justicia Nacional, está cuestionada por su falta de independencia y contener focos tempranos de corrupción o de estadios de amiguismos judiciales de evidente compromiso con la imparcialidad como tal, todo ello como lo dijéramos públicamente en el acto de Apertura del Año Judicial 2007 bajo nuestra presidencia el cuerpo ²⁴.

Lo cierto es que los jueces siempre han mirado estos temas de la ética de la función judicial con mucha liviandad o con suma desconfianza. Y en realidad si uno mira a la distancia las magistraturas en general y su compromiso con la realización de una eticidad vital, habrá de advertir primero, que los magistrados en muchos casos son hombres de conductas erráticas -no sólo en sus fallos- sino en lo que ahora nos importa en el ámbito estrictamente personal de su vida, pero que como tal, teniendo ella una evidente trascendencia pública. Huelga destacar, que ello se potencia en una manera notoria por la función que ocupan, de seguro que si su función no fuera social, su compromiso no fuera ciudadano y su respon-

²⁴ En dicha ocasión sostuvimos que “*Está en nosotros -los jueces- que los edificios que son Palacios de Justicia erguidos y modernos, no tengan ruina de legitimación de sus habitantes. En las cosas de la justicia no todos los caminos dan lo mismo, existen algunos que, aunque tentadores, son intransitables. Ello corresponde no olvidarlo, nuestra intransigencia a tales opciones es plena, ciega, sorda y muda. Podemos aceptar disculpar al ignorante pero jamás amparar al corrupto*” (vide en Revista Zeus, N° 238 (3/4/07), pág. 229).

sabilidad de vida no comprometiera la libertad, patrimonio y disposición de otras personas, los aspectos comentados podrían ser claramente minimizados o incluso, olvidados.

Sin embargo ello no es posible, porque quienes están en juego son este conjunto de personas a quienes la sociedad les ha encomendado una responsabilidad que como tal, excede el solo hecho de tener competencias profesionales o científicas. Pues en el fondo, nadie aspira a ser juzgado por una mala persona sino por aquella que en términos generales se pueda predicar que es buena, además de formada profesionalmente y por ello es que la ética no es una cuestión añadida a la vida judicial sino congénita a ésta.

Mas por ello así, es que dicen los magistrados que los temas de ética les interesan mucho. Es decir, que están realmente preocupados por alcanzar una magistratura mejor en términos de calidad ética, pero en realidad lo cierto, es que no están muy dispuestos a hacer ningún sacrificio para abonar el tema de la ética judicial. Salvo que nosotros debamos considerar que un sacrificio es -y es que posible que lo sea-, el no haber interpuesto una acción de inconstitucionalidad en contra del Código de Ética o de nulidad en contra de alguna resolución adversa; porque en realidad, fuera de eso, no se advierte un movimiento que mediante el cual la magistratura institucionalmente tome un compromiso con los temas, habiendo por el contrario, esfuerzos ostensibles desde la individual de cada quien por hacer las cosas en este campo mejor.

Disculpen Uds. colegas académicos, muchos también, exitosos abogados del foro local que sea tan severo con la magistratura pero, en realidad, la licencia y la imposición que nos acuerda ocupar el lugar que tenemos en el Poder Judicial de la provincia, es justamente para decir con libertad estas cosas y no hacerlo en el ámbito que corresponde, es no hacer algo efectivo para que las cosas que no están del todo bien dejen ese estado de debilidad para tener fortaleza plena.

La otra cuestión que queremos agregar y que en modo alguno es menor, se trata de una suerte de autoconvencimiento que la magistratura tiene, respecto a que considera que para ella, los temas vinculados con los problemas que concita un código de ética como la ética misma, son redundantes. Esto es, no es que los desprecien, sino que existe un convencimiento que le son familiares, asumidos en la práctica y por lo cual, con un empoderamiento evidente por tal colectivo profesional. El magistrado tiene la impresión, siempre en la generalidad que corresponde ha-

blar, de que los jueces son ya naturalmente personas éticas. Es decir, que tienen esta ilusión entre óptica y psicológica de que cuando se accede - por concurso o por cooptación- del estado no togado a togado, hay alguna fuerza celestial extraña que lo ilumina de tal manera, que lo convierte en una persona que tiene ciertas condiciones morales desde allí innatas ante la vida; lo cual está claramente desmentido por todo lo que nosotros conocemos a diario.

También señalaría que la manera de acceder a todos estos problemas, es primero trabajando fuertemente en que la magistratura debe mirar con una perspectiva diferente la vida de una sociedad políticamente democrática, y que podríamos decir que es una aspiración que institucionalmente todos hemos deseado desde hace muchos años y que hoy está claramente definida. Nos parece que ninguno de nosotros podría pensar en vivir fuera de la democracia, y creemos también que todos jueces compartimos eso. Sin embargo, lo que a veces no todos los jueces comparten, es admitir que el vivir en un ámbito políticamente democrático y moralmente plural, no hace resignar que los marcos referenciales de una requisitoria de vida ética sea un sometimiento desmedido o un adorno a la magistratura que sólo vale como referencia estética.

Ello justamente es lo que habrá de permitir la convivencia adecuada en una moral plural, y que no es precisamente el ámbito del relativismo ético, sino el aseguramiento de que si bien hay que bajar ciertos umbrales de intolerancia moral frente a los que piensan y viven diferente a nosotros, a los fines de asegurar una convivencia plural²⁵; hay límites que no se pueden despreciar y debe haber alguien que tenga suficiente ejemplaridad para ello, por caso los jueces²⁶.

²⁵ Recuerda el magnífico Tvetan Todorov aportes del pensamiento ético de Adam Smith cuando señala que “¿Cuál es la meta que se persigue en una vida, en qué consiste esta mejora de nuestra condición a la cual todos aspiramos? ‘Que nos observen, que se ocupen de nosotros, que nos presten atención con simpatía, satisfacción y aprobación: ésas son todas las ventajas a las que podemos aspirar’. Que nos tomen en consideración es ‘la esperanza más amable’ y a la vez ‘el deseo más ardiente de la naturaleza humana’; nadie puede permanecer indiferente al atractivo del reconocimiento público (...). A su vez la ausencia de consideración, es el peor de los males que podemos sufrir: ‘Todos los males exteriores son fáciles de soportar, en comparación con el desprecio’” (La vida en común, Buenos Aires, Taurus, 2008, pág. 36).

²⁶ Vide Javier GOMÁ, *Ejemplaridad pública*, Madrid, Taurus, 2010.

Por todo ello, en la misma manera que la magistratura debe insistir sobre un reconocimiento de vivir en un ámbito de una ética de mínimos, que presupone esos zócalos duros que todos compartimos y por lo cual, no le podemos requerir a los jueces una moralidad de máximos y por lo tanto rigurosa y estricta²⁷, sino sólo la que un código de ética como el de Córdoba ha dispuesto sobre el mismo *ethos* judicial y por lo tanto, recuperando las mejores prácticas profesionales que ya tienen suficiente estacionamiento en la vida judicial en la mayoría de actos y en la misma proporción en el colectivo judicial.

Creemos también que los códigos de ética ayudan de muchas formas a asegurar no solamente la transparencia y la previsibilidad, sino también, a reflexionar por este camino a un tema que está un tanto olvidado en las prácticas judiciales como es el tener presente, que los jueces no están juzgando solamente problemas jurídicos, sino que por definición, los jueces resuelven problemas morales con instrumentos jurídicos. El Poder Judicial no se puede seguir confortando con decirse que es independiente, imparcial y ecuánime, sino que, tiene que colocar la totalidad de dichas virtudes judiciales de primer rango en una sintonía activa para que a partir de ella, se pueda visualizar una cierta aptitud para la *gubernamentalidad moral de los problemas judiciales*²⁸, que como tal, se le habrán de presentar cada vez con más frecuencia.

Y esto me parece que es una definición interesante. En nuestro parecer, y con los riesgos del desatino, apreciamos que cuando un juez está resolviendo un pleito en verdad lo que hace, es utilizar instrumentos y categorías jurídicas -sustanciales y procesales- para responder a un problema que antes debe ubicarse como uno de tipo moral y que por las razones que sea, ha degenerado en jurídico y finalmente en judicial; pero su origen es moral. Si el contrato se hubiera cumplido y la fiducia hubiera existido, el fenómeno jurídico no existiría y esto a veces, no es suficiente-

²⁷ Vide Adela CORTINA y Emilio MARTÍNEZ, *Ética*, Madrid, Akal, 1998.

²⁸ El concepto de “gubernamentalidad” no hay duda que es foucaultiano, y en él se vincula una clara definición de biopolítica y que sin duda, son los perfiles todavía no reconocidos pero existentes de la corporación judicial y por ello, la importancia del asiento moral de ellos (confr. Michel FOUCAULT, *Tecnologías del yo y otros textos afines*, Barcelona, Paidós, 1990; Judith REVEL, *Diccionario Foucault*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2009, pág. 75 y ss.).

mente bien visto por lo jueces y por ello, las respuestas que se concluyen brindando desde lo puramente judicial técnico, poco ayudan a los espíritus desasosegados de los justiciables, quienes han tenido un infortunio moral antes que judicial.

Por otra parte también hay que agregar, que los jueces también, deben trabajar sobre el esquema del mejoramiento de la legitimación moral. Gran parte de la vida institucional de los jueces pasa por una legitimación de tipo institucional-científico. Es decir, la persona rinde un determinado concurso, en él se habrán de ponderar sus antecedentes, sus méritos científicos, pero a la sociedad y al conjunto de abogados litigantes, no sólo les interesa que haya una calidad de legitimación científica, sino que también aspiran a la concreción de otra de tipo moral.

Más cuando está claro que la sociedad no ha elegido por ninguna vía democrática a los jueces. Pues justamente por esto último, el mencionado extremo tendría que tener en principio una evidencia incuestionable en dichas ponderaciones, porque la falta de legitimación democrática que tiene la institución Poder Judicial, y a lo que se suma una perdurabilidad en el cargo mientras dure la buena conducta y un marco de irreductibilidad de sus remuneraciones, hacen que la ponderación ética no sólo que tendría que ser llave para el ingreso a la carrera, sino un faro de atención constante en todo tiempo y bajo un sometimiento riguroso a todo comportamiento moral, con independencia de cualquier código existente o no.

En nuestra opinión, los jueces tienen una imagen distorsionada de lo que la sociedad cree de ellos. Muchas veces creen, que siendo jueces son por ello mismo: éticos, pero la imagen social que hay de la magistratura no es precisamente de ese fuste sino todo lo contrario²⁹. A ninguno de nosotros se nos escapa, que los jueces en ocasiones llenan las tapas de los diarios por comportamientos rayanos en la conducta no ética, para no decir acerca de las cuestiones claramente criminales o delictuales. En esta profesión de juez, como cualquier otra que tiene un fuerte carácter paradigmático social, basta que sólo un caso sea indudablemente negativo para traer una consecuencia del mismo tenor, sobre todo del conjunto.

²⁹ Vide nuestra contribución intitulada “Gubernamentalidad moral de los jueces” en Boletín de la *International Judicial Academy* (abril 2011). Disponible también en <http://www.ijaworld.org>

Entonces, conviene reiterar por qué vale la pena un Código de Ética en este marco. Primero, porque ellos no hacen a los poderes judiciales definitivamente mejores, no generan una suerte de interversión del título, pero sí permiten que se puedan generar pautas orientativas para todo el conjunto y con ello, un evidente mejoramiento colectivo. Es decir, se crean ciertos tópicos éticos que los magistrados pueden tener a la vista para evitar caer en conductas que aparecen como impropias. Nos parece que esa es la noción que atraviesa la ética judicial: el prevenir y orientar acerca de la existencia de conductas impropias.

Reiteramos que aquellas otras que excedan el mencionado marco deontológico y por lo tanto, no sean éticas, serán tomadas por los ámbitos disciplinarios, por los ámbitos criminales o incluso bajo la responsabilidad política que corresponde. Pero las conductas que están en el borde, próximas, y que generan una afectación social a la magistratura porque existe antes, una suerte de creencia natural en el *ethos* profesional de los magistrados, son de las cuales el código se ocupa y el Tribunal de Ética de hacer cumplir. Se puede agregar, que muchas de las conductas impropias, son cometidas en una forma ingenua o casi inadvertida por los propios jueces.

Por lo tanto, es que los Códigos de Ética ayudan a que un magistrado pueda tener una visión más clara acerca de ese *ethos* profesional que va a señalar criterios de buenas prácticas. Los Códigos de Ética, en todos los casos, se construyen sobre criterios de buenas prácticas profesionales.

V. Muestreo de resultados deontológicos: 2004-2010

A lo extenso de los seis años de vigencia del Código de Ética Judicial, los resultados son ponderables como valiosos; no en función de que existan muchas o pocas resoluciones con sanciones deontológicas, sino porque se ha asegurado *ad intra* del Poder Judicial y *ad extra* del mismo, la existencia y respeto de dicha instancia ética; lo cual ha convertido al Poder Judicial de Córdoba en uno de los pocos en Iberoamérica que ha consolidado la mencionada actividad en el amplio marco, de las buenas rutinas judiciales.

Como corresponde a cualquier ámbito jurisdiccional y más aún cuando se trata del juzgamiento de los comportamientos morales que los jueces y funcionarios tienen; sin duda que es la entidad de los casos resuel-

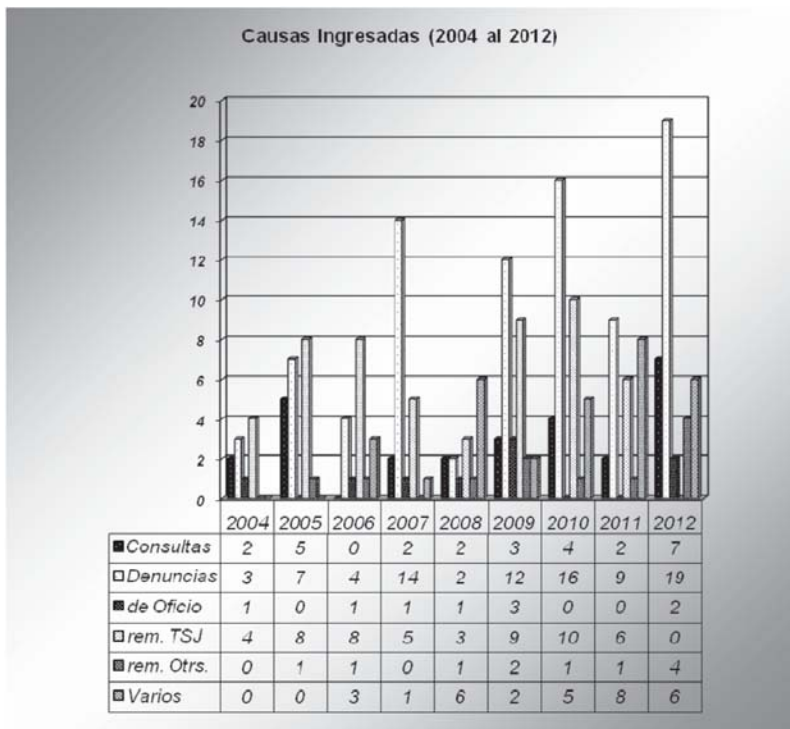
tos lo que nos permite conocer, el nivel de seriedad y preocupación que por dicho tema existe en la sociedad civil.

Proponemos los siguientes cuadros que destacan el derrotero de lo que venimos puntualizando ³⁰, en el N° 1 hacemos un muestreo por año y segmentación de causas ingresadas al Tribunal y en el N° 2 destacamos la especie de reglas que han sido inobservadas en el período 2004/2012 según la calificación formulada por el Tribunal de Ética Judicial en el mismo período. En el N° 3 se indican los sujetos pasivos de las diferentes resoluciones y tipos de ellas que han sido impuestas.

V.1. Cuadro N° 1

Estadística de causas ingresadas (Periodo 2004 al 2012)										
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	<u>Total</u> <u>periodo</u>
CONSULTAS	2	5	0	2	2	3	4	2	7	27
DENUNCIAS	3	7	4	14	2	12	16	9	19	86
ACTUACION DE OFICIO	1	0	1	1	1	3	0	0	2	9
ACTUACION POR REMISION DEL T.S.J.	4	8	8	5	3	9	10	6	0	53
ACTUACION POR REMISION DE OTROS ORGANOS JUDICIALES	0	1	1	0	1	2	1	1	4	11
VARIOS	0	0	3	1	6	2	5	8	6	31
TOTAL DE CAUSAS INGRESADAS POR AÑO	10	21	17	23	15	31	36	26	38	<u>217</u>

³⁰ La autoría en el relevamiento de los datos y que hemos consignado en los cuadros del presente estudio, corresponde a la Oficina de Ética Judicial a cargo del Ab. Ricardo Álvarez y con la colaboración del Ab. Claudio Nieri, a quien mucho agradecemos el habernos facilitado dicho material ilustrativo.



V.2. Cuadro N° 2

Reglas funcionales y sociales inobservadas al aplicarse medidas correctivas (de 2004 a 2012)

A) Funcionales

Independencia (6)

- 3.1: Ejercicio de las competencias y funciones. **Res. N° 70/09 y Res. N° 145/12.**
- 3.3: Intromisiones susceptibles de alterar el desenvolvimiento del Poder Judicial. **Res. N° 60/08**
- 3.4: Solicitudes ante magistrados o Funcionarios en los procesos en que intervienen. **Res. N° 60/08; Res. 70/09 y 145/12.**

Imparcialidad (10)

- 1.3: Pronunciamiento con sujeción a las normas. **Res. N° 136/11 y Res. N° 164/12.**
- 3.5: Actitud imparcial. **Res. N° 35/06, Res. N° 99/10; Res. N° 70/09 y Res. N° 164/12.**
- 3.6: Trato equidistante. **Res. 99/10 y Res. N° 164/12.**
- 3.7: Interés propio en el proceso. **Res. N° 142/11 y Res. N° 164/12.**

Dedicación (9)

- 1.1: Jueces confiables. Dedicación plena a la magistratura como servicio y contracción a la labor judicial. **Res. N° 145/12 (dos)**
- 3.9: Dedicación comercial. **Res. N° 140/11**
- 3.9: Funciones compatibles con la magistratura en la medida que no afecten la función. **Res. N° 156/12.**
- 3.10: Plena dedicación funcional. **Res. N°70/09; Res. N° 136/11; 145/12 (dos) y Res. N° 156/12.**

Diligencia (3)

- 3.12: El magistrado cumple su actuación en los tiempos y formas que las normas establecen. **Res. N° 142/11; Res. N° 145/12 y Res. N° 156/12.**

Prudencia y equilibrio (7)

- 3.13, 1^{er} párrafo: Deliberación prudente y equilibrada. **Res. N° 35/06 y Res. 83/09.**
- 3.13, 2^o párrafo: Adelanto de opinión. **Res. N° 10/05; Res. N° 67/09 y Res. N° 99/10.**
- 3.13, 2^o párrafo: Referirse a la controversia en circunstancias que muevan a suspicacias o lo expongan a recomendaciones. **Res. N° 143/12 y Res. N° 164/12.**

Reserva (8)

- 3.14: Reserva de los asuntos en que intervienen. **Res. N° 69/09, Res. N° 99/10; Res. N° 111/10; Res. N° 146/12 y Res. N° 164/12.**

- 3.15: No confrontación pública de las resoluciones. **Res. N° 10/05; Res. N° 69/09 y Res. N° 99/10.**

Probidad (13)

- 3.16: Decoro -seriedad y honestidad-. **Res. N° 8/05, Res. N° 13/05; Res. N° 91/09; 145/12 (dos); Res. N° 149/12 y Res. N° 162/12.**
- 1.1: Jueces confiables. **Res. N° 164/12.**
- 1.4: Comportamiento ejemplar. **Res. N° 145/12; Res. N° 149/12; Res. N° 162/12 y Res. N° 164/12.**

Endeudamiento no razonable

- 3.19: **Res. N° 55/07**

B) Sociales

Buen trato (10)

- 1.1: Trato mesurado y afable con los justiciables. **Res. N° 149/12.**
- 4.1: **Res. N° 7/05; Res. N° 13/05; Res. N° 19/05; Res. N° 15/05; Res. N° 35/06; Res. N° 59/08; Res. N° 89/09; Res. N° 113/10 y Res. N° 121/11.**

Asistencia (1)

- 4.2: **Res. N° 70/09**

Dignidad (16)

- 4.3: **Res. N° 5/04; Res. N° 8/05; Res. N° 12/05; Res. N° 19/05; Res. N° 37/06; Res. N° 50/07; Res. N° 79/09; Res. N° 92/09; Res. N° 99/10; Res. 113/10; Res. 121/11; Res. N° 134/11; Res. N° 146/12; Res. N° 149/12; Res. N° 162/12 y Res. N° 164/12.**

Por actuación privada con trascendencia pública: **Res. N° 5/04; Res. N° 8/05; Res. N° 19/05; Res. N° 37/06; Res. N° 79/09; Res. N° 113/10 y Res. N° 162/12.**

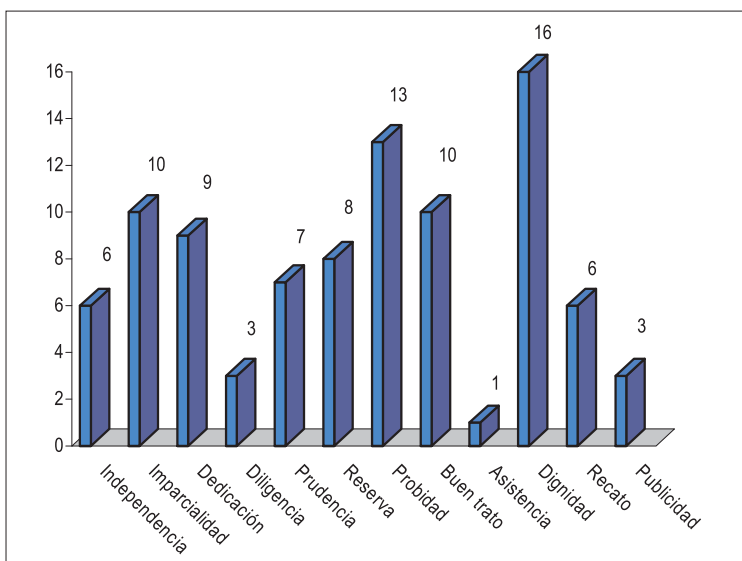
Recato (6)

- 4.4: **Res. N° 7/05; Res. N° 11/05; Res. 12/05; Res. N° 92/09; Res. N° 99/10 y 143/12.**

Publicidad (3)

- 4.5: Exceder los límites de lo indispensable para satisfacer el interés público. **Res. N° 143/12; Res. N° 146/12 y Res. N° 164/12.**

Estadística de Reglas Inobservadas desde 2004 a 2012



V.3. Cuadro N° 3

Medidas correctivas aplicadas por el TEJ (2004 a 2012)

El TEJ ha dictado en total 166 resoluciones generales al 18/12/2012 (No se contabilizan las referidas a las consultas realizadas) y aplicado recomendaciones a 56 magistrados y funcionarios judiciales en 39 causas.

A) **Las simples recomendaciones fueron 37.**

- Jueces: 20 (Cámara: 10 - Primera Instancia: 10)
- Ministerio Público: 5 (Fiscal Adjunto: 1 - Fiscal de Instrucción: 4)
- Asesores Letrados: 2
- Secretarios: 7
- Prosecretarios: 2
- Médicos forenses: 1

B) **Las recomendaciones con elevación al T.S.J., a los efectos de su ponderación y resolución en el marco de las facultades constitucionalmente asignadas, fueron 19.**

- Jueces: 8 (Cámara: 5 - Primera Instancia: 3)
- Ministerio Público: 6 (Fiscales de Cámara: 2 - Fiscal de Instrucción: 4)
- Asesores Letrados: 2
- Secretarios: 1
- **Prosecretarios: 1**
- **Médicos Forenses: 1**

COBERTURA DE LA CONTINGENCIA SOCIAL Y LOS SERVICIOS DE SEGUROS ARGENTINOS. EN LAS RELACIONES LABORALES LA CORTE SUPREMA HIZO LO QUE DEBIÓ HACER EL PARLAMENTO ARGENTINO ¹

por RAÚL ENRIQUE ALTAMIRA GIGENA ²

SUMARIO: I. Presentación del tema. II. Derecho a la estabilidad. III. Protección ante el despido. A. La estabilidad del empleado de empresas privadas. B. Estabilidad del empleado público. IV. La solidaridad en el contrato de trabajo. V. Corrimiento del velo de la personalidad jurídica. VI. Inconstitucionalidades de la L.R.T. VII. El modelo sindical. VIII. Convenios colectivos fuente de derecho extra estatal. VIII. Facultades de inspectores de Autoridad Administrativa del Trabajo. IX Cooperativas de trabajo. X. Participación en las ganancias. XI. Conclusión.

I. Presentación del tema

“La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal” (art. 1º), “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución” (art. 22) y corresponde al Congreso Nacional promover las reformas de la legislación vigente en todos sus ramos (art. 24).

Repitiendo a Guibourg, este trabajo no se habría planteado, ni la norma sería la que es, si el país no hubiera sufrido largos períodos inflacionarios, matizados por algunos picos de depreciación monetaria, y *si las reacciones legislativas frente a tales fenómenos hubieran sido algo menos espasmódicas* ³.

¹ Conferencia pronunciada en sesión ordinaria el 11 de junio de 2012.

² Académico de número.

³ Voto en el Plenario N° 298, “Brandí, Roberto c/ Lotería Nacional S.E.”, 5/10/2000.

En la generalidad de los países, el magistrado integra uno de los poderes del Estado: el Judicial, independiente de los otros dos poderes, Legislativo y Ejecutivo. Su función *es aplicar* la norma en los casos concretos de conflicto, para preservar la efectiva vigencia del derecho, podrán ser entre particulares o con el Estado; por ello, además de aplicar la norma debe también resolver si en alguna de ellas es procedente. Simultáneamente, el Congreso Nacional no puede conceder a los otros poderes facultades extraordinarias, ni otorgarles las que exclusivamente le corresponden, porque actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable.

Por la Constitución es facultad del Congreso Nacional dictar los códigos del Trabajo y de la Seguridad Social, *siendo su aplicación* competencia de los tribunales federales o provinciales según que las cosas o las personas cayeran bajo su respectiva jurisdicción (art. 75 inc. 12).

De lo expuesto surge que las materias que serían propias de un código del trabajo, son competencia exclusiva y excluyente del Congreso Nacional, correspondiendo al Poder Judicial su aplicación, los magistrados no pueden ejercer funciones legislativas.

Desde el funcionamiento del Congreso Nacional se ha demostrado que el tratamiento de las leyes del trabajo no ha preocupado adecuadamente a los legisladores, sea por el escaso debate parlamentario o la demora excesiva en actualizarla. La anomalía se ha manifestado claramente desde el año 2004, a partir del cual se dictaron pronunciamientos judiciales por la carencia legislativa, o por su redacción confusa o por lo retrógrado de ella.

La aplicación de las normas jurídicas depende en gran medida de su *interpretación*; aplicar e interpretar la norma que determina el derecho de las partes son actividades íntimamente relacionadas, sólo se la puede utilizar cuando se ha comprendido claramente su sentido o razón. Por tanto en el Derecho del Trabajo, como en las otras ramas jurídicas, se requieren dos operaciones intelectuales: 1) establecer si el dispositivo es aplicable al caso y, 2) determinar el sentido mediante la interpretación adecuada.

Acertadamente Diego Tosca -apoyándose en Montoya Melgar- estima que la *interpretación* no es una mera repetición del precepto adecuándolo al caso concreto, por el contrario, es una verdadera recreación de la norma. En otras palabras, la interpretación de la ley en general,

constituye un planteo de cierta equivalencia conceptual que se traduce en una continuidad viviente del derecho con la justicia, por tal motivo la eficacia de la ley está en su texto y en su interpretación, en muchos supuestos tiene más trascendencia que la elaboración misma; en ciertas hipótesis no es recomendable que la interpretación esté sujeta estrictamente a los términos de la ley (la terminología), porque el espíritu que la nutre procura su aplicación racional que elimina el formalismo paralizante, por ello en todo momento debemos buscar una interpretación jurídica procurando desentrañar qué es lo que quiso decir el legislador ⁴.

El presente trabajo, sin agotar el tema, procura demostrar cómo la Corte Suprema -y algunos tribunales superiores provinciales- a través de la interpretación jurídica de las normas en las sentencias, demuestran anomalías en la tarea legislativa, propone criterios o doctrina para superarlas. De obtener un resultado positivo, habremos cumplido parte de nuestra misión docente y, como ciudadanos, habremos aportado un ingrediente importante para superar las falencias legislativas y reducir notablemente los litigios.

De los casos resueltos por la C.S.J.N. nos detendremos en los que consideramos de actualidad, poco investigados y que generan demasiadas contiendas judiciales, como son: la estabilidad de los empleados privados y públicos (régimen indemnizatorios), la solidaridad en las relaciones laborales y, finalmente, la extinción del contrato de trabajo por discriminación.

II. Derecho a la estabilidad

Tradicionalmente la doctrina define la estabilidad como *la permanencia jurídicamente garantizada*, la continuidad en la relación laboral otorga permanencia que está legalmente garantizada (*el trabajador tendría protegida la estabilidad -salvo justa causa de extinción o haber cumplido los recaudos para lograr la jubilación "ordinaria" o "por invalidez"- y no incurra en justa causa de despido*).

⁴Diego M. Tosca, "Fuentes del derecho del trabajo", en *Tratado de derecho del trabajo*, dir. por Mario Ackerman, t. 1, pág. 637.

Se clasifica en:

Absoluta, propia o perfecta: Se garantiza o prohíbe el despido sin causa, debe ser con justa causa acreditada en un sumario previo, respetando el debido proceso y derecho de defensa. De concretarse la extinción, el trabajador solicita la reincorporación y pago de salarios caídos.

Relativa, impropia o imperfecta: El despido sin fundamento legal está permitido, pero el dador de trabajo debe abonar una indemnización proporcionado al perjuicio ocasionado.

La Constitución de 1853 con las reformas parciales de 1860, 1866 y 1898 no consignaron cláusulas especiales relacionadas con los derechos del trabajador y los derechos sociales, la interpretación doctrinaria y jurisprudencial permitieron el desarrollo de la legislación social, que impulsó a Unsain que “*no hay contradicciones entre los principios básicos de nuestra legislación obrera y las normas generales que al respecto contiene la Constitución*”⁵.

La reforma constitucional, aprobada en 1949, sancionó el art. 37, Cap. III, en diez incisos consagró los siguientes derechos: 1. Del trabajador; 2. A la retribución justa, 3. A la capacitación; 4. A condiciones dignas de trabajo; 5. A la preservación de la salud; 6. Al bienestar; 7; A la seguridad social, 8. A la protección de la familia, 9. Al mejoramiento económico y 10. A la defensa de los intereses profesionales.

En el apartado II consignó los derechos de la familia, en el III los de la ancianidad y en el IV los de la educación y la cultura. El gobierno militar de 1955 dejó sin efecto las reformas constitucionales de 1949 restableciendo la Constitución de 1853 con las reformas mencionadas.

El 25 de octubre de 1957, la Convención Nacional Constituyente reunida en la ciudad de Santa Fe, aprueba como art. 14 nuevo, el texto hoy vigente, que fue ratificada por la Convención Constituyente de 1994, quedando como “art. 14 bis”. En el primer párrafo del citado artículo, se consagraron los derechos individuales del trabajador y en particular la “*protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público*”.

⁵ Alejandro M. UNSAIN, “Las cláusulas económicas sociales en la Constitución Argentina”, Academia Nacional de Ciencias Económicas, t. 1, págs. 30 y 31.

III. Protección ante el despido

A partir del art. 14 bis, el amparo a los perjuicios provocados por el despido arbitrario debe tratarse por separado según que el empleador sea un particular o el Estado.

A. La estabilidad del empleado de empresas privadas

1. Concepto

Con relación al amparo del empleado de empresas privadas, el dictamen de la Junta Consultiva Nacional, al enunciar los derechos sociales, estableció: “*estabilidad del trabajo contra el despido arbitrario*”.

La Comisión Central no admitió el dictamen de la Junta Consultiva, y consagró la “*protección contra el despido arbitrario*” (a continuación del art. 14, como tercer apartado).

Al carecer de ilustración sobre el alcance que procuraron los constituyentes, la doctrina mayoritaria, consideró que *dicho enunciado se refiere a los empleados de empresas privadas, en otros términos, que tales dependientes gozan de un sistema de estabilidad relativa o imperfecta, y ante una extinción sin justa causa, deben ser indemnizados en proporción al perjuicio sufrido*.

No obstante ello, durante mucho tiempo numerosas actividades laborales tuvieron reglamentaciones que otorgaban estabilidad absoluta a dependientes de empresas privadas en caso de despidos injustificados; algunos se encontraban consagrados en disposiciones legales y otros en los C.C.T.

Los empleados de bancos privados, mixtos, gozaban de “*estabilidad absoluta*”, por decreto 20.268/46, reglamentario del Estatuto del empleado bancario (ley 12.637), extensivo a los empleados de compañías de seguro, reaseguro, capitalización y ahorro.

El entonces Tribunal Bancario hizo lugar a reclamos de empleados bancarios, ordenando la reincorporación y pago de las remuneraciones que hubieran debido percibir entre la cesantía y la reincorporación efectiva, confirmado por la C.N.T. Los bancos dedujeron recurso extraordinario alegando que el decreto 20.268/46 era inconstitucional, violando las garantías de los arts. 14, 16 y 17 C.N.

La Corte admitió la queja y declaró inconstitucional el apartado 3 del art. 6° decreto 20.268/46, considerándolo violatorio de la garantía del art. 17 C.N., y además, “resulta a todas luces exorbitante, falto de razonabilidad y lesivo de la garantía invocada, que el despido injustificado de un empleado bancario pueda acarrear la nulidad del acto, la reincorporación y pago de salarios caídos hasta el momento que alcance el derecho de la jubilación”.

Estimó la Corte “la intrínseca injusticia del sistema al imponer cargas pecuniarias que exceden el legítimo derecho a la indemnización por despido arbitrario, afectando las bases de la libertad de contratar e impone pagar remuneraciones que no responden a contraprestación de trabajo alguna”.

Para el máximo tribunal “una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto, debe reconocerse el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido; no puede admitirse como legítima la carga de seguir abonando remuneraciones que carecen de toda justificación”.

“La falta de justicia de semejante prestación es susceptible de objeciones éticas, constituyendo una especie de renta vitalicia de naturaleza gratuita, fundada en la sola voluntad del legislador, al asegurar a sus beneficiarios una ganancia cierta sin actividad alguna de su parte, eximiéndolo de la normal obligación de trabajar”.

“La arbitrariedad del sistema se hace más patente al admitir el derecho a gozar de una jubilación en virtud de trabajo no prestado; tanto el derecho de cobrar estipendios a cargo del ex empleador como el de jubilarse en condiciones tan anómalas tendría derecho por la sola circunstancia de haber trabajado pocos meses en forma efectiva; por tal motivo no se está en presencia de una verdadera indemnización por despido arbitrario, sino en una especie de sanción represiva por haberse negado a reincorporar al empleado, simultáneamente le otorga ‘un premio’ más cuantioso a los de menor antigüedad, en perjuicio de los de mayor tiempo de servicio”⁶.

En otro caso, Luis Nazar fue despedido por la Asociación Sindical de Trabajadores de la Industria Lechera, regulada por el C.C.T. de la Unión

⁶ “José M. Caputi Fereryra c/ Banco Español del Río de la Plata”, 26/7/1967; y “De Luca, José E. y Rinaldi, Domingo A. c/ Banco Francés del Río de la Plata”, 25/2/1969.

de Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles (UTEDyC), cuyo art. 14 consagraba un sistema de estabilidad absoluta, admitido por la Cámara III del Trabajo de la ciudad de Córdoba. La accionada interpuso recurso extraordinario que fue concedido, la Corte hizo lugar porque la interpretación asignada a la norma convencional, resultaba irrazonable al suprimir el poder discrecional, que es imprescindible reconocer a los empleadores en la integración de su personal, en menoscabo de la garantía de libertad de comercio e industria (art. 14 C.N.) y de la propiedad al obligar a pagar remuneraciones sin la debida contraprestación de trabajo (art. 17 C.N.), máxime cuando lo común es que las personas capaces logren nueva ocupación retribuida y, por lo tanto, tampoco es una indemnización por daño; finalmente el art. 14 del C.C.T. 160/75, base de la sentencia, no prevé sanción para el supuesto de no observarse la estabilidad, por lo tanto una vez rota la relación por un despido injusto, debe reconocerse el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido⁷.

Resoluciones similares adoptó la Corte con relación con el art. 46 del C.C.T. 40/75 para la industria del cemento⁸, y al art. 51 del C.C.T. 84/75 suscripto entre SADyC y el Sindicato Único de Trabajadores de Espectáculos Públicos, revocando la sentencia de la Sala III, CNAT, que había admitido la nulidad del despido, la reincorporación y el pago de salarios caídos, por entender que la “razonabilidad es una de las condiciones de toda reglamentación de prestaciones laborales, las cargas que se imponen al empleador no pueden gravar su patrimonio de manera expoliatoria o exorbitante, deben tratarse de cargas proporcionales al fin perseguido, el cumplimiento de las obligaciones empresariales no queda supeditada al éxito de la empresa, cuyo mantenimiento de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios”.

“Cuando el empleador debe abonar remuneraciones aun cuando el empleado no preste servicios (arts. 150, 165, 208 L.C.T. entre otros), existe una expectativa cierta de continuación de las prestaciones, y se mantienen

⁷ “Tejeda, Francisco c/ Asociación Colonia de Vacaciones”, 25/4/1978; “Nazar, Luis c/ Atilra”, 22/4/1980; “Castro Mirta c/ ATE”, de 1980 y “Colomer, Miguel Ángel c/ Colegio Médico de la Ciudad de Bs. As.”, 24/2/1981.

⁸ “Figuroa Oscar F. y otros c/ Loma Negra S.A.”, 4/9/1984.

incólumes otras obligaciones recíprocas (arts. 62 y 63 L.C.T.); en cambio es diferente la situación del empleado despedido y no reincorporado o cuya reincorporación podrá resultar optativa para su ex principal, en cuyo caso el pago de tales remuneraciones no encuentra justificación jurídica”.

“Constituye un exceso en la interpretación de la estabilidad relativa propia (art. 51 y ss. C.C.T. 84/75), extender sus alcances más allá del período necesario para acceder a los beneficios jubilatorios ⁹.

2. Institutos que integran la indemnización por antigüedad

a. *Los ticket canasta y aumentos no salariales.* Para determinar cuáles pagos que abona el empleador deben computarse para el cálculo de las indemnizaciones, es necesario recordar la doctrina de la Corte sobre la naturaleza jurídica de las retribuciones.

Al analizar los llamados “*beneficios sociales*”, o “*ticket canasta*”, que se abonan como “*no remunerativo*”, la Corte consideró que jurídicamente eran “*salarios*”, la interpretación contraria altera el esquema salarial con grave afectación del principio de “*progresividad de los derechos sociales*”, con el fin de evitar el retroceso conducente al logro de la justicia social, se aparta de principios y derechos referidos al salario justo, protección contra el despido arbitrario, propiedad y razonabilidad.

Si bien el art. 103 bis cuestionado, había sido derogado por ley 26.341, los doctores Highton de Nolasco, Fayt y Argibay estimaron que la Corte debe ajustarse a las circunstancias existentes al momento de dictar sentencia, correspondiendo emitir pronunciamientos cuando una de las partes mantiene interés en la definición legal de su situación, porque al momento de formular el reclamo indemnizatorio su derecho se encontraba regido por la norma hoy derogada.

Considerar a los vales alimentarios “*beneficios sociales*”, “*prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social no remunerativas*”; mutar al trabajador en beneficiario y al empleador en beneficiador; suplantar como causa del crédito o ganancia al contrato de empleo por un acto del empleador ajeno a este último; introducir en un nexo oneroso para ambos celebrantes una suerte de prestación gratuita por parte de

⁹ “Pelaia, Aurelio Pascual c/ SADaYC”, 30/6/1992.

una de éstas, el empleador, traduce una calificación poco afortunada, carente de contenido, y un evidente contrasentido, por ello es inconstitucional el inc. c, art. 103 bis L.C.T. (texto según ley 24.700), en razón de vedar dicho artículo la naturaleza salarial de los vales alimentarios.

En consecuencia, integran el cálculo indemnizatorio los denominados beneficios sociales o ticket canasta por tener naturaleza salarial ¹⁰.

b. Incrementos no salariales dispuestos por decretos nacionales. La Sala VIII CNAT modificó el fallo de primera instancia reduciendo la condena al excluir del cálculo indemnizatorio los incrementos salariales previstos por los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03 en cuanto calificaron como “*asignaciones no remunerativas de carácter alimentario*”, por lo tanto consideraron improcedente computarlos como integrantes de la indemnización del art. 245 L.C.T.

La Corte, sustentada en los fundamentos expuestos en “Pérez c/ Disco”, dispuso que los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03 resultan inconstitucionales en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen ¹¹.

c. Remuneraciones variables. La doctrina judicial mayoritaria ha resuelto que para el cálculo de la indemnización por despido no deben promediarse las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales, debe abonarse *la mejor*, que conlleva el cotejo de las diferentes.

La confusión nace al interpretar el art. 245 L.C.T. que dispone que en los casos de despido sin causa se deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, *tomando como base la mejor remuneración, mensual, normal y habitual devengada durante el último año*, para algunos los términos mensual, normal y habitual son sinónimos; para otros, son conceptos acumulativos, es decir la remuneración a pagar por cada año de servicios debería reunir las tres condiciones señaladas.

La mayoría del Plenario 298 CNT, se adhirió al criterio del Dr. Guibourg, para quien “la remuneración *mensual* es la que se percibe

¹⁰ “Pérez, Aníbal Raúl vs. Disco S.A. s. Recurso de hecho”, C.S.J.N., 1/9/2009.

¹¹ “González, Martín c/ Polimat S.A.”, 19/5/2010.

mensualmente o períodos menores; la *normal y habitual*, es la compuesta por rubros que, aunque no se devenguen cada uno de ellos constantemente, integran el salario en una notable proporción de los períodos. Ninguna de esas calificaciones remite a la cuantía económica variable del salario total o de cualquiera de sus rubros, por el contrario, la misma idea comparativa contenida en el adjetivo *mejor*, indica una relación de desigualdad cuantitativa que ha de resolverse *prefiriendo la remuneración más elevada*¹².

En aras de optar por la base de cómputo de una tarifa, relacionada a los ingresos del dependiente, la imaginación del legislador pudo elegir “*la mayor*”, “*un promedio*” o, incluso, “*la menor*”, en el marco de un viento regresivo. Pero escogió “*la mejor*”. No existe razón que justifique “*promediar*” y una respuesta afirmativa implicaría una inexplicable modificación de la ley por parte del organismo jurisdiccional, violatoria del más elemental principio de división de poderes y peyorativa para los trabajadores.

Compartiendo la doctrina del plenario, la Sala Laboral del T.S.J. de Córdoba resolvió: “Cuando el trabajador es remunerado normal y en forma habitual con una asignación variable que integra su retribución mensual, el cálculo de la indemnización del art. 245 L.C.T. debe efectuarse con la *mejor retribución percibida durante el último año, descartándose la aplicación de un promedio de remuneraciones, ergo corresponde tomar el mes que dichas comisiones han sido mayores*”¹³.

d. Inclusión del SAC y adicionales. Otro de los temas que ha generado interpretaciones dispares es si corresponde incluir en la base salarial para el cálculo de la indemnización por antigüedad (art. 245 L.C.T.) a los siguientes institutos laborales: a) la parte proporcional del SAC y b) las bonificaciones abonadas sin periodicidad mensual, en base a sistemas de evaluación del desempeño del trabajador (por ejemplo, premio por asistencia, puntualidad, producción o rendimiento, etc.).

La mayoría de los jueces que votaron en el Plenario 322 CNT, resolvieron por mayoría la negativa a ambos interrogantes por considerar que

¹² “Brandi”, Plenario 298, ob. cit

¹³ T.S.J., Sala Laboral, “Bedrán, Javier c/ Falabella S.A.”, Sent. N° 46, 6/9/6/2020.

el cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 L.C.T. debe ejercitarse a partir de la mejor remuneración **normal, mensual y habitual**. El SAC es una prestación semestral, no integra dicho cálculo, aunque su pago sea normal y habitual, lo mismo que las bonificaciones otorgadas de manera esporádica o con periodicidad menor que la mensual.

La ley 25.877 reformó la L.C.T. reemplazando en el art. 245 la palabra “**percibida**” por el giro verbal “**devengada**”, que implicó la recepción normativa de la doctrina sentada por la C.S.J.N.¹⁴. La modificación tuvo por finalidad disipar las situaciones litigiosas que se planteaban en hipótesis de cobros inferiores a lo debido y no estuvo pensada para incluir las remuneraciones que se percibían en lapsos superiores al mes.

Para la minoría -integrada por los jueces Ferreirós, Ballestrini, Fernández Madrid, Rodríguez Brunengo y Stortini- a partir de la modificación introducida en el art. 245 L.C.T. por la ley 25.877, al suplantarse el término “**percibido**” por “**devengado**”, el SAC, en su proporción mensual, debería ser tomado en cuenta para determinar la “mejor remuneración mensual, normal y habitual”, a que hace referencia la norma citada, porque el SAC se estaría devengando “día a día”, por lo tanto, mes a mes¹⁵.

e. Tope indemnizatorio del art. 245 L.C.T. El segundo párrafo del art. 245 L.C.T., con las reformas de la ley de empleo 24.013, estableció como tope máximo por cada año de servicio, “*el equivalente a tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el C.C.T. aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad...*”.

La Corte Suprema hasta el año 2004 consideró **constitucional al tope**, en cambio a partir del citado año estimó que era **inconstitucional en función del salario y antigüedad en el empleo del trabajador**.

Por la constitucionalidad: Las sentencias que describimos seguidamente, declararon la constitucionalidad del tope previsto en el art. 245 L.C.T.

¹⁴ Caso “Bagolini, Susana c/ Instituto Tecnológico de Hormigón S.A.”, 1/10/2001.

En la causa “Villarreal c/ Roemmers”, la Sala VI CNAT, con los votos de Fernández Madrid y Capón Filas, y la disidencia de Morando, revocó la sentencia de primera instancia, y no obstante considerar inconstitucional el tope del art. 245, no lo trató en la resolución, pero condenó al laboratorio a pagar el monto solicitado por el actor en la demanda, en función del *mejor sueldo por cada año de servicio*, por considerar que es el resarcimiento adecuado contra el acto ilícito, configurado por el despido arbitrario, con costas.

La Corte revoca la sentencia, al haber sostenido reiteradamente que no resulta irrazonable el módulo indemnizatorio establecido, aplicadas por este Tribunal en los Fallos 302:654 y 304:543. Corresponde al legislador, en cumplimiento del deber constitucional del Estado de asegurar la protección del trabajador contra el despido arbitrario (art. 14 bis C.N.), establecer las bases jurídicas que reglamentan las relaciones de trabajo y las consecuencias que se derivan de la ruptura del contrato laboral, los jueces no se hallan facultados para decidir sobre el mérito o conveniencia de la legislación sobre la materia (entre otros Fallos 238:60 y sus citas).

Para la Corte -en un razonamiento original y sorprendente- la indemnización calculada según la directiva legal arroja un total de \$ 27.071,76 (sentencia de primera instancia), por su significación no es posible atribuir al resarcimiento el carácter de absurdo o arbitrario, ni tampoco que comporte la desnaturalización del derecho que se pretende asegurar o, se traduzca en la pulverización del real contenido económico del crédito indemnizatorio por lo que no se verifica lesión a la propiedad tutelada en el art. 17 de la Ley Fundamental.

Para nosotros, el razonamiento carece de fundamentación lógica, jurídica y legal porque considera adecuado para el trabajador el monto condenado, con total prescindencia de la retribución y antigüedad en el empleo. Esta conclusión anunciaba una revocación con una integración diferente, como aconteció, fundada en la justicia social, la equidad, razonabilidad y principio de progresividad de la condena ¹⁶.

¹⁵ “Tulosai, Alberto Pascual c/ Banco Central de la República Argentina s/ Ley 25.561”, Plenario 322, 19/11/2009.

¹⁶ “Villarreal, Adolfo c/ Roemmers”, C.S.J.N, 10/12/1997.

En sentido coincidente la Corte resolvió las causas; “Fabro, Luis c/ Camea S.A.” (27/5/1999), “Genez, Hilario y otro c/ Parmalat Argentina S.A.” (27/6/2000), “Carvajal Daniel c/ BIC Argentina S.A.” (3/4/2001), entre varias.

Por la inconstitucionalidad: A partir del año 2004 la Corte tiene una nueva integración y, como se preveía, modifica sustancialmente la doctrina de la anterior composición en numerosos casos laborales y de la seguridad social, que detallamos en este trabajo.

Declara inconstitucional el tope del art. 245, cuando el salario del trabajador despedido lo justifica por su monto. Vizzotti demandó a su empleador “AMSA S.A.” reclamando diferencia de indemnización por antigüedad, porque se la había calculado en función del tope establecido por el Ministerio de Trabajo de la Nación (art. 245 L.C.T.). El actor era el director médico de la demandada con 26 años de antigüedad, el mejor salario mensual era de \$11.000,00. Al despedirlo, la patronal le abonó la suma de pesos \$27.048,06, conforme el tope tarifario del C.C.T. N° 122/75 para la sanidad, que era de \$2.459 por cada año de servicio, por lo tanto reclamaba la diferencia de \$258.951,54, calculados a razón de \$11.000,00 por cada año de servicio por los 26 años de antigüedad, ya que lo abonado se había reducido en un 90,5%.

Para la Corte “... no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas. Si el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación”.

No podría considerarse que la ley lograra su finalidad reparadora si terminara desconociendo la concreta realidad que quiso atender, a causa de limitaciones en la evaluación de uno de los elementos de cálculo que constituye uno de los dos indicadores de esa realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido.

Es aplicable la doctrina de la Corte que “el resarcimiento del empleado debe ser equitativo, e importa afirmar que la reglamentación legal de la llamada estabilidad impropia, constitucionalmente reconocido, debe ser

razonable¹⁷, adecuada a los fines que contempla y no descalificable por razón de iniquidad”

Para determinar el ámbito de razonabilidad de la reparación, debe tenerse especialmente en cuenta que dicha indemnización tiene contenido alimentario y que generalmente se devenga en situaciones de emergencia para el trabajador.

Cuando la Constitución Nacional asume el carácter de una norma jurídica y reconoce derechos lo hace para que resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se debate un derecho humano.

El trabajador es sujeto de preferente atención constitucional impuesta por el art. 14 bis C.N. y renovado por el ritmo universal del derecho internacional de los derechos humanos, con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

No resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 L.C.T. *sea reducida más de un 33%* por imperio del segundo y tercer párrafo de la misma norma¹⁸.

En síntesis, la Corte avanzando en sus facultades constitucionales, legisla, declara inconstitucional el tope previsto por el art. 245 L.C.T., con la reforma de la ley de empleo 24.013, adicionándole al dispositivo, que la quita no puede superar el 33% del mejor salario, lo correcto -constitucionalmente- que declarara inconstitucional el tope y aplique el mejor salario del último año trabajado para el cálculo de la indemnización.

f. Inclusión en la indemnización de pagos en especie. Actualmente son frecuentes los reclamos de empleados presentados ante los tribunales para pedir la ***inclusión de ciertos conceptos no remunerativos*** dentro de la base de cálculo de la indemnización correspondiente a un despido, ***gastos abonados por la compañía a los dependientes, tales como:*** el abono del teléfono celular, el servicio de Internet domiciliario, los derivados del uso de un automóvil provisto por el empleador, alquiler de cochera y ***gastos pagados con la tarjeta corporativa.***

¹⁷ “Carrizo c/ Administración General de Puertos”, Fallos: 304:972, 978, considerando 5° y su cita

¹⁸ “Vizzotti Carlos c/ AMSA S.A.”, 14/9/2004.

La sentencia de primera instancia *hizo lugar*, en parte, *al reclamo contra la compañía*. Además, *rechazó la solicitud de inclusión del bono* anual. En tanto, como al momento de abonar la liquidación final la empresa no lo hizo de forma completa, luego del juicio la firma debió afrontar las multas por el art. 1º de la ley 25.323 (ya que *la dependiente tuvo que iniciar un juicio para cobrar sus acreencias*).

La Cámara de Apelaciones resolvió que “*toda prestación*, en dinero o en especie, que el empresario otorga al trabajador *sin que se le exija acreditación de gastos* y que es percibida como consecuencia del contrato de trabajo consiste en una *prestación remuneratoria*”. En ese sentido, los camaristas sostuvieron que existieron montos abonados por la empresa que no integraban la remuneración de la actora tales como: *gastos de tarjeta de crédito*, erogaciones por uso de automóvil que incluían el seguro, las patentes, el combustible, reparaciones y otros necesarios para su rodamiento como así también el importe correspondiente al uso del teléfono celular con tope de \$100, en todos los casos *sin necesidad de una rendición*.

Por lo tanto, para los magistrados eran parte integrante del salario. “*Esto constituyó una de las formas de deficiente registración laboral*, que torna viable la indemnización del artículo 1º ley 25.323”.

Sobre el *bono anual*, luego de analizar las pruebas de la causa, lo definieron como “un *premio* para las posiciones que como no tienen el salario mensual a comisión se les paga un bono anual que, dependiendo de la compañía, es un porcentaje del salario anual acumulado”.

Al respecto, la empresa señaló que para percibir dicho bono anual era necesario *obtener un alto resultado de desempeño*, que en el caso de la dependiente no fue el esperado por la firma. “El empleador no puede en forma unilateral modificar condiciones esenciales del contrato de trabajo, en este caso *eliminando el pago de un adicional que siempre pagaba en forma anual* a la trabajadora”. “Carece de sustento el argumento de que dicho pago era otorgado teniendo en cuenta un alto desempeño que, en el caso de la dependiente, no fue el esperado por la compañía sin haber probado que el concepto abonado estaba sujeto a ciertas condiciones, y que *ella efectivamente no cumplió con los requerimientos de la empresa*, para que le fuera liquidado”. Entonces, *adicionaron la parte proporcional del bono en la base del cálculo de la indemnización*. “*Todo lo que exceda el concepto de beneficios sociales*, tal cual

están taxativamente definidos en la Ley de Contrato de Trabajo, se considerará como **remuneratorio**. Por lo tanto, está sujeto a los descuentos correspondientes y va a integrar, en su caso, la base de cálculo para la indemnización”.

Por ello, en caso de decidir otorgar beneficios no remuneratorios, **la empresa debe establecer un criterio restrictivo** en los mismos y, eventualmente, asignarles un valor de uso mediante la firma de un acuerdo con el trabajador. “De lo contrario, frente a un juicio, ítems tales como **telefonía celular o utilización de la tarjeta de crédito de tipo corporativo integrarán la base de cálculo** para el salario de indemnización”. Si dichos elementos fueran entregados sin restricciones, las empresas deberían realizar los aportes y contribuciones sobre la parte proporcional que esté destinada al cumplimiento exclusivo de las tareas.

Despido por razones discriminatorias: A partir de la causa “Asociación de Mujeres Argentina c/ Heladerías Freddo S.A. / amparo” (16/12/2002), resuelto favorablemente por una Cámara Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ¹⁹, la protección contra actos discriminatorios del empleador, ha generado un arduo debate doctrinario y jurisprudencial; la jurisprudencia “*avanzó y amplió el amparo*” al sentenciar “(...) si el actor fue sujeto pasivo de un acto de discriminación negativa emplazada en motivos gremiales, ilicitud que se concretó a través de un despido directo con invocación del art. 245 L.C.T., y con sustento en cuestiones de reorganización, se encuentra legitimado para requerir la declaración de invalidez del distracto, en tanto nulo por objeto prohibido, su reinstalación en el puesto de trabajo y la reparación de los perjuicios causados, con fundamento -ante el vacío legislativo- de las normas del derecho común” (arts. 1044, 1050 y 1056 Código Civil y ley 23.592 ²⁰).

¹⁹ El tribunal admitió el amparo porque “Freddo” no ocupaba en los últimos años mano de obra femenina, argumentando que la jornada de trabajo de mayor intensidad era a partir de las 23:00 hs., y el movimiento de los tarros con helados era manual, todo ello improcedente para el trabajo femenino. La Cámara de Comercio consideró discriminatoria la conducta de la demandada ordenando que -en el futuro- debería brindar empleo en la misma proporción a varones y mujeres.

²⁰ “Balaguer, María Teresa c/ Pepsico”, 14/10/2003, Juzgado Nacional del Trabajo N° 46; “Rossi, Rodolfo c/ Orígenes AFJP”, CNAT, Sala V, 6/5/2005; “Greppi, Laura Karina

Discrepan con esta posición Rodríguez Mancini, Pirolo, Guibourg, etc. con fundamentos varios, entre otros, por considerar ²¹ que en “el régimen cerrado de protección de los representantes gremiales que establece la L.S. 23.551, es dudoso que resulte razonable la hipótesis que paralelamente rija un sistema fundado en la ley antidiscriminatoria, o más generalmente, en las normas internas o internacionales que vedan conductas discriminatorias. La L.S. 23.551, *no protege a los activistas espontáneos, cuya actuación, al margen del sindicato reconocido, implica el debilitamiento de los poderes que la ley atribuye y el Estado protege (...)*”.

El denominado “*activista sindical*”, sin mandato, ni elección, con una supuesta “*vocación sindical*”, que considera que ha sido despedido por la actividad gremial, gozará de mayor protección que el dirigente gremial electo conforme a derecho, con estabilidad propia o absoluta temporaria, estando a su cargo la prueba de las condiciones sindicales que invoca; en cambio la jurisprudencia que propicia la nulidad del despido, reinstalación y pago de salarios caídos, produce la *inversión de la carga probatoria, y el empleador debe acreditar que el despido no tuvo relación con un acto discriminatorio, por ello se afirma que vulnera los principios de legalidad, de primacía legal, de igualdad ante la ley.*

La Corte -con la actual integración y por mayoría- ha concluido el debate al resolver la causa “Alvarez, Maximiliano y otros”, en los siguientes términos ²²:

Los seis actores iniciaron la acción de amparo contra “Cencosud S.A.”, propietaria de locales comerciales que giran bajo el nombre de

c/ Telefónica de Argentina”; Fallo de la Sala IX, CNT; “Pellejero, María Isabel c/ Banco Hipotecario S.A.”, TS Río Negro, 2/6/2005; “Parra, Vera Máxima c/ San Timoteo”, Sala V CNT, 9/14/9/2006; “Cresta, Erica Viviana c/ Arcos Dorados S.A.”; Sala II, CNT, 7/7/2005; “Luquez, María C. c/ Mario A Salles”; Sala V, CNT, 22/12/2005; “Frasch Verón, Gonzalo c/ Arcos Dorados S.A.”, Sala 8°, CNT, 31/3/2006; “Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria S.A. s/juicio sumarísimo”, Sala V, CNT, 12/7/2007; “Romero, Silvio H. c/ Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/ sumarísimo”, 18/11/2008, entre varias).

²¹ “Romero c/ Hipódromo de Palermo”, Sala VIII, CNT.

²² “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo -Recurso de hecho”, 7/12/2010, A.1023.XLIII.

fantasía “Easy”, sosteniendo que prestaban servicios bajo la “pseudo categoría” de asesores, destinada a emplazarlos fuera del ámbito del CCT N° 130/75, porque el sindicato de empleados de comercio les habría negado la afiliación, crearon, junto con otros trabajadores, el Sindicato de Empleados Jerárquicos de Comercio -que fue registrada como *asociación simplemente inscripta*, por la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales (MTESS), el 30 de marzo de 2006- y pasaron a integrar la comisión directiva de la institución. En tales condiciones, el presidente de dicha comisión intimó a la demandada al pago de diferencias salariales; uno de los gerentes de la accionada obtuvo la lista de los integrantes de la comisión (noviembre de 2006). En ese contexto, entre otras circunstancias, los actores consideraron que el despido sin expresión de causa del que fueron objeto pocos días después, **resultó un acto discriminatorio motivado en sus actividades sindicales, por lo que reclamaron la reinstalación en sus cargos y una reparación económica.**

La Sala II CNT, por mayoría (Graciela González y Miguel Ángel Maza, con la disidencia de Miguel Pirolo), confirma el fallo de primera instancia por considerar acreditados los hechos invocados por los actores y mantuvo la reincorporación y reparación económica, con fundamento en el art. 1° de la ley 23.592. Ello dio lugar al recurso extraordinario de la vencida, cuya denegación origina la presente queja.

Voto de la mayoría (Carlos Fayt, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni): “... la apelación es admisible sólo en la medida que pone en juego la interpretación de normas de índole federal (art. 14.3 de la ley 48). En lo restante -violación del principio de congruencia y valoración del hecho que los actores habrían percibido las indemnizaciones por despido con anterioridad a la demanda- se rechaza (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). La cuestión federal a ser juzgada por esta Corte reside en determinar si la citada ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada, específicamente, al distracto producido en el caso, y si la reinstalación dispuesta por el art. 1° resulta compatible con los derechos que la empleadora demandada arguye sobre la base de los arts. 14, 14 bis y 16 de la Constitución Nacional”.

Por ello RESUELVE: “... nada hay de objetable a la aplicación en esta causa de la ley 23.592, que reglamenta directamente un principio constitucional de la magnitud del art. 16 de la Constitución Nacional (Ganem, Fallos 324:392), sobre todo cuando, la hermenéutica del ordenamiento

infraconstitucional debe ser llevada a cabo con “fecundo y auténtico sentido constitucional”. Si bien la C.N. es individualista en el sentido de reconocer a la persona “derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo (art. 14 y siguientes)”, no lo es “en el sentido que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias”, tal como rezan los arts. 14 y 17 de la Constitución, invocados por la demandada (Quinteros, Cid., págs. 81 y 82). Esta conclusión resulta plenamente robustecida en este debate, ni bien se repare que el vínculo laboral supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en desfavor del trabajador.

Por los siguientes fundamentos:

Las mencionadas cuestiones requieren, precisar el estado en el que se encuentran los dos ámbitos del derecho constitucional de los derechos humanos que confluyen en su examen y solución: por un lado, el principio de igualdad y prohibición de discriminación, y el fundamento de éste, la dignidad de la persona humana y, por el otro, la proyección de esos contenidos tanto sobre la ley 23.592 cuanto sobre el terreno de la relación laboral y el derecho a trabajar, mayormente cuando en todos estos ámbitos jurídicos se ha producido una marcada evolución legislativa y jurisprudencial, por el cual el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2°); ha previsto, por vía de imponer al autor la obligación de “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y [...] reparar el daño moral y material ocasionados” (art. 1°), una reacción legal proporcionada a tamaña agresión pues, y sobre ello cabe poner el acento, el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos... el Anexo II del Pacto Federal del Trabajo, ratificado por la ley 25.212, emplazó, entre las infracciones ‘muy graves’, las ‘decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares’ (art. 4°.a), haciéndolas pasibles de las multas más elevadas (art. 5°), y previendo que, en caso de reincidencia, pueda ser clausurado el establecimiento y quedar el empleador inhabilitado para acceder a licitaciones pú-

blicas y suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 5°.5.a y b)... conduce, sin hesitación, a descartar de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, por tres razones: 1°. nada hay en el texto de ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario; 2°. “la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como ‘santuarios de infracciones’: se reprueba en todos los casos”; 3°. la relación laboral, si algo muestra a los presentes efectos, es una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad, el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, sumado al principio *pro homine*, ‘concordante con la doctrina universal’: el ‘principio de favorabilidad’; cabe juzgar que tampoco puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del art. 14 de la Constitución Nacional, que invoca el apelante con arreglo al caso De Luca, de 1969 (Fallos 273:87), por muy variados motivos: 1°. la *ratio decidendi* del precedente se circunscribe, sin dudas, a una cuestión distinta de la antedicha, como lo fue la relativa al art. 17 de la Constitución Nacional y el derecho de propiedad en su nexa con los “salarios” o “remuneraciones” materia de examen en esa oportunidad; 2°. el *sub examine*, contrariamente a De Luca, no pone en la liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación... vale decir, al margen de lo que pudiera seguirse del antecedente citado, el marco normativo constitucional, en la actualidad, difiere del vigente para la época de De Luca, es doctrina permanente de esta Corte que la Constitución Nacional debe ser entendida como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás... la reinstalación guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio*

in integrum) de los daños irrogados, por un despido. El objetivo primario de las reparaciones (remedies) en materia de derechos humanos, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución"... los razonamientos expuestos vuelven inatendible la defensa de la demandada relativa al precedente Figueroa, Oscar Félix y otro c/ Loma Negra Cía. S.A., de 1984 (Fallos 306:1208), la reinstalación del empleado conlleva una supresión de las facultades "discrecionales" del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal, a la luz de *corpus iuris* de los derechos humanos, el empleador, al ejercer dichas facultades, "siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho" (L.C.T., art. 68, *itálica agregada*), los poderes invocados, para ser válidos, no pueden desentenderse que "el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano", todo ello pesa sobre el empleador, el precepto de jerarquía constitucional, los hombres "deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Los Dres. Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carmen Argibay, en disidencia, interpretaron que "la apelación es admisible sólo en la medida que pone en juego la interpretación de normas de índole federal (arts. 14, 14 bis, 16, 17 de la Constitución Nacional; tratados internacionales afines y la ley 23.592 de "Actos Discriminatorios"). Los restantes agravios -incluido el que cuestiona el carácter discriminatorio atribuido a los despidos- conducen al examen de cuestiones fácticas, probatorias, de derecho común y procesal ajenas a esta instancia de excepción, en este aspecto, el remedio se declara inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)", y RESOLVIERON:

"... ante la negativa del empleador de reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo, corresponde reconocerle el derecho a

una compensación adicional que atienda a esta legítima expectativa; sin perjuicio del resarcimiento previsto en el artículo 1° de la ley 23.592 (daños y perjuicios), el trabajador tendrá derecho a percibir una suma adicional igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el art. 245 con más un año de remuneraciones según dispone en su artículo 182”.

Por los siguientes fundamentos: Establecidos los puntos que habilitan la intervención de este Tribunal corresponde analizar los principios de igualdad y no discriminación en el marco de la relación laboral y la libertad de contratar del empleador, como pauta interpretativa, la exégesis de la Constitución no debe efectuarse que se enfrenten los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental; a fin de abordar esta cuestión, se debe tener presente que el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley, no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico de igualdad ante la ley de todos los habitantes que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas. La igualdad establecida en la Constitución no es otra que el derecho que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros. El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados, o tratar desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes... el derecho constitucional argentino contiene, a partir de la incorporación de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, la prohibición expresa de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación debe reflejarse en su legislación, de lo cual es un ejemplo la ley 3592, como también el art. 17 L.C.T, en cuanto “prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”.

La garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 C.N.) y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 C.N.); este Tribunal ha señalado que no se puede obligar a un empleador -contra su voluntad - a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia, y una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio. Una vez delineados los aspectos fundamentales de los principios de igualdad ante la ley a la no discriminación y libertad de contratar, corresponde abordar la cuestión federal planteada: si la ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada y, en caso afirmativo, cuál es el alcance del remedio que cabe otorgar de configurarse la hipótesis prevista en su art. 1°. Los inequívocos términos de la norma transcripta no permiten exceptuar el ámbito de las relaciones laborales de las previsiones de la ley citada. Una conclusión contraria implicaría desconocer la generalidad de su alcance y la finalidad perseguida por el legislador con su dictado, corresponde analizar cuál es el alcance del remedio que cabe otorgar de configurarse la hipótesis prevista en el art. 1°: el afectado -discriminado- tiene derecho a que se “deje sin efecto” el acto discriminatorio y se le resarzan los daños y perjuicios sufridos; este tipo de actos en el ámbito laboral es menester distinguir aquellos cuyos efectos se proyectan sobre la relación sin extinguirla, de los orientados a ponerle fin. En la primera de las hipótesis, el afectado podrá reclamar tanto el cese de los efectos de la conducta discriminatoria como la reparación pertinente sin que el tracto relacional sufra alteración alguna. En cambio, cuando, como en autos, el acto discriminatorio se endereza a dar por terminado el vínculo corresponde establecer, es pertinente ordenar la continuación forzosa del contrato laboral. Es en el contexto de esta segunda alternativa que se plantea la controversia que el recurrente trae a consideración del tribunal sobre el balance entre el derecho del trabajador a no ser despedido por motivos discriminatorios y la libertad de contratar del empleador, dentro de la cual se encuentra la facultad de dar por terminado el vínculo contractual afrontando, en la medida establecida por la ley, los costos que ello genera al trabajador. Cuando se verifica un despido por motivos discriminatorios, si bien la L.C.T. tutela el derecho a no sufrir discriminaciones prohibidas, dentro de ciertos límites que tienden a

armonizar los derechos de ambas partes; la legislación específica contiene soluciones para el supuesto de despidos discriminatorios que implican una protección más intensa para el trabajador que la otorgada para el general de despido sin justa causa, pero que no llega a suprimir la posibilidad del empleador de poner fin a la relación laboral, los remedios elegidos consisten, para algunos casos, en elevar considerablemente el costo que debe afrontar el empleador por la decisión de despedir sin causa al trabajador (despido motivado en el matrimonio del trabajador, art. 182 L.C.T.; o en el embarazo de la trabajadora, art. 178 L.C.T.), mientras que, en otras situaciones, la respuesta prevista por la ley es la de cancelar, por tiempo determinado, la posibilidad de despido directo sin causa (art. 177 LCT; arts. 48 y 50 de la Ley de Asociaciones Sindicales, 23.551). En ambos supuestos, la política legislativa tiene un componente común: la presunción que el despido es discriminatorio tiene vigencia por un plazo determinado (tres meses anteriores y seis posteriores al matrimonio -art. 181 L.C.T.; por el tiempo que dure la gestación -art. 177, 3^{er} párrafo, L.C.T.; siete meses y medio anteriores y posteriores al parto -art. 178 L.C.T.; por el tiempo que dure el cargo gremial, más un año -art. 48 Ley de Asociaciones Sindicales-; seis meses a partir de la postulación - art. 49 ley sindical). Fuera de esos márgenes temporales, recupera vigencia el régimen general previsto en la L.C.T. sobre el despido sin justa causa; en línea con lo que se acaba de exponer, es el precedente Madorrán (Fallos 330: 1989), esta Corte precisó que, tras la reforma que incorporó el art. 14 bis, la Constitución Nacional prevé un distinto grado de estabilidad en el empleo según el ámbito público o privado en que se desarrolle la relación. En el primero de esos ámbitos la regla es la estabilidad, comúnmente denominada propia o absoluta, donde la cesantía solo tiene cabida ante la configuración de alguna causal expresamente prevista por la ley comprobada en el curso del pertinente sumario administrativo donde el interesado pueda ejercer su defensa. En cambio, en la esfera privada, rige la llamada estabilidad impropia o relativa que, sin desconocer la vocación de permanencia o continuidad del contrato de trabajo, admite la extinción por despido mediante el pago de una indemnización. El derecho vigente, con carácter temporal y de modo excepcional, confiere una protección mayor ante supuestos de despido discriminatorio. En vista de todo lo expuesto cabe concluir que cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios con la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar dentro de un plazo

cuyo inicio y culminación se encuentra determinado por la ley respectiva. Es el modo que se ha llegado a conciliar los derechos de una y otra parte del contrato de trabajo. Nada de esto sucede con la ley 23.592, en razón del carácter general y transversal a todas las ramas del derecho, requiere una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado. Por lo tanto, las consecuencias jurídicas que debe tener la comprobación de un acto discriminatorio han de ser definidas en consideración del contexto que ofrece la relación de trabajo privada y el principio de estabilidad impropia que gobierna el derecho laboral argentino que contempla una reparación agravada y no incluye la reinstalación forzosa del trabajador en la relación laboral, salvo previsión expresa y siempre por un plazo determinado. Ante la ausencia de previsiones legislativas expresas para otros supuestos de despidos discriminatorios, debe acudir a una solución por analogía, repare debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador; aplicando los parámetros previstos en la L.C.T. para otros supuestos de despidos discriminatorios (por maternidad o matrimonio), resulta la medida más adecuada para armonizar los derechos en juego. La solución propuesta no resulta incompatible con la interpretación respecto de esta problemática se ha efectuado en el ámbito del derecho internacional”.

El mismo día (7/12/2010) la Corte resuelve la causa “Pellejero”²³, declarando procedente el recurso extraordinario interpuesto por el Banco Hipotecario en contra de la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, que por mayoría hizo lugar al amparo de la actora ordenando la reinstalación en su puesto de trabajo, por estimar que existió un despido discriminatorio dada su condición de esposa del secretario general de la Seccional Viedma de la Asociación Bancaria, y por lo tanto deja sin efecto la sentencia recurrida, costas por su orden.

El fundamento de la resolución, fue porque “... en ningún tramo del fallo se explica de qué modo o mediante qué hechos o circunstancias concretas, habría quedado patentizada la alegada conducta discriminatoria de la empleadora. Tampoco se individualizan los elementos de juicio incorporados al expediente cuya ponderación podría conducir a tener por probado ese extremo”.

²³ “Pellejero, María Mabel s/ amparo s/ apelación”, Fallos 1697.XLI.

“... además, la falta de solidez de la imputación de discriminación que se efectuó en la demanda, ha quedado claramente en evidencia en el transcurso de la audiencia pública celebrada ante el tribunal, especialmente a través de las respuestas del representante de la actora a preguntas que le fueron realizadas”.

“... en las condiciones expresadas, el desmoronamiento de la proposición inicial del razonamiento del a quo, al dejar al descubierto que en el caso quedó demostrada la no configuración de un supuesto de discriminación susceptible de ser encuadrado en el art. 1º de la ley 23.592, determina la pérdida de sustento de las conclusiones que se extrajeron en el fallo, con arreglo al régimen legal e impide que se proyecte aquí la doctrina establecida por esta Corte en la citada causa “Alvarez”.

Evaluación de ambas sentencias: Teniendo en cuenta las sentencias de la C.S.J.N., extraemos las siguientes conclusiones:

1º. En “Alvarez” la mayoría admite la aplicación de la ley 23.592, omitiendo analizar el debate parlamentario de disputados y senadores, donde el fundamento de la norma fue sancionar actos discriminatorios de raza, religión o cuestiones políticas;

2º. Se soslaya como antecedente el proyecto del diputado Cornaglia, con aprobación de la Cámara de Diputados, establecido sanciones expresas para los supuestos de discriminación, aprobado con posterioridad a la ley 23.592 (5/9/1988), demostrando que se entendía que dicha norma no se proyectaba a los contratos de trabajo;

3º. Igual situación aconteció con el art. 11 de la ley 25.013 (24/9/1998), que dispuso: “*En este supuesto (despido discriminatorio) la prueba estará a cargo de quien invoque la causal. La indemnización prevista se incrementará en un 30%...*”, todo ello demuestra que ley 23.592 no comprendía las relaciones laborales;

4º. Por *interpretación*, ante el vacío legislativo, y con fundamento en los tratados y convenios internacionales, se considera por “*pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización, y a reparar el daño moral y material ocasionados*”, significa **anular el despido y ordenar la reincorporación, como reparaciones morales y materiales el pago de los salarios caídos.**

5º. En “Pellejero”, se rechaza el principio de “*inversión de la carga probatoria*”, y por lo tanto a quien invoca el acto discriminatorio le

correspondía demostrar su existencia como causal del acto (similar al art. 11 ley 25.013).

6°. Teniendo en cuenta que la mayoría fue por un voto (cuatro contra tres), la doctrina puede cambiar en función de la composición de la Corte al no ser un criterio unánime.

B. Estabilidad del empleado público

Respecto a la ***estabilidad del Empleado Público***, la Junta Consultiva Nacional no lo trató en su dictamen, en cambio la Subcomisión de Derechos Sociales y Gremiales consignó el principio “***estabilidad del empleado público***”.

En el debate, los diputados constituyentes Raúl Riva y Darío Miró propusieron la fórmula “*el empleado público gozará de estabilidad en su empleo y sólo podrá ser removido por justa causa, con recurso judicial de apelación*”, no aceptado por la Comisión que aprobó el texto vigente.

Ante lo escueto e impreciso de ambas garantías correspondía al Congreso Nacional interpretarlas y aclararlas, por su incumplimiento la C.S.J.N. cubre el vacío legislativo.

La Corte analiza dos temas trascendentes:

1. Posibilidad de regular la estabilidad del empleado público por C.C.T. y,
2. Situación de los contratados por la administración pública.

a. Estabilidad del empleado público

La Sala VI de la CNAT revocó la sentencia de primera instancia, declarando inconstitucional el art. 7° del C.C.T. 56/92, aprobado por Laudo 16/92, y ordenó a la Administración Nacional de Aduanas (A.N.A.) que reincorpore a la actora Madorrán y le abone los salarios caídos desde el 27/11/1996 hasta su reincorporación o de no concretarse aquella hasta el momento de su jubilación. Es decir, declaró la inconstitucionalidad del sistema de estabilidad relativa consagrada en el C.C.T. para un empleado de la administración nacional, por considerar que dicha garantía esta plasmada en el art. 14 bis C.N., en los términos “***estabilidad del empleado público***”.

Contra dicho pronunciamiento la A.N.A. interpuso recurso extraordinario porque “el personal de la A.N.A. se encuentra comprendido en el C.C.T. aprobado por el laudo 16/92, y excluido del régimen de la ley 22.140 (confr. art. 2º, inc. g), sus empleados están sujetos tanto a la L.C.T. como al régimen de las convenciones colectivas (confr. art. 2º, inc. a, de la ley 20.744), porque la ley 20.290 así lo dispuso.

“La estabilidad, salvo pocas excepciones, para los empleados públicos, es considerada como un elemento natural de la relación con la administración, por la naturaleza especial del servicio y de la función pública, que es perenne y sujeta a mínimas variaciones, según lo observó esta Corte, “la existencia de un claro interés público en la proscripción de la arbitrariedad jerárquica o de la política partidaria en la organización burocrática estatal” (Fallos 261:361, 366, considerando 11).

Por lo contrario, si se produjera alguna duda en la interpretación del art. 14 bis, es aconsejable recordar que la estabilidad propia del empleado público es la solución que concuerda con los principios y pautas de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, en buena medida están implícitos en la Constitución histórica, han sido expresamente incorporados por vía del art. 75.22, al dar jerarquía constitucional a los mayores instrumentos internacionales en la materia. Esta Corte en el caso “Berçaitz” resolvió que “tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis*. Las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el ‘bienestar’, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad” (Fallos 289: 430, 436; asimismo: Fallos 293:26, 27).

En suma, la “estabilidad del empleado público” preceptuada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional significa, a juicio de esta Corte, que la actora no pudo válidamente ser segregada de su empleo sin invocación de una causa justificada y razonable, de manera que su reclamo de reinstalación resulta procedente.

Si esto no hubiere sido así, habría sido suficiente un único término: “protección contra el despido arbitrario”, que no es otra cosa que la llamada estabilidad en sentido impropio, ni el texto constitucional ni sus antecedentes dan sustento.

Es preciso destacar que no resulta aplicable a todos los empleados de la Administración Pública Nacional. La solución de cada caso está

condicionada por la naturaleza de la vinculación del empleado con la administración y requiere el examen de la forma de incorporación del agente, de la normativa aplicable y de la conducta desarrollada por las partes durante la vinculación²⁴.

De lo expuesto surge que ***el empleado público para tener derecho a la estabilidad absoluta debe haber sido designado por un acto administrativo válido en la planta permanente de la repartición.***

b. Situación de los contratados por la administración pública

La doctrina y la jurisprudencia debaten actualmente sobre la legitimidad del Estado (nacional, provincial o comunal) para: a) incorporar personal mediante el sistema de “contratos periódicos”, para realizar tareas similares o no al personal de planta permanente y, b) al extinguir el vínculo por la no renovación contractual, si procede el pago de alguna indemnización.

Las sentencias que han admitido los reclamos efectuados por el personal contratado, reconocen que la renovación de contratos por la administración no está contemplada legalmente, pero existe una *ratio decidendi* o igualdad jurídica, no ha sido fácil acreditar la naturaleza del vínculo, por ello se los excluye de la estabilidad del empleado público, pero cuando se demuestra que prestó servicios a la orden de la administración pública, cumpliendo un régimen de asistencia horaria a cambio de una retribución mensual, no queda dudas que entre las partes se ha producido una relación de trabajo, y corresponde encuadrarlo en función del principio de “*primacía de la realidad*” como empleado público. Por lo tanto si se han demostrado los tres requisitos para la procedencia de la analogía, se aplican las normas que reglamentan la garantía -menos intensa- de protección contra el despido arbitrario, reconociéndole una indemnización idéntica a la del art. 245 L.C.T.²⁵.

²⁴ “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nac. de Aduanas”, 3/5/2007. Con similares fundamentos se declaró inconstitucional el art. 11 inc. c. del C.C.T. 46/75 aprobado por laudo 15/91 para los empleados de la D.G.I. en la causa “Ruiz, Emilio c/ Dirección General Impositiva”, 15/5/2007.

²⁵ “Borda, María Soledad c/ Fuerza Aérea Argentina” y “Uson, Isabel c/ Estado Nacional”, Sala X, CNAT, 21/5/2009; “Ricciardi, Darío c/ “Organismo Regulador del Sistema Nacional”, Sala VII, CNAT.

En cambio para la Corte, "... el voluntario sometimiento a un régimen sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior (Fallos 312:245)", la demanda no se funda primordialmente en el cuestionamiento del régimen aprobado por el decreto 4381/73, sino en el incumplimiento de los límites temporales en él establecidos y la consiguiente obligación de responder que cabe al trasgresor: el Estado Nacional.

No significa que el mero transcurso del tiempo haya modificado la situación irregular del actor, que tiene derecho a la reparación de los perjuicios derivados del obrar ilícito de la demandada, pero no podría solicitar su reincorporación al empleo ni la aplicación de un régimen laboral específico para el cálculo de la indemnización, porque vulneraría el régimen legal de la función pública, y el principio constitucional que corresponde al Congreso autorizar anualmente el presupuesto general de gastos de la Administración Nacional, y toda erogación que se aparte de estos límites resulta ilegítima (arts 75, inc. 8° C.N. y 29 ley 24.156).

La Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional 25.164, establece un régimen diferenciado para empleados que ingresen a la planta permanente y para aquellas personas contratadas o designadas como transitorias; el art. 8° sólo reconoce estabilidad a quienes ingresen a cargos pertenecientes al régimen de carrera, y cuya financiación esté prevista en la Ley de Presupuesto. En tales condiciones, si se atribuye esa estabilidad a quien no ha sido incorporado con los requisitos y medios de selección para el ingreso a la carrera administrativa, se estaría trastocando el régimen previsto por la ley 25.164; y también se altera el monto autorizado por el legislador, en forma diferenciada, para financiar gastos correspondientes a personal contratado y personal permanente.

Esta cuestión se diferencia con la causa "Madorrán" (Fallos 330:1989), porque el actor había sido designado como empleado de la planta permanente y, como tal, tenía derecho a la estabilidad en su cargo ²⁶.

El trabajador contratado por la administración carece de legitimidad para reclamar una indemnización por la no renovación de los contratos, salvo que la repartición pública expresamente lo haya dispuesto en una

²⁶ "Ramos, José Luis c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa", 6/4/10; "Sánchez, Carlos c/ Auditoría General de la Nación", 6/4/10.

norma específica. En “Ramos”, el decreto 4381/73 establecía un plazo máximo de contratación de cinco años, habiéndose acreditado que el actor trabajó durante 21 años por contratos sucesivos, la Corte aplicó por analogía el art. 11 de la ley 25.164, que fija una indemnización de un mes de sueldo por cada año de servicio.

En el mismo sentido “González Diego María c/ Ministerio de Trabajo (5/5/2011) y “Cerigliano Carlos c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As.” (19/4/2011).

IV. La solidaridad en el contrato de trabajo

Con relación a la solidaridad en las relaciones del trabajo, la Corte ha tenido diferentes pronunciamientos, según su composición en las causas que a continuación detallamos:

1. “Rodríguez, Juan c/ Compañía Embotelladora”, 15/4/93.
2. “Luna, Antonio c/ Agencia Marítima Rigel”, 2/7/93.
3. “Escudero, Segundo c/ ‘Nueve A.’ y Sociedad Rural Argentina”, 14/9/00.
4. “Páez, Augusto y otro c/ Sindicato del Seguro de la República Argentina”, 18/10/06 (rechaza la queja, queda firme la sentencia del *a quo* aplicando la solidaridad contra la totalidad de los demandados, con la disidencia de Lorenzetti).
5. “Ajis de Caamaño c/ Lubeko S.R.L. e ‘Y.P.F.’”, 26/2/08 (deja firme la condena solidaria a Y.P.F., por reclamos de empleados de “Lubeko”, que era quien hacía la limpieza tanto en los edificios como en los obradores en zona rural), disidencia de Lorenzetti, Fayt, Maqueda.
6. “Preiti, Pantaleón Luján c/ Elemac”, 2008 (se revoca la sentencia que rechazó la condena a Telefónica de Argentina).

En la causa “Benítez” la Corte juzgó conveniente y oportuno adherirse a las disidencias formuladas en “Rodríguez, Juan Ramón” (Fallos 316:713) por los jueces Fayt, Petrachia y Nazareno, y la disidencia de Belluscio en la causa “Encinas” (Fallos 321:2294 y 2297), porque es impropio de su cometido jurisdiccional -en el marco de un recurso extraordinario- **“formular una interpretación de la norma por su carácter de derecho común y por lo tanto extraño a la competencia de la Corte.**

La alegación de haberse dictado sentencias que se dicen contradictorias en materia de derecho común, no plantea problema constitucional ni autoriza la intervención de la Corte a fin de unificar pronunciamientos en temas no federales (Fallos: 274:450; asimismo, Fallos: 287:130; 307:752). Las cuestiones atinentes al derecho del trabajo no flexibilizan esta regla: si la Corte Suprema “entrara a conocer el fondo de un litigio con el propósito de fijar la recta interpretación de la ley común aplicable y conseguir la uniformidad jurisprudencial sobre el punto, so color de restablecer la igualdad constitucional supuestamente violada por fallos contradictorios de diversos tribunales del país sobre una misma cuestión en materia laboral, ejercería una facultad ajena al recurso extraordinario”²⁷.

Por lo tanto, a partir de “Benítez”, la única posibilidad de recurrir por la vía extraordinaria ante la C.S.J.N. es si la sentencia del *a quo* es “arbitraria”, “carente de fundamentación lógica y jurídica), y por lo tanto provoca una cuestión federal.

V. Corrimiento del velo de la personalidad jurídica

La doctrina judicial laboral en reiteradas oportunidades admitió la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad comercial demandada, ampliando la condena a los socios, administradores o gerentes, por considerar como incumplimientos societarios la constatación de irregularidades en las obligaciones laborales o de la seguridad social.

- Los incumplimientos con las obligaciones laborales más frecuentes fueron:

- a. empleo no registrado o deficientemente registrado;
- b. pagos salariales insuficientes o irregulares (pagos en “negro”)
- c. incumplimiento en las obligaciones de prevención y seguridad laboral. etc.

Fundamentos de la condena: el art. 54, párr. 3º, Ley de sociedades, y que el trabajo se realizó, el servicio se prestó y el carácter alimentario y asistencial del salario debe ser cumplimentado.

²⁷ “Benítez, Horacio c/ “Plataforma Cero S.A. y Club River Plate”, 22/12/09.

Para el Derecho Comercial, otorgar la amplitud de la jurisprudencia laboral, provoca la inexistencia de la ley de sociedades, sistema societario y la seguridad jurídica del sistema que limita la responsabilidad.

- “Compañía Swift de la Plata S.A.”, 4/9/1973.
- “Cingiale, María y otros c/ Polledo Agropecuaria S.A.”, 2002.
- “Carballo, Atilano c/ Kammar S.A.”, 2002.
- “Palomeque, Aldo c/ Benemeth S.A.”, 3/4/03, TSS-2003-492.
- “Tazzoli, Jorge c/ Fibracentro S.A.”, 2003.

En estas causas, no admitió el corrimiento del velo.

- “Davedere, Ana c/ Mediconex S.A.”, 29/5/2007.
- “Bresciani, José Felipe c/ Expreso San Antonio S.R.L.”, 26/2/2008.
- “Ventura Guillermo Salvador c/ Org. Remises Universal SRL – 26.02.2008.
- “Funes, Alejandra Patricia c/ Clínica Modelo Los Cedros S.A.”, 28/5/2008.

Rechaza el recurso extraordinario, queda firme la sentencia que admitió el corrimiento, con disidencia parcial.

VI. Inconstitucionalidades de la L.R.T.

1. **Art. 6° inc. 2**, texto original que limita el amparo a las enfermedades incluidas en el listado que elabora y revisa el P.E.: “Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A.” SCJ, 18/12/07 (DT 2008- A-193). Reformado por decreto 1278/00 (art. 6° inc. 2 b).

2. **Arts. 12 y 13**. Ref. por decreto 1649.2000 remite art. 208 L.C.T.. Monto prestación dineraria durante incapacidad laboral temporaria (ILT).

Antecedentes: “Sartirana, Hugo c/ Lavadero de Alfonso Sánchez”, Plenario 208 CNA del 22/9/75; “Lucero, Cristian c/ Provincia A.R.T.”, Sent. del 5/7/06, Sala 5ª CNA; “Taborda c/ Color Livings”, “Molina, Norma c/ Liberty A.R.T. del 10/9/07; “Arrieta, Miguel c/ La Caja A.R.T. del 3/8/07, ambos de Sala 10ª Cba.

3. **Art. 14, p. 2. Prestación Básica**. Pago de la indemnización mediante un pago mensual (renta periódica), “Milone, Juan c/ Asociart

A.R.T.”, del 26/10/04, “Arostegui, Pablo Martínc/ Omega A.R.T. y otro”, C.S.J.N 8/4/08, D.T. 2008-A-540. Se interpreta que está derogado, al derogar ley 26.773, el art. 19.

4. **Art. 18, inc. 2.** Originariamente excluía los padres del causante a percibir las indemnizaciones. “Medina, Orlando c/ Solar Servicios on line”, C.S.J.N. del 26/2/08; “Lescano, Demetri c/ Estructuras Metálicas Dins”.

Ref. decr. 1278/00 son derechohabientes los del art. 53 ley 24.241.

5. **Art. 19.** Contratación de la renta periódica -derogado por ley 26.773-

6. **Art. 24.** Régimen de alícuotas -derogado por ley 26.773-

7. **Art. 39, incs. 1, 2 y 3.** Exclusión acción civil -derogado ley 26.773-

8. **Art. 46.** Incompetencia Justicia Federal, Apelaciones resoluciones de las comisiones médicas. “Castillo, Ángel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A.”, 21/9/04.

9. **Teoría de la acumulación.** La víctima del siniestro laboral percibió indemnización de la A.R.T., puede reclamar -con fundamento en el Código Civil- contra el empleador, al estimar insuficiente la indemnización (*in re* “Llosco Raúl c/ “Irmi S.A.” y “Cachambí, Santos c/ Ingenio Río Grande S.A.”, ambos del 12/6/07).

10. **Responsabilidad plena ART.** Al constatar incumplimiento de las obligaciones a cargo de la A.R.T. responde por el total de la indemnización con prescindencia de lo convenido en el contrato de seguro: *in re* “Torillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro - s/Recurso de hecho” (marzo/09) - “Naval Patricio c/ Odipa S.R.L. y Gob. Ciudad Bs. AS.” (24/4/2011); “Soria, Jorge c/ RAYCES S.A.”, 10/4/2007, con disidencias de Fayt y Lorenzetti; “Galván, René c/ “Electroquímica Argentina S.A.” y otro” (30/10/2007), con disidencia de Lorenzetti entiendo que cuando se ejercita la acción de derecho común, *debe aplicarse el régimen del Código Civil, no siendo admisible la acumulación de un sistema basado en la seguridad social con uno civil.*

11. **Insuficiencia de la tarifa de la L.R.T.:** “Lucca de Hoz c/ Taddei” del 17/8/2010 con disidencia de Argibay

VII. El modelo sindical

1º. “Asociación Trabajadores del Estado (ATE) c/ MTESS”, 11/11/2008, declaró inconstitucional el inc. a, art.41 ley 23.551.

2º. “Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina”, 9/12/2009. Es inconstitucional el art. 52 ley 23.551.

En ambas resoluciones brinda amparo a las asociaciones y dirigentes de organizaciones sindicales *simplemente inscriptas, con fundamento en los convenios 87 y 98 O.I.T. y tratados internacionales, igual a las con personería gremial.*

VIII. Convenios colectivos fuente de derecho extra estatal

“Nordensthol, Gustavo c/ Subterráneos de Buenos Aires”, 2/4/1985.

- a. Existe la posibilidad de derogar cláusulas normativas por una ley posterior.
- b. Puede un CCT posterior derogar *in peius* cláusulas del C.C.T. anterior.
- c. Es inconstitucional la estabilidad absoluta de un empleado de empresa privada consagrada por un C.C.T..

VIII. Facultades de inspectores de Autoridad Administrativa del Trabajo

“Aerolíneas Argentinas c/ MTESS” (24/2/2009).

La atribución de comprobar y sancionar infracciones laborales implica el ejercicio de las facultades del organismo administrativo, sujetas al control jurisdiccional, quien decidirá en definitiva sobre la legalidad o razonabilidad del acto administrativo.

La facultad de *sancionar* abarca la de *interpretar* qué disponen las normas, descartando la inteligencia diversa que puedan invocar los particulares como justificación de su conducta, porque se consagraría una suerte de excepción, extraña a las disposiciones legales que confieren competencia a la policía del trabajo, y además conduciría a una atenuación de esta autoridad, y su paralización, le bastaría al empleador inspeccionado aducir que la inteligencia de la norma es distinta de la del órgano administrativo de aplicación, que inhibirse de ejercer sus facultades punitivas.

Un régimen legal de policía del trabajo, con un alto nivel de eficiencia, es un corolario preceptivo del principio protectorio, consagrado en el art. 14 bis C.N. y los convenios.81 y 129 O.I.T., para el fortalecimiento de la policía del trabajo

IX Cooperativas de trabajo

“Lago Castro c/ Cooperativa Nueva Salvia”(24/11/2009)

La Corte reivindica la figura de la cooperativa como instrumento de cambio social, máxime cuando la empresa se recuperó por los trabajadores constituyendo una cooperativa. Para la Corte la aplicación del art. 27 L.C.T. -socio empleado- colisiona de alguna manera con la esencia del sistema de cooperativas de trabajo, con lo cual para que proceda la condena a una cooperativa de trabajo, como empleador debe necesariamente demostrarse el fraude en la constitución de ésta, es decir un uso fraudulento de dicho esquema.

X. Participación en las ganancias

“Gentini, Jorge c/ Estado Nacional - MTESS” (12/8/2008)

- La participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección, integra el plexo de derechos y garantías (art.14 C.N.), las leyes deben asegurar su cumplimiento.

- La ley 23.696 obliga a las licenciatarias del servicio telefónico a emitir los bonos a su personal de participación en las ganancias, las empresas deben adoptar las medidas conducentes para su cumplimiento, por lo tanto no sabe invocar como excusa la falta de mención en la reglamentación o la necesidad de una ulterior adecuado estatutaria.

- Es inconstitucional el art. 4° del decreto 395/92 al disponer que las empresas licenciatarias no estaban obligadas a emitir los bonos de participación en las ganancias (con la disidencia de Petracchi y Argibay).

XI. Conclusión

Para lograr los fines propuestos sería conveniente aplicar los conceptos de monseñor Zaspe, quien sostuvo enfáticamente:

“La Argentina se construirá cuando supere su crisis de sinceridad,
Cuando cada uno diga lo que haya que decir y pueda decirlo;

Cuando cada ciudadano y cada institución haga lo que deba hacer;

Cuando la Iglesia evangelice, el gobierno gobierne, las cámaras legislen, la universidad enseñe, los colegios eduquen, los estudiantes estudien y los trabajadores trabajen;

Cuando la Capital sea sólo Capital y las provincias algo más que administraciones; cuando la patria valga más que un partido y el partido actúe en clave de patria;

Cuando la denuncia sea investigada y el sinvergüenza castigado;

Cuando la realidad desplace al ensueño y la creación al slogan;

Cuando las instituciones sirvan al país, las leyes se apliquen a todos y la justicia sea pareja para todos.

La Argentina puede salvarse, pero desde la sinceridad de la verdad, la objetividad de la justicia y la energía del amor”.

LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”¹

por HORACIO ROITMAN²

SUMARIO: I. La persona jurídica y su proyección. II. Las sociedades comerciales. III. La unipersonalidad. IV. La sociedad residual. V. Los acreedores de la sociedad y de los socios. VI. Cónyuges. VII. Herederos menores. VIII. La sociedad por acciones y su socio. IX. Ampliación del principio de subsistencia social.

I. La persona jurídica y su proyección

La unificación ha regulado la *persona jurídica* a partir del art. 141 del Proyecto, receptando los criterios tradicionales de la doctrina, y los aportes que a la teoría de la personalidad realizó el estudio y desarrollo de las *sociedades comerciales*. Destacamos: (i) centro de imputación diferenciado de sus miembros (art. 143); (ii) capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 141); (iii) institución de la persona jurídica por una disposición del ordenamiento jurídico (art. 141); (iv) inoponibilidad de la persona jurídica (aporte derivado del extraordinario desarrollo del actual art. 54 L.S., que aparece reflejado en el art. 144); (v) distinción entre personas jurídicas públicas y privadas (art. 145); (vi) enumeración de las personas jurídicas privadas (se reconocen todas las actualmente vigentes, se agrega el *consorcio de propiedad horizontal*) y se remarca el carácter enunciativo de esta norma, pues incluye toda otra que el Código o una ley especial le confiera tal carácter, lo que es con-

¹ Conferencia pronunciada en sesión ordinaria del 11 de junio de 2012.

² Académico de número.

gruente con el art. 141; (vii) los atributos de la personalidad son: *nombre* (art. 151), *domicilio y sede social* (art. 152), *patrimonio* (art. 153), *duración* que en general es *ilimitada* excepto que para el tipo especial se prevea lo contrario (*v.gr.* las sociedades comerciales) o la disposición estatutaria (art. 155), *objeto* preciso y determinado (art. 156); *comienzo de su existencia* a partir de la constitución, independientemente de su registración o inscripción (art. 142). Respecto a su *funcionamiento* se incluyen reglas generales, que también son el resultado fundamentalmente de la experiencia en las sociedades comerciales: (viii) modificaciones del estatuto y oponibilidad a terceros (art. 157), gobierno, administración y fiscalización (art. 158), deber de diligencia e interés contrario (art. 159), siguiendo el criterio del actual art. 59 L.S. y art. 272 L.S. hoy expresamente reconocido para las anónimas, *responsabilidad de los administradores* (art. 160), obstáculos que impidan adoptar decisiones, para superar los casos de empates permanente (art. 161), transformación (art. 162) y (ix) procedimiento para la disolución y liquidación (arts. 163 a 167).

La importancia de estos principios generales radica en uniformar para todos los tipos, estén regulados en el Código (*v.gr.* simples asociaciones, asociaciones civiles, fundaciones o el consorcio de propiedad horizontal), o en leyes especiales (*v.gr.* sociedades comerciales, cooperativas, mutuales, etc.) las exigencias a cumplir para gozar de las prerrogativas que confiere el tipo, como asimismo contar con normas que hagan a la responsabilidad, interés contrario, o procedimientos para adoptar decisiones, que hoy están enunciados con carácter general en la L.S. (art. 59, criterio del buen hombre de negocios), o la responsabilidad (art. 274 y ss. L.S.).

Hubiera sido deseable que en esta sección, además de los parágrafos 1, *atributos*, 2, *funcionamiento*, y 3, *liquidación*, se hubiera incluido un cuarto relativo a las acciones comunes a todos los tipos, a saber: (i) procedimiento en cualquier acción judicial contra la persona jurídica o sus administradores, (ii) impugnación de las decisiones de órganos (asamblearias, de socios, de administración, de control sindical o consejo de vigilancia) aprovechando el extraordinario desarrollo del art. 251 L.S.; (iii) regular la acción de remoción, con sus presupuestos esenciales y plazos de caducidad o de prescripción; (iv) medidas cautelares, para lo cual se podría haber aprovechado la fecunda experiencia derivada del instituto de la intervención judicial (art. 113 y ss. L.S.); y (v) desarrollar con mayor amplitud el sistema de responsabilidad de los administradores (los arts. 158 y 159 del Proyecto son insuficientes comparados con los

actuales 59 y 274 de la L.S., y la doctrina que de ellos se ha derivado). De esa manera se habría contado con un repertorio de normas comunes a todos los tipos, que hoy se encuentran dispersas: algunas normas relativas a la sociedad civil, la intervención judicial en la parte general de sociedades, y la impugnación de decisiones asamblearias y responsabilidad únicamente referidas a la anónima.

Tan lo ha tenido en cuenta el Proyecto que en el art. 177, referido al tratamiento de la responsabilidad de los administradores de la *asociaciones civiles*, si un 10% de asociados se opone a su aprobación, “... *quienes se opusieron pueden ejercer la acción social de responsabilidad prevista para las sociedades en la ley especial*”. Y a su vez “*Se aplican supletoriamente las disposiciones de las sociedades comerciales en lo pertinente*” (art. 186). Estas dos remisiones a un cuerpo legislativo que es complementario del Proyecto, son una buena muestra hasta donde las normas de carácter general que referíamos sería conveniente incluirlas en una *parte general* común a todos los tipos.

De todos modos constituyen un avance las normas de carácter general precedentemente enunciadas, pero terminarían de completar los principios generales comunes a todos los tipos, desarrollando con mayor amplitud los institutos referidos en el párrafo que antecede. La estructura del régimen adoptado lo permite: bastará con agregar en algunas de las normas de esta parte general, los aspectos comunes a todos los institutos. Por ello la primera evaluación general es positiva.

II. Las sociedades comerciales

El anteproyecto contenía: i) un régimen amplio e irrestricto para la unipersonalidad; ii) un desarrollo amplio del sistema de acciones societarias, y las previsiones para incluir normas sobre arbitraje en los contratos o estatutos, como modo alternativo de resolución de conflictos, valuaciones de participaciones sociales supliendo deficiencias contractuales; iii) la previsión de una política grupal en interés del grupo; iv) la responsabilidad de los administradores en un grupo, atendiendo a la política grupal; v) la amplitud en las relaciones de una sociedad con otras; vi) la contabilidad y los medios telemáticos, domicilio electrónico, reuniones a distancia, y los tipos de soporte tanto para los libros como las actas; vii) la sociedad residual, viii) enfatizar el principio de conservación de la empresa y ix) ex-

cluir los contratos de colaboración empresaria hasta hoy incluidos en la ley de sociedades, y que ellos formen parte de los contratos en particular. El Proyecto acotó estas propuestas a las necesarias para materializar el sistema de unificación que se propicia, y reservó para un futuro proyecto de reforma a la ley de sociedades que contemple esas propuestas. Los contratos de colaboración y el negocio en participación fueron incluidos en el Proyecto, y excluidos de la L.S.

La nueva denominación es *Ley General de Sociedades*, conserva su numeración (19.550, t.o. en 1984) y el orden de su articulado. Las referencias que siguen lo son a esta ley o a su abreviatura (L.S.).

En consecuencia, ahora las cuestiones esenciales que contempla son las siguientes: i) unipersonalidad, restringida; ii) la sociedad residual, como la preveía el anteproyecto, iii) la sociedad socia, iv) la sociedad entre esposos, v) adecuación del régimen de bienes de menores sujetos a indivisión forzosa, y vi) el principio de conservación.

III. La unipersonalidad

El sistema adoptado por el proyecto es el siguiente: a) admite la sociedad unipersonal, es decir constituida por un solo socio (art. 1º), o sobreviniente por reducción a uno del número de socios (art. 94 bis); b) debe indefectiblemente adoptar el tipo *sociedad anónima*; c) la denominación debe incluir el aditamento “*sociedad anónima unipersonal*”, su abreviatura, o la sigla *SAU* (art. 164); d) el capital debe estar integrado totalmente al momento de su constitución (art. 187); e) quedan sujetas al contralor estatal permanente (art. 299, inc. 7); f) la prohibición a una sociedad unipersonal de constituir otra unipersonal (art. 1º).

El modelo que se propicia es restringido, y será de utilidad para la denominada *filial total o al cien por ciento*, que facilitará a cualquier empresa la organización de una parte de sus negocios bajo esta forma. Los grupos, las sociedades extranjeras, y toda sociedad o persona que tenga interés en organizar bajo este tipo su actividad podrán hacerlo ahora sin recurrir al requisito de la pluralidad de constituyentes³.

³ Recomendamos consultar los estudios de Efraín Hugo RICHARD: *Pluralidad de socios y cuestiones conexas*, Summa Societaria, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, t.

En todos los supuestos el directorio deberá ser plural integrado con tres directores por lo menos (art. 255 L.S.), y sindicatura colegiada en número impar (art. 284).

IV. La sociedad residual

Los arts. 21 a 26 han sido sustituidos por una sociedad a la que preferimos denominar *residual*, aun cuando el título de la Sección IV, Capítulo I de la ley 19.550 se denomina ahora “*De las de las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos*”.

Entendemos que con el sistema propuesto se superan algunos de los problemas que traen aparejadas las denominadas *sociedades de hecho*, pues se eliminan; a) la sanción que constituye responder en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales, y b) que el contrato social no sea oponible entre los socios.

Supuestos comprendidos. Las sociedades no constituidas con las formalidades exigidas por esta ley, las que omitan requisitos esenciales (art. 21) y las que omitan requisitos esenciales tipificantes, en lugar de ser nulas, no producen los efectos del tipo y quedan regidas por esta sección (art. 17).

Es un avance notable, pues se consagra con ello el principio de conservación de la sociedad ya instituido en el vigente art. 100 L.S. En la actualidad ello sólo puede subsanarse antes de su impugnación. Y respecto a las sociedades que no respondan a un tipo autorizado hoy son nulas, en cambio con el nuevo régimen también quedan comprendidas en esta sección.

Contrato social. Socios. Se sustituye una de las características distintivas de la actual *sociedad de hecho*. Se propone que el contrato so-

I, pág. 245; *Notas sobre la sociedad constituida por un único socio*, CD XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial.-Rosario junio de 2012 y en www.acaderc.org.ar; *En torno a la sociedad constituida por una declaración de voluntad*, en prensa, Abeledo-Perrot; *Sobre la sociedad constituida por un único socio*, Newsletter N° 258, agosto 8 de 2012, en Societario.com

cial sea oponible entre los socios, lo cual permite superar una dificultad vigente, que es la de poder discutir entre los socios las cuestiones derivadas de su relación social. Las previsiones contenidas en el contrato serán válidas entre ellos, y los reclamos individuales o recíprocos que puedan efectuarse, incluso las acciones de responsabilidad serán perfectamente viables con esta solución (art. 22).

Contrato social. Terceros. Como este contrato no tiene ninguna publicidad, la oponibilidad hacia los terceros se limita a dos supuestos: a) que los terceros lo conocieron efectivamente al momento de la contratación con la sociedad, y b) puede ser invocado por los terceros, a su conveniencia, si con posterioridad a la contratación, o por cualquier otro supuesto que deba el tercero tener alguna relación con la sociedad, declara conocerlo. Tal oponibilidad es extensiva tanto a la sociedad, como a sus socios y administradores. Va de suyo que esta distinción, implica reconocer el centro de imputación diferenciado, la calidad de socios a sus integrantes y la existencia de personas que pueden ser sus administradores (art. 22).

Representación, administración y gobierno. Las previsiones contractuales son oponibles entre los socios (art. 23). Es decir que, sin perjuicio de la responsabilidad a título de socio (art. 24), hay un reconocimiento expreso de quien tiene la función de administrar y representar a la sociedad. A nuestro juicio, aun cuando no está previsto en el ordenamiento, el carácter de administrador bien puede ser asumido por un tercero distinto de los socios.

Representación frente a terceros. Aquí se hace una sutil distinción derivada del cambio de régimen, que es acorde con la realidad negocial: a) cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato; b) más si el contrato contiene restricciones u otras disposiciones limitativas, el tercero puede invocarlas, y c) la disposición restrictiva contenida en el contrato (v.gr. la forma plural de obligar a la sociedad) puede serle opuesta por la sociedad al tercero, si éste conocía al tiempo de la contratación las disposiciones contractuales (art. 23). De alguna forma se recoge una fructífera experiencia derivada del actual art. 12 L.S., según el cual las modificaciones no inscriptas obligan a los socios, y se supera el problema de la inoponibilidad y la restricción actual que los terceros puedan invocarlas contra las sociedades de responsabilidad limitada o anónimas. La práctica indicará si esta norma supera la actual restricción del art. 12 L.S., y es probable que la solución sea satisfactoria.

Bienes registrables. Esta norma supera la vigente y establece cuatro principios, que son importantes para todo el régimen: a) la existencia del contrato, que debe ser presentado al registro, b) la presencia de todos los socios, o un acto de ratificación para que el representante pueda actuar; c) la posibilidad de que las participaciones sociales tuvieran distinta proporción, lo que naturalmente debe emanar del contrato, d) que el bien se inscriba a nombre de la sociedad, y que la transferencia a favor de la sociedad debe ser hecha por escritura pública. Se ha comentado que esta norma es insuficiente pues no prevé la enajenación del bien, ya que sólo se refiere a la adquisición; en nuestra interpretación, el principio general de que quien puede lo más (adquirir para lo cual se supone que hay alguna contraprestación que es un acto de disposición) puede lo menos (disponer a cambio del ingreso del contravalor correspondiente) no existiendo ninguna restricción legal, ni una limitación contractual, pues ello es connatural al mismo tráfico comercial.

Prueba. Se sigue el mismo criterio vigente: cualquier medio de prueba es admisible. Cabe aquí una acotación, y es que en los supuestos de oponibilidad que se han previsto, tanto entre socios como frente a terceros, el instrumento debe reunir los requisitos mínimos para que en la disputa éste pueda ser considerado válido (tales como la firma, la fecha si fuere necesario, eventualmente la fecha cierta en algunos casos, etc.) todo lo cual queda regido por las disposiciones generales del Proyecto sobre *instrumentos privados e instrumentos públicos*.

Responsabilidad. Lo que constituye el cambio más radical del instituto es la responsabilidad de los socios. Se deja de lado la solidaridad y no limitación, y se lo sustituye por un régimen de *responsabilidad mancomunada simple*. Avanza además el proyecto, pues la distribución de esa responsabilidad es por partes iguales si el contrato nada prevé, pero por el contrario distintas proporciones pueden surgir “... *del contrato*” y además que dichas diferentes proporciones lo puedan ser con respecto a “... *una relación...*”, o “... *un conjunto de relaciones*”; dicho en otros términos, los socios pueden pactar una determinada proporción, o en casos particulares una diferente proporción de responsabilidad con el tercero (art. 24). Congruente con las normas anteriores respecto a la *oponibilidad*, ésta resultará de la previsión contractual o del instrumento en particular que vincule a los socios con el tercero.

Solidaridad. Contempla dos supuestos: a) la previsión contractual, es decir que los socios dejen sin efecto el beneficio de la responsabilidad

mancomunada, y b) la que resulte del tipo que “... *manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales y formales*”. Comprende el supuesto de sociedades de personas (v.gr. donde la responsabilidad es solidaria e ilimitada) y permite la proporción diversa cuando el tipo lo admite (v.gr. de responsabilidad limitada y anónimas).

Subsanación. Prácticamente todos los inconvenientes, deficiencias o infracciones, que no constituyan un supuesto de nulidad absoluta pueden ser subsanados. La fórmula adoptada es amplísima y permite superar “... *la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales*” que pueden ser subsanados en cualquier tiempo, para lo cual: a) la unanimidad es el principio, b) a falta de unanimidad el juez puede suplir la falta de acuerdo, c) los socios que no lo consientan pueden ejercer el derecho de receso (art. 92 L.S.).

Disolución. Liquidación. Subsiste la posibilidad hoy vigente de que cualquier socio requiera la disolución, cuyos efectos se producirán a los 90 días de la última notificación. Y quienes deseen permanecer en la sociedad *deben pagar a los salientes su parte social*. Se supera así la exigencia de regularizar la sociedad antes de permitir el egreso de los disconformes, y que ésta subsista con el régimen previsto en estas normas de la Sección IV. Y naturalmente *La liquidación se rige por las normas del contrato y de la ley de sociedades*. Nuevamente las estipulaciones entre los socios son oponibles entre ellos.

V. Los acreedores de la sociedad y de los socios

Relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios. La norma del art. 26 es una reafirmación de los principios antes enunciados de *validez del contrato, oponibilidad entre los socios y frente a terceros, régimen de administración y responsabilidades, registración de bienes*, etc. y por ende *Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aun en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II, incluso con respecto a los bienes registrables*. Se superan las dificultades que hoy presenta la sociedad de hecho, y se hace una simple remisión a las normas que rigen cada supuesto.

VI. Cónyuges

Sociedad entre cónyuges. Se autoriza ahora a los cónyuges a constituir sociedades de cualquier tipo (art. 27), naturalmente se elimina la nulidad que hoy prevé el art. 29 L.S.

VII. Herederos menores

Herederos menores. Los arts. 28 y 29 del Proyecto adecuan los supuestos de indivisión forzosa de bienes de menores, pues se deroga la ley 14.394, mas los principios que subsisten son los mismos.

VIII. La sociedad por acciones y su socio

Sociedad socia. Hay un viejo reclamo doctrinario y práctico sobre la limitación del actual art. 30 L.S. respecto a que una sociedad por acciones no puede ser socia sino de otra sociedad por acciones. El fundamento es la eventual elusión de los controles a los que una anónima está sujeta, pero en realidad lo que la prohibición ha traído aparejado es que una serie de negocios, en particular con personas o vehículos reconocidos en legislaciones extranjeras, terminaran en una confusa situación de *sociedad de hecho*, o terminaran impidiendo el negocio. La norma ahora propuesta amplía la posibilidad de asociarse, y podrán hacerlo no sólo con otras sociedades por acciones, sino también con sociedades de responsabilidad limitada. Lo interesante es que expresamente amplía la posibilidad de “... *ser parte de cualquier contrato asociativo*”. Ubicados los contratos de colaboración en el lugar de los contratos especiales, y también el negocio en participación (hoy mal llamado sociedad en participación), se presenta una variedad de posibilidades, que sin eludir los controles a los que hoy está sometida una sociedad por acciones, pueda realizar negocios que faciliten el tráfico.

IX. Ampliación del principio de subsistencia social

Principio de subsistencia de la sociedad. Se amplía el actual art. 100 y, además del principio actual de que en casos de duda se estará al principio de subsistencia de la sociedad, se introduce la posibilidad de remover causales de disolución por disposición del órgano de gobierno, si ello es viable económicamente, todo lo cual debe realizarse antes de la cancelación de la inscripción.

ALTERNATIVAS DE REFORMA DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL * ¹

por JORGE DE LA RÚA ²

La sanción de un código penal, o su reforma integral, puede obedecer a diversos factores que, incluso, suelen interrelacionarse. Así, en su forma primigenia, la sanción se promueve por la *inexistencia de un cuerpo legal orgánico*. Es lo que ocurrió entre nosotros en 1886, cuando el Congreso, urgido por la manda constitucional del art. 67, inc. 11, cubierta precariamente por la ley 49, se basó en general en el proyecto Tejedor ³, desechando el proyecto de 1881⁴, para sancionar el primer Código Penal.

El Código de 1886 ⁵, cuyas viejas fuentes no atendieron a los grandes cambios legislativos de la Europa de la segunda mitad del siglo 19, determinó un inmediato proceso de reformas, que apuntaba a *mejorar sustancialmente el nivel técnico jurídico del cuerpo legal*. Con apoyo

* Esta conferencia ha sido también publicada anteriormente en L.L., diario del 14/8/12.

¹ Conferencia pronunciada en sesión ordinaria el 7 de agosto de 2012.

² Académico de número y secretario de la Academia.

³ *Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Doctor Don Carlos Tejedor. Parte Primera*, Buenos Aires, 1866; *Parte Segunda*, Buenos Aires, 1867.

⁴ *Proyecto de Código Penal presentado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión nombrada para examinar el proyecto redactado por el Dr. D. Carlos Tejedor, compuesta de los Dres. Sisto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García*, Buenos Aires, 1881.

⁵ *Código Penal de la República Argentina (ley 1920)*, Edición Oficial, Buenos Aires, 1887.

en la legislación italiana de 1889, y otras fuentes europeas modernas a la época, el proceso se orientó al reemplazo del Código, y se concretó en los proyectos de 1891⁶ (introducido al viejo Código parcialmente por la ley 4189, de 1903), 1906⁷ y 1917⁸, y el Código sancionado en 1921⁹ consagró en fórmulas de alta calidad y prudencia legislativa esa tarea, en la que fueron actores importantes Rivarola, Herrera y Moreno, en sus diversos roles.

Desde la sanción del código vigente, los intentos de reformas, en cuanto atañe a la parte general -a la que nos acotamos en este trabajo-, apuntaron a otras razones. Así, una posición escolástica con fundamentación en el *positivismo criminológico* (delincuente nato, peligrosidad) generó los proyectos de 1937¹⁰ (Coll-Gómez) y de 1942¹¹ (Peco), más ortodoxo el primero. En la misma línea se encuentran los intentos de legislación sobre estado peligroso con y sin delito (1924¹², 1926¹³, 1928¹⁴ y 1932¹⁵). Todas fueron manifestaciones tardías en el Puerto de un positivismo ya en extinción, lo que explica su escasa trascendencia.

⁶ *Proyecto de Código Penal para la República Argentina. Redactado en cumplimiento del Decreto de 7 de junio de 1890 y precedido de una Exposición de Motivos, por los doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo*, 2ª ed., Buenos Aires, 1898.

⁷ *Proyecto de Código Penal para la República Argentina. Redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituida por decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904*, Buenos Aires, 1906.

⁸ *Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina. Cámara de Diputados de la Nación. Comisión Especial de legislación penal y carcelaria*, Buenos Aires, 1917

⁹ *Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179 con las modificaciones de las leyes 11.221 y 11.309*, Edición Oficial, Buenos Aires, 1924.

¹⁰ *Proyecto de Código Penal para la República Argentina. Redactado en cumplimiento del Decreto de 19 de setiembre de 1936 y precedido de una exposición de motivos por los doctores Jorge E. Coll y Eusebio Gómez*, Buenos Aires, 1937.

¹¹ *Proyecto de Código Penal. Exposición de Motivos. Presentado a la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, el 25 de setiembre de 1941, por José Peco*, La Plata, 1942.

¹² *Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación*, 1924, V. 153 y Revista Penal, 1925, pág. 240.

¹³ Revista Penal, 1927, pág. 290.

¹⁴ Revista Penal, 1928, g. VIII, pág. 139 y ss.

¹⁵ *Diario de Sesiones. Cámara de Senadores de la Nación*, 1932, pág. 1765 y ss. V. El estudio de Peco sobre el Proyecto 1926 en *Examen del proyecto de ley sobre el "estado peligroso" de los delincuentes*, Revista Penal, 1927, pág. 251 y sobre el de 1932, *La reforma penal en el Senado de 1933*, Buenos Aires, 1936.

Durante la década del 50, con dos intentos de reforma, el proyecto de 1951¹⁶ y el anteproyecto de 1953¹⁷, el justicialismo procuró orientar la legislación argentina en los marcos de la legislación italiana, acudiendo como fuente al Código Rocco de 1930. Se los calificó en ese sentido de orientación *técnico-jurídica*, y prácticamente no fueron objeto de debates.

Hacia 1958, se inició un proceso de reformas orientado, en lo fundamental, a *modernizar la legislación*. En rigor, las falencias de la parte general se vinculaban más a las consecuencias del delito que a su estructura dogmática, y se traducían en una escasa gama de medidas de seguridad, o de formas alternativas o sustitutivas de las penas. Soler, a quien se le encargó su redacción, elaboró su proyecto, conocido como proyecto de 1960¹⁸, que si bien implicó una significativa modernización, llevaba en muchos casos la impronta de las posiciones personales del autor en diversas cuestiones de interpretación.

Este proyecto, que tampoco tuvo éxito, sirvió sin embargo como fuente para la legislación de facto, especialmente en la parte especial, y así fue puesto en vigencia parcialmente en 1968 y 1977 (las denominadas leyes 17.567 y 21.338). El contexto de las normas era ilegítimo en orden a sus orígenes, pero no en cuanto a su estructura, en la mayoría de los casos claramente liberal y solucionadora de problemas de interpretación en la parte especial, y la omisión de esta distinción determinó que en las restauraciones democráticas se propugnara la derogación “en bloque” de las normas del proyecto Soler sancionadas durante los gobiernos militares, lo que así se hizo en 1973, ley 20.509¹⁹ y en 1983, ley 23.077²⁰.

¹⁶ *Proyecto de Código Penal elevado por el P.E.N. a la H. Cámara de Diputados de la Nación el 1° de agosto de 1951*, en *Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación*, 1951, pág. 1342 y ss.

¹⁷ Inédito. En la biblioteca del Instituto de D.Penal de la UC de Venezuela, obra un ejemplar mimeografiado V. el texto en el Digesto de Zaffaroni y Arnedo.

¹⁸ *Proyecto de Código Penal*, Edición Oficial, Buenos Aires, 1960.

¹⁹ **Art. 1°.**- A partir de la entrada en vigencia de esta ley perderán toda eficacia las disposiciones por las que se hayan creado o modificado delitos o penas de delitos ya

(Esta nota continúa en la página siguiente)

²⁰ **Art. 2°.**- Continúan en vigencia los arts. 19, 20 bis, 21 ter, 22 bis, 55, 56, 67, 80, 84, 94, 106, 127 ter -el que quedará incorporado como 127 bis-, 178, 300 y 301 del Código Penal agregados y modificados por la ley de facto 21.338.

Estas leyes mantuvieron, sin embargo, ciertas normas de aquellos decretos-leyes: así del 17.567, la ley 20.509 mantuvo normas de la parte especial (administración fraudulenta, desbaratamiento de derechos, etc.), y del 21338 la ley 23077 mantuvo reformas a la inhabilitación, penas complementarias, y concursos, entre otras.

En 1963 hubo un proyecto del gobierno militar proponiendo reformas parciales al Código de 1922, sin éxito ²¹.

El gobierno instaurado en 1973, designó una comisión ²² (presidida por Porto) que elaboró un proyecto que se pretendió por alguno de sus miembros se inscribiera en la corriente finalista del derecho penal ²³, aunque ulteriores discrepancias y apartamientos no permitieron una línea tal, que sin embargo se filtra en diversos artículos ²⁴. Soler, poco antes y

(Continuación de la nota 19)

existentes y que no hayan emanado del Congreso Nacional, cualquiera sea el nombre que se le haya dado al acto legisferante por el que se las dictó, salvo lo que dispone el art. 4º de esta ley. Aclárase que recuperan su vigencia las normas en vigor al momento de dictarse las que pierden ahora eficacia. **Art. 2º.-** Quedan expresamente comprendidas en los términos de esta ley sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1º, las llamadas leyes 17.567, 18.953, 17.401, 18.234, y dec. 8329/67, 18.235, 17.671, 17.649, 17.192, 16.984, dec. 2345/71, 19.797. **Art. 3º.-** Las escalas penales en los delitos del Código Penal reprimidos con pena de multa se aumentarán a la cantidad que resulta de multiplicar por cien en los mínimos y por ciento cincuenta en los máximos. **Art. 4º.-** Conviértese en ley de la Nación las siguientes disposiciones dictadas por el Poder Ejecutivo de facto entre el 28/6/66 y el 24/5/73. 1. Arts. 173, incs. 7 y 11, y 179 (2º párrafo), 190, 194 y 198 establecidos en el Código Penal por la llamada ley 17.567 y 175 bis sancionado por la llamada ley 18.934. 2. Decr. ley (llamado "ley") 19.359 y 20.184. 3. Decr. ley (llamado "ley") 17.250, arts. 7º, 17, 18, 19, 20 y 21.4. Decr. ley (llamado "ley") 18.247, arts. 26, 27 y 28.

²¹ Fue receptado en algunas normas por el decr. ley 4778/63 y derogado por la ley 16.648

²² Decreto 480/73.

²³ La primera versión, de 1974, es el *Proyecto de la Parte General del Código Penal, redactado por la Comisión de Reformas al Código penal creada por el PEN (ley 20509 y decreto 480/73)*, Buenos Aires, 1974.

²⁴ *Proyecto de Código Penal redactado por la Subcomisión de Reformas al Código Penal (ley 20509 y decreto 480/73) con las observaciones formuladas con motivo de la encuesta realizada y las contestaciones de la subcomisión*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso, 1975.

en las últimas instancias del gobierno militar, también en el mismo año presentó un proyecto actualizando el de 1960, que denominamos de 1973²⁵.

Durante la noche del proceso militar, en 1976, la única manifestación reformadora fue la de la llamada ley 21.338, que, como vimos, introdujo numerosas normas de la parte especial del proyecto de Soler. La represión y matanza de opositores políticos quedó al margen de la legislación formal (que de todos modos fue reforzada), en una cobarde y tenebrosa metodología. Persistiendo en una inconsecuencia con el principio democrático, Soler presentó otra variante de su proyecto en 1979²⁶.

Restaurado el gobierno democrático en 1983, además de la derogación en bloque de las normas de la llamada ley 21.338 (con todas las inconsecuencias que generó, como el retorno al aborto eugenésico), se promovieron numerosos proyectos. Ya antes del advenimiento de la democracia, durante el proceso militar y ante el advenimiento del régimen constitucional un grupo de magistrados de la Capital elaboró un proyecto que fue presentado en 1984 por el senador Saadi al Senado de la Nación²⁷. El P.E.N. designó, vía Ministerio de Educación y Justicia, una reforma del Código en 1985, que concluyó en un proyecto de reformas a la parte general, de escasa difusión²⁸.

En 1986 el senador Jiménez Montilla presentó un proyecto de código²⁹, insólitamente sancionado por cortesía por el Senado³⁰, sin ulterioridades.

²⁵ Proyecto de Código Penal del año 1973, elaborado por la Comisión designada por Resolución Ministerial N° 523 del 25.10.72, integrada por los Dres. Sebastián Soler, Eduardo Aguirre Obarrio y Luis C. Cabral.

²⁶ Elevado al ministro de Justicia el 6/11/79 (la comisión fue designada por resolución 72 del 14/4/76).

²⁷ Senado de la Nación, *Diario de sesiones*, 1984, pág. 265 y ss.

²⁸ Resolución 1240 Ministerio de Educación y Justicia. Como integrantes de esa comisión presentamos un extenso informe sobre esa labor (1985, *Hacia la reforma del Código Penal*, en DE LA RUÍA, *Derecho y democracia*, Córdoba, Mediterránea, 2008, pág. 25 y ss.). El secretario de la comisión, Tamini, elaboró un texto ordenado de la labor de la comisión.

²⁹ Publicado como Anexo B, Diario de Sesiones de la 14ª reunión 9ª ordinaria, 20 julio de 1988.

³⁰ Senado de la Nación (Diario de Asuntos Entrados -DAES- N° 5086 y *Diario de Sesiones* del 20 de julio de 1988).

En 1987 los diputados nacionales Perl y Fappiano, presentaron un proyecto, en el que agradecían su colaboración a Zaffaroni ³¹.

En 1988, el Senado de la Nación creó una comisión técnico legislativa (DR-30/88), presentando una de las comisiones un proyecto de parte general, el 25 de noviembre de ese año ³².

En de 1991, se elaboró por Zaffaroni, a pedido del Ministerio de Justicia, un Anteproyecto de reforma parte general ³³.

En las postrimerías del gobierno de Menem se creó una comisión ³⁴ que presentó un Anteproyecto de 1999 de reforma sustancial al Libro Primero del Código Penal y a algunos tipos penales contenidos en el Libro Segundo del mismo cuerpo legal ³⁵.

Ninguno de estos intentos tuvo éxito y las novedades resultaron de leyes que modificaban aspectos parciales (reincidencia, *probation*, ablación voluntaria, condena condicional, etc.) del código vigente. Más recientemente, el paquete de duras leyes promovido por Blumberg (montos de pena, concursos, agravantes, etc.), sancionadas casi servilmente por legisladores temerosos de encuestas.

En 2004 se creó una comisión ³⁶ que fue presidida por Baigún y coordinada por Slokar. A tal intento reformador lo impulsó claramente una situación político-criminal: la *inseguridad* instalada en la sociedad fue canalizada en actitudes reactivas que apuntaban a la ineficiencia del sistema y la necesidad de una reforma orientada al endurecimiento de la legislación penal. Estas presiones determinaron la sanción de leyes de reformas parciales, de mala factura y peores presupuestos político-criminales ³⁷.

³¹ Doctrina Penal, enero-marzo 1988, Buenos Aires, Depalma, pág. 145 y ss.

³² El proyecto se aprobó en sesión plenaria del 21 de abril de 1989, encomendándose a los Dres. Zaffaroni, Buteler y Valle la redacción del mensaje de elevación y fundamentos (versión mecanografiada del Senado de la Nación Argentina, DR-30/88).

³³ Fue presentado por su autor por nota al ministro en agosto 15 de 1991 (el encargo del ministro Arslanian fue de marzo de 1991).

³⁴ Por Resolución M.J. N° 420 del 10 de diciembre de 1997.

³⁵ Es citado como precedente analizado por la Comisión de 2005.

³⁶ Resoluciones 303/04 y 136/05 del Ministerio de Justicia.

³⁷ Libertad condicional, ley 25.892 del 26/5/04; reparación civil, ley 25.188 del 1/11/99; comiso art. 23, leyes 25.815 del 1/12/03, 25.472 del 20/6/03 y 25.188 del 1/11/99;

Para aplacar ese estado de insatisfacción de las demandas de seguridad, por una parte, y la razón cierta de establecer una instancia de razonabilidad frente a esta suerte de legislación de “emergencia”, es que se tomó la iniciativa, como se dijo, en 2004, de constituir la comisión que presentó su proyecto en 2006, lo que fue una hábil maniobra política. Así, en la polarizada subcultura argentina, el proyecto es reflejo de una línea garantista moderada, con posiciones minimalistas para el derecho penal, aunque no en su versión extrema abolicionista expresa o encubierta, frente a los reclamos de seguridad de la mano dura. Tuvo debate y generó una versión final de 2007³⁸.

Como apreciación global, el proyecto de reformas de la parte general dispuso inquietudes respecto de una actitud reformadora frívola y unilateral. Puede decirse que los proyectistas, en gran parte de las materias, tuvieron una actitud prudente con las fórmulas legales de la parte general, en el sentido de que si éstas habían permitido y permiten una elaboración dogmática adecuada, sin grandes lagunas o contradicciones, y el estado de la doctrina y de la jurisprudencia no refleja problemas interpretativos insolubles -más allá, obviamente, de posiciones distintas-, las fórmulas debían mantenerse³⁹. En algunos casos hubo pequeños retoques, en consonancia con problemas que la doctrina había planteado y resuelto. Y resulta altamente meritoria la solución de los diversos tipos de error, al dar una respuesta normativa que libera en gran medida de los demasiado extensos desarrollos y disputas de la teoría.

Es por ello que la principal línea de reforma en la parte general fue atemperar las consecuencias punitivas del delito, vale decir, en el marco de la teoría de la pena y de las medidas de seguridad. En tal sentido, se elimina la pena de reclusión, se elimina la prisión perpetua, se elimina la

concurso real, ley 25.928 del 18/8/04; ejecución penal, sancionada por el Senado como revisora el 25/8/04; individualización de la pena, ley 25.297 del 22/9/00; agravante art. 173 por arma de fuego 41 bis 2. ley 25.472 del 20/6/03; atenuación (172 del mínimo y 273 del máximo al arrepentido 41 ter 3. ley 25.767 del 1/9/03; agravación en art. 173 cuando intervengan menores de 18 años, art. 41 qu.

³⁸ *Anteproyecto de Ley de reforma y actualización integral del código penal de la nación*, Buenos Aires, Ediar, 2007.

³⁹ Tal es lo que ha ocurrido con aplicación espacial, aplicación temporal, ley supletoria, legítima defensa, estado de necesidad, tentativa, participación, etc.

reincidencia, se regula un amplio sistema de reemplazo de la pena de prisión, sea en forma total (prisión hasta 3 años, sin restricciones de la condena condicional actual) o parcial (más de tres, ex libertad condicional, ídem sin restricciones y aligerando los plazos), que abre campo a la gran variedad de alternativas: detención de fin de semana, trabajos para la comunidad, limitación o prohibición de residencia, sometimiento a instrucciones, o multa reparatoria⁴⁰), se consagran principios reduccionistas del castigo (legalidad, proporcionalidad, lesividad, humanidad, culpabilidad, de discutible inclusión en un código común), indemnización por detención preventiva en caso de absolución, previsión de semiimputabilidad, principio de oportunidad, mayor cantidad de delitos de acción privada y de instancia privada, mayor amplitud de la *probation*, entre las principales.

Como el proyecto no fue tratado, en el curso de este año, por decreto 678/2012 se designa una comisión reformadora⁴¹. Su objetivo es una reforma integral del Código Penal⁴². Las razones se fundan en que la coherencia originaria de las disposiciones del Código se ha visto afectada, a la vez que se ha alterado el equilibrio y la proporcionalidad que deben guardar entre sí las escalas penales de los distintos delitos por las múltiples reformas a lo largo de 90 años, con abundante legislación especial fuera del Código, y consagrar normativamente repercusiones de la reforma constitucional de 1994, y la creciente regionalización.

Y por fin, en lo que resulta particularmente significativo, señala los méritos del proyecto de 2007 y la necesidad de promover la reforma atento a que aquel proyecto no avanzó. A nuestro criterio, tal fundamentación constituye una pauta para la nueva comisión, cual es la de conti-

⁴⁰ Sobre las medidas alternativas, cabe un análisis sobre su aplicabilidad eficiente, particularmente en distritos ajenos a la ciudad luz (como Añatuya, Yapeyú, Nonogasta, etc.), examinando dotar al juez de un sistema más simplificado.

⁴¹ La comisión está integrada por 3 profesores de la UBA (Zaffaroni, Gil L. y Arslanian), 1 legislador por Buenos Aires (Pinedo) y una ex diputada (Barbagelata). En tal sentido adolece, como hoy es regla, de un sentido federal.

⁴² “Que ese Ministerio sometió a consulta pública por espacio de tres (3) meses el anteproyecto elaborado por la Comisión, tras lo cual se efectuaron modificaciones finales al texto y se recabó una extensa nómina de las personalidades y organizaciones adherentes, pese a lo cual el propósito reformador no pudo concretarse. *Que a la fecha subsiste la necesidad de emprender la labor de reforma penal integral*”.

nuar el proceso del proyecto de 2007. De ese modo, éste deberá ser la base de trabajo.

Las expectativas sociales ante la eventual sanción de un nuevo Código Penal, sin embargo, deben acotarse. Ante la permanente exigencia de seguridad, y la polaridad de criterios, debe tenerse presente que la reforma, aun total, de un código penal, aporta sólo en una relativa medida en la solución de tal demanda social.

El endeble andamiaje de la comprensión social de un sistema penal, ha mostrado su impotencia para contener un debate unilateralizado sobre seguridad ciudadana. Existe entre nosotros una clásica confusión que es confundir derecho penal y política criminal, y confundir política criminal con política de seguridad, y en este marco paranoico no se distingue entre política, la política legislativa, por una parte, y lo meramente tecnológico, el policía de la esquina, el evitar el delito, el detener a los culpables, la investigación y el esclarecimiento de los delitos, la inteligencia criminal en suma. Y, siguiendo ese defecto tan nacional, pensar que la realidad se resuelve con una ley (aunque sea el Código Penal).

Esa confusión genera que ante la dolorosa sensación de una inseguridad que nos angustia a todos (a Blumberg le mataron su hijo!), se generó un debate que en vez de acotarse prevalecientemente en la seguridad, se pasó a discusiones de legislación y de política criminal. Para temas de seguridad, habrá que aludir a recursos, policía, tecnología, pero de ahí a sostener paladinamente que esa criminalidad se produce porque la imputabilidad es a los 16 años (y los medios periodísticos, ignorantes como siempre, y más ignorantes en estos casos, repiten y repiten), y concluir que la solución es bajar la imputabilidad es, al menos, no demostrado.

Argentina se está debiendo realmente un debate, y esta es una buena oportunidad. El proyecto de Código Penal de 2007 se promovió, está claro, como un contrafuego de las protestas de Blumberg, y me parece razonable. Y resultó un buen proyecto: es un proyecto liberal, que está en la línea del derecho penal liberal moderno, está en la línea de las instituciones que los países desarrollados tienen, y es un proyecto humilde, ha tenido la grandeza -y es el único de nuestro proceso histórico-, de respetar gran parte de las fórmulas del Código de 1922 que eran de excelente factura y sobre las que se había construido una doctrina y una jurisprudencia valiosas. Incluso, en temas complejos, como el error, las soluciones legislativas, en tanto sinceras y no escolásticamente excluyentes, per-

miten conciliar concepciones científicas diversas. Y ese es un concepto central: acotando principios de política criminal (p.ej. debatir si el sujeto que yerra sobre la prohibición debe ser castigado y, en su caso, con qué alcances) nos sustraemos a un debate permanente.

Tenemos que definir la política criminal del Estado argentino, cuál es el grado de admisión de nuestra sociedad entre garantismo y eficientismo, y saber conciliar principios. Cuando en una sociedad tan lábil se está discutiendo un sistema de cambio de un Código Penal, es fundamental ponderar el nivel de sociedad que queremos, que no es probablemente la que resuelve todos los problemas con la pena, pero tampoco -como el mundo desarrollado lo muestra- la que pueda prescindir totalmente de ella.

Las cuestiones básicas de política criminal no tienen que ser abordadas oportunistamente por funcionarios políticos de turno, ni por jueces locuaces, o por el jefe de policía (que a veces pareciera que es “el hombre de la política criminal”), menos aún por una prensa ignara; no tienen que ser abordadas bajo los acosos de Blumberg de un lado y el ultragarantismo del otro. Ni, tampoco, cerrarse el cerebro con el unilateralismo de organizaciones que toman presencias mediáticas espectaculares, lo que es su derecho, pero con un nivel de compromiso político que pone dudas sobre su objetividad en el análisis de los problemas.

Es necesario un espectacular esfuerzo de consenso, porque es la única forma de integrar una sociedad plural. De lo contrario seguiremos debatiendo entre un proyecto de Código Penal que algunos considerarán bueno, y que otros considerarán blando. Mientras no superemos la capacidad de los argentinos de etiquetar los problemas y polarizar los debates -claros índices de subcultura- vamos a estar dentro de cincuenta años discutiendo lo mismo.

EL MERCOSUR Y LA SUSPENSIÓN DE PARAGUAY. LA CONSIDERACIÓN DE LA SITUACIÓN POR EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN ¹

por ERNESTO J. REY CARO²

El 21 de julio de 2012, el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur se pronunció en el procedimiento de urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común de Sur y la incorporación de Venezuela como Miembro Pleno ³.

Los antecedentes de la situación que originó el petitorio de Paraguay, se localizan en la destitución por el Senado de la República de Paraguay, previa participación de la Cámara de Diputados, del presidente Fernando Lugo y la asunción del vicepresidente Federico Franco en su reemplazo, hecho producido el 22 de junio del mismo año.

Los presidentes de los países miembros del Mercosur en la reunión celebrada en la ciudad de Mendoza a fines de junio de 2012, adoptaron el 29 de dicho mes una Decisión que rezaba: “1. Suspender a la República del Paraguay del derecho a participar en los órganos del Mercosur y de las deliberaciones, en los términos del artículo 5º del Protocolo de Ushuaia”⁴.

¹ Exposición pronunciada en sesión del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, el Instituto Argentino Chileno de Cultura y la filial Córdoba del CARI, 2 de octubre de 2012.

² Académico de número y director del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración.

³ Conf. Mercosur, Tribunal Permanente de Revisión, Laudo N° 1/2012.

⁴ Conf. “Decisión sobre la Suspensión del Paraguay en el Mercosur en aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático”.

En los fundamentos se señala que de conformidad con este Protocolo sobre Compromiso Democrático, la plena vigencia de las instituciones democráticas se considera esencial para el desarrollo del proceso de integración, constituyendo tal ruptura “un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración”. Asimismo se destaca que conforme a los tratados fundacionales del Mercosur, la suspensión aparejaba la limitación de Paraguay en la participación de los órganos, “así como la pérdida de los derechos de veto y de voto”. Se menciona la “Declaración de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados sobre ruptura del orden democrático en Paraguay”, emitida el 24 de junio del mismo año⁵.

La Decisión de marras también establece que: “2. Mientras dure la suspensión, lo previsto en el inciso iii) del artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto se producirá con la incorporación que realicen Argentina, Brasil y Uruguay, en los términos del inciso ii) de dicho artículo”, y que la suspensión cesará -apartado 3- cuando de acuerdo a lo establecido en el art. 7º del Protocolo de Ushuaia, se verifique el pleno establecimiento del orden democrático en la parte afectada, manteniendo los cancilleres “consultas regulares al respecto”. Se resuelve asimismo comunicar al Parlamento del Mercosur la decisión adoptada.

Cabe señalar que la Declaración del 24 de junio, suscripta por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Uruguay, la República Bolivariana de Venezuela, el Estado Plurinacional de Bolivia, la República de Chile, la República de Colombia, la República de Ecuador y la República de Perú, destacaba que de acuerdo con el Protocolo de Ushuaia de 1998, la plena vigencia de las instituciones democráticas, era condición esencial para el desarrollo del proceso de integración y, en la parte decisoria se expresaba en primer lugar, la “más enérgica condena a la ruptura del orden democrático en la República del Paraguay por no haberse adoptado el debido proceso” y “suspender al Paraguay en forma inmediata y por este acto, del derecho de participar de la XLIII Reunión del Consejo del Mercado Común y Cumbre de Presidentes del Mercosur, así como de las reuniones preparatorias que ten-

⁵ Conf. “Declaración de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados sobre ruptura del orden democrático en Paraguay”.

drán lugar en la Ciudad de Mendoza, entre el 25 y 29 de junio de 2012”. En su apartado tercero se estableció que en la Reunión Cumbre del Mercosur de Jefes y Jefas de Estado se adoptarían ulteriores medidas.

Juntamente con la Decisión mencionada, del 29 de junio, los presidentes de Argentina, Brasil y Uruguay suscribieron una “Declaración” que dispuso en el primer apartado “El ingreso de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur”, y se convoca a una reunión especial para el 31 de junio de 2012 para la “admisión oficial de este país al Mercosur. En un tercer apartado se convoca a todos los países de América del Sur “para que en el complejo escenario internacional actual se unan, para lograr que el proceso de crecimiento e inclusión social protagonizado en la última década en nuestra región, se profundice y actúe como factor de estabilidad económica y social en un ambiente de plena vigencia de la democracia en el continente”.

Se advierte entonces que los acontecimientos producidos en Paraguay determinaron dos decisiones en el seno del Mercosur. Por una parte, la suspensión aplicada al Paraguay en los términos ya mencionados y, por la otra, la incorporación de Venezuela como Miembro Pleno. Ello sin perjuicio de que ya con fecha 24 de junio se aplicara una primera suspensión en virtud de la cual se negó a este país la participación en la Cumbre de Mendoza.

De la relación fáctica realizada, surge que el instrumento axial sobre el que se apoyaba la determinación de suspender a Paraguay, fue el Protocolo Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, de julio de 1998.

Este instrumento, establece -art. 2º-, que “se aplicará a las relaciones que resulten de los respectivos Acuerdos de integración vigentes entre los Estados Partes del presente Protocolo, en caso de ruptura del orden democrático en alguno de ellos” y que de producirse tal hecho -art. 3º-, ello “dará lugar a la aplicación de los procedimientos previstos en los artículos siguientes”. Estos procedimientos y la forma de adopción de las medidas pertinentes han sido regulados en los arts. 4º, 5º y 6º.

En primer lugar -art. 4º-, en el caso de “ruptura” del orden democrático en un Estado Parte “los demás Estados Partes promoverán las consultas pertinentes entre sí y con el Estado afectado”. Cuando las consultas mencionadas -art. 5º- resultaren infructuosas, los demás Estados Partes del Protocolo, según corresponda de conformidad con los acuerdos de

integración vigentes entre ellos “considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente”. Tales medidas, de conformidad con este mismo dispositivo “abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos”. Las medidas previstas en el art. 5º se adoptan por “consenso” y se comunican al Estado “afectado”, el cual no participará en el proceso decisorio pertinente. Las medidas entran en vigor en la fecha en que se realiza la comunicación. Las medidas cesan -art. 7º- a partir de la fecha en que se comunique al Estado sancionado el acuerdo de los Estados que adoptaron tales medidas “de que se ha verificado el pleno restablecimiento del orden democrático”, y tiene lugar “tan pronto ese restablecimiento se haga efectivo”.

Del examen de la situación y del instrumento invocado para la suspensión, emanan algunas circunstancias que merecen ser destacadas.

En primer lugar, en las decisiones adoptadas el 24 de junio y el 29 de junio, no se efectúa relación alguna de los hechos concretos en que se fundamentan. Sólo se menciona genéricamente “la ruptura del orden democrático” y “no haberse respetado el debido proceso”. Podría deducirse que la ruptura del orden democrático se habría producido por no haberse respetado el debido proceso en la destitución de Lugo, pero no hay referencia alguna. Medidas de tal envergadura, que implican la suspensión del Estado Parte de conformidad con el Protocolo de Ushuaia, en nuestra opinión, deberían haberse fundado adecuadamente y con mención expresa de los hechos, sin perjuicio de la valoración que de éstos pudiera realizar cada Estado Parte que participa en la toma de la decisión pertinente.

Pero lo más preocupante, es que no se ha seguido el procedimiento establecido en el Protocolo, que como lo hemos señalado prescribe consultas con “el Estado afectado”. Paradójicamente la resolución que suspende a Paraguay “por no haberse respetado el debido proceso”, se adopta en violación del “debido procedimiento” prescripto en el instrumento convencional aplicado.

Otra de las consecuencias derivadas de la suspensión aplicada a Paraguay, es la incorporación de Venezuela. En efecto, los términos del Tratado de Asunción son claros al respecto, en cuanto dispone para el caso de adhesión al Tratado -art. 20 *in fine*- que la aprobación de la

solicitud será objeto de “decisión unánime de los Estados Partes”. La vigencia de este dispositivo se reitera expresamente en el Acuerdo Marco para la Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur del 8 de diciembre de 2005.

Es conocida la circunstancia de que Paraguay no había prestado aún el consentimiento requerido por el Tratado de Asunción. La suspensión impuesta no le ha quitado el carácter de Estado Parte y Miembro del Mercosur. De allí que la Resolución adoptada el 29 de junio por los otros tres Estados del Mercosur de efectivizar el ingreso de Venezuela, importa una clara violación del Tratado de 1991.

Cabe señalar que el Protocolo de Montevideo, suscripto en diciembre de 2011, conocido también como Ushuaia II, y que aún no se encuentra en vigor, al margen de tener un ámbito de aplicación más amplio, luce como un instrumento más completo. Este Protocolo se aplicará -art. 1º-, en caso “de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos”. Enumera las autoridades u órganos competentes para intervenir, y el lugar de la reunión de éstos -art. 2º-; el procedimiento a seguir -arts. 3º, 4º y 5º- y, lo que es útil destacar, se establece en el dispositivo siguiente un catálogo de medidas que pueden ser adoptadas. Ellas son: suspender el derecho a participar en los distintos órganos de la estructura institucional del Mercosur; cerrar en forma total o parcial las fronteras terrestres; suspender o limitar el comercio, tráfico aéreo y marítimo, las comunicaciones y la provisión de energía, servicios y suministros; suspender a la Parte afectada del goce de los derechos y beneficios emergentes del Tratado de Asunción y sus Protocolos y de los acuerdos de integración celebrados entre Partes; promover la suspensión de la Parte afectada en el ámbito de otras organizaciones regionales e internacionales; promover ante terceros países o grupos de países la suspensión a la Parte afectada de derechos y/o beneficios derivados de los acuerdos de cooperación de los que fuera parte; respaldar los esfuerzos regionales e internacionales, en particular en el marco de las Naciones Unidas, encaminados a resolver y a encontrar una solución pacífica y democrática a la situación acaecida en la Parte afectada; y adoptar sanciones políticas y diplomáticas adicionales. Prescribe que tales medidas “guardarán la debida proporcionalidad con la gravedad de la situación existente, no deberán poner en riesgo el bienestar de la población y el goce efectivo de los

derechos humanos y libertades fundamentales en la Parte afectada; respetar la soberanía e integridad territorial de la Parte afectada, la situación de los países sin litoral marítimo y los tratados vigentes”. En otras normas se prevé la forma de aplicar las decisiones adoptadas, la vigencia de ellas, la cesación de su aplicación, etc. No es el objetivo de estas reflexiones analizar este instrumento, que merece de por sí un detenido estudio que tendría que abarcar sus virtudes y también las numerosas dudas que se originan de su detenida lectura. Sólo ha sido traído a colación para resaltar los silencios y ausencia de previsiones que se observan en el Protocolo de Ushuaia.

Otra cuestión que abre muchos interrogantes, que se originan en las disposiciones de la Decisión de los Jefes de Estado de 29 de junio, es la previsión del apartado 2 referida a los incs. ii y iii del art. 40 del Protocolo de Ouro Preto, a aplicarse durante el periodo que dure la suspensión incoada a Paraguay. En efecto, de conformidad con tal previsión podrán incorporarse normas sin la participación de Paraguay. Si se trata de normas que ya han sido aprobadas con la participación de este país -que no ha perdido la calidad de Estado Parte en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto y todos los demás Acuerdos-, pero que aún no han sido incorporadas, aquella determinación resulta claramente violatoria del referido art. 40 en cuanto dispone que “cuando *todos* los Estados hubieren informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte”. ¿Este ha sido el propósito de los Estados que aplicaron la sanción? Por otro lado, surge el interrogante en relación a si esa norma incorporada sólo con la participación de los tres Estados que aplicaron la sanción podría tener efectos en relación a Paraguay. Igualmente, si aquella determinación incluida en la Decisión estuviera referida a normas que se pudieran aprobar durante la vigencia de la suspensión, es decir aprobadas sin la participación de Paraguay por estar suspendida su participación en los órganos del Mercosur, nos encontraríamos ante un “derecho” aplicable solamente a una parte de los Estados Miembro del Mercosur. Asimismo, nos preguntamos ¿qué obligatoriedad tendrían para Paraguay una vez que hubiera cesado la suspensión aplicada? Entendemos que la modificación de los instrumentos convencionales no puede realizarse sin el consentimiento de Paraguay mientras no cese su calidad de Estado Parte de éstos, pues constituiría una clara violación de los principios que regulan el Derecho de los Tratados y de la Convención de Viena de 1961 sobre la

materia, vigente para los cuatro Estados. Asimismo, reiteramos, la Decisión de 29 de junio no contiene la fundamentación que requeriría la adopción de sanciones tan graves como la aplicada a Paraguay. Creemos que ha existido una gran improvisación que en nada contribuye al afianzamiento de este proceso de integración, sin entrar en la valoración de los hechos acontecidos en Paraguay y su relación con la sanción aplicada, tema éste que, como lo anticipáramos, merecería por sí solo un detenido estudio. Por otra parte, nos preguntamos si ha sido adecuada la equiparación que realiza el Protocolo de Ushuaia de los Estados Parte del Mercosur con los Estados Asociados, que habilita a estos últimos a aplicar determinadas sanciones a los primeros. Queda también en duda los efectos que pudieran derivarse de la suspensión en relación a la representación de Paraguay y los derechos de ésta en el Parlamento del Mercosur. En nuestro entender, no la afectaría.

Retomando las observaciones sobre el Laudo del TPR de 21 de julio, es necesario destacar que la presentación de Paraguay ante el Tribunal tenía por objeto solicitar la aplicación de una medida excepcional de urgencia de conformidad con lo establecido en el art. 24 del Protocolo de Olivos ⁶, a los efectos de que: 1) se declarara inaplicable la decisión de suspender a Paraguay de participar en los órganos del Mercosur y, 2) se declarara inaplicable la declaración que incorporaba a la República Bolivariana de Venezuela como miembro pleno del Mercosur. La competencia del Tribunal se fundaba en el art. 2º, inc. b de la Decisión 23/04 ⁷ y subsidiariamente, en el art. 1º, y en el 23 del PO referente al acceso directo en única instancia al TPR ⁸.

⁶ Este dispositivo establece: “El Consejo Mercado Común podrá establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes”.

⁷ Artículo 2º, inc. b): “Que la situación se origine en acciones o medidas adoptadas por un Estado Parte, en violación o incumplimiento de la normativa Mercosur vigente”.

⁸ Artículo 23: “1. Las partes en una controversia, culminado el procedimiento establecido en los artículos 4º y 5º de este Protocolo, podrán acordar expresamente someterse directamente y en única instancia al Tribunal Permanente de Revisión, en cuyo caso éste tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral Ad Hoc y regirán en lo pertinente, los artículos 9º, 12, 13, 14, 15 y 16 del presente Protocolo. 2. En este supuesto los laudos del Tribunal Permanente de Revisión serán obligatorios para los Estados parte en

Paraguay sostiene, en la acción promovida, que el 22 de junio de 2012 el Senado paraguayo destituyó al entonces presidente Fernando Lugo Méndez, como consecuencia de un juicio político llevado a cabo de conformidad con lo establecido en el art. 225 de su Constitución, agregando que en la noche de ese mismo día el presidente depuesto aceptó la decisión del Congreso. La demanda reseña también los hechos producidos en el seno del Mercosur con motivo de aquel acontecimiento y reclama por la gravedad de las medidas adoptadas en la Cumbre de Presidentes, las que causaban un gravamen irreparable por el hecho de que le impedían ejercer sus derechos soberanos e inalienables como Estado fundador del Mercosur.

Alega igualmente, que la referida suspensión no se efectuó mediante una norma emanada de los órganos enumerados en el Protocolo de Ouro Preto ni en aplicación de las fuentes jurídicas enunciadas en el art. 41 del mencionado Protocolo, y cuestiona la legalidad de los jefes de Estado para adoptar decisiones obligatorias en razón de que las cumbres presidenciales no constituyen ni integran los órganos del Mercosur y que las decisiones no se ajustan a su normativa.

Asimismo Paraguay considera que no se había producido ruptura alguna del orden democrático y que no se habían realizado las consultas previas previstas en el art. 4° del Protocolo de Ushuaia.

En cuanto a la incorporación de Venezuela como miembro pleno, Paraguay alega esencialmente que no se había contado con su participación como Miembro Pleno del Mercosur y la falta de unanimidad requerida para la toma de decisiones de conformidad con lo dispuesto por el art. 20 del Tratado de Asunción, y la inobservancia de lo consignado en el art. 40 del Protocolo de Ouro Preto sobre vigencia simultánea de las normas emanadas de los órganos del Mercosur. Alega para sustentar su postura normas y principios del derecho internacional, que violarían la decisión adoptada por los presidentes, como así también la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Paraguay estima que las decisiones objeto de la acción promovida adolecen de falta de motivación, y que ellas generan responsabilidad internacional por incumplimien-

la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación, no estarán sujetos a recurso de revisión y tendrán con relación a las partes fuerza de cosa juzgada”.

to del sistema normativo del Mercosur y otras normas y principios de derecho internacional.

Afirma Paraguay asimismo, que recurre en forma directa al Tribunal por las razones ya apuntadas, ya que las demás instancias a las que podría recurrir dentro del sistema de solución de controversias del Mercosur quedarían excluidas como consecuencia de la suspensión y la imposibilidad de participación de sus representantes en los órganos que deberían intervenir para conformar el procedimiento.

Los tres países accionados respondieron en forma conjunta. En primer lugar, plantearon la excepción preliminar de incompetencia *ratione materiae* del Tribunal, arguyendo que la decisión cuestionada en el marco de Protocolo de Ushuaia y del sistema de solución de controversias del Mercosur “era de naturaleza comercial”. Igualmente los Estados accionados sostuvieron que entendían que la democracia era condición *sine qua non* para el desarrollo de proceso de integración y que el Protocolo de Ushuaia escapaba al sistema de solución de controversias del Mercosur y en consecuencia que la decisión de suspender a Paraguay con sustento en el art. 5° del Protocolo de Ushuaia no podía ser examinada por el Tribunal Permanente de Revisión.

La segunda cuestión preliminar esgrimida se fundaba en la inadecuación de la vía escogida en razón de que los casos de urgencia previstos en el art. 24 del Protocolo de Olivos no eran extensibles al objeto de la presentación de Paraguay, dado que este precepto contemplaba casos específicos de naturaleza comercial. La tercera cuestión preliminar aducía que Paraguay no había iniciado las negociaciones directas previas y que carecía del consentimiento de los Estados accionados para el ejercicio de la competencia originaria conforme al art. 23 del Protocolo de Olivos.

En cuanto al fondo de la cuestión, los accionados sostuvieron que el procedimiento para aplicar el art. 5° del Protocolo de Ushuaia no preveía ningún “rito solemne” ni “formalidades” y que las medidas adoptadas habían sido “de naturaleza estrictamente política”. Asimismo arguyeron la legalidad de la suspensión aplicada a Paraguay en razón de que “realizaron consultas previas con diversos actores políticos paraguayos a los que solicitaron sea respetado el derecho de defensa y la garantía del debido proceso”. Reivindicaron la competencia de los jefes de Estado para adoptar la decisión de marras, en razón de que el Protocolo de Ushuaia no establece nada al respecto y alegaron que la ruptura del

orden democrático se había producido por la destitución del presidente de ese país mediante un procedimiento sumarísimo que no respetaba el debido proceso.

Mientras sesionaba el Tribunal, Paraguay presentó un escrito de Solicitud de Medidas Provisionales invocando el art. 15 del Protocolo de Olivos⁹ y los arts. 29¹⁰ y 39¹¹ del Reglamento de Protocolo de Olivos.

El Tribunal en su laudo, pasó a examinar las alegaciones de las partes en la controversia. En lo que respecta a la competencia del Tribunal *ratione materiae*, éste señala que si bien no existe en el Protocolo de

⁹ El art. 15 sobre medidas provisionales, prescribe: “1. El Tribunal Arbitral Ad Hoc podrá a solicitud de la parte interesada y en la medida que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación pueda ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia, dictar las medidas provisionales que considere apropiadas para prevenir tales daños. 2. El Tribunal podrá, en cualquier momento, dejar sin efecto tales medidas. 3. En el caso de que el Laudo fuera objeto de recurso de revisión, las medidas provisionales que no hubiesen quedado sin efecto antes de dictarse el mismo, se mantendrán hasta su tratamiento en la primera reunión del Tribunal Permanente de Revisión, que deberá resolver sobre su continuidad o cese”.

¹⁰ Artículo 29. *Medidas provisionales*: “1. La solicitud al TAH de dictar medidas provisionales puede presentarse en cualquier momento después de la aceptación por el tercer árbitro de su designación. La parte interesada, en su pedido, deberá especificar los daños graves e irreparables que se intenta prevenir con la aplicación de medidas provisionales, los elementos que le permitan al Tribunal evaluar esos eventuales daños y las medidas provisionales que considere adecuadas. 2. La parte que solicita medidas provisionales notificará su pedido simultáneamente a la otra parte, la cual podrá presentar al TAH las consideraciones que estime pertinentes en un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir de la fecha de notificación. 3. Las medidas provisionales dictadas por el TAH deberán ser cumplidas en el plazo determinado por éste debiendo la parte obligada informarle acerca de su cumplimiento. 4. El TPR, al pronunciarse sobre la continuidad o cese de las medidas provisionales dictadas por el TSH, deberá notificar de inmediato su decisión a las partes”.

¹¹ Art. 39. *Acceso directo al Tribunal Permanente de Revisión* (art. 23 PO): “1. Los Estados partes en una controversia que acuerden someterse directamente y en única instancia al TPR, deberán comunicarlo por escrito a dicho Tribunal a través de la ST, con copia a la SM. 2. El mencionado Tribunal actuará con la totalidad de sus miembros cuando funcione en única instancia. 3. En este caso, el funcionamiento del TPR estará regulado, en lo pertinente, por lo dispuesto en los artículos 18; 25; 26; 27; 28; 29; 30; 34; 40 y 41 de este Reglamento. Las funciones atribuidas a la SM en dichas normas serán cumplidas por la ST. Las comunicaciones entre las partes y el TPR deberán ser tramitadas con copia a la SM”.

Ushuaia indicación expresa de foro para la solución de controversias ni en cuanto a su aplicación e interpretación, en el Preámbulo de este instrumento convencional se indica que se encuentra vinculado al “conjunto normativo del Mercosur”¹². Más aún, destaca que el art. 8º determina expresamente que el Protocolo es parte integrante del Tratado de Asunción y de los respectivos acuerdos de integración celebrados entre el Mercosur y las Repúblicas de Bolivia y de Chile.

El Tribunal sostiene que, por lo tanto, el sistema de solución de controversias establecido para el Mercosur abarca las normas de Protocolo de Ushuaia “en la medida en que afecten o puedan afectar derechos y obligaciones de cualquiera de los Estados Parte”¹³. Por lo tanto, sigue, es indiscutible el derecho del Estado Parte a recurrir a ese sistema cuando considere que se han vulnerado sus derechos en aplicación de las normas del Protocolo de Ushuaia. Cerrando la cuestión, el Tribunal concluye “que la observancia de la legalidad de los procedimientos previstos en el PU son susceptibles de revisión en el marco del sistema de solución de controversias del Mercosur. Lo mismo se aplica a cuestionamientos relacionados a la aplicación e interpretación de dicho Protocolo, en la medida en que el hecho concreto, por su naturaleza, demande un examen de legalidad”.

Confirmada la competencia del Tribunal para entender en la cuestión planteada por Paraguay, pasa a considerar la cuestión de las medidas excepcionales de urgencia invocadas por este país. Expuestas las posiciones antagónicas de las partes en cuanto a los requisitos que deben concurrir para la procedencia de dichas medidas, el Tribunal recuerda que en el Protocolo de Olivos las Partes acordaron -art. 24-, que el Consejo Mercado Común podría establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes, y que esta posibilidad fue reglamentada por la Decisión 23/04 de este órgano, que previó los procedimientos para atender tales casos 14). El Tribunal destaca que al enunciarse los requisitos para habilitar la vía prevista, la Decisión del CMC no aclaró si esos requisitos eran independientes o acumulativos, lo que le obligaba a la lectura del resto del texto de la referida Decisión para efectuar una correcta

¹² V. párr. 40.

¹³ V. párr. 43.

interpretación. “A partir de ello -dice- se observan dos menciones que ayudan a esa interpretación: a) el art. 6° de la Decisión 23/04 menciona “todos los requisitos establecidos”; b) el art. 52 indica que el incumplimiento de algunos requisitos no impide que el demandante inicie un nuevo procedimiento”. El Tribunal sostiene que él no puede sustituir la voluntad de los Estados manifestada en los requisitos esenciales de la Decisión 23/04 que limitan la competencia del TPR en relación al procedimiento excepcional de urgencia. Acogiendo la tesis de los accionados, reafirma que no puede entender en la materia por medio de este procedimiento ¹⁵.

Dilucidado este aspecto de la litis, el Tribunal pasó a examinar las posturas divergentes de la partes en cuanto a la cuestión del acceso directo al tribunal. Paraguay había solicitado que el Tribunal entendiera por esta vía con base a lo previsto en los arts. 1° y 23 del PO, y que en razón de los hechos que motivaran la presentación, se consideraran cumplidos los requisitos de este último dispositivo. Los accionados negaron que se hubiera cumplido con tales requisitos y en particular que Paraguay hubiera demostrado haber intentado negociaciones directas con los demandados.

El Tribunal recuerda que el PO permite el acceso directo sin el cumplimiento de la fase anterior del tribunal arbitral ad hoc, cuando las partes en la controversia hubieran acordado someterse directamente en única instancia el TPR. Este consentimiento, según el Tribunal, no se había producido. “El consentimiento de las partes -dice el Tribunal- configura condición fundamental para el ejercicio de la legitimidad jurisdiccional del TPR, al contrario del proceso ordinario, en cuyo caso este consentimiento

¹⁴ La Decisión establece en el art. 2°: “Cualquier Estado Parte podrá recurrir ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) bajo el procedimiento establecido en la presente Decisión siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a. que se trate de bienes percederos, estacionales o que por su naturaleza y características propias perdieran sus propiedades, utilidad y/o valor comercial en un breve periodo de tiempo, si fueran retenidos injustificadamente en el territorio del país demandado; o de bienes que estuviesen destinados a atender demandas originadas en situaciones de crisis en el Estado importador; b. que la situación se origine en acciones o medidas adoptadas por el Estado Parte en violación o incumplimiento de la normativa Mercosur vigente; c. que el mantenimiento de esas acciones o medidas puedan producir daños graves e irreparables; d. que las acciones o medidas cuestionadas no estén siendo objeto de una controversia en curso entre las partes involucradas”.

¹⁵ V. párr. 52.

ya se dio al momento de firmar la incorporación del PO. Se puede comprender el argumento de Paraguay de que el acceso a la jurisdicción directa es la vía necesaria para suspender un acto arbitrario, sobre el cual ni siquiera fue instado a manifestarse. Pero, sin el consentimiento expreso, no puede el TPR anteponerse al texto del PO, a pesar de los daños que la demora en el proceso decisorio ordinario pueda causar a Paraguay o a la estabilidad jurídico-institucional de la región”¹⁶.

El Tribunal aborda después la cuestión de las negociaciones directas como fase necesaria en el proceso de solución de controversias en el Mercosur, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4º del PO. Paraguay había argumentado que se trataba de una exigencia de cumplimiento imposible toda vez que había sido suspendido del Mercosur, sin tener derecho de defensa. El Tribunal reitera la necesidad de cumplir con esta etapa procesal, sosteniendo -y esto es muy importante- que si Paraguay hubiera solicitado negociaciones directas y éstas hubieran sido rechazadas “tendríamos una situación distinta”¹⁷.

Cabe destacar que en esta cuestión hubo una opinión minoritaria en el Tribunal. Más allá de una interpretación diferente sobre las medidas excepcionales y de urgencia, tal posición destacaba que si los Estados Parte demandados, a través de sus jefes de Estado habían adoptado una decisión que excluía a Paraguay de participar en los órganos del Mercosur, y si el Estado afectado no podía iniciar los procedimientos para una instancia previa al TPR, resultaba admisible considerar que estaría habilitado a recurrir de forma directa y no necesariamente por la vía de la Decisión 23/04 en situaciones excepcionales de urgencia y que si la suspensión no excluía la condición de Paraguay de Estado Parte, eran inadmisibles situaciones en que se desconociera por vía de hecho esta condición o que se impidiera o imposibilitara su acceso al sistema jurisdiccional previsto para el Mercosur¹⁸.

De allí que en la parte resolutive, se consigna -punto 3- que por mayoría “el Tribunal Permanente de Revisión decide que, en las condiciones de la actual demanda, resulta inadmisibile la intervencion directa del TPR

¹⁶ V. párr. 58.

¹⁷ V. párr. 60.

¹⁸ V. párrafos 62, 63 y 64.

sin el consentimiento expreso de los demás Estados Parte. Por la misma razón, considera el TPR inadmisibles, en esta instancia, la medida provisional solicitada en el marco de la demanda”. En el punto siguiente, por unanimidad y sin entrar al fondo de la demanda, el TPR no se pronuncia “sobre el cumplimiento o la violación de la normativa Mercosur en relación con la demanda planteada en este procedimiento”, y afirma que la decisión del Tribunal no inhibía otros medios a los que pudieran acudir los Estados Parte en el marco del sistema de solución de controversias del Mercosur”.

Sin pretender efectuar un examen exhaustivo del laudo emitido por el Tribunal Permanente de Revisión, estimamos que el mismo -al margen de la discrepancia puesta de manifiesto en cuanto al acceso directo al Tribunal ya reseñada, que es una cuestión opinable-, sienta una jurisprudencia que contribuye a afianzar el marco jurídico en que debe sustentarse el proceso de integración iniciado en 1991. Hubiera sido preocupante, que se admitiera la postura de los países accionados que alegaron que la aplicación del Protocolo de Ushuaia y la interpretación de sus normas eran materias que estaban excluidas del control jurisdiccional del TPR, y más aún la negación de la jurisdicción fundada en que se trataba de una cuestión “de naturaleza política”. También es interesante que el Tribunal haya reconocido que quedaban abiertos otros medios a los que los Estados Parte pudieran recurrir en el marco del sistema de solución de controversias instituido en el Mercosur, y que señalara que otro podría haber sido el pronunciamiento si se hubieran observado o cumplido con algunas de las instancias previas al recurso planteado ante el Tribunal.

El Tribunal Permanente de Revisión no se pronunció en relación con la acción promovida por el ingreso de Venezuela como Miembro Pleno del Mercosur.

También un análisis de la cuestión originada por la suspensión de Paraguay y de las circunstancias que condujeron a adoptar esta determinación, ha puesto en evidencia las falencias del Protocolo de Ushuaia que deja abiertas demasiadas puertas por las que pueden filtrarse la arbitrariedad, más allá de que se pudieran adoptar decisiones sin cumplirse con los procedimientos establecidos en el propio Protocolo.

En suma, estimamos que la situación planteada por la suspensión aplicada a Paraguay, por las circunstancias que condujeron a esta determinación por los otros tres países miembros del Mercosur, y la decisión de efectivizar el ingreso de Venezuela sin haberse completado el proce-

dimiento prescripto en la normativa convencional aplicable al caso, son hechos que en nada contribuyen a consolidar este proceso de integración que de por sí afronta dificultades que hacen cada vez más dudosa la posibilidad de que se alcancen los objetivos fundacionales.

¿ES CONSTITUCIONALMENTE ACEPTABLE EL INDICIO DE “MALA JUSTIFICACIÓN”?

(Entre el “vuelo de la golondrina” y el “vuelo del murciélago”) ¹

por JOSÉ I. CAFFERATA NORES ²

SUMARIO: I. Introducción. II. Noción. III. Alternativas posibles. IV. Esquema conceptual. V. El silogismo que “da nacimiento” al indicio de “mala justificación”. VI. Las garantías constitucionales que gobiernan la declaración del imputado. VII. La declaración del imputado como “eventual fuente de pruebas”. VIII. ¿Cuál será, entonces, la consecuencia de la mentira? IX. ¿“*Fair trial*” o puñalada traperera? X. El vuelo del murciélago. XI. Mentira e individualización de la pena. XII. El argumento de las garantías judiciales de la víctima. XIII. ¿Van por más? XIV. La jurisprudencia. XV. Opiniones doctrinarias. XVI. Conclusiones.

I. Introducción

El acotado propósito de estas líneas es hacer un aporte crítico a la utilización de las mentiras que el imputado haya proferido en su defensa al prestar declaración como tal (indagatoria, art. 258 y ss. C.P.P. de Córdoba ³) como un indicio de culpabilidad en su contra: es lo que se conoce como “indicio de mala justificación” (el que, adelanto desde ya, me parece una flagrante violación de la garantía del *nemo tenetur se ipsum*

¹ Conferencia pronunciada en sesión ordinaria del 17 de septiembre de 2012.

² Académico de número.

³ El desarrollo del presente trabajo se hizo sobre la base de las disposiciones del Código Procesal Penal de Córdoba, que guardan estrecha relación en este punto con las de los demás códigos procesales argentinos. Debo agradecer aquí el rico intercambio de serios argumentos sobre este tema, mantenido con el Prof. Mauricio V. Sanz.

accusare (nadie está obligado a acusarse) consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional y en la normativa supranacional de derechos humanos incorporada a ella a su mismo nivel (art. 8.2, g CADH; art. 14.3, g PIDCP; art. 75 inc. 22 C.N.).

Por cierto que no se pretende aquí abordar toda consecuencia perjudicial que pudiere acarrearle cualquier mentira que pronuncie en ese acto procesal. Por ejemplo, si sus dichos resultan agraviantes para el honor de una persona por imputarle falsamente un delito de acción pública, podrá -eventualmente- quedar sujeto a responsabilidad penal o civil (art. 109 C.P.); o si proporciona datos falsos sobre el delito de terrorismo que se le imputa buscando las ventajas del “arrepentido”, quedará sujeto a las sanciones expresamente previstas para ese supuesto en el art. 6° de la ley 25.241. Tampoco nos referimos al ofrecimiento de testigos probadamente inducidos por él a falsear la verdad (art. 275 C.P.) o al dictamen pericial oficial que hubiere obtenido mediante cohecho (art. 276 C.P.).

Y no nos ocupamos del interesante -y no suficientemente debatido- punto de la mentira del imputado como posible manifestación o actividad indicativa de su intención de fugar o entorpecer la investigación⁴.

II. Noción

Se trata, en cambio, de establecer si la mentira generada como expresión defensiva frente a la imputación que se le formula, puede ser

⁴ El desarrollo *in extenso* de este último -e interesante- aspecto excede los límites de este trabajo. Puede señalarse para mayor ilustración de este tópico que la Cámara de Acusación de Córdoba” afirmó que “el derecho del imputado incluso a mentir”... “no se hace extensivo a proteger maniobras tendientes a eludir o entorpecer la acción de la justicia en lo que hace al procedimiento a aplicar...” (Cám. de Acusación Cba., A.I. N° 5, febrero 2007, “Bustos, Daniel Alfredo”); véase la nota N° 54. Es en este sentido que se ha discutido acerca de si la declaración del imputado sobre sus condiciones personales (art. 260 C.P.P.), se encuentra o no amparada por el *nemo tenetur*. Quienes así no lo piensan, argumentan -controversialmente, nos parece- que el interrogatorio de identificación no versa sobre los hechos delictivos atribuidos, obviando el hecho de que la garantía que consagra la libertad de declarar se encuentra contenida en el artículo anterior (art. 259 C.P.P.) y que sus dichos

utilizada como prueba de culpabilidad en su contra, en forma directa (prueba de su participación en el hecho que se le atribuye: indicio de “mala -o falsa- justificación”) o indirecta (prueba negativa sobre su personalidad: indicio “de aptitud criminal”) o como elemento agravante en la mensuración concreta de la pena que se le imponga (arts. 40 y 41 C.P.)⁵.

Para seguir despejando el campo del análisis, señalamos que si el imputado se limita a decir, globalmente, que “niega los hechos que se le atribuyen” y esta negativa genérica resulta mentirosa -pues se acredita su culpabilidad por otros medios de prueba-, a nadie se le debería ocurrir⁶ esgrimir esta simple falsa negación “global” de culpabilidad como un “indicio de mala justificación”, porque éste, conceptualmente y como su nombre lo indica, requiere de una falsa justificación⁷.

verdaderos pueden serle perjudiciales (v.gr. a los fines de la reincidencia o para la individualización de la pena). Una especialista en medidas de coerción, Natalia Sergi, destaca que en la jurisprudencia reciente, el “arraigo” se ha convertido en un aspecto fundamental en el análisis del peligro procesal (v.gr. CNCP, Sala 2ª, “Da Costa Días, Manuel s/ recurso de casación”, del 2/5/2008); y que a este concepto aquella lo vincula con la verificación del nombre y domicilio correctos del imputado (v.gr. CNCiv.Com., Sala 1ª, “Velasco Laime, René”, del 30/9/2010), y la *evaluación sobre si el imputado ha sido veraz en brindar estos datos* (v.gr. CNCP, Sala 3ª, “Villalba”, 22/12/2009; CNCiv.Com, Sala 1ª, “Méndez”, 29/6/2010; Sala 1ª, “Liway”, 24/6/2010); Natalia SERGI, *Díaz Bessone y sus consecuencias* (inédito).

⁵ Aquí cabría analizar también la nota precedente.

⁶ Aunque sí se ha hecho, v.gr. en un caso en el que el imputado negó haber cometido el hecho y ello es usado como agravante de “falta de arrepentimiento” en su contra a los fines de la individualización concreta de la pena (arts. 40 y 41 C.P.). Este razonamiento es expresamente descalificado por la Corte Suprema pues “implica la existencia de un estímulo -para ese imputado, pero además, válido para los casos siguientes- de confesar el hecho, para que su negativa no sea valorada en su contra (C.S.J.N., “Casas, Alejandro”, Expte C. 2016/06, Rex, del 3 de mayo de 2007, remitiéndose a los fundamentos del procurador general del 27 de octubre de 2006). Desde luego que nuestra crítica abarca también este supuesto.

⁷ Se ha intentado diferenciar la falsa justificación de la “*justificación insuficiente*”, señalándose “*que ésta sólo puede valorarse en contra del imputado, si las posibilidades de aportar prueba se encuentran tan a su alcance que debería estar en condiciones de hacer indicaciones claras. Todo depende, pues, de si ha tenido acceso a esos datos y de si el estado de la causa le permitiría fácilmente poner sobre el tapete eventuales elementos que le favorezcan*” (Erich DOHRING, *La prueba. Su práctica y apreciación*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, pág. 230). El intento de distinción es inadmisibles, pues no sólo da por sentada la validez indiciaria de

Justificar significa, según el *Diccionario de la Lengua*, “probar la inocencia de uno en lo que se le imputa o se presume de él”.

O sea que a los fines de dar por existente este pseudo “indicio” no debería bastar la simple negativa global; seguramente por esta razón, aun la doctrina y la jurisprudencia más “restrictivas” que lo aceptan, requieren mentiras tendientes a probar una inocencia que no es tal⁸; se trata, como ya se adelantó, de una falsa justificación⁹.

III. Alternativas posibles

La posición defensiva mentirosa del imputado, una vez comprobada su falsedad, puede, según las distintas posiciones enunciadas sobre el punto, producir dos efectos:

a. Ser considerada un indicio de culpabilidad, es decir, ser tomada como una prueba de cargo en su contra, para acreditar su responsabilidad

la “falsa justificación”, sino porque acuerda a la “justificación insuficiente” una menor potencia inculpante, *sólo* cuando al imputado se le haga más difícil la carga de la prueba.

⁸ François GORPHE, *De la apreciación de las pruebas*, Buenos Aires, La Ley, 1967, pág. 345, señala que “*la mala justificación colora, cabe decir, actos simplemente equívocos, mucho más seguramente de lo que permitiría la falta exclusiva de justificación*”; y se explaya sobre una experiencia personal suya “*donde la intención culpable fue deducida únicamente de las explicaciones falsas y contradictorias del procesado*”. Por su parte Erich DOHRING, *La prueba. Su práctica y apreciación*, manifiesta que *mayor vigor* aún tiene el indicio de culpabilidad de una aserción inexacta cuando se comprueba que el imputado lisa y *llanamente ha mentido* (pág. 227).

⁹ Una de cuyas expresiones más frecuente es la falsa “coartada”, ilegalmente valorada por muchos como el indicio de falsa justificación por excelencia. Confr. Jairo PARRA QUIJANO, *Tratado de la prueba judicial*, tomo IV, Bogotá, Librería del Profesional, 2001, t. IV, pág. 34 y ss., quien citando a Dohring señala: “*Si una persona manifiesta, por ejemplo, que en el momento o en la época que se cometió el delito se encontraba en otro sitio y esta afirmación resulta desvirtuada, estamos frente, no cabe duda, a un indicio de culpabilidad, ya que no resulta normal que una persona que no ha cometido un delito cree una falsa coartada*”. También recuerda el autor la concordante opinión de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Colombia cuando afirma, en relación con la falsa coartada, “*que una persona que es totalmente ajena a la comisión de un ilícito, no tiene motivo alguno para mentir y afirmar en contra de la verdad*”.

penal o para agravar le pena a individualizar en el caso concreto. Este supuesto es el que se conoce como indicio “de mendacidad”, más conocido en estos días como “indicio de mala justificación”.

b. Ser tomada como un simple fracaso de su refutación a la acusación, por lo que ésta no queda eximida de sustentarse en otros elementos convictivos independientes; no se la admite como prueba de cargo en contra del imputado.

Esta última es, como ya adelantamos, nuestra posición - véase N° 8-

IV. Esquema conceptual

Parece útil ahora formular un par de precisiones antes de entrar de lleno en el tema que nos ocupa.

Hay que decir, a modo de precisión terminológica, que las leyes procesales y la jurisprudencia utilizan, por lo general, el término “presunción” en *sentido impropio*, como expresión equivalente a “indicio”. Así ocurre en el C.P.P. Córdoba (art. 261) cuando, establece que el silencio del imputado no implica “una presunción de culpabilidad” en su contra.

En segundo lugar, y ya con un sentido conceptual, debe recordarse que la naturaleza probatoria del indicio no está *in re ipsa*, sino que surge como fruto lógico de su relación con una determinada norma de experiencia común¹⁰, en virtud de un mecanismo silogístico en el cual, el hecho indiciario es tomado como premisa menor y la regla de experiencia común funciona como premisa mayor.

La conclusión que surge de la relación lógica entre ambas premisas es la que otorga fuerza probatoria al indicio.

Así, por ejemplo, la tenencia de la *res furtiva* no importa, en sí misma, prueba alguna acerca de que su tenedor sea el ladrón. Pero si a aquélla se la enfrenta con una regla de experiencia que enuncie “Quien

¹⁰ Confr. José I. CAFFERATA NORES, Maximiliano HAIRABEDIÁN, *La prueba en el proceso penal*, 7ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, pág. 249 y ss. Véanse las ilustrativas precisiones de Arocena y otros, en la nota N° 17.

roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder”, la conclusión que de la relación de ambas se obtenga puede presentar valor conviccional.

El respectivo silogismo quedaría configurado así:

Quien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder.

El imputado tenía en su poder la cosa robada.

Luego, el imputado probablemente la robó.

Esto evidencia que la eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá, en primer lugar, de que el hecho constitutivo del indicio esté fehacientemente acreditado; en segundo término, del grado de veracidad, objetivamente comprobable, de la enunciación general con la cual se lo relaciona con aquél; y, por último, de la corrección lógica del enlace entre ambos términos ¹¹.

Munidos de estos conceptos, entramos en materia.

V. El silogismo que “da nacimiento” al indicio de “mala justificación”

Trataremos a continuación de aplicar el mecanismo precedente, sin hacer -por ahora- ningún juicio de valor fundado sobre su adecuación a la normativa constitucional y legal vigente ¹². Una especie de “ensayo de laboratorio”.

a. La premisa menor del “silogismo indiciario” es sencilla de enunciar:

El imputado, al prestar declaración, invocó mendazmente, hechos o circunstancias para atenuar o eximir su responsabilidad frente a la imputación formulada en su contra.

b. Pero la premisa mayor puede presentar distintas formulaciones, de cuyo sentido dependerá la conclusión -favorable o desfavorable al imputado- del silogismo indiciario.

Como de lo que aquí se trata es de el segundo supuesto (conclusión desfavorable), vamos a citar las formulaciones más comúnmente utilizadas de la premisa mayor que lleven a ese resultado.

¹¹ CAFFERATA NORES-HAIRABEDIÁN, *La prueba...* cit., pág. 249

¹² En verdad, ya lo hemos adelantado precedentemente (v.gr. en los N^{ros} 1 y 3).

Las “reglas de la experiencia” idóneas a tal fin serían, por ejemplo, las siguientes:

- Nadie se separa de la verdad a no ser por un interés contrario y suficiente ¹³;

- Quien declara una cosa manifiestamente falsa, es que tiene un motivo que a ello le impulsa ¹⁴;

- Quien depone en falso en su descargo, lo hace para salvarse de la infamia y de la pena ¹⁵;

- El acusado que opta por afirmar lo que le consta que es falso, o por negar lo que él sabe está comprobado que es cierto, al demostrar interés en desconocer la verdad, induce a pensar que esa verdad le es contraria, y que él es culpable ¹⁶;

- Siempre se presume que en provecho propio fácilmente mentimos ¹⁷;

¹³ Pietro ELLERO, *De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la prueba en materia penal*, 1ª ed. argentina, Buenos Aires, 1994 dice: “*En virtud del principio según el cual **nadie se separa de la verdad a no ser por un interés contrario y suficiente**, debe afirmarse que quien declara una cosa manifiestamente falsa, es que tiene un motivo que a ello le impulsa... Por tanto, pues, quien depone en falso en juicio, va movido por graves intereses; y éstos, en el caso en que las deposiciones sean de descargo, se reducen a salvarse a sí propio, o a los suyos, o a aquellos que le hubiesen corrompido, de la infamia y de la pena*”.

¹⁴ Pietro ELLERO, *De la certidumbre...* cit.

¹⁵ Pietro ELLERO, *De la certidumbre...*, cit.

¹⁶ Nicola FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de la pruebas en materia criminal*, Bogotá, Temis, 1978, vol. I, pág. 325 y ss., expresa: “*El acusado que en el curso del juicio opta afirmar lo que consta que es conocido por él falso, o por negar lo que está comprobado que él sabe que es cierto, al demostrar interés en desconocer la verdad, induce a pensar que esa verdad le es contraria, y que él es culpable; este es el indicio de efecto proveniente de la mentira*”.

¹⁷ “El testimonio que disculpa al acusado tiene en su contra una sospecha de descrédito que le quita credibilidad, pues siempre se presume que en provecho propio fácilmente mentimos; y esa presunción de mendacidad no carece de fundamento. El hombre, por necesidad ingénita, aspira a no empeorar su propia condición, sino a mejorarla; aspira a alejar los males y a atraer los bienes; y por esto, cuando del diverso tenor de sus palabras se puede derivar un mal o un bien para él, fácilmente se comprende que, aun a expensas de la verdad, *se verá inclinado a decir lo que lo*

- El procesado culpable trastabilla, anda en zig zag; cambia, se contradice, trata de remediar las mentiras que ha manifestado ¹⁸.

c. Cualquiera de los enunciados precedentes que utilicemos como premisa mayor del silogismo indiciario, nos llevaría a una conclusión de culpabilidad. Tomemos el más sencillo como ejemplo:

Premisa mayor

Un acusado que al declarar opta por afirmar lo que le consta que es falso, o por negar lo que él sabe está comprobado que es cierto, demuestra interés en desconocer la verdad, lo que induce a pensar que esa verdad le es contraria, porque es culpable.

Premisa menor

El imputado, al prestar declaración, mendazmente invocó hechos falsos o negó circunstancias verdaderas para atenuar o eximir su responsabilidad frente a la imputación formulada en su contra.

Conclusión

El imputado es culpable

d. Por cierto (y siempre en exclusiva función del “ensayo de laboratorio” aludido al principio) que quedaría para resolver la cuestión de si los enunciados expuestos en b. gozan de una veracidad, objetivamente comprobable ¹⁹, que permita considerarlos “reglas de la experiencia” ²⁰.

favorece y no lo que le perjudica”. Nicola FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica... cit.*, vol. II, pág. 189.

¹⁸ Enrico Ferri recordado por Enrico ALTAVILLA, *Sicología judicial*, pág. 548. Aquél, además ha sostenido: “*El inocente, dice, acusado en un proceso penal, desde el primer momento expresa sus pensamientos, porque no tiene que decir sino la verdad*”. Y en otro lugar señala: “*La experiencia procesal nos da, en efecto, esta constante enseñanza, sin excepción alguna: el sindicado inocente dice siempre una misma cosa, desde el primero hasta el último momento: podrá hasta dar detalles inexactos (por defecto de memoria o de percepción), pero en el fondo dice siempre una misma cosa sobre la versión del hecho*”. “*El sindicado inocente, falsamente acusado tiene siempre una actitud rectilínea, como el vuelo de la golondrina*”.

¹⁹ Gustavo AROCENA; Fabián I. BALCARCE; José D. CESANO, *Prueba en materia penal* (libro que los autores tuvieron la gentileza de dedicarme), Buenos Aires, Astrea, 2009, pág. 461, advierten que “*este esquema formal, pues, se elabora sobre*

(Esta nota continúa en la página siguiente)

²⁰ Hay quienes sostienen que la presunción de culpabilidad que se deriva de los indicios que pueden desprenderse del silencio o de la falsedad colisionan frontalmente

(Esta nota continúa en la página siguiente)

e. Pero aun en un hipotético caso afirmativo, la verdadera cuestión que queremos enfrentar versa sobre si admitir la conclusión perjudicial para el imputado de semejante silogismo, como prueba de cargo en contra de éste, es o no respetuosa de la normativa constitucional y legal que rige su declaración en el proceso.

VI. Las garantías constitucionales que gobiernan la declaración del imputado

La declaración del imputado es el medio predispuesto para que pueda ejercitar su derecho de defensa (medio de defensa): es el acto regulado por las leyes procesales para que aquél, luego de ser informado de los delitos (hechos y encuadramiento legal) que se le atribuyen y las pruebas existentes en su contra, decida libremente (incoercibilidad moral) si prefiere ejercer su defensa material guardando silencio (art. 18 C.N.; art. 8.2.g, CADH; art. 14.3.g PIDCP) o a través de manifestaciones verbales en descargo o aclaración del ilícito que se le incrimina (derecho a ser oído, arts. 8.1, CADH; art. 14.1, PIDCP, de nivel constitucional, art. 75 inc. 22 C.N.).

(Continuación de la nota 19)

la base de una premisa mayor provista, respectivamente, por las leyes consensuadas y vigentes en los distintos sectores de los saberes protocolizados -ora empíricos, ora históricos-, o por nociones de sentido común, que tienen como único fundamento el hecho de formar parte de la cultura del hombre medio, en cierto lugar y en cierto momento, y que pueden fundarse en vulgarizaciones de leyes lógicas o naturales, o -como sucede más a menudo- expresar únicamente toscas generalizaciones, tendencias genéricas, opiniones o prejuicios difundidos, sin convalidación o confirmación alguna de tipo científico” (citando a TARUFFO, *La prueba de los hechos*, pág. 219).

(Continuación de la nota 20)

con las actuales tesis de la psicología judicial, según las cuales dichas actitudes no son comportamientos únicamente atribuibles al imputado realmente culpable sino que puede deberse a otro tipo de razones. Gómez del Castillo, citado por DURGA ANGULO, “La declaración del imputado ¿usted desea declarar?”, en *El proceso penal adversarial*, Rubinzal-Culzoni, t. II, pág. 137.

Venimos en estas reflexiones enfatizando nuestra posición contraria al llamado “indicio de mala justificación”, con cualquiera de los efectos perjudiciales para el imputado que se le puedan asignar (ver N° 3), porque constituye un modo larvado -pero no menos grave- de desconocer la garantía constitucional que asiste al imputado, que es el “*nemo tenetur se ipsum accusare*” (nadie está obligado a acusarse; nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo) (arts. 18 C.N.; y 8.2.g, CADH; 14.3.g PIDCP, de nivel constitucional, art. 75 inc. 22 C.N.)²¹ y vulnerar además la presunción constitucional de inocencia (art. 18 C.N.; arts 26 DADDH; 11 DUDH; 8.2 CADH, y 14.2 PIDCP de nivel constitucional, art. 75 inc. 22 C.N.).

Esta posición ha sido sostenida desde hace más de un cuarto de siglo atrás, en el precedente “Serafíni” del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Allí se sostuvo que siendo la declaración del encartado un medio de defensa material y no de prueba, su utilización en contra de aquél por la mera falta de veracidad de sus dichos resulta violatoria de normas constitucionales y legales preservadoras de la garantía de defensa en juicio (art. 18 C.N; art. 8° Const. Pcial. y art. 294 C.P.P.). Al establecer la sentencia esta suerte de inversión probatoria, en la que decisivamente se sustenta, se la ha privado de legítima fundamentación (art. 417 inc. 3 C.P.P.)²².

Más recientemente se ha expresado (prestando una correcta aquiescencia), que “... *la doctrina casatoria ha señalado la conexión entre el principio de inocencia con el derecho de defensa, pues proporciona a éste su verdadero sentido, de modo que no se podrá utilizar como presunción de culpabilidad en su contra, ni como circunstancia agravante para la individualización de la pena que se le pudiere imponer, art. 41 C.P., que el imputado se abstenga de declarar, o que al hacerlo mienta, o el modo en que ejerza su defensa*”²³.

²¹ O “*nemo tenetur se detegere*” (nadie está obligado a descubrirse).

²² T.S.J. Cba., “Serafíni”, Sent. del 17/4/84. Pero me apresuro en aclarar que, aunque en ese momento presidía la Sala Penal del T.S.J. Cba., no voté en esa sentencia por haberme inhibido: sin embargo, adherí sin ambages a esa posición, lo que quedó reflejado en numerosos fallos posteriores en los que voté en idéntico sentido.

²³ Aída TARDITTI, “La fundamentación de la sentencia en la individualización de la pena y el recurso de casación en la jurisprudencia de Córdoba”, en Revista de

Ello es así porque resultaría arbitrario e ilegal que las manifestaciones defensivas del imputado, por el solo hecho de no haber sido avaladas por la prueba del proceso, puedan ser utilizadas en su perjuicio, pues tal razonamiento importaría una fuerte desnaturalización de su derecho de defensa material ya que, si cada vez que las expresiones del imputado negando su culpabilidad o los hechos fundantes de la imputación en su contra no fueran admitidas como verdaderas, se pudieran transformar -por su presunta mendacidad- en prueba de cargo en su contra, el derecho de defensa quedaría reducido a decir cosas verdaderas, cuya veracidad además el acusado debería probar²⁴, so pena de que, en caso contra-

Derecho Penal y Criminología, La Ley, año 1, N° 3, pág. 83; la opinión es de noviembre de 2011. Pueden citarse como ejemplos del “modo” en que el imputado “ejerza su defensa”, el calificar de conducta procesal *sospechosa suya* y de su defensor, el impugnar peritos que debían dictaminar sobre la autenticidad de los documentos, impugnación de la que se *infirió intranquilidad* en el imputado sobre el resultado de tal prueba, pese a haber sostenido que la firma fue puesta en su presencia (T.S.J. Cba., “Serafini”, Sent. del 17/4/84); o ponderar negativamente para el acusado determinadas circunstancias relativas a la manera en que éste ejerciera su derecho de defensa, tales como estar presente en la audiencia de debate mientras se diligenciaba la prueba del hecho y haber presentado un escrito con el que pretendía acreditar que su hija había tenido relaciones sexuales con un joven que concurría al mismo colegio que ella, para eximirse así de responsabilidad (T.S.J., Sala Penal, Sent. N° 107, 6/6/2007, “García, Carlos Hugo p.s.a. abuso sexual con acceso carnal agravado, etc. - Recurso de casación”, Dres. Cafure, Tarditti y Blanc G. de Arabel). Cabe agregar aquí otro párrafo del precedente “Serafini” del T.S.J. Cba., que expresa que “tampoco la conducta procesal del imputado o de su abogado, en orden al ejercicio del derecho de defensa, puede ser considerada como indicio de culpabilidad, por más que aquella se aparte de la normas rituales vigentes o revista modalidades inapropiadas. Los excesos de cualquier naturaleza, cometidos en el ejercicio de los poderes que el Código Procesal Penal acuerda, serán pasibles de las correcciones procesales o disciplinarias que correspondieren, *pero no pueden ser reputadas como circunstancias reveladoras de criminalidad*. Lo contrario, y tal como lo acepta el tribunal *a quo*, constituye una violación del derecho de defensa, constitucionalmente consagrado” (Sent. del 17/4/84).

²⁴ Argumentos con los que patrociné al condenado en el recurso extraordinario a su favor interpuesto en los autos, “Casas, Alejandro”, Expte C. 2016/06 Rex, del 3 de mayo de 2007”, que fue acogido por la C.S.J.N. por estos motivos (véase nota N° 4). Desde otro lugar se ha dicho que la atribución de indicio de culpabilidad a las manifestaciones del imputado coloca la declaración como medio de prueba y en tanto se la integra a la valoración de los elementos introducidos al juicio a fin de determinar la autoría de la persona, contraviene la obligación, que en forma exclusiva recae sobre el Estado, de acreditar la culpabilidad. DURGA ANGULO, “La declaración del imputado

rio, se las considere mentirosas y, por ende, prueba de culpabilidad en su contra, carga probatoria que vulneraría el principio de inocencia constitucionalmente reconocido a su favor.

De tal suerte, si la invitación al imputado a expresar libremente (art. 259 C.P.P.) cuanto tenga por conveniente en descargo o aclaración de los hechos que se le atribuyen (art. 262 C.P.P.) sólo puede aceptarse -inocualemente por aquél- para decir la verdad sobre ellos, porque si así no lo hace, su mentira podrá ser considerada una prueba de su culpabilidad, habrá que admitir que tal libertad quedaría reducida a decir la verdad sobre la imputación que se le formula, libertad que sólo tendrá quien sea inocente (cerceñándose además el derecho del imputado -dicho esto con “las debidas licencias”- “ontológicamente” culpable- a no confesar).

Estas son las razones por las que “*la utilización de la mera insinceridad del imputado como indicio de culpabilidad es jurídicamente descalificable, ya que deviene violatoria de las normas constitucionales y legales preservadoras de la garantía de defensa en juicio*”²⁵. Véase también lo dicho en el N° 11.

VII. La declaración del imputado como “eventual fuente de pruebas”

Mucho se ha dicho sobre que la declaración del imputado puede también ser eventual fuente de pruebas²⁶.

¿usted desea declarar?”, en *El proceso penal adversarial*, Rubinzal-Culzoni, t. II, pág. 137 y ss.

²⁵ CAFFERATA NORES-TARDITTI, *C.P.P.*... cit., t. 1, pág. 623.

²⁶ T.S.J. Cba. (sent. N° 45, 28/7/98, “Simoncelli”) ha aseverado que se trata de un acto que *materializa la defensa en juicio del imputado*, pero que puede ser empleado como *eventual fuente de prueba*: “... nadie pone en duda hoy en día que la “declaración del sometido a proceso, analizada desde la óptica del imputado, importa un medio idóneo para la materialización de su defensa en juicio. Y justamente, para alcanzar de manera eficaz tal significado, es que desde la perspectiva del juez en lo penal, se debe traducir dicho acto en una fuente eventual de pruebas, pues, de lo contrario, si las manifestaciones del imputado estuvieran ajenas a todo tipo de valoración, no pasarían de ser meras expresiones formales, ineficaces desde el punto de vista de la defensa material”.

Pero debe precisarse que sólo podrán “brotar” legítimamente de esa “fuente”, las favorables que puedan incorporarse por las menciones que de ellas haga (evacuación de citas -art. 267 C.P.P.-²⁷), e inclusive las desfavorables que puedan surgir de su declaración libremente prestada²⁸

²⁷ Quizás sea útil enfatizar aquí, de paso, que esta atribución del imputado no es una mera manifestación del derecho de libertad de expresión que tiene cualquier ciudadano: por el contrario, es parte *esencial* de su derecho de defensa material. Para que el ejercicio concreto de esta atribución sea una manifestación de éste (del derecho de defensa) y no de aquél (derecho a la libre expresión), es que el art. 267 C.P.P. impone a la autoridad judicial que recibió la declaración, la obligación de “investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado” en dicho acto (art. 262 C.P.P.). Suma así a la pasiva formalidad de *oír* al imputado, la “pro-activa” obligación de *investigar* los hechos de descargo invocados por éste y recibir las pruebas que haya mencionado en su declaración que sean pertinentes y útiles.

²⁸ Hay que reconocer que el “indicio de mala justificación” encuentra *una aliada* en la reglamentación procesal de la declaración del imputado, cuando se la impone como *un acto personal obligatorio* ante la autoridad judicial, que si bien debe hacerse en presencia del defensor, a éste no se le permite intervenir activamente en ella, impedimento que está claramente explicitado para cuando se produce en el debate: “El imputado podrá también hablar con su defensor sin que por esto la audiencia se suspenda, *pero no podrá hacerlo durante su declaración o antes de responder a preguntas que se le formulen*” reza el art. 387. En verdad nos parece que debería generalizarse la forma prevista en el art. 353 bis del C.P.P. de la Nación (ley 24.286) que -para el supuesto que contempla- establece: “En la primera oportunidad, el agente fiscal le hará conocer al imputado cuál es el hecho que se le atribuye y cuáles son las pruebas existentes en su contra, y lo invitará a elegir defensor. El imputado podrá presentarse ante el fiscal con su abogado defensor, aun por escrito, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, pueden ser útiles”. Coincidimos plenamente con Frascaroli, sobre que la disposición “*es la primera en el país que en verdad acuerda a la declaración del imputado el carácter de medio de defensa, pues le permite, previo conocimiento de los hechos y las pruebas, refutarlos con la tranquilidad necesaria para dar libremente su versión, exento de la presión que significa hacerlo inmediatamente después de conocer la imputación, frente a frente con la autoridad que deberá luego evaluarla. Si la indagatoria -dice- es por excelencia el acto procesal por el cual el imputado ejercita su defensa material, no tiene que estar regulada como un acto de sometimiento a la autoridad judicial, tal como lo disponen nuestros códigos procesales, fruto quizás, de aquella herencia inquisitiva que consideraba al interrogatorio del imputado como un medio de prueba, útil para obtener el premio más ansiado por el inquisidor: la confesión. Nuestro sistema de enjuiciamiento penal -concluye- debe aceptar transformaciones como éstas,... para que se corresponda con las garantías que el sistema constitucional consagra expre-*

(v.gr. confesión lisa y llana -art. 415 C.P.P.-; admisión de hechos que excluyan la posible concurrencia de causas de justificación -v.gr. que atacó primero a quien responde la agresión, generándose así una pelea en la que termina matando a éste- o de atenuación de su responsabilidad -v.gr. que si bien no creyó en la versión de su esposo de que le había sido infiel, la semana siguiente al recordar esas palabras, tuvo un acceso de indignación que lo llevó a apuñalarlo-²⁹).

VIII. ¿Cuál será, entonces, la consecuencia de la mentira?

Si el imputado opta por declarar y expone una versión sobre el hecho que se le atribuye procurando excluir o aminorar la respuesta punitiva, esto genera la obligación del órgano judicial que la recibe de examinar, cuando procesalmente corresponda, si la prueba reunida por la acusación destruye la existencia de las circunstancias disculpantes invocadas. Si esto último no ocurre (o sea, si la posición defensiva no es destruida), se deberá analizar la relevancia jurídica de éstas a los efectos de la procedencia legal de la eximente o atenuante invocada en la declaración³⁰.

samente” (Susana FRASCAROLI, “Indagatoria por escrito (¡Qué diría Torquemada!)”, en Semanario Jurídico, N° 1176, del 5/2/98, pág. 128)

²⁹ La *confesión* es el reconocimiento del imputado, formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva ya deducida en su contra. En tal caso se la suele denominar *simple*, en tanto que se la llama *calificada* si se le añaden circunstancias capaces de excluir la responsabilidad penal (maté, pero en defensa propia) o atenuada (maté, pero violentamente emocionado). En esta última hipótesis es posible, si se acredita (por elementos objetivos independientes) la inexistencia de la disculpa, aceptar el reconocimiento de participación en el hecho y valorarlo como prueba de cargo. ***Pero esto derivará de lo reconocido por el imputado, que resultó cierto, no de lo que dijo y se comprobó que no era verdad.***

³⁰ En esta sintonía, el T.S.J. Cba. (Sent. N° 64, 23/8/2002, “Camacho de Gerez”) asevera: “... que habiendo brindado la imputada una explicación que la liberaba de responsabilidad, debió la Juzgadora incluirla en su razonamiento, a los efectos de examinar si la prueba le posibilitaba destruir con certeza la defensa esgrimida”.

Pero si la prueba acusatoria logra destruir la señalada posición defensiva, porque su contenido es mentiroso, aquélla (la prueba acusatoria) podrá haber adquirido el valor conviccional legalmente exigido para fundar resoluciones contrarias al imputado, sean provisionales (v.gr. prisión preventiva) sean definitivas (v.gr. sentencia de condena), según el grado de convicción con que logre descalificar la versión exculpatoria del imputado y acreditar además su responsabilidad penal ³¹.

La acreditación de que la disculpa del imputado es mentirosa, entonces, tendrá como único efecto allanar el progreso de la acusación y una decisión jurisdiccional favorable sobre su fundamento, siempre y cuando éstas se puedan apoyar independientemente en las (¿otras?) pruebas obtenidas por el acusador en el ejercicio de sus amplios poderes.

La mentira será, entonces, un simple fracaso de la refutación a la acusación. Ningún otro efecto tendrá su demostración (la de la mentira del imputado): sólo ese. No podrá ser un indicio de culpabilidad, será inocua, neutra ³²; tendrá, como bien se ha dicho, valor cero ³³ como prueba de cargo (incluso para la individualización de la sanción que eventualmente se le impone -véase N° 11-).

Es que, de acuerdo con el plexo constitucional y legal vigente, la culpabilidad del acusado sólo estará legalmente acreditada cuando pueda ser certeramente “*inducida de datos probatorios objetivos, nunca deducida de presunciones que se pretendan inferir de la negativa expresa del imputado a colaborar con el proceso, o de su silencio o de explicaciones insuficientes o mentirosas, o de otras situaciones similares*” ³⁴.

³¹ Para condenar, el T.S.J. Cba. en el fallo “Camacho” precedentemente citado, exige que la prueba reunida por la acusación sea idónea para “*destruir con certeza la defensa esgrimida*”.

³² La mentira deslizada en dicho ámbito debe ser considerada *normativa y axiológicamente neutra*, expresa Daniel Eduardo RAFFECAS, “El coste de la mentira: puesta en peligro de la garantía contra la autoincriminación”, Revista de Derecho Penal, 2001, N° 2, pág. 591 y ss.

³³ Esta ilustrativa alocución la leímos en alguna parte; no hemos logrado reconstruir en dónde, pero nos apresuramos a indicar que no es de nuestra propia cosecha.

³⁴ José I. CAFFERATA NORES, *Proceso penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, págs. 73/74.

IX. ¿“*Fair trial*” o puñalada trapera?³⁵

Como refuerzo de nuestra posición, se nos ocurre desafiar a quienes no coincidan con ella y acepten la validez del indicio de mala justificación como prueba de cargo, para que al menos produzcan una modificación (o exijan una reforma legal) del contenido de la información que se le proporciona al imputado luego de intimarle los hechos que se le atribuyen y las pruebas existentes en su contra.

Es que para ser procesalmente leal (“*fair trial*”), el órgano judicial que recibe la declaración indagatoria tendría que informar al imputado de acuerdo al siguiente tenor (aproximado)³⁶:

“Sr. Ud. puede declarar o abstenerse de hacerlo, sin que su abstención pueda ser valorada como un indicio de culpabilidad en su contra.

Ahora bien, si opta por declarar, es mi deber advertirle que si al hacerlo miente para justificarse, esta mentira sí puede ser valorada como un indicio de culpabilidad en su contra”.

De este modo, el imputado quedaría avisado antes de decidir si declara o se abstiene de hacerlo, sobre las consecuencias perjudiciales para su situación procesal que podrían derivarse de optar por declarar y hacerlo mendazmente para defenderse de la imputación que se le formula. Y se le evitaría la sorpresa de encontrarse con que la invitación judicial a exponer “todo lo que crea conveniente en descargo o aclaración de los hechos” (art. 262 C.P.P.), esconde la posibilidad de ser víctima de una “puñalada procesalmente trapera”: si al exponer cree conveniente mentir, esta mendacidad puede ser utilizada como una prueba de cargo en su contra (limitación a su libertad de declarar de la que no había sido previamente informado).

Se le haría así conocer al imputado, honorablemente, el paradójico alcance acordado a su “incoercibilidad moral”: si bien la “letra” del C.P.P.

³⁵ Esta locución, en su acepción figurada -como aquí la usamos- significa, según el Diccionario, “*traición, jugarreta, mala pasada*”.

³⁶ Nótese que a diferencia de otras garantías (por ej., la inviolabilidad del domicilio), el privilegio contra la autoincriminación es absoluto: el imputado no debe barruntar ningún peligro de que su situación procesal pueda agravarse a partir de su decisión de sí declarar y qué declarar. Daniel Eduardo RAPECAS, “El coste de la mentira: puesta en peligro de la garantía contra...”, cit., págs. 591 y ss.

establece (art. 259) que “en ningún caso” se le podrá requerir “juramento o promesa de decir verdad”, en la realidad más le vale que no mienta: “*sepa Ud. que la libertad que se le reconoce, es sólo para declarar la verdad*”, debería aclarársele.

De más está reiterar que lo precedentemente expuesto, sólo pretende reforzar -por el absurdo- nuestra posición sobre la infracción constitucional que implica el indicio de mala justificación: es un intento (quizás vano, pero siempre frontal) de aplicarle a la invocada legalidad de este indicio una especie de “estocada final” argumental.

X. El vuelo del murciélago

Hay quienes tratan de limitar la concurrencia del indicio de mala justificación, a los casos en que el imputado no se limite a mentir una vez, sino que descubierta que sea su primera mentira, insista con otras, tratando de modo zigzagueante de ir acomodando su versión exculpatoria a las nuevas pruebas de cargo que van destruyendo la versión anteriormente esgrimida³⁷; o que la justificación mentirosa se produzca luego de que el avance de la investigación vaya fortaleciendo la hipótesis acusatoria³⁸.

³⁷ “... el procesado **culpable** trastabilla, anda en zig zag; cambia, se contradice, trata de **remediar las mentiras que ha manifestado**, tiene siempre una actitud sinuosa como el **vuelo del murciélago**”, señala Enrico Ferri, recordado por Enrico ALTAVILLA, *Sicología judicial*, pág. 548 y ss. En un sentido coincidente se ha dicho que “*algunas veces, el indicio de la justificación insuficiente sólo va creciendo poco a poco en fuerza de convicción. Así por ejemplo, si el imputado hace respecto a un mismo punto una serie de afirmaciones defensivas, sin que el examen pueda tornar verosímil una sola de ellas. A veces, una **cadena semejante de descargos frustrados** no puede considerarse un simple producto de la casualidad, sino que constituye una señal de que las explicaciones dadas por el imputado en su defensa, eran afirmaciones de conveniencia, carentes de base real*”. Erich DOHRING, *La prueba. Su práctica y apreciación*, pág. 231).

³⁸ La Cámara de Acusación de Córdoba admitió -creemos que sólo para este supuesto- el “indicio de mala justificación” en el caso en que la versión con la que intenta exculparse el imputado, no la produjo en la primera declaración que prestó sino en la última, pretendiendo además acreditarla con testimonios de personas que depusieron con posterioridad a la justificación, que se muestran invariablemente

Pero la ilegalidad del “indicio de mala justificación” no se excluye ni aminora por más que se produzcan aquellas circunstancias, pues la su-puesta regla de experiencia de la que se deduce sigue siendo la misma: “sólo el culpable miente” (la única diferencia es que aquellos exigen que lo haga reiterada y sucesivamente).

XI. Mentira e individualización de la pena

Consecuentemente con lo hasta aquí expuesto, también se debe des-calificar el uso de la mentira del imputado al prestar declaración como circunstancia agravante para la mensuración concreta de la sanción que se le imponga al ser condenado (arts 40 y 41 C.P.).

Ya destacamos que la utilización como agravante de “falta de arre-pentimiento” a los fines de la individualización de la pena (arts. 40 y 41 C.P.) que el imputado haya negado su participación en el hecho, fue des-calificado por la Corte Suprema³⁹; que calificada doctrina ha señalado “*la conexión entre el principio de inocencia con el derecho de de-fensa, pues proporciona a éste su verdadero sentido*”, de modo que “*no se podrá utilizar... como circunstancias agravantes para la in-dividualización de la pena que se le pudiere imponer, art. 41 C.P., que el imputado se abstenga de declarar, o que al hacerlo mienta, o el modo en que ejerza su defensa*”⁴⁰, posición compartida por el T.S.J. Cba. en recientes precedentes al señalar que el hecho de que el imputado al declarar mienta “no se podrá utilizar como circunstancia agravante para la individualización de la pena”⁴¹.

como partes que conforman un rompecabezas, encastrando a la perfección con la versión de aquél, violando para ello reglas de la experiencia, que el tribunal señala (A.I. N° 71, 9/5/07, “García, José Luis”).

³⁹ C.S.J.N., “Casas, Alejandro”, Expte C. 2016/06, Rex, del 3 de mayo de 2007, remitiéndose a los fundamentos del procurador general del 27 de octubre de 2006); véase nota N° 4.

⁴⁰ Aída TARDITTI, “La fundamentación de la sentencia en la individualización de la pena...”, cit., pág. 83.

⁴¹ T.S.J. Cba., Sala Penal, Sent. N° 66, 4/7/2005, “Chandler, Javier Horacio” citado por HAIRABEDIÁN, en el t. 3 de actualización de CAFFERATA NORES-TARDITTI, C.P.P.... cit., pág. 52.

De modo coincidente se ha señalado que “*el juicio de determinación de la pena mira el hecho del pasado que se la atribuye a la persona, el mismo hecho que fue objeto del juicio. La conducta mendaz del imputado no forma parte de aquel hecho y por eso no puede formar parte de aquel juicio de reproche. Esta confusión -y vulneración al principio de culpabilidad- se traduce así en una violación al principio de legalidad, ya que impone pena -más cantidad de pena- por una circunstancia que no integra el tipo imputado, que no configura circunstancia personal, ni conducta precedente del sujeto y que ni siquiera configura un tipo penal*”⁴².

Y “*desde el punto de vista de los fines político-criminales que el Estado persigue también se reafirma esta posición. Pues si toda la comunidad supiese de antemano que, frente a la comisión de un mismo delito, la pena aumentaría si se demostrara mendacidad en la declaración indagatoria, estaríamos forzando a sus integrantes, a través del plus de la pena elevada y su efecto preventivo general, a la declaración contra sí mismos*”⁴³.

Estas opiniones, nos parece, avalan sólidamente nuestra posición.

XII. El argumento de las garantías judiciales de la víctima

Tampoco es válido para justificar la vulneración constitucional que implica el “indicio de mala justificación”, argumentar que con él se protege mejor a la víctima del delito constituida en querellante, a quien debe garantizarse una situación de igualdad con el imputado.

Ello porque la consagración del “*nemo tenetur...*” no admite excepciones en la Constitución, y es una garantía del imputado que no se puede desconocer judicialmente para nivelar su situación con la de la víctima, invocando el derecho de ésta a la tutela judicial efectiva, pues la normati-

⁴² DURGA ANGULO, “La declaración del imputado...”, cit., pág. 137 y ss.

⁴³ Daniel Eduardo RAFCAS, “El coste de la mentira: puesta en peligro de la garantía contra...” cit., pág. 591 y ss. quien agrega: “*Será cuestión de ver cuánta pena adicional será necesaria para **compler a todos y a cada uno de los criminalizados a confesar**, para satisfacer los requerimientos de un Estado totalitario*”.

va supranacional que la reconoce (v.gr. arts. 25 y 8.1 de la CADH), si bien adquiere nivel constitucional, “no deroga(n) artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” (art. 75 inc. 22 C.N.).

Es verdad que aquella normativa supranacional exige que la defensa del imputado se desarrolle en condiciones de “plena igualdad” (v.gr. art. 8.2, CADH; art. 14.3, PIDCP.) con la acusación: y no es menos cierto que cuando la acusación está a cargo de la víctima o ésta participa en ella de alguna manera, la “plena igualdad” debe analizarse también desde su “punto de vista”.

En principio concurrirá esta igualdad cuando ambos tengan, no sólo en teoría sino también en la práctica, las mismas posibilidades (reales) para influir en las decisiones de los jueces: la paridad de atribuciones procesales a estos fines entre el acusador público -y el privado que hubiere- y el imputado es la manifestación legal más perceptible de la igualdad.

Pero, respecto a estos dos últimos, debe computarse además una suerte de “compensación” de “ventajas” que la persecución penal ofrece: el Estado pone⁴⁴ esa actuación penal oficial a disposición de la tutela judicial de la víctima, constituida en acusador privado: esta es la “*ventaja*” que tiene la víctima. A su vez, el sistema constitucional impone como límite a la persecución penal la presunción de que el imputado es inocente, por lo que la aplicación de la ley represiva en su contra exige la certera demostración de lo *contrario* (o sea, de su culpabilidad) lo que sólo será posible mediante pruebas, cuya obtención no puede lograrse vulnerando el derecho de defensa de éste (art. 11.1 DUDH), una de cuyas expresiones sobresalientes es el “*nemo tenetur...*”: *esta es la “ventaja” que tiene el imputado.*

⁴⁴ Más allá han ido los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos con competencia en nuestra región (Com. IDH; Corte IDH) cuando sostienen que la razón principal por la que el Estado debe perseguir eficazmente el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de “garantizar el derecho a la justicia de las víctimas”, entendiendo a la persecución penal, cuando alguno de los derechos de aquellos haya sido violado por un delito, como un corolario necesario de la garantía a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en que se establezca la existencia de la violación de su derecho, se identifique “a los responsables” y se les impongan “las sanciones pertinentes”.

XIII. ¿Van por más?

Lo que debe tenerse en claro es que, en el fondo, la aceptación del indicio de mala justificación es un primer paso para debilitar (primero) y aniquilar (después) el derecho de abstenerse de prestar declaración sin que la negativa pueda considerarse como una presunción de culpabilidad⁴⁵, pues la estructura lógica (ya analizada -ver N° 5-) que fundamenta el derivar la culpabilidad de la mentira, es la misma que se puede utilizar para derivar la culpabilidad del silencio frente a la intimación⁴⁶.

XIV. La jurisprudencia

Nos pareció conveniente incorporar, como culminación de estas líneas, algunas posiciones jurisprudenciales significativas por el valor de autoridad que revisten.

a. La descalificación terminante del “indicio de mala justificación” la produce la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Ca-

⁴⁵ Una ilustrativa demostración del debilitamiento del “*nemo tenetur*” a nivel internacional, formula María Luisa VILLAMARÍN LÓPEZ, “La protección constitucional del derecho a no confesarse culpable”, en Revista de Derecho Procesal Penal (2010-1) La Defensa Penal-Rubinzal-Culzoni), pág. 345.

⁴⁶ Roxin, no obstante reconocerle razón a la jurisprudencia alemana que opina que el principio del *fair trial* exige negar cualquier valor probatorio al silencio del procesado, no sólo cuando el procesado guarda total silencio o niega su autoría, sino también cuando se niega a declarar ante la policía o en cualquier otro momento concreto, se **pronuncia favorable** a la doctrina judicial de su país que admite como limitación a la regla señalada que puedan **derivarse consecuencias desfavorables** cuando alguien, en un principio, declara y **guarda silencio sólo respecto a puntos particulares o no contesta ciertas preguntas**. Procurando justificar su concepción, contraria a la que sostenemos en el texto, el jurista asevera: “... *quien declara voluntariamente, se somete, también de manera voluntaria, a una valoración de su declaración. No obstante -agrega-, a la hora de realizarse esta valoración, debe apreciarse en su conjunto la conducta del procesado, es decir, se debe tener en cuenta qué ha dicho, qué no ha dicho, y sobre todo, se han de deducir las respectivas conclusiones*” (CLAUS ROXIN, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 123 y 124).

sas”. Allí dijo que “como bien lo expresa la defensa -y no es necesario extenderse sobre el punto, debido a la claridad de la cuestión- si la Corte” Provincial de Catamarca “valora negativamente (a los efectos que fueran...) expresiones defensivas del imputado, relativas a que no habría cometido el hecho, o que lo habría cometido en circunstancias menos graves, viola la prohibición que lo protege de la autoincriminación, consagrada en el art. 18 C.N. Dicho de otra manera: contraviene la protección constitucional contra la autoincriminación, la creación por parte de las autoridades que conducen el proceso, de una situación tal que si se elige no confesar, se sufrirán consecuencias negativas directamente relacionadas con el proceso ⁴⁷ .

b. Los tribunales de Córdoba que aceptan el indicio de mala justificación, se cobijan recurrentemente en el precedente “Simoncelli” del Tribunal Superior local ⁴⁸ , lo que nos obliga a prestarle una preferente atención.

Si bien es cierto que el alto cuerpo parece avalar (en ese caso concreto) la posición que considera como un indicio de cargo en contra del imputado que éste en su relato se *aparte de la cronología* de las atenciones médicas a la víctima, incurra en explicaciones inverosímiles para contrarrestar algunos de los hechos mencionados por otro testigo de cargo o *niegue* circunstancias acreditadas incontrastablemente por otras pruebas, el razonamiento sobre la utilización como prueba legítima de cargo de estas circunstancias que encuadra como “indicios de mendacidad y mala justificación” se queda a mitad de camino.

Ello así pues la razón por la que el T.S.J. Cba. confirma la condena que los adopta en su fundamentación, es que en el caso “la sentenciante colocó en paridad” a estos indicios, “con los otros mencionados” (relato de la coimputada; actitudes y comportamientos del imputado a la época

⁴⁷ C.S.J.N., “Casas, Alejandro”, Expte C. 2016/06 Rex, del 3 de mayo de 2007, remitiéndose a los fundamentos del procurador general del 27 de octubre de 2006. Véase la nota N° 4. Tiempo antes de ese precedente (y con distinta composición) la Corte había tachado de arbitraria una sentencia que absolvió a los acusados del delito de robo en grado de tentativa, si incurre en contradicción cuando califica de “pueril e increíble” el pretexto con el que trataron de cohonestar la tenencia de los efectos que les comprometían y, al propio tiempo, *no utiliza esa mala justificación como indicio de cargo*” (C.S.J.N., “Cáceres, Julio y otros”, del 28/4/1988, J.A. 1988, t. II, pág. 3272).

⁴⁸ Sentencia N° 45 del 28/7/1998.

de producirse la internación por la postrer y letal lesión de la víctima; personalidad acorde con la de un autor activo de maltrato), por lo que en el caso “no se vislumbra” que los indicios de mendacidad y mala justificación “hayan sido el eje vector o el fundamental aval de la motivación de la sentencia”, pues “todos resultan desfavorables convergentemente”.

Y decimos que el razonamiento se queda a mitad de camino porque nada dice expresamente sobre la legitimidad o ilegitimidad “abstracta” de estos indicios. Se limita en cambio a señalar que no fueron dirimientes (“eje vector”; “fundamental aval”) en el caso concreto ⁴⁹ que resuelve, para arribar a la conclusión de culpabilidad, diferenciándolo con el supuesto de un precedente anterior propio ⁵⁰ en el que “la mayoría de la Sala consideró ilegítima la sentencia que se basó decisivamente en la mera insinceridad del imputado”⁵¹.

Lo precedentemente expuesto podría llevar a interpretar que la doctrina judicial de “Simoncelli” sería, entonces, que los indicios de mendacidad y mala justificación se pueden usar en contra del imputado en tanto la condena no se apoye en ellos en forma dirimente ⁵².

⁴⁹ Es *incorrecto* analizar si el indicio de mala justificación es o no dirimente en la declaración de culpabilidad, para aceptarlo o no como prueba según revista una u otra calidad. Ello porque se trata de una prueba ilegítima, por lo que no puede ser objeto de valoración en ningún supuesto. Es que previo al análisis de la dirimencia de una prueba, está la aceptación de su legitimidad; o dicho de otro modo, para que una prueba pueda ser calificada o no como dirimente, antes debe haber sido aceptada como legítima. Si el indicio de mala justificación es violatorio de la Constitución, ningún valor probatorio se le puede acordar en ningún supuesto, sin incurrir en ese quebrantamiento.

⁵⁰ T.S.J. Cba., “Serafini”, Sent. del 17/4/84 .

⁵¹ Es bueno aclarar *que no fue* por mayoría, pues los tres vocales del T.S.J. se pronuncian por la nulidad de la sentencia impugnada. Desmenuzando el fallo se advierte que los vocales del 1° y 2° voto, expresamente hacen referencia al tema y el del 3er voto, señala que por otros fundamentos que desarrolla *in extenso*, más “*las razones expuestas por quienes me preceden en la emisión del voto -que comparto-...*” coincide en que la sentencia de mérito impugnada es nula. Existe unanimidad, entonces sobre que la utilización de la declaración del encartado en contra de éste “por la mera falta de veracidad de sus dichos resulta violatoria de normas constitucionales y legales preservadoras de la garantía de defensa en juicio” .

⁵² “Por esencial o dirimente se ha entendido un elemento probatorio cuando por sí o unido a otros, verosíblemente *podría modificar la solución dada a la cuestión*”

Decimos “podría” porque para así concluir se debería poder argumentadamente sortear, por ejemplo, un precedente cinco años posterior emanado del mismo alto tribunal. Este, en “Alfaro”⁵³ dijo que “la garantía constitucional de la defensa en juicio no se restringe a consagrar el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo sino que avanza mucho más allá impidiendo que se considere como presunción de culpabilidad en su contra o como circunstancia agravante para la individualización de la pena que se le pudiere imponer, el modo en que el imputado ejerza su defensa” (en el caso, el acusado mintió para tratar de eludir parte de su responsabilidad, y atribuyó falsamente a los funcionarios policiales, haberle “plantado” el arma de fuego que él había portado y disparado).

O lograr desconocer fundadamente el fallo seis años posterior a “Simoncelli” del alto tribunal dictado en “Chandler”⁵⁴, donde se señaló que

probatoria”. Concurrirá la dirimencia cuando “la exclusión hipotética “de la prueba “indebidamente incluida en el razonamiento del sentenciante” acarree “como resultado, que la conclusión fáctica a que se arriba en la motivación, resulte por alguna razón (v.gr., por permitir lógicamente arribar a una conclusión contraria o distinta a la que arriba la sentencia de condena sobre la culpabilidad del imputado) violatoria de *las reglas de la sana crítica*” (CAFFERATA NORES-TARDITTI, *C.P.P. de la Provincia de Córdoba comentado*, nota al art. 413). Cabe agregar que no es fácil encontrar un indicio “dirimente”, por lo que la jurisprudencia permite acordar esa condición a la consideración conjunta de varios indicios individualmente anfibológicos. Pero esto debe analizarse con sumo cuidado pues la capacidad de varios indicios anfibológicos para producir certeza, no deviene de su cantidad ni de su suma (como a veces incorrectamente ocurre), aunque todos individualmente sean anfibológicamente de cargo. Aquello sólo podrá ocurrir (y no siempre, por cierto) cuando cada indicio refuerce la entidad probatoria de los otros (y viceversa), de modo que ese refuerzo lleve a dotar a la consideración conjunta de ellos, de alguna aptitud para producir certeza. Al indicio anfibológico en su consideración individual, se le agrega, de este modo, una suerte de *plus probatorio*: el de ser reforzado por otros, a los cuales él mismo a su vez refuerza; este *refuerzo conviccional recíproco* entre varios indicios anfibológicos de cargo, es lo único que permitiría invocar su valoración conjunta para intentar justificar la certeza exigida para condenar.

⁵³ T.S.J., Sala Penal, Sent. N° 45, 27/5/2004, “Alfaro, Leonardo Francisco”, citado por Hairabedián, Maximiliano, en el t. 3 de actualización de CAFFERATA NORES-TARDITTI, cit., pág. 51

⁵⁴ T.S.J. Cba., Sala Penal, Sent. N° 66, 4/7/2005, “Chandler, Javier Horacio”, citado por Hairabedián, en el t. 3 de actualización de CAFFERATA NORES-TARDITTI, cit., pág. 52.

“no se podrá utilizar como circunstancias agravantes para la individualización de la pena, que el imputado se abstenga de declarar, o que al hacerlo mienta, o el modo en que ejerza su defensa. Ello así, desde que el Código Procesal Penal proscribe requerirle juramento o promesa de decir la verdad y, por ende, consagra la garantía de declarar libremente (art. 259)”.

O ignorar que en “García”⁵⁵ -decisorio producido nueve años después de “Simoncelli”- el alto tribunal categóricamente expresó que el principio de inocencia autoriza al encartado a ejercer su defensa a través de un comportamiento procesal pasivo y conlleva la prohibición de obligarlo a declarar contra sí mismo -*nemo tenetur se ipsum accusare*- (art. 18 C.N.; art. 40 Const. Pcial.). De lo expuesto se sigue, naturalmente, que no se podrá utilizar como presunción de culpabilidad en su contra (ni como circunstancias agravantes para la individualización de la pena que se le pudiere imponer, art. 41 C.P.), que el imputado se abstenga de declarar, o que al hacerlo mienta, o el modo en que ejerza su defensa. Ello así, desde que el Código Procesal Penal proscribe requerirle juramento o promesa de decir la verdad y, por ende, consagra la garantía de declarar libremente (art. 259).

También escapa de la “mitad del camino” que achaco a “Simoncelli” la jurisprudencia de la Cámara de Acusación. Esta en “Bustos” afirmó que “la garantía del *nemo tenetur* (prohibición de obligar al imputado a

⁵⁵ T.S.J., Sala Penal, Sent. N° 107, 6/6/2007, “García, Carlos Hugo p.s.a. abuso sexual con acceso carnal agravado, etc. - Recurso de casación” (Dres. Cafure, Tarditti y Blanc G. de Arabel). Pero no puede dejar de señalarse que la jurisprudencia del T.S.J. Cba. posterior a “Simoncelli” no es lo categórica que sería de desear. Por ejemplo, la Sala Penal (“Salvi”, 2/5/2008) no acogió el agravio del casacionista sobre que la condena “haya considerado el indicio de mala justificación” argumentando que aquél desconocía “la reiterada jurisprudencia de esta Sala, la cual sostiene que la declaración del imputado, además de materializar su defensa en juicio, constituye una fuente eventual de pruebas, y que la misma debe cotejarse con el resto de los elementos de cargo, a la luz de las reglas de la sana crítica racional”. Si bien se mira, la doctrina judicial aquí sentada no considera expresamente la mentira del imputado como una prueba de cargo en su perjuicio; pero su estructura argumental transita por un cierto “zizzagüeo” -más de redacción que conceptual- que da pie a opinar que este precedente avala la “ontología” probatoria de cargo que se asigna al indicio de mala justificación” sin consideración alguna a la existencia o inexistencia de otros elemento probatorios contrarios al imputado.

declarar contra sí mismo: art. 18 C.N.) incluye el derecho del imputado incluso a mentir, pero también es obvio que tal derecho queda restringido a todo lo relacionado con su defensa *material* respecto del contenido de la imputación, y no se hace extensivo a proteger maniobras tendientes a eludir o entorpecer la acción de la justicia en lo que hace al procedimiento a aplicar...”⁵⁶.

c. Puede citarse también la posición de otros tribunales favorable a la nuestra.

Se ha dicho, por ejemplo, que “considerar agravante la mendacidad del imputado en esta ocasión (al prestar declaración -art. 296 C.P.P.N.) lesiona el derecho de defensa en juicio⁵⁷. Es que le está permitido mentir en todo o en parte; incumbe a los sujetos públicos del proceso probar la comisión de los hechos atribuidos y no basarse en suposiciones de una actitud general de falacia⁵⁸. Porque “la declaración indagatoria -sea judicial o extrajudicial y envuelva o no confesión- es primordialmente un medio de defensa que puede utilizarse como tal, guardando el más cerrado silencio hasta mintiendo, puesto que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art.18 C.N.)”⁵⁹.

XV. Opiniones doctrinarias

Diremos, finalmente, que se conoce más de una autorizada pluma que avala nuestra ya fijada posición.

⁵⁶ Cámara de Acusación Cba., A.I. N° 5, febrero 2007, Daniel Alfredo Bustos: “La garantía en cuestión protege ampliamente las decisiones estratégicas por las que opte el imputado en ejercicio de su defensa material, pero siempre que ello ocurra a través de los procedimientos previos legalmente reglados y aplicables al caso. Cuando la estrategia, en cambio, consiste en falsear hechos precisamente para evitar el procedimiento aplicable, entonces ella queda ya fuera de la garantía y constituye un liso y llano entorpecimiento de la investigación, valorable a los efectos de la necesidad de imponer una medida cautelar privativa de la libertad”. Véase la nota N° 4.

⁵⁷ CNCP, Sala IV, J.A. I, pág. 740.

⁵⁸ TOC N° 14 de Cap. Fed. del 4/5/2001, f° 101.935, de la disidencia de la Dra. Bistué de Soler, citado por FRANCISCO DALBORA, *C.P.P. de la Nación anotado*, 7ª ed., t. II, pág. 6397.

⁵⁹ S.C.J. Bs. As., 14/10/1982, “Hartwing, Máximo y otros”, L.L. 1983-C-327, D.J.B.A. 124-4; ídem S.C.J. Bs. As., “De Marco, Agustín y otros”, 15/9/1981.

a. Desde el extranjero hay quien predica con mucha autoridad la “facultad del imputado de faltar a la verdad en sus respuestas”⁶⁰.

b. Comentando el derecho argentino en general podemos encontrar opiniones que señalan que “*la ley sólo lo faculta (al imputado) de modo leve a mentir; conducta permitida sólo en un sentido menor*” “*por caer dentro del ámbito de libertad desde el punto de vista penal, de manera distinta al derecho o facultad reglada de interponer un recurso..., por ejemplo*”⁶¹; que si la Constitución Nacional señala claramente que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, el lógico alcance de este precepto, como el reverso de una moneda, significa que de ningún modo la mendacidad del imputado (¡o su negativa!) puede acarrearle consecuencias: de otro modo, sería ésta una vía indirecta para llegar al mismo fin aberrante que el constituyente quiso vedar, cual es forzar al imputado a confesar su delito⁶²; y que si éste ha decidido no ejercer el derecho a guardar silencio, podrá no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable y ello significará en muchas ocasiones declarar falsamente como proyección del derecho de defensa⁶³.

c. Podemos también citar a doctrinarios que apoyan nuestra posición comentando códigos procesales penales. “*En virtud de esta garantía,*

⁶⁰ “... en el modelo garantista del proceso acusatorio informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse. Nemo tenetur se detegere [nadie está obligado a **descubrirse**] es la primera máxima del garantismo procesal acusatorio... -agrega-. De ella se siguen, como corolarios -se afirma, para concluir-, la prohibición de esa “tortura espiritual”... que es el juramento del imputado; el “derecho del silencio”..., **así como la facultad del imputado de faltar a la verdad en sus respuestas**; la prohibición, por el respeto debido a la persona del imputado y por la inviolabilidad de su conciencia, no sólo de arrancar la confesión con violencia, sino también de obtenerla mediante manipulaciones de la psique, con drogas o con prácticas hipnóticas;...” (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, pág. 608).

⁶¹ Julio MAIER, *Derecho procesal penal*, t. III, pág. 163, nota 341, introduciendo un matiz teórico que a los fines prácticos es irrelevante.

⁶² Daniel Eduardo RAFECAS, “El coste de la mentira: puesta en peligro de la garantía contra la autoincriminación” *Revista de Derecho Penal*, 2001, N° 2, pág. 591 y ss.

⁶³ DURGA ANGULO (citando a HUERTAS MARTÍN), “La declaración del imputado...”, cit.

el silencio del imputado (su abstención de declarar) o su mendacidad, en caso de declarar, no crea una presunción o indicio de culpabilidad en su contra”⁶⁴, pues el “*relato aun mendaz, del imputado, es parte del ejercicio de su defensa y no puede ser tenido en cuenta como agravante para cuantificar la pena*”⁶⁵: del contenido del artículo que consagra la libertad de declarar, “*surge que... el imputado... puede dar respuestas incluso contrarias a la verdad...*”⁶⁶.

XVI. Conclusiones

Una interpretación respetuosa de nuestro sistema constitucional permite arribar a las siguientes conclusiones:

a. Por imperio de los principios constitucionales de “*nemo tenetur*” y presunción de inocencia, la mentira del imputado vertida al declarar en esa condición, como expresión defensiva frente a la atribución delictiva que se le formula, no puede ser utilizada como prueba de culpabilidad en su contra, ni en forma directa (prueba de su participación en el hecho que se le atribuye: indicio de falsa justificación), ni indirecta (prueba negativa sobre su personalidad: indicio de aptitud criminal), ni tampoco como circunstancia agravante en la mensuración concreta de la pena que se le imponga (arts. 40 y 41 C.P.).

Tal mentira, en consecuencia será procesalmente inocua, neutra, teniendo “valor cero” como prueba de cargo.

b. La acreditación de que la disculpa del imputado es mentirosa, sólo podrá considerarse un simple fracaso de su refutación a la acusación. Tendrá como único efecto allanar el progreso de la acusación y el de una decisión jurisdiccional favorable sobre su fundamento, siempre y cuando éstas se puedan apoyar independiente y certeramente en las (¿otras?) pruebas obtenidas por el acusador en el ejercicio de sus amplios poderes.

⁶⁴ José L. CLEMENTE, *C.P.P. de la Provincia de Córdoba comentado*, t. II, comentario (1) al art. 259.

⁶⁵ Héctor GRANILLO FERNÁNDEZ - Gustavo HERBEL, *C.P.P. de la Provincia de Buenos Aires comentado*, pág. 641.

⁶⁶ José HUICI ESTREBOU - Ana CASTILI DE AYUSA, *C.P.P. de la Provincia de Tucumán*, pág. 407.

**INCORPORACIÓN DE
ACADÉMICOS
CORRESPONDIENTES NACIONALES**

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN TUCUMÁN, DR. EDGARDO SANTIAGO LÓPEZ HERRERA ¹

Palabras de presentación por parte del señor académico de número Prof. Dr. Juan Manuel Aparicio.

Me cabe el honor de darle la bienvenida en nombre de esta Academia al Dr. Edgardo Santiago López Herrera, quien hoy se incorpora como miembro correspondiente de nuestra corporación. El Dr. López Herrera es abogado egresado en la Universidad Nacional de Tucumán. Obtuvo su doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, por su tesis titulada “Daños punitivos y funciones de la responsabilidad civil: Análisis constitucional y económico”. Actualmente se desempeña como profesor titular de la materia Derecho de daños, en la Facultad de Derecho de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino y es profesor adjunto de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. Ha intervenido en numerosos cursos, jornadas, seminarios y congresos, amén de dictar diversos cursos de postgrado. Ha publicado también numerosos trabajos sobre temas de su especialidad. Corresponde prestar particular atención a tres libros publicados entre los años 2006 y 2008. El primero de ellos lleva el título de *Teoría general de la responsabilidad civil*. Fue gestado como consecuencia de su actividad docente a la Cátedra de Derecho Civil II-Obligaciones en la Universidad Nacional de Tucumán. La preparación de las clases para cubrir nuevos puntos incorporados en el programa se tradujo en apuntes, que se transformaron en trabajos parciales y en este escalonamiento, pasaron integrar esta obra final de más de 900 páginas. Confiesa el autor que la parte nuclear del libro es la relativa al tratamiento de las

¹ Acto realizado en sesión especial el 21 de agosto de 2012.

herramientas y principios básicos que deben manejarse en el derecho de daños: la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y los factores de atribución. Tras referirse al ejercicio de la acción indemnizatoria y a la reparación completa, el trabajo se completa con una parte especial referida a singulares manifestaciones de la responsabilidad: Responsabilidad por productos defectuosos y de los profesionales; la responsabilidad derivada de accidentes de tránsito, de los funcionarios públicos y de las personas jurídicas; por accidentes deportivos, espectáculos públicos y actos discriminatorios; responsabilidad de los medios de comunicación social, por los daños causados a través de Internet, amén de la derivada de relaciones de familia y de las entidades financieras. Esta obra con justicia obtuvo el premio Accésit 2007 otorgado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Es una demostración inequívoca de la sólida preparación, seriedad e ilustración con que el Dr. López Herrera ha abordado el ejercicio de su actividad docente, con el fruto óptimo representado por este trabajo, el que le hizo acceder a una posición de respeto en la doctrina nacional.

En el año 2007, bajo su dirección, se publicó, en dos tomos, la obra *Tratado de la prescripción liberatoria*, en la que tiene una participación central, no sólo por el hecho de haber sido gestada bajo su dirección, sino, asimismo, por la participación personal que le cupo en ella como autor de todos los temas abordados en el primer tomo y parte del segundo en una extensión de 775 páginas de las 1.200 que tiene el trabajo. No se ignora la trascendencia que cabe asignarle al instituto de la prescripción el que se presenta como un tema intrincado, si los hay, en nuestro derecho. Pues bien, la obra de que se trata, ha constituido un aporte valioso y necesario en nuestra doctrina, constituyendo una cita obligada cuando se aborda el tema.

Nuestro nuevo miembro correspondiente es oriundo de Tucumán. Esta Academia de Derecho tiene la pretensión de ser genuinamente nacional, porque tiene un manifiesto espíritu federal, sin cuya inspiración lo nacional se desnaturaliza. No se ha retraído o abroquelado en sí misma, sino que busca expandirse y tener presencia en otras provincias hermanas. Particulares lazos fraternos nos unen con Tucumán, además de rasgos que son comunes. Así como podemos enorgullecernos de los aportes hechos a la cultura nacional por la escuela jurídica de Córdoba, de la que formaron parte nuestros maestros y quienes los precedieron, no le va en zaga el respeto que nos merecen las aportaciones hechas por la escuela

jurídica tucumana, como recuerda Ramón Daniel Pizarro, en el prólogo a la citada sobre prescripción. Baste recordar figuras de la talla de Alberdi, Carlos Cossio y López de Zavallá. Ellos engendraron una tradición que fija un rumbo a quienes optan por ajustarse a él, a los fines de continuarla. Y éste ha sido el camino seguido por el Dr. López Herrera, tal cual se desprende de los trabajos citados: todos son el producto de una investigación seria e informada. Media reflexión, rigor conceptual, un estilo ágil y preciso. Cabe sumar que el Dr. López Herrera ejerce la profesión de abogado lo que le ha dado contacto con la realidad y conciencia de ella. Así aborda con el equilibrio y la flexibilidad requeridos, las cuestiones respecto de las cuales, dicha realidad aquélla es destinataria final.

El Dr. López Herrera es un hombre joven que ya ha reunido méritos harto suficientes para que en base al reconocimiento de ellos, merezca la incorporación a esta Academia, como miembro correspondiente. A lo señalado se suma un hecho auspicioso. Están latentes las inquietudes que le insufla su vocación por la investigación y la docencia. Vale decir, si hoy se pueden aquilatar los méritos expresados, potencialmente existe la seguridad de que continuarán acrecentándose.

En la dedicatoria que hace a sus hijos en libro citado, *Teoría general de la responsabilidad civil*, se advierte esa decisión inquebrantable de continuar con la investigación y el trabajo. Expresa que una obra como ésa, al igual que el enseñar y aprender es un inmenso acto de amor y de esperanza y sólo así se puede comprender el entusiasmo que ha puesto en esas páginas. Efectivamente, quien ha tenido la vocación de dedicarse a estudiar esa magnífica obra que es el derecho civil, no puede dejar de amarlo, máxime si se tiene en cuenta que el vocablo estudiar proviene de *studere* y la raíz etimológica de este término se encuentra en el verbo amar. Asimismo, la esperanza nace porque al dedicar sus ahíncos a esa tarea, hace un profundo acto de fe, de una fe incommovible en el derecho y los valores básicos que éste encarna.

Vuelvo a expresar mis plácemes en nombre de esta corporación por el ingreso de su nuevo miembro correspondiente, el Dr. Edgardo Santiago López Herrera. Se trata de una incorporación cuya valía me ha sido extremadamente fácil demostrar, tanto como sumamente grato el poder exaltarla con justicia.

LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA Y LA CADUCIDAD EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO *

por EDGARDO LÓPEZ HERRERA

SUMARIO: I. Introducción. II. Método. III. Sujetos. IV. Objeto y acciones imprescriptibles. V. Inicio de la prescripción. VI. Suspensión. VII. Interrupción. VIII. Dispensa. IX. Disposiciones procesales relativas a la prescripción. X. Renuncia y modificación de plazos. XI. Plazos. XII. La prescripción liberatoria de los derechos reales de goce. El no uso. XIII. Internacional privado. XIV. Caducidad. XV. Conclusión.

I. Introducción

El Poder Ejecutivo de la Nación ha enviado al Congreso de la Nación un Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado, sobre la base del anteproyecto elaborado por la Comisión creada mediante el decreto 191/2011, de la que fueron miembros los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

No se trata de una reforma al Código Civil, sino directamente de un código nuevo, unificado con el Código de Comercio, que desaparece. El presente trabajo analizará la regulación del instituto de la prescripción liberatoria y de la caducidad, comparándolo con el régimen actual y efectuando una apreciación valorativa y crítica de su articulado.

* Texto de la disertación efectuada el 21 de agosto de 2012 en ocasión de la incorporación como miembro correspondiente por la provincia de Tucumán, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

II. Método

El Código Civil actual de Vélez Sársfield había seguido el método de Justiniano y del Código Civil francés de regular en forma conjunta a la prescripción liberatoria y la adquisitiva.

El Código Civil francés trataba en el Título XX del Libro Tercero “De la prescripción y de la posesión” todo lo relativo a ambas prescripciones, a tal punto que en el art. 2219 que encabezaba el Capítulo I, “Disposiciones generales”, definía conjuntamente a la prescripción adquisitiva y a la liberatoria en estos términos: “La prescripción es un medio de adquirir o de liberarse por un determinado espacio de tiempo y en las condiciones determinadas por la ley”. Luego, ese código se ocupaba en el Capítulo II de todo lo relativo a la posesión para usucapir, pero en el Capítulo III volvía al tratamiento unitario “De las causas que impiden la prescripción” donde hablaba de las acciones imprescriptibles; en el Capítulo IV, “De las causas que interrumpen o suspenden el curso de la prescripción”; Capítulo V, “Del tiempo exigido para la prescripción”.

Era uno de los métodos usuales de la época y Vélez lo siguió hasta tal punto que definió a la prescripción como “el medio de adquirir un derecho o de libertarse de una obligación por el transcurso del tiempo”. Está desarrollada en el Libro IV, en la Sección III, que se titula “De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo”. El Título I de ese libro es “De la prescripción de las cosas y de las acciones en general”, en el que se sigue manifestando el criterio unitario y que continúa con los capítulos I y II sobre la suspensión y la interrupción de la prescripción respectivamente. La división de los regímenes de la usucapición y la prescripción extintiva recién aparece en el Capítulo III denominado “De la prescripción para adquirir” y el Capítulo IV “De la prescripción liberatoria”, lo que se complementa con el Título II que legisla sobre los plazos de prescripción.

La otra forma de encarar a la prescripción es la del BGB alemán que separa la prescripción adquisitiva de la liberatoria. Está dividido en cinco libros. El primero, de siete secciones, legisla sobre la Parte General del Derecho Civil. Es en este Libro Primero, Sección Quinta, que se introduce un capítulo sobre la prescripción liberatoria, a la que se denomina *Verjährung*. La usucapición, llamada *Ersitzung*, está legislada en el Libro III, que trata “De las cosas”, entre los modos de adquirir la propiedad de

las cosas. Un método parecido han seguido los códigos civiles italiano y portugués.

El Proyecto actual ha respetado el método de Vélez en cierta medida, pues regula la prescripción liberatoria recién en el último libro, el sexto, que se titula: “Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”. Toma partido correctamente por encabezar este capítulo con una sección sobre “Disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva”, pues si bien es verdad que prescripción liberatoria y adquisitiva tienen profundas diferencias, es incuestionablemente cierto que comparten muchos puntos ¹ que son los que el Proyecto desarrolla en la parte común, a saber: las normas generales, la suspensión, la interrupción, la dispensa y las disposiciones relativas a la prescripción, tanto liberatoria como adquisitiva.

Sin embargo, presenta algunas diferencias metodológicas. La primera es que se ha suprimido la definición unitaria de la prescripción. Directamente no se lo hace, tarea que quedará reservada a la doctrina. En cambio la prescripción adquisitiva sí está definida como: “el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”, art. 1897. La segunda es que todo lo relativo a la parte especial de la usucapión, está legislada, también como es más conveniente, dentro de los derechos reales.

Por último, el proyecto elimina la categoría de obligaciones naturales. Ahora sólo existen los deberes morales o de conciencia ². Por eso dice el art. 2538 que “El pago espontáneo de una obligación prescripta no es repetible”, en un texto que está claramente inspirado en el art. 2940 del código italiano ³. El cambio no es menor: si la deuda prescripta sigue

¹ Así, algunos códigos modernos que tratan en lugares distintos ambos institutos deben incluir normas remisivas en la parte de la prescripción adquisitiva, tal el Código italiano en su art. 1165 (Le disposizioni generali sulla prescrizione (2934 e seguenti), quelle relative alle cause di sospensione e d'interruzione (2941 e seguenti) e al computo dei termini (2962 e seguenti) si osservano, in quanto applicabili, rispetto all'usucapione).

² Art. 728: Lo entregado en cumplimiento de deberes morales o de conciencia es irrepitable.

³ Art. 2940: “Non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto”.

siendo una deuda, aunque natural, lo que se entrega en cumplimiento de ella es pago; si no hay deuda sino sólo un deber de conciencia, no hay pago sino liberalidad. Pero el art. 2538 habla de *pago*, lo que es un término muy técnico, que sólo es posible si hay obligación.

Además se han eliminado todas las menciones a los efectos de la deuda prescripta contenidos en el Código de Vélez, como por ejemplo el art. 515 inc. 2 que califica como naturales a las obligaciones “extinguidas por la prescripción”, o el art. 3947 que define a la prescripción como un “medio de libertarse de una obligación”, o el art. 4017 que dice que por el silencio o inacción el “deudor queda libre de toda obligación”.

Debe entenderse que para este Proyecto la prescripción extingue el derecho y deja subsistente un deber moral. Pero no lo aclara en ningún lado. En cambio sí dice expresamente que la caducidad extingue el derecho (art. 2566).

Se ha eliminado también el art. 791 inc. 2 que dispone que no hay error esencial por parte de quien paga una deuda prescripta. El interrogante que surge es qué sucederá en ese caso. Una respuesta es que si ese pago es espontáneo, en el sentido de pago sin coacción, no hay repetición⁴. La duda se plantea porque el pago puede al mismo tiempo ser espontáneo y por error⁵.

Otro interrogante es si puede haber consignación del pago de la deuda prescripta ante la negativa del acreedor de recibirlo. En el código actual se ha señalado la posibilidad de pagar por consignación una obligación natural⁶, de la que la prescripción es una especie, pues el deudor

⁴ Así, se ha dicho que el pago de la obligación ignorando que está prescripta no autoriza a su repetición siempre y cuando ese pago haya sido espontáneo, esto es sin coacción. Ese pago implicaría una renuncia tácita que transforma el pago en irrepitable, pero no de una obligación natural, sino civil. Bernardo WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. al italiano por Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, Turín, Unione Tipográfica-Editrice Torinese, 1926, t. IV, pág. 676.

⁵ El único pago por error de una deuda prescripta que sí daría lugar a repetición es, como bien dice Moisset de Espanés siguiendo a Guastavino, cuando el error no versa sobre la *naturaleza* de la obligación, sino sobre la *existencia* misma. Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Obligaciones naturales y deberes morales*, Zavallá, Buenos Aires, 1998, ps. 251 y 252.

⁶ Ernesto WAYAR, *Obligaciones*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, t. II, pág. 298.

tiene el derecho de liberarse. El obstáculo es que si ahora se considera que la deuda prescripta es sólo deber moral, no podría ser consignada.

III. Sujetos

El Código Civil actual tiene una regulación bastante minuciosa de quienes pueden oponer la prescripción, pero no tiene un artículo que diga expresamente que todos pueden invocar la prescripción y a todos serle opuesta ⁷. Quizás esto se deba al tratamiento conjunto de prescripción adquisitiva y liberatoria, pero lo cierto es que el principio surge del art. 3951: “El Estado general o provincial, y todas las personas jurídicas están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares, en cuanto a sus bienes o derechos susceptibles de ser propiedad privada; y pueden igualmente oponer la prescripción”.

El Proyecto tiene una norma mucho más clara que las actuales, que refunde correctamente en un solo artículo (art. 2534) lo que el actual código dice en varios: “La prescripción opera a favor y en contra de todas las personas, excepto disposición legal en contrario. Los acreedores y cualquier interesado pueden oponer la prescripción, aunque el obligado o propietario no la invoque o la renuncie”.

IV. Objeto y acciones imprescriptibles

El Código de Vélez contiene un principio general de prescriptibilidad de las acciones, que deriva del carácter de orden público de la institución que tiende a la seguridad y la estabilidad jurídicas. Está claramente enunciado en el art. 4019: “Todas las acciones son prescriptibles con excepción de las siguientes”.

⁷ Así se ha dicho que “*El principio general es que toda persona, capaz o incapaz, de existencia visible o jurídica, del derecho público o privado, puede prescribir y sus derechos recíprocamente son pasibles de prescripción*”. Luis María REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1961, t. II, pág. 1111.

El Proyecto de Código sigue, en este punto un método distinto. No dice en ningún lugar que todas las acciones son prescriptibles salvo que la ley diga lo contrario. Tampoco menciona en la parte de la regulación de la prescripción cuáles acciones serían imprescriptibles.

Sin embargo hay acciones imprescriptibles en otras partes del Proyecto de código, a saber:

- a) La acción de nulidad absoluta ⁸.
- b) La acción de inoponibilidad, dejando a salvo el derecho de la otra parte a enervarla por la prescripción o la caducidad ⁹.
- c) El derecho de reclamar la filiación o de impugnarla ¹⁰. Se mejora la redacción del actual art. 4019 inc. 2 que dice que es imprescriptible “La acción relativa a la reclamación de estado, ejercida por el hijo mismo”.
- d) Las acciones de estado de familia, aunque los derechos patrimoniales que surgen de ellas están sujetas a prescripción ¹¹.
- e) La acción de los comuneros para pedir la partición mientras dure la indivisión, tal como lo dice el art. 4019 inc. 3 actual ¹².
- f) La acción para reclamar una servidumbre forzosa ¹³. Se mejora el texto del actual art. 4019 inc. 6 que dice que es imprescriptible “La ac-

⁸ “Art. 387.- *Nulidad absoluta. Consecuencias.* La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción”.

⁹ “Art. 397.- *Oportunidad para invocarla.* La inoponibilidad puede hacerse valer en cualquier momento, sin perjuicio del derecho de la otra parte a oponer la prescripción o la caducidad”.

¹⁰ “Art. 576.- *Caracteres.* El derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción”.

¹¹ “Art. 712.- *Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad.* Las acciones de estado de familia son irrenunciables e imprescriptibles, sin perjuicio de su extinción en la forma y en los casos que la ley establezca”.

¹² “Art. 1997. *Derecho a pedir la partición.* Excepto que se haya convenido la indivisión, todo condómino puede, en cualquier tiempo, pedir la partición de la cosa. La acción es imprescriptible”.

¹³ “Art. 2166. *Servidumbre forzosa.* Nadie puede imponer la constitución de una servidumbre, excepto que la ley prevea expresamente la necesidad jurídica de hacerlo, caso en el cual se denomina forzosa”.

ción del propietario de un fundo encerrado por las propiedades vecinas, para pedir el paso por ellas a la vía pública”.

g) Las acciones reales (reivindicatoria, confesoria, negatoria y de deslinde) dejando a salvo el derecho a oponer la prescripción adquisitiva ¹⁴. Otro avance de este proyecto, pues estas acciones no son imprescriptibles en el texto del actual Código, aunque la doctrina y la jurisprudencia así lo han declarado ¹⁵.

h) La acción de petición de herencia, dejando a salvo la prescripción adquisitiva del heredero que ha intervertido el título ¹⁶.

i) La acción de partición de herencia ¹⁷, nuevamente dejando a salvo la prescripción adquisitiva del heredero que ha intervertido el título.

Además de las acciones expresamente señaladas como imprescriptibles por el Proyecto, debido a que esa mención no es excluyente, hay que agregar los siguientes ejemplos:

a) El derecho a demandar alimentos es imprescriptible ¹⁸, lo que prescriben son las cuotas adeudadas o alimentos atrasados fija-

¹⁴ “Art. 2247. *Acciones reales*. Las acciones reales son los medios de defender en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que impiden su ejercicio.

Las acciones reales legisladas en este Capítulo son la reivindicatoria, la confesoria, la negatoria y la de deslinde.

Las acciones reales son imprescriptibles, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de prescripción adquisitiva”.

¹⁵ Cámara C. y C. de San Martín, Sala 2ª, 24/4/03, “Accomando, Jorge W. v. Meiriño, Raúl”, L.L.B.A. 2003-1185, J.A. 2004-I-351; Cámara C. y C. de San Isidro, 4/8/98, “Sánchez, Horacio R. v. Sangregorio, Elisa I.”, L.L.B.A. 1999-975, E.D. 181-588; Cámara C. y C., Sala 1ª, 6/8/91, “García Montaña, Luis F. v. Buffa, Oscar R.”, L.L.C. 1992-349.

¹⁶ “Art. 2311.- *Imprescriptibilidad*. La petición de herencia es imprescriptible, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva que puede operar con relación a cosas singulares”.

¹⁷ “Art. 2368.- *Prescripción*. La acción de partición de herencia es imprescriptible mientras continúe la indivisión, pero hay prescripción adquisitiva larga de los bienes individuales si la indivisión ha cesado de hecho porque alguno de los copartícipes ha intervertido su título poseyéndolos como único propietario, durante el lapso que establece la ley”.

¹⁸ Augusto C. BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987, t. II, pág. 411.

dos por sentencia o acuerdo homologado ¹⁹, en el término que fije la ley.

- b) La acción para solicitar el divorcio no prescribe pues no hay ninguna disposición en el Código actual que así lo indique ²⁰.
- c) Las acciones de cesación del daño, como por ejemplo, el acto abusivo ²¹, el acto discriminatorio, las molestias que exceden la normal tolerancia ²² o la cesación del daño ambiental.
- d) El ausente con presunción de fallecimiento que reaparece tiene una acción imprescriptible para reclamar sus bienes. Lo que puede suceder es que como dueño, la reivindicación que pretenda hacer choque con la usucapión que puedan haber realizado los poseedores de esos bienes ²³.
- e) El vecino tiene derecho en todo tiempo a “asentar la mitad de la pared que construya sobre el terreno del vecino”, como lo reconoce el actual art. 2725 C.C. Y recién desde esa fecha comienza la prescripción. En el proyecto esto puede encontrarse en el art. 2018.
- f) La acción de desalojo, que tiene por ejemplo el locador de un inmueble contra su inquilino, o el propietario contra un usurpador o un tenedor precario, es imprescriptible, salvo que haya prescripción adquisitiva.

¹⁹ CNCiv., Sala A, 26/8/96, “L., M. E. y otros v. B, R. A.”, J.A. 1999-III-síntesis; CNCiv., Sala A, “M., Z. G. v. E., F. J.”, L.L. 1998-E-144; CNCiv., Sala 1ª, 29/5/97, “G., M. v. T., J.”, D.J. 1998-2-357; Cám. Apel. de San Isidro, Sala 1ª, 10/10/89, “F., E. E. v. S., E.”, D.J. 1990-1-851, E.D. 13-287.

²⁰ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Prescripción y caducidad en el derecho de familia”, RDPyC 2000-22-128, *Prescripción liberatoria*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 109; Camara 2ª C. y C. de La Plata, Sala 1ª, 21/12/95, “C., G. v. T., A. M.”, L.L.B.A. 1996-1033.

²¹ El art. 10 del proyecto dice que “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”.

²² En el proyecto el texto casi idéntico al actual art. 2618 es el 1973.

²³ En el proyecto esto está reglamentado en el art. 92.

V. Inicio de la prescripción

Otro aspecto en el cual hay una mejora es en cuanto al inicio de la prescripción.

El Código actual no tiene una regla genérica que diga desde cuándo corre la prescripción, sino que por analogía se interpreta que la mención del art. 3956 que “La prescripción de las acciones personales, lleven o no intereses, comienza a correr desde la fecha del título de la obligación”, quiere decir que la prescripción corre desde que la acción está expedita.

El art. 2554 del Proyecto dice que “El transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible”. Es una expresión muy parecida a la de varios códigos modernos ²⁴.

Además de esa mención genérica, el Proyecto contiene las siguientes precisiones respecto al inicio del plazo de prescripción:

a) Rendición de cuentas: El art. 2555 dice que el plazo de prescripción comienza el día que el obligado debe rendirlas o, en su defecto, cuando cesa en la función respectiva. Para demandar el cobro del resultado líquido de la cuenta, el plazo comienza el día que hubo conformidad de parte o decisión pasada en autoridad de cosa juzgada. Es muy similar al actual art. 3960 lo que exime de mayores comentarios.

b) Prestaciones periódicas. Según el art. 2556: “El transcurso del plazo de prescripción para reclamar la contraprestación por servicios o suministros periódicos comienza a partir de que cada retribución se torna exigible”.

²⁴ El art. 1969 del Código español dice: “el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones... se contará desde el día que pudieron ejercitarse”; el Código Civil italiano, en el art. 2935: “La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”; el Código Civil de Chile, art. 2514: “Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”; el Código de Ecuador tiene un texto idéntico en el art. 2438; el Código de Quebec en el art. 2880, prescribe que “el día en que el derecho a accionar ha tenido nacimiento fija el punto de partida de la prescripción extintiva”; el Código Civil francés en su actual art. 2262 dispone que: “Las acciones personales o mobiliarias prescriben por cinco años a contar desde el día en que el titular de un derecho conoció o debería haber conocido los hechos que le permiten ejercerla”.

Este artículo es una innovación interesante, ya que el actual Código no tiene una norma expresa sobre el punto si bien el principio es el mismo ya que se utiliza el art. 3957 C.C., pues cada una de las cuotas tiene un plazo cierto de exigibilidad. El principio es que la prescripción comienza a correr separadamente para cada cuota ²⁵, desde la fecha en que cada una vence, ya que se considera que existen tantas deudas como cuotas hay ²⁶.

c) Prestaciones a intermediarios. El art. 2557 que se refiere a los “servicios de corredores, comisionistas y otros intermediarios”. En esos casos el inicio de la prescripción se “cuenta, si no existe plazo convenido para el pago, desde que concluye la actividad”. Está tomado casi textual del art. 851 CCom.

d) Honorarios por servicios prestados en procedimientos. Uno de los problemas mayores que tiene el Código Civil actual es la complejidad de los plazos de prescripción de los honorarios judiciales de abogados y peritos. En este sentido se advierte un cierto avance pues en el art. 2558 se regula que “El transcurso del plazo de prescripción para reclamar honorarios por servicios que han sido prestados en procedimientos judiciales, arbitrales o de mediación, comienza a correr desde que vence el plazo fijado en resolución firme que los regula; si no fija plazo, desde que adquiere firmeza.

²⁵ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3ª ed., Paris, BC&Cie, 1878, t. XXXII, pág. 24, N° 37; C. AUBRY - C. RAU, *Cours de droit civil français*, 4ª ed., Paris, Librairie Générale de Jurisprudence Marchal, Billard et Cie., Imprimeurs-Éditeurs, 1878, t. II, § 213, pág. 330; K. S. ZACHARIÆ, *Le droit civil français*, Paris, Auguste Durand, Librairie Editeur, 1860, t. V, p. 325, § 856, nota 8; Marcel PLANIOL, *Traite élémentaire de droit civil*, 10ª ed., Paris, Librairie Générale de droit & de jurisprudence, 1925, t. II, pág. 211, N° 652; Luis María REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, cit., t. II, pág. 1118; Elena I. HIGHTON, “La prescripción liberatoria y los derechos reales”, RDPyC 2000-22-49, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 81; Corte Sup. Just. Tucumán, 7/3/2005, “Castillo SACIFIA v. Roldán de Menéndez, Patricia F. y otra”, L.L. NOA, 2005-776.

²⁶ Raymundo SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., actualizada por Enrique Galli, Buenos Aires, TEA, 1956, t. III, cit., pág. 425; Teophile HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Librairie Cotillon, Paris, 1902, t. 14, pág. 535, N° 425; Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE - Alberto TISSIER, *Trattato teorico pratico di diritto civile. Della prescrizione, Trattato teorico pratico di diritto civile*, t. XXXII, “Della prescrizione”, Milán, Casa Editore Dottor Francesco Vallari, 1908, pág. 18, N° 25.

“Si los honorarios no son regulados, el plazo comienza a correr desde que queda firme la resolución que pone fin al proceso; si la prestación del servicio profesional concluye antes, desde que el acreedor tiene conocimiento de esa circunstancia”.

e) Créditos sujetos a plazo indeterminado. En el art. 2559 hay otra novedad interesante: “Si el crédito está sujeto a plazo indeterminado, se considera exigible a partir de su determinación. El plazo de prescripción para deducir la acción para la fijación judicial del plazo se computa desde la celebración del acto. Si prescribe esta acción, también prescribe la de cumplimiento”.

Este artículo fue introducido para las deudas sujetas a plazo indeterminado, que son aquellas en las cuales no hay plazo expreso ni tácito, sino que el plazo de cumplimiento depende de una interpelación o de una acción de fijación de plazo.

Se ha recogido la opinión de un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia nacional que recogía la diferencia entre posibilidad de actuar y mora. La prescripción comienza a correr desde el momento en que el acreedor puede solicitar al juez la fijación del plazo²⁷; y la mora, desde que vence el plazo fijado por el juez. Así, en un contrato de depósito por tiempo indeterminado, se ha juzgado que la prescripción comienza a correr desde la fecha inicial del depósito²⁸. En este sentido la Corte Supre-

²⁷ Así lo dice claramente Llerena, refiriéndose a un ejemplo de mutuo dinerario, que si se pacta la devolución a diez años vista, la prescripción corre recién a partir de que se cumplen los diez años, pero “*si la obligación fuera contraída sin plazo para la devolución, como tiene derecho para exigir se determine el plazo, y ejecutar la obligación, la prescripción comienza desde la fecha del título*”. Baldomero LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, Buenos Aires, La Facultad, 1931, t. X, pág. 44, art. 3956. En el mismo sentido se ha dicho: “*¿tiene alguna acción el acreedor en una obligación sin plazo? Sí la tiene: la acción para demandar la fijación de plazo. No para cobrar, pero sí para que el juez fije el plazo. Si él no hace uso de esa acción, es inactivo y negligente, debe comenzar a correr desde la fecha del título, porque desde ese momento está expedita la acción para solicitar la fijación del plazo*”. Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, Córdoba, Advocatus, 2004, pág. 36.

²⁸ Cám. 1ª Apel. Mercedes, 2/11/1943, “Secchi, Sebastián y otro v. Labor y Progreso, Cooperativa Agrícola Ganadera SA”, LL 33-221. En contra, haciendo correr el plazo desde la fecha del requerimiento de la devolución, Cám. 5ª C. y C. Cba., 4/11/1993, “Bucksath, Carlos, suc. v. Provincia de Córdoba”, LLC 1994-190.

ma de la Nación ha dicho que “A los efectos del comienzo del término de la prescripción basta que la deuda sea exigible, en el sentido de reclamable o demandable, siendo improcedente supeditarla a la liquidación de los créditos”²⁹.

e) En los casos de resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces, el plazo se cuenta a partir del cese de la incapacidad, que en casi todos los casos será luego de alcanzada la mayoría de edad (art. 2654).

f) En cuanto a “la acción de declaración de nulidad relativa, de revisión y de inoponibilidad de actos jurídicos”, dice el proyecto que el plazo se cuenta:

a’) si se trata de vicios de la voluntad, desde que cesó la violencia o desde que el error o el dolo se conocieron o pudieron ser conocidos;

b’) en la simulación entre partes, desde que, requerida una de ellas, se negó a dejar sin efecto el acto simulado;

c’) en la simulación ejercida por tercero, desde que conoció o pudo conocer el vicio del acto jurídico;

d’) en la nulidad por incapacidad, desde que ésta cesó;

e’) en la lesión, desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida;

f’) en la acción de fraude, desde que se conoció o pudo conocer el vicio del acto;

g’) en la revisión de actos jurídicos, desde que se conoció o pudo conocer la causa de revisión.

Pese a que la reglamentación parece todo un avance, se plantea una duda. La fórmula en casi todos los incisos, es “conoció o pudo conocer” el vicio o el acto, etc. No hay mayores problemas en entender qué quiere decir “conoció”. Pero, ¿qué debemos entender por “pudo conocer”? Sólo para comparar, la reforma francesa de prescripción en el art. 2224 dice que la prescripción corre desde que el interesado “conoció o debería haber conocido los hechos que le permiten ejercerla”.

²⁹ Corte Sup., 14/2/1940, “De Simone, Luis v. Provincia de San Juan”, Fallos 186:36.

La reforma alemana, a su vez, dice en el § 199 que la prescripción ordinaria corre:

“(1) El período ordinario de prescripción comienza con la terminación del año en el cual

”1. ha nacido la pretensión, y

”2. el acreedor adquiere conocimiento, o debiera adquirirlo sin culpa grave, de las circunstancias que sirven de fundamento a la pretensión y de la persona del deudor”.

En ambas hay un reproche subjetivo al acreedor negligente que no conoce el inicio de su crédito. Pero el Proyecto no parece estar en esa línea, ya que sólo exige que el plazo de prescripción pueda ser conocido, lo que es una circunstancia totalmente objetiva. No es una cuestión menor, porque reduce el plazo de prescripción ordinario y casi todos los demás.

g) En la acción de daños, el Proyecto de Código nada dispone sobre el inicio del plazo de prescripción, a diferencia de la reforma francesa que expresamente dice que corre desde la “consolidación del daño inicial o agravado” (art. 2226).

Por suerte el Proyecto tampoco dice que la prescripción de la acción de daños corre desde la fecha del hecho generador. No puede decir desde la fecha del hecho ilícito, como dicen algunos códigos³⁰, porque ha borrado la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil³¹.

Si esto no se corrige, quedará para la doctrina y la jurisprudencia establecer cuándo es ese tiempo de inicio. Lo justo es que sea desde la fecha del daño y no desde el hecho, sobre todo para casos de daños a la persona humana. De todos modos, con la disidencia de Llambías³², la doctrina nacional es pacífica en hacer arrancar excepcionalmente la pres-

³⁰ Art. 2332 de Chile: “Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”; México DF, que en el art. 1161, inc. V) dice que en “La responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos que no constituyan delitos, la prescripción corre desde el día en que se verificaron los actos”.

³¹ “Art. 1717.- *Antijuridicidad*. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

³² Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 4ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1996, t. III, pág. 435.

cripción desde la fecha del conocimiento del daño salvo que el desconocimiento provenga de una negligencia culpable³³, porque es recién desde ese momento que el dañado puede actuar.

h) La prescripción del “reclamo contra el constructor por responsabilidad por ruina total o parcial, sea por vicio de construcción, del suelo o de mala calidad de los materiales, siempre que se trate de obras destinadas a larga duración”, se cuenta desde que se produjo la ruina (art. 2564 inc. d).

i) Por último la prescripción de “los reclamos procedentes de cualquier documento endosable o al portador”, comienza a correr desde el día del vencimiento de la obligación (art. 2564 inc. e).

j) No está en la parte de prescripción, pero también el Proyecto se ha hecho eco de lo que se venía diciendo sobre la prescripción de la acción de cobro de medianería y muros de cerramiento forzoso. Según el art. 2018, “El curso de la prescripción de la acción de cobro de la medianería respecto al muro de cerramiento se inicia desde el comienzo de su construcción; y respecto al de elevación o al enterrado, desde su utilización efectiva por el titular colindante”.

VI. Suspensión

La suspensión de la prescripción también ha sido objeto de algunas innovaciones.

³³ Luis María REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, t. II, cit., p. 1191; José O. MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Félix Lajouane, 1903, t. XI, pág. 338; Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, cit., págs. 74 y 397 y ss.; Manuel ARGANARÁS, *La prescripción extintiva*, Buenos Aires, TEA, 1966, pág. 246; Baldomero LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, t. X, pág. 546; Alberto G. SPOTA, *Tratado. Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1959, t. I, vol. 3 (10), pág. 631; Raymundo SALVAT - Enrique GALLI, *Tratado. Obligaciones*, t. III, cit., pág. 627, N° 2263; Alfredo COLMO, *De las obligaciones en general*, 2ª ed., Buenos Aires, Casa Editora de Jesús Menéndez, 1928, t. I, pág. 708, N° 1016; Lisandro SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina*, La Facultad, Buenos Aires, 1933, t. II, pág. 748, nota 40.

La principal es que ahora existe una definición de ella y de sus efectos en el art. 2539: “La suspensión de la prescripción detiene el cómputo del tiempo por el lapso que dura pero aprovecha el período transcurrido hasta que ella comenzó”.

También se aclara que sus efectos son personales salvo obligaciones solidarias o indivisibles, lo que no está expreso en el Código de Vélez. En la parte de las obligaciones concurrentes se dispone que la suspensión e interrupción hecha contra uno de los codeudores no se extienden a los demás (art. 851 inc. d). No vale lo mismo para las obligaciones disyuntivas pues en éstas se aplican por defecto las reglas de las obligaciones simplemente mancomunadas (art. 855), en las cuales la interrupción de la prescripción no tiene efectos propagatorios respecto de otros codeudores o coacreedores, salvo que la obligación mancomunada sea indivisible (art. 2549).

No siguió el Proyecto de 1998 en cuanto a la prohibición de aplicar de oficio una causal de suspensión ³⁴.

El Proyecto mantiene algunas causales de suspensión:

a) Matrimonio: La prescripción se suspende mientras dure el matrimonio, pero elimina por superfluas las acciones de terceros que pudieran repercutir sobre el otro cónyuge (art. 2543 inc. b).

b) Responsabilidad parental (ex patria potestad). Otra mejora técnica es que se aclara que la prescripción no corre “entre las personas incapaces y con capacidad restringida y sus padres, tutores o curadores, durante la responsabilidad parental, la tutela o la curatela”. En el actual código, en el art. 3979 sólo se menciona a los tutores y curadores y la extensión a los padres fue obra de la doctrina ³⁵ y porque la razón de la suspensión es la misma.

b) Heredero beneficiario. Los motivos son los mismos que expuso Vélez en la nota al actual 3972: “Sería inútil forzar al heredero beneficiario a provocar condenaciones contra la sucesión que está encargado de

³⁴ “Art. 2492.- El tribunal no puede declarar de oficio la prescripción, ni hacer valer causales de interrupción ni de suspensión no invocadas por el interesado, ni cambiar los plazos invocados”.

³⁵ Ramón D. PIZARRO - Carlos G. VALLESPINOS, *Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. III, p. 706; Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 6ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1989, t. II, pág. 27.

administrar. Representante de la sucesión, la acción se dirigiría contra él y haría el papel de demandante y demandado”.

c) Interpelación fehaciente: Esta causal de suspensión incorporada por la ley 17.711 y su ley correctora, la 17.940, que fue la que terminó por decir que suspende en lugar de interrumpe.

Se mejora el vocabulario ya que en lugar de interpelación “auténtica”, se utiliza el término más preciso “fehaciente”. Es elogiable que ya no se hable de “constitución en mora”, sino directamente de interpelación, la que suspenderá la prescripción, como lo sostiene la jurisprudencia³⁶, aunque el deudor ya esté en mora.

Congruente con el acortamiento de los plazos, que procura todo el proyecto, ya no suspende por un año sino por seis meses.

d) Mediación. Si bien esta causal no está en el Código Civil de Vélez sino en las sucesivas leyes de mediación, bueno es que ahora se la incorpore al Código Civil, para que rija también en todas las provincias. De todas las regulaciones de la mediación como causal de suspensión esta es una de las mejores por su claridad: “El curso de la prescripción se suspende desde la expedición por medio fehaciente de la comunicación de la fecha de la audiencia de mediación o desde su celebración, lo que ocurra primero”.

Si bien no se menciona si es judicial o extrajudicial, ello no es necesario, pues debe entenderse que todas las mediaciones suspenden.

Tres últimas novedades en este capítulo son la eliminación de una causal interruptiva y la incorporación de otras dos.

Ha desaparecido la suspensión por deducción de querrela. El proyecto elimina esta causal de raíz. En la Exposición de Motivos se puede leer que “desde que la independencia de la persecución punitiva estatal de la pretensión privada indemnizatoria sumado a la existencia de vías para ejercer esta última -posibilidad de interponer la pretensión en sede

³⁶ C.S.J. de Tucumán, Sala Laboral y Cont. Adm., 25/3/1996, “Marini de Gray, Noemí N. v. Caja Popular de Ahorros de la Provincia de Tucumán”, L.L. 1998-E-798, L.L. NOA 1998-1160; CNCiv., Sala A, 4/10/94, “Ortega, Rafael A. v. Martínez, Felipe”, L.L. 1995-B-549; CNCom., Sala D, 29/9/89, “Bustello, César D. v. La Meridional Cía. de Seguros”, L.L. 1990-C-253.

penal o de iniciar el proceso en sede civil- revelan que no se justifica la paralización del curso del plazo de prescripción”³⁷.

La segunda es la incorporación de otra causal de suspensión que se justifica plenamente, por la situación de incompatibilidad en que se encontraban. La prescripción se suspende “entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de sus órganos de fiscalización, mientras continúan en el ejercicio del cargo” (art. 2543 inc. d). Lo que se suspende es sólo la acción entre la persona jurídica y los administradores, no la que tengan terceros o socios contra los administradores.

Finalmente se legisla, para estar a tono con las más recientes modificaciones legislativas al instituto de la prescripción, como la alemana³⁸ y la francesa³⁹, que también la prescripción se suspende entre convivientes, durante la unión convivencial.

³⁷ En otra obra de nuestra autoría hemos tomado posición de que la norma debería mantener su efecto suspensivo, pese a que quizás la pureza conceptual autorizaría su derogación. Afirmamos que: “*Es cierto que no hay imposibilidad de demandar al autor del ilícito, pero debemos despejarnos de la cabeza al accidente de automotores o a los delitos culposos. Pensemos en la víctima de un delito doloso, aberrante, como un secuestro, una violación o un asesinato mafioso o con saña. ¿No es mucho pedir a esa víctima que además de dar el paso que implica una querella, también tenga que dar el otro de demandar civilmente? En ese tipo de delitos muchas veces no es tan fácil identificar a los autores y sus cómplices. Si a la querella no se le da un efecto suspensivo, se alientan en alguna medida demandas apresuradas, que conspiran contra la víctima, que si pierde el juicio penal por falta de pruebas, también puede perder el juicio civil por la misma razón. Supongamos que el querellado es inocente, quizás tenga que soportar la demanda de una víctima insegura de su reclamo, pero que tiene más miedo a que su derecho prescriba. Y nos estamos olvidando de un aspecto muy importante y es que el querellante no paga tasa de justicia proporcional, mientras que el que se constituye en actor civil sí, además de los honorarios por la querella y por la demanda. Nos parece que esta evitación de gastos, con la consiguiente descompresión de los tribunales, justifican que la norma siga teniendo efecto suspensivo*”. Edgardo LÓPEZ HERRERA, *Tratado de la prescripción liberatoria*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pág. 198.

³⁸ § 207 [1] inc. 2).

³⁹ Art. 2236.

VII. Interrupción

En cuanto a la interrupción, al igual que la suspensión se comienza aclarando su efecto que es “tener por no sucedido el lapso que la precede e iniciar un nuevo plazo”.

Las causales de interrupción que menciona Vélez se mantienen aunque con algunas modificaciones, a saber:

a) El reconocimiento se mantiene como causal interruptiva, prácticamente sin modificaciones. Nada dice el Proyecto sobre lo que sucede cuando un coobligado solidario reconoce la deuda. Una interpretación literal lleva a pensar que esa interrupción se propaga a los demás. Eso no es justo como lo ha hecho notar cierta doctrina ⁴⁰.

La solución debe encontrarse en el art. 2535 que dice que la renuncia de un codeudor o coposeedor no surte efectos respecto de los demás. Es la solución correcta que si bien habla de renuncia, debiera extenderse al reconocimiento porque es el mismo fundamento.

b) Al contrario, en la demanda, se observan grandes cambios. Fundamentalmente porque la demanda no desaparece, sino que el proyecto recoge lo que la jurisprudencia venía sosteniendo en cuanto a actos equiparables a la demanda, con su mismo poder aniquilador del tiempo de la prescripción ⁴¹. La fórmula empleada, que reemplazaría lo que es hoy “demanda” es “toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo, contra el poseedor, su representante en la posesión, o el deudor, aunque sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente, o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable”.

⁴⁰ Ernesto WAYAR, *Obligaciones*, Buenos Aires, LexisNexis, 2002, t. II, pág. 631. Ver Guillermo BORDA, *Tratado. Obligaciones*, cit., t. I, pág. 469, N° 599.

⁴¹ CNCiv., Sala G, 20/11/95, “Kaufman, Abraham s/suc.”, L.L. 1998-E-783, D.J. 1998-3-436; CNCiv., Sala G, 24/5/19, “Gola, Esteban v. Consorcio de Propietarios Perú 159”, LL 1997-C-959; CNCiv., Sala A, 22/11/19, “Torres, César R. v. Empresa de Transportes del Sur Nor C.I.S.A. y otros”, L.L. 1997-D-89; CNCiv. y Com. Fed., Sala 3ª, 21/6/95, “Pesquera Cono Austral S.A. v. Armador y/o Prop. Buque Pesquero Conarpesa III”, L.L. 1996-A-143, D.J. 1996-1-765; CNCiv., Sala G, 2/7/96, “Conti de Loza, Mará y Loza, Luis, S.”, L.L. 1996-D-877; T.S.J. de Córdoba, Sala Laboral, 31/8/94, “Suárez de Sosa, María I. v. Municipalidad de Canals”, L.L.C. 1995-389.

Como se advierte, “petición del titular ante autoridad judicial” es amplísimo y permite englobar, además obviamente del acto procesal llamado demanda, a todos los actos que la jurisprudencia actual considera interruptivos y equiparados a una demanda como ser: medidas cautelares ⁴², inhibiciones ⁴³, diligencias preliminares ⁴⁴, medidas preparatorias ⁴⁵, medidas conservatorias o anticipadas de pruebas ⁴⁶, constitución en actor civil

⁴² Cám. C. y C. de San Nicolás, 18/8/94, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires v. Misiano, Vicente J. y otro”, J.A. 1996-II-síntesis; Cám. Civil 1ª Cap., 30/12/40, “Banco de la Nación Argentina v. Palacio, Francisco”, L.L. 21-277; Cám. Com. Cap., 30/12/1944, “Banco Español del Río de la Plata v. Agüero Vera, Nicolás y otro”, J.A. 1945-I-458; Cám. Trab. San Francisco, 27/5/99, “Benítez, Olivio S. v. Cable Visión San Francisco S.A. y/u otro”, L.L.C. 2001-364; CNCom., Sala A, 21/5/1975, “Pradema, S.A. v. Kreutzer, S.R.L.”, E.D. 63-563 y J.A. 1976-I-179; CNCiv., Sala C, 9/2/1981, “Cardozo, Oscar v. Cima, Roberto”, L.L. 1981-B-314; Cám. C. y C. de Mercedes, Sala 1ª, 7/3/95, “Campana, Estrella v. Lanzillotta, José L.”, L.L.B.A. 1995-433.

⁴³ Cám. Apel. Concepción del Uruguay, Sala C. y C., 31/10/1997, “Arribilaga, Raquel v. Paredes, Carlos H. y otra”, J.A. 2001-III-síntesis”; Cám. C. y C. de Azul, Sala 1ª, 15/3/2002, “Maturame, Marta M. y otros v. Albano, Julio A.”, L.L.B.A. 2002-1398.

⁴⁴ Sup. Corte Bs. As., 30/9/47, “Cecarelli, José v. Unión Platense (Cía. de ómnibus)”, J.A. 1947-IV-8; CNCiv., Sala E, “Cansell, Pedro v. Cwajg, Gerzon”, E.D. 8-509, Cám. C. y C. La Plata, Sala 2ª, 12/12/89, “Merendino, Antonio v. Capia S.A. y otro”, J.A. 1992-II-321; CNCiv., Sala D, 7/5/68, “Castrillón, Antonio v. Seitun de Solari, María L.”, E.D. 25-645; CNCiv., Sala G, 8/6/1990, “Ghiringhelli, Oscar A. v. Frogliá, Boris y otro”, J.A. 1993-IV-síntesis. CNCiv. y Com. Fed., Sala 2ª, 31/8/92, “La Territorial de Seguros S.A. v. Lufthansa”, J.A. 1993-II-88 y L.L. 1992-E-498. En el sentido de que no interrumpe la prescripción, Corte Sup., 20/8/13, “Provincia de Buenos Aires v. Sociedad Cory Brothers y cía. s/cobro de pesos”, Fallos 119:367.

⁴⁵ Cám. C., C. y Trab. de Reconquista, 16/10/96, “Cosecha Cooperativa de Seguros Ltda. v. Vicentín, Celestino A. y/u O.”, J.A. 1999-III-síntesis; Cám. C. y C. de La Plata, Sala 2ª, 12/12/1989, “Merendino, Antonio v. Capla SA y otro”, J.A. 1992-II-321.

⁴⁶ Cám. C. y C. de Morón, Sala 2ª, 19/12/85, “Radic, María del Carmen v. Tapiales S.R.L.”, J.A. 1986-IV-765; Cám. C. y C. La Plata, Sala 2ª, 12/12/89, “Merendino, Antonio v. Capla S.A. y otro”, J.A. 1992-II-321; Cám. 2ª C. y C. de Paraná, “Consorcio de Propietarios Santa Fe 588/596, v. Dante Rizzieve Piton S.A. y otra”, L.L. 1998-F-888, L.L. L 1998-2-261.

⁴⁷, solicitud del beneficio para litigar sin gastos ⁴⁸, pedido de verificación del crédito ⁴⁹, preparación de la vía ejecutiva ⁵⁰.

Se mantiene que la petición judicial interrumpe aunque sea hecha por un acreedor incapaz o en forma defectuosa, pero se termina con la polémica respecto a que la demanda presentada en el plazo de gracia tiene efecto interruptivo, inclinándose el proyecto por la respuesta afirmativa ⁵¹.

⁴⁷ Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, cit., pág. 213; Cám. C. y C. de Córdoba, 5/7/04, “Saeed Navid. v. Moreno, Francisco, A.”, LLC 2004-1080; Corte Sup. Just. Mendoza, sala 1ª, 23/10/1997, “Fernández, Jodar v. Arab, Alí y otro”, JA 2001-III-síntesis; Sup. Corte Just. Tucumán, 3/4/1996, “Sierra, Raúl v. Grafa S.A.”, L.L. 1998-D-873; Cám. 4ª C. y C. de Minas, Paz y Trib. Mendoza, 21/8/07, “Lentini, María Antonia y otros v. Juan Bautista Lentini y otros”, L.L. Gran Cuyo 2007-936; Cám. C. y C. de Tucumán, Sala III, 28/8/07, “Juárez de Gallegos, Carolina del Carmen v. Leiva, Rodolfo Ariel y otros”, L.L. NOA, 2007-1181.

⁴⁸ Sup. Corte Bs. As., 16/3/04, “Tarca, Aldo v. Carnevale, Eusebio A.”, L.L.B.A. 2005-366; Sup. Corte Bs. As., 21/9/1976, “Galatro, Ramón I. v. Márquez, Ricardo y otro (Ac. 22.466)”, E.D. 70-294; Cám. C., C., Lab. y Minería de Gral. Pico, 4/9/03, “Urbe, Gregoria v. Mainz, Diego A. y otros”, L.L. Patagonia 2004-511; Sup. Corte Bs. As., 30/9/1947, “Cecarelli, José v. Unión Platense (Cía. de Ómnibus)”, LL 48-865; CNCiv., Sala D, 27/12/94, “De Castro, Zulema, B. v. Microómnibus Quilmes SACyF y otro”, J.A. 1995-IV-513; CNCiv., Sala M, 8/11/00, “Pattacini, Ludovico v. Cabrera, Oscar”, J.A. 2001-III-710; CNCiv., Sala E, 28/5/90, “Roffo, Andrés E. v. Ocares Mora, Raúl A.”, J.A. 1990-IV-383; Cám. Apels. Concepción del Uruguay, Sala C. y C., 7/4/99, “Lazza, María del C. y otro v. Cuttela, Antonio R.”, J.A. 2001-III-síntesis; CNCiv., Sala F, 14/2/95, “Pescio, Lucía M. v. Municipalidad de Buenos Aires”, JA 1996-II-síntesis; CNCiv., Sala A, 16/4/2002, “Cano, María S. v. Micrómnibus Seis SA”, D.J. 2002-2-685; CNCiv., Sala D, 8/2/02, “Skoumal, Alfredo N. v. Editorial Atlántida S.A.”, L.L. 2002-D-97, D.J. 2002-2-344; CNCiv., Sala A, 22/12/95, “Torres, César R. v. Empresa de Transportes Sur Nor CISA y otros”, L.L. 1997-D-89; CNCiv., Sala G, 2/7/1996, “Conti de Loza, María y Loza, Luis A.”, L.L. 1996-D-877, CNCiv., Sala E, 6/12/1993, “Jacobsen de López, Ana E. v. Corso, Ana M.”, L.L. 1994-C-32; CNCiv., Sala A, 24/12/1998, “Viña de Oreiro, Beatriz v. Donnais S.R.L.”, LL 1999-A-276; D.J. 1999-2-559.

⁴⁹ CNCom., Sala A, 22/11/02, “Lucero Elmutos Martires s/inc. de verif. en: Frigorífico Yaguané S.A.”, L.L. 2003-E-944; Cám. 2ª Civil Cap., 25/6/43, “Casares, Sebastián N. suc. conc.”, L.L. 31-472.

⁵⁰ CNCom., Sala B, 29/11/68, “Fuentes, José v. Giacchino, Horacio y otro”, L.L. 134-464.

⁵¹ Corte Sup., 12/10/1976, “Fata, Soc. de Seguros Mutuos v. Provincia de Buenos Aires”, L.L. 1976-D-465; Trib. Sup. Just. Santa Cruz, 6/4/05, “L., C. R. v. Z., I.”, L.L. Patagonia 2005-1153; CNCiv. y Com. Fed., Sala 1ª, 21/6/00, “B., A. H.

Se aclara que la interrupción se mantiene hasta que “deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión, con autoridad de cosa juzgada formal”. A partir de ese momento comienza otra prescripción, la de la *actio iudicati*, sobre la que el proyecto guarda silencio, por lo que se mantiene lo que hasta el momento sostuvo la doctrina y la jurisprudencia: la *actio iudicati* prescribe en el plazo ordinario y se interrumpe por todos los actos de ejecución que realiza el actor, como por ejemplo, un embargo o su reinscripción⁵², diligencias posteriores a la sentencia tendientes a la averiguación de bienes del deudor⁵³, reinscripción de inhibiciones⁵⁴.

El efecto interruptivo se pierde si se desiste del proceso o caduca la instancia. La mención al desistimiento del proceso es correcta, porque no implica abandono del derecho, y se mantiene la posibilidad de iniciarla nuevamente. En cambio el desistimiento del derecho es una renuncia al derecho de fondo, que equivale a cosa juzgada. El acreedor no puede luego intentar nuevamente la misma acción (art. 305 C.P.C.C.N.).

La novedad es que la absolución definitiva, que está vigente en el Código, desaparece.

c) En cuanto a lo que hoy se conoce como compromiso arbitral (art. 3998), se lo mantiene pero se llama “solicitud de arbitraje” y se le aplican las mismas reglas que para la demanda.

Las mayores novedades de la interrupción son las nuevas causales que expresamente se legislan.

Una de ellas era una cuestión que divide a la doctrina nacional entre quienes piensan que el reclamo administrativo previo para agotar la ins-

y otros v. Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur S.A. y otro”, L.L. 2001-B-694, D.J. 2001-2-386; CNEsp. Civ. y Com., Sala 1ª, 25/3/74, “Helvetia Argentina (S.A.) v. Bulcorf o Bulcourtf, Carlos”, JA 23-1974-51; C. 1ª Civ. y Com. San Nicolás, 1/10/1990, “La Segunda Cooperativa Ltda. de Seguros Generales v. Cosfemalle, Enrique H.F. y otros”, E.D. 35-162, Cám. C. y C. de Quilmes, Sala 2ª, 24/2/97, “Caorsi, Ulises J. v. Quiñoy, Horacio R. y otro”, J.A. 2001-III-síntesis; C. Fed. Mendoza, 22/6/77, “Senino, Elena M. v. Y.P.F.”, J.A. 1978-I-289.

⁵² CNCiv., Sala C, 9/2/81, “Cardozo, Oscar v. Cima, Roberto”, L.L. 1981-B-314.

⁵³ Cám. Civ. 1ª Cap., 30/12/1940, “Banco de la Nación Argentina v. Palacio, Francisco”, LL 21-277.

⁵⁴ CNCiv., Sala D, 30/10/53, “Banco El Hogar v. Marzullo, Marcelino”, L.L. 74-385.

tancia administrativa interrumpía la prescripción, cuando era impuesto como un requisito inexcusable para demandar⁵⁵ y quienes sostienen, aferrándose a la inexistencia de un texto legal que no⁵⁶.

El Proyecto correctamente se inclina por considerar que el reclamo administrativo previo, en los casos en que es exigido como requisito para

⁵⁵ Ramón D. PIZARRO - Carlos G. VALLESPINOS, *Obligaciones*, t. III, cit., pág. 720; Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Prescripción*, cit., pág. 53; Guillermo BORDA, *Tratado. Obligaciones*, cit., t. II, p. 41; Manuel ARGANAARÁS, *Prescripción extintiva*, cit., pág. 111; Alfredo COLMO, *De las obligaciones en general*, cit., t. I., pág. 662, N° 935, para quien debiera interrumpir. Así, se ha dicho que “Del juego de los arts. 3986 y 3991 C.C., se desprende que únicamente las actuaciones judiciales tienen efecto interruptivo como tales. Las actuaciones realizadas en sede administrativa ante órgano que carece de poder jurisdiccional no la poseen, a no ser que las mismas resulten legalmente necesarias para el acceso a los estrados judiciales”, Cám. C. y C. de San Nicolás, 18/8/94, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires v. Misiano, Vicente J. y otro”, JA 1996-II-síntesis; Corte Sup. Just. Santa Fe, 24/2/1999, “Martín y Martín SRL v. Municipalidad de Rosario”, L.L. 2000-C-887, L.L.L. 2000-120; CNCiv., Sala B, 25/8/53, “Cía. Italo Argentina de Electricidad v. Municipalidad de la Capital”, L.L. 72-111; Cám. C., C., y Minería de San Juan, Sala 1ª, 24/8/00, “Páez, José v. I.P.S.A.S.”, L.L. Gran Cuyo 2001-729; Sup. Corte Bs. As., 11/11/58, “Bugster, Fermín v. Cooperativa Agrícola Ganadera e Industrial de Patagones y Viedma Ltda.”, L.L. 95-364; CNCiv., Sala A, 9/5/67, “Intercrea S.A. v. Municipalidad de la Capital”, L.L. 127-649. La Corte Suprema de la Nación en algunos pronunciamientos adhirió a esta postura: 26/4/1957, “Ditlevsen y Cía. Ltda. v. Gobierno Nacional”, L.L. 87-725; pero luego retomó la vieja jurisprudencia en: 27/10/94, “Sociedad Cooperativa Transporte Automotor Litoral Ltda. (SCTALL) v. Provincia de Buenos Aires”, J.A. 1996-II-síntesis; 30/3/1993, “Provincia de Buenos Aires v. Dir. Gral. de Fabricaciones Militares”, J.A. 1993-IV-síntesis; CNCiv., Sala A, 13/10/81, “Consorcio Arenales 2258/64/1966 v. Seghon S.A.”, J.A. 1982-IV-236; CNCiv., Sala G, 5/4/1982, “Consorcio de Propietarios Av. Gaona 2065/67 v. Papaiani, Domingo y otro”, E.D. 100-244.

⁵⁶ C.S.J.N., 27/10/94, “Sociedad Cooperativa Transporte Automotor Litoral Ltda v. Provincia de Buenos Aires”, J.A. 1996-III-síntesis; 30/3/93, “Provincia de Buenos Aires v. Dir. Gral. de Fabricaciones Militares”, J.A. 1993-IV-síntesis; 3/7/54, “S.R.L. Grünen & Belfinger v. Provincia de Santa Fe”, Fallos 229:12; 8/11/97, “Becú, Rosa Harilaos v. la Nación s/cobro de pensión militar”, Fallos 179:160; 3/12/37, “Albert, Ricardo v. Nación s/escrituración”, Fallos 179:309; 1/9/95, “Standard Oil v. Gobierno Nacional”, L.L. 81-500; 10/7/40, “Cuenca, Eduarda de las Mercedes del Corazón de Jesús v. Gobierno nacional”, J.A. 71-304; 28/8/70, “Barón, Fabrizio v. Gobierno Nacional”, L.L. 142-108; CNCCom., Sala A, 22/7/56, “Szabó, Hnos., Kessler y Cía. (Soc. de Seguros de Resp. Ltda.) v. La Meridional (Cía. de Seguros)”, L.L. 84-49; CNCiv., Sala E, 31/5/60, “Singer Sewing Machines Co. v. Obras Sanitarias de la Nación”, L.L. 99-690; Sup. Corte Bs. As., 30/8/77, “Benítez Haseital, Rigoberto v. Muebles Gerry SCA”, Ac. 28.858, E.D. 75-385.

poder demandar en sede judicial, interrumpe la prescripción. La reciente reforma alemana al BGB también dice que la presentación de la solicitud ante un órgano administrativo, cuando la admisibilidad de la demanda dependa de la decisión previa de ese órgano administrativo y la demanda se presente dentro de los tres meses siguientes a la resolución de la solicitud...” § 204 (1) inc. 12.

Pero esta interrupción tiene una particularidad: “El efecto interruptivo se tiene por no sucedido si no se interpone demanda judicial dentro de los plazos previstos en las leyes locales o, en su defecto, por seis (6) meses contados desde que se tiene expedida la vía judicial”. Es obvio que la fuente de inspiración ha sido el art. 257 de la L.C.T.⁵⁷.

Otra causal de interrupción es el derecho de retención. Mientras la cosa está en poder del retenedor interrumpe la prescripción del crédito al que accede (art. 2592 inc. e), pues como dice la Exposición de Motivos “se interrumpe continuamente por el ejercicio del derecho de retención pues, tolerado por el deudor, implica un reconocimiento de la deuda”.

VIII. Dispensa

En nuestro derecho jamás se incorporó la regla *contra non valentem agere non currit praescriptio*, La imposibilidad de obrar no impide que la prescripción se cumpla, pero le acuerda al acreedor un remedio extremo para borrar sus efectos, si pide al juez una dispensa de la prescripción cumplida.

El proyecto dice en el art. 2550 que “El juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los seis (6) meses siguientes a la cesación de los obstáculos”.

⁵⁷ Art. 257 LCT 20.744 que dice que “Sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas del Código Civil, la reclamación ante la autoridad administrativa del trabajo interrumpirá el curso de la prescripción durante el trámite, pero en ningún caso por un lapso mayor de seis (6) meses”.

”En el caso de personas incapaces sin representantes el plazo de seis (6) meses se computa desde la cesación de la incapacidad o la aceptación del cargo por el representante.

”Esta disposición es aplicable a las sucesiones que permanecen vacantes sin curador, si el que es designado hace valer los derechos dentro de los seis (6) meses de haber aceptado el cargo”.

A primera vista pareciera que no hay cambios con el régimen actual, sin embargo cabe puntualizar que:

a) El plazo se eleva de tres a seis meses, desde que se cumplió la prescripción.

b) Se sigue hablando de dificultades de hecho, y no se mencionan las dificultades “de derecho”, por lo que la polémica sobre su invocabilidad continuará ⁵⁸.

c) En cuanto a las maniobras dolosas, el actual art. 3980 dice que son “del deudor”. El Proyecto a secas solo habla de “maniobras dolosas”. La duda es si esas maniobras dolosas, vista la intencional supresión, podrán ser de alguien que no sea el deudor y que le impidan al deudor actuar sobre el vencimiento del plazo de prescripción.

IX. Disposiciones procesales relativas a la prescripción

En cuanto a las disposiciones procesales de la prescripción, puede comentarse lo siguiente:

a) El principio de que la prescripción no puede hacerse valer de oficio sigue inalterado (art. 2552), sin ningún tipo de aditamento o excepción, como la tiene Brasil que permite interponerla de oficio para beneficiar al absolutamente incapaz (art. 194).

b) En cuanto a las vías procesales se mantiene que pueden hacerse valer en forma de excepción (art. 2551), pero la gran novedad es que la ley recoge la jurisprudencia unánime que sostiene que es procedente la acción declarativa de prescripción. Lo bueno es que no exige ningún otro

⁵⁸ El mismo Vélez en la nota al art. 3980 ejemplificaba con una imposibilidad de derecho.

requisito, como ser la demostración del perjuicio que causa la deuda prescripta, como lo exige la mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia⁵⁹.

c) Otra novedad es la reforma de la oportunidad para hacerla valer, que tantos problemas trajo a la doctrina con la reforma de la ley 17.711 y su doble mención a la contestación de la demanda y la primera presentación.

El sistema es ahora mucho más simple: se opone al contestar la demanda en los procesos de conocimiento y al oponer excepciones en los procesos de ejecución. Cualquier escrito previo que pudiera haber habido no aniquila la facultad de oponer la prescripción.

La oportunidad de oponer la prescripción en la primera presentación se mantiene para los terceros interesados que comparecen cuando han “vencido los términos aplicables a las partes”. Debe entenderse que éstos no son los terceros de intervención obligada, pues a éstos se les corre traslado de la demanda. La primera presentación ha quedado reservada ahora sólo para casos como un fiador, un acreedor por vía subrogatoria, un tercer poseedor hipotecario, o el síndico de la quiebra.

Lo que debe entenderse que se elimina es la posibilidad que tienen los rebeldes de oponer la prescripción, como lo permite el C.P.N. (art.

⁵⁹ Guillermo BORDA, *Tratado. Obligaciones*, t. II, cit., p. 10; Argentino G. BARRAQUERO, “Del efecto *ipso iure* de la prescripción liberatoria”, J.A. 1952-I-285; Carlos ALCONADA ARAMBURU, “Prohibición de aplicar de oficio la prescripción liberatoria”, J.A. 1952-II-80 sec. Doctr.; Eduardo COUTURE, “La acción declarativa de prescripción”, L.L. 1-62, sec. doct.; Raymundo SALVAT - Enrique GALLI, *Tratado. Obligaciones*, t. III, cit., ps. 391-393; Alberto G. SPOTA, *Tratado. Parte general*, t. I, vol. 3 (10), pág. 165; Félix A. TRIGO REPRESAS - Marcelo J. LÓPEZ MESA, “Comentario al art. 3949” en *Código Civil y leyes complementarias anotados*, Buenos Aires, Depalma, 1999, t. IV-B, pág. 300; Manuel ARGANARÁS, *La prescripción extintiva*, cit., p. 17; CNCiv., Sala F, 29/8/63, “Slatopolsky Cantis, Mario v. Kirchuk, Samuel y otro”, L.L. 113-192; Cám. C. y C. de Morón, Sala 2ª, 30/3/95, “Di Vito, María I v. Cogo de Carcagno, Isabel”, J.A. 1999-III-síntesis; C. Nac. Com., Sala C, 21/12/00, “H. P., J. s/suc. s/quiebra”, L.L. 2001-D-95; C. Nac. Com., sala B, 22/6/1953, “Cámara de Gómez, Felipa v. Doxandabara, Bernardo”, L.L. 71-655; Cám. 2ª Apel. La Plata, Sala 2ª, “Scian, Antonio v. Carbonell, Ricardo D.”, L.L. 16-1213, con comentario de Martín BOFILL, “La prescripción liberatoria como acción”; Cám. Civ. 1ª Cap., 14/7/1947, “Galvany, Benedicta v. Galvany, Francisco”, J.A. 1948-III-78; C.S.J.N., 23/4/1941, “Mora, Manuel v. Gobierno Nacional”, L.L. 22-418; Cám. C. y C. de Morón, Sala 2ª, 30/3/95, “Di Vito, María I. v. Cogo de Carcagno, Isabel”, L.L.B.A. 1996-295.

346). El C.P.N. dice que el rebelde podrá oponer la prescripción con posterioridad a la contestación si justifica haber incurrido en rebeldía por causas que haya no estado a su alcance superar. Con la proyectada regulación de la oportunidad para hacer valer la prescripción, el rebelde, como es parte, sólo podrá oponerla si prueba que no compareció por haberse violado su derecho de defensa, como por ejemplo si prueba que la notificación fue nula.

X. Renuncia y modificación de plazos

Respecto de la renuncia el Proyecto intenta simplificar el actual 3965, que ahora pasa a decir: “La prescripción ya ganada puede ser renunciada por las personas que pueden otorgar actos de disposición”.

Varios comentarios surgen al respecto:

a) Lo primero es que se elimina el requisito de la capacidad para enajenar, pues la renuncia a la prescripción no es un acto de enajenación porque no hay transmisión alguna de propiedad, ya sea a título oneroso o gratuito.

b) Sólo se menciona a la prescripción ganada, pues debe entenderse que la prescripción futura es irrenunciable, sobre todo porque el título del art. 2533 del Proyecto le atribuye carácter imperativo.

Luego continúa diciendo ese mismo art. 2535 que “La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores o coposeedores no surte efectos respecto de los demás. No procede la acción de regreso del codeudor renunciante contra sus codeudores liberados por la prescripción”.

Sobre el punto puede señalarse:

a) La renuncia es un acto personalísimo, de conciencia, que no tiene porqué perjudicar a los demás coobligados. Así, si el codeudor renuncia a la prescripción ganada, sólo él será deudor, pero no los demás que ya tienen incorporada en su patrimonio la prescripción ganada.

b) La analogía con el reconocimiento, que es equiparable en cierta medida a una renuncia, ya fue señalada anteriormente.

c) Por esta misma razón, que no es más que aplicación de la doctrina de los actos propios, el renunciante que paga la deuda lo hace en soledad, y no puede reclamar a los demás coobligados su contribución en ese

pago. Pagó porque quiso, porque es dueño de lo que él debe, pero no es quien para disponer del patrimonio de los otros deudores. Es lo que se aclara en la última parte de este art. 2535, lo que tampoco existe en el actual Código.

En cuanto a la modificación de los plazos, el proyecto se aparta en este punto de las recientes reformas europeas que permiten la ampliación convencional de plazos. El art. 2553 es muy claro en el carácter imperativo y en que “Las normas relativas a la prescripción no pueden ser modificadas por convención”. Esto debe entenderse que vale tanto para los acuerdos que amplían como para los que abrevian los plazos de prescripción.

Finalmente este proyecto tiene una disposición para los casos modificación legal de los plazos de prescripción, que es una copia adaptada del art. 4051 que perdió actualidad porque fue pensado como una disposición transitoria para la entrada en vigencia del código de 1871 y luego fue modificado por el art. 2º de la ley 17.940.

De acuerdo con el art. 2537 “Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior”.

Esto quiere decir que los nuevos plazos de prescripción, en principio, no se aplican a las prescripciones en curso.

Ahora bien el mismo art. 2537 legisla la siguiente excepción: “Pero si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia”.

Esto es importante porque quiere decir que los actuales plazos decenales se van a acortar luego de la sanción. Así, si a la fecha de modificación del plazo de prescripción transcurrieron dos años del plazo decenal del actual art. 4023, al deudor no le van a quedar ocho años, sino cinco, que es el nuevo plazo ordinario. Eso es lo que quiere decir “el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia”. En ese ejemplo el plazo se acorta, pero si en vez de dos años, hubieran transcurrido nueve, la solución es disvaliosa, porque en vez de diez años, la acción prescribirá en catorce años. En este caso lo que habría que agregar es que la duración total del tiempo de la prescripción no puede exceder la duración prevista por la ley anterior.

XI. Plazos

En cuanto a los plazos, el proyecto se caracteriza por simplificarlos y reducirlos. El plazo ordinario o residual se fija en cinco años. A primera vista no parece un plazo desacertado porque la reforma francesa fija un plazo de cinco años (art. 2224), la alemana uno de tres, pero que se cuenta a partir del primero de enero de cada año (§ 195) y el proyecto de 1998 en el art. 2501 lo fija en cuatro años.

Sin embargo el plazo más común en Latinoamérica es el de diez años: Brasil en art. 205⁶⁰; México en el art. 1159⁶¹; Perú en el art. 2001; Ecuador, en el art. 2439; Paraguay en el 659 inc. e; Colombia en el 2356 (para las acciones ordinarias, las ejecutivas prescriben a los cinco años); Venezuela, en el art. 1977 (diez años para las acciones personales). Chile tiene un plazo ordinario de cinco años, en el art. 2515, España todavía la establece en quince años en la segunda parte del art. 1946, y Uruguay en 20 años, en el art. 1217.

Los otros plazos de prescripción que fija el proyecto son:

Diez años

Daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces, con la particularidad de que se cuenta desde que cesa la incapacidad. El antecedente es la ley 26.075 que reforma el art. 63 del Código Penal⁶², conocida como Ley Piazza, y en lo civil es el art. 2226 del Código francés⁶³.

⁶⁰ Sancionado en 2002.

⁶¹ Sancionado en 1984.

⁶² “Art. 1º.- Incorporárase como segundo párrafo del artículo 63 del Código Penal el siguiente:

En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 *-in fine-*, y 130 -párrafos segundo y tercero- del Código Penal, cuando la víctima fuere menor de edad la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que éste haya alcanzado la mayoría de edad.

Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad”.

⁶³ “No obstante, en caso de perjuicio causado por torturas o actos de barbarie, o por violencias o agresiones sexuales cometidas contra un menor, la acción por respon-

Tres años

Daños derivados de la responsabilidad civil (art. 2561).

Comprende a todos los daños derivados de la responsabilidad civil, incluidos los sufridos por el consumidor, ya que en el anexo al Proyecto, art. 3.4., se modifica el art. 50 de la ley 24.240, el que queda solo para las acciones y sanciones administrativas, incluidos los daños punitivos.

La moderna tendencia, esbozada sobre todo en las reformas alemana y francesa siguió un sistema distinto en materia de daños las personas. El plazo ordinario se abrevió sustancialmente pero se dejaron plazos superiores para los daños a las personas.

Así en Francia son superiores al plazo ordinario quinquenal: 1) la acción de “responsabilidad nacida a raíz de un acontecimiento que haya provocado un daño corporal, entablada por la víctima directa o indirecta de los perjuicios que resultaren, [...] a contar desde la fecha de consolidación del daño inicial o agravado”, art. 2226 primer párrafo, que prescribe a los diez años; 2) La acción de daños causados por “torturas o actos de barbarie, o por violencias o agresiones sexuales cometidas contra un menor”⁶⁴, que prescribe a los veinte años; 3) Treinta años, para “las obligaciones financieras relativas a la indemnización de los daños causados al medio ambiente por las instalaciones, trabajos, obras y actividades regidas por el presente código se prescriben por treinta años a contar desde el hecho generador del daño” (art. 152-1 del Código del Medio Ambiente).

En Alemania las pretensiones de resarcimiento de daños que se funden en la vulneración del derecho a la vida, lesiones corporales, quebrantamiento del derecho a la salud o la libertad, sin tener en cuenta su origen y el conocimiento o desconocimiento por culpa grave, prescriben a los treinta años a partir de la comisión del acto, de la lesión del deber o, en cualquier caso, del acontecimiento que produce el daño. Las demás pretensiones de daños, prescriben a los diez años de su comienzo, sin tener

sabilidad civil prescribe a los veinte años”. El artículo había sido incorporado por la ley N° 98-468 de 17 de junio de 1998, art. 43, Diario Oficial de 16 de junio de 1998.

⁶⁴ Este artículo no figuraba en la versión original del Code, sino que fue introducido por la ley 98-468 de 17 de junio de 1998, art. 43, Diario Oficial de 16 de junio de 1998.

en cuenta su conocimiento o desconocimiento por culpa grave, a los diez años de su comienzo (§ 199 (2), (3), y (4).

Dos años (art. 2562)

a) El pedido de declaración de nulidad relativa y de revisión de actos jurídicos;

En este caso hay una rebaja considerable de tiempo, ya que ahora el plazo es de diez años (art. 4023 C.C.) y para la nulidad comercial de cuatro (art. 847 inc. 3 CCom.)

b) el reclamo de derecho común de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo;

Este es otro punto sobre el que no había acuerdo, pues algunos sostenían que esta acción debía prescribir en el plazo ordinario⁶⁵, que si se aprobara el código sería quinquenal. Se optó por unificarlo con la prescripción bienal de la legislación laboral, art. 256 LC.T.

c) el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas;

Esta es también otra disminución fuerte, ya que ahora es un plazo de cinco años. Se mejora la técnica del art. 4027 que fijaba la regla general e incurría luego en un casuismo exagerado. Desaparece asimismo la norma comercial que fijaba un plazo decenal para el mutuo y cuatrienal para los intereses (art. 847 CCom.).

Es bueno que sea un plazo breve para los intereses bancarios o los alquileres, pero en algunos casos será sumamente injusto, como ser en las deudas de alimentos. Igualmente no van a estar muy felices los proveedores de servicios y los fiscos provinciales, a quienes se les aplicará este artículo que es idéntico al art. 4027 inc. 3, para aquellos pagos periódicos

⁶⁵ CNCiv., Sala C, 5/8/03, “Ziella, Armando H. v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A.”, D.J. 2003-3-186. En cambio sostienen la prescripción bienal: C.S.J. de Tucumán, Sala Civil y Penal, “Montenegro, Santos T. v. Robert Bosch Argentina SA y otra”, L.L. NOA 2001-125.

como el impuesto inmobiliario de las provincias ⁶⁶, ingresos brutos ⁶⁷, o servicios domiciliarios como agua ⁶⁸ o luz ⁶⁹.

La excepción del reintegro del capital que se paga en cuotas, es también correcta porque lo que esta prescripción quiere evitar es la ruina del deudor por la acumulación de prestaciones fluyentes, lo que no se da en el caso del reintegro de una suma que se divide para posibilitar el pago por parte del deudor.

e) el reclamo de los daños derivados del contrato de transporte de personas o cosas;

Seguramente la pregunta que surge de inmediato es qué sucede cuando el damnificado es un pasajero consumidor, ya que un plenario declaró aplicable la prescripción de la ley 24.240 ⁷⁰ por sobre el art. 855 CCom. En los casos en que un consumidor transportado sufra daños, el plazo

⁶⁶ Cám. C. y C. Mar del Plata, Sala 1ª, 2578/1996, “Provincia de Buenos Aires v. Gispert, Roberto”, J.A. 1997-III-367; Cám. C., C., Flia. y Trab. Marcos Juárez, 12/2/99, “Provincia de Córdoba v. Ballario, Ardelio L. y otros”, L.L.C. 2000-445; CNCom., Sala C, 15/10/99, “Puigmarti y Cía. S.A. s/inc. de rev. por Fiscalía de Estado de la Prov. de Buenos Aires”, L.L. 2000-B-390, D.J. 2000-2-179, J.A. 2000-III-702.

⁶⁷ Cám. C., C., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 3ª, 19/11/01, “Dirección General de Rentas v. Fernández, José”, L.L. Gran Cuyo 2002-91; Cám. C. y C. de San Isidro, Sala 1ª, 7/8/2001, “Provincia de Buenos Aires v. Ojeda, Juan P.”, L.L.B.A. 2002-416.

⁶⁸ En el caso del agua, así lo declararon los plenarios de la Cámara Nacional Civil. El primero que revisó un plenario de 1922 que decía que las deudas por servicios de Obras Sanitarias de la Nación prescribían a los diez años fue: CNCiv. en pleno, 30/3/1983, “Obras Sanitarias de la Nación v. Galvalisi, José y otros”, J.A. 1983-I-387. El otro que merece ser citado confirmó el plazo de cinco años por aplicación del art. 4027 inc. 3: CNCiv. en pleno, 30/8/86, “Obras Sanitarias v. Gran Pinin S.R.L.”, J.A. 1986-IV-34. Con posterioridad la jurisprudencia aplicó el plazo quinquenal, C.S.J.N. 11/12/90, “Obras Sanitarias de la Nación v. Colombo, Aquilino”, L.L. 1991-A-414, E.D. 140-737; CNCiv., Sala K, 10/9/90, “Obras Sanitarias de la Nación v. Greco, Ignacio T. y otra”, J.A. 1993-IV-síntesis; CNCiv., Sala M, 26/3/02, “OSN v. Ricade SA”, D.J. 2002-2-770; CNCiv., Sala G, 16/6/87, “Nogués Bottaro, Emilio J. v. Obras Sanitarias”, L.L. 1988-A-338.

⁶⁹ Cám. C. y C., Flia. y Trab. Villa Dolores, 20/9/01, “Clemic v. Gauna, Luis A.”, L.L.C. 2002-1500.

⁷⁰ CNCiv. en pleno, 12/3/12, “Sáez González, Julia del C. v. Astrada, Armando V. y otros”, L.L. 2012-B-378.

será bienal, pues la prescripción de la ley de consumo sólo se aplicará a las sanciones administrativas, como se puede leer en el art. 3.4 del anexo.

f) el pedido de revocación de la donación por ingratitud o del legado por indignidad;

Se amplía el actual plazo anual del art. 4034 C.C., para unificarlo con las acciones de fraude y simulación. Se complementa con otra norma, que fija un plazo de prescripción adquisitiva de diez años a favor del donatario y el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión.

g) el pedido de declaración de inoponibilidad nacido del fraude.

En este caso se eleva la actual prescripción anual del art. 4033 para unificarla con la de la acción de simulación, sobre todo porque muchas veces se observa en el foro que se plantean en forma conjunta.

Un año

a) el reclamo por vicios redhibitorios;

Otro caso de aumento de plazos de prescripción. Los tres meses actuales eran demasiado poco tiempo y por otro lado, con la modificación del art. 50 de la ley 24.240, que ahora pasa a ser sólo para sanciones administrativas, ya no será posible sostener que los vicios redhibitorios del consumidor prescriben a los tres años ⁷¹.

b) las acciones posesorias;

Se mantiene igual el mismo plazo que la ley actual del art. 4038, pero se eliminan las prescripciones semestrales de los arts. 4039 y 4040.

c) el reclamo contra el constructor por responsabilidad por ruina total o parcial, sea por vicio de construcción, del suelo o de mala calidad de los materiales, siempre que se trate de obras destinadas a larga duración. El plazo se cuenta desde que se produjo la ruina;

Se mantiene también el actual plazo del art. 1646, por lo que la acción debe plantearse dentro del plazo de un año. Este plazo juega asimis-

⁷¹ Guillermo BORDA, *Manual de derecho civil. Obligaciones*, 13ª ed. actualizada por Alejandro Borda, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 419.

mo con el plazo de garantía de diez años del art. 1275 del Proyecto ⁷². Es decir que durante diez años hay un plazo de garantía. Si la ruina se produce dentro de ese plazo, la demanda debe interponerse dentro de un año.

d) los reclamos procedentes de cualquier documento endosable o al portador, cuyo plazo comienza a correr desde el día del vencimiento de la obligación;

Esta norma también tiende a uniformar los plazos del código de comercio, como ser el art. 848 inc. 2 del CCom. que fija un plazo trienal, que ahora pasa a ser anual.

e) los reclamos a los otros obligados por repetición de lo pagado en concepto de alimentos;

Esta norma se refiere al art. 669 del Proyecto que otorga derecho al progenitor que asumió el cuidado del hijo a pedir el reembolso de lo gastado en la parte que corresponde al progenitor no conviviente, desde el día de la demanda o de la interpelación por alimentos.

f) la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada.

En este caso se busca también dar certeza absoluta a la cosa juzgada. Actualmente se interpreta que ese plazo es decenal ⁷³, lo que es mucho tiempo para que un acto adquiera la estabilidad que deben tener las resoluciones de los jueces.

XII. La prescripción liberatoria de los derechos reales de goce. El no uso

El proyecto ha mantenido el no uso durante diez años como factor extintivo de los derechos reales de usufructo (art. 2152 inc. c) y servidumbre (art. 2182 inc. b). Esto es similar a los actuales arts. 2924, 2969 y 3059 C.C. En el caso del derecho de superficie, el derecho a construir se

⁷² “Art. 1275.- *Plazo de caducidad*. Para que sea aplicable la responsabilidad prevista en los artículos 1273 y 1274, el daño debe producirse dentro de los diez (10) años de aceptada la obra”.

⁷³ C.S.J.N., 20/3/03, “Banco Central de la República Argentina en Centro Financiero S.A. Cía. Financiera”, J.A. 2003-III-759, con nota de Roland ARAZI, “El vicio de error como causa de revisión de la cosa juzgada írrita”, y Augusto MORELLO y Pablo Grillo CIOCHINI, “La licuación de un sueño de \$ 52.000.000”.

extingue por el no uso durante diez años y el derecho de plantar y forestar por el no uso durante cinco años (art. 2124). En cuanto al derecho de plantar y forestar, se amplía el plazo de la ley 25.509 que prevé un plazo de no uso de tres años para la extinción del derecho (art. 8°).

XIII. Internacional privado

El derecho internacional privado argentino de fuente interna no cuenta con una norma que regule actualmente el derecho aplicable a la prescripción liberatoria. En los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 sí se menciona que “La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley a que las obligaciones personales están sujetas” (art. 51 del Tratado de Derecho Civil de 1940).

El art. 2671 sienta la regla correcta⁷⁴ de que “la prescripción se rige por la ley que se aplica al fondo del litigio”.

XIV. Caducidad

Una de las novedades más importantes es que este código tiene una parte general de la caducidad. Vélez no le dedicó ni un solo artículo, sino que su concepto y caracteres fueron tareas de la doctrina.

⁷⁴ Es la posición mayoritaria en la jurisprudencia y doctrina nacional: Ricardo BALESTRA, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2004, pág. 315; Carlos M. VICO, *Curso de derecho internacional privado, Curso de derecho internacional privado*, 5ª ed. (compilado por Isauro Argüello y Pedro Frutos), Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1966, pág. 248, § 248; Berta KALLER DE ORCHANSKY, *Manual de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, pág. 395; Cám. 1ª C. y C. de La Plata, Sala 2ª, 14/5/57, “Méndez Campos v. Telles, Mario F.”, L.L. 88-433, con comentario de Werner GOLDSCHMIDT, “La prescripción liberatoria en el derecho argentino”; C. Com. Cap., 27/3/29, “Societé de Banque v. Foschhof, Henry”, L.L. 14-403, con comentario de Walter MOMIGLIANO, “La prescripción liberatoria en derecho internacional privado”; C. Com. Cap., 11/5/1940, “Asís, Felipe v. Nehmen, Ismael”, L.L. 18-1138 y J.A. 70-503 con comentario de Hugo REPETTO SALAZAR, “El conflicto de leyes en la prescripción liberatoria de las obligaciones contractuales”.

Los rasgos principales de la caducidad en el proyecto son los siguientes:

a) Extingue el derecho, por lo que no queda subsistente ningún deber moral (art. 2566)

b) Los plazos de caducidad no se suspenden ni interrumpen, excepto disposición en contrario (art. 2657). Un ejemplo de suspensión de un plazo de caducidad sería el art. 16 de la ley 24.240, que dice: “El tiempo durante el cual el consumidor está privado del uso de la cosa en garantía, por cualquier causa relacionada con su reparación, debe computarse como prolongación del plazo de garantía legal”.

c) Muy importante es que se dispone que “Es nula la cláusula que establece un plazo de caducidad que hace excesivamente difícil a una de las partes el cumplimiento del acto requerido para el mantenimiento del derecho o que implica un fraude a las disposiciones legales relativas a la prescripción”. Esto ha sido pensado para los plazos de caducidad demasiado breves o que exigen la realización de hechos prácticamente imposibles o cláusulas abusivas en desmedro del consumidor.

d) La caducidad se impide por el cumplimiento del acto previsto por la ley o por el acto jurídico o por el reconocimiento del derecho realizado por la persona contra la cual se pretende hacer valer la caducidad prevista en un acto jurídico o en una norma relativa a derechos disponibles.

e) Los actos que impiden la caducidad no obstan a la aplicación de las disposiciones que rigen la prescripción.

f) La caducidad es en principio irrenunciable, salvo que se trate de un derecho disponible.

g) Sólo es declarable de oficio por el juez cuando está establecida por la ley y es materia sustraída a la disponibilidad de las partes.

Este proyecto ha recurrido con frecuencia a fijar plazos de caducidad. Algunos ejemplos son:

a) Compensación económica en el matrimonio: seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio (art. 442).

b) Asentimiento conyugal: seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial (art. 456).

c) Anulación del acto de administración y disposición a título oneroso de muebles indispensables del hogar o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión: seis

meses de haber conocido el acto y no más allá de seis meses de la extinción del vínculo matrimonial (art. 462).

d) Compensación económica en la relación de convivencia: seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia (art. 525).

e) Garantía por vicios ocultos (art. 1055): si la cosa es inmueble, cuando transcurren tres años desde que la recibió; y si la cosa es mueble, cuando transcurren seis meses desde que la recibió o puso en funcionamiento.

La novedad es que estos plazos pueden ser aumentados convencionalmente aunque el proyecto no fija máximos.

f) Impugnación de la maternidad por naturaleza (art. 588): un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo.

g) Impugnación de la filiación presumida por la ley (art. 590): El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre un (1) año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

Hay aquí un cambio fundamental con el actual art. 259, que fue declarado inconstitucional en algunos casos nacionales ⁷⁵ y violatorio de derechos humanos por tribunales internacionales ⁷⁶, porque hacía partir la caducidad desde la fecha del nacimiento o conocimiento del parto y no desde que el padre tuviera conocimiento de que el hijo podría no ser suyo.

⁷⁵ Juzgado de 1ª Instancia Civ., Com., Laboral y Minas, Río Gallegos N° 2, 12/3/09, “F., V.H. v. M.C.A. y A.C.B.”, L.L. 22/4/09; CNCiv., Sala J, 3/5/05, “M., C.A. v. M., C. y otro”, L.L. 2006-D-14 (en este caso no se declaró la inconstitucionalidad del art. 259 C.C., aunque se hizo valer la prueba obtenida con posterioridad al vencimiento del plazo de caducidad); Cám. 1ª Flia. Córdoba, 23/10/02, “T.D., J.E. v. R.D.Q.”, L.L. 2003-C-300, con nota de Angelina Ferreyra de de la Rúa, también publicado en L.L.C. 2003-650.

⁷⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12/4/06, “Mizzi v. Malta”, asunto 26111/02; 24/11/2005, “Shofman v. Rusia”, 74826/01. En estos dos asuntos el Tribunal Europeo cambia su posición expresada el 28/11/1984, en “Rasmussen v. Dinamarca”, caso 9/1983/65/100, donde había rechazado la acción de un marido a quien se denegó la posibilidad de desconocer la paternidad.

En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado.

h) Acción de negación de filiación presumida por la ley (art. 591): un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

Vale lo mismo que para el inciso anterior.

i) Defectos de cantidad, calidad o vicios aparentes cuando se entrega una cosa mueble cerrada o bajo cubierta sin inspeccionar: tres días (art. 748).

j) Observación de errores de cálculo o registración en la rendición de cuentas: un año de recibida (art. 862).

k) Consignación extrajudicial: treinta días a partir de la fecha del recibo bajo reserva para reclamar judicialmente un importe mayor o considerado insuficiente o exigir la repetición de lo pagado por gastos y honorarios por considerar que no se encontraba en mora, o ambas cosas (art. 912).

l) Designación de peritos arbitradores en el contrato de compraventa treinta días desde la entrega de la cosa, en los casos de compraventa de cosas sobre muestras o de cosas que no están a la vista sobre la falta de adecuación a lo convenido: treinta días desde la entrega de la cosa (art. 1157).

m) Ruina: garantía por diez años de aceptada la obra (art. 1275).

n) Revocación por ingratitud: un año de haber sabido el donatario del hecho tipificador de la ingratitud (art. 1573).

ñ) Promesa pública de recompensa sin plazo expreso o tácito: seis meses del último acto de publicidad (art. 1804).

o) Exclusión de heredero indigno: tres años desde la apertura de la sucesión (art. 2284).

p) Exclusión de heredero indigno: tres años desde la entrega del legado (art. 2284).

q) Aceptación de la herencia: diez años desde la apertura de la sucesión (art. 2288).

r) Acción contra los legatarios por el valor de lo que reciben: un año desde el día en que cobran sus legados (art. 2319).

XV. Conclusión

El actual Código Civil tiene un régimen que es bastante intrincado y difícil de comprender hasta para los expertos.

Por eso, sean bienvenidas las buenas intenciones de la Comisión Redactora para simplificar y unificar las leyes actuales sobre prescripción liberatoria y la regulación de la caducidad, lo que no quiere decir que no sea necesario un debate amplio y sin prisa sobre el tema.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN TUCUMÁN, DR. BENJAMÍN MOISÁ ¹

Palabras de presentación por parte del señor académico de número Prof. Dr. Manuel Cornet.

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 provincia de Tucumán Dr. Benjamín Moisés que a partir de este acto pasa a formar parte de esta corporación, circunstancia que nos alegra sobremanera porque podrá aportar todo ese bagaje cultural, preparación técnica y formación espiritual que lo distinguen como brevemente detallaremos.

En primer lugar, quien les habla se encuentra muy vinculado a la provincia de Tucumán porque es la cuna de mis ancestros, padre y abuelo, por lo que me siento muy vinculado a la provincia de donde es oriundo Benjamín Moisés.

Hace varios años que conozco a Benjamín Moisés, tengo un gran afecto por sus condiciones humanas y un gran respeto por su trayectoria científica y académica.

Hemos compartido numerosas Jornadas y Congresos de Derecho Civil y Benjamín se destaca por la seriedad y profundidad de sus aportaciones.

Su formación jurídica comenzó en la Universidad Nacional de Tucumán de donde egresó con el título de abogado en el año 1991 y obtuvo la medalla de oro por ser el egresado con mejor promedio de la carrera de abogacía y el Premio Alfredo Coviello al mejor egresado.

¹ Acto realizado en sesión especial el 9 de octubre de 2012.

Se doctoró en nuestra Universidad Nacional de Córdoba con el trabajo de tesis “La autonomía de la voluntad y el fenómeno de la predisposición contractual”, trabajo del que sé sobre su excelencia por haber integrado el Tribunal de Tesis que lo calificó en forma unánime como “*Sobresaliente*” con recomendación de publicación, habiendo sido su director el académico Luis Moisset de Espanés a quien Moisés califica como “padre intelectual”.

La tesis referida mereció en el año 2003 el premio Dalmacio Vélez Sársfield de esta Academia por constituir una tesis sobresaliente y fue publicada por la Editorial Zavalía en el año 2005.

Para entender su pensamiento basta con leer en las conclusiones del trabajo de tesis que “*Un orden jurídico justo debe garantizar al hombre el máximo de libertad, sin más límites que los idénticos y concurrentes derechos de otros hombres, considerados individual o colectivamente. Dentro de este contexto, la función del Estado en la sociedad es ser árbitro de las relaciones humanas conforme a las reglas señaladas por el Derecho, debiendo intervenir sólo cuando le es requerido para asegurar los beneficios de la libertad y restaurar el equilibrio de las relaciones en caso de que la igualdad se haya roto, cuidando siempre de no provocar un desequilibrio inverso. Es una constante histórica que todo desconocimiento de la autonomía de la voluntad, y de la libertad que es su presupuesto esencial, termina en una grave crisis*” (*La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, pág. 247).

Como se advierte de su extenso curriculum, Benjamín Moisés ha ejercido la profesión de abogado y fue vocal titular del Consejo Directivo del Colegio de Abogados de Tucumán.

Actualmente es juez de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la ciudad de Tucumán, cargo al que accedió mediante concurso de antecedentes y oposición por el Consejo Asesor de la Magistratura de la Provincia de Tucumán.

Ya anteriormente había ejercido como juez de la Cámara de Apelaciones en la Provincia de Chubut, cargo al que también accedió mediante concurso de antecedentes y oposición ante el Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut.

Moisés se ha desempeñado también en numerosos cargos docentes en universidades públicas y privadas de las provincias del Chubut y de Tucumán.

Ha publicado libros en nuestro país y en el Perú y ha colaborado en otros como coautor.

Ha publicado numerosos artículos en revistas especializadas y pronunciado numerosas conferencias a lo largo del país.

Como hemos dicho anteriormente, es partícipe de asistencia perfecta en las jornadas y congresos de derecho civil concurriendo siempre con ponencias que acreditan su permanente estudio y profundización de los temas de actualidad.

La incorporación de Benjamín Moisés 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 serio, profundo, apasionado, que defiende sus ideas con ardor.

En lo que respecta a su persona, Benjamín es un hombre de familia, ha constituido una linda familia con su esposa María del Rosario Terán Nougés y sus cuatro hijos María, Celina, Justina y Benjamín, a quienes les dedicara el trabajo de tesis junto con sus padres Flora y Benjamín, los que, según sus dichos, le dieron todo.

Señores académicos, señores y señoras, vivimos momentos de intensa preocupación ante la eventualidad del cambio de nuestra legislación civil y comercial por un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Ya Moisés en su trabajo de tesis expresaba, refiriéndose al Proyecto de Código Unificado de 1998, en términos que presumo que son totalmente aplicables al Proyecto 2012 *“el que ofrece serios reparos desde la perspectiva de nuestra ancestral tradición jurídica liberal; o sea mediante una reforma parcial que ajuste a los tiempos y exigencias actuales a los milenarios criterios consagrados en el de Vélez, solución que compartimos”* (*La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, pág. 18).

Como expresa nuestro académico correspondiente Marcelo López Mesa en su *Tratado de la responsabilidad civil* (t. I, pág. 3), refiriéndose al Proyecto en marcha en el año 2011 que todavía no se conocía, *“nuestro Derecho Privado argentino merece mejor suerte, se requería una reforma integral, pero que mantuviera la sistemática y la numeración del Código vigente y le hiciera a su estructura las reformas pertinentes y razonables”*.

Frente al futuro que se nos avecina y los problemas que los hombres de derecho deberemos afrontar, la incorporación a esta Academia de un

joven jurista como Benjamín Moisés, 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. Benjamín, *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.*

TEORÍA GENERAL DE LA IMPUTACIÓN EN EL DERECHO CIVIL ¹

por BENJAMÍN MOISÁ

SUMARIO: I Palabras de agradecimiento. II. Normas de comportamiento y normas de imputación. III. Imputación. Noción conceptual. Imputación física (*imputatio physica*) e imputación moral (*imputatio moralis*). IV. Imputación del acto (*imputatio facti*) e imputación de las consecuencias (*imputatio iuris*). Aplicación de la ley al acto (*applicatio legis ad factum*). V. Imputación en el Código Civil.

I. Palabras de agradecimiento

Es un gran honor para mí haber sido designado, e incorporarme hoy, como miembro correspondiente en la provincia de Tucumán de esta ilustre Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, una de las más significativas y emotivas distinciones recibidas durante mi carrera. Particularmente significativa y emotiva, por encontrarme unido desde hace más de una década a tan insigne corporación por entrañables sentimientos de afecto y agradecimiento, que supo inculcarme mi querido y admirado maestro, el doctor Luis Moisset de Espanés, aun antes de mi graduación como Doctor en la Casa del Obispo Trejo y de recibir aquel otro preciado reconocimiento que es el Premio Tesis Sobresalientes Dalmacio Vélez Sársfield.

Vaya toda mi gratitud a la Academia en este discurso, el cual no pretende ser más que un recordatorio, ante las corrientes objetivistas y materialistas que avanzan incansablemente desde las postrimerías del

¹ Conferencia dictada el 9 de octubre de 2012.

siglo XIX, de que el Derecho no regula fenómenos físicos sino conductas humanas.

II. Normas de comportamiento y normas de imputación

En esa regulación de conductas, según ya lo hacían los iusnaturalistas desde el siglo XVIII, debemos comenzar por distinguir dos tipos de normas: las normas de comportamiento y las normas de imputación².

Las *normas de comportamiento* son mandamientos, prohibiciones y permisiones que se dirigen al sujeto indicándole lo que debe hacer, lo que no debe hacer y lo que puede hacer. Estas normas desempeñan una función prospectiva y otra retrospectiva. En su *función prospectiva* son normas de configuración de la conducta humana para posibilitar la convivencia armónica de los hombres. En su *función retrospectiva*, son normas de valoración, dirigidas principalmente al juzgador, que permiten distinguir las conductas jurídicas de las antijurídicas. No debe olvidarse que ambas funciones forman un conjunto inescindible como dos caras de una misma moneda, pues, sin la función de configuración no puede haber valoración de la conducta, y sin la función de valoración no puede haber configuración de la conducta³.

Las *normas de imputación*, a diferencia de las normas de comportamiento que cumplen una doble función, sólo tienen una función retros-

² Ampliamente sobre la distinción, véase Joachim HRUSCHKA, “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en ADPCP, t. XLVII, Fasc. III, septiembre-diciembre 1994, págs. 343-356. Artículo publicado en: *Rechtstheorie* 22 (1991), págs. 449-460, con el título “*Verhaltensregeln and Zurechnungsregeln*”, traducción de Francisco Baldó Lavilla, profesor titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

Esta distinción entre *normas de comportamiento* y *normas de imputación* recobra actualidad y vuelve hoy en día a ser debatida en la Ciencia del Derecho, sobre todo en Estados Unidos, donde la discusión versa sobre la diferenciación entre *conduct rules* y *decision rules*. La primeras son el correlato de las *normas de comportamiento*, mientras que las segundas lo son de las *normas de imputación* (confr. Joachim HRUSCHKA, *Reglas...*, pág. 344, texto y nota 6).

³ Joachim HRUSCHKA, *Reglas...*, pág. 344 y s.

pectiva: atribuir o no a un sujeto un hecho y sus consecuencias. A semejanza de las normas de comportamiento en su función de valoración, las normas de imputación están dirigidas principalmente a la persona que juzga los acontecimientos con posterioridad a ellos ⁴.

III. Imputación. Noción conceptual. Imputación física (*imputatio physica*) e imputación moral (*imputatio moralis*)

Etimológicamente, imputar deriva del latín *imputare*, que significa tanto como cargar algo en la cuenta de alguien ⁵. Semánticamente, imputar significa atribuir a alguien responsabilidad por un hecho ⁶. Concordantemente con ello, en 1660 Samuel Pufendorf (1632-1694) ya formulaba como primer axioma de la jurisprudencia universal el siguiente: “*Cualquier acción que pueda dirigirse por una norma moral, cuyo acontecer o no acontecer dependa de una persona, puede ser imputada a esa persona. Y a la inversa: no puede imputarse a una persona un acontecimiento que, ni considerado en sí mismo ni en su causa, dependa de ella*” ⁷.

Esto nos lleva, junto a Christian Wolff (1679-1754), a hacer una primera distinción entre imputación física (*imputatio physica*) e imputación moral (*imputatio moralis*) ⁸. La *imputación física* es la mera constatación de un vínculo causal entre un acontecimiento y las consecuencias de ese acontecimiento, dejándose de lado toda moralidad del suceso. En cam-

⁴ Ibídem, pág. 346.

⁵ Confr. Joan COROMINES, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, España, Del Nuevo Extremo - Gredos, 2009, pág. 310,

⁶ Confr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua*, 22ª ed., lema “imputar”, primera acepción, www.rae.es.

⁷ “*Quaelibet actio ad normam moralem dirigibilis, quam penes aliquem est fieri vel non fieri, potest ipsi imputari. Et contra: Id quod neque in se neque in sua causa penes aliquem fuit, non potest ipsi imputari*” (Samuel PUFENDORF, *Elementorum jurisprudentiae universalis libri II, ex typographia Adriani Vlacq, Hagae Comitum*, Holanda, 1660, pág. 264).

⁸ Christian WOLFF, *Philosophia practica universalis. Pars prior, Francofurti & Lipsiae*, 1738, pág. 470 y ss., § 642,

bio, la *imputación moral* es la atribución a un sujeto, en primer lugar, de un hecho y, en segundo lugar, de sus consecuencias. Quede bien entendido que el término moral (*moralis*) es utilizado en un sentido amplio -no en el estricto de moral subjetiva-, como disciplina que se ocupa de la conducta del hombre tanto en su aspecto subjetivo como intersubjetivo, de modo que con el alcance indicado es comprensivo de toda la conducta humana como objeto de la Ciencia del Derecho ⁹.

IV. Imputación del hecho (*imputatio facti*) e imputación las consecuencias (*imputatio iuris*). Aplicación de la ley al acto (*applicatio legis ad factum*)

Con este trasfondo, en 1740 Joachim Georg Darjes (1714-1791) es el primero en distinguir, dentro de la imputación moral, la imputación del hecho (*imputatio facti*) de la imputación del derecho (*imputatio iuris*), ubicando entre ambas la aplicación de la ley al hecho (*applicatio legis ad factum*) ¹⁰. Esto es, para una mayor claridad expositiva, distinguir

⁹ Confr. Joachim Georg DARJES, *Observationes iuris naturalis*, 1754, vol. II, obs. XLII, § XVIII.

¹⁰ “*Hac ex ratione nonnulli, quos pia mente veneror, imputationem per adplicationem legis ad factum definiverunt. Sed ex rationibus in superioribus adductis, quod hic actus imputationi iuris antecedit, et imputationi facti sequatur, mihi videtur*” (Joachim Georg DARJES, *Institutiones iurisprudentiae universalis*, 1740, § 225, escolio, Jenae.).

“No debe confundirse la distinción de Darjes entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* con la distinción de Wolff entre *imputatio physica* e *imputatio moralis*. La *imputatio physica* de Wolff es la mera constatación de un vínculo causal entre un suceso en el que un sujeto está implicado y un efecto de este suceso ‘*seposita omni moralitate actionis*’ -‘si se deja de lado toda moralidad del suceso’-. En cambio, con la *imputatio moralis* se imputan sucesos (*actiones*) a un sujeto (*agens*). Por tanto, *imputatio facti* e *imputatio iuris* deben entenderse de igual forma como *imputationes morales*. También Darjes, que comprende la diferenciación de Wolff (1754), parte de este punto y escribe expresamente que, en la *disciplina moralis*, la ciencia moral, a la que también pertenece la jurisprudencia, la expresión (*terminus*) ‘*imputatio*’ se utiliza ‘*non physice sed moraliter*’.

Desafortunadamente -es decir, desafortunadamente visto desde el punto de vista del desarrollo posterior- según se desprende, Darjes no explicitó más en ningún

entre la imputación del acto y la imputación de sus consecuencias jurídicas. La *imputatio facti*, sea de una acción o de una omisión, es un juicio de atribución de primer nivel por el cual el sujeto actuante es declarado autor de dicha acción u omisión, sea algo bueno o malo, sea algo lícito o ilícito, sea algo justo o injusto, en definitiva, trátase de un mérito o demérito (*declaratio, quod aliquis sit auctor facti*¹¹). La *imputatio iuris* es un juicio de atribución de segundo nivel sobre el mérito del acto (*iudicium de merito facti*¹²), el cual permite atribuir al autor sus consecuencias jurídicas.

Entre ambos tipos de imputación se ubica la aplicación de la ley al acto (*applicatio legis ad factum*), la que no debe confundirse con un nivel más de imputación. En efecto, mientras en la imputación la mirada del juzgador está dirigida al sujeto, en la aplicación de la ley al acto está dirigida al hecho, permitiendo determinar su conformidad o no con las exigencias de la ley y, en última instancia, su juridicidad o antijuridicidad¹³.

V. Teoría de la imputación en el Código Civil

El Código Civil de la República Argentina, monumento legislativo nacional, reconociendo como fuentes sobre la materia el Código de

lugar la diferencia entre la perspectiva en la imputación de primer y segundo nivel por una parte y la aplicación de la ley al hecho, por otra. A Darjes, como era lógico, le debió parecer suficiente haber puesto de relieve lo evidente. Sin embargo, esta omisión tuvo consecuencias de no poca importancia. Ciertamente, la diferencia entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* se implanta rápidamente; empieza una historia larga y compleja cuya explicación posterior aún no se ha llevado a cabo” (Joachim HRUSCHKA, *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre actio libera in se y actio libera in sua causa*, con un anexo sobre la diferencia entre los conceptos de *actio libera* y *actio ad libertatem relata* y un anexo sobre la historia de la recepción y descubrimiento de la diferenciación entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, N° 12 (2003), pág. 246 y ss. Título original: “*Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa*”, publicado en *ZStW* 96 (1984), págs. 661 ss. Traducción a cargo de Nuria Pastor Muñoz, profesora ayudante de Derecho Penal, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

¹¹ Joachim Georg DARJES, *Institutiones...*, § 213.

¹² Joachim Georg DARJES, *Institutiones...*, § 218.

¹³ Confr. Joachim HRUSCHKA, *La imputación...*, p. 246.

Prusia¹⁴ y el *Esboço* de Freitas¹⁵, convierte en ley positiva el excelso pensamiento iusnaturalista expuesto.

Normas de comportamiento y normas de imputación

Nuestro Código Civil es en principio un catálogo de *normas de comportamiento*, pero, como no podía ser de otra manera, también contiene detalladas y precisas *normas de imputación* tanto de los hechos del hombre como de sus consecuencias jurídicas. Así resulta, en el primer caso, esto es, con respecto a las *normas de comportamiento*, de reglas como las contenidas en los arts. 22, 53 y 910, de las que además se desprende que el principio sobre la materia es el de la libertad de las acciones, en consonancia con el art. 19 de la Constitución Nacional. Con respecto al segundo supuesto, esto es, con relación a las *normas de imputación*, basta con compulsar la Sección II de su Libro II, destinada a los hechos y actos jurídicos, para corroborar la exactitud de cuanto decimos.

Imputación física e imputación moral. Teoría de la equivalencia de las condiciones

La distinción entre imputación física e imputación moral queda patente en nuestro Código Civil en el juego armónico de sus arts. 896, 897 y 900. Así, toda adquisición, modificación o extinción de derechos y obligaciones reconoce siempre como fuente un hecho jurídico¹⁶. Hasta aquí la imputación física. Sin embargo, tal hecho no es elevado a la categoría de

¹⁴ §§ 4 a 14 del Título III de la Parte Primera del Derecho Territorial General para los Estados de Prusia de 1794.

¹⁵ Arts. 431 y ss., y sus notas.

¹⁶ “*Si les droits naissent, si les droits se modifient, s'ils se transfèrent d'une personne à la autre, s'ils se éteignent, c'est toujours par suite ou par le moyen d'un fait.*

Il n'y a pas un droit qui ne provienne d'un fait, et c'est précisément de la variété des faits que découle la variété des droits” (Joseph Louis Elzéar ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien précédée d'une généralisation du Droit Romain*, t. I, *Videlcoq fils aîné*, Libraire de la Cour de Cassation, Paris, 1851, pág. 58 y ss.).

acto sin la intervención de la voluntad del hombre, pues, el elemento fundamental de todo acto es la voluntad de quien lo ejecuta. Es por ello que, como bien manda el art. 900, los hechos involuntarios no producen por sí obligación alguna, quedando equiparados a los simples hechos de la naturaleza, lo cual de ningún modo implica negar que en tales casos se puedan establecer reparaciones fundadas en razones de equidad.

Reducida la imputación física a la mera causalidad material, esto es, con prescindencia de toda moralidad del hecho, indudablemente la teoría apropiada para determinar la existencia de una relación de causalidad entre el hecho y sus consecuencias es la conocida *Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la conditio sine qua non*, la cual permite dar una respuesta correcta al *problema de la pluralidad concurrente de causas*. Edmund Mezger califica al principio de la *conditio sine qua non* como un medio infalible para la comprobación de la conexión causal ¹⁷.

Imputación del acto e imputación de las consecuencias. Teoría de la causa adecuada

Como consecuencia de aquel axioma fundamental de imputación enunciado por Pufendorf, según el cual una acción sólo puede ser imputa-

¹⁷ Julius Glaser es considerado como el primer defensor de la *teoría de la equivalencia de las condiciones*, desarrollada en Alemania para el Derecho Penal, de quien ya en el año 1858 podemos leer: “Hay... un punto de apoyo seguro para examinar el nexo causal; si se intenta suprimir mentalmente al supuesto originante de la suma de los acontecimientos y entonces se ve que a pesar de eso se produce el resultado, que a pesar de eso la serie sucesiva de las causas intermedias sigue siendo la misma, está claro que el hecho y su resultado no pueden reconducirse a la eficacia de esa persona. Si por el contrario se ve que, si se suprime mentalmente a esa persona del escenario del acontecimiento, el resultado no se podría producir en absoluto o que hubiera tenido que producirse por otra vía totalmente distinta: entonces está justificado con toda seguridad considerarlo como efecto de su actividad”. Sin embargo, corresponde a Maximilian von Buri la fundamentación más profunda de la “teoría de la equivalencia de las condiciones” (confr.: Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997, t. I, pág. 348 y ss., § 11, 7, tr. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Edmund MEZGER, *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte general*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958, pág. 109, § 24, tr. Conrado A. Finzi con la colaboración de Ernesto R. Gavier y Ricardo Núñez).

da a una persona cuando su acontecer o no acontecer depende de esa persona, es que el art. 900 del Código Civil establece que los hechos involuntarios no producen por sí obligación alguna. En otras palabras, para que un hecho pueda ser imputado a una persona, y de esta manera convertirse en acto, es necesario que sea ejecutado con voluntad, esto es, con *discernimiento, intención y libertad*. Esta es la única manera como puede imputarse un hecho a un sujeto de modo que éste se convierta en autor del acto.

Ahora bien, para dar solución al *problema de la pluralidad sucesiva de consecuencias*, conocido también como el problema del *regressus ad infinitum* causal, nuestro Código Civil toma del Código prusiano la *Teoría de la causa adecuada*¹⁸ y la convierte en ley positiva en sus arts. 901 a 906, aun antes de su formulación dogmática por obra de Von Kries en 1886. Así distingue tres categorías de consecuencias que son imputables según el distinto grado de *previsibilidad* por parte del agente y según se trate de supuestos de *responsabilidad por incumplimiento obligacional* o de *responsabilidad por actos ilícitos* en sentido estricto. Estas consecuencias son las inmediatas, mediatas y casuales: a) *inmediatas* son aquéllas que suelen suceder según el curso natural y ordinario de las cosas; b) *mediatas* son aquéllas que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto; y c) *casuales* son las consecuencias mediatas imprevisibles. En principio, las consecuencias casuales no se imputan (art. 905 *in limine*).

¹⁸ La teoría de la adecuación no es, como opinaban originariamente sus defensores, una teoría causal, sino una teoría de la imputación: no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado, sino que intenta dar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente (Claus ROXIN, *op. cit.*, t. I, pág. 360 y ss., § 11, 33; confr. Luis DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 2000, pág. 340 y ss.).

La *Teoría de la causa adecuada*, en otras palabras, no es una teoría causal sino una *teoría de la imputación de las consecuencias*, en cuyo marco se interrelacionan la *imputación física* (causalidad) y la *imputación moral* (voluntariedad y previsibilidad), determinando en definitiva la extensión de la responsabilidad.

Imputación en el incumplimiento obligacional

En caso de *culpa*, se imputan solamente las consecuencias inmediatas y necesarias (art. 520). En caso de *dolo*, se imputan las consecuencias inmediatas y mediatas (art. 521).

Imputación en los actos ilícitos

En caso de *culpa* (arts. 903 y 904), se imputan las consecuencias inmediatas y las mediatas (consideradas en abstracto, según la previsibilidad de un hombre medio). En caso de *dolo* (arts. 903 y 905 *in fine*), se imputan las consecuencias inmediatas y las mediatas (consideradas en concreto, según las miras que tuvo el autor al ejecutar el acto).

La sustitución del texto del art. 906 del Código Civil por la ley 17.711 eliminó el único caso real de imputación de consecuencias casuales, solución que no compartimos. Por el contrario, en coincidencia con Ihering pensamos, que en caso de *dolo* el responsable debe responder hasta de las consecuencias casuales, pues como dice el gran jurista alemán: “*El que a sabiendas e intencionalmente ha causado daño a otro, no puede sustraerse a una reparación completa: ha sabido y querido lo que ha hecho*”¹⁹.

Nada más y muchas gracias.

¹⁹ Rudolf von IHERING, *De la faute en Droit privé*, en *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, tr. O. De Meulenaere, París, 1880, t. I, pág. 63.

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN SAN JUAN, DR. OSCAR ÁLVARO CUADROS ¹

Palabras de presentación por parte del señor académico de número Prof. Dr. Julio I. Altamira Gigena.

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, señoras y señores miembros de número, señoras y señores profesores, estimados amigos:

Agradezco a la Mesa Directiva que me haya designado para presentar al nuevo miembro correspondiente en la provincia de San Juan, Dr. Oscar Álvaro Cuadros, ya que para mí ha sido un placer presentarlo primero ante la Mesa Directiva y después ante el plenario de los miembros de número, quienes aprobaron por unanimidad su designación.

El Dr. Cuadros es un hombre joven, es el más joven de los miembros de nuestra corporación, pero no obstante su juventud demuestra una gran formación no sólo en el derecho sino también en filosofía y en la cultura en general.

No analizaré su curriculum porque algo ya se ha dicho en la resolución que se acaba de leer, sólo haré algunas consideraciones de su persona que me llamaron la atención desde que lo conocí, hace ya más de diez años.

Es un hombre dedicado al trabajo profesional, a la docencia universitaria y a la investigación, prueba de ello es la cantidad de trabajos presentados en obras colectivas editadas en el país y en el extranjero.

Es un hombre diligente, prudente, probo, moderado en las pasiones, de trato mesurado y afable; es honorable y actúa de buena fe.

¹ Acto realizado en sesión especial el 23 de octubre de 2012.

En las conversaciones de cierta intimidad demuestra un gran amor hacia su joven esposa y a sus tres hijos y ese amor a su familia lo refleja en cada acto de su vida.

Sus trabajos se destacan por la formulación de conceptos claros, sobrios y atinados, que reflejan una serena reflexión.

Es un asiduo concurrente a los congresos y jornadas de derecho administrativo en las que se ha destacado como un brillante expositor.

Analiza la opinión de cada autor con espíritu crítico, ponderando el pro y el contra de cada idea con el máximo rigor y entusiasmo.

Voy a referirme brevemente a su obra *Responsabilidad del Estado* que ha sido publicada por Abeledo-Perrot en el año 2008 y que llama la atención por la profundidad de esa investigación.

Dice que “... *que los orígenes del problema de la responsabilidad aquiliana del Estado se confunden con los del derecho administrativo como rama jurídica, de acuerdo a lo decidido por el Tribunal de Conflictos francés en el célebre caso ‘Blanco’*”.

Dice también que la importancia del tema resulta abonada por la potencialidad dañosa de la persona jurídica Estado y su problema conexo de carga indemnizatoria, conforme a su carácter relevante de propietario de cosas riesgosas, a su extenso ámbito de actuación material, por medio de hechos y omisiones y a su gestión de los bienes económicos públicos de administración, justicia y legislación.

Afirma que la responsabilidad extracontractual del Estado está regida en el sistema jurídico argentino, por las normas civiles que reglan el daño resarcible y su atribución indirecta y objetiva a las personas jurídicas; régimen que resulta de aplicación a la referida persona jurídica pública en atención a la unidad conceptual del principio constitucional que manda a reparar los daños causados a terceros a su adecuada reglamentación por parte de las normas civiles y al carácter privado -individual o corporativo- de las eventuales víctimas.

Así, afirmar en términos actuales, es decir, no meramente potenciales, que la responsabilidad aquiliana del Estado está regida por las normas civiles, importa definir que entre esas normas y la cuestión del deber reparatorio a cargo de tal persona jurídica, media una relación de adecuación que autoriza a denominar la tesis que aquí se defiende: “teoría de la pertinencia normativa” y a contextualizarla dentro de un enfoque jurídico

integral, prescindente de la calificación pública o privada de las normas de aplicación.

Cuadros es una persona de actividad metódica y disciplinada que -como ya lo he dicho- le ha permitido investigar, escribir, ejercer la profesión y la docencia universitaria, con eficiencia y eficacia.

Sigue las enseñanzas de los célebres investigadores en el sentido que en la vida hay que ser como una fuente que rebalsa y no un tanque que siempre tiene la misma cantidad de agua.

No tengo ninguna duda de que será un activo colaborador del Instituto de nuestra Academia en la Región de Cuyo.

Estimado amigo, esta Academia es su Academia y desde hoy usted forma parte de esta corporación. Le deseamos el mayor de los éxitos.

Palabras de agradecimiento

Sr. presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, académico Dr. Juan Carlos Palmero; Sr. vicepresidente, académico Dr. Julio Altamira Gigena; Sr. secretario, académico Dr. Jorge de la Rúa; Sres. académicos de número y académicos correspondientes, señoras, señores:

Tengo hoy el alto honor de incorporarme, como miembro correspondiente por la provincia de San Juan, a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Por este inmerecido reconocimiento quiero agradecer, en primer lugar, a Dios, fuente de toda razón y justicia, a mi familia, por su amor y compañía en los buenos y en los malos tiempos; a la prestigiosa institución que me recibe, enclavada en la docta y querida provincia de Córdoba; y, especialmente, al distinguido y admirado jurista Julio Altamira Gigena, por su cálida presentación, su permanente apoyo y la estima intelectual y personal que me depara.

Sugiere un filósofo contemporáneo que la visión ética más profunda es la que ve la parte invulnerable que hay en el hombre, aquella que escapando de la fugacidad temporal asocia la sentencia horaciana “*no moriré del todo*” a la humana apertura hacia la generosidad, la solidaridad y la ternura (Savater, 2012, 8). El amor, que es, al decir del poeta, *base de toda metafísica*, es la imperecedera fuente de la única certeza que nos convoca (Whitman, 2007, 252).

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN PRIMIGENIA Y EN LA ACTUALIDAD, DESDE LA PERSPECTIVA DE DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO ¹

por OSCAR ÁLVARO CUADROS

SUMARIO: I. Introducción. II. Desarrollo: los términos del debate. III. El núcleo de la crítica al neo constitucionalismo. IV. La paradoja de los derechos, menos es más. V. La gravedad del contexto. VI. El camino al infierno y las buenas intenciones. VII. El escenario jurisprudencial. VIII. La integración social en la constitución primigenia. IX. La igualdad en términos de constitucionalismo clásico. X. Conclusión. Agradecimiento. Bibliografía citada.

I. Introducción

A primera vista podrá tenerse la impresión de que el tema propuesto remite al clásico debate en torno de las vertientes de interpretación originalistas o, en contraste, dinámicas, del texto de la Constitución Nacional; vale decir, a la cuestión del *interpretativismo* que tanta reflexión ha suscitado y provoca, aun hoy, en el marco del debate constitucional de los Estados Unidos de América (Scalia, 1997; Rosen, 2011, 1, 3).

Sin embargo, otro es el propósito de estas palabras. Intentaré aquí valirme de una mirada histórica integradora con la intención de contraponer el derecho constitucional a la igualdad, en su sentido material, no formal, en el marco de la perspectiva constitucionalista del siglo XIX y neo constitucionalista del siglo XXI a fin de interrogar, en estos tiempos en que “... *tanto se ha declamado y tan poco se ha hecho*”, si ese

¹ Conferencia dictada el 23 de octubre de 2012.

cambio de paradigma ha sido favorable o desfavorable en términos de inclusión social en el marco del Estado constitucional de derecho.

Con tal propósito, me valdré de la visión de Domingo Faustino Sarmiento, provinciano de la generación del '37, pletórico de *romanticismo* y *liberalismo* (Mosquera, 1995, 28, 29); sociólogo crítico de la *hegemonía política* previa a la organización nacional; hombre de Estado, presidente de un país que dejando atrás sus enfrentamientos se encamina hacia un destino de grandeza y desarrollo que se consolidará en 1880 (Halperín Donghi, 2007, 20); personaje en quien el constitucionalismo se afinca “... *contemporáneamente con su propósito de combatir la barbarie*” (Pérez Guilhou, 1989, 15; Hernández, 2012, 481,493); activo hacedor, fundador en Córdoba de la Academia Nacional de Ciencias, del Observatorio Nacional, de la Oficina Meteorológica Nacional y de la Exposición Nacional de Córdoba (García Castellanos, 1988).

II. Desarrollo: los términos del debate

Según lo dicho, de modo central, el debate propuesto trata sobre la articulación entre la *igualdad formal*, vinculada al paradigma constitucionalista del derecho, propio del Estado liberal-burgués, asociado al concepto político inherente a la *libertad de los modernos*; y la *igualdad material o substancial*, que con referencia al paradigma *neo* constitucionalista, en el marco del Estado social de derecho, procura extender la tutela jurídica en favor de los derechos sociales, que son reclamados al Estado y a las corporaciones privadas, tanto a nivel nacional como a escala internacional (Ferrajoli, 2007, 72,73), frente a un escenario de creciente *mundialización del derecho* (Gordillo, 2009, 83) y ante la necesidad de realizar un *esfuerzo social concertado* (Pérez Hualde, 2008, 770).

III. El núcleo de la crítica al neo constitucionalismo

Si bien tal cuestión puede solaparse, en el plano filosófico, a la confrontación demarcada por Amartya Sen entre la conducta que es correcta por resultar acorde al procedimiento (*niti*), y la conductas que se com-

prometen con la realización efectiva de la justicia (*nyaya*) (Sen, 2009, 20); en el plano de la teoría del derecho, la garantía ínsita en el principio de legalidad, que veda a las autoridades públicas el ejercicio de poderes *ultra vires*, importa, en muchos sentidos, una garantía contra el retorno a *la libertad de los antiguos*, a la concepción centrífuga de gestación de los derechos desde el interior del Estado.

Señalan con particular acierto Wade y Forsyth, que el *debido proceso* no es un problema secundario pues, en la medida en que los poderes de gobierno crecen drásticamente sólo a través de la *equidad procesal* es dable proveer a su ejercicio tolerable (Wade y Forsyth, 2000, 435). Esa razón anima a Tribe a inscribir al *debido proceso adjetivo* dentro del *modelo de regularidad gubernamental*, que resulta de las enmiendas quinta y decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos (Tribe, 1998, 663, 664).

IV. La paradoja de los derechos, menos es más

Así, una teoría del derecho que justifica la atribución de poderes ampliatorios en servicio de los intereses sociales puede llegar a representar, paradójicamente, una amenaza para el Estado de derecho. La concreción de tal amenaza dependerá, entre otras circunstancias, de cuán afianzadas se encuentren las instituciones en cada sistema.

En el plano político, la justificación teleológica de la acción estatal puede traer consigo el debilitamiento de las instituciones de la sociedad civil y del mercado. Respecto de este último sector, la lógica del poder difícilmente se ajustará al respeto debido a la propiedad privada, los contratos y la responsabilidad civil; al tiempo que avanzará sobre ámbitos de gestión ajenos a la agencia estadual, tales como los vinculados a intereses deportivos, científicos, artísticos, culturales o de amistad (Rawls, 2001, 383, 389; 1995, 266).

En el plano jurídico, la urgencia impresa por los tiempos de una asistencia social que no admite mediatizaciones, colaborará con la autoprogramación reglamentaria de una administración pública que actúa a expensas de una jurisdicción con otros tiempos de gestión. En palabras de Habermas: “... *la Administración, en el cumplimiento de sus tareas de regulación y control, en múltiples aspectos no depende de inter-*

venciones en un sentido técnico-jurídico: Y donde no hay reserva de ley, no hay vinculación a la ley; y donde no hay vinculación a la ley por parte de la Administración, no hay control de legalidad por parte de los tribunales” (Habermas, 1998, 517).

V. La gravedad del contexto

Permítaseme denunciar *la gravedad del contexto* político en el cual tiene lugar el debate propuesto. La República Argentina transita por un *momento constitucional* en el cual los derechos humanos parecen más una asignación sectorial que un triunfo universal (diario La Nación, 2012, 28); posición que se ve animada por ciertas interpretaciones convencionales que, en su extensión, debilitan garantías otrora inconvencionales del Estado de derecho, en favor de principios progresistas tales como el de “*no regresividad de los derechos*”, a tenor del cual no se puede mermar un estatus jurídico reconocido convencionalmente, punto sobre el cual podrá coincidirse con plenitud en el plano teórico sin desatender, al mismo tiempo, a las graves consecuencias que es susceptible de aparejar en el terreno de la praxis (Cohen Agrest, 2012).

La cuestión es compleja en grado sumo pues, desde las posiciones más radicalizadas y vigentes, en pronunciada afinidad con el pensamiento gramsciano, se critica la base representativa del sistema democrático, sosteniéndose que “*En América Latina... los parlamentos han sido siempre las instituciones a través de las cuales el poder conservador se reconstituía, mientras que muchas veces un Poder Ejecutivo que apela directamente a las masas frente a un mecanismo constitucional que tiende a impedir procesos de la voluntad popular es mucho más democrático y representativo... O sea que detrás de toda la cháchara acerca de la defensa del constitucionalismo, de lo que se está hablando es de mantener el poder conservador y de revertir los procesos de cambios que se están dando en nuestras sociedades*” (Laclau, 2012, 15).

Ante el acuciante tópico sobre la reforma constitucional en Argentina, el debate sobre las nuevas constituciones en América del Sur (Venezuela, Ecuador, Bolivia) se asienta sobre dos ejes de consideración que permiten atisbar la propuesta neo constitucionalista implícita en ellos, ellos

son: *a)* La idea de la refundación sobre bases ajenas al llamado *neoliberalismo*; vocación rupturista con el pasado inmediato plasmada en largos textos que consagran en favor del Estado el rol de la articulación económico social; y, *b)* El sincretismo constitucional mediante el cual las viejas libertades se ponen al servicio de ciertos colectivos sociales a cuya vigencia atávica se adhiere, ideario del cual es máximo exponente el artículo 71 de la Constitución de Ecuador que reconoce a la Pacha Mama (naturaleza) condición de sujeto de derecho (Vázquez, 2012, 10,11)

VI. El camino al infierno y las buenas intenciones

Es claro que no pretendo asociar aquí al neo constitucionalismo, *per se*, con visiones autoritarias de la política y el derecho. Me limito a señalar que la pretendida pérdida de sustento del constitucionalismo clásico, con su defensa de la libertad de los modernos, en determinados contextos políticos, institucionalmente inestables, ha favorecido el fortalecimiento de las administraciones públicas, poder que se han autonomizado respecto de la ley formal previa y del control judicial posterior. La circunstancia descrita ha contribuido a restar vertebración el eje público de juridicidad, históricamente asociado al principio de legalidad.

VII. El escenario jurisprudencial

Tal vez sea la jurisprudencia el escenario en el cual queda denotada con mayor claridad la articulación de soluciones de corte neo constitucionalista, de la mano del convencionalismo en auge. Al tiempo que se advierten claras manifestaciones de la globalización en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el derecho administrativo (Caputi y Salvatelli, 2010, 146); la doctrina afirma la necesidad de juridizar la gestión de la administración pública en defensa de los derechos humanos, reconociendo, implícitamente, el preponderante rol de la administración en el Estado de derecho contemporáneo (Gutiérrez Colantuono, 2008).

En este caso, el riesgo palpable es el de la disolución de *las razones del derecho* (Atienza, 2011). La pérdida de horizonte debido a la

excesiva difusión de normas que operan como principios ha contribuido al uso de los textos, en lugar de su interpretación, circunstancia que ha generado argumentaciones a la carta, en el marco de interpretaciones jurisprudenciales elaboradas por la CIDH que son aplicadas sin cortapisas, dejando de considerar si la Argentina ha sido o no parte en la controversia (Bianchi, 2010).

Prueba de lo afirmado hasta aquí es la jurisprudencia del tribunal cimero en relación con crímenes de lesa humanidad cometidos durante el periodo de la última dictadura militar. Así, con fundamento en el *ius cogens* se han declarado imprescriptibles los delitos de lesa humanidad en el precedente “Arancibia Clavel” (sentencia del 24/8/2004, Fallos 327:3312); se ha decidido la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso “Simón” (sentencia del 14/6/2005, Fallos 328:2056); y se ha sostenido la inconstitucionalidad de los indultos en el caso “Mazzeo” (sentencia del 13/7/2007, Fallos 330:3248) (Lorenzetti y Kraut; 2011, 133). Todas estas soluciones son, sin hesitaciones, completamente equitativas y realizativas de la justicia del caso concreto (*nyanya*). Se ha sancionado a los culpables de crímenes atroces cuya impunidad constituía una afrenta a la vida civilizada. Sin embargo, al mismo tiempo, para lograr tal resultado se ha flexibilizado, al grado de la laxitud, los principios penales de legalidad; irretroactividad de la ley y cosa juzgada, cuya edificación ha costado innumerables vidas y libertades a la humanidad (recuérdese al efecto la disidencia del juez Belluscio en el caso “Priebke”).

Del modo expuesto, la contraposición entre formalismo constitucionalista y sustancialismo neo constitucionalista recibe una expresión clara que queda controvertida cuando se visualiza la exclusión de otros crímenes del ámbito de soluciones propugnadas (“Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición” L. 845. XL.), dada su perpetración aparente por actores no estatales (Guariglia, 2011, 143), aun en contra de acreditadas opiniones (Moreno Ocampo, 2010, 8). Nótese que, en estos casos, el doble estándar podría resultar lesivo de la propuesta neo constitucional de reclamo del derecho social de justicia imparcial respecto de poderes estatales y no estatales.

¿Puede una mirada a la Constitución primigenia aportar soluciones que alumbren salidas equitativas para los tiempos que corren?

VIII. La integración social en la constitución primigenia

Halperín Donghi estima que el modelo sarmientino de desarrollo incluye al *progreso socio-cultural como requisito del progreso económico*. Sarmiento se aparta así del esquema autoritario-progresista propuesto por Juan Bautista Alberdi; en lugar de mirar como referencia a la Francia de mediados del siglo XIX, plena de contrastes, Sarmiento dirige su atención a los Estados Unidos, donde el industrialismo florece de la mano de la educación de las masas (Halperín Donghi, 2007, 58,62). Así, describe el prócer en *Viajes* el compuesto del suelo sobre el cual se asienta el sistema político norteamericano: educación e industria como garantías del progreso. En tal sentido expresará: “Desde que haya una escuela en una villa, una prensa en una ciudad, un buque en el mar y un hospital para enfermos, la democracia y la igualdad comenzarán a existir” (Sarmiento, 1849, 489).

Esta visión política, que bien puede coincidir con la afirmación relativa a que “*El Estado es un mediador entre la sociedad y el mercado*” (Savater, 2012, 151) requiere, como condición *sine qua non*, apunta Natalio Botana, *crear al ciudadano*, “... modelar a la comunidad política deseable con el auxilio de una activa forma de gobierno. La república crea al ciudadano y este forma a la sociedad. El trayecto contrario Sarmiento ya lo conocía y nadie lo describió mejor que él. Era la radical legitimidad de esos modos de ser que crecieron en el suelo propicio del colapso revolucionario: la barbarie y la tiranía humana” (Botana, 2005, 463).

Crear al ciudadano importa educarlo, aun en un contexto poco propicio para la educación popular; al efecto Sarmiento escribirá al promediar el siglo XIX: “*El lento progreso de las sociedades humanas ha creado en estos últimos tiempos una institución desconocida a los siglos pasados. La instrucción pública, que tiene por objeto preparar las nuevas generaciones en masa para el uso de la inteligencia individual, por el conocimiento aunque rudimental de las ciencias y hechos necesarios para formar la razón, es una institución puramente moderna, nacida de las dimensiones del cristianismo y convertida en derecho por el espíritu democrático de la asociación actual*” (Sarmiento, 1849, 41).

Del modo expuesto, la articulación entre el Estado, la sociedad civil y el mercado posee en Sarmiento un perfil realista que asocia el horizonte

de civilidad y cultura al reconocimiento de las condiciones topográficas del terreno. *“Todo poder tiene por base la renta”*, afirma Sarmiento, y agrega *“Las leyes del crédito, como las del comercio, están fuera del alcance de la voluntad de los hombres. La política sólo las favorece cuando se somete a esas leyes”*, es por ello que *“La renta de aduanas queda ubicada en Buenos Aires y poder humano alguno puede sacarla de allí... En la embocadura del Plata ha de haber siempre un punto de carga y descarga para el comercio. Ese punto lo ha señalado en la margen derecha del río la conveniencia mercantil. Tiene a su respaldo un país productivo de las materias de exportación; por esfera de acción, una ciudad consumidora, apoyada en la tradición de un siglo, y los ríos y caminos interiores que se reúnen a su frente o a su respaldo. Hay, pues, un mercado. A destruirlo pueden consagrarse mil medidas ruinosas, más, para los que lo intenten que para el mercado mismo”* (Sarmiento, 1853, 41,42).

Así, situar a Argirópolis, la proyectada ciudad capital de los estados confederados del Río de la Plata, en la isla Martín García, en la desembocadura de los ríos Paraná y Uruguay, no es sino una forma de posicionar su pensamiento en relación con las pretensiones teóricas de federales y unitarios (Sarmiento, 1850). En esto coincidió Sarmiento con el autor de las *Bases*, pues, según señala Botana *“En la intención de Alberdi nunca la Constitución argentina fue una Constitución federal, sino mixta, unitaria-federal. Incorporaba los antecedentes unitarios y federales de la turbulenta historia de la primera parte del siglo XIX, cuando los conflictos se resuelven mediante la violencia. Se instaura un Estado federal porque Urquiza derroca a Rosas. Y luego entramos en una guerra civil muy brava, que tiene por objeto la base material del Estado federal que es la Aduana de Buenos Aires. Y el último escalón es la guerra de 1880. El federalismo tiene, entonces, una impronta muy conflictiva”*.

IX. La igualdad en términos de constitucionalismo clásico

Es en la pretensión de dotar de certeza y estabilidad institucional a una Constitución en ciernes donde Sarmiento radica su seguimiento de las enseñanzas de Story y Blackstone. Así, los comentarios a la

Constitución de los Estados Unidos y a las leyes inglesas, sirven al sanjuanino para contribuir a la simplificación de la práctica constitucional *“fijando el sentido genuino de sus disposiciones, ya para que los encargados de ejecutarla no se arroguen atribuciones que no les confiere, ya para que los que han de obedecerla no pretendan, como sucede de ordinario, derechos que ella no asegura”* (Sarmiento, 1853, 36).

Desde el constitucionalismo profesado, el texto se presenta como un estatuto favorecedor de los beneficios de la libertad, pues *“... es la existencia, seguridad y libertad de las minorías, en favor de las cuales son casi todas las prescripciones y garantías de una constitución, pues ellas son por el momento ociosas para las ideas, partidos, opiniones e intereses que ejercen el poder en un momento dado”* (Sarmiento, 1853, 99, 100); y, glosando a Tocqueville, señalará que *“Nunca se repetirá demasiado que nada hay más fecundo en maravillas que el arte de ser libre; pero nada hay más duro que el aprendizaje de la libertad. No sucede así con el despotismo. El despotismo se presenta frecuentemente como el reparador de los males sufridos, el apoyo del buen derecho, el sostén de los oprimidos y el fundador del orden. Los pueblos se duermen en el seno de la prosperidad momentánea que hace nacer, y cuando despiertan se encuentra miserables. La libertad, por el contrario, nace por lo común en medio de las borrascas, se establece penosamente en las discordias civiles, y sólo cuando está arraigada se conocen sus beneficios”* (Sarmiento, 1853, 95).

No cuesta entender, dentro del marco conceptual descrito, porque Sarmiento observa a las declaraciones de derechos como descripciones de *puntos fundamentales de los tesoros de la humanidad que sólo los presidiarios y los tiranos desconocen* (Sarmiento, 1853, 102, 103); *“La declaración de derechos tiene, pues, no sólo por objeto poner coto a los desbordes de los poderes públicos, sino educar y edificar la conciencia individual, señalar límites a la voluntad, al ardor, a la abnegación y aun al odio de los partidos, mostrándoles lo que no se debe ni puede sin crimen desear, querer, pedir o ejecutar. “En un gobierno republicano”, dice el estadista Madison, “los grandes abusos vienen más bien de la comunidad que del cuerpo legislativo. Las prescripciones en favor de la libertad deben ser dirigidas hacia el lado de donde está el mayor poder, esto es, la masa del pueblo operando... por la mayoría contra la minoría” ... “Una declaración de*

derechos”, dice el juez Story, “es de real eficacia para contener los excesos del espíritu de partido” ... la declaración de derechos es una parte del bagaje de los hombres libres, mostrando sus títulos para ser protegidos; y ellos adquieren mayor valor cuando están colocados bajo la protección de tribunales independientes, instituidos como los guardianes de los derechos públicos y privados de los ciudadanos” (Sarmiento, 1853, 104).

X. Conclusión

Así, Sarmiento nos recuerda que el propósito central de los pactos constitucionales radica en la defensa de los derechos individuales frente al poder, la confianza en los procesos ciudadanos, en la libre creatividad del mercado, en la educación como valor de autonomía y en la justicia como vara igualadora.

¿Qué nos ha inducido a pensar que el constitucionalismo clásico ha pasado de moda; que la inserción social depende del crecimiento del poder administrativo del Estado; que la mayoría electoral contingente goza de un crédito mayor que el de los derechos constitucionales?; tal vez sea tiempo de repasar la historia, no para quedarnos atados a recuerdos atávicos, originalistas, ajenos al sentir y los signos de los tiempos, sino, por el contrario, para iluminar el presente, para disipar las sombras y los temores, para, en definitiva, confiar en nuestro destino de grandeza pues, en tanto entremos en un régimen “... *que salga de lo provisorio, de lo arbitrario... el tiempo y, la tranquilidad, la experiencia irán señalando los escollos y apuntando el remedio... el elemento del orden de un país no es la coerción, son los intereses comprometidos... Haced que el comercio penetre por todas partes, que mil empresas se inicien, que millones de capitales estén esperando sus productos, y creareis un millón de sostenedores del orden... Infundid a los pueblos del Río de la Plata que están destinados a ser una gran nación, que es argentino el hombre que llega a sus playas, que su patria es de todos los hombres de la tierra, que un porvenir próximo va a cambiar su suerte actual, y a merced de estas ideas esos pueblos marcharán gustosos por la vía que se les señale... llamaos los Estados Unidos de América del Sud, y el sentimiento de la dignidad hu-*

mana y una noble emulación conspirarán en no hacer un baldón del nombre a que se asocian ideas grandes”.

Muchas gracias.

Agradecimiento

Debo un especial agradecimiento al amigo Mauricio Meglioli por su generosa colaboración en la selección y guía del material sarmientino, como así también por sus valiosos consejos y enseñanzas acerca de la historia argentina.

Bibliografía citada

- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- BIANCHI, Alberto, “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, *La Ley*, 27/9/2010.
- BOTANA, Natalio, *La tradición republicana. Alberdi, Sarmiento y las ideas políticas de su tiempo*, Buenos Aires, DeBolsillo, 2005.
- “Construir una alternancia pacífica sería una forma de recuperar la virtud de la política”, entrevista a Natalio Botana publicada en *La Nación*, suplemento Enfoques, domingo 7 de octubre de 2012, pág. 3.
- CAPUTI, Claudia y Salvatelli, Ana, “Manifestaciones de la globalización en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el derecho administrativo”, *La Ley*, Suplemento Extraordinario Administrativo, 75° aniversario, agosto de 2010.
- COHEN AGREST, Diana, “El escudo protector de la minoría de edad”, *lanacion.com*, martes 02 de octubre de 2012.
- DIARIO LA NACIÓN, “¿Y los derechos humanos?”, editorial del domingo 30 de septiembre de 2012, pág. 28.
- FERRAJOLI, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, en AA.VV. *Teoría del neo constitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- GARCÍA CASTELLANOS, Telasco, *Sarmiento, su influencia en Córdoba*, Córdoba, Academia Nacional de Ciencias, 1988.

- GORDILLO, Agustín, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”, en AA.VV. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Cuadernos RPA, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2009.
- GUARIGLIA, Fabricio, “Crímenes internacionales y actores no estatales. El caso argentino”, AA.VV., *Hacer justicia, nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina*, CELS, Siglo XXI Editores, 2011.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A., *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- HALPERÍN DONGHI, Tulio, *Proyecto y construcción de una nación*, Buenos Aires, Emecé, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez, Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998.
- HERNÁNDEZ, Antonio M., “Sarmiento constitucionalista”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, año académico 2011, Córdoba, 2012.
- LACLAU, Ernesto, *Exposición en el ciclo debates y combates desarrollado el viernes 12 de octubre de 2012 en Tecnópolis*, organizado por la Secretaría de Cultura de la Nación, reproducida por el diario Perfil del domingo 14 de octubre de 2012.
- LORENZETTI, Ricardo L. y KRAUT, Alfredo J., *Derechos humanos: justicia y reparación*, Buenos Aires, Sudamericana, 2011.
- MEGLIOLI, Mauricio, *Edición y subordinación Historia y cronología de las obras completas de Sarmiento*, San Juan, edición del autor, 2011.
- MORENO OCAMPO, Luis, reportaje realizado por Magdalena Ruiz Guiñazú para el diario Perfil del domingo 15 de agosto de 2010, págs. 6/8.
- MOSQUERA, Alberto Gerónimo, *Sarmiento y la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Marymar, 1995.
- PÉREZ GUILHOU, Dardo, *Sarmiento y la Constitución. Sus ideas políticas*, Mendoza, edición de la Fundación Banco de Crédito Argentino, 1989.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, Anuario da Facultad de Direito da Universidade Da Coruña, 12, 2008.

- RAWLS, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, España, Paidós, 2001.
- *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- ROSEN, Jeffrey; *If Scalia Had His Way*, The New York Times –Week in Review- Sunday, January 9, 2011.
- SARMIENTO, Domingo Faustino, *Viajes por Europa, África y América*, 1849; edición utilizada: San Juan, Grupo Petersen, 2007.
- *De la Educación Popular*, 1849; edición utilizada: San Juan, Grupo Petersen, 2007.
 - *Argirópolis o la capital de los Estados Confederados del Río de la Plata*, 1850; edición utilizada, Buenos Aires, Emecé, 2011, con prólogo de Natalio Botana.
 - *Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina*, 1853; edición utilizada: *Constitución y Política, Sarmiento - Alberdi*, Buenos Aires, Hydra, 2012, con prólogo de Natalio Botana.
- SAVATER, Fernando, “Un hombre de dos mundos”, diálogo entre el filósofo Fernando Savater y el escritor Juan Cruz Ruiz, Ñ, Revista de Cultura, N° 473, sábado 20 de octubre de 2012.
- *Ética de urgencia*, Argentina, Ariel, 2012.
- SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, USA.
- SEN, Amartya, *The idea of justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009.
- TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, second edition, Foundation Press, New York, 1998.
- VÁZQUEZ, Federico, “Veto al neoliberalismo -nuevas constituciones de América del Sur-”, Le Monde Diplomatique, edición 160, octubre de 2012.
- WADE, H.W.R & Forsyth, C.F., *Administrative law*, 8th ed., Oxford University Press, 2000.
- WHITMAN, Walt, *Hojas de Hierba*, edición bilingüe, Buenos Aires, Losada, 2007.

**INCORPORACIÓN DE
ACADÉMICOS
CORRESPONDIENTES
EXTRANJEROS**

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN LA
REPÚBLICA DE CHILE, DR. ANTONIO DOUGNAC
RODRÍGUEZ ¹

Palabras de presentación por parte del señor académico de número Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira.

Señor presidente Dr. Juan Carlos Palmero, Dr. Antonio Dougnac Rodríguez, nuestro nuevo académico correspondiente, señores académicos de número, Sr. cónsul de la República de Chile en Córdoba, Sr. presidente y Sr. presidente honorario del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Dr. Agustín Bermúdez Aznar, y Dr. Eduardo Martiré, respectivamente, señores miembros del Instituto Internacional del Derecho Indiano, señor director del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Dr. Víctor Tau Anzoátegui, señores miembros del Instituto de Historia y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña, señores profesores, visitantes distinguidos, amigos todos, señoras y señores.

El señor presidente de la Academia me ha conferido el honor de presentar al Dr. Antonio Dougnac Rodríguez, quien se incorpora en calidad de miembro correspondiente en la República de Chile.

Empero, ante todo, en el comienzo de esta presentación, debo confesar, que constituye para mí, además, una enorme satisfacción, efectuar la salutación del Dr. Dougnac Rodríguez, en el marco del XVIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, organizado por el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, las facultades de Derecho y Ciencias Sociales de las Universidades Nacional y Católica de Córdoba y el Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto Ignacio Peña, donde durante cuatro días se expusieron

¹ Acto realizado en sesión especial del 20 de junio de 2012.

y debatieron decenas de ponencias, constituyendo un espacio de reflexión y análisis de la amplia temática del derecho indiano de gran impacto, necesidad e interés en los tiempos que corren, por cuanto se detiene en el análisis del derecho que reguló el espacio hispano luso americano durante más de tres siglos.

Este Congreso adquiere en la Facultad de Derecho una especial significación, por cuanto nos aprestamos a celebrar los 400 años de la Universidad Nacional de Córdoba, cuarta Universidad en Hispanoamérica y primada de la República Argentina.

A ello se suma la circunstancia de haberse iniciado en 1812 en los territorios del antiguo virreinato del Río de la Plata, profundas reformas que significaron el cese de las audiencias indianas y su reemplazo por la Cámara de Apelaciones, amén del Tribunal de Concordia ambas reguladas por el Reglamento de Administración de Justicia del 23 de enero de 1812. La Convocatoria a la Asamblea General Constituyente del año XIII, que no alcanzó a declarar la independencia ni a dictar una Constitución pero produjo importantes reformas políticas, sociales, económicas y jurídicas, que significaron el inicio de progresivas reformas del sistema jurídico indiano y de los modelos de dominación española en América.

La importancia de la Constitución de Cádiz de 1812 y su proyección en el constitucionalismo americano, amén de la Constitución de Filadelfia de 1787 y la francesa de 1789.

Esta convocatoria congregó a los más distinguidos profesores de Derecho Indiano de América y de Europa, colegas y amigos aquí presentes, procedentes de los más variados lugares, universidades y centros de investigación de mayor prestigio.

A continuación entonces, paso a presentar al académico chileno, Dr. Antonio Dognac Rodríguez:

Hace varios años que conozco al Dr. Dognac Rodríguez, con quien, confieso, tengo un gran afecto por sus condiciones humanas y un gran respeto y admiración por su trayectoria académica y científica. Además compartimos las periódicas reuniones del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, como las que hoy, hace unas horas hemos clausurado.

Sus estudios primarios y secundarios los realizó en el Colegio British High School de la ciudad de Santiago de Chile.

Se graduó de licenciado en ciencias jurídicas y sociales en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (hoy Derecho) de la Universidad de Chile.

Más tarde, obtuvo el grado de magister en Derecho en esa misma casa de altos estudios.

El doctor Dougnac Rodríguez es un distinguido catedrático de la Universidad de Chile.

Ha ejercido la enseñanza superior en grado y post grado en numerosas universidades, entre ellas: universidades de Concepción, Gabriela Mistral, Andrés Bello, Sek, Mariano Egaña (hoy Pedro de Valdivia), Finis Terrae.

Cuenta con una prolífica y reconocida producción en el campo de la Historia del Derecho Indiano y Patrio Americano.

Se ha desempeñado como catedrático y profesor visitante en distinguidas universidades de Europa y América.

Ha participado en importantes reuniones científicas, congresos, simposios, jornadas, talleres, seminarios, etc. de ambos continentes.

A lo largo de su vasta y prolífica vida intelectual, académica y científica ha recibido importantes distinciones tales como el Premio Internacional Ricardo Levene 2006. Es miembro de número de la Academia Chilena de la Historia; vicepresidente del Instituto Histórico y Bibliográfico de la Universidad de Chile; miembro honorario de la Facultad de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (México); miembro del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano; vicepresidente y presidente del mismo, en el período 2008-2012.

El Dr. Rodríguez Dougnac forma parte, además, del comité científico de diversas revistas nacionales e internacionales. Entre las primeras, es director de la Revista Chilena de Historia del Derecho, la más antigua de su especialidad en Hispanoamérica, y de la Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción; forma parte del comité editorial de la Revista Chilena de Historia del Derecho Privado y de la Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Entre las segundas, de la Revista de Historia del Derecho del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Buenos Aires; del Anuario de Historia del Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Miembro del Instituto Chileno de Investigaciones Genealógicas y de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía, habiendo desempeñado cargos directivos en ambas. Es miembro de la Sociedad de Bibliófilos Chilenos. Integró el jurado para el discernimiento del Premio Internacional Ricardo Levene de Historia del Derecho

Indiano y para el discernimiento del Premio Nacional de Historia en el año 2010.

Ha publicado una obra vasta, multifacética y de ricos perfiles doctrinarios en el área de su especialidad, donde sobresalen:

“Índice del Archivo de Escribanos de Valparaíso, 1660-1700”, en *Historia* N° 7, 1968.

“Plan de investigación sobre la vida jurídica práctica contenida en los archivos notariales chilenos del período indiano”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 6, Santiago, 1970.

“Mineros y asientos de minas en Chile (1787-1817)”, en *Revista de Estudios Históricos* N° 25, Santiago, 1973.

“Esquema del régimen económico matrimonial en Chile indiano”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1975.

“Estatuto del huérfano en el derecho indiano” en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* VI, Quito, 1980.

“El delito de hechicería en Chile indiano”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 8, Santiago, 1981.

“La Real Administración del Importante Cuerpo de Minería de Chile, 1787-1802”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 8, Santiago, 1981.

“Normas procesales tutelares de menores en Chile indiano”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 9, Santiago, 1983.

“Régimen jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 10, Santiago, 1984.

“El Cabildo y el derecho de aguas en Santiago de Chile en los siglos XVII y XVIII”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 11, Santiago, 1985.

“Anotaciones a las Leyes de Indias de Manuel José de Ayala, manuscrito hallado en el Archivo Nacional de Chile. Estudio, transcripción e índices”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 14, Santiago, 1988.

“Portales y la administración pública indiana” en *Portales, el hombre y su obra: la consolidación del gobierno civil*, Santiago, Ed. B. Bravo Lira, 1989.

“La potestad marital y los derechos de la mujer casada en el sistema jurídico indiano”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 16, Santiago, 1990-1991.

“Reforma y tradición en la biblioteca de un obispo ilustrado de Chile. El caso de Francisco José de Marán (1780-1807)”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 16, Santiago, 1990-1991.

“El derecho de aguas indiano según Ambrosio Cerdán y Pontero”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XIV, Valparaíso, 1991.

El Derecho Indiano en edición internacional en conmemoración del descubrimiento de América: 12 de octubre de 1992, difundida en Chile, Argentina, Colombia, España, etc.

“El humanismo jurídico a través de dos reelecciones en la Universidad de San Marcos de Lima”, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos* XV, Valparaíso, 1993.

Manual de Historia del Derecho Indiano México, Instituto de Estudios Jurídicos, UNAM, 1994.

“Impresiones y vicisitudes de una viajera chilena del siglo XIX: Maipina de la Barra”, en *Revista Chilena de Historia y Geografía* N° 161, Santiago, 1994-1995.

“Jaime Eyzaguirre y la Historia del Derecho” en *Jaime Eyzaguirre: historia y pensamiento*, Santiago, 1995.

“Un jurista indiano en la ruta de Hobbes”, en *Anales* del Instituto de Chile, Santiago, 1995.

“El derecho consuetudinario a través de las vistas del Ministerio Público del Reino de Chile”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XVII, Valparaíso, 1995.

“La conciliación previa a la entrada en juicio en el derecho patrio chileno (1823-1855)”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* N° 18, Valparaíso, 1996.

Culteranismo, criollismo y Derecho Común en un memorislista del siglo XVII: Nicolás Matías del Campo, en Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo, t. III, Madrid, 1996.

“El pensamiento confuciano y el jurista Juan Egaña (1768-1836)”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XX, Valparaíso, 1998.

Manual de Historia del Derecho Indiano, México, UNAM-McGraw Hill, 1998.

“El sistema jurídico indiano en el constitucionalismo chileno durante la Patria Vieja (1810-1814)”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXII, Valparaíso, 2000.

“Regalismo y universidades en el Perú del siglo XIX”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXIII*, 2000.

“Adopción y crianza en el Derecho Hispano-Indiano”, en *Revista de Derecho*. Concepción: Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2002.

“Las audiencias indianas y su trasplante desde la metrópoli” en F. Barrios, Ed., *El gobierno de un mundo. Virreinos y audiencias en la América hispánica*, Madrid-Toledo, 2004.

“Fernando Campos Harriet (1910-2003)”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXVI*, Valparaíso, 2004.

“Manuel Salvat Monguillot (1913-2004)”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXVI*, Valparaíso, 2004.

“Antecedentes históricos sobre la regulación del arbitraje en Chile”, en *Estudios de Arbitraje. Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

“La lucha contra la tortura en un penalista mexicano del siglo XVIII: Manuel José de Lardizábal (1732-1820)”, en *Revista de Derecho Universidad Mayor*, Santiago, 2007.

“Presentación de Historia de los Partidos Políticos en Chile de Jaime Etchepare Jensen”, en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de la Santísima, Concepción, 2007.

“De Carlos III a Carlos IV: el itinerario intelectual de un obispo”, *La América de Carlos IV: Cuadernos de Investigación y Documentos*, Buenos Aires, 2007.

“Para un estudio de la administración de justicia en Chile. Períodos de la Patria Vieja y Reconquista (1810-1817)”, en *Homenaje al doctor Fernando de Trazégnies Granda*, t. I. Lima, Universidad Católica del Perú, 2009.

“Del peritaje de las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno a la ingeniería de minas republicana (1584- 1853)”, en *Estudios en honor de Bernardino Bravo Lira* en *Revista Chilena de Historia del Derecho N° 22*, Santiago, 2010, t. II.

“La admirable formación canónica de un obispo del siglo XIX”, en *Revista de Derecho N° 21-2*. Concepción, 2010.

“Luis Lira Montt, La Nobleza en Indias. Estructura y Valores Sociales. Estudios Histórico-Jurídicos”, *Estudios Histórico-Jurídicos*, Santiago, Publicaciones Bicentenario, 2010, entre otras.

En fin, nos encontramos ante un intelectual comprometido con su tarea y que dedica y ha dedicado sus mejores esfuerzos a la docencia, sobresaliendo por su actuación ejemplar en la investigación en el campo de su especialidad, la Historia del Derecho Indiano y Patrio Americano

Por último, señor presidente autoríceme decir, en nombre propio e interpretando el sentir de todos los miembros de número de esta corporación, que la Academia de Derecho de Córdoba se enorgullece con la incorporación de un historiador del derecho de las calidades personales, académicas, y científicas del Dr. Dougnac Rodríguez y contento de tenerlo entre nosotros.

Por todo ello, nos resulta muy grato su presencia aquí, con nosotros.

Nuestro nuevo miembro correspondiente abordará el tema: “*Liber amicorum: homenajes y derechos*”.

Doctor don Antonio Dougnac Rodríguez, querido colega, nuestra más cordial enhorabuena y bienvenida a esta Casa y nuestra felicitación.

Señoras y señores pido un fuerte aplauso para el Dr. Antonio Dougnac Rodríguez.

Muchas gracias.

Palabras de agradecimiento

Señoras y señores:

No puedo sino contestar con emoción las palabras de mi colega y amigo el doctor Yanzi Ferreira por las que, con enorme cariño, se ha referido a mi labor universitaria. Muchas gracias. Significa, por cierto, para mí un honor inmenso que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba haya tenido la gentileza de acogerme en su seno en calidad de correspondiente en mi patria, Chile. No soy el primero entre mis compatriotas en recibir esta distinción. Me han precedido juristas reconocidos mucho más allá de nuestras fronteras: el civilista Fernando Fueyo Laneri; los internacionalistas Santiago Benadava y Francisco Orrego Vicuña; los constitucionalistas Alejandro Silva Bascuñán y José Luis Cea Egaña; el romanista Alejandro Guzmán Brito; el administrativista Eduardo Soto Kloss y mi colega historiador del derecho Sergio Martínez Baeza, todos ellos hombres de prez, con los que, muy por debajo de su

altura, paso ahora a codearme. Pero me da escalofríos al verme, además, junto a nombres de tanta veneración como Francisco Tomás y Valiente, Antonio Hernández Gil y tantos otros que sería tedioso enumerar. Advierto que pertenecieron a esta docta institución tres cordobeses que me favorecieron en vida con su amistad, a los que recordé en el discurso que pronuncié con ocasión de la inauguración del XVIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, y que igualmente traigo a la memoria hoy día: los doctores Carlos Luque Colombres, Roberto Ignacio Peña y Nelson Dellaferrera. Sabios los tres, sencillos como el pan los tres y notables embajadores de su querida tierra doquiera que fuesen. Procuraré, no obstante mis limitaciones, hacerme verdadero acreedor del discernimiento con que se me beneficia hoy exaltando la egregia labor desarrollada por esta tan digna institución.

LIBRI AMICORUM, HOMENAJES Y DERECHO ¹

por ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ

Rendimos homenaje a aquellas personas que han dejado huella en nuestro espíritu, entre otras cosas, por habernos influido con sus conocimientos. Queremos testimoniarles nuestra admiración, sea con un acto, público o privado, con un obsequio material y ¿por qué no? con uno espiritual. Leemos en el *Diccionario de la Lengua Española* en la acepción 1 de la palabra *homenaje* que es: “acto o serie de actos que se celebran en honor de alguien o de algo”. En el campo jurídico, que es el que quiero enfocar hoy ante vosotros, no son pocas las manifestaciones mediante la escritura en honor de hombres de derecho para recordarles, si han fallecido, o para hacerles presente la veneración que, a nuestro entender, merecen.

Habría que distinguir, me parece, algunos tipos de escritos de homenaje: a) los *homenajes* mismos, producidos con cualquier excusa, generalmente académica, b) las coronas fúnebres, c) los textos variopintos conmemorativos de alguna fecha especial y d) los *Libri Amicorum* propiamente dichos. Por razones de accesibilidad a las fuentes, me referiré principalmente a ejemplos hispano-americanos, contentándome con mostrar algunos ejemplos, sin pretender, en lo más mínimo, una bibliografía exhaustiva del tema, tarea que corresponde a bibliógrafos.

Respecto de los primeros, no ha sido rara en la vida intelectual chilena la elaboración de estudios destinados a celebrar a alguna eminencia. Los *Anales* de la Universidad de Chile, fundados en 1843 e impresos a contar de 1846, nos muestran, ya en el siglo XIX, varios números que se

¹ Conferencia dictada el 20 de junio de 2012.

consagraron a homenajear a ilustres estudiosos. Constituyó una práctica la de dedicar diversas páginas a miembros de la Universidad fallecidos en el curso del año respectivo. En ocasiones, eran los sucesores de aquellos miembros en la Facultad pertinente los que consagraban una suerte de panegírico a su antecesor. Hay que recordar que hasta el rectorado de Ignacio Domeyko, iniciado en 1867, las facultades universitarias actuaban como virtuales academias de sus especialidades, lo que explica esta modalidad.

Será en el siglo siguiente que se hará más corriente la práctica de tales homenajes científicos. Ha sido habitual que se recuerde con trabajos escritos *ad hoc* la memoria de sabios ya difuntos, como Zorobabel Rodríguez, en 1912², Benjamín Vicuña Mackenna, en 1932³ o Andrés Bello en el segundo centenario de su natalicio en 1982⁴. Pero se fue introduciendo, además, la saludable costumbre de que los homenajeados gozasen, en vida, del reconocimiento de sus pares. Así fue como, en 1923, la *Revista Chilena de Historia y Geografía* dedicó el ejemplar de ese año a celebrar el cincuentenario de la primera publicación del polígrafo José Toribio Medina⁵. No menos relevante fue la imponente obra en dos tomos, de 1935, con que la Universidad de Chile recogió artículos escritos en celebración del 75° natalicio de su ex rector Domingo Amunátegui Solar, autor de variados libros atinentes a las instituciones del antiguo régimen, sobresaliendo los que comprenden los cabildos de Santiago y La

² *Zorobabel Rodríguez. Homenajes*, Santiago de Chile, Imprenta Santiago, 1912. Trae homenajes de Darío Urzúa, José Ramón Gutiérrez, Abdón Cifuentes, fray Raimundo [Crescente] Errázuriz, etc.

³ *Homenaje a d. Benjamín Vicuña Mackenna en el Centenario de su nacimiento 1831- 25 de agosto- 1931*, Santiago de Chile, Imprenta La Tracción, 1932, a cargo de Justo Arteaga Alemparte, Moisés Vargas y la Biblioteca Nacional de Chile y *Homenaje a Vicuña Mackenna*, Santiago de Chile, Prensas de la Universidad de Chile, 1931-1932, 2 vols.

⁴ Instituto de Chile, *Homenaje a don Andrés Bello: con motivo del bicentenario de su nacimiento: 1781-1981*, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1982.

⁵ Este número constituye una pieza invaluable de información para aquilatar a este americanista respecto del cual Ricardo Levene ponderó sus aportes a la historia del derecho indiano: R. LEVENE, *Homenaje a la memoria de José Toribio Medina en el centenario de su nacimiento*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1952.

Serena ⁶. El polifacético jurista Pedro Lira Urquieta fue recipiendario, al cumplir setenta años de vida, de unos *Estudios* editados en 1970 ⁷. En el campo del Derecho Laboral, han sido festejados en vida con sendos volúmenes los laboristas Francisco Walker Linares (Santiago, 1968) ⁸, Ramón Luco Larenas (Santiago, 1993) ⁹ y William Thayer Arteaga (Santiago, 1998) ¹⁰. Se hizo en vida del celebrado el tributo rendido a Guillermo Feliú Cruz, editado por la Biblioteca del Congreso Nacional, en una cuidada edición en fino papel de Biblia, que estuvo a cargo de Neville Blanc Renard (Santiago, 1973) ¹¹. Cabe precisar que Feliú Cruz tuvo una importante participación en la enseñanza de la historia de América y de Chile en la Casa de Bello, destacándose especialmente por ser uno de los dos primeros profesores de la Cátedra de Historia Constitucional de Chile ¹², creada en 1938, junto a Eugenio Pereira Salas ¹³. El otro homenaje, que a estas alturas forma parte de la historia es el dedicado a Alamiro de Ávila

⁶ *Homenaje de la Universidad de Chile a su ex Rector D. Domingo Amunátegui Solar en el 75º aniversario de su nacimiento*, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1935, 2 tomos.

⁷ *Estudios en honor de Pedro Lira Urquieta*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

⁸ *Estudios de Derecho del Trabajo y Seguridad social ofrecidos a D. Francisco Walker Linares*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1968.

⁹ *Estudios de Derecho del Trabajo en homenaje al profesor Ramón Luco Larenas*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Andrés Bello, 1993.

¹⁰ Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, *Estudios en homenaje al profesor William Thayer Arteaga*, Santiago de Chile, La Sociedad, 1998.

¹¹ *Homenaje al Profesor Guillermo Feliú Cruz*, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1973.

¹² A. DOUGNAC RODRÍGUEZ y F. VICENCIO EYZAGUIRRE, *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, Santiago de Chile, Universidad Central, 1999, t. I, pág. 312

¹³ Éste recibió diversos reconocimientos académicos: *7 estudios: Homenaje de la Facultad de Ciencias Humanas a Eugenio Pereira Salas*, Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1975 y *Homenaje del Instituto Chileno Norteamericano de Cultura a Don Eugenio Pereira Salas, diciembre de 1979*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1980. De particular utilidad para el conocimiento de su obra es: C. GUERRERO YOACHAM, L.M. FUCHSLOCHER ARANCIBIA y C. GUERRERO LIRA, *Biobibliografía de don Eugenio Pereira Salas*, Santiago de Chile, Academia Chilena de la Historia, 1990.

Martel, que los mismos *Anales* universitarios le dedicaron al concluir su quinta serie (Santiago, 1989)¹⁴. Este homenaje tuvo una vida azarosa, porque la recepción de colaboraciones excedió con mucho las más auspiciosas proyecciones de los organizadores. Hubo de dividirse en dos volúmenes: el que todos conocen, con artículos de derecho romano y, particularmente, de derecho indiano, y otro -que jamás vio la luz-, el cual debió comprender la historia en general y la numismática. Como la edición del homenaje quedó a horcajadas del cambio de gobierno en 1990, la renuncia del antiguo rector, y la convocatoria a elecciones para llenar esta vacante, durante el interregno muchos proyectos quedaron suspendidos o se cancelaron finalmente por las nuevas autoridades alegando diversas razones. Así, y a pesar de los compromisos asumidos internacionalmente, el tomo dos jamás apareció.

No obstante la propensión actual a dedicar en vida de los festejados conjuntos de estudios ha habido últimamente algunos en recuerdo de maestros ya idos, como ocurrió con el texto consagrado a los profesores Benjamín Cid Quiroz, Hugo Hanisch Espíndola y el ya nombrado Alamiro de Ávila Martel, todos ellos romanistas, editado en 2005 por la Universidad del Desarrollo¹⁵. Otro ejemplo es el homenaje preparado por la misma casa de estudios para honrar la memoria del filósofo del derecho Jorge Iván Hübner Gallo en 2007¹⁶.

En el campo jurídico no han sido pocos los libros que han aparecido últimamente en Chile para agasajar tales o cuales efemérides de profesores. De esa índole han sido los casos del romanista Francisco Samper Polo, discípulo del recordado Álvaro D'Ors, doblemente obsequiado: por texto a cargo de Juan David Terrazas como editor (2006)¹⁷, y por la Pontificia Universidad Católica de Chile, con ocasión de su jubilación, al

¹⁴ *Anales de la Universidad de Chile, 20 Estudios en homenaje a Alamiro de Avila Martel*, Santiago, 1989.

¹⁵ A. CATTAN ATALA y A. GUZMÁN BRITO (editores), *Homenaje a los profesores Alamiro de Avila Martel, Benjamín Cid Quiroz, Hugo Hanisch Espíndola*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2005.

¹⁶ *Jorge Iván Hübner Gallo. Estudios en su nombre*, Santiago de Chile, Universidad del Desarrollo, 2007.

¹⁷ J. D. TERRAZAS PONCE (ed.), *Caminos romanos= Viae romanae: estudios en homenaje a Francisco Samper Polo* (Santiago de Chile. Universidad Andrés Bello, 2006).

cuidado de Patricio-Ignacio Carvajal (2007)¹⁸; Eduardo Soto Kloss, por la de los Andes (2009)¹⁹; Pablo Rodríguez Grez, distinguido civilista y Desarrollo (2009)²⁰ e Ismael Bustos Concha, cientista y filósofo del derecho, por la Central de Chile (2002)²¹. En 2010, y por primera vez en su historia, la *Revista Chilena de Historia del Derecho* dedicó uno de sus números -en forma excepcional-, a su ex director, Bernardino Bravo Lira (N° 22, tomos I y II), quien obtuviera el Premio Nacional de Historia en ese año. Muchos de quienes me oyen aportaron con su colaboración y sapiencia al homenaje a este colega universitario. A este respecto, y como director de la referida *Revista*, aprovecho la oportunidad para expresar, en este solemne acto, a nombre propio y del festejado, nuestro más profundo agradecimiento por vuestra participación, sin la cual tal número no habría tenido el lucimiento que alcanzó.

Muchos de los cultivadores de la historia del derecho del siglo XX han recibido el reconocimiento a su calidad de connotados maestros. Recuerdo al efecto los escritos en honra y prez de Antonio Muro Orejón por la Universidad de Sevilla en 1979²²; Alfonso García-Gallo por la Complutense en 1996²³; Ismael Sánchez Bella por la de Pamplona en 1992²⁴; Juan Torres Fontes por la de Murcia en 1987²⁵; Alberto de la

¹⁸ P. CARVAJAL RAMÍREZ (ed.), *Estudios de derecho romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper Polo: (con ocasión de su jubilación en la Pontificia Universidad Católica de Chile)*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2007.

¹⁹ *La Primacía de la Persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, Santiago de Chile, Libromar, 2009.

²⁰ E. ALCALDE RODRÍGUEZ y H. FÁBREGA VEGA (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, Santiago de Chile, Universidad del Desarrollo, 2009.

²¹ *Homenaje a los 50 años de vida académica del profesor señor Ismael Bustos Concha*, Santiago de Chile, Universidad Central, 2002.

²² *Homenaje al Dr. Muro Orejón*, Sevilla, Facultad de Filosofía y Letras Universidad de Sevilla, 1979, 2 tomos, en que en el segundo aparece un "Estudio General del Nuevo Código de las Leyes de Indias" del propio homenajeado.

²³ *Homenaje al profesor Alfonso García Gallo*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1996, en 5 vol.

²⁴ J. SALCEDO IZU (ed.), *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1992.

²⁵ *Homenaje al profesor Juan Torres Fontes*, Murcia, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1987.

Hera por la Nacional Autónoma de México en 2008²⁶ y se ha publicado en 2012, por la Editorial Complutense el tomo tercero de *Homenaje a dero*, dedicado a quien es, hoy por hoy, uno de los más importantes catedráticos españoles de mi disciplina. El temprano fallecimiento de Carlos Díaz Rementería motivó la publicación por la Universidad de Huelva en 1998 de unos estudios escritos para perpetuación de su memoria²⁷. Recientemente la Argentina ha recordado a otro grande, Ricardo Zorraquín Becú mediante obra de dimensión internacional postulada por la Academia Nacional de la Historia. En Perú recibió el reconocimiento por su brillante labor académica Fernando de Trazegnies Granda, en tres tomos de impresionante factura, que demuestran palmariamente la fama internacional de que disfrutó²⁸. En Romanística, los ha habido para honra de Álvaro D'Ors (entre otros, mencionaré uno editado en Chile por la Universidad Santo Tomás el mismo año de su deceso²⁹ y otro en la tierra del Rímac, que tuvo por compilador a nuestro amigo Fernán Altuve-Febres en 2001³⁰). Mi compatriota, el preclaro romanista Alejandro Guzmán Brito ha sido agasajado en Italia con un homenaje en gruesos cuatro volúmenes³¹ en que se dan cita importantes cultores de la romanística, la historia y la ciencia del derecho.

Las coronas fúnebres, más abundantes ayer que hoy, constituyen un campo ni siquiera espigado, concentrándose, entre nosotros, preferentemente en el siglo XIX y hasta no más allá de mediados del siglo XX. Suelen hallarse en ellos noticias sobre temas jurídicos de alto interés para los iushistoriadores. Dos de los primeros ejemplos decimonónicos que

²⁶ J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ y R. M. MARTÍNEZ DE CODES (coords.), *Homenaje a Alberto de la Hera*, México, UNAM, 2008.

²⁷ G. E. PINARD y A. MERCHÁN, *Libro Homenaje In Memoriam Carlos Díaz Rementería* (Huelva. Universidad de Huelva 1998).

²⁸ *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, 3 tomos.

²⁹ *Alvaro D'Ors: homenaje a un maestro*, Santiago de Chile, Universidad Santo Tomás, 2005.

³⁰ F. ALTUVE-FEBRES LORES (ed.), *Homenaje a Álvaro D'Ors*, Lima, Dupla Editores, 2001.

³¹ *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito*, Edizioni dell'Orso, 2011.

conozco son: la *Corona fúnebre que a la memoria del Illmo. Señor Obispo de Himeria doctor don José Miguel Arístegui dedica Antonio María Aróstegui* (Santiago, 1876) y la *Corona fúnebre que a la memoria de Isaac Lamas García dedican algunos de sus amigos*, en una cuidada edición destinada -como se deja constancia en la portada-, “a circular únicamente en privado” (Santiago, 1883). La particularidad de estos dos tomitos (62 y 80 páginas respectivamente) estriba en que se ilustraron con sendas fotografías de los personajes en cuestión, pegadas sobre el papel, y por ende representativos de los primeros ejemplos (hay otros anteriores) de libros ilustrados por este medio. *La Corona fúnebre a la memoria de Manuel Antonio Matta* (Santiago, 1893) contiene como era de rigor, extensas reproducciones de la opinión de la prensa en su deceso, algunos de los discursos públicos en las exequias, cartas o notas necrológicas y no pocas poesías.

Distinto es el caso del libro de pequeño formato *Juicios de la prensa sobre don Manuel Montt, publicados con motivo de su fallecimiento y documentos referentes a su vida pública* (Santiago, 1893), que habiendo comenzado como una especie de corona fúnebre, y en circunstancias que su gestor, Jovino Novoa, no pudo darle remate, lo tomó tiempo después el hijo del homenajeado, Luis Montt, para concluir el proyecto, en cuyas manos de erudito y bibliógrafo, la primitiva “corona” se trocó en lo que finalmente conocemos: un libro en homenaje, recopilatorio de antecedentes y notas sobre el ex presidente de la República. En todo caso, y a despecho de su título, si analizamos con detenimiento su contenido, nos daremos cuenta que no es sino -efectivamente- una corona fúnebre a la vieja usanza, en que en tres partes se dan a la luz, primero, los artículos de prensa, nacional y extranjera, atinentes al deceso del personaje, informativos generalmente; luego se incluyen los discursos de rigor y artículos que hoy llamaríamos “de fondo”, también aparecidos en la prensa, y finalmente, en la tercera parte, notas, cartas y documentos oficiales y privados. Luis Montt no era ajeno a este tipo de obras; sin ser una corona fúnebre propiamente tal, sino un homenaje -como veremos luego- ya había preparado un excelente libro dedicado al capitán Arturo Prat y sus hombres, después del Combate naval de Iquique, en 1879.

Al fallecer tempranamente en 1909 Luis Montt era director de la Biblioteca Nacional, y como homenaje a su memoria el personal de esa unidad de información, encabezado por Ramón A. Laval, preparó en breve tiempo un interesante texto, que en su arquitectura interna no es sino el

reflejo de lo que se esperaba: crónicas periodísticas, noticias, discursos y unos pocos recuerdos de sus amigos o de intelectuales que lo trataron, escritos especialmente para la ocasión.

Los homenajes que he calificado de variopintos constituyen un campo mucho más vasto, surgidos, por lo general, con oportunidad de algún evento conmemorativo. De algún provecho para la historia del derecho son dos libritos muy sencillos, pero no por eso poco interesantes, uno de 1861 dedicado al abate Juan Ignacio Molina, cuando se inauguró su estatua en Santiago, y que contiene los discursos de rigor y una serie de cantos o poemas, magníficamente ilustrados con un dibujo litografiado por Cadot. El otro es de semejante factura, dedicado a la inauguración del monumento ecuestre al general San Martín, en 1874, y que está ilustrado con una fotografía del mismo, que es también uno de los pocos ejemplos tempranos de libros ilustrados por este medio. *La Corona del Héroe: Recopilación de datos i documentos para perpetuar la memoria del general don Bernardo O'Higgins, mandada publicar por el exministro de la Guerra don Francisco Echaúrren* (Santiago, 1872), es un libro en regla, no un folleto, que impresiona de vista por sus 616 páginas e interesantes ilustraciones. Es pieza que contiene eventualmente material atinente a la historia del derecho.

Los *Libri Amicorum* son muy utilizados en Europa con la misma finalidad que los estudios de este lado del Atlántico. Quizá haya en aquéllos algo de más entrañable que en los meros homenajes, no siendo raras las referencias de carácter más bien personal. Suele acontecer, por otra parte, que los artículos que se incluyen tengan vinculación con el quehacer académico del agraciado. Los más son hechos para festejar a personas vivas, aunque hay alguno dedicado aun a quienes ya han fallecido hace 150 años, cual es el caso del que se hizo por la Real Academia de Bellas Artes de San Telmo en Málaga en 2008, en recuerdo de Manuel Rodríguez de Berlanga (1825-1909)³². Alternan, pues, en la vida intelectual contemporánea los *Libri Amicorum* y los Homenajes. Suele existir en estas obras una *Tabula Gratulatoria* en que, generalmente, quienes,

³² Manuel Rodríguez de Berlanga *Liber Amicorum* (1825-1909), Málaga, Real Academia de Bellas Artes de San Telmo y Excmo. Ayuntamiento de Alhaurín El Grande, 2008, 340 págs.

por diversas razones no han podido colaborar con algún estudio específico, adhieren a la felicitación.

Las expresiones *Album Amicorum* o *Liber Amicorum*, según estudios del profesor canadiense William Barker³³, han comenzado a usarse a comienzos de la Época Moderna en Alemania y los Países Bajos. Solían formarlos los catedráticos y alumnos de universidad cuando se cambiaban de un establecimiento a otro. En esas ocasiones, sus amigos y profesores les dedicaban algún recuerdo que quedaba incorporado a álbumes, esto es, hojas en blanco, de papel o pergamino, debidamente encuadernadas. Dada la preeminencia del pensamiento humanista, los autógrafos normalmente eran redactados en lenguas clásicas: las más de las veces en latín o griego y, excepcionalmente, en hebreo. Era corriente que los autores concluyeran sus aportes con sus propios escudos de familia o con algún emblema. De ahí que la *Emblemata* de Alciato, que se prestaba para mensajes crípticos, fuera frecuentemente utilizada. Álbumes de excepcional calidad, como uno del cartógrafo Abraham Ortelius, fueron copiados en diversos ejemplares. Un buen número de piezas de este jaez se encuentra en la Biblioteca Británica, fruto de la adquisición de los bienes dejados por Erhard Christoph Bezzel, historiador de Nüremberg del siglo XIX, quien los coleccionaba. Introducida la imprenta, se emplearon, a veces, libros entre cuyas páginas se insertaban recuerdos de la laya aludida. Melancthon, el reformador, hacía presente la utilidad de estas obras: “Estos libritos tienen diversa utilidad: ante todo, hacen recordar a sus poseedores aquéllos que las hicieron, y al mismo tiempo, traen a su mente las sabias enseñanzas escritas en ellos y sirven como un acicate a los estudiantes más jóvenes de que han de ser industriosos de modo que sus profesores, cuando egresen, les otorguen algunas palabras de recomendación que los impulsen a ser valientes y virtuosos en el curso de su vida”.

Excepcionalmente se habló de *Liber Amicorum* o *Album Amicorum* para denominar algunos escritos en que su autor obsequiaba a sus conocidos con poemas con ocasión de festejos u otros acontecimientos de diversa índole. A esta tipología corresponde un raro impreso publicado por el humanista holandés Jacobus Heiblocq en Amsterdam entre 1662 y

³³ W. BARKER, “Alciato and the Album Amicorum: A Brief Note on Examples in London, Moscow and Oxford” en www.mun.ca/alciato/album.html.

1663 y cuyo título propiamente dicho fue *Farrago Latino-Belgica*. En el ámbito alemán, suelen recibir el nombre de *Festschrift* o *Festgabe*. Entre los más antiguos puede contarse uno de 1640, editado por Gregor Ritzsch en que se conmemoró el bicentenario de la imprenta. Ha habido en el mundo germano algún caso curioso de obras de este tipo que han demorado largos años en su publicación. Se cuenta, como rareza, que el *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt -Nacimiento y declinación del mundo romano-*, iniciado en 1972 en celebración de los 75 años de edad del controvertido historiador Joseph Vogt (1895-1986), que iba a constar originalmente de cuatro volúmenes, continuó editándose hasta alcanzar los 89 libros en 1998. Se transformó, pues, en una suerte de anuario dedicado a los estudios del mundo romano y su proyección en la Edad Media y tiempos modernos con ensayos de historia política, derecho, religión, lengua y literatura, filosofía, ciencias y arte.

En lo que respecta a los *Libri* existentes en el ámbito hispanohablante, su origen como textos destinados a honrar a alguna persona, podría encontrarse, aunque parezca extraño, en los álbumes que formaban, sobre todo a mediados del siglo XIX, las señoras de alta sociedad. Ellas invitaban a sus amigos y conocidos a obsequiarlas con dibujos a pluma o lápiz, acuarelas u otras obras de arte. Pero también a escribirles algún pensamiento, pieza musical, poema o, incluso, corto ensayo. Eran, pues, obras misceláneas cuyo único hilo conductor estaba constituido por la dueña del álbum. Lo que comenzó como tarea femenil, terminó entusiasmando a cultos caballeros para quienes el regalo era un tanto menos etéreo. El navarro Lázaro Galdiano (1869-1947), insigne bibliógrafo, bibliófilo, coleccionista de arte, mecenas y hombre exquisito hizo acopio, junto a su mujer, la argentina Paula Florido y Toledo, de una apreciable cantidad de estas piezas que incrementaron el riquísimo acervo del Museo que él fundó en su propio hogar³⁴. Probablemente inspirado en esos *libri amicorum* definió, como nos lo recuerda la historiadora inglesa Rhian Davies³⁵, a la célebre publicación que dirigió entre 1889 y 1914 -

³⁴ Con cautela se exhiben en la actualidad los álbumes de Dolores Perinat de Pacheco; Modesto Lloréns; G. Ll. (sólo identificado por esas iniciales); Paulina Contreras de Alarcón, continuado por Pedro Antonio de Alarcón y el de la condesa de Pardo Bazán.

³⁵ R. DAVIES, *'La España Moderna' and 'Regeneración': A Cultural Review in Restoration Spain, 1889-1914*, (Manchester, The University of Manchester, 2000).

La España Moderna-, como “una revista mía *et amicorum*”. Con ello quería decir, obviamente, que el impreso quedaba abierto a las colaboraciones que sus amigos quisiesen hacer. Éstos se portaron a la altura de lo requerido y es así cómo *La España Moderna* contó con escritos de los mejores literatos de su época como la condesa de Pardo Bazán, Unamuno, Echegaray, Clarín, Palacio Valdés, Zorrilla, Pérez Galdós, Menéndez Pelayo y muchos más. En el mismo museo hay álbumes pertenecientes a connotados señores en los que se empezaron a acumular escritos relativos a las tareas profesionales de los homenajeados.

En Chile tenemos no pocos casos de álbumes, respecto de los cuales no hay ni un catastro ni una bibliografía específica -es más, tocante a todo el tema, bibliógrafos y bibliófilos nacionales poco han hecho-. Podría citar un precioso ejemplar en manos del coleccionista Carlos Alberto Cruz, que fuera de propiedad de la talquina Carmen Arriagada, con dibujos del bávaro Johann Moritz Rugendas, y otro mucho más modesto, y breve en extensión, de Julia Cousiño MacIver, fechado en 1918 para su cumpleaños, con dibujos de Ramón de Zubiaurre y Carlos Morel, entre otros, y dedicatorias de distintos intelectuales y políticos, como Enrique MacIver, Ricardo Dávila Silva, José Toribio Medina, Eugenio Orrego Vicuña, Ricardo Latcham y Tomás Thayer Ojeda.

Uniendo, pues, estos posibles orígenes, fueron apareciendo *Libri Amicorum* y homenajes a hombres de letras. Revisando las obras de este cariz, advertimos que en España no fueron muy numerosos los editados en el siglo XX. Data de 1977 *Homenaje a la Amistad*³⁶, publicado en honor de Florentino Pérez-Embid, catedrático de Descubrimientos Geográficos y rector de la Universidad Menéndez Pelayo de Santander, quien mucho contribuyó al esclarecimiento de temas histórico-jurídicos. Hallamos en 1986 uno, publicado por la Universidad de Oviedo, dedicado al profesor Ignacio de la Concha, donde se encuentran interesantes artículos de historia del derecho foral y moderno³⁷. La misma entidad publicó dos años más tarde uno honrando al doctor José Pérez Montero, en que hay aportaciones de ciencia del derecho, derecho constitucional e historia

³⁶ Publicado por Editorial Planeta, 292 págs.

³⁷ *Liber Amicorum Profesor don Ignacio de la Concha*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1986, 470 págs.

del derecho³⁸. De 1995 data una publicación de la Universidad de Estudio a Distancia enalteciendo la figura del profesor Antonio Fernández-Galiano, con algunos trabajos que inciden en derecho natural y de gentes del siglo XVIII³⁹. En ese mismo año vio la luz *Razonalismo*, que buscaba celebrar los 70 años de vida de Gonzalo Fernández de la Mora, que abunda en temas de filosofía política⁴⁰. Un libro titulado *Comunidad humana y tradición política. Liber Amicorum de Rafael Gamba*, de 1998, nos obsequia con temas como el carlismo y la europeización afines con la historia del derecho, hallando en él plumas de la talla de la de Alvaro D'Ors⁴¹. El siglo XXI nos presenta una verdadera avalancha de colecciones que se titulan *Liber Amicorum*. Con estudios sobre historia de la Iglesia y patrología se editó en 2003 uno homenajeando al doctor Juan Bautista Veleró Agúndez⁴². Del mismo año es *Liber Amicorum: economía, empresa y trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea* (Civitas, Universidad Pontificia de Comillas, 2003), que versa sobre relaciones económicas y jurídicas. Igualmente atingente al derecho laboral es *Actualidad de la Justicia Social. Liber Amicorum en homenaje a Antonio Marzal*, de 2008⁴³. Cercano a los anteriores se halla *Derecho Administrativo y Regulación Económica Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz* (Madrid, La Ley, 2011). En derecho internacional público, se editaron *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo* (Madrid, Universidad Complutense), en 2005 y *Liber Amicorum profesor José Manuel Peláez Marón* (Córdoba, Universidad de Córdoba) del presente año. También de 2012 es *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum: José Luis Iglesias Buhigues* (Valencia, Tirant lo Blanch) sobre derecho internacional privado, campo en que incide también *Liber*

³⁸ *Liber amicorum: Colección de estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1991, 3 vols.

³⁹ *Liber amicorum Antonio Fernández-Galiano ex libris homenaje al profesor Antonio Fernández-Galiano*, Madrid, UNED, 1995, 870 págs.

⁴⁰ *Razonalismo. Homenaje a Fernández de la Mora*, Madrid, 1995, 621 págs.

⁴¹ *Comunidad humana y tradición política. Liber Amicorum de Rafael Gamba*, Madrid, Actas, 1998, 335 págs.

⁴² E. GIL y A. VALASTRO (ed.), *Liber Amicorum. Miscelánea homenaje en recuerdo del profesor Dr. Juan Bautista Veleró Agúndez*, Madrid, UPCO, 2003, 272 págs.

⁴³ Editado por J. M. Bosch.

Amicorum Bernardo Cremades editado en 2010 por el Club Español de Arbitraje. En derecho penal encontramos en 2006 *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García* (Madrid, Colex), de 1287 págs). Con diversos aportes que interesan a la historia del derecho, sobre todo política, se dio a los moldes en 2009 por el Instituto Universitario de Estudios Europeos *Liber Amicorum Marcelino Oreja Aguirre*. Al brillante romanista Juan Miquel fue dedicado en 2006 un sustancioso volumen de 1111 páginas, *Liber Amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*. En Chile, el único caso de *Liber Amicorum* corresponde a *Libro de amigos dedicado al profesor emérito Italo Merello*, que también lleva por título *Liber Amicorum ad Italum Merellum antecessorem emeritunque dedicatus*, editado por la Pontificia Universidad de Valparaíso en 2011, con que se quiso exaltar la figura de este maestro formador de generaciones de juristas desde las cátedras de historia del derecho y derecho romano.

Como habrá podido apreciarse, los distintos tipos de homenaje a que me he referido, constituyen una ayuda muy eficaz para el hombre de derecho. Es ésta la primera vez que se incursiona en semejante tema, por lo que queda abierta la brecha para futuras investigaciones, que a lo mejor terminen modificando la tipología que he ofrecido. Satisface este tipo de trabajos, además, dos de las más puras y sublimes manifestaciones del espíritu humano: el reconocimiento en el otro de las aportaciones que ha realizado, despojándonos de la siniestra envidia o del recelo que pudiera invadirnos y, por otra parte, hacer partícipe al homenajeado de la satisfacción que sentimos frente a su obra. Si los *Libri* y demás homenajes constituyen una suerte de abrazo intelectual tributado al beneficiario, cuánto más abrazado por vosotros debo yo de sentirme en esta noche gracias a vuestra presencia cariñosa. No puedo dejar de recordar ciertas frases relativas a la gratitud que desde pequeño he oído en labios de mi padre, nacido en la Patagonia argentina y educado en Buenos Aires, las que provienen del *Martín Fierro* del inmortal José Hernández:

*“Quien recibe beneficios
jamás los debe olvidar,
y al que tiene que rodar
en su vida trabajosa,
le pasan a veces cosas
que son duras de pelar”.*

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN EL
REINO DE ESPAÑA, DR. FRANCISCO M. BAENA BOCANEGRA ¹

Palabras de presentación por parte del señor académico de número Dr. Carlos Julio Lascano.

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Juan Carlos Palmero; señores académicos de número; señora esposa del Dr. Francisco María Baena Bocanegra, señoras y señores:

Agradezco al señor presidente haberme conferido la grata misión de presentar al Doctor Francisco Baena Bocanegra.

El señor secretario técnico de la Academia ha dado lectura a la resolución por la cual se lo designa miembro correspondiente, en la que se detalla su currículum.

Por ello, me limitaré a destacar los más relevantes antecedentes académicos y profesionales, al igual que los valores que adornan la rica personalidad de nuestro distinguido visitante.

El 29 de octubre de 1966 Francisco Baena Bocanegra obtuvo la Licenciatura en Derecho en la Universidad de Sevilla, con la calificación de sobresaliente.

En 1967 se incorporó a la Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la mencionada casa de altos estudios con el profesor Navarrete Urieta; simultáneamente se inició en el ejercicio de la abogacía, desarrollado preferentemente en materia criminal.

Ingresó en el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, institución que en 1982, al celebrar el 250º Aniversario de su fundación, le otorgó el

¹ Acto realizado en sesión especial del 20 de noviembre de 2012.

premio “San Ivo” por su monografía “El delito de intrusismo y la Abogacía”. Posteriormente se incorporó a varios colegios de abogados españoles.

Es miembro de renombradas corporaciones académicas y científicas de su patria y del extranjero, entre las que cabe mencionar las siguientes: académico de número de la Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia desde 1990, en la cual ha ostentado el cargo de secretario de la Sección Tercera; vocal asesor jurídico y miembro de la Junta de Gobierno del Instituto de Academias de Andalucía (nombrado en 1995 y reelegido en 2001); académico correspondiente de la Academia de Ciencias, Bellas Artes y Buenas Letras “Vélez de Guevara” de ECIJA (Sevilla) (1997), de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada (1999), de la Real Academia de Medicina y Cirugía de Cádiz (2001), de la Academia Colombiana de Jurisprudencia (2007), de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación (2007) y de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia (2010).

Es autor de numerosos artículos publicados en distintos anuarios y revistas de derecho; ha dictado más de doscientas conferencias sobre materias de su especialidad e intervenido como ponente en diversos congresos y reuniones científicas.

Hace poco más de un año, nuestro presidente Dr. Juan Carlos Palmero, en una ocasión similar a la que vivimos esta tarde, acertadamente expresó que “la abogacía es una ciencia aplicada, lo que hace que en la valoración de los antecedentes, el haber logrado resultados destacados en el ejercicio de la profesión, los mismos resulten mucho más importantes que cualquier otra de las múltiples actividades que pueden desarrollarse en torno al mundo del Derecho, funciones que obviamente se encuentran despojadas de las complejidades propias de los conflictos de intereses, como así del rigor de las contiendas judiciales, donde se ponen a prueba otras virtudes o iniciativas especiales para alcanzar el éxito necesario en este sentido”.

Precisamente, tras una inicial etapa en la docencia universitaria que sólo continuó de modo intermitente, el Dr. Baena Bocanegra durante más de cuarenta años ha llevado adelante una intensa actividad profesional, la cual ha significado el mayor aporte al merecido prestigio del que goza en el ámbito jurídico como abogado penalista, por la trascendencia de sus defensas técnicas. Una de las más recientes y difundidas fue la del entonces juez don Baltasar Garzón Real, acusado del delito de prevaricación ante el Tribunal Supremo de su país.

En esta oportunidad el nuevo académico correspondiente en el Reino de España, que hoy tenemos la alegría de recibir, habrá de referirse al tema “*El derecho de defensa en una delicada encrucijada*”.

Sin duda se trata de un problema de sumo interés y actualidad, con proyección universal, pues se relaciona con determinados derechos fundamentales, como el de no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito según la legislación vigente en aquel momento (principios de legalidad y tipicidad penal); el de la “tutela judicial efectiva” que permita obtener una resolución fundada en derecho que no sea manifiestamente arbitraria; el derecho a un proceso con todas las garantías ante un juez imparcial; la garantía institucional de la independencia del Poder Judicial.

Estimado Dr. Baena Bocanegra: lo escuchamos con atención y le damos la más cordial y cálida bienvenida a nuestra Academia de la Córdoba de la Nueva Andalucía.

EL DERECHO DE DEFENSA EN UNA DELICADA ENCRUCIJADA ¹

por FRANCISCO María BAENA BOCANEGRA

SUMARIO: I. Planteamiento. II. La progresión de la criminalidad y su incidencia en el derecho de defensa. III. La defensa del derecho de defensa. IV. Los tribunales de justicia y la tutela del derecho de defensa. V. Epílogo. Abreviaturas.

*No hay juicio justo en el Estado de Derecho,
si al acusado se le impide defenderse.*

Pocas frases pueden definir mejor lo que realmente es el derecho de defensa, como la que preludia este discurso. Se la oí muchas veces a un excelente magistrado y extraordinario jurista que entregó su vida a servir a la Justicia hasta la extenuación; era mi padre. Y le gustaba recordar que si bien la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, no contemplaba expresamente el derecho de defensa ², a su juicio tampoco era necesario ya que mal podía sostenerse la idea de un juicio justo desconectado o independiente de aquél ³.

¹ Conferencia pronunciada el 20 de noviembre de 2012.

² Art. 11. 1: 1. “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

³ Años después y ya desaparecido, con extraordinaria complacencia pude encontrar similar parecer en D. WEISSBRODT, en “The Right to a Fair Trial Articles 8,10 and 11 of the Universal Declaration of Human Rights”, Ed. Kluwer Law International, The Hague, 2001, pág. 57.

Define el Diccionario de la RAE la voz “defensa” en su segunda acepción, como “*arma, instrumento u otra cosa con que alguien se defiende de un peligro*”⁴, y esta elemental perspectiva semántica del concepto no está muy alejada del entendimiento y significado procesal del mismo.

I. Planteamiento

En efecto y si bien no es discutible que cuando invocamos el derecho de defensa nos estamos refiriendo a todas las partes litigantes en cualquier tipo de proceso, no es menos cierto que con carácter general la exigencia de este derecho se concreta y compendia en inmediata referencia a las partes en el proceso penal, estén en posiciones acusadoras o acusadas, y en cuyos respectivos estados procesales, este derecho les garantiza el poder sostener sus pretensiones, en igualdad de condiciones respecto de las demás, si bien su contenido es más amplio y reforzado respecto del acusado, sobre el que proyecta toda su eficacia, al que ya de principio legalmente se le anticipa su derecho a la presunción de inocencia, y al que desde el primer momento tan pronto se le atribuya la comisión de un hecho punible se le autoriza a acceder al proceso penal, ser informado y conocer la acusación, e inmediatamente el derecho a la defensa técnica o letrada, designando abogado de su confianza o reclamar uno de oficio⁵, derecho de defensa instrumental que por lo general tiene dos facetas o doble contenido: de un lado, el derecho personal a la defensa, defensa propia o autodefensa, y de otro el derecho a la asistencia de un abogado, derechos convergentes y que se complementan entre sí, derechos en suma, cuya titularidad corresponde al imputado en el proceso penal⁶.

⁴ Real Academia Española de la Lengua, 22ª edición.

⁵ V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 2012, pág. 259.

⁶ Es interesante traer a colación que el Tribunal Constitucional del Reino de España, en su Sentencia N° 216/1988 de 14 de noviembre, y a propósito de dicha norma constitucional, sostuvo que “*pese a que en el art. 6.3 c) del CEDH el derecho a la asistencia de Letrado aparece como alternativo al derecho a la defensa de uno mismo, el*

Un claro ejemplo de ello sin duda lo es, precisamente el art. 24.2 de la Constitución Española al reconocer que todos, sin distinción, *“tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser in formados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso publico sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”*⁷.

No es discutible que la dimensión constitucional del derecho de defensa, su esencia, radica en su precisa función de límite y control del poder del Estado para juzgar y ejecutar lo juzgado, y desde tal perspectiva no debe entenderse la función del abogado, desde la simple consideración de un partícipe más, sin duda necesario, en el servicio público que es la justicia, siendo preciso reconocer que le corresponde el alto deber de garante de dicho derecho en beneficio de su patrocinado y tutelado. La Constitución de este país, no lo pudo decir de forma más bella y precisa: *“Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”*⁸.

art. 24.2 no permite que se prive al acusado de la asistencia de abogado por el motivo de que le estuviere reconocida la posibilidad de defenderse por sí mismo, derecho que existe aun en aquellos procesos en los que no es preceptiva la defensa por medio de letrado y cuando la parte lo estime conveniente para la defensa de sus derechos”. Esta doctrina se reitera en la STC N° 37, de 3 de marzo de 1978.

⁷ En este orden de cosas, el Tribunal Constitucional español en una interesante sentencia, la N° 70 de 1999 de 26 de abril-, con utilitario sentido recopilador, perfiló los contenidos y límites de los derechos dimanantes del citado art. 24, entre ellos el de derecho de defensa, cuando al referirse al proceso penal, no dudó en afirmar que *“... el art. 24 CE establece un máximo de garantías cuando se trata de procesos donde se resuelve sobre penas o sanciones administrativas, e impone un grado especial de protección constitucional cuando se trata de la persona que comparece como acusada (SsTC 205/1989 y 277/1994). Sólo la persona acusada en un proceso penal o sancionador disfruta de determinados derechos fundamentales, como el de ser presumida inocente (SsTC 81/1988, 42/1989, y 72/1991), el derecho a ser informada de la acusación (STC 136/1992, o el derecho al recurso penal, (SsTC 33/1989 y 112/1989). Otros derechos fundamentales tienen un efecto especialmente intenso cuando quien los ejerce es el acusado, como los derechos a la asistencia letrada (SsTC 37/1988, 162/1993 y 217/1994), a la defensa (SsTC 30/1989, y 19/1993, o a la prueba pertinente para su defensa (STC 199/1996)”*.

⁸ Art. 18.

Partiendo de tal premisa, en el Estado democrático la clave de bóveda del derecho de defensa en el proceso penal radica no sólo en garantizar que las partes estén en igualdad de armas, sino que además frente a la acusación y respecto de los términos en que se formula -con inclusión de su obligación de acreditar los hechos que justifican el reproche criminal que sostiene- es inexcusable que imputado pueda ser oído en los términos más amplios, o lo que es lo mismo, más allá de la simple exculpación, entendiéndolo como derecho a alegar, argumentar, y si lo considera necesario acreditar, pudiendo aportar todos los medios de prueba legalmente necesarios y pertinentes para acreditar y rebatir los extremos no sólo de hecho sino incluso en derecho que en defensa de sus posiciones, estime precisos ⁹.

No cabe otro entendimiento y así la doctrina del Tribunal Constitucional del Reino de España en la senda del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* es inequívocamente rotunda y precisa cuando proclama “... **el reconocimiento del derecho de defensa... significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes... Esta exigencia requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses**” ¹⁰.

⁹ En el sentido indicado, MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal, una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 141.

¹⁰ STC N° 65/2007 (Sala Primera) de 27 de marzo, Pte. Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel; el texto completo del citado ordinal es el siguiente:

“Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que (el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que, puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, cuya violación denuncia el demandante de amparo, significa que en todo proceso judicial **debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes** (STC 143/2001, de 18 de junio). Esta exigencia requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos

En el mismo sentido, la Sentencia del TEDH de 20 de abril de 2006¹¹ y en relación con el art. 6 del Convenio reconoce que **“el artículo 6 del Convenio) garantiza el derecho de un acusado a participar de manera efectiva en un juicio penal. En general, esto incluye no sólo el derecho a estar presente, sino también el derecho a recibir asistencia letrada, si es necesario, y a seguir eficazmente el procedimiento”**.

En definitiva, el denominado “proceso penal democrático” debe buscar la verdad material desde el respeto absoluto al derecho de defensa del acusado, verdad que ha de obtenerse, objetiva e indubitadamente, mediante pruebas lícitas, sin que sea admisible sostener una condena con base en meras sospechas o simples conjeturas. Una sentencia clásica del Tribunal Supremo¹² decía: **“No ofrece ni puede ofrecer la menor duda que una prueba ilícita no puede servir de plataforma a la convicción de culpabilidad de un acusado. Ello significaría nada más y nada menos que entronizar el principio de que todo vale para probar una infracción penal, lo que es absolutamente incierto. Sólo sirve aquella prueba que se lleve a efecto de acuerdo con los principios constitucionales y procesales correspondientes, esto es, que la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio, sino sólo a través de los sistemas que el Ordenamiento fija como garantizadores de los derechos de los acusados, una de las manifestaciones más inequívocas de un estado de derecho”**¹³.

o intereses (SsTC 25/1997, de 11 de febrero; 102/1998, de 18 de mayo; 18/1999, de 22 de febrero; 109/2002, de 6 de mayo. Y ello ha de garantizarse en todo proceso judicial, también en el juicio de faltas (SsTC 54/1985, de 18 de abril, y 225/1988, de 28 de noviembre), tanto cuando las partes comparezcan por sí mismas (autodefensa), como cuando lo hagan con la asistencia de letrado, si optaren por esta posibilidad, o la misma fuere legalmente impuesta (SsTC 12/2006, de 16 de enero; 93/2005, de 18 de abril; 143/2001, de 18 de junio; y 29/1995, de 6 de febrero).

¹¹ STEDH Estrasburgo (Sección 1), de 20 abril 2006 “Caso I. H. y otros contra Austria”. Demanda N° 42780/1998, añadiendo a lo anterior que “Tales derechos están implícitos en la noción de un procedimiento contradictorio (Sentencia Stanford contra el Reino Unido de 23 febrero 1994 [TEDH 1994\10], Serie AN° 282-A, págs. 10-11, ap. 26, Lagerblom contra Suecia [TEDH 2003\4], N° 26891/1995, de 14 enero 2003, ap. 49).

¹² STS N° 1827/1993 de 9.7, ponente Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo.

¹³ En el mismo sentido la STS N° 501/1994 de 1.3, bajo la misma ponencia. Recientemente la STS N° 79/2012 de 9 febrero, ponente Excmo. Sr. Colmenero Menéndez de Luarca.

Es evidente que configurado así el derecho de defensa, el más elemental entendimiento del principio de igualdad de armas al que antes aludíamos, justifica la necesidad de que, como recuerda Moreno Catena¹⁴, el ordenamiento jurídico le reconozca al justiciable frente a la acusación profesional, desde el primer momento en que se inicia en su contra el ejercicio de la acción penal, “*un derecho de signo contrario*”, imponiendo que esté obligatoriamente asistido de una defensa técnica (ya sea de su elección o en su defecto, de asistencia obligatoria) que le sitúe en igualdad de condiciones frente al Ministerio Fiscal, singularmente en orden a buscar el equilibrio respecto del conocimiento del derecho material y procesal, que más allá de las acciones defensivas que por propia iniciativa pueda desarrollar (autodefensa), le garantice debidamente la adecuada defensa. Como tendremos ocasión de examinar, no son incompatibles.

Desde este enfoque práctico, el derecho a la asistencia letrada se configura como uno de los derechos instrumentales esenciales entre los que conforman el derecho de defensa, no siendo de extrañar que el invocado Diccionario de la RAE, como novena acepción, acepte que con tal vocablo podamos referirnos al *abogado defensor del litigante o del reo*”, vinculando estrecha e inmediatamente la función de asesoramiento que corresponde al abogado al ejercicio del derecho de defensa, vinculación que como recuerda Goldschmidt¹⁵ encuentra sus antecedentes en Grecia donde y junto a la posibilidad de autodefensa, el justiciable podía presentar informes emitidos por juristas, e incluso en Roma, singularmente en la época justiniana los *advocati* dedicados a la defensa de sus conciudadanos como una profesión, perfectamente organizados en *collegia*, organizaciones de carácter gremial, disfrutando de un profundo respeto y reconocimiento social, y, por demás, gozando de precisos privilegios.

¹⁴ V. MORENO CATENA - V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 143.

¹⁵ J. GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso; problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pág. 172.

II. La progresión de la criminalidad y su incidencia en el derecho de defensa

Es innegable que el mundo de hoy y desde hace bastantes décadas, viene asistiendo a un fenómeno creciente e imparable de modalidades de criminalidad, que si bien no pueden ser calificadas de desconocidas, desde luego las políticas de prevención y los instrumentos de lucha contra la misma, se muestran y resultan las más de las veces ineficaces, con el correlativo efecto generador de actitudes estatales de autodefensa, como seguidamente veremos.

El propio *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este particular en varias de sus decisiones, la última de ellas afectante al Estado Español ¹⁶ al decir que “*aunque la expansión de la delincuencia organizada exige la adopción de medidas apropiadas, no se debería sacrificar el derecho a una buena administración de la justicia. Las exigencias generales de equidad consagradas por el artículo 6 (del Convenio ¹⁷) se aplican a los procesos concernientes a todo tipo de delitos, del más simple al más complejo*”.

¹⁶ STEDH (Sección 3ª) de fecha 18 octubre 2011, caso “*Prado Bugallo contra España*”, demanda N° 1218/2009.

¹⁷ “Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

Esta realidad, de la mano del desaliento social, históricamente provocan inevitables huidas hacia el Derecho Penal de consecuencias perversas, singularmente en orden a la protección de los derechos fundamentales y en particular para el derecho de defensa, que a lo largo de una progresiva construcción histórica se han podido concretar “*abriendo paso el reconocimiento a unos límites básicos que aseguren que se administra justicia en términos ajustados al progreso de nuestra civilización*”¹⁸.

La situación se agudizó a raíz de determinados acontecimientos criminales de gravísima importancia, entre los que se destaca la acción terrorista contra las Torres Gemelas de Nueva York el día 11 de septiembre de 2001, que provocó las más variadas reacciones, entre ellas por la importancia de su autor, un artículo de George Fletcher publicado en el *Washington Post* pocos días después de la tragedia, el 12 de octubre de 2001, en el que se preguntaba “*¿Se trata de un crimen que requiere la intervención de la Justicia, o constituye un ataque que exige una declaración de guerra?*”, y que de alguna manera vino a preludiar decisiones políticas de extraordinaria trascendencia, y muy especialmente de orden legislativo que, como veremos más adelante, traían a un primer plano nuevos enfoques y planteamientos de política criminal, incluso superando el principio de mínima intervención que viene reservado al Derecho Penal como *ultima ratio*¹⁹, como sin duda ha sido la denominada

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia”.

¹⁸ L. MARTÍ MINGARRO, *Crisis del derecho de defensa*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, pág. 22.

¹⁹ George P. Fletcher, catedrático de Derecho Penal e Introducción al Derecho en la Universidad de Columbia, Nueva York.

“*Ley Patriota de los Estados Unidos*” (*USA Patriot Act*)²⁰, ley que fue aprobada por espectacular mayoría tanto por la Cámara de Representantes (ley H.R. 2975) como en el Senado (ley S. 1510)²¹.

El citado artículo del Prof. Fletcher, pero sobre todo, la inquietante y no menos alarmante pregunta que se hacía el autor, ponía en el eje del debate una propuesta y discusión ya iniciada dos años antes, concretamente en octubre de 1999, por el penalista alemán Prof. Günther Jakobs quien en un congreso de especialistas celebrado en Alemania²², desde la constatación de acciones terroristas de devastadores efectos, planteó en abstracto la cuestión de cuál había de ser la forma de enfrentarse los gobiernos a estos casos de criminalidad de gravísimo peligro para la seguridad colectiva, partiendo de su tesis sobre la insuficiencia del Derecho Penal más allá de perseguir la criminalidad “normal” o “corriente”, y proponiendo para combatir los efectos de estos casos que incluso atacan las bases del sistema político y social de los Estados, recurrir a un Derecho penal especial, un “*Feindstrafrecht*” o “*Derecho Penal del Enemigo*”, con el que el Estado no sólo trata de castigar a los delincuentes, sino de luchar contra sus enemigos²³.

A su juicio, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas de inequí-

²⁰ La “USA Patriot Act” es un acrónimo de Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (“Unir y Fortalecer América al Proporcionar las Herramientas necesarias para Interceptar y Obscurecer el Terrorismo”).

²¹ Conviene, no obstante, recordar por su trascendencia el precedente de la Ley “*Foreign Intelligence Surveillance*” (“Ley para la Vigilancia de la Inteligencia Extranjera”) aprobada en 1978, que vino a fortalecer extraordinariamente las facultades a las autoridades en la lucha contra el espionaje y cuya influencia en su efecto, a nadie se oculta.

²² En 1985, en las Jornadas de Penalistas Alemanes celebrada en Frankfurt (Alemania), por primera vez va a utilizar la expresión “*Feindstrafrecht*”. En su trabajo publicado en el mismo año bajo el título “*Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*” en ZStW Nº 97, pág. 751 y ss., como fórmula legislativa de emergencia, proponía la criminalización de estadios previos a la lesión de bienes jurídicos y la penalización de la esfera interno-privada del sujeto.

²³ Sobre el tema, véase Günther JAKOBS en ESSER/HASSEMER/BURKHARD, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft in der Jahrtausendwende*, Berlín, 2002, y traducción de la Prof. Manso, incluida en el libro sobre el congreso *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, celebrado en Valencia en 2004.

voco rigor draconiano por su extraordinaria dureza y severidad, más allá de la idea de proporcionalidad, e incluso ampliando el catálogo de tipos penales, contemplando la posibilidad de castigar conductas de menor entidad e importancia y, desde luego, ajenas a la lesión de bienes jurídicos concretos ²⁴.

Ni qué decir que la tragedia criminal de las Torres Gemelas, tuvo una repercusión en todo el mundo, y no sólo en las actitudes y determinaciones legislativas que numerosos gobiernos adoptaron, sino incluso en inmediatos pronunciamientos que directa o tangencialmente venían a anticipar posicionamientos jurisprudenciales sobre la cuestión y de ello es buena muestra diversas sentencias del Tribunal Supremo español, dos de ellas dictadas inmediatamente, seis y ocho meses después, del atentado, resoluciones en las que no es difícil advertir la influencia del hecho, ambas en clara toma de posición, y así la de *20 de marzo de 2002* ²⁵ no

²⁴ La propuesta del Dr. Jakobs, ya fue contestada en el mismo congreso, entre otros por Ibin Eser (a la que posteriormente me referiré) e Ingebord Puppe, y más tarde, entre otros, por el Prof. Bernd Schünemann (catedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Munich) en *Goldthammers Archiv*, 2001, p. 210 ss. y posteriormente en “Debate en torno a la conferencia: la idea de la normativización en la dogmática jurídica penal del Günther Jakobs” en Moisés MORENO HERNÁNDEZ, *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI*, México, 2003. Sobre la cuestión, también es de obligada consulta su trabajo “Derecho penal del enemigo?,” en Wolfgang SCHÖNE (coordinador), *Estado de derecho y orden jurídico-penal*, Asunción (Paraguay), 2006.

²⁵ STS Nº 546/2002 de 20.3 bajo ponencia del Excmo. Sr. Martínez Arrieta, Fundamento Jurídico 6º. En el mismo sentido la STS Nº 633/2002 de 31.5 enseña “El terrorismo, es una forma de delincuencia organizada que se integra por una pluralidad de actividades que se corresponden con los diversos campos o aspectos que se pueden asemejar a una actividad empresarial pero de naturaleza delictiva. **No es la única delincuencia organizada existente, pero sí la que presenta como específica seña de identidad una férrea cohesión ideológica que une a todos los miembros que integran el grupo terrorista, cohesión ideológica de naturaleza claramente patógena dados los fines que orientan toda su actividad que primero ilumina el camino de la acción y después da sentido y justificación a la actividad delictiva**, aunque también debe recordarse la existencia de diversos tipos de terrorismo que junto con elementos comunes, tienen otros que los diferencian” (resaltados/nuestros).

Por último, la STS 503/2008 de 17.7 declara que “el concepto de terrorismo está asociado a la finalidad de *alterar, incluso hasta hacerlo desaparecer, un orden, o forma de vida, político, económico, cultural y social caracterizado en nuestro ámbito por un*

puede ser menos categórica en lo conceptual al decir que *“El terrorismo amplía y diversifica, de manera constante, el amplio espectro de sus acciones criminales. El legislador democrático, en la obligada respuesta a ese fenómeno complejo, ha ido ampliando también el espacio penal de los comportamientos que han de ser considerados objetivamente terroristas, cumpliendo la triple exigencia del principio de legalidad: ‘lex scripta, praevia y certa’. La jurisprudencia ha de evolucionar también al compás de los cambios legislativos y ha de ajustar su interpretación no sólo a los antecedentes históricos o legislativos sino a la realidad social del tiempo (art. 3.1 del C.C.)”*²⁶.

No se trata de ignorar que entendimientos de un derecho penal de este corte no han faltado en la historia, y sin duda, de ello, buen ejemplo lo tenemos, en España, donde basta remontarse al siglo XIX y situarnos en la época inmediata a la Codificación, etapa en la que era frecuente acudir a leyes penales excepcionales, que sin duda pugnaban abiertamente las ideas liberales y el espíritu constitucional que inspiró tanto el Código Penal de 1822, como los de 1848 y 1870, y de la que fue un ejemplo la ley para reprimir el bandolerismo (llamada *“Ley de fugas”*), de naturaleza

sistema democrático de libertades, finalidad que se pretende conseguir mediante la ejecución de actos, generalmente violentos, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y atemorizar a la población. *De ahí que, cuando se aprecie la existencia de uno o varios grupos organizados que realizan esa clase de hechos con el objetivo de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, deberá estimarse la existencia de terrorismo”*.

²⁶ Precisamente la citada sentencia y, a propósito del art. 577 del vigente CP español, que ha suscitado no pocas críticas doctrinales por entenderlo como un ejemplo de un derecho penal *“de autor”*, o de un tipo *“contra el enemigo”*, inmediatamente muestra su preocupación sobre la cuestión para tratar de despejar toda duda que la norma suscite en tal sentido al decir que *“Una acción puede ser considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole como sucede con la conducta descrita en el art. 577 del CP que exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista, lo que no produce un deslizamiento al derecho penal de autor, sino todo lo contrario; los hechos sancionados en dicho precepto lo son per se, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Lo determinante, en este caso, no es la cualidad subjetiva de ser miembro de una organización terrorista sino el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto”*.

verdaderamente excepcional, o las establecidas a finales del siglo XIX para la represión del anarquismo e incluso la dictada tras la guerra civil española (1936-1939), como fueron la ley para la represión de la masonería y el comunismo, dictada el 1 de marzo de 1940²⁷, y en cuyo art. 12 se establecía la creación y composición del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo, Tribunal que permaneció hasta su supresión el 8 de febrero de 1964²⁸, o la propia Ley de Vagos y Maleantes²⁹ por no recordar aquellas otras que sometieron a la jurisdicción de los juzgados y tribunales militares, los delitos de terrorismo³⁰.

Ni qué decir tiene que, desgraciadamente, situaciones análogas se han dado en algunos países europeos desde finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX (significadamente en etapas de dictaduras totalitarias), e igualmente en otras partes del mundo, proliferando y coincidiendo con

²⁷ Ya en su art. 1º se imponía que “Todo español o extranjero residente en España que antes del día 2 de marzo de 1940 haya ingresado en la Masonería está obligado a formular ante el Gobierno una declaración-retractación comprensivas de los siguientes extremos...”. A más abundamiento, conviene tener presente que las penas iban desde la incautación de bienes hasta la reclusión mayor. Los masones, aparte de las sanciones económicas, quedaban automáticamente separados de cualquier empleo o cargo de carácter público. Se establecieron penas de veinte a treinta años de prisión para los grados superiores, y de doce a veinte para los cooperadores. Los archivos del Tribunal actualmente forman parte del Archivo General de la Guerra Civil Española, situado en Salamanca (España). Estos archivos incluyen las condenas por “delito de masonería”. Su información es pública y se puede acceder a los citados protocolos.

²⁸ Es lo cierto que la doctrina mayoritaria, con indudable acierto crítico, ha puesto de relieve que gran parte de sus funciones se habían transferido al Tribunal de Orden Público creado en 1963.

²⁹ Conocida con el nombre de la “*Gandula*” fue aprobada el 4 de agosto de 1933 por consenso de todos los grupos políticos en la Segunda República y su finalidad era el control y tratamiento de los vagabundos y mendigos, proxenetas, rufianes sin oficio conocido, siendo posteriormente modificada en el periodo de la dictadura franquista, con la finalidad de dar entrada a la represión de los homosexuales, a cuyo fin y como muestra su art. 2º quedó redactado “**Los homosexuales, rufianes y proxenetas.** Y el art. 6º en su apartado 2º estableció que “**A los homosexuales, rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, exploten menores de edad, enfermos o lisiados, se les aplicarán para que las cumplan todas sucesivamente, las medidas siguientes:...**”.

³⁰ En aplicación de ella, el 27 septiembre de 1975 fueron condenados a muerte y ejecutados cinco terroristas, tres de ellos pertenecientes al FRAP y dos a ETA.

épocas de situaciones de guerra o posguerra, de crisis política, económica y social, incluso con ocasión de las dictaduras del Cono Sur americano³¹, especialmente en la década de 1970 y hasta buena parte de la de 1980.

En síntesis, la idea del Prof. Dr. Günther Jakobs³², actualmente catedrático emérito de Derecho Penal de la Universidad de Bonn (Alemania) respecto de que este derecho penal “especial” ofrecía, entre otras y como más representativas, las siguientes especialidades:

- Criminalización de un catálogo de conductas pese a que éstas no representan verdadero y concreto peligro para bienes jurídicos dignos de protección, adelantando la intervención del derecho penal a momentos en que la conducta ni siquiera integra ejecución del delito.

- Aumento de la gravedad de las penas, fuera de toda vinculación o compromiso respecto del principio de proporcionalidad.

- Abolición sin excepciones o, en todo caso, singular reducción a mínimos, de las garantías debidas al imputado.

No es una propuesta que podamos denominar “nueva”, ni se trata de un fenómeno meramente coyuntural provocado por determinadas circunstancias exógenas que propician el regreso a una política criminal de corte rígido, autoritario y represor, por cuanto no debe olvidarse que formulaciones teóricas al modo de un “derecho para el enemigo”, que trataban de justificar y legitimar normas excepcionales restrictivas de los derechos fundamentales del ciudadano en general y del justiciable acusado en particular, no han faltado a lo largo del pasado siglo, siendo tal vez la más distintiva y manifiesta, la postulada por el Prof. Carl Schmitt que hizo popular su distinción entre “*Freund und Feind*”, o lo que es lo mismo “*amigo y enemigo*”, sobre la que llevó a cabo su propuesta de un dere-

³¹ Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Brasil

³² El autor tiene que reconocer que con ocasión de la visita del Prof. Jakobs a Sevilla (España) y por expresa invitación del Prof. Polaino Navarrete, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Hispalense, tuvo ocasión de compartir con tan ilustre penalista turno de conferencia y mesa redonda en unas “*Jornadas sobre Principios y Garantías en el Derecho Penal de la Unión Europea*” celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla los días 8 y 9 de noviembre de 2007, pudiendo apreciar una notoria dulcificación de sus anteriores posiciones doctrinales.

cho penal para el ciudadano “normal” y un derecho penal, mucho más duro e inflexible que había que aplicar a los enemigos³³.

Evidentemente a nadie se oculta los peligros que estos planteamientos comportan para el derecho punitivo del Estado de derecho, en cuanto pueden significar y favorecer una “*huida hacia adelante*” del derecho penal y los riesgos que ello comporta en un sistema democrático atendiendo a los derechos fundamentales garantizados por el Estado y por los convenios internacionales a los ciudadanos.

Como ha señalado autorizada doctrina, son innegables los puntos de identidad entre ese “derecho penal del enemigo”, al que unánimemente se reprocha su oposición al “principio del hecho” que desde una concepción liberal excluye toda responsabilidad jurídico-penal basada en el mero pensamiento (“*cogitationes nemo patitur*”) y los conocidos planteamientos sobre el “derecho penal de autor”, al que interesa más que el hecho delictivo cometido, la “*peligrosidad criminal*” y la “*perversión*” o “*inclinación o tendencia al delito*”, en definitiva, la “*actitud interna del autor*”³⁴.

El Tribunal Constitucional del Reino de España ha tenido ocasión de referirse a ello, al recordar que “*la C.E. consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un dere-*

³³ Carl SCHMITT, *Politische Theologie*, Berlín, 1922. Fue profesor de la Universidad de Berlín desde 1934, adscrito a la escuela del realismo jurídico.

³⁴ En este sentido, HIRSCH, *Festschrift für Klaus Lüderssen zum, Geburtstag*, 2002, pág. 254 y ss.

No falta razón al Prof. Muñoz Conde al asentar su crítica en el análisis de las consideraciones teóricas que Günther Jakobs consigna (ob. cit., pág. 59) a propósito del concepto de “enemigo”, textualmente: “***El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual “peligroso” según el § 20.a del Código penal alemán), o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo “complot de asesinato”), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento***”.

cho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos” ³⁵, lo que no ha sido óbice para que la doctrina critique y siga criticando determinadas reformas legislativas ³⁶ que, respecto de determinados delitos significados no sólo por su gravedad sino también por el perfil criminal e inadaptación social de sus autores, delitos a los que como antes hemos visto, se refería el Prof. Jakobs, como los de terrorismo, el tráfico de drogas, incluso la muy preocupante expansión de la delincuencia organizada o mafiosa, que vienen determinando decisiones de los Estados que se justifican en razones de política criminal y de lucha contra la delincuencia, comportamientos legislativos que en la realidad están generando un “derecho penal del enemigo”, no sólo en cuanto supone un descarado adelantamiento de la intervención del derecho penal, hacia posiciones propias del derecho criminal de autor, con tratamiento singular del cuestionado “enemigo” ³⁷, derecho penal cuya excepcionalidad se disfraza y maquilla al hacerlo “convivir” con el derecho penal “normal” sin que ello disimule su verdadera esencia ³⁸, tal y como ya puso

³⁵ STC Nº 150/1991 de 4 de julio, Ponente Excmo. Sr. López Guerra; en el mismo sentido, SsTC núms. 65/1986, 14/1988.

³⁶ En tal sentido simplemente citar la polémica promovida en relación con la reforma del CP de 2003 a propósito de los nuevos preceptos sobre “habitualidad”, proxenetismo y tenencia de pornografía en la que se haya utilizado a menores ya que, como acertadamente señala el Prof. Muñoz Conde, “*estos preceptos parecen referirse más a determinados ‘tipos de sujetos’ que a los hechos que realizan, haciendo recaer el centro de gravedad de la intervención penal en sur forma de vida o en sus tendencias o desviaciones*” (ob. cit.).

³⁷ Como ejemplo de anticipación de la intervención del derecho penal apreciables en el Código Penal español y en los que advierte nítidamente la remota por no decir inexistente posibilidad de poner en peligro el bien jurídico protegido, son de citar la tipificación de la convocatoria de referendums ilegales (art. 506 bis), la concesión de ayudas o subvenciones a partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial (art. 576 bis), la apología indirecta del terrorismo, a través de su enaltecimiento o justificación (art. 578) o, finalmente, la apología del genocidio (art. 607.2).

³⁸ En el Congreso de Berlín de octubre de 1999, según la transcripción obrante en la publicación de dicha reunión científica, en ESER/HASSEMER/BURKHARDT, ob. cit. Tras lo arriba transcrito, en su intervención Eser añadió: “*¿Quién puede decir realmente quien es el buen ciudadano o el mayor enemigo?, ¿el que por razones políticas y creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado y contra la libertad de otro, o*

de relieve Albin Eser “Esta ‘frialdad’ que se deduce de la concepción (del delito), reducida a la lesión normativa asusta aún más, cuando se contraponen el frente construido por Jakobs entre un ‘Derecho penal del ciudadano’ respetuoso con el Estado de Derecho y un ‘Derecho penal del enemigo’ emanado del poder estatal. Enemigos como ‘no personas’, es una consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de Derecho, cualesquiera que sean los criterios que se utilicen para determinar quién es ‘ciudadano’ y quién ‘enemigo’”, actitud de Estado que se acompaña y completa con un endurecimiento de penas respecto de dichos delitos³⁹.

Y junto a ello, lo verdaderamente preocupante: las medidas que materializan tal concepción del derecho, medidas que implican una sensible reducción, cuando no anulación o cancelación de las garantías debidas al justiciable.

En tal sentido, se hace preciso retroceder al 11-S y traer nuevamente a colación el impacto y trascendencia de la denominada *USA Patriot Act* aprobada por el Congreso de los Estados Unidos de América pocos días después de la tragedia, renovada posteriormente, y que desde el primer momento fue presentada como un instrumento necesario para proteger la seguridad de la nación norteamericana al permitir descubrir y luchar con-

el que socava la base económica del Estado aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos, cometer delito fiscal o un fraude de subvenciones? Una cosa es proponer sistemas jurídicos, por muy coherentes que puedan ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se puedan derivar, y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica”.

³⁹ Si tomamos como ejemplo el CP español es fácil advertir la desproporción de las penas que pueden aplicarse en delitos de tráfico de drogas (arts. 368, 369, 369 bis, entre otros) y respecto al delito de terrorismo, art. 571 y ss.), o incluso atendiendo la nueva regulación de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, que en el art. 318 bis) en caso de tráfico ilegal o inmigración clandestina, cuando el propósito del autor fuera la explotación sexual de las personas, realice la acción con ánimo de lucro, y perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades, permite imponer penas que pueden llegar a los 15 años de prisión, o hasta 17 años y seis meses de prisión cuando se trate de jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones.

tra el terrorismo ⁴⁰ y el lavado de dinero ⁴¹, usando entre otros medios prioritarios ⁴² para ello, el acceso a la información confidencial.

Especial trascendencia ofrece la *USA Patriot Act* respecto de la creación o remodelación de nuevos delitos federales estableciendo como tales los ataques terroristas en medios de transporte público, los ataques con armas biológicas, el encubrimiento de terroristas, los comportamientos relacionados con el lavado de dinero antes mencionado, la realización de negocios que afecten el comercio nacional y extranjero mediante la comisión premeditada de actos terroristas y la incitación a cometer fraude en instituciones de beneficencia.

Similar y, desde luego, no menos superior alcance ha de reconocerse a las reformas procesales llevadas a cabo, entre las que destaca:

⁴⁰ En el caso del *terrorismo* desde la *Section 201* hasta la *225* regula la materia estableciendo facultades a las autoridades para interceptar comunicaciones orales, escritas o electrónicas, conocer de investigaciones criminales, vigilar a presuntos sospechosos a través de seguimientos, realizar la búsqueda y captura de los mismos incluso fuera de los Estados Unidos, obtener información de organismos de inteligencia extranjera y realizar cuantos registros.

⁴¹ En cuanto al “lavado de dinero”, desde la *Section 312* hasta la *365* se dispuso el incremento de las políticas de “*due diligence*” para la banca privada y cuentas corrientes y el conocimiento del cliente y de las otras instituciones financieras a través del FinCen (*Financial Crimes Enforcement Network*) poniendo en marcha estándares mínimos en sus procedimientos, la prohibición para las instituciones financieras de tener cuentas corrientes con *bancos pantalla* en el exterior, la creación de procedimientos para que estas instituciones compartan entre sí información sobre clientes, lavado de dinero y terrorismo, autorizándose al Departamento del Tesoro para prevenir el uso de “*cuentas de concentración*” por parte de los clientes y asimismo se prohibió informarles de su existencia, y por último, la necesidad de la creación de *programas anti lavado* para los corredores bursátiles, negocios de servicios monetarios, tarjetas de crédito y fondos. Junto con ello, la creación de dos tipos de decomiso y modificando los procedimientos relacionados con la confiscación, permitiendo la de aquellas propiedades de individuos o empresas que “*planeen o participen en algún acto de terrorismo nacional o internacional*” e incluso la confiscación de cualquier propiedad que se utilice para facilitar el terrorismo nacional o internacional, o que sea resultado de éste, “*sin necesidad de autorización judicial*”.

⁴² La ley crea nuevos delitos relacionados con el lavado de dinero (entre otros, prohíbe el lavado en EE.UU. de lo recaudado por delitos de crímenes extranjeros por violencia o corrupción política, así como el de lo recaudado por el crimen cibernético o apoyo a una organización terrorista), así como estableciendo penas corregidas y aumentadas (por ejemplo, en el delito de falsificación).

- Extiende las excepciones a la ley federal conocida como *Posse Comitatus Act* ⁴³, que establece límites al gobierno para el uso de fuerzas militares como fuerzas de orden y policía.
- Autoriza, mediante las oportunas órdenes, la realización de registros y allanamientos de los denominados “*imprevistos o repentinos*”.
- Permite la aplicación nacional e internacional de órdenes judiciales en casos de terrorismo.
- Extiende las leyes que fijan términos de prescripción aplicables a crímenes de terrorismo.
- Aclara la aplicación de leyes penales federales en bases y residencias estadounidenses, del personal de gobierno de USA en el extranjero.
- Permite la creación de un banco de datos sobre ADN de los prisioneros declarados culpables de algún delito federal de violencia o terrorismo.
- Aumenta las recompensas por información en casos de terrorismo.
- Ajusta programas federales sobre indemnización y asistencia a las víctimas.

Pronto pudo advertirse y constatarse los efectos extraterritoriales de dicha ley sobre los derechos de aquellas personas que no siendo ciudadanos o residentes en Estados Unidos se vieron afectadas en sus derechos y libertades individuales sencillamente por el indiscriminado y masivo acceso de las autoridades norteamericanas a múltiples bases de datos ⁴⁴, lo

⁴³ La Ley fue aprobada el 18 de junio de 1878, y por ella se prohíbe a la mayor parte de los cuerpos uniformados federales, actualmente el Ejército, la Guardia Nacional y las Fuerzas Aéreas, ejercer atribuciones y cometidos propios de las fuerzas de orden público y policía, impidiendo que el personal militar y la Guardia Nacional puedan ejercerlas, salvo que estén expresamente autorizados por la Constitución o por el Congreso. Curiosamente, la Guardia Costera que depende del Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, queda al margen de las prohibiciones de la *Posse Comitatus Act*.

⁴⁴ La *Junta del Tesoro de la Secretaría de Canadá*, a propósito de la *Patriot Act* y específicamente de su art. 215, denunció, entre otros extremos, que el FBI podría potencialmente obtener registros bajo el poder de sociedades ubicadas en los Estados Unidos de Norteamérica, o registros a los que tienen acceso empresas ubicadas en los Estados Unidos, y exigir que las empresas no divulguen estas acciones (¡bajo pena de

que provocó que voces independientes en todo el mundo, se apresuraran a denunciar no sólo el riesgo de excesos en la aplicación de la citada ley, sino las precisas violaciones de derechos fundamentales individuales ⁴⁵, bajo la excusa de la defensa de la seguridad nacional y de los intereses colectivos, ante la posibilidad de nuevos ataques terroristas.

Ni qué decir tiene que esta reacción fue pronto y en algunos aspectos seguida por otros países del mismo entorno cultural ⁴⁶ lo que ha justi-

sanción!), ante la posibilidad de que se dicte una orden judicial al amparo de la citada ley que ordene a un ciudadano norteamericano, sin importar que resida en suelo norteamericano o en el extranjero, presentar cualquier documento (inclusive libros, registros, expedientes, papeles, documentos y cualquier otro objeto tangible) al que tenga acceso ese ciudadano. Los supuestos de riesgos de esta naturaleza son infinitos, siquiera desde su previsión teórica, sin que podamos detenernos en ellos por rebasar los objetivos y límites de este trabajo. En el mismo sentido, el Dr. Alain P. LECOURS, “Efectos extraterritoriales de la Ley Patriota de los EE.UU.”, en *Crónica Jurídica*, octubre, 2007.

⁴⁵ Un ejemplo paradigmático de cuanto decimos, un ejemplo que puede constituir un caso paradigmático de cuanto venimos diciendo, lo constituye el asunto en que se vio envuelto un diputado español al Congreso de los Diputados (Cortes Españolas), D. Gaspar Llamazares Trigo, representante electo al Congreso por la formación política de izquierdas *Izquierda Unida*, que integra, entre otros, al Partido Comunista de España. En efecto, tras años de una búsqueda infructuosa por parte de las distintas agencias de seguridad de los EE.UU., el paradero de Osama Bin Laden seguía siendo un misterio, por cuya razón el FBI concibió la idea de recrear su imagen con la finalidad de incorporarle los posibles cambios que el paso de los años hubiera producido en la fisonomía de su rostro. A tal fin compusieron y publicaron en la página web oficial “*Rewards for Justice*” (“Recompensas por la Justicia”) dependiente de la Oficina de Seguridad Diplomática del Departamento de Estado de Estados Unidos de América, una fotografía o retrato robot que supuestamente recreaba la imagen de Osama Bin Laden en la actualidad y que había sido confeccionado por el *Federal Bureau of Investigation* (FBI) utilizando y manipulando para ello una imagen electoral del Sr. **Llamazares**, fácilmente reconocible, pese al fotomontaje realizado, nada más comparar ambas imágenes. Imagen que fue distribuida por todo el mundo con los consiguientes riesgos e indudables perjuicio que ello le acarreó al afectado, quien tras conocer la noticia, inmediata y enérgicamente protestó ante las autoridades norteamericanas responsables de tal desaguizado, siendo lo cierto que pese a los requerimientos efectuados por él mismo, el Gobierno de los EE.UU., su representación diplomática en España se limitó a pedir disculpas, sin atender a las peticiones de una más profunda investigación y reparación al diputado español. Por ello, éste se vio obligado a iniciar acciones legales contra los EE.UU. de América en defensa del derecho al honor, dignidad y propia imagen, en cuyo contencioso ha encargado su defensa y dirección jurídica al gabinete jurídico que dirige el autor de esta conferencia.

⁴⁶ Recientemente el *Consejo de Derechos Humanos, de la Asamblea General de Naciones Unidas*, por su *Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria* en su 64^o

ficado sobradamente la preocupación que se siente en amplios sectores doctrinales, ante la actitud de aquellos gobiernos que bajo el temor cierto o velado de la amenaza terrorista, vienen debilitando de muy diversas maneras las garantías fundamentales que configuran el derecho de defensa, bajo la excusa de su necesidad para luchar contra esta criminalidad.

Antes nos hemos referido a la *USA Patriot Act* y ahora, siquiera someramente, debemos referirnos a otros supuestos que por su trascendencia, simplemente a título de ejemplo, advierten de los riesgos creados; así la “*Ley sobre Antiterrorismo, Delincuencia y Seguridad*” de 2001 en el Reino Unido⁴⁷ que vino a establecer medidas excepcionales sobre el control de las comunicaciones y la financiación del terrorismo, y junto a ello reconociendo extraordinarias competencias para la detención gubernativa por tiempo indefinido, de extranjeros “sospechosos” de terrorismo y su expulsión del país, denegar el derecho de asilo e incluso detener a los pendientes de deportación⁴⁸.

periodo de sesiones (del 27 al 31/8 de 2012) ha aprobado su *Opinión N° 37/2012 dirigida a España* como consecuencia de la detención en Madrid del Sr. Adnam El Hadj, de nacionalidad marroquí, durante un control policial de identidad, siendo ingresado seguidamente en el Centro de Internamiento de Extranjeros (donde fue insultado y agredido), para seguidamente en el mismo día trasladado a la frontera de su país y expulsado. El Grupo de Trabajo tras constatar que los Centros de Internamiento de Extranjeros en España no han sido objeto de una reglamentación adecuada, ya que los detenidos no tienen acceso a lo jueces y fiscales, ni tampoco gozan de asistencia letrada de su elección, tiene por acreditado que los policías no mostraron orden de detención al detenido, ni éste tuvo posibilidad de interponer recurso efectivo tal y como le reconoce el art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los arts. 2.3 y 9.4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, e incluso el art. 62,2 de la Ley española sobre Derechos y Libertades e los Extranjeros en España, *emitió su Opinión de que la detención del Sr. Sr. Adnam El Hadj fue arbitraria, recomendando al Gobierno de España, vista la expulsión del mismo, concederle una compensación proporcionada al mal causado.*

⁴⁷ La “*Anti-Terrorism, Crime and Security Bill*” fue presentada en el Parlamento del Reino Unido el 19 de noviembre de 2001, dos meses después del atentado de las Torres Gemelas, siendo aprobada y entrando en vigor el 14 de diciembre de 2001. En 2005 fue sustituida por la Ley de Prevención del Terrorismo.

⁴⁸ Como señala el Prof. Portilla Contreras (ob. cit., pág. 716), la citada ley descansa sobre un concepto de terrorismo internacional ampliado, y previene una concesión de facultades y poderes desmesurados a la policía, centrandlo el concepto de terrorismo en el inmigrante ilegal, todo lo cual permitía la detención de todo el que, según el

En idéntico sentido, en Francia, poco más de cuarenta días después del atentado de Nueva York, se aprobaba la *ley N° 718 de 31 de octubre de 2001* sobre seguridad ciudadana y vial ha incrementado el poder y facultades de la policía para intervenir en determinados espacios de la libertad personal de los ciudadanos (controles de identidad, cacheos, registros etc.), incluso potenciando los instrumentos para luchar contra el terrorismo mediante el uso de las nuevas tecnologías, incluso el acceso a los datos almacenados por los proveedores de servicios de Internet, medidas que conviven con la denominada “*garde à vue*” que permite a la policía con el fin de instruir diligencias preparatorias, la detención de sospechosos de haber participado en acciones de terrorismo, narcotráfico etc. por veinticuatro horas sin que existan indicios de criminalidad y lejos de todo control judicial, lo que a nuestro juicio supone la tolerancia a ilegítimas actuaciones propias de un “derecho penal” impropio en el estado de derecho.

La ley italiana *N° 438 de 15 de diciembre de 2001*⁴⁹ viene a compendiar una serie de disposiciones destinadas a la lucha contra el terrorismo, a cuyo fin se reconoce a la policía exageradas competencias y facultades de dudosa legalidad⁵⁰, lo que supone la creación de espacios de impunidad policial que, como en el ejemplo antes ilustrado, nos sitúa en el marco del “derecho penal del enemigo”

No parece discutible que los ejemplos evidenciados sólo pueden entenderse como un injustificable retroceso en las conquistas alcanzadas, tras una larga travesía histórica, en materia tan esencial como la de los

secretario de Estado “*sea un peligro para la seguridad nacional y ser sospechoso de terrorismo internacional*”

⁴⁹ Dicha ley arranca del decreto-ley de 18 de octubre de 2001. Sin embargo, no se deben ignorar los antecedentes que la preludian y que se remontan a marzo de 1978, en que tiene lugar el asesinato de Aldo Moro, presidente de la República, y que traerá entre otras consecuencias la aprobación del decreto ley N° 59 de 21 de marzo de 1978, convertido en ley N° 191 de 18 de mayo de 1978.

⁵⁰ Por ejemplo, se les excusa de toda responsabilidad cuando por sí o mediante persona interpuesta y con la finalidad de obtener pruebas de delitos terroristas, ocultan, reciben o sustituyen objetos, dinero, armas, drogas o documentos, destinado a la comisión de delitos, incluso autorizándoseles para utilizar documentos de identidad falsos, incluso la interceptación de comunicaciones con fines de prevención (art. 226 de la Ley Procesal Penal) por un tiempo de cuarenta días, prorrogables.

derechos humanos, actitud político-legislativa que, sin duda, responde a la suma de una serie de factores entre los que juega un esencial papel la aparición y progresión, como antes decíamos, de nuevas formas de criminalidad de extraordinaria gravedad, la realidad de lo que con acierto los observadores criminológicos denominan “*globalización del crimen*”, que evidencia la indignante realidad de la absoluta desaparición de fronteras, muy especialmente en ciertas modalidades de delincuencia organizada, a lo que se unen los desalentadores efectos que en la ciudadanía produce la constatación, con más frecuencia de la deseada, de la ineficacia de la investigación y el fracaso de los instrumentos y de las políticas policiales en la lucha contra el crimen, fracaso de resultados que, como denuncia Martí Mingarro⁵¹, inmediatamente se trata de justificar acusando al sistema de “*hipergarantismo*”, con su correlativa crítica hacia la labor de los tribunales de justicia⁵², crítica ante la que éstos, quiérase o no, difícil-

⁵¹ Ob. cit., pág. 23

⁵² A nadie se oculta la amplia y permanente polémica existente en España sobre la controvertida tolerancia en la utilización de determinados medios de prueba, singularmente los derivados de las intervenciones de comunicaciones, práctica que ha motivado reiteradas condenas del TEDH, por todas la Sentencia de 30 de julio de 1998 (“Caso Valenzuela c/ España”) y la Nº de 18.2.2003 (“Caso Bugallo c/ España”) por entender que éstas no respetaban las más elementales garantías y derechos del imputado o acusado, denuncia que igualmente ha sido sostenida por el TC del Reino de España, entre otras, *en sentencias Nº 49/1999 de 5.4, y la Nº 184/2003 de 23.10*, esta última dictada por el Pleno del TC (B.O.E. Nº 272 de 13/11/2003) como consecuencia del recurso de amparo Nº 4857-2001 que el autor de este discurso promovió contra sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla (28/12/1999) y del Tribunal Supremo (19/7/2001) acogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vino a reconocer que la regulación española en la materia “*adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 del CEDH*”. En idéntico sentido, y al hilo del testimonio del acusado “arrepentido” en los supuestos de terrorismo y crimen organizado (por todos en Italia y México) no menos problemático ha sido el tratamiento como prueba del testimonio del coimputado, por más que a partir de la STC Nº 153/1997, de 29.9 y la Nº 49/1998, *se exija un dato objetivo al exigir que el testimonio del coimputado, cuando sea prueba única si su veracidad no se ve avalada por otros elementos probatorios que le sirvan de corroboración externa* carece de entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, exigencia que posteriormente se ha ido rebajando y ‘dulcificando’ respecto de sus categóricos términos iniciales, para precisar que la corro-

mente pueden mantenerse indemnes, pese a saberse que tales estados de opinión y censura, vienen habitualmente motorizados por esa mezcla fatal de miedo e indignación ciudadana, situación que sin solución de continuidad, se ve complementada con la exigencia de una revisión del derecho de defensa, que se traduce en una rebaja de las garantías del justiciable, por lo general a través de la vía de las excepciones.

III. La defensa del derecho de defensa

Carecería de toda justificación ante la violencia terrorista cualquiera, que sea el origen y sus brutales resultados, mirar hacia otro lado tratando de ignorar las cotas de alarma y pánico ciudadano que ha conseguido engendrar en el mundo occidental.

Desde este punto de partida, también es claro que los ciudadanos y los medios de comunicación exijan de los gobiernos que les rigen, respuestas enérgicas frente a esta lacra hasta su aniquilación, de la misma manera que resulta comprensible que la ineficacia de los medios e instrumentos utilizados, o sencillamente el retraso en los resultados perseguidos en tal difícil lucha, provoquen una cierta dosis de impotencia y el correlativo y lógico desgaste de los gobernantes, propiciando derivas en busca de soluciones, que por lo general desembocan, como antes decíamos, en endurecimientos las leyes sancionadoras de tales conductas, acompañadas por lo general de replanteamientos de los límites garantistas debidos a tales ciudadanos “enemigos”, aun a costa de ignorar cuando no burlar los límites que tras un largo recorrido histórico el Estado de Derecho ha fijado, unos límites que hoy están plenamente consagrados por las declaraciones y tratados internacionales, que han venido a reconocer y defender los derechos humanos.

Ciertamente en la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado no se puede siquiera imaginar el respeto a las más elementales reglas del *fair play*, lo obliga al Estado a buscar posiciones adelantadas en el combate, muy especialmente en la fase previa o preventiva, por lo general

boración no ha de ser plena sino ‘mínima’, y situar la exigencia objetiva en ‘algo “externo” que sirva para atribuir verosimilitud a la declaración’.

desarrollada en sede de investigación, contraespionaje y vigilancia ciudadana, fase que algunos especialistas denominan de “alerta protectora” (*protective alert*). Así aparece la figura del “sospechoso” como nueva categoría de sujeto que justifica determinadas acciones sobre su persona, esencialmente de pesquisa, indagación e intervención y, por lo general, de iniciativa y origen policial, de difícil cuando no imposible control por el Poder Judicial, acciones que por lo general comportan en la práctica, la “suspensión” cuando no la supresión de derechos esenciales de todo ciudadano, tales como la inviolabilidad domiciliaria, el secreto de las comunicaciones, e incluso la libertad personal, impidiéndoseles al mismo tiempo la utilización de los instrumentos propios del derecho de defensa, cuando es lo cierto que precisamente en estas situaciones es cuando ha de exigirse el mayor esfuerzo del Estado democrático para preservar los derechos de los sospechosos, por muy “enemigos” que se les considere.

Estos límites en cuanto al derecho de defensa, cuando se está en lo que algunos denominan “*el umbral de proceso*” y por obvias razones, legalmente han de reforzarse en beneficio del ciudadano, no sólo por cuanto el control judicial prácticamente es inexistente, sino por la necesidad de entender que son derechos mínimos, precisos, concretos e intraspasables, sencillamente porque son parte de los pilares sobre los que descansa el Estado de derecho, y nadie puede ignorarlos, por muy importante que pueda parecer la causa esgrimida para ello.

Entre esos “mínimos”, en primer lugar surge el *derecho a ser informado de la acusación*, que nace desde el momento en que se dirija un procedimiento de la clase que sea contra un ciudadano, incluso como sospechoso de haber participado en un hecho criminal típico, y se adoptan medidas, las que fueren, contra sus derechos, debiendo ser informado y conocer sin demora el contenido material de aquello que se le reprocha⁵³, derecho que viene expresamente sancionado en los arts. 14.3 del PIDCP y 6.3 del CEDH⁵⁴.

⁵³ Si ha sido detenido deberá ser informado antes de su primera declaración y si no existiera medida cautelar previa, desde el mismo momento en que surjan indicios de criminalidad contra él, evitando cualquier demora o investigación a sus espaldas.

⁵⁴ El TEDH viene manteniendo una doctrina firme y unánime sobre el derecho a ser informado de la acusación y así por todas, como más recientes, entre otras las sentencias de 27/9/2011 (“Caso Hrdalo c/Croacia”); 3/5/2011 “Caso Glosakis c/ Grecia”); 12/4/

Más amplia y reforzada ha de ser la protección legal en el supuesto de detención de la persona y en este sentido el Convenio Europeo tras proclamar el derecho a la libertad como regla general y su privación como excepción (art. 5.1), inmediatamente y para los casos de detención, entre ellos, “*para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que se ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido*”, tal tutela la proyecta inexcusablemente en un triple frente:

a) ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella (art. 5.2);

b) ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento; y

c) derecho a presentar un recurso o solicitud (*habeas corpus*) ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal ⁵⁵.

2011 “Caso Adrian Constantin c/ Rumania”; 25/1/2011 (“Caso Block c/ Hungay”). Este mismo Tribunal, sobre este derecho y en relación con España, ha tenido ocasión de pronunciarse entre otras en sentencias de 23/3/2010 (“Caso Amelia Bergillos Moreton c/ España”); 10/6/2008 (“Caso Esther y Laura Oubiña Lago c/ España”); 19/2/2002 (“Caso Ramos Ruiz contra España”); 6/1/2000 (“Caso Haume Torrets Bauza, Felipe Borallo Rubio, José Baltierrez Altier y Jaume Prats Sanroma contra España”); 8/12/1998 (“Caso Padin Gestoso c/ España”); 6/12/1988 (“Caso Barberá, Messegué y Jabardo c/ España”).

⁵⁵ El texto íntegro del art. 5º del CEDH es el siguiente:

“Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley;

a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.

b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.

Y esta comunicación que habrá de hacerse en idioma que comprenda, de forma clara y precisa, sin tecnicismos, siendo obligación inexcusable proveer de intérprete ⁵⁶ a fin de que quede garantizado que conoce

c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que se ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1, c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”.

⁵⁶ El art. 6º del CEDH dispone: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, ... por un Tribunal... que decidirá los litigios sobre... el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...”

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...]

... e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

El TEDH se ha pronunciado sobre ello, entre otras, en sus sentencias de 27/5/2010 (“Caso Sandel c/ la ex República Yugoslava de Macedonia”); 24/9/2002 (“Caso Cuscani c/ Reino Unido”); 23/10/1984 y 21/2/1984 (“Casos Öztürk contra Alemania”); 28/11/1978 (“Caso Luedicke, Belkacem y Koc c/Alemania”), entre otras.

con absoluta seguridad de que se le acusa en la causa⁵⁷, se complementa con su derecho esencialísimo *a saber* que puede designar abogado de su confianza, o reclamar la presencia e intervención de abogado de oficio, por lo que y en todo caso deberá ser ilustrado de las posibles consecuencias que puedan derivarse de someterse a diligencias de investigación, sin el debido asesoramiento legal (por ejemplo, a ejercitar su derecho a guardar silencio, o negarse a la práctica de pruebas materiales, sean o no invasivas, etc.)⁵⁸.

Una reciente sentencia del TEDH, la de 3 de mayo de 2011⁵⁹ incluso va a extremar el contenido de este derecho a conocer al precisar que *“El artículo 6.3 del Convenio señala la necesidad de prestar particular atención a que el demandado sea informado de ‘la acusación’. Reconoce al acusado el derecho a ser informado no sólo de la ‘causa’ de la acusación, es decir, de los hechos materiales que existen en su contra y sobre los que se funda la acusación, sino también de la calificación jurídica otorgada a estos hechos, y de una manera detallada”* (resaltados nuestros).

De la misma manera, formando parte de dichos “mínimos”, es de ineludible reconocimiento a todo ciudadano, sea sospechoso o imputado, su *derecho a guardar silencio y a no confesarse culpable*.

Nadie, ni siquiera desde la condición de mero sospechoso, puede ser obligado a declarar o a confesarse culpable, y menos aún bajo tortura, cualquiera que sea su naturaleza. La interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo, es desde todo punto indiscutible y aun más si lo proyectamos a la inexistencia de obligación de aportación de elementos de prueba o cualquier otra contribución de contenido directamente inculpativo.

⁵⁷ Como precisa la STEDH de 20 abril 2006 “Caso I. H. y otros c/ Austria”, Demanda N° 42780/1998 (con cita de la Sentencia de 19 diciembre 1989, “Caso Kamasinski c/ Austria): “Los pormenores del delito juegan un papel crucial en el proceso penal, ya que es en el momento de su notificación cuando el sospechoso es formalmente informado por escrito de la base legal de hecho y de derecho de los cargos en su contra”.

⁵⁸ El TEDH ha sido terminante sobre estos particulares y así por todas, la Sentencia de 14 de octubre de 2010 (“Caso Brusco c/ Francia).

⁵⁹ Demanda N° 5689/2008, “Caso Giosakis c/ Grecia”, con cita de las SsTEDH en los casos “Pélissier y Sassi c/ Francia” [TEDH 1999\10] [GS], N° 25444/94, ap. 51, TEDH 1999-II; “Drassich c/ Italia”, N° 25575/04, ap. 31, 11 de diciembre de 2007).

Como recuerda la STEDH de 22 de marzo de 2005⁶⁰, si bien el derecho a guardar silencio y no confesarse culpable el art. 6 del Convenio no lo mencione expresamente, “*son normas internacionales generalmente reconocidas en el seno de la noción del proceso justo consagrada por dicho artículo*”, agregando seguidamente que “... *el derecho a no confesarse culpable presupone que en un asunto penal, la acusación trata de basar su argumento sin recurrir a elementos de prueba obtenidos por coacción o presión, ignorando la voluntad del acusado*”⁶¹. Sin embargo el derecho de no confesarse culpable concierne, en primer lugar, al respeto de la determinación del acusado a guardar silencio”⁶².

En paralelo con la garantía anterior, *el sospechoso, o imputado tiene derecho desde el primer momento a designar abogado de su confianza, o en su caso que se le asigne de oficio*, asistencia de abogado que es lo que conocemos como defensa técnica y *con ello al inmediato ejercicio del derecho de defensa*, sin olvidar que su acceso al proceso conlleva el reconocimiento del *status* de parte procesal. Junto a ello los tratados internacionales⁶³ reconocen el derecho a la autodefensa, es decir la “defensa propia” o privada, que implica la posibilidad material de que el imputado o acusado lleve a cabo actuaciones defensivas tanto en la salvaguardia de su libertad como en la realización de diligencias

⁶⁰ “Caso Blanca Rodríguez-Porto Pérez c/ España”, con cita de la STEDH de 21/12/2000 “Caso Heaney y Mc. Guinness c/ Irlanda”,

⁶¹ En el mismo sentido, STEDH de 17/12/1996, “Caso Saunders c/ Reino Unido”.

⁶² Sobre el derecho a guardar silencio, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse, entre otras. además de las sentencias citadas, en las de 14/10/2010 (“Caso Brusco c/ Francia”); 20/4/2010 (“Caso Adetoro c/ Reino Unido”); 18/3/2010 (“Caso Krumpholz c/ Austria”); 21/4/2009 (“Caso Marttinen c/ Finlandia”); 19/6/2007 (“Caso Macko y Kozubal c/ Eslovaquia”); 24/3/2005 (“Caso Rieg c/ Austria”); 15/6/1999 (“Caso Jesús Santiago Tirado Ortiz y otros c/ España”).

⁶³ Así, el art. 6.3 del CEDH y el art. 14.3 del PIDCP.

El TEDH se ha pronunciado sobre este derecho, entre otras, en sus sentencias 10/5/2012 (“Caso R.I.P. y D.L.P. c/ Rumanía”); 13/9/2011 (“Caso Wersel c/ Polonia”); 13/9/2011 (“Caso Mehmet Serif Oner c/ Turquía”); 2/3/2010 (“Caso Adamkiewicz c/ Polonia”); 12/5/2009 (“Caso Masaev c/ Moldavia”); 5/10/2006 (“Caso Marcello Viola c/ Italia”); 25/10/2005 (“Caso Ipsd y otros c/ Turquía”).

encaminadas a impedir su condena ⁶⁴, o a lograr la sanción penal más favorable. En modo alguno, por tanto, el abogado puede ser concebido como “órgano colaborador de la Justicia”, asimilable al Ministerio Fiscal como algunos han querido entender; en absoluto puede entenderse que “*deba contribuir a la condena del culpable*” ⁶⁵. Antes al contrario tiene la obligación del “secreto profesional” que le ampara.

Igualmente y una vez designado el abogado, se debe garantizar al detenido el poder entrevistarse con su defensor ⁶⁶. En este tema particular de las comunicaciones entre imputado y su abogado, el *TEDH* en general ha declarado que no se pueden intervenir dichas comunicaciones ⁶⁷, si bien no es menos cierto que ha admitido tales intervenciones entre el letrado y su cliente en los supuestos excepcionales en que se instrumentalice el ejercicio de la profesión de abogado para la comisión de conductas delictivas ⁶⁸.

⁶⁴ A título de ejemplo, el catálogo de actividades que la ley procesal española autoriza a realizar al imputado como autodefensa, no es muy amplio, y así puede proponer verbalmente la recusación del juez si estuviera incomunicado, asistir a diligencias de investigación, nombrar peritos, pedir ser reconocido por quienes le acusan en presencia del juez, proponer diligencias, incluso prueba anticipada, prestar declaración cuantas veces estime oportuno, formular verbalmente la impugnación de la resolución que eleva su detención a prisión, prestar conformidad al escrito de acusación más grave, pronunciar la última palabra (véase arts. 58, 333, 336, 350, 356, 368, 396, 400, 471, 501, 655, 689 y 739 de la L.E.Crm. entre otros).

⁶⁵ V. GIMENO SENDRA, ob. cit., pág. 268.

⁶⁶ En el derecho procesal español (L.E.Crm.), este derecho sólo viene reconocido para antes de su primera declaración judicial. No obstante lo anterior, el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2010 preparado por el gobierno socialista, paralizado en su tramitación por el actual gobierno, en su art. 33 .1.c) prevenía el poder entrevistarse reservadamente con su abogado “*antes y después de cualquier declaración, incluida la que preste en sede policial*”.

⁶⁷ SsTEDH de 30/9/1985 (“Caso Can c/ Austria”); 28/11/1991 (“Caso S. c/ Suiza”); 13/3/2001 (“Caso Castravet c/ Moldavia”); 5/10/2006 (“Caso Viola c/ Italia”).

⁶⁸ Así en la Sentencia de 20 de junio de 1988 (“Caso Schonenberger y Dumaz c/ Suiza”), admitió *a sensu contrario* que la intervención de una carta remitida por el abogado al imputado pudiera estar justificada si se acreditaba la connivencia o colusión entre ambos para la comisión de un delito; en la sentencia de 28 de noviembre de 1991 (“Caso S. c/ Suiza”) se admite que pueda haber motivos excepcionales convincentes; en la sentencia de 25 de marzo de 1992 (“Caso Campbell c/ Reino Unido”), no se excluyó la posibilidad de autorizar en casos excepcionales la lectura de la correspondencia de un

A nadie se oculta la polémica abierta en España como consecuencia de la condena por prevaricación dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo contra un prestigioso juez de la Audiencia Nacional, motivada por las escuchas de las comunicaciones de determinados presos con sus abogados, ordenadas por el citado juez por entender que existían indicios de connivencia para la comisión de delitos, medida que, incluso, fue prorrogada por otro juez distinto que continuó la investigación tras el conflicto jurisdiccional planteado por el primero de los instructores⁶⁹, segundo juez instructor que, sin embargo, no fue sometido a juicio. El citado juez resultó condenado por el Tribunal Supremo en única instancia desde la consideración, en apretada síntesis, de que para adoptar una medida de tal naturaleza, por su trascendencia respecto del derecho de defensa era ineludible la existencia de indicios contra los abogados, asunto no resuelto definitivamente, y que sin duda será sometido al conocimiento del *TEDH*.

Y no se deben agotar esos “mínimos” sin el reconocimiento de *su derecho de acceso al proceso*. Más allá de gozar interinamente el sospechoso, imputado o acusado del derecho a ser tenido por inocente, la primera faceta que conforma el haz poliédrico de derechos integrados en el de defensa, no es otro que el garantizar los poderes públicos su “posibilidad procesal”⁷⁰ de inmediato acceso al proceso, tras comunicarle su existencia e instruirle de su derecho y, desde luego, desde el mismo momento de su detención o de cualquier medida cautelar que se haya adop-

interno con su letrado cuando hubiera motivos justificados para entender que la carta contiene elementos de carácter delictivo; en la sentencia de 25 de marzo de 1998 (“Caso Kopp c/ Suiza”) no cuestionó la posibilidad de la intervención telefónica de las conversaciones del letrado con sus clientes, siempre que aquél estuviera imputado en la causa; finalmente, en la sentencia de 22 de abril de 2010 (“Caso Radkov c/ Bulgaria”), se deja la posibilidad excepcional de la intervención y lectura de cartas dirigidas por los letrados al interno en un centro penitenciario, en el caso de que concurrieran razones especiales.

⁶⁹ La *STS N° 79/2012, de 9 de febrero*, Pte. Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, sentencia contra la que se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; este alto tribunal por *Decisión de 29 de octubre de 2012* ha denegado su admisión a trámite por inexistencia de violación de derecho fundamental tutelable en amparo, lo que hace presumir que inmediatamente se planteará la cuestión ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁷⁰ J. GOLDSCHMIDT, ob. cit.

tado en su contra ⁷¹, a fin de materializar, con plena efectividad, su derecho “*a ser oído*” desde ese mismo instante, acceso que debe reconocerse en todas y cada una de las instancias ⁷².

Por demás, el acceso al proceso se ha de ver complementado *con el acceso a la publicidad del contenido de lo instruido*, es decir a tomar conocimiento de las actuaciones practicadas (siempre que ello no comporte real frustración de la investigación ⁷³), y a ejercitar la oportuna contradicción en las diligencias y actos procesales que se practiquen en el futuro. Ni siquiera la hipotética garantía de “eficacia” de la investigación que se trata de proteger como razón superior para declarar el secreto de las actuaciones, menoscaban no sólo su absoluta excepcionalidad y estricta temporalidad y, desde luego, no debe impedir que el imputado conozca los hechos que se investigan, aun cuando ignore por donde se encausa la investigación, y lógicamente se le impida participar en ella, hasta tanto el secreto sumarial sea levantado.

Sin duda, es necesario traer a primer plano como buena muestra de la preocupación, universal y transfronteriza, de buena parte de los Estados democráticos por el respeto y la salvaguarda de los derechos fundamentales y, especialmente, del derecho de defensa, una recientísima decisión del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, a saber su *Directiva 2012/13/UE de 22 de mayo de 2012* ⁷⁴ relativa al derecho a la información en los procesos penales, que merece detenernos siquiera brevemente en ella.

⁷¹ La Ley Procesal Penal española, en su art. 118 es terminante: “Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho”.

⁷² En el sentido indicado, el TC español viene reconociendo este derecho en forma unánime, ya desde su STC N° 151/1987 de 2 de octubre, y reiterado, entre otras, en SsTC Nros. 11/1995 y 111/1995.

⁷³ Una de las quebras del derecho a conocer e instruirse del contenido de las actuaciones y con ello del derecho de defensa, se encuentra en la posibilidad de que el juez instructor acuerde el secreto de las actuaciones total o parcialmente, situando al imputado en una delicada situación, ajeno a la instrucción y por ello sin poder defenderse y contradecir las diligencias que se practican.

⁷⁴ Entró en vigor el 21 de junio de 2012

En efecto, entre los objetivos perseguidos por la Unión Europea, sin duda, especial relieve ofrece el de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, y para ello partiendo de la proclamación que en el art. 47 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* y en el art. 6 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* en cuanto consagran el derecho a un juicio equitativo y el art. 48, apartado 2, de la citada Carta al garantizar el respeto de los derechos de la defensa, puesto en relación con el art. 82, apartado 2 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* en cuanto reconoce como materia o ámbito en el que puede establecerse normas mínimas aplicables en los Estados Miembros “*los derechos de las personas durante el proceso penal*”, normas mínimas comunes que según se razona en su *Consideración 10ª*, va encaminadas a obtener una mayor confianza en los sistemas judiciales penales de todos los estados miembros ⁷⁵.

En este sentido el 30 de noviembre de 2009 el Consejo Europeo adoptó una resolución sobre fijación de un plan de trabajo “*para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados en los procesos penales*” y, en particular, abogando por la adopción de medidas relativas al derecho a la interpretación y a la traducción (Medida A), a la información sobre los derechos e información sobre los cargos (Medida B), sobre el asesoramiento jurídico y justicia gratuita (Medida C), el derecho de una persona detenida a comunicarse con sus familiares, con su empleador y con las autoridades consulares (Medida D), y a las salvaguardias especiales para las personas sospechosas o acusadas (Medida E), que sean vulnerables (menores incapacitados etc. etc.), plan de trabajo que el 11 de diciembre de 2009 el Consejo Europeo acogió favorablemente y lo incorporó al programa de Estocolmo ⁷⁶, siendo lo cierto que

⁷⁵ La Consideración 10ª dice textualmente: “Las normas mínimas comunes deben conducir a una mayor confianza en los sistemas judiciales penales de todos los Estados miembros, lo cual, a su vez debe propiciar una cooperación judicial más eficaz en un clima de confianza recíproca. Deben establecerse tales normas mínimas comunes en el ámbito de la información en los procesos penales”.

⁷⁶ “*Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*” (punto 2.4). Conviene señalar que el Consejo Europeo subrayó el carácter no exhaustivo del plan de trabajo e invitó a la Comisión a “*examinar nuevos elementos de los derechos procesales*

como resultado de todo ello y fruto de dicho “plan de trabajo”, la primera medida que se aprobó fue la *Directiva 2010/64/UE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha *20 de octubre de 2010* relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, para seguidamente y de acuerdo a lo previsto en la resolución citada de 30 de noviembre de 2009, dictarse la que ahora contemplamos, *Directiva 2012/13/UE* de *22 de mayo de 2012*.

En efecto, la reciente *Directiva 2012/13/UE* de *22 de mayo de 2012* que encuentra su antecedente, como hemos indicado en la Medida B) del Plan de Trabajo aprobado el *30 de noviembre de 2009* por el Consejo Europeo va a establecer “*normas mínimas comunes de aplicación en lo que se refiere a la información sobre los derechos y la acusación que se habrá de proporcionar a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido una infracción penal, con vistas a mejorar la confianza recíproca entre los Estados miembros*”, siendo de aplicación ⁷⁷ “*desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro ponen en conocimiento de una persona que es sospechosa o que se le acusa de haber cometido una infracción penal, hasta la conclusión del proceso, es decir, hasta la decisión definitiva que determina si la persona sospechosa o acusada ha cometido o no la infracción penal, incluidas, cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso*” estableciendo seguidamente un catálogo de los derechos sobre los que deberán ser informadas “*con prontitud*” las *personas sospechosas o acusadas*, información que los Estados miembros garantizaran “*a fin de permitir su ejercicio efectivo*” ⁷⁸ (destacado/nuestro), derechos entre

mínimos de las personas sospechosas y acusadas”, y a evaluar la necesidad de abordar otras cuestiones, por ejemplo la presunción de inocencia, para fomentar una mejor cooperación en ese ámbito.

⁷⁷ Artículo 2º.

⁷⁸ El art. 3º bajo la rúbrica de “Derecho a la información sobre los derechos”, textualmente dispone:

“1. Los Estados miembros garantizarán que las personas sospechosas o acusadas reciban con prontitud información acerca, como mínimo, de los siguientes derechos procesales según se apliquen con arreglo a la legislación nacional, a fin de permitir su ejercicio efectivo:

los que se encuentran el acceso a un abogado o, en su caso, a la asistencia letrada gratuita, derecho a ser informado de la acusación en los términos del art. 6º del Convenio ⁷⁹, el derecho a no declarar y guardar silencio, y el derecho a la asistencia de interprete y traducción ⁸⁰.

Junto con todo ello, la Directiva europea comentada va a ser de todo punto rigurosa e inequívoca al establecer el derecho a recibir información sobre la acusación, precisando que los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada detenida “*reciba información sobre la infracción penal que se sospecha ha cometido o está acusada de haber cometido*”, información que se le facilitará “*con prontitud y con el grado de detalle necesario para salvaguardar la equidad del proceso y **permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa***” (destacado/nuestro) ⁸¹ y junto con todo ello igualmente se reconoce a

-
- 1.a) el derecho a tener acceso a un abogado;
 - 2.b) el eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla;
 - 3.c) el derecho a ser informado de la acusación, de conformidad con el artículo 6;
 - 4.d) el derecho a interpretación y traducción;
 - 5.e) el derecho a permanecer en silencio.

2. Los Estados miembros garantizarán que la información establecida en el apartado 1 se proporcione verbalmente o por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables”.

⁷⁹ El CEDH en su art. 6.3, entre otros, dispone y reconoce: “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; ...”.

⁸⁰ El art. 5º, en relación con la orden de detención europea (Decisión marco 2002/584/JAI), impone a los Estados miembros respecto a la persona detenida, la obligación de que ésta reciba con prontitud en el Estado miembro que la ejecuta, una declaración de derechos adecuada que contenga información sobre sus derechos redactada en un lenguaje sencillo y accesible.

⁸¹ El art. 6º y bajo la rúbrica de “Derecho a recibir información sobre la acusación”, textualmente dispone:

“1. Los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada reciba información sobre la infracción penal que se sospecha ha cometido o está acusada de haber cometido. Esta información se facilitará con prontitud y con el grado de detalle necesario para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa.

toda persona que sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal su derecho a que se le entregue bien a ella o a su abogado “*aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva* (destacado/nuestro), *con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad*”⁸², derecho junto al que igualmente deberán garantizar los Estados miembros “*que la persona acusada o sospechosa o su abogado, tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa*”, reconociéndose seguidamente (art. 7.3) que el acceso a las citadas “*pruebas materiales*” se concederá “*con la debida antelación que permita el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa* (destacado/nuestro), *y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal*”⁸³.

Este derecho de acceso a los materiales probatorios o de cualquier otro orden obrantes en la causa o expediente, sin embargo puede denegarse *siempre que ello no suponga “un perjuicio para el derecho a un jui-*

2. Los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada que sea detenida o privada de libertad sea informada de los motivos de su detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa.

3. Los Estados miembros garantizarán que, a más tardar en el momento en que el contenido de la acusación se presente a un tribunal, se facilite información detallada sobre la acusación, incluidas la naturaleza y la tipificación jurídica de la infracción penal, así como la naturaleza de la participación de la persona acusada.

4. Los Estados miembros garantizarán que se informe con prontitud a la persona sospechosa o acusada sobre cualquier cambio que se produzca en la información facilitada de conformidad con el presente artículo cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del procedimiento”.

⁸² Art. 7.1

⁸³ El último párrafo del N° 3° del art. 7° contemplado, amplía este derecho en términos igualmente precisos: “Si llegan a poder de las autoridades competentes *más pruebas materiales*, se concederá acceso a las mismas con la *debida antelación para que puedan ser estudiadas*” (resaltados/nuestros).

cio equitativo” y, además, si tal acceso comporta o “*puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona, o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal*”, debiendo garantizar, asimismo, los Estados miembros que sea un tribunal quien adopte la decisión (no las autoridades administrativas o gubernativas), y *que dicha decisión se someta a control judicial* ⁸⁴.

Finalmente la citada Directiva impone a los Estados miembros, entre otras obligaciones, la de adaptar y poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para la efectividad de lo dispuesto en la misma, “*a más tardar el 2 de junio de 2014*” ⁸⁵.

IV. Los tribunales de justicia y la tutela del derecho de defensa:

Frente a esta realidad, la reacción en el seno del Estado de derecho en abierta defensa de los derechos fundamentales y de los principios jurídicos que tanto ha costado conseguir, ha nacido, como siempre, de la mano de la doctrina y de la jurisprudencia, y de ello han dado buen ejemplo los jueces norteamericanos.

En efecto, el clima de generalizado temor y airada protesta de la sociedad a lo que se unió en forma concluyente la presión absoluta de los medios de comunicación, si bien fue en forma decisiva, determinante de

⁸⁴ Art. 7.4.

⁸⁵ El art. 12 dispone que “*a más tardar el 2 de junio de 2015*” la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo, un informe evaluando las medidas adoptadas por los Estados miembros para cumplir la Directiva. *De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo N° 22 sobre la posición de Dinamarca* (anexos al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), *este Estado miembro no participa en la adopción de la dicha y comentada Directiva*, y no queda vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación. *Por el contrario el Reino Unido y de Irlanda de conformidad con el artículo 3 del Protocolo (N° 21), han notificado su voluntad de participar en la adopción y aplicación de la Directiva.*

la promulgación de la citada *USA Patriotic Act*, sin embargo no ha impedido la reacción de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica que de forma lenta pero no menos enérgica ha venido declarando la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la citada ley, muy especialmente en relación con la situación jurídica de los presos recluidos en la prisión de Guantánamo, y en igual medida por las denuncias de torturas infligidas a presos iraquíes en la cárcel de Abu Craigh, muy especialmente las dictadas el 28 de junio del 2004 en los casos *Rasul, Hamdi y Padilla*, que de alguna forma han preluñado la reacción de los tribunales de justicia, decisiones en las que la Corte Suprema tuvo que pronunciarse sobre la cuestión de si las personas capturadas por las tropas americanas en la guerra de Afganistán⁸⁶ tenían derecho, entre otros, a solicitar un *habeas corpus* ante los jueces ordinarios norteamericanos y reclamar su derecho a un proceso con todas las garantías, entre ellas la del derecho de defensa y si bien en el caso del ciudadano *Hamdi* (nacido en territorio norteamericano, concretamente en Louisiana) los jueces dictaminaron que cualquier ciudadano norteamericano ante una detención, siempre tiene derecho a plantear un *habeas corpus*⁸⁷, en el “caso *Rasul*” (prisionero en Guantánamo) que no tenía la nacionalidad norteamericana y que recurría en unión de otros once presos extranjeros internados en la citada base⁸⁸, la Corte Suprema entendiendo que la norma (§ 2241) no distinguía entre ciudadanos norteamericanos y extranjeros detenidos y sometidos a la custodia federal, legitimaba plenamente que los extranjeros prisioneros pudieran invocarla ante los tribunales federales⁸⁹, trascendental decisión ya que suponía el reconocimiento de que los recurrentes tenían este derecho fundamental a interponer el recurso de *habeas*

⁸⁶ Junto a dos de los recurrentes, se unía un tercer caso, de un detenido en el Aeropuerto de Carolina del Norte acusado de haber participado en el Atentado del 11-S.

⁸⁷ La votación fue de 8 votos a favor y uno en contra, y el argumento esencial radicó en que el art. 1º, Sección 9, cláusula 2 de la Constitución americana sólo suspende este derecho en caso de “*rebelión o invasión, cuando así lo requiera la seguridad pública*”, y estas circunstancias no se daban en el supuesto contemplado.

⁸⁸ Precisamente ello justificó que tres de los jueces, Scaglia, Rehnquist y Thomas se opusieran a la admisión del recurso, por cuanto entendían que al no ser ciudadano de EE.UU. (como en el caso *Hamdi*) carecía de los mismos derechos, entre ellos el de interponer un *habeas corpus*.

⁸⁹ La decisión se adoptó por 6 votos a favor y 3 en contra.

corpus en defensa de su situación y libertad *a pesar de carecer de la nacionalidad norteamericana*, lo que *de facto* implicaba el paso previo al reconocimiento de otros derechos fundamentales, tales como el de defensa, derecho al juicio con todas las garantías, etc., pero sobre todo, como señala Fletcher ⁹⁰ ello suponía superar “*el estrecho binomio ciudadano-extranjero, equivalente en cierto modo al de “amigo-enemigo”* aun cuando todavía no se ha terminado de resolver la situación de muchos otros “*enemigos combatientes*” internados en la citada base militar, y respecto de los que se viene ignorando que sus derechos, en todo caso, vienen reconocidos por los Convenios de Ginebra, ya desde la Convención de 1864 y, más específicamente, en la Tercera y Cuarta ambas de 1949 ⁹¹.

Similar trascendencia ha de reconocerse a la sentencia de *16 de diciembre de 2004* dictada por la *Cámara de los Lorens* británica, por la que declaró por 8 votos a favor contra 1 en contra, que la ley antiterrorista de 2001 que permitía la detención gubernativa sin límite temporal de extranjeros sospechosos de terrorismo infringía entre otros derechos de la Convención Europea, el derecho a la igualdad jurídica entre extranjeros y ciudadanos y al debido proceso y a la protección judicial efectiva. En dicha sentencia y en defensa de sus conclusiones, Lord Nicholls de Birkenhead sabiamente concluye que “*La prisión indefinida sin cargos ni juicios es anatema en un país que observa el imperio de la ley*”; y aún más explícito en su contundencia, Lord Hoffman, otro de los ocho magistrados que se pronuncian en contra de esta ley, al exponer: “*La verdadera amenaza para la vida de esta nación, entendida como un pueblo que vive de acuerdo con sus tradiciones y sus valores políticos, no viene del terrorismo, sino de leyes como ésta*” ⁹².

También los tribunales de justicia españoles han tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, no ciertamente en muchas ocasiones, pero desde luego cuando lo ha efectuado, es digno de reconocer que con toda

⁹⁰ Ob. cit.

⁹¹ Entraron en vigor el 21 de octubre de 1950

⁹² En el texto original: “*The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as these*”.

contundencia y claridad, lo que sólo puede ser entendido como terminante expresión de un posicionamiento inequívoco de rechazo a un derecho penal de esta naturaleza, con lo que ello a su vez conlleva la seria advertencia a los poderes del Estado sobre el particular.

La primera de las citadas resoluciones ha sido la *Sentencia N° 829/2006, de 20 de julio*⁹³ conociendo del recurso interpuesto por un ciudadano español de ascendencia marroquí⁹⁴. Pues bien tras proclamar con toda claridad (Fund. Jdco. 6°) que “*La detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, en la base de Guantánamo, custodiados por el ejército de los Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación* (destacado/nuestro) *desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada*” para seguidamente y tras conceptualizar con inocultable amargo sarcasmo que “*Guantánamo es un verdadero ‘limbo’ en la Comunidad Jurídica que queda definida por una multitud de Tratados y Convenciones firmados por la Comunidad Internacional*”, sin solución de continuidad concluye que dicha prisión norteamericana representa “*un acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como ‘derecho penal del enemigo’*. *Ese derecho penal del enemigo opuesto al derecho penal de los ciudadanos, quedaría reservado para aquéllos a los que se les consideraría responsables de atacar o poner en peligro las bases de la convivencia y del Estado de derecho*”.

Continuando, con vigorosa descripción, el examen de los perfiles de este derecho que se dirige contra el “enemigo atacante” en términos concluyentes, “*Precisamente esos ataques los convertiría en extraños a la ‘polis’, a la comunidad de ciudadanos y como tal enemigos, es decir, excluido de la Comunidad y perseguidos si es preciso con la*

⁹³ Recurso de casación N° 1188/2005, ponente Excmo. Sr. Giménez García

⁹⁴ El recurrente, fundamentalista islámico, que había huido de Afganistán tras el 11-S, fue detenido en Pakistán y puesto a disposición del ejército norteamericano, que lo trasladaría a Guantánamo, entregándolo posteriormente a España siendo juzgado por la Audiencia Nacional y condenado por sentencia de 4/10/2005 por delito de integración o pertenencia a organización terrorista. Su recurso fue estimado por el alto tribunal y absuelto del delito por el que había sido condenado.

guerra. Por ello, las grandes líneas de esta singular construcción se encontrarían en:

a) **Frente al derecho penal del hecho** -hecho concreto-, propio de la sociedad democrática, el derecho penal del enemigo **es un derecho de autor** que se centra no en lo que éste haya hecho, sino en lo **que pueda hacer en su condición de terrorista**.

b) Hay un **decaimiento generalizado o anulación de las garantías procesales propias del proceso debido**.

c) *Las penas previstas para esa actitud -que no los actos cometidos- pues el acento se pone en la puesta en riesgo, son de una gravedad y desproporción que desbordan la idea de ponderación, medida y límite anudados a la idea de derecho, y más concretamente de derecho penal*” (resaltados nuestros).

Y finaliza, lejos de todo compromiso justificador, con la más severa y no menos dogmática condena: *“Se trata de una construcción jurídica que parte de una contradicción en sus argumentos que contamina hasta la propia denominación de la doctrina. No se pueden defender desde el Estado los valores de la libertad, convivencia, pluralidad y Derechos Humanos, con iniciativas caracterizadas por la vulneración de los valores que se dicen defender*.

Esta Sala en la STS 1179/2001 de 20 de julio⁹⁵ ya advirtió de la perversión que supone legitimar los medios en atención a los fines: “desde la legitimidad de la sociedad a defenderse del terror, esta defensa sólo puede llevarse a cabo desde el respeto de los valores que definen el Estado de Derecho, y por tanto sin violar lo que se afirma defender”. Por ello, el derecho penal del enemigo vendría a ser, más propiamente la negación del derecho penal en la medida que trata de desposeer a sus posibles destinatarios de algo que les es propio e inderogable: su condición de ciudadanos de la “polis””.

La segunda sentencia a la que nos referimos es la *Nº 1140/2010 de 29 de diciembre*⁹⁶, dictada por la *Sala Segunda de lo Penal*, singularmente sobre las consecuencias prácticas derivadas de un derecho de esta naturaleza. Así y a propósito de una investigación policial sobre de-

⁹⁵ Dictada en el recurso de casación Nº 491/2000 bajo ponencia del Excmo. Sr. Giménez García.

terminados individuos de raza o ascendencia árabe, el alto tribunal tras dejar constancia de que el “*verdadero motivo*” de dicha investigación era que en los investigados “*concurrían perfiles de riesgo compatibles con la condición de terroristas*” inmediatamente y sin solución de continuidad deja constancia del valor que le merece dicho proceso investigador al decir que “*Se ha empezado un procedimiento de investigación basado en perfiles y patrones sociológicos, penalmente irrelevantes pero tomados en sí mismos como ‘notitia criminis’ que juntamente con los datos referidos en el anterior motivo, dan lugar a toda la actuación procesal subsiguiente, pretendiendo dar carta de naturaleza a esta forma de proceder abiertamente contraria a los principios más elementales y consagrada del derecho penal del enemigo*”, para seguidamente acometer una severa crítica de tales procedimientos en términos precisos y con rigurosa contundencia, así como de cualquier respaldo doctrinal en que se quiera justificar, asumiendo en su integridad la crítica del Prof. Muñoz Conde ⁹⁷, que incorpora a la sentencia prácticamente ⁹⁸.

⁹⁶ Recurso de casación N° 10256/2010-P, Pte. Excmo. Sr. Berdugo Gómez de la Torre.

⁹⁷ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, catedrático de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla, “¿Es el derecho penal internacional un derecho penal del enemigo?”, conferencia dada en el Curso sobre “Derecho penal del siglo XXI”, organizado por el C.G.P.J., Madrid, noviembre de 2006.

⁹⁸ Dice así: “En efecto es cierto que en la doctrina se ha cuestionado como medio de persecución de determinados grupos terroristas la posibilidad de recurrir a un *Derecho penal especial*, un *Feindstrafecht* o “*Derecho penal del enemigo*” con el que el Estado no trate simplemente de castigar a los delincuentes, sino de luchar contra sus enemigos.

Las señas de identidad de este derecho penal serían las siguientes:

1) Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de la proporcionalidad, lo que puede significar aplicar penas de larga duración a hechos de escasa gravedad, o por lo menos no tan graves como para justificar la imposición de penas tan graves.

2) Abolir o reducir los derechos fundamentales y garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de letrado, o también la admisión de pruebas conseguidas ilegalmente, derogar la competencia de juez natural y crear tribunales especiales, permitir que las autoridades políticas o administrativas, sin intervención judicial, puedan decidir el internamiento o el arresto por tiempo indefinido de personas meramente sospechosas.

V. Epílogo

En definitiva, estamos en presencia de una clara huida hacia el derecho penal, tratando de encontrar en la contundencia de las sanciones penales el remedio y solución del problema, y ello aun a costa de burlar cuando no ignorar, las garantías debidas a los ciudadanos.

Sólo es concebible el derecho de defensa en un Estado de derecho que respete las garantías de los ciudadanos, y de ello han de ser garantes, velando por su indemnidad, jueces y tribunales: sin ellos, sin jueces y tribunales libres e independientes, tampoco puede existir el Estado de derecho. Y la cuestión es significadamente simple y sencilla: un Estado que en nombre del Estado de derecho no impida la violación de los derechos fundamentales de la persona, no es en verdad un Estado de derecho.

No basta autoproclamarse adalid de la democracia, ni paladín de la defensa de los valores de Occidente; hay que demostrarlo. Como abiertamente ha criticado el Tribunal Supremo español a propósito de Guantánamo, ese “*limbo*” en el que se mantienen indefinidamente privados de libertad a personas cualquiera que sean sus delitos, sin juzgarlas, sin poder defenderse, es una realidad como otras muchas existentes, que no se pueden explicar, como en un principio se intentó, con base en el decadente y no menos trasnochado aforismo, acuñado por el Tribunal Supremo norteamericano allá por los años 1901, que sostiene: “*el Tribunal ha decidido que la Constitución no sigue a la bandera*”⁹⁹.

El jurista no puede mirar hacia otro lado. Este abogado no está dispuesto a hacerlo, sencillamente porque cree en el derecho y en los jueces,

3) Criminalización de conductas que no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos y adelantar la intervención del derecho penal, aun antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito, penalizando simples manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delito hechos como mostrar simpatía hacia ciertas ideologías, sobre todo si éstas coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestren esa afinidad o simpatía ideológica no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas”.

⁹⁹ “*The Supreme Court has decided the constitution don't follow the flag*”, o lo que es lo mismo, donde ondee la bandera de EE.UU. en un territorio, no se sigue que le sea aplicable la Constitución, doctrina que al parecer es la que viene justificando la asombrosa situación de Guantánamo (Insular cases: *Delim vs. Bidwell* (1901); *Dodey vs. United States* (1901) o *Door vs. United States* (1904).

como aquel modesto molinero que supo darle a Federico II el Grande, rey de Prusia, la mejor lección de fe y confianza en la justicia. Permitidme recordar que el monarca cerca de Potsdam, poseía un precioso castillo, Sanssouci ¹⁰⁰, donde en verano trasladaba su residencia, mas como quiera que cerca del lugar existía un molino movido por el agua de un arroyo, que con su ruido le molestaba cuando se retiraba a dormir la siesta, mandó llamar al molinero, llamado *Johan Arnold*, al que propuso comprárselo; éste con firmeza se negó por ser su único medio de vida, y ante su resistencia el monarca, en un arranque de soberbia, le dijo: ¿Sabes que soy el rey y que puedo quitártelo, incluso destruirlo si fuera mi capricho?, a lo que el modesto molinero le respondió: “*Señor sé que podéis hacerlo, pero todavía hay jueces en Berlín*” ¹⁰¹.

Abreviaturas

B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial de España
CPI	Corte Penal Internacional
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos (<i>Roma 4.11.1950</i>)
L.E.Crm.	Ley de Enjuiciamiento Criminal española
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (<i>Nueva York 16.12.1966</i>)
RAE	Real Academia Española de la Lengua
TC	Tribunal Constitucional del Reino de España
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

¹⁰⁰ El palacio fue obra del arquitecto Georg Wenzeslaus von Knobelsdorff, y fue construido entre 1745 y 1747 como residencia privada del rey Federico, donde pudiera relajarse lejos de la pompa de la corte. El propio nombre de la residencia, *Sanssouci*, es un término francés que puede traducirse como *sin preocupaciones*, lo que indica que era más bien un lugar de descanso que un centro de poder.

¹⁰¹ “*Es gibt noch Richter in Berlin*”.

SsTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SsTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

HOMENAJES

ACTO DE HOMENAJE IN MEMORIAM AL EX ACADÉMICO DE
NÚMERO DR. ERNESTO R. GAVIER EN EL CENTENARIO DE
SU NATALICIO ¹

*Palabras pronunciadas por el señor secretario de la Academia,
Dr. Jorge de la Rúa.*

En nombre y representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, me cabe el honor de rendir homenaje a la memoria de uno de nuestros más distinguidos académicos, con motivo del centenario de su nacimiento: el Dr. Ernesto R. Gavier, que ocupara el sillón Sebastián Soler. A más del mandato formal que implica la decisión de esta Academia, cuento, como motivación suplementaria, el afecto y respeto que tuve por su persona, pues durante un importante tiempo de mi vida universitaria integré su cátedra, y luego lo sucedí en ella. Por otra parte, siempre su presencia académica y su jerarquía en la materia fueron firmes orientaciones en la enseñanza del derecho penal en nuestra Universidad.

Fue el Dr. Gavier un arquetípico representante de una de las generaciones más brillantes que se desarrolló en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, durante el siglo XX. Muchas veces he pensado que el prestigio de Córdoba como centro de alto nivel de estudios jurídicos, no deriva sólo del origen cordobés del codificador. El siglo XX generó en su Universidad una pléyade de juristas en todas las ramas del derecho: Martínez Paz, Aguiar, Orgaz, León, en derecho civil, Yadarola en comercial, Vélez Mariconde y Clariá Olmedo, en derecho procesal, Soler, Núñez y Gavier en derecho penal, Romero del Prado en derecho internacional... Adviértase que este conjunto de juristas desenvuelve su obra en

¹ Acto realizado en sesión especial el 14 de agosto de 2012.

gran medida en la primera mitad del siglo, y los más jóvenes lo continuaron después.

¿Y cuáles eran los caracteres resaltantes de quienes integraban esa generación? Seriedad y consecuencia en sus posiciones de vida. Todo lo que pensaban lo decían o lo hacían. La laboriosidad era su razón fundamental de vida, y la austeridad los caracterizaba significativamente. Hombres serios, eran austeros incluso en la expresión de sus emociones. Hicieron un culto del estudio y del saber como su consecuencia, con una objetividad a la que resultaban ajenas las falsas apariencias. Eran juristas inteligentes, sabios en sus estudios, y esencialmente modestos sobre su saber. El único compromiso era, ante todo, con la verdad, la que antepusieron a toda decisión y a toda posición, sea personal o científica. Distinguían con claridad lo que era de Dios y lo que era del César, y estaban convencidos de que el derecho honestamente interpretado era la condición esencial de la justicia en la sociedad moderna.

Gavier fue uno de esos hombres, de los más jóvenes quizás. En lo que al plano académico atañe (y tomo esta dicotomía para tratar más adelante lo profesional), eran tiempos de cambio en el derecho penal -que desde sus inicios cultivó-, pues en el país campeaba el positivismo sociológico de raíz italiana, traducido en un determinismo y una tipología de autores de delitos en correspondencia, que terminaba por concluir en lo que hoy, modernamente, llamaríamos derecho penal de autor. En sus extremos, autor sin autoría, por su mera peligrosidad.

Frente a ello -y en parte motivados por las visitas y conferencias de Jiménez de Asúa a esta Facultad en la tercera década del siglo- en 1940 puede decirse que se inicia la dogmática penal moderna en la Argentina que hará desaparecer el dominante positivismo prohiado por el Puerto. Soler publica en la Imprenta de la Universidad de Córdoba, los dos tomos de su *Parte General* del derecho penal argentino. De ese modo, principios superadores de jerarquía universal, como libertad, causalidad, unidad de lo antijurídico, el tipo formal y objetivo, y la culpabilidad con base en la libertad individual, pasaron a ser patrimonio de nuestra materia en la Facultad de Derecho de Córdoba.

Y son los tres hombres que he mencionado los que se convierten en referentes de esta nueva realidad científica, más allá de los conflictos propios de personas de recia constitución.

Gavier adhirió a la dogmática penal de cuño europeo continental en la misma línea que Soler; no estuvo en la Universidad despojada del 46/

55, y recién ese año ocupó la Cátedra de Derecho Penal Parte General, con una clara orientación de lo que hoy clasificamos como positivismo jurídico, en una ubicación escolástica de relativa vigencia actual. Sus trabajos iniciáticos revelan una fina mentalidad jurídica, a tono con la época creacional que hemos recordado. Así su tesis sobre concurso aparente de leyes, publicada en 1941, refleja un manejo amplio de la dogmática alemana, y quizás sea, a la par de la obra de Soler, la primera vez que en el país se trata de modo diferenciado y correctamente fundado un tema que no existía en los antiguos programas, y que luego pasó a ser un tema obligado en la parte general.

Lo mismo ocurre con sus preocupaciones sobre la determinación del derecho penal administrativo, trabajando especialmente sobre la obra de James Goldschmidt, donde se abordaba el aun hoy vigente y complejo problema de la existencia de diferencias entre delito y contravención que fundamenten ramas autónomas, y que luego Ricardo Núñez vinculara con nuestro federalismo.

También muestra igual calidad otros trabajos menores, sobre aborto, varias formas de hurto, cuestiones sobre prescripción de infracciones provinciales, estudios de concurso ideal y unificación de penas. Publicó en aquella Revista Jurídica de Córdoba de extraordinario valor por sus contenidos.

Y a la par de esta producción, forma parte de los tres penalistas de Córdoba que abordaron la traducción al español de una de las obras cumbres del derecho penal universal, como es el Programa de Derecho Criminal de Francesco Carrara, el que enriquecieron con criteriosas notas que eran ya contenidos de una dogmática nacional.

En su cátedra, que ocupó hasta 1968 (y que tuve el honor de sucederle en marzo de 1971) siguió claramente la estructura de la primera etapa de la dogmática penal, mal llamada como concepción causal o causalismo. Su concepción de acción psicológicamente enriquecida, la subjetividad en el tipo, una concepción amplia de la antijuridicidad y la justificación, y una culpabilidad psicológica, difícilmente puedan calificarse con cierto desdén como positivismo jurídico o causalismo. Estos conceptos parten de quienes no distinguen entre lo que es una concepción de acción con componentes causales (admitida por todas las corrientes), de un rígido este sí positivismo, adhesión a la norma emanada del legislador como condición suprema de un sistema penal democrático.

Gavier era un miembro principal de los congresos o jornadas sobre derecho penal, así como de la integración de tribunales de concursos de cátedras en que se procuraba un juicio y valoración de muy alto nivel.

Su relación con la universidad era directa, y fue incluso secretario de la Facultad de Derecho. Luego del 55, fue miembro del Consejo Directivo y decano de la Facultad. Eran proverbiales las polémicas con el sector estudiantil, y más allá de las razones circunstanciales de las discrepancias, caracterizaba a Gavier su estoicismo frente a juveniles excesos, sabedor que la sangre joven tiende a desbordar los cauces. Culmina este ciclo con la aceptación del rectorado de la Universidad de Córdoba en 1966. No tenemos derecho a penetrar en el ámbito íntimo de las motivaciones, para interpretar una decisión tal en un hombre de la jerarquía intelectual y moral de Gavier; pero en apego a la verdad que me enseñaron a respetar, sólo me cabe señalar que me sorprendió y emocionalmente no la compartí.

Como tareas académicas fue revisor del P. 1960, elaborando un informe en la primera comisión revisora, junto a Terán Lomas y Fontán Balestra. De las observaciones de esta Comisión, Soler, en 1962, presentó el texto definitivo del proyecto. Asimismo, junto con José León Schwartz hicieron en esta Academia un acabado informe sobre las reformas propuestas.

También integró el Superior Tribunal de Justicia entre 1955 y 1958, dejando en sus fallos todo el rico saber de la materia.

Pero poco duraría este intervalo judicial, más recoleto, porque Gavier era, ante todo, un abogado defensor de raza.

Tenía la primera condición de un gran abogado: su profundo conocimiento del derecho. A esa condición, indispensable, le resultaba fácil aplicarla al caso que defendía, con inteligencia y meticulosidad. Si a ello unimos una pluma y una palabra de quirúrgica precisión, y una argumentación jurídica impecable, tendremos las razones por las que, junto quizás a Ricardo Viscaya, haya sido uno de los defensores penales más brillantes del pasado siglo.

No fue seducido por la vulgar expresión que atribuye los mayores méritos a los abogados que jamás pierden un pleito, pues sabía que el sentido profundo de la profesión residía, ante todo, en auxiliar técnicamente a quien se encuentra en una situación de conflicto con la ley penal a nivel judicial, de modo que se logre la mejor solución posible. Y vaya que

trabajaba en tal sentido. Veo aún nítidas las imágenes de Gavier en los viejos juzgados de instrucción, analizando y tomando nota de voluminosos expedientes (desde la primera foja, como decía mi padre que había que hacer); lo veo también, en las largas audiencias de las cámaras del crimen, interrogando a testigos y peritos con una minuciosidad que reflejaba estudio, comprensión y una inteligencia superior para la defensa. Y toda esa tarea se reflejaba en sus brillantes alegatos, en los que trasuntaba esa labor en las audiencias, interpretando y dejando a la vista hasta la más oculta de las pruebas en beneficio de su defendido.

Recordaba un viejo amigo que, cuando era joven abogado, le preguntó a Gavier qué consejo daría a quien se inicia en la profesión de defensor, como consejo principal. Y su respuesta fue clara y simple: no dejar de usar ninguna herramienta jurídica que pueda implicar una ventaja o un beneficio al defendido. Eso reflejaba la calidad de abogado nato y la plena dedicación al caso. Y en ese marco, sabía también hacer respetar el rol del defensor ante las partes y ante el tribunal. Hacía honor a aquella definición de Carrara: *“la defensa es libre, como el viento sobre el mar”*. Y en esa fecunda tarea de abogado edificó un estudio jurídico que, lo que no es habitual en nuestra profesión, sigue después de casi 60 años dignamente comandado por hijos y nietos, con la misma línea de conducta y seriedad.

Doctor Gavier: con el testimonio de su vida honró a esta Academia; hoy, la Academia de Derecho lo honra a Usted.

PALABRAS DE HOMENAJE AL PROFESOR DR. ERNESTO
ROQUE GAVIER CON MOTIVO DEL CENTENARIO DE SU
NATALICIO *

por CARLOS JULIO LASCANO

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Prof. Dr. Juan Carlos Palmero; señora decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Prof. Dra. Marcela Aspell de Yanzi Ferreira; autoridades presentes, estimados miembros de número de la Academia y docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, familiares y amigos del ilustre homenajeado, señoras y señores:

En primer lugar, deseo expresar mi agradecimiento al anterior decano de nuestra Facultad de Derecho, profesor Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira, por haberme conferido el inmerecido honor de representar a dicha unidad académica de la Casa de Trejo para hacer uso de la palabra en este importante acto mediante el cual la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba realiza un justo tributo a la memoria del querido profesor Dr. Ernesto Roque Gavier, con motivo del centenario de su nacimiento.

Trataré de cumplir cabalmente con la grata tarea encomendada, por el profundo respeto intelectual que siempre me inspiró nuestro homenajeado, de quien -a pesar de no haber tenido la suerte de haber sido alumno suyo en la carrera de Abogacía- he recibido siempre un afectuoso trato personal, sabias enseñanzas a través de sus excelentes trabajos de dogmática jurídico penal y oportunos consejos para el correcto ejercicio de la

* Exposición efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el 14 de agosto de 2012, en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba

profesión de abogado penalista, que prestigió durante su dilatado y ejemplar desempeño en el foro de nuestra provincia.

Ernesto Gavier nació el 16 de agosto de 1912; obtuvo su título de abogado en 1936; dos años después contrajo matrimonio con doña Susana Cabanillas Vocos, fundando así una numerosa familia con siete hijos, varios nietos y bisnietos, quienes a su muerte, ocurrida el 25 de diciembre de 1991, han recibido un valioso legado de valores éticos y cristianos.

Aunque Ernesto Roque Gavier también se lució como vocal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba e integrante del Tribunal de Disciplina de Abogados de la Provincia, centraré mi evocación en su prolífica trayectoria como universitario.

En 1941 se doctoró en nuestra Facultad de Derecho luego de defender su enjundiosa tesis sobre “Aplicación de la ley penal y concurso aparente de leyes”, publicada ese mismo año en la Imprenta de nuestra Universidad. Su relevante actuación en la Universidad Nacional de Córdoba comprendió los cargos de profesor por concurso de Derecho Penal I, Parte General; secretario y decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, sucesor del profesor Dr. Ricardo C. Núñez en la Dirección del Instituto de Derecho Penal, y, finalmente, rector de nuestra casa de altos estudios.

En el ámbito académico fue uno de los más destacados cultores de la ciencia penal en la Argentina, formando parte de lo más granado de la denominada “Escuela Cordobesa de Derecho Penal” cuyos máximos exponentes fueron los profesores Sebastián Soler y Ricardo C. Núñez.

Entre quienes hicieron posible el proceso de recepción en las cátedras cordobesas de la dogmática jurídico-penal elaborada en Alemania por el positivismo jurídico y el normativismo, ubicamos al jurista español Luis Jiménez de Asúa, al italiano Marcello Finzi y al germano Roberto Goldschmidt. Sin embargo, como acertadamente lo señala José Daniel Cesano, en una reciente publicación, *“ninguno de ellos, individualmente, quizá hubiese podido catalizar este fenómeno, sin la presencia institucional de un agente cultural de máxima gravitación: el Instituto de Derecho Comparado, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, bajo la dirección primigenia de Enrique Martínez Paz. Fue Martínez Paz, secundado, especialmente, por un, por entonces, joven Soler, quienes co-*

menzaron a entretejer una red de contactos que hizo posible la radicación de Finzi y Goldschmidt en Córdoba y su inserción institucional en la Facultad; gestándose, así, un nuevo espacio de sociabilidad aglutinado por concepciones científicas compartidas”.

Según refiere Daniel Pablo Carrera en el “Introito reflexivo” al libro *Pensamiento penal vigente - Homenaje a Ricardo C. Núñez y a José León Schwartz* (Córdoba, Advocatus, 1994, págs. 23 y 24), Enrique Martínez Paz fue un profesor sabio y eximio comunicador del pensamiento de Rudolf Stammler, cuya gravitación “*se refleja en el rigor lógico no exento de cierto humanismo de Gavier”.*

Con relación a la cultura jurídico penal, el Instituto de Derecho Comparado efectuó una serie de traducciones de obras de autores alemanes e italianos, tarea llevada a cabo por Marcello Finzi y Roberto Goldschmidt.

Junto a ellos, también realizaron una destacada labor Sebastián Soler, Ricardo C. Núñez y Ernesto R. Gavier.

En tal sentido encontramos la traducción de la undécima edición italiana del *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, de Francesco Carrara, que fuera hecha bajo la dirección de Sebastián Soler, con la colaboración de Ricardo C. Núñez y Ernesto R. Gavier, publicada en 1944 por la Editorial Depalma de Buenos Aires.

Al último de los juristas mencionados debemos la Introducción a la obra *El Derecho penal administrativo (Contribuciones para su estudio)* de James Goldschmidt y Georg Anders, traducida por Roberto Goldschmidt, publicada por la Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Comparado, Serie A, N° 6, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1946.

En 1948, Santiago Sentís Melendo realizó la traducción del *Tratado de derecho penal* de Vincenzo Manzini, que tuvo influencia en los desarrollos científicos vernáculos, entre ellos en el *Derecho penal argentino* de Soler. Aquella obra fue editada en Buenos Aires por Ediar, con las *Notas de derecho argentino*, que le fueron encomendadas a Ricardo C. Núñez y Ernesto R. Gavier, y constituyen un valioso ensayo comparativo con el derecho penal italiano.

Entre los más importantes trabajos científicos del profesor Gavier, caracterizados por su pulcritud, claridad y agudo sentido crítico, merecen recordarse dos en particular: el primero, “Concurso de leyes”, publicado

en la *Enciclopedia Jurídica Omeba* (Buenos Aires, t. III, pág. 659 y ss.), donde retoma el tema de su tesis doctoral; el segundo, “Aborto imposible seguido de muerte” (J.A., 1945-I, pág. 292 y ss.), donde se ocupó de modo detenido de los denominados “delitos preterintencionales” o “delitos cualificados por el resultado” y dejó sentados los pilares para la adecuada comprensión de la difícil relación, “*en esta clase de delitos, entre la conducta constitutiva del delito base y el resultado más grave*”, según lo ha resaltado Gabriel Pérez Barberá ¹.

El 13 de agosto de 1976, en su relato a las “Cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Penal”, organizadas por el Instituto de Derecho Penal de nuestra Facultad, el profesor Ernesto R. Gavier abordó un tema del que ya se había ocupado en su juventud: “Límites del derecho penal común, contravencional y disciplinario en el derecho penal argentino” ².

Allí rememoró que -treinta años antes- en su trabajo titulado “James Goldschmidt y el derecho penal administrativo” expuso la teoría del maestro alemán y le formuló una crítica que tenía dos aspectos: el de la teoría en sí misma y sus fundamentos, y el de su posible aplicación para resolver problemas de nuestro derecho positivo. Explicó que cuando realizó ese trabajo se inspiró en la teoría dominante en el derecho penal -que no admite diferencias sustanciales entre delito y contravención- y especialmente en las ideas de Von Hippel.

Agregó: “... *pero aquí ha ocurrido eso que tantas veces ocurre en el trabajo científico, respecto de mí, eso que recordaba ayer con tanta elocuencia y tanta sinceridad mi querido maestro y amigo el doctor Sebastián Soler. Es decir que uno de pronto se encuentra de regreso. A mí me ocurrió más tarde estar de regreso por la confluencia de factores de distinta índole. En primer término, nuevas reflexiones sobre el tema. En segundo lugar, la influencia de otros estudios, posteriores al mío, realizados por investigadores de gran prestigio,*

¹ “Principio de culpabilidad, imputación objetiva y delitos cualificados por el resultado”, en Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva Serie, Nº 2, 2000, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Marcos Lerner Editora Córdoba, pág. 213.

² Publicado en Cuadernos de los Institutos Nº 135, que corresponde al XXVI del Instituto de Derecho Penal, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1978, pág. 73 y ss.

entre ellos: el doctor Ricardo Núñez. Y sobre todo porque en un plano jurídico-político comprendí que no era cuestión de teorías sino que las exigencias de nuestro derecho positivo reclamaban la necesidad de contar con un criterio diferenciador de tipo sustancial que permitiera deslindar los poderes penales de la Nación y de las provincias en materia represiva”.

En una rescatable demostración de honestidad intelectual, Gavier sostiene: *“en esa posición de regreso, sobre aquella primitiva posición, volví a replantear el tema y la doctrina de Goldschmidt me pareció la más apta para ensayar esa posición. Desde entonces, pues, y así lo supieron mis alumnos cuando en mi cátedra replanteé el problema y me afilié a la doctrina de Goldschmidt, he tratado de hacerla servir a estos fines político-jurídicos a que me refería”.*

Concluye diciendo que el solo hecho de que aprovechemos el trabajo científico realizado por un teórico alemán *“no significa una importación impropia para resolver problemas de nuestro derecho positivo. El problema del deslinde en los campos legislativos, entre los poderes de la Nación y de las provincias en materia penal, es notorio que surge de la confrontación de artículos de la Constitución Nacional”*³.

Por ello, es plausible ese cambio de posición cuando -como lo ha expresado el propio Gavier- la distinción sustancial por él postulada pretende *“preservar las facultades locales en materia legislativa penal, es decir, para decirlo en dos palabras: en defender el federalismo”*⁴.

Muchas gracias a todos por su atención y un cariñoso abrazo a los familiares del Profesor Gavier.

³ GAVIER, ob. cit., pág. 77.

⁴ GAVIER, ob. cit., pág. 113.

ACTO EN CONMEMORACIÓN DE LOS 20 AÑOS DE LA
SANCIÓN DE LA LEY ORGÁNICA MUNICIPAL N° 8102
DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA ¹

por ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ ²

El Instituto de Federalismo que tengo el honor de dirigir ha organizado esta celebración, habida cuenta de la trascendencia de esta ley, una de las más importantes en el régimen político y constitucional cordobés. Para ello, ha invitado especialmente a ex legisladores que participaron en el debate, tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores, como así también a intendentes municipales y a docentes de la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal de nuestras universidades.

Esta norma jurídica fue sancionada por la Legislatura cordobesa el 5 de noviembre de 1991 y promulgada por el Poder Ejecutivo con fecha 12 de noviembre, más de cuatro años después de producida la reforma constitucional de 1987. Lo que más interesa destacar es el *extenso y ejemplar proceso de estudio y debate de la ley*, que culminara en el altísimo grado de consenso de todas las fuerzas políticas representadas, para la sanción de una normativa incuestionablemente adecuada a los principios constitucionales del régimen municipal cordobés y que constituye bajo nuestro punto de vista, una de los más avanzadas en el derecho argentino.

El *origen de la ley* se encuentra en nuestro *Anteproyecto de Ley Orgánica Municipal para la Provincia de Córdoba*, publicado por la Universidad Nacional de Córdoba en 1977, que sirviera de base al “Anteproyecto” que presentásemos en 1985 al Poder Ejecutivo de la Provincia y que fuera considerado luego de la reforma constitucional de 1987 por el

¹ Acto realizado en sesión especial el 25 de noviembre de 2012.

² Académico de número y director del Instituto de Federalismo de la Academia.

Consejo de Partidos Políticos, para finalmente con dicha aprobación, ser presentado como Proyecto del Poder Ejecutivo en la Cámara de Diputados de la Provincia, en 1990 ³.

Dicho Proyecto fue compatibilizado en la Comisión de Asuntos Constitucionales, Municipales, Peticiones y Poderes con otros proyectos presentados en el mismo año por legisladores de distintos Bloques y debatido inicialmente en las sesiones del 30 y 31 de octubre de dicho año de la citada Cámara ⁴.

Por razones de brevedad, sólo efectuaremos un *análisis sintético de dicha ley*, que consta de 14 títulos, limitándonos a destacar sus artículos más importantes ⁵. El Título I “Del Municipio” consta de dos capítulos, el I sobre “Ambito de aplicación” y el II titulado “Del reconocimiento y competencia territorial”. En el art. 1º se prescribe que la ley regirá: “1) En los municipios que no estén facultados para sancionar su propia Carta Orgánica. 2) En los municipios que no hayan dictado su Carta Orgánica, estando facultados para hacerlo. 3) En las comunas”. En el art. 2º se establece que serán reconocidos como municipios las poblaciones estables de más de 2.000 habitantes y aquéllos que tengan más de 10.000

³ Véase en tal sentido el discurso del presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, Dr. Juan Arato, en la sesión del 30 de octubre de 1990, *Diario de Sesiones*, pág. 3426. En dicho discurso se hace referencia a la extensa nómina de instituciones participantes en el estudio efectuado en la Comisión, a lo que deben sumarse respectivos congresos realizados para el tratamiento del proyecto en partidos políticos como la Unión Cívica Radical y el Peronismo.

⁴ Presentaron también proyectos las bancadas del Peronismo y la UCD y legisladores de la Unión Cívica Radical. Asimismo consideramos de especial jerarquía e importancia el debate producido en la Cámara de Diputados -que fue la cámara de origen-, con la intervención de los diputados Juan Arato, Antonio María Hernández, Juan Carlos Maqueda, Germán Kammerath, Gonzalo Fernández, Manuel Gómez, Mario Blanco, Sergio Busso, Alberto Abecasis, Andrés Roberto Pérez, Antonio Meza, César Carducci, Horacio Obregón Cano, Hugo Barrionuevo y Angel Manzur. Consideramos que dicho debate es la fuente más importante para comprender el sentido de la Ley Orgánica Municipal y al respecto remitimos al *Diario de Sesiones* de dicha Cámara, 29ª reunión, 30 y 31 de octubre y 6 de noviembre de 1990.

⁵ En dicho debate legislativo realizamos este análisis, remitiéndonos al *Diario de Sesiones* ya citado, págs. 3430/3440. Asimismo véase “Ley Orgánica Municipal” de Víctor Rubén Marcellino, publicación de la Subsecretaría de Asuntos Municipales del Ministerio del Interior de la Nación, de marzo del 2001.

habitantes serán ciudades. En consecuencia, a 37 municipios les correspondió inicialmente dicha categoría, que posibilita como vimos, la sanción de las respectivas cartas orgánicas ⁶. El reconocimiento se efectuará por ley, dice el art. 3º, mediante un procedimiento a cargo del Poder Ejecutivo, que deberá remitir el proyecto al Poder Legislativo. También la modificación de los radios tendrá el mismo procedimiento, según lo indica el art. 4º. Al respecto no podemos dejar de señalar que este aspecto fundamental de la Ley ha sido notoriamente incumplido, pese a los años transcurridos, lo que ha originado serios problemas en el funcionamiento del régimen municipal, pues han subsistido radios que no se adecuan a los principios constitucionales fijados.

En cuando a los radios, la Ley Orgánica prescribe en el art. 7º que comprenderán: “1) la zona en que se presten total o parcialmente los servicios públicos permanentes. 2) la zona aledaña reservada para las futuras prestaciones de servicios”.

El art. 8º se refiere a la posibilidad de la delegación del poder de policía por parte de la Provincia en los municipios en las materias de su competencia, “dentro del territorio que se extienda hasta colindar con igual zona de los otros municipios y los radios de las comunas próximas hasta que ello sea posible por todos los rumbos. La delegación se hará mediante convenio ratificado por Ordenanza y Ley Provincial”. Esta disposición es muy importante, pues prescribe que la Provincia pueda delegar su poder de policía en los municipios en las zonas que le corresponde, ya que allí no alcanzan los radios municipales. En la anterior Ley Orgánica 3373 se habían distinguido las zonas a) y b) de los radios municipales, correspondientes a los lugares donde se prestan los servicios municipales y los previstos para su prestación futura. En consecuencia, fuera de dichos radios, la jurisdicción y competencia era provincial. Este sistema provenía de la reforma de 1923 y en lo sustancial fue ratificado en la reforma constitucional de 1987, como hemos visto. Por ello, el art. 7º ha mantenido dicho sistema, que se complementa en este art. 8º, con la po-

⁶ Con la realización del último censo de población, son 44 las ciudades habilitadas para ello. Ya han dictado sus cartas orgánicas municipales aproximadamente la mitad de ellas, por lo que resulta notablemente elevado el número que falta, lo que está indicando un grave incumplimiento de uno de los aspectos fundamentales de la autonomía local, como es el institucional.

sibilidad de la delegación del ejercicio de poder de policía en dicha zona, en directa aplicación del art. 185 de la Constitución Provincial, que establece dicha posibilidad pero sólo en municipios. Sin embargo, no puede olvidarse el inconstitucional precedente de la llamada ley 5286 que había agregado una zona c), acorde a un sistema de radios colindantes y que había extendido la competencia municipal a esas zonas que eran de competencia y jurisdicción provincial. Como ya veremos, el art. 235 de Disposiciones Transitorias dispuso un plazo de 5 años para que el Poder Ejecutivo fije el nuevo mapa de los radios de los gobiernos locales, lo que todavía no se ha cumplido totalmente, con serios problemas actuales para el régimen municipal.

El Título II sobre “Gobierno Municipal” acusa especial trascendencia pues posibilita la existencia de 3 sistemas de gobierno local distintos, mediante la respectiva opción: el tradicional de Intendente y Concejo Deliberante, el de Comisión y el de Comisión con Administrador Municipal, según lo dispuesto por los arts. 9º y 56. Aunque cuando se reconozca un municipio su forma de gobierno sea la primera mencionada (art. 10), los respectivos municipios podrán adoptar el cambio pertinente, mediante ordenanza aprobada posteriormente por referéndum popular, como lo indica el art. 11.

Este Título contiene dos secciones, la Primera destinada a “Concejo Deliberante y Departamento Ejecutivo” y la Segunda, “Del gobierno de comisión”.

A su vez, la Sección Primera tiene 3 capítulos: el I sobre “Concejo Deliberante”, el II sobre “Formación y sanción de ordenanzas” y el III sobre “Departamento Ejecutivo”.

En el Capítulo I⁷, el art. 12 ordena que los concejos deliberantes se compondrán de 7 miembros en los municipios que tuvieran hasta 10.000 habitantes y dicho número se aumentará en uno por cada diez mil habitantes hasta un máximo de 32 en los municipios que estando facultados para sancionar su Carta, carecieran de ella.

⁷ Que fuera informado por el diputado Juan Carlos Maqueda en nombre de la Comisión, según consta en el *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados, 1990, págs. 3482/3495 y adonde nos remitimos, por razones de brevedad.

En el art. 13 se indica que los concejales durarán 4 años en sus funciones y podrán ser reelectos, renovándose el cuerpo en su totalidad al expirar aquél término.

En una novedosa disposición, tendiente a fortalecer los cuerpos deliberativos, se legisla en el art. 14: “El candidato a Intendente Municipal será candidato simultáneamente a primer Concejel en la lista de su partido. En caso de resultar electo para el primero de sus cargos, será reemplazado automáticamente por el segundo de la manera que se determine para las suplencias”.

En relación a esto, no podemos dejar de mencionar especialmente lo que consideramos como un muy grave error de la Justicia Electoral de la Provincia, al considerar este tema como incluido dentro de las prohibiciones de dobles candidaturas de la Ley N° 9571, que reguló las últimas elecciones con el uso de la boleta única. En efecto, con sucesivas resoluciones de la Jueza Electoral, de la Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 2 y del propio Tribunal Superior de Justicia ⁸, se admitió este criterio erróneo, que terminó afectando una de las más novedosas e importantes innovaciones de la Ley Orgánica Municipal. Piénsese que con esta norma se ha logrado que los candidatos a Intendentes de los partidos que no alcanzaron a llegar a la titularidad del Departamento Ejecutivo, sin embargo pueden asumir como concejales, lo que en definitiva trae como consecuencia una jerarquización del órgano deliberativo y un mayor debate en la vida local, porque no se pierde la experiencia de aquéllos que fueron elegidos por los respectivos partidos políticos, para la principal candidatura en las elecciones locales. Por si faltara algo en esa serie sucesiva de fallos judiciales erróneos, esta prohibición en modo alguno imaginada por los legisladores que sancionaron la Ley electoral antes citada, sólo se ha aplicado a los municipios que fijaron el día de las elecciones locales conjuntamente con las provinciales, ya que en los otros gobiernos con fecha distintas, se mantuvo la plena vigencia de dicha po-

⁸ Véase el Auto N° 16 de fecha 4 de julio de 2011 del Tribunal Superior de Justicia en los autos “Córdoba - Convocatoria a elecciones de gobernador, vicegobernador, legisladores y Tribunal de Cuentas provincial, para el día 07 de agosto de 2011 - Unión Vecinal todo por la Villa - Aclaratoria - Reposición - Rec. apelación en subsidio (dec. fecha 23/05/11 tepah) - Recurso de apelación (electoral) - Recurso de casación e inconstitucionalidad” (Expte. letra “c”, N° 10, iniciado el 27 de junio de 2011).

sibilidad admitida por la ley 8102. Por eso, confiamos en que la Legislatura sancione alguna norma que modifique la legislación electoral mencionada, o que la Justicia Electoral modifique dichas resoluciones, cuya injusticia es notoria.

Sin detenernos en otros artículos, destacamos que el presidente del Concejo tiene doble voto en caso de empate (art. 24) y que se han regulado como prerrogativas del cuerpo la corrección de sus miembros (art. 25) y la exclusión de terceros (art. 26). También es importante el art. 30 sobre las Atribuciones del Concejo, donde se reglamenta el art. 186 de la Constitución Provincial, sobre la competencia material de los municipios.

En el Capítulo II se prescribe sobre iniciativa de las ordenanzas (art. 33), veto (art. 34) y tratamiento de urgencia (art. 35). Debe destacarse aquí el procedimiento de la doble lectura (art. 37) para la aprobación de las ordenanzas que dispongan: “1) Privatizar obras, servicios y funciones del municipio. 2) La municipalización de servicios. 3) Otorgar el uso de bienes públicos de la municipalidad a particulares. 4) Crear entidades descentralizadas autárquicas. 5) Crear empresas municipales y de economía mixta. 6) Contratar empréstitos. 7) Otorgar concesiones de obras y servicios públicos. 8) Crear nuevos tributos o aumentar los existentes y la sanción del Presupuesto de gastos y recursos y Cuenta de Inversión”. La norma seguidamente expresa: “Entre la primera y la segunda lectura deberá mediar un plazo no menor de quince días corridos, en el que el proyecto deberá publicarse por los medios disponibles. En dicho lapso el Concejo Deliberante deberá establecer audiencias públicas para escuchar a los vecinos y entidades interesadas en dar su opinión”.

También estimamos importante para la seguridad jurídica la norma siguiente del art. 38 que obliga a la publicidad de las ordenanzas en un Boletín Informativo Municipal.

En el Cap. III sobre Departamento Ejecutivo se destaca que el intendente será electo a simple pluralidad de sufragios, con un término de mandato de 4 años y que podrá ser reelecto (art. 39).

En caso de acefalía temporaria será reemplazado por el presidente del Concejo Deliberante o sus vicepresidentes o por el concejal que resulte designado para ello, según el orden mencionado (art. 43). Y en caso de acefalía definitiva, por el concejal que resulte elegido por el Concejo si faltaren menos de 2 años para que se cumpla su mandato, pues en el caso contrario, deberá convocarse a elecciones para elegir un Intendente que finalice dicho término (art. 44).

En el art. 49 se prescriben prolijamente sus atribuciones y en el art. 50 se expresa que el Intendente es el jefe superior de la administración municipal.

Debemos resaltar que en la Ley no se admite la figura del viceintendente, dado que aunque la institución fue prevista por la Cámara de Diputados, fue eliminada por el Senado y luego no pudo imponer su criterio la cámara de origen.

La Sección Segunda sobre Gobierno de Comisión contiene 4 capítulos: el I “De la Comisión”, el II “Plenario de la Comisión”, el III “Atribuciones de los Miembros. Atribuciones del Presidente” y el IV “Formación y sanción de ordenanzas”⁹.

Tal como lo sostuvimos en el debate, esta fue una de las innovaciones más importantes de la reforma de 1987 pues se consagró aquí la posibilidad de la incorporación de los sistemas de gobierno municipal llamados de eficacia, muy extendidos en el municipalismo norteamericano, a partir de las experiencias de las ciudades de Sacramento (1863), Nueva Orleans (1870), Mobile (1873) y especialmente Galveston (1901) para el gobierno de comisión y los casos de Staunton (1908) y Sumter (1912) para el gobierno de comisión con gerente o “city manager”¹⁰.

Habrán 3 miembros de la Comisión cuando la población no exceda los 2.000 habitantes; cinco, cuando supere los 2.000 sin alcanzar los 5.000 habitantes y siete, cuando haya 5.000 habitantes o más (art. 51).

Se regulan las atribuciones del Plenario de la Comisión, integrado por todos los miembros, como autoridad superior de la administración municipal y a cargo de la función legislativa (arts. 57, 58 y 59) y los miembros de la Comisión cuando actúan individualmente para presentar proyectos de ordenanzas (art. 63) o cuando ejerzan las funciones de presidente (art. 60), secretario (art. 61) o tesorero (art. 62).

⁹ Que informáramos en nombre de la Comisión de Asuntos Constitucionales, según consta en el *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados, 1990, págs. 3498/3502 y adonde nos remitimos, por razones de brevedad.

¹⁰ También en su Anteproyecto de Ley Orgánica Carlos Astrada Ponce había intentado la incorporación del sistema de comisión para los municipios de esta Provincia, lo que no fue admitido por la Legislatura. Pero este sistema de comisión ha regido en municipios de los antiguos territorios nacionales de la Patagonia y en las comunas de la provincia de Santa Fe, además de las comisiones vecinales o de Fomento del régimen municipal cordobés.

El Título III se refiere a Hacienda, Presupuesto y Contabilidad y presenta 3 capítulos: el I sobre Recursos, el II sobre Presupuesto y el III sobre Contabilidad.

Debe resaltarse el art. 67 sobre Recursos que establece con claridad el alcance del poder tributario municipal conforme al mandato constitucional. Dicha norma expresa: “Son recursos municipales los provenientes de impuestos, precios públicos, tasas, derechos, patentes, contribuciones por mejoras, multas, ingresos de capital originados por actos de disposición, administración o explotación de su patrimonio, coparticipación provincial y federal, donaciones, legados y demás aportes especiales, uso de créditos y contracción de empréstitos”.

Asimismo el art. 68 prescribe que los tributos municipales deben respetar los principios constitucionales y “deberán armonizarse con el régimen impositivo del gobierno provincial y federal”.

El Título IV regula los Tribunales de Cuentas, como uno de los tres departamentos de gobierno municipal, junto al ejecutivo y al Concejo Deliberante y cuya misión es la de ejercer el control de legalidad externa en materia financiera, sin realizar juicios de oportunidad y conveniencia sobre el destino del gasto. Estos tribunales son otra expresión del respeto a la autonomía municipal, frente a otras legislaciones que otorgan estas funciones a Tribunales de Cuentas Provinciales.

Dichos tribunales están formados por 3 miembros electos por el pueblo, correspondiendo 2 a la mayoría y 1 al partido siguiente, con un mandato de 4 años y posibilidad de reelección (art. 78). Sus amplias atribuciones están consignadas en el art. 84, destacándose el control previo mediante el visado de todo acto administrativo que comprometa gastos y disponga órdenes y el control posterior de las Cuentas de Inversión, además de la fiscalización de las operaciones financiero-patrimoniales de la Municipalidad y las cuentas del Concejo Deliberante.

Sus observaciones deben ser enviadas al Concejo Deliberante y el Tribunal está facultado para presentar proyectos de ordenanzas sobre su ámbito de aplicación.

El Título V trata los organismos descentralizados autárquicos, empresas o sociedades de economía mixta, municipalizaciones, concesiones y servicios públicos en 5 capítulos destinados a cada uno de los temas.

Los organismos descentralizados autárquicos podrán ser creados por los concejos deliberantes para la administración de los bienes municipales y la prestación de servicios, con control de los usuarios (art. 88)

Las empresas o sociedades de economía mixta también podrán crearse por los concejos deliberantes para la prestación de servicios municipales, con participación del capital privado. (art. 95)

En cuanto a las municipalizaciones, el art. 96 dispone que los concejos deliberantes podrán crearlas mediante un procedimiento especial, dado que debe formarse una comisión previa de 3 concejales (2 por la mayoría y 1 por la minoría) que debe informar junto al Departamento Ejecutivo ante el Concejo. Dice el artículo que “El informe contendrá una memoria detallada sobre las necesidades, financiación y resultado posible de la explotación que se proyecta, que se publicará durante 3 días en los medios de publicidad existentes en la Municipalidad”.

Respecto a las concesiones, el art. 98 ordena que sean otorgadas por ordenanzas y que en igualdad de condiciones correspondan “preferentemente a cooperativas”. El término de éstas no será mayor de 15 años, porque para el caso contrario, se requiere además la aprobación de la ordenanza por un referéndum obligatorio (art. 150 inc. 3), según lo ordena el art. 99.

Finalmente en el Capítulo V se regulan los Servicios públicos en sendas normas sobre Ordenanzas de organización (art. 100), dirección técnica (art. 101), eficiencia del servicio (art. 102), tarifas (art. 103), incumplimiento de obligaciones (art. 104), intervención del servicio (art. 105), conclusión del contrato (art. 106) y normas complementarias (art. 107).

El Título VI se refiere a un aspecto principal del sistema republicano: “De la responsabilidad de las autoridades, funcionarios y empleados municipales y de la responsabilidad política del Intendente” y se divide en 2 capítulos. En el I sobre la responsabilidad de las autoridades, funcionarios y empleados municipales se prescribe que los mismos responden con carácter personal por los daños y perjuicios que causaren (art. 109), en base a las denuncias que cualquier habitante del municipio puede presentar (art. 110).

Con sano criterio de lucha contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito de los funcionarios, se ordena la presentación de declaraciones juradas de los mismos al ingreso y egreso de sus funciones (art. 111).

El art. 112 revela aún más la firmeza republicana de la Ley Orgánica, pues dispone la suspensión o destitución de los funcionarios y empleados municipales en determinados casos penales. En efecto, la norma dice: “Si se imputare al Intendente, concejales, miembros del Tribunal de Cuentas,

demás funcionarios o empleados municipales, delito doloso y/o culposo de incidencia funcional, procederá de pleno derecho su suspensión, cuando el tribunal competente resuelva procesarlo, o en la información sumaria previa a la citación directa, el agente fiscal formulara requisitoria de elevación a juicio. Producida sentencia firme condenatoria, corresponderá la destitución sin más trámite. El sobreseimiento o absolución de los imputados restituirá a éstos automáticamente, la totalidad de sus facultades. El Concejo Deliberante deberá adoptar estas decisiones en la sesión siguiente al conocimiento de las resoluciones judiciales. Si transcurridos 6 meses desde el procesamiento requisitoria de elevación a juicio, la causa no estuviese resuelta, los funcionarios mencionados reasumirán sus funciones si su situación personal lo permitiera, sin perjuicio que la posterior sentencia hiciera procedente el trámite fijado en los apartados anteriores”.

Finalmente el art. 113 legisla sobre la acción judicial de responsabilidad que la Municipalidad o Comuna condenada debe ejercer contra sus funcionarios o empleados, a efectos del resarcimiento pertinente.

El Capítulo II regula el procedimiento de revocación del mandato del intendente por el Concejo Deliberante, o sea el juicio político municipal.

Se indica que el intendente puede ser denunciado ante el Concejo Deliberante por uno de sus miembros por mala conducta, seria irregularidad, incapacidad o impedimento en el desempeño de sus funciones (art. 114), debiendo ser inmediatamente sustituidos el o los concejales denunciados por los suplentes respectivos (art. 115).

Luego que el Concejo en la sesión siguiente admita con 2/3 de votos de los miembros presentes que hay méritos para la formación de la causa, se debe oír al intendente en una sesión especial con una serie de requisitos tendientes a asegurar su derecho de defensa. (art. 116).

Para la revocación del mandato del Intendente se requiere un quorum de 2/3 de la totalidad de los miembros del Concejo y resolución escrita y fundada (art. 117), pero dicha medida debe ser aprobada por el cuerpo electoral (art. 120) con la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos en dicho acto comicial de carácter obligatorio (art. 121).

Por último, se dispone la imposibilidad del ejercicio simultáneo de los procedimientos revocatorios, pues desde ya adelantamos que además de este juicio político que efectúa el Concejo Deliberante, también la Ley Orgánica regula la revocatoria popular, que puede alcanzar al

Intendente y en consecuencia, no se puede iniciar una vía si la otra ha sido ejercida (art. 123) ¹¹.

El Título VII está destinado a acefalías y conflictos y contiene un capítulo para cada una de estas cuestiones. En el I se legisla sobre las acefalías del Concejo Deliberante y la Comisión Municipal (art. 124), en el Tribunal de Cuentas (art. 125) y las elecciones extraordinarias (art. 126) respectivas. El art. 127 acusa especial interés pues menciona la única causal de intervención provincial a los municipios, que es la de acefalía total, prevista por el art. 193 de la Constitución Provincial.

El Capítulo II en un solo artículo, el 128, regula el procedimiento de los distintos tipos de conflictos: internos y externos de una Municipalidad, ante el Superior Tribunal de Justicia, que tiene la augusta misión de garantizar la autonomía local.

El Título VIII está referido al Régimen Electoral en 6 Capítulos: el I sobre Electoralo y Padrón Cívico Municipal, el II sobre Junta Electoral Municipal, el III sobre Distribución de las representaciones, el IV sobre Suplentes, el V sobre Disposiciones Supletorias y el VI sobre Elecciones.

Solamente destacamos aquí la integración de la Junta Electoral Municipal en cada Municipalidad, en base al siguiente orden de prelación: 1) Por jueces de primera instancia, miembros del Ministerio Público y asesores letrados con asiento en la localidad. 2) Por jueces de paz legos con asiento en la localidad. 3) Por directores de escuelas fiscales por orden de antigüedad. 4) Por electores municipales (art. 132) y el sistema electoral adoptado, que es el proporcional D'Hondt (art. 137).

El Título IX legisla sobre Institutos de Democracia Semidirecta en 5 capítulos: el I sobre Iniciativa popular, el II sobre Referéndum, el III sobre Revocatoria popular, el IV sobre Ejercicio de estos derechos y el V sobre Convocatoria a Elecciones.

¹¹ Véase el informe que efectuamos sobre este Título y el debate posterior en la Cámara de Diputados en oportunidad del tratamiento de la Ley Orgánica Municipal, *Diario de Sesiones*, págs. 3523/3525 y 3535/3533 respectivamente. Asimismo nos remitimos para un análisis en profundidad a nuestro "Anteproyecto de Ley Orgánica Municipal para la Provincia de Córdoba", ya citado, y a los libros *Proceso de revocación del mandato del intendente por el Concejo Deliberante*, Córdoba, Mateo García, 1991, que fuera nuestra Tesis Doctoral y al libro *Juicio político municipal. Proceso de revocación del mandato del intendente por el Concejo Deliberante*, que fue una edición ampliada y actualizada del anterior, publicada por Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.

La Ley Orgánica que comentamos ha efectuado correcciones sobre los textos antes vigentes a los fines de viabilizar el funcionamiento de estos institutos fundamentales para profundizar la democracia local. Creemos que nuestra provincia ha tenido la legislación más avanzada en esta materia y que además es la que los ha practicado con mayor asiduidad, en los períodos de vigencia de la democracia ¹². No nos detenemos en el análisis sistemático de las normas por razones de brevedad. Sólo nos limitaremos a indicar los temas tratados. En el Capítulo I sobre Iniciativa popular se indica el número de electores requerido para presentarla (al menos el 1,5% del padrón) y las materias (art. 145), contenido (art. 147), trámite (art. 148) e inadmisibilidad (art. 149). En el Capítulo II sobre Referendum se legisla sobre referendum obligatorio (art. 150), proyectos del Departamento Ejecutivo (art. 151), referéndum facultativo y materias (arts. 152 y 153), requerimiento del referéndum obligatorio (art. 154), validez de la ordenanza (art. 155) y promulgación y reglamentación (art. 156).

En el Capítulo III sobre Revocatoria Popular se indica el número de electores (no inferior al 10 % del padrón) (art. 157), cobertura de vacantes (art. 158), prohibición de candidaturas (de los removidos y para completar su mandato) (art. 159), plazos para la revocatoria (al menos de un año desde el ejercicio del cargo y siempre que no faltaren 9 meses para su expiración (art. 160) y prohibición de actos (art. 161).

En el Cap. IV sobre Ejercicio de estos derechos se regula el número de electores y término (no inferior al 3% del padrón para solicitar el referéndum facultativo y la revocatoria, que en los 15 días hábiles posteriores deberán llegar al 10 % del padrón en ambos casos) (art. 162), requisitos (art. 163), vista (de la revocatoria al funcionario afectado para que conteste en un plazo de 5 días hábiles) (art. 164), suscripción de solicitudes (art. 165), resolución de la Junta Electoral (art. 165), apelación (ante el juez electoral provincial) (art. 167), convocatoria a elecciones (art. 168), constitución de la Junta Electoral (art. 169) y gastos (art. 170).

Por último, el Capítulo V sobre Convocatoria a elecciones ordena los plazos (art. 171), el decreto de convocatoria (art. 172), la mayoría

¹² Véase el “Anteproyecto de Ley Orgánica Municipal para la Provincia de Córdoba”, el Cap. VIII de las ediciones de nuestra obra *Derecho municipal*, además del informe presentado en la Cámara de Diputados, anteriormente citados.

requerida (absoluta sobre los votos válidos emitidos) (art. 173) y obligatoriedad (art. 174)

El Título X es también de especial importancia pues regula “Otras formas de participación ciudadana” y termina de perfilar a un municipio de plena participación, tanto política como cotidiana, como base de la democracia local¹³. Reiteramos aquí que el municipio debe ser la escuela social de la democracia y a eso apunta este Título que comprende los siguientes institutos: Audiencia Pública (Capítulo I), Consejo Asesor Municipal (como órgano de consulta y asesoramiento que expresa a las asociaciones de vecinos y entidades representativas de diversas actividades en el Capítulo II), Voluntariado (aporte de bienes o medios económicos o trabajo personal en actividades de interés municipal en el Capítulo III), Oficina Municipal de Reclamos (para la defensa de los derechos de los vecinos, de la prestación de servicios y la vigencia del orden jurídico local en el Capítulo IV) y la descentralización municipal (en atención a las características propias de cada población en el Capítulo V).

El Título XI es de enorme trascendencia pues trata sobre las Relaciones Municipales y la Asistencia Provincial, como reglamentación de los arts. 190, 191 y 192 de la Constitución Provincial antes comentados, que sentaron las bases de los gobiernos locales para este siglo de la globalización y el conocimiento.

En el Capítulo I destinado a la Acción municipal coordinada se reconoce ampliamente la posibilidad de celebrar convenios con otros municipios, con los gobierno provincial y federal y con organismos descentralizados y se admite la creación de organismos intermunicipales (art. 183). Asimismo se permite la cooperación y promoción municipal mediante la participación en entidades de carácter provincial, nacional o internacional que tengan dicha finalidad (art. 184).

En el Capítulo II sobre Asistencia Provincial se prescribe que las municipalidades y comunas podrán solicitar asesoramiento y asistencia

¹³ La anterior reforma constitucional de 1923 había posibilitado el ejercicio de estos derechos en el art. 152 y en 1939 se dictó la ley 3836 que hemos considerado de gran calidad y que fuera reproducida por la ley 4754 de 1964. Dicha normativa fue la base que tuvimos presente en nuestro “Anteproyecto” y que fuera como lo hemos dicho, el antecedente de la actual Ley Orgánica. Véanse asimismo las sucesivas ediciones de nuestra obra *Derecho municipal*, antes citadas como nuestras intervenciones en el debate de la Cámara de Diputados, *Diario de Sesiones*, págs. 3534/3536.

técnica a los poderes públicos del Estado provincial, siempre en el área especializada respectiva y sin que se afecte la autonomía municipal (art. 185). Y seguidamente en el art. 186 se crea el Instituto Provincial de Capacitación Municipal que tendrá los siguientes fines: “a) Estudio e investigación de temas municipales. b) Organización de cursos permanentes y transitorios de perfeccionamiento del personal que actúe en materia municipal. c) Organización de congresos municipales. d) Toda otra actividad tendiente al afianzamiento del régimen municipal, pudiendo por tal motivo vincularse con organismos similares del país o del extranjero. La reglamentación deberá prever la participación de autoridades municipales en la conducción de este organismo”.

Habíamos formulado esta propuesta de innegable trascendencia para la profundización de los estudios locales ya en nuestro “Anteproyecto de Ley Orgánica Municipal”, publicado en 1977, antes citado y al informar este Título en el debate legislativo, recordábamos instituciones similares en el derecho comparado y especialmente al Instituto de Estudios de Administración Local de España, donde cursamos estudios de posgrado en 1978¹⁴.

El Título XII se refiere a las comunas y fue otro de los grandes cambios operados en el régimen municipal cordobés por la reforma constitucional de 1987. Dijimos al respecto en la Cámara de Diputados al informar este tema: “Se han jerarquizado las comisiones municipales o de fomento dándoles el carácter de comunas y por el artículo 194 de la Ley Suprema Provincial se ordenó a la Legislatura la reglamentación de este mandato para mantener el espíritu constitucional, hemos asegurado la autonomía comunal. Las comunas ciertamente no son lo mismo que los municipios, pero hemos indicado el reconocimiento de los mismos por su naturaleza sociológica y como creemos en la libertad de todo conglomerado humano, hemos apostado al reconocimiento de la autonomía comunal. Por eso esperamos que estos embriones de la vida local sirvan también, indiscutiblemente, a la libertad y a la democracia de Córdoba”¹⁵.

¹⁴ Véase el “Anteproyecto de Ley Orgánica Municipal para la Provincia de Córdoba”, el Cap. VIII de las ediciones de nuestra obra *Derecho municipal*, además del informe presentado en la Cámara de Diputados, anteriormente citados.

¹⁵ *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados, 1990, sesión del 30 de octubre, pág. 3438. Posteriormente hicimos referencia al Título en sus diversos capítulos, remitiéndonos por razones de brevedad a dicho debate.

En el Capítulo I sobre Constitución de las mismas se destaca el art. 188 que indica que ellas podrán ser constituídas en las poblaciones estables de menos de 2.000 habitantes que no se encuentren comprendidas en ningún radio municipal. En cuanto al radio de la Comuna, como en los municipios, comprenderá la zona beneficiada por cualquier servicio municipal de carácter permanente más la zona aledaña de futura ampliación. Dichos radios se fijarán por ley, con un procedimiento también similar al de los municipios (art. 190).

En el Capítulo II sobre Autoridades y funciones se indica que las comunas serán gobernadas y administradas por una Comisión de 3 miembros electos por el pueblo, que serán presidente, secretario y tesorero (arts. 192 y 193), con un mandato de 4 años pudiendo ser reelectos (art. 195). En cuanto a las funciones, el art. 197 efectúa una amplia enumeración en 9 incisos que pueden ser resumidos en el ordenamiento urbanístico y “todo otro servicio necesario para el normal desarrollo urbano” (inc. 1). Ello comprende por cierto un amplio ejercicio de poder de policía, como lo hemos sostenido reiteradamente.

En el Capítulo III sobre Asambleas se distingue entre las ordinarias y las extraordinarias (arts. 205, 206 y 207).

En el Capítulo IV sobre Régimen electoral debe destacarse la creación de una Junta Electoral Comunal, con similares criterios a las existentes en las Municipalidades y en reconocimiento a la autonomía comunal (art. 214).

En el Capítulo V sobre Recursos y administración de fondos resalta el art. 220 con una exhaustiva enumeración de los recursos de las Comunas, a las que se reconoce un poder tributario amplio -aunque sin poder crear impuestos específicamente-, además de la coparticipación acordada en las leyes provinciales.

En el Capítulo VI sobre Intervención, disolución e institutos de democracia semidirecta merece particular consideración el art. 222 que dispone que las comunas podrán ser intervenidas por Ley cuando concurren algunas de las siguientes causales: “1. Grave deficiencia en la prestación de servicios públicos. 2) Grave desorden administrativo, económico o financiero imputable a las autoridades. 3) Enajenación ilegal de sus bienes. 4) Acefalía total”. Dicha intervención no podrá durar más de 90 días.

El art. 225 prescribe la posibilidad del ejercicio de los institutos de democracia semidirecta también en las comunas. Más adelante señalare-

mos que este es otro de los aspectos donde se advierte una muy grave violación de las normas de la ley y de la Constitución Provincial, ya que hace años que no se permite la creación de nuevas comunas, por parte del Gobierno Provincial. Se trata una vez más de la “anomia” boba que nos caracteriza, como muestra de nuestra falta de una adecuada cultura constitucional y de la legalidad ¹⁶.

El Título XIII sobre Disposiciones Varias regula aspectos de importancia práctica como las Expropiaciones en el Capítulo I y el Cobro judicial, responsabilidad de los escribanos y sentencias contra el municipio en el Capítulo II.

Finalmente el Título XIV es de Disposiciones transitorias, donde destacamos el art. 235 que había fijado un plazo no mayor de 5 años para que el Poder Ejecutivo confeccione el mapa de los radios municipales. Ya nos referimos a este otro incumplimiento que ha traído no pocas consecuencias negativas para el régimen municipal cordobés, puesto que afecta gravemente a la seguridad jurídica en aspectos vinculados entre otros, al ejercicio del poder tributario y de policía.

Insistimos en sostener la *especial trascendencia* que significara la sanción hace 20 años de la Ley Orgánica Municipal N° 8102, en la configuración del régimen local cordobés, considerado uno de los más logrados del país, por su consagración de la autonomía municipal ¹⁷.

En este aspecto, y en primer lugar, no se puede obviar que esta ley sirvió de *fundamental antecedente para la sanción de las Cartas Orgánicas Municipales*, por parte de las ciudades de la provincia. La primera en hacerlo fue la de Marcos Juárez y hasta la actualidad han

¹⁶ Véase la obra *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica* de la que somos coautores junto a Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, en base a un proyecto conjunto de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional -que presidíamos- y de Idea Internacional. En particular hemos analizado el concepto de anomia, recordando a Carlos Santiago Nino en su libro *Un país al margen de la ley* donde estudia en profundidad esta trascendente cuestión y caracteriza a la misma como “boba”, por sus efectos negativos y “antidemocrática”, ya que importa el desconocimiento de una deliberación y sanción democráticas de las normas.

¹⁷ Remitimos a nuestro artículo sobre “El régimen municipal cordobés”, publicado en la Revista de Derecho Público de Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, *Derecho Municipal*, Tercera Parte, 2005, pág. 45 y ss..

sancionado además sus cartas orgánicas las ciudades de Almafuerde, Alta Gracia, Arroyito, Bell Ville, Córdoba, Carlos Paz, Colonia Caroya, Corral de Bustos, General Cabrera, Laboulaye, La Falda, Las Varillas, Morteros, Río Ceballos, Río Cuarto, Villa Allende, Villa Dolores, Villa María y Villa Nueva.

Por razones de brevedad, no podemos efectuar un análisis particularizado de los instrumentos sancionados, pero como reflexión general expresamos que las convenciones actuaron con un ponderable nivel de cultura política democrática y que alcanzaron importantes acuerdos para conseguir el valor más importante de una carta constitucional, que es la legitimidad¹⁸. Asimismo podemos advertir que el más importante antecedente de las Cartas fue la Ley Orgánica Municipal que acabamos de comentar y que en consecuencia, existe una cierta similitud entre dichas normativas, a lo que se suma una plena coherencia con las bases constitucionales establecidas por la Ley Suprema Provincial.

En segundo lugar, la trascendencia de la ley alcanzó al *resto del derecho municipal argentino*, pues ha servido de antecedente en la sanción de otras leyes orgánicas municipales, de la misma manera que la Constitución Provincial lo fue para otras leyes supremas provinciales.

En tercer lugar, estamos convencidos de que esta ley, además de reglamentar y concretar *el aspecto más relevante y destacado de nuestro constitucionalismo provincial*, que es para nosotros el régimen municipal cordobés junto a la parte dogmática de la Constitución Provincial, ha contribuido de manera incuestionable al adelanto y desarrollo de nuestras ciudades y localidades.

En este análisis de 20 años de vigencia de la Ley, no podemos dejar de señalar las *violaciones que ha sufrido y que sufre el gran principio de la autonomía municipal que la inspira*, particularmente en los momentos actuales.

¹⁸ Un particular ejemplo de ello fue la Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Córdoba, que de 160 normas tuvo 87 votadas por unanimidad, no obstante el alto número de miembros de la Convención Municipal Constituyente, 64, que representaron a 4 bloques políticos. Tuvimos el alto honor de presidir dicha Convención que cumplió la misión de colocar a Córdoba como la primera ciudad de más de 1.000.000 de habitantes de América Latina en tener su propia Carta Orgánica.

Nos hemos referido a ello en algunos trabajos nuestros ¹⁹, a los que remitimos en razón de brevedad y donde señalamos entre otras leyes y actos inconstitucionales: la Ley Orgánica de Regionalización de la Provincia N° 9206, la falta de creación de nuevas comunas, la ley 8980 de utilización de dispositivos reguladores y controladores del tránsito y la ley 10.059 del Código de Procedimiento Tributario municipal unificado, entre otros ejemplos, que muestran el desconocimiento de la autonomía local en sus aspectos institucionales, fiscales y de poder de policía y que en consecuencia, afectan la plena vigencia de la ley 8102.

Sin poder desarrollar en esta oportunidad esta temática de extraordinaria importancia, sólo nos permitimos detenernos en el análisis de la primera de las leyes mencionadas, para fundamentar nuestra opinión.

En tal sentido, hemos escrito lo siguiente: “En general se advierte que esta ley no guarda coherencia con nuestra legislación municipal básica, pues no se adecua a los principios de la Constitución Provincial, que establece claramente la autonomía municipal, otra clase de regionalización y que en modo alguno autoriza la instauración de un nuevo nivel de gobierno entre los gobiernos locales y el provincial y la delegación de funciones que se establece a favor de las comunidades regionales.

Hay violaciones a la autonomía municipal, pues aunque en el art. 6° se indique que es voluntaria la pertenencia por parte de municipalidades y comunas, dicha conformidad no alcanza para legalizar esta superestructura de poder que afecta incuestionablemente a los gobiernos locales y que ha sido creada desde arriba, por Ley inconstitucional de la Legislatura. Esta superestructura es una copia del sistema municipal español, no sólo muy distinto del nuestro, sino que además carece del grado de reconocimiento a la autonomía municipal que caracteriza a nuestra legislación a partir de la Constitución Nacional en su art. 123.

¹⁹ Véase Antonio María HERNÁNDEZ, “Las violaciones a la autonomía municipal en Córdoba”, en *El Derecho, Constitucional*, del 22 de agosto de 2006, *Novedades del constitucionalismo provincial*, págs. 20/22 y los artículos periodísticos publicados en *La Voz del Interior*: “Las violaciones a la autonomía municipal en Córdoba”, de los días 13 de febrero, 15 de marzo y 20 de marzo de 2006; “La planificación urbanística, competencia municipal exclusiva”, de fecha 20 de agosto de 2007 e “Inconstitucionalidad de un proyecto del Gobierno Provincial”, en *La Voz del Interior*, del 23 de marzo de 2012, donde nos referíamos al proyecto de Código de Procedimiento Tributario Municipal Unificado, que luego fuera sancionado por la Legislatura como la ley 10.059, en este año 2012.

En cuanto a la regionalización prevista por el art. 175, de la lectura de la norma resulta palmaria la contradicción con los objetivos y funciones de las comunidades según los arts. 9º y 10. Si algo pretendía el texto constitucional era un estudio profundo e interdisciplinario para una regionalización que tuviese en cuenta una planificación estratégica para el desarrollo, mediante regiones o microregiones o zonas que no se pueden compadecer con los distintos mapas de la provincia en materia judicial, policial o de salud ni tampoco con los departamentos, que son divisiones administrativas que provienen de la historia y que están más vinculadas con el sistema electoral y político de la Provincia.

Por otra parte no puede desconocerse el notable grado de desarrollo de las relaciones intermunicipales de Córdoba, ejemplar en el país, como hemos antes mencionado y que surgiera desde abajo, con pleno respeto de las autonomías locales.

La Constitución no autoriza la instauración de un nuevo nivel de gobierno entre la Provincia y las municipalidades y comunas ni de manera expresa ni implícita. En consecuencia la Legislatura no pudo haber sancionado esta ley de creación de estas comunidades, a las que se pretende otorgar funciones y competencias que corresponden sólo a la Provincia y a las municipalidades y comunas. Es preciso recordar que la Legislatura es un poder constituido cuya misión es la de respetar los mandatos del poder constituyente y que en el Estado de derecho la incompetencia es la regla de los órganos estatales, pues siempre es necesaria la asignación de la competencia de manera expresa o implícita.

Asimismo también se ha violado la Constitución Provincial en sus arts. 13 y 185, al disponerse la delegación de funciones en las comunidades regionales en varios artículos como el 8º, 10 y concordantes de esta ley. En efecto, el art. 13 prohíbe la delegación de funciones en personas o poderes, “salvo los casos previstos en esta Constitución” y de ninguna manera nuestra Ley Suprema autoriza dicha delegación en estos entes, pues el art. 185 es expreso en mencionar a los Municipios como aquéllos en los que puede delegar su poder de policía “en materias de competencia municipal en las zonas no sujetas a su jurisdicción territorial”.

En definitiva, aunque los legisladores de la mayoría mencionaron el art. 175 de regionalización, para tratar de revestir de constitucionalidad a la ley, lo que hicieron fue crear un injerto inconstitucional en el régimen municipal de Córdoba, como es la superestructura de las comunidades

regionales, en flagrante desconocimiento de las normas y principios constitucionales citados.

Tampoco guarda coherencia esta ley con las otras normas básicas del régimen municipal cordobés como son la Ley Orgánica Municipal y las cartas orgánicas municipales. Es tan notorio ello que no existe referencia alguna a dichos instrumentos. Es casi como si no existiesen, lo que resulta gravemente sorprendente. Véase por ejemplo, que algunos de los títulos y textos de los artículos han sido tomados directamente de la Ley Orgánica Municipal, como los relativos a la cooperación y la asistencia provincial, pero sin mención de dicha normativa.

Terminamos este comentario con una breve referencia al art. 24 de la ley, que dispone que todo conflicto normativo sobre la aplicación de la ley debe interpretarse y resolverse en beneficio de la presente ley. Debemos expresar al respecto que es una norma sin precedentes, que revela un desconocimiento de principios elementales de nuestro Estado de derecho.

En consecuencia, estimamos pertinente la derogación de esta ley por las razones aducidas e insistimos en la pronta implementación de un proceso de regionalización acorde a los principios constitucionales de nuestra Ley Suprema Provincial”²⁰.

Finalizamos esta exposición reiterando nuestra convicción sobre la imperiosa necesidad de cumplir estrictamente los principios autonómicos, libertarios y democráticos del régimen municipal cordobés, que emergen de nuestras leyes supremas Provincial y de la Nación y que fueran desarrollados con especial acierto por la Ley Orgánica Municipal N° 8102, sancionada hace 20 años²¹.

²⁰ Cfr. Antonio María HERNÁNDEZ, “El régimen municipal cordobés”, ob. cit. y el artículo periodístico “Una propuesta confusa”, de La Voz del Interior, del 30 de septiembre de 2004.

²¹ Ello sin perjuicio de realizar en el futuro algunas modificaciones tanto en la Constitución Provincial como en esta Ley Orgánica Municipal, a los fines de profundizar la autonomía local en nuestra provincia, tal como lo postulamos en el libro “Así no va más” - Dictamen de la Comisión Consultiva de Expertos para la reforma político-electoral de la Provincia de Córdoba”, editado por las universidades Nacional y Católica de Córdoba, Córdoba, (2008), del que somos coautores, en nuestro carácter de miembro de dicha Comisión. Tampoco podemos detenernos en esto, por razones de brevedad, remitiéndonos a la obra indicada.

PREMIOS

PREMIO ACADEMIA 2012

6/2012

Córdoba, 16 de abril de 2012

VISTO:

Que en sesión ordinaria del 13 de marzo del corriente año, el pleno de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, decidió designar al Prof. Dr. Alberto B. Bianchi, para el *Premio Academia 2012*, por su destacada trayectoria académica y profesional.

Y CONSIDERANDO:

Que el Prof. Dr. Alberto B. Bianchi, es egresado de la Universidad Católica Argentina en 1978 y adquirió el grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires en 1988, con tesis recomendada al premio facultad.

Que como especialista en derecho administrativo, derecho constitucional y procesal constitucional, se desempeña como profesor de Jurisdicción Constitucional y profesor de postgrado en Derecho Constitucional Profundizado en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo-Económico, ambas de la Universidad Católica Argentina. Que es profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Escuela del Cuerpo de Abogados de la Procuración del Tesoro de la Nación y profesor en el curso de postgrado en el curso de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires. Que es profesor de Derecho Administrativo Comparado en el curso de postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Tucumán y en la Carrera de Especialización en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Blas Pascal.

Es autor de más de 300 trabajos doctrinarios y 17 obras literarias, entre las que se pueden mencionar *La competencia originaria de la*

Corte Suprema de Justicia de la Nación (1989), Proceso administrativo constitucional (1992), Responsabilidad del Estado por actividad legislativa (1999), Control constitucional (2002), Capitalismo y derecho constitucional (2005), Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860) (2007) e Historia constitucional de los Estados Unidos (2008).

Que ha obtenido diversas distinciones, entre ellas, el Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en 1991 y el Diploma de Honor de la Comisión del Servicio de Justicia del Ejército Argentino en 2002.

Por ello,

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

RESUELVE:

Art. 1º.- Otorgar el *Premio Academia 2012*, al Prof. Dr. Alberto B. Bianchi en sesión especial a realizarse el día 19 de abril en la sede de la Corporación.

Art. 2º.- Designar para la presentación del galardonado, al Sr. vicepresidente de la Institución, Dr. Julio I. Altamira Gigena.

Art. 3º.- Comuníquese, dese copia y archívese.

Jorge de la Rúa
Académico Secretario

Juan Carlos Palmero
Académico Presidente

PREMIOS

Con fecha 19 de abril, el pleno de la Academia hizo entrega del diploma y medalla de Vélez Sársfield al Premio Academia en su edición 2012, al Dr. Alberto B. Bianchi, especialista en derecho público. En dicha oportunidad el galardonado fue presentado por el Sr. vicepresidente, Dr. Julio I. Altamira Gigena.

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, señoras y señores académicos, distinguido premiado, señoras y señores:

El señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Juan Carlos Palmero, me ha encomendado disertar en esta oportunidad en nombre de nuestra corporación.

El motivo de esta sesión pública es entregar el Premio Academia al Dr. Alberto Bianchi, pero antes les haré conocer que esta Academia en cumplimiento de sus objetivos entrega 4 premios que son: al “Joven Jurista” para los jóvenes abogados que son menores de 35 años, que se están formando excelentemente, que ya tienen publicaciones de trascendencia y que constituyen una promesa para la ciencia jurídica argentina.

Otro premio es a la “Tesis Sobresaliente”, que es discernida entre aquellos que han obtenido por su tesis la calificación de sobresaliente y con la finalidad de que continúen realizando importantes investigaciones, ya sea en la misma Universidad o en el CONICET.

El tercer premio es el denominado “Maestro del Derecho” con el que se distingue a aquella persona que ha dedicado su vida a la investigación, a la docencia y al ejercicio de la profesión o de la magistratura.

El cuarto premio, es el que entregamos esta tarde: el “Premio Academia”, que se da a aquella persona que ha demostrado claridad de conocimiento, seriedad en las investigaciones realizadas, está en plena actividad y acredita destacada trayectoria, constituyendo un jalón en su vida como docente, investigador y profesional.

No voy a realizar una presentación del Dr. Bianchi, porque todos lo conocemos, algunos porque han leído sus libros, y otros como yo por haber compartido exposiciones en jornadas, congresos y seminarios de derecho administrativo.

Si leemos cualquiera de sus libros como por ejemplo: *La regulación económica* o *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*

va para citar sólo dos, advertiremos que escribe claro porque tiene ideas claras, que analiza las doctrinas con criterio propio, que las oraciones están bien redactadas, que la lectura es amena, que no tiene una forma de escribir rebuscada o afectada que algunos autores consideran que es un signo de sabiduría, o de erudición.

En el último libro que he mencionado sostiene que para que sea procedente la responsabilidad estatal debe existir un sacrificio especial. Al respecto dice: “... *Es fácil admitir que cuando una ley ha perjudicado a una persona, a dos o a tres, estamos ante un sacrificio especial. Tampoco existe mayor inconveniente admitirlo si el grupo afectado es más numeroso, pero, aun así, reducido en proporción con el resto de la comunidad.*”

El problema empieza a complicarse cuando nos encontramos con grandes grupos de afectados que, además no están individualizados. Es aquí donde la comunidad de afectados empieza a confundirse lentamente con toda la comunidad.

Desde mi punto de vista -dice- creo que una vez más nos encontramos con un problema que no admite soluciones teóricas a priori y que sólo los jueces están en condiciones de resolver con sensatez el caso concreto.

Admitido como principio que debe ser indemnizado el daño especial, pues nadie debe cargar individualmente con un perjuicio que suponemos generado en beneficio de todos, el problema se presenta -como es obvio- cuando el daño se va extendiendo progresivamente hacia grupos grandes y no identificados de personas. A mayor cantidad de individuos afectados, menor sacrificio especial y en esto tiene razón la Corte en “Buenos Aires Eximport”, pues la cuestión empieza a complicarse económicamente. La comunidad tiene fondos para pagar a uno, a dos, a tres, en fin, a un grupo reducido en proporción a su número total. ¿Pero es razonable suponer que un sector minoritario habrá de indemnizar a una mayoría de afectados? Ciertamente no. Al menos es económicamente impracticable... El problema consiste entonces -nada menos- en determinar el punto de inflexión en donde el sacrificio especial se torna en una carga pública. Y esto solamente pueden decirlo los jueces en presencia de un caso concreto...”.

Es un jurista al que le preocupa no sólo lo jurídico, sino también lo social y lo económico.

Las reuniones académicas en las que nos hemos encontrado han servido para hacer nacer una amistad, que se ha mantenido a través de la distancia y se ha profundizado con los años.

Es por esa razón que puedo sostener que no sólo es una persona inteligente, estudiosa, investigador con rigor científico, sino también que tiene una gran dedicación al trabajo, tomando a la docencia como un servicio, por eso es profesor en los cursos de postgrado de Derecho Administrativo que organizan las distintas universidades del país, sean públicas o privadas.

Es una persona prudente, de trato mesurado y afable, de buenos modales.

Por todas estas cualidades se ha hecho merecedor a este importante premio que otorga la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, que es un estímulo para que continúe trabajando con el mismo entusiasmo y esmero que lo ha hecho hasta el presente. Muchas gracias.

RECENSIONES

EL DERECHO EN MOVIMIENTO. Homenaje a la Dra. Elena Highton Adriana Dreyzin de Klor (directora), Carolina Harrington (coordinadora), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, 416 páginas.

Efectuar la recensión sobre una obra colectiva siempre es un reto, ya que los temas abordados no necesariamente conllevan una sola línea argumentativa sino más bien procuran reflejar los tópicos más relevantes sobre los cuales discurrió la vida académica y profesional de la persona a homenajear. El caso del libro en homenaje a la Dra. Elena Highton no es una excepción y sin duda en él se plasman los grandes temas que ha desarrollado la jurista argentina, cuya cima profesional alcanzara con su designación como miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2005.

En este sentido, es loable la iniciativa de la Dra. Adriana Dreyzin en llevar adelante la dirección de un documento académico que refleja esos temas y que contara con la participación de destacados juristas y profesionales del derecho, cuyo título de la obra, refleja a su vez el pensamiento y acción de la Dra. Highton, es decir, el expresar los constantes cambios y evolución del derecho, aspectos que siempre se han destacados en sus escritos y aportes científico-académicos.

La obra está dividida en cuatro subtemas, siendo el primero de ello, lo referente a las cuestiones de *Derechos humanos*. El trabajo de Laurence Burgogue-Larsen “*La erradicación de la impunidad: claves para descifrar la política jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, nos permite adentrarnos en el candente tema de cómo las leyes de amnistías o de perdón han sido consideradas por los tribunales internacionales como contrarias a la verdad y la justicia en los países latinoamericanos, en particular por la tarea desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con la finalización de los procesos dictatoriales en América Latina hacia fines de los años 80 y como consecuencia de medidas autoritarias de algunos gobiernos elegi-

dos democráticamente, los Estados fueron dictando sendas leyes de amnistía que impedían la persecución penal de los jueces por los crímenes cometidos. Ello llevaría al Tribunal Interamericano al dictado de la Opinión Consultiva 14 sobre la expedición de leyes contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos o a fallos señeros como “Suárez Rosedo”, “Barrios Altos”, “La Cantuta” o uno de los más controvertidos como el reciente fallo “Gelman”. Estos fallos han implicado un interesante debate en el seno de los organismos de derechos humanos ya que han sido gobiernos democráticamente elegidos, lo que deciden aplicar leyes de amnistía. Ante estas leyes especiales, la autora reflexiona sobre la importancia de aplicar la doctrina de la Corte Interamericana sobre el debido “control de convencionalidad” de las leyes nacionales pero teniendo también en cuenta la búsqueda de una armoniosa “interacción” entre los jueces regionales y los jueces nacionales al momento de tomar decisiones que afectan gravemente las instituciones de los Estados. Este tipo de leyes y su necesaria derogación o nulidad, sin duda pone en relieve la constante disputa entre la doctrina nacional e internacional sobre la búsqueda de la “verdad histórica” y la “verdad judicial”, que constituye otro de los temas abordados por la autora del texto.

Por su parte, Mariela Morales Antoniazzi a través de su aporte “*La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la libertad de expresión en la órbita de la sociedad democrática*”, nos adentra en la temática de la libertad de expresión en los procesos democráticos y los continuos abusos por parte de los poderes constituidos. La autora hace un especial énfasis en cómo el actual mecanismo de control de convencionalidad, posibilita iluminar las normas nacionales en la protección de la libertad de expresión, no sólo de la prensa sino también de todos los ciudadanos de los Estados del continente. En ese afán, se recuerda los aportes de la Dra. Highton en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como “Patitó” o “Editorial Río Negro”, en los cuales se plasmó ese esfuerzo por adecuar las resoluciones judiciales nacionales a los estándares de derechos humanos enunciados por la Convención Americana e interpretados por la Corte Interamericana. Estas reflexiones de la autora son coronadas con una clara reflexión sobre la conformación progresiva en el ámbito americano de un *ius constitucionale commune*, en el que se moldean los principios de libertad de expresión necesarios para la consolidación de Estados de derecho y con fortaleza republicana.

El tercer aporte a esta obra está plasmado por Mónica Pinto que a través de su texto "*Lo que no dicen los mecanismos de protección de los derechos de la mujer*", efectúa una visión crítica sobre algunos aspectos relacionados con la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En particular, la autora indaga sobre el tiempo que llevó para que se aprobara un Protocolo Facultativo de la Convención (2000) que posibilitara mecanismos de control eficaces y que en la Argentina se encuentra vigente desde 2007. Sin embargo, a pesar de la relevancia de estos mecanismos internacionales para combatir la discriminación contra las mujeres, como lo señala la autora, sólo hasta 2009 se habían publicado 16 casos resueltos. De ellos, los temas abordados por el Comité previsto en el Protocolo, correspondieron a cuestiones de violencia contra la mujer, sobre los derechos de las mujeres privadas de libertad o sobre la falta de una necesaria adecuación de las normas locales a los estándares y obligaciones internacionales. La autora si bien valoriza los avances alcanzados con el sistema de denuncias, exhorta a trabajar en mejorar el litigio estratégico de casos de discriminación contra las mujeres que posibiliten llegar a las instancias internacionales o que se mejore el acceso a la justicia de las víctimas de discriminación.

El segundo tópico de la obra, está dedicado a la *Actividad judicial*. Gladys Estela Álvarez, con su texto "*Acceso a la justicia y mediación*", afronta uno de los temas que más ha preocupado a la homenajeadada en el ámbito judicial, como es la modernización del sistema judicial. En el texto se reflejan los principales aportes que desde el año 2005 vienen implementándose en el ámbito de la Justicia Nacional en procura de hacer efectiva la labor no sólo de los jueces sino de todos los operadores judiciales. Dentro de este pluralismo de medidas, la implementación de mecanismos alternativos de disputas (RAD) ha irrumpido en el ámbito judicial como un medio idóneo, confiable y procesalmente garantista de los derechos de las partes y con costos mucho más reducidos que un proceso judicial tradicional. Para ello, la autora efectúa una reseña sobre las experiencias existentes en los fueros nacionales y provinciales y los desafíos que aún persisten en fortalecer estos mecanismos alternativos de disputas y empoderarlos entre los ciudadanos y los actores judiciales.

El aporte de sus colegas del Tribunal Superior, viene de la mano de Ricardo Lorenzetti. Con su texto "*Conflictos colectivos*", el autor re-

flexiona sobre los aportes que los procesos colectivos han implicado en nuestros días en el ámbito judicial. En ese sentido, los procesos colectivos han sido valorados por parte de sectores de la ciudadanía como un mecanismo de acceso que permite romper esa tradición bilateralista del litigio, sobre todo frente a conflictos socio-ambientales. El autor resalta la importancia de la eficacia económica y procesal de este tipo de procesos pero advirtiendo de los obstáculos que pueden presentarse si no son adecuadamente administrados, tanto en la determinación de las competencias jurisdiccionales, como en los tiempos que puede demandar un proceso. Frente a estas nuevas realidades de saturación de procesos judiciales, fruto de avances de la litigiosidad devenida del avance de las tecnologías, un mejor acceso al conocimiento del derecho y los efectos económicos hacen necesaria la búsqueda de una solución mediante la fórmula del consenso o la transacción por la vía del equilibrio.

Por su parte, Graciela Medina, aporta su postura con el texto “*Ley de protección integral a las mujeres. Objetivos y derechos protegidos*”. El presente, sin duda constituye otro de los puntos centrales sobre los cuales la homenajeadora se ha dedicado en el seno de la Corte Suprema a empoderar, de la mano de su colega la Dra. Argibay. La autora efectúa un comentario particularizado de la ley sobre protección integral de las mujeres (ley 26.485), con el fin de demostrarnos la relevancia que implica en la actualidad el contar con un dispositivo normativo nacional que empodere políticas públicas en la búsqueda de la protección y asistencia a las mujeres, desde una concepción de género ineludible, particularmente en temas como la no discriminación personal o laboral y sobre todo en aspectos relativos a la violencia contra las mujeres. A su vez, del comentario individualizado de estos temas y otros conexos como el derecho a la salud, a la información, a la educación, se destacan en el texto los comentarios sobre la labor emprendida por la Dra. Highton y sus colaboradores en la concreción de la Oficina de Violencia Doméstica, que ha brindado un nuevo y necesario ámbito de asistencia a las víctimas de violencia de género y familiar.

El autor Luis María Parma, con su aporte “*Justicia en cambio, Diálogo y participación*”, nos introduce en otras experiencias sobre modernización de justicia que llevara adelante la mano de la Dra. Highton. El autor efectúa una reseña sobre la implementación del programa “Justicia en Cambio: Sociedad Civil, Abogados y Jueces: Un nuevo proyecto para la administración de justicia”, que se implementara en 2000 a través de un grupo de instituciones civiles y del Estado. Fruto de ese trabajo se

han plasmado resultados como la “Oficina Multipuertas”, creada a partir de la iniciativa de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación para brindar asesoría jurídica gratuita en conflictos jurídicos o sociales; la implementación de “Casa de Justicia” en algunas provincias del país, cursos de capacitación para jueces y fiscales, leyes de mediación en jurisdiccionales provinciales o la ya mencionada Oficina de Violencia Doméstica en el seno de la Corte Suprema.

El tercer tópico de esta obra colectiva, está dedicada a la *Integración regional*. El aporte de Ricardo Alonso García, “*Sexo, drogas y rock & roll... En Luxemburgo*”, está orientado a reflexionar sobre un punto particular en las disputas llevadas al tribunal comunitario europeo, como son las referidas a cuestiones de libertad en la elección de la forma de vida y uso del cuerpo como medio de vida y su correlato con la prestación de servicios relacionados con el consumo de estupefacientes (*cannabis*). Así el autor cita los casos de cuestiones prejudiciales llevadas ante el Tribunal comunitario en los asuntos “Raad van State”, “Josemans” o “Jany” frente al pedido efectuado por tribunales de los Países Bajos. En estos casos el abordaje estuvo orientado en analizar los alcances de cuestiones referidas a la prestación de sexo o de drogas como una referencia vinculada al funcionamiento del mercado interior en términos de libertad de establecimiento y de prestación de servicios. En igual sentido sobre aspectos relativos al uso de *cannabis* para uso personal o de marcas, se han planteado los asuntos “Hammarsten” o “Torresan”, vinculados al uso de la marca “Cannabis” como denominación de un producto alimenticio o la denegación de la administración sueca para la producción industrial de la planta de cáñamo. Otro punto sensible en el análisis del tribunal comunitario ha sido lo referente a la práctica de la prostitución. En temas del uso del propio cuerpo como prestación de servicios, el tribunal no ha seguido siempre el mismo paralelismo en su análisis, pero sí reconociendo que ni el derecho internacional ni el comunitario prohíben expresamente el ejercicio personal y libre de la prostitución, sin que medien terceros o en ámbitos no privados de la persona. En tal sentido, el autor se enmarca en comentar los alcances de los asuntos “Adoiu” y “Cornuaille” entre otros, al analizarse los alcances de comportamientos contrarios (o no) al orden público de los Estados.

En el artículo sobre “*Mercosur ¿En movimiento?*”, Adriana Dreyzin de Klor desarrolla un análisis sobre el futuro del proceso de integración

subregional sudamericano preguntándose si se han tomado las medidas necesarias por parte de los Estados en conducirse hacia la meta de un Mercado Común de integración y si los decisores políticos están motivados en encauzar la bloque por mayores canales institucionales que posibiliten una consolidación y fortaleza del sistema. Para ello, la autora enuncia y reflexiona sobre tres acciones que se han desarrollado en los últimos dos años. Por una parte, la reciente entrada en vigor del Código Aduanero Mercosur, a fin de contar con un único código que integre a todos los Estados Partes como instrumento necesario de armonización arancelaria en vías de consolidar el proceso de Mercado Común. La autora en ese sentido aplaude la implementación del instrumento arancelario pero es escéptica en cuando a la falta de mecanismos jurisdiccionales adecuados para dar cabida a los futuros reclamos frente a su incumplimiento. Un segundo punto ha sido la firma del tratado entre Mercosur e Israel, ya apartándose del clásico modelo de aprobación 4 + 1 y posibilitando que pueda ser firmado por sólo dos Estados, aunque se torne vinculante para los demás Estados Partes del Tratado de Asunción. Un tercer avance en la consolidación del espacio regional de integración, lo constituye a criterio de la autora, el Acuerdo Político del Mercosur aprobado en el seno del Consejo Mercado Común en 2010. Este acuerdo es de relevancia en razón de que establece un compromiso y un cronograma político respecto al funcionamiento del Parlamento del Mercosur y por otra parte se pueda avanzar en la concreción de un Tribunal de Justicia del Mercosur, que en la actualidad siguen siendo sendos obstáculos institucionales a remediar para el fortalecimiento del sistema regional de integración.

En un sentido más teórico, Andrés Malamud, con su aporte "*Las teorías de la integración regional y el estado del Mercosur*" nos introduce a la reflexiones sobre los alcances de las teorías de integración regional, federalismo, interaccionismo comunitario, intergubernamentalismo comunitario, entre otras, para fijar una base sobre la cual enmarcar al Mercosur como proceso de integración regional. Frente a estas corrientes, el autor efectúa una crítica a las posturas intergubernamentalistas o denominadas también como "interpresidencialismo" que no permite una mayor evolución del proceso de integración que la sola voluntad de los jefes de Estado de los países que lo integran y la consecuente cambio de agenda política de cada uno de ellos, efectuando en determinados períodos un relegamiento del Mercosur.

Otro de los aportes sobre sistemas regionales de integración, ha sido plasmado por Ricardo Vigil Toledo, con su texto sobre *“El aporte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a la integración sud-americana”*. El autor relata los antecedentes de las reuniones de expertos y miembros de tribunales regionales y nacionales de justicia como un mecanismo de cooperación en la consolidación de un derecho regional. En tal sentido, el ejemplo de las reuniones de magistrados de la Comunidad Andina y el Mercosur, podría convertirse, en palabras del autor, en un foro ideal para darle vida y continuidad a los procesos de cooperación entre tribunales regionales.

Finalmente, respecto a este tópico de integración regional, Armin von Bogdandy reflexiona sobre *“El papel de los tribunales nacionales en la creación del derecho en el espacio jurídico europeo. Principios rectores”*. El autor se encamina a trabajar dos principios de relevancia en los procesos de integración y su vinculación con las jurisdiccionales nacionales, como son el principio de generalización y el principio de configuración. Con ello se pretende iluminar estos principios a la luz de la creación e implementación de pautas normativas, en particular a través de la labor de los tribunales en el espacio jurídico europeo. El autor toma en consideración estos supuestos con base en las críticas que ha implicado la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 2009 a la ratificación del Tratado de Lisboa. Frente a esa decisión jurisdiccional, el autor propugna la tesis de que en la actualidad el espacio jurídico europeo también debería constituir un contexto de generalización determinante en la creación del derecho nacional por parte de los tribunales locales. Por otra parte, respecto del principio de configuración, el autor señala que se debe propender a que los procedimientos de participación de los Estados miembros de la UE se conciban principalmente desde la perspectiva de la configuración del espacio jurídico europeo. Con ello el autor pretende establecer puentes entre la necesaria visión que los jueces locales deben tener del derecho comunitario y como éste es útil para la conformación de un espacio jurídico europeo armonizado.

El cuarto tópico del libro, se refiere al denominado *Derecho en marcha*. En este espacio, el aporte de Raúl Aníbal Etcheverry sobre *“El derecho, la sociedad de la información, la seguridad jurídica y la necesidad de un derecho flexible”*, tiende a reflexionar sobre cómo los jueces pueden echar mano a otras pautas interpretativas más allá de la norma pura que se les presenta para resolver un caso, entiendo que hay

otras formas para la determinación de normas que permiten crear conductas con valores legales semejantes. Es decir, la existencia de una flexibilización del derecho posibilita una progresiva liberalización de lo conceptual para ser reemplazado por reglas legales más abiertas, indicativas de conductas ya que, como lo expresa el autor, en ocasiones la interpretación directa de la norma produce en el supuesto *sub examen* un efecto injusto. En este aspecto, el ámbito de la era de la comunicación, ha producido cambios significativos en la cotidianeidad de los ciudadanos. La era de las telecomunicaciones impacta en la cosmovisión de los ciudadanos y en la forma en que éstos perciben el derecho. Un lenguaje sencillo en la comunicación impone que sea accesible a todos los ciudadanos y, en la mayoría de los casos, el derecho es entendido como un lenguaje inexpugnable para éstos. Allí es donde surge la importancia de la seguridad jurídica para el autor. Seguridad jurídica que se fortalecería si el sistema legal se estructurara en forma sencilla y simple en nuestro derecho escrito.

Seguidamente, Julio César Rivera, reflexiona sobre la “*Posibilidad de incorporar al Código Civil la regulación del contrato de arbitraje*”. Los aportes del autor están encaminados a concienciar sobre la necesaria incorporación en la legislación codificada civil (prontamente a unificarse con la comercial) la práctica del contrato arbitral, aspecto que se encuentra relegado en nuestro sistema legal a contrapelo de otras legislaciones de países vecinos y de la región. En tal sentido, el autor sostiene que al regularse el contrato de arbitraje, se estaría posibilitando la incorporación de acuerdos sobre la voluntad de las partes de someterse a este mecanismo alternativo de solución de disputas, a elegir la forma de compromiso arbitral, a definir el contrato entre las partes y el árbitro y los acuerdos procesales sobre el mecanismo a implementar. Con ello se avanzaría en mejores alternativas de administración de justicia en el país. En una línea similar, Horacio Roitman, con su contribución “*Trámite del recurso de nulidad en el arbitraje*”, efectúa un aporte sobre los alcances que este recurso en particular ha tenido en los procesos de arbitraje y las dificultades que las partes se han encontrado al momento de plantear los recursos o los alcances de términos como “arbitrariedad” que han sido en algunos casos disruptivos de las decisiones de los árbitros, en particular, al esgrimirse aspectos de excepciones de orden público.

Finalmente, la obra concluye con el aporte de Rosa Vila, con su texto “*Reflexiones sobre el Grupo de Estudios ‘Derecho abierto’*”. Estu-

diar y Disfrutar". En éste, la autora enuncia el derrotero de 21 años de reuniones de un grupo de estudios que surgiera por la iniciativa de la Dra. Highton, junto con otros abogados y profesores de derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Las reuniones semanales, se estructuran a través de presentaciones de método de casos en donde los asistentes debaten los temas propuestos y en donde se asignan roles (jueces, fiscales, defensores) que tendrán que dar sus posturas frente a los casos hipotéticos planteados. Una interesante iniciativa que podría ser rápidamente tomada por otros magistrados y funcionarios judiciales.

Christian G. Sommer

INDICE GENERAL

	Pág.
Autoridades de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (periodo 2010- 2013)	5
<i>EXPOSICIONES DE ACADÉMICOS</i>	
Derecho y neurociencia <i>por Juan Carlos Palmero</i>	9
La actividad estatal de fomento <i>por Julio Isidro Altamira Gigena</i>	41
Crisis societarias. Cooperativas de trabajo y financiamiento <i>por Efraín Hugo Richard</i>	61
Comentario y observaciones al proyecto de Código Civil. Parte general del contrato (arts. 957 a 999) <i>por Juan Manuel Aparicio</i>	87
Breve estado del arte de la ética judicial en la provincia de Córdoba <i>por Armando S. Andruet (h)</i>	139
Cobertura de la contingencia social y los servicios de seguros argentinos. En las relaciones laborales la Corte Suprema hizo lo que debió hacer el Parlamento argentino <i>por Raúl Enrique Altamira Gigena</i>	167
La persona jurídica en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial <i>por Horacio Roitman</i>	205

Alternativas de reforma de la Parte General del Código Penal
por Jorge de la Rúa 215

El Mercosur y la suspensión de Paraguay. La consideración de la situación por el Tribunal Permanente de Revisión
por Ernesto J. Rey Caro 225

¿Es constitucionalmente aceptable el indicio de “mala justificación”?
(Entre el “vuelo de la golondrina” y el “vuelo del murciélago”)
por José I. Cafferata Nores 241

INCORPORACIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES NACIONALES

Recepción del académico correspondiente en Tucumán, Dr. Edgardo Santiago López Herrera

- Palabras de presentación por parte del señor académico de número
 Prof. Dr. Juan Manuel Aparicio 271

La prescripción liberatoria y la caducidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado?
por Edgardo López Herrera 275

Recepción del académico correspondiente en Tucumán, Dr. Benjamín Moisés

- Palabras de presentación por parte del señor académico de número
 Prof. Dr. Manuel Cornet 313

Teoría general de la imputación en el derecho civil
por Benjamín Moisés 317

Recepción del académico correspondiente en San Juan, Dr. Oscar Álvaro Cuadros

- Palabras de presentación por parte del señor académico de número
 Prof. Dr. Julio I. Altamira Gigena 328

Palabras de agradecimiento del Dr. Oscar Alvaro Cuadros 329

Los derechos humanos en la Constitución primigenia y en la actualidad, desde la perspectiva de Domingo Faustino Sarmiento
por Oscar Álvaro Cuadros 331

INCORPORACIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS

Recepción del académico correspondiente en la República de Chile, Dr. Antonio Dougnac Rodríguez

- Palabras de presentación por parte del señor académico de número Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira	347
- Palabras de agradecimiento del Dr. Antonio Dougnac Rodríguez	353
Libri Amicorum, homenajes y derecho <i>por Antonio Dougnac Rodríguez</i>	355
Recepción del académico correspondiente en el Reino de España, Dr. Francisco María Baena Bocanegra	
- Palabras de presentación por parte del señor académico de número <i>Dr. Carlos Julio Lascano</i>	369
El derecho de defensa en una delicada encrucijada <i>por Francisco M. Baena Bocanegra</i>	373

HOMENAJES

Acto de homenaje <i>in memoriam</i> al ex académico de número Dr. Ernesto R. Gavier en el Centenario de su natalicio	
- Palabras pronunciadas por el señor secretario de la Academia, Dr. Jorge de la Rúa	419
- Palabras de homenaje al Profesor Dr. Ernesto Roque Gavier con motivo del centenario de su natalicio <i>por Carlos Julio Lascano</i>	425
Acto en conmemoración de los 20 años de la sanción de la ley orgánica municipal N° 8102 de la ciudad de Córdoba <i>por Antonio María Hernández</i>	431

PREMIOS

Premio Academia 2012	453
----------------------------	-----

RECENSIONES

El derecho en movimiento. Homenaje a la Dra. Elena Highton, Adriana Dreyzin de Klor (directora) y Carolina Harrington (coordinadora) <i>por Christian G. Sommer</i>	461
---	-----

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de junio de 2013