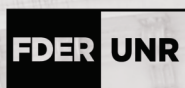


ISSN 0329-9430

Revista de la FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 21 - Tomo I

**EDICIÓN ESPECIAL "55º ANIVERSARIO DE
LA CREACIÓN DE LA ESCUELA DE DERECHO"**



**ROSARIO
REPÚBLICA ARGENTINA
2014**

Revista de la
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 21 – Tomo I

*EDICIÓN ESPECIAL “55º ANIVERSARIO DE
LA CREACIÓN DE LA “ESCUELA DE DERECHO”*

Año 2014

Salvo indicación expresa, la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario no se identifica necesariamente con las opiniones y juicios que los autores sostengan.

AUTORIDADES

Decano	Dr. ERNESTO IGNACIO JOSÉ GRANADOS
Vicedecana	Dra. ANDREA ANGÉLICA MEROI
Secretaria Académica	Dra. ANALÍA SONIA ANTİK
Secretario Privado	Dr. EDGARDO NÉSTOR D'AGOSTINO
Secretario de Extensión Universitaria	Dr. NICOLÁS LISANDRO GIANELLONI
Secretario de Concurso y Carrera Docente	Dr. RICARDO ALBERTO RUIZ
Secretario de Relaciones Internacionales	Dr. JORGE RAÚL MURILLO
Secretario Financiero	Cont. RAÚL LUNGHİ
Subsecretario Financiero	Dr. JAVIER REBORI
Secretario Técnico	Dr. LISANDRO CORONATO
Secretaria de Ciencia y Técnica	Dra. VIVIANA ANDREA FABRIZI
Secretario de Asuntos Estudiantiles	Dr. MATÍAS NORBERTO DE BUENO
Subsecretaria de Relaciones Institucionales	Dra. JULIETA CALÓGERO
Secretaria Administrativa	Sra. AMADA A. GAITÁN
Director Escuela de Graduados	Dr. MIGUEL ARAYA
Secretaria Académica Escuela de Graduados	Dra. GLORIA MARÍA TORRESI
Presidente Asociación Cooperadora Facultad de Derecho	Dr. MARIO DUCLER
Gerente COFADE	Cont. EDUARDO MOLDERO

PROFESORES EMÉRITOS

Prof. CELESTINO ARAYA	Prof. ALBERTO ARÉVALO
Prof. ROBERTO BREBBIA	Prof. Ángel Chávarri
Prof. MANUEL DE JUANO	Prof. WERNER GOLDSCHMIDT
Prof. ADOLFO RICARDO ROUZAUT	Prof. ISIDORO SILBERSTEIN

PROFESORES HONORARIOS
(Referato)

Prof. ADOLFO ALVARADO VELLOSO

Prof. IVÁN CULLEN

Prof. JUAN MARÍA FARINA

Prof. JORGE BOF

Prof. NOEMÍ LIDIA NICOLAU

Prof. PEDRO WOLKOWICZ †

Prof. JUAN JOSÉ CASIELLO

Prof. JUAN MALCOM DOBSON

Prof. ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL

Prof. MARIO SACCONI

Prof. Guillermo Fierro †

CONSEJO DIRECTIVO

CLAUSTRO DOCENTE

Titulares

GUSTAVO DANIEL FRANCESCHETTI	ARIEL CARLOS ARIZA
MARÍA ELENA MARTIN	MARCELO EDUARDO VEDROVNIK
ADRIANA TALLER	GERARDO MUÑOZ
SOLANGE MARÍA MARTA DELANNOY	ANAHÍ PRIOTTI
HERNÁN JAVIER BOTTA	DANIEL ANÍBAL ERBETTA

Suplentes

JUAN TREHARNE LEWIS	JUAN JOSÉ BENTOLILA
ALFREDO MARIO SOTO	ALEJANDRA VERDONDONI
RODOLFO DARÍO RAMOS	CLAUDIO RUBÉN PUCCINELLI
LUIS ALBINO FACCIANO	RICARDO ALBERTO RUIZ

CONSEJERO SUPERIOR

Titular

CARLOS ALFREDO HERNÁNDEZ

Suplente

GUSTAVO MARCELO NADALINI

CLAUSTRO GRADUADOS

Titular

MARIO CÉSAR GONZÁLEZ RAIS

Suplentes

SEBASTIÁN DARÍO PUCCIARELLO
CARLOS ANTONIO SILVA
MARCELO RENÉ PILO

CLAUSTRO ESTUDIANTEL

Titulares

MARCELA MANCINI	BETANIA GALLO
ÁNGEL LEONARDI	NOELIA ROCÍO BERNIE
CECILIA PAULA BALEANI	GERÓNIMO MARTÍN FISCH
AGOSTINA ROVITTI	RENZO BERTAPELLE

Suplentes

CELINA WEISS

ABI ZOPPI

CLAUDIO RICARDO FERREIRA

ÁNGELES CAMILA BRUCELLARIA

MAGDALENA PERALTA

MARÍA VICTORIA GONZÁLEZ

AGUSTÍN TRAFFANO

CLAUSTRO NO DOCENTE**Titular**

MARÍA INÉS POPOLO

Suplentes

GUILLERMO ADRIÁN RODRÍGUEZ

MARTÍN ARCODÍA

CONSEJERO SUPERIOR

MAURO SEBASTIÁN PÉREZ

**CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES
(Referato)**

Prof. Tit. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

Prof. Tit. NOEMÍ LIDIA NICOLAU

Prof. Tit. ANUNCIADA LATTUCCA

Prof. Tit. CARLOS ARCOCHA

COORDINACIÓN DE ESTE NÚMERO

Secretaría de Ciencia y Técnica Dra. VIVIANA FABRIZI

ÍNDICE

<i>Presentación</i> , por ERNESTO I. J. GRANADOS.	11
<i>La función del juez en el marco de la efectiva realización del derecho humano al ambiente,</i> por HORACIO LINCOLN ALLENDE RUBINO	15
<i>Proceso judicial y cultura (sobre la crisis de la cultura continental moderna)</i> , por MARIO E. CHAUMET	47
<i>La recuperación de la aptitud estratégica, una necesidad de la juridicidad actual</i> , por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI	97
<i>Derecho de la vejez y salud mental: luces y sombras de la jurisprudencia argentina en torno al nuevo paradigma de la capacidad</i> , por MARÍA ISOLINA DABOVE y ROSANA G. DI TULLIO BUDASSI.	125
<i>El cuasicontrato. Genealogía, sistemática y contornos actuales</i> , por JAVIER HUMBERTO FACCO	137
<i>El derecho de huelga en los servicios esenciales</i> , por MARTA FELPERIN	167
<i>Pluralismo cultural y legal en el Derecho de Familia</i> , por MILTON C. FEUILLADE	205
<i>Desapoderamiento. Bienes incluidos y excluidos. Liberación por deudas</i> , por GERMÁN E. GERBAUDO	231
<i>La caducidad de los plazos en situaciones de insolvencia. La regulación en la Ley de Concursos y Quiebras y la respuesta del Código Civil y Comercial de la Nación,</i> por ERNESTO I. J. GRANADOS y GERMÁN E. GERBAUDO.	289

<i>Desarrollo de instrumentos iusprivatistas tutelares de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges separados de hecho</i> , por ADRIANA N. KRASNOW	319
<i>Vigencia del principio precautorio en el Derecho del Mar</i> , por ALBERTO E. MONSANTO	361
<i>El tiempo de la dignidad humana: hacia la construcción de un “paradigma personalista” para el derecho de la comunidad internacional</i> , por JORGE MURILLO y MARCELO TRUCCO	381
<i>La clase media argentina y su realidad en relación con el acceso a la vivienda</i> , por DÉBORA G. PAREDES, LUISINA HUERTA y JOSÉ RAMOS BRUERA, coordinado por ADRIANA TALLER y ANALÍA ANTİK	411
<i>La gobernanza del Ártico frente al cambio climático</i> , por ADRIANA B. TRIPELLI	437
<i>Los títulos valores, la Ley de Salvataje de Entidades Deportivas (25.284) y el Código Civil y Comercial de la Nación</i> , por MARCELO VEDROVNIK	455

TRABAJOS PREMIADOS DE ALUMNOS DE LA FACULTAD DE DERECHO – UNR

<i>La mirada subyacente. Los obstáculos ideológicos en el devenir jurídico</i> , por FRANCO GATTI	467
<i>Administración de consorcios de propiedad horizontal</i> , por LUISINA HUERTA	495
<i>Responsabilidad por transgénicos: ante la duda, precaución</i> , por MARÍA CARLA PELLEGRINO	525

PRESENTACIÓN

El presente número de la *Revista de la Facultad de Derecho* representa la concreción de un esfuerzo mancomunado de nuestra comunidad académica, constituye una muestra de la producción intelectual de docentes, investigadores y alumnos de nuestra casa de altos estudios, y es a la vez un número extraordinario en homenaje por el 55° aniversario de la creación de la Escuela de Derecho.

Un 27 de junio del año 1959, hace exactamente 55 años, la Asamblea Universitaria de la Universidad Nacional del Litoral trató el “Proyecto de creación de la Escuela de Derecho de Rosario”, presentado por el doctor Manuel De Juano y al cual adherían diversas instituciones de prestigio de la ciudad, entre ellas el Colegio de Abogados, la Bolsa de Comercio, el Rotary Club y la Federación Gremial de Comercio.

Luego de agotarse el extenso debate, el rector sometió el proyecto de creación a votación nominal. El proyecto del doctor De Juano triunfó con cincuenta y siete votos contra veinticuatro y se establece que la Escuela de Derecho dependería de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral (UNL).

El Consejo Directivo, en resolución del 31 de julio de 1959, avanzando en la instrumentación de lo resuelto por la Asamblea del 27 de junio, constituyó una comisión especial encargada de proyectar la organización y plan de estudios de la Escuela de Derecho. La misma quedó conformada por el doctor Alberto Arrúe Gowland, en representación de los docentes; el contador Manuel Ilundaín, por los graduados, y el abogado Guillermo J. Fierro, por los estudiantes.

El 4 de diciembre se designó al doctor Manuel De Juano como director delegado de la Escuela de Derecho y se aprobaron los reglamentos relativos a la organización, el sistema de correlatividades, cursos de trabajos prácticos, exámenes y promoción; además se dispuso que el dictado de clases de primer y de segundo año comenzara en 1960.

Una semana más tarde se designó a los profesores, entre ellos Roberto H. Brebbia, Jorge Jaureguiberry, Adolfo Prunoto, Carlos Stein, Fernando Brebbia, Oscar Borgonovo, René Palestra, Ángel Cappelletti, Guillermo Casielo, Alberto Herranz, Rubén Correa, Ángel Chavarri, Rodolfo Degiovanni, Juan C. Gardella, Walter Ilharrescondo, Francisco Opinell, Benjamín Stubrin y Celestino Araya.

El martes 5 de abril de 1960 se realizó el acto de inauguración de las clases de la Escuela de Derecho, en una emotiva jornada en donde se transformaba en realidad el deseo de toda la comunidad que aguardaba expectante ese momento.

Años más tarde dicha Escuela se transformaría en Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral, con sede en Rosario.

El 29 de noviembre de 1968 se sancionó la ley 17.987 por la cual se creaba la Universidad Nacional de Rosario, de la cual pasó a depender nuestra Facultad de Derecho.

Esta edición de la *Revista* es una manera más de rendir un sincero homenaje a todos aquellos que participaron de las jornadas fundacionales de la Escuela de Derecho, la que con los años se transformaría en nuestra querida Facultad de Derecho.

Siento profunda gratitud por los trabajos que hemos podido incluir en este número, la gran mayoría de destacable calidad y de evidente representatividad de distintos ámbitos y orientaciones de la comunidad universitaria. Muchos de ellos reflejan el estudio profundo y pormenorizado generado a partir de la presentación del Proyecto de Código Único en lo Civil y Comercial, hoy Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado el 8 de octubre de 2014 por ley 26.944, otros abordan temas originales o preocupantes para el Derecho en general. Se publican en otra sección trabajos de alumnos que resultaron premiados en el IX Congreso Nacional de Derecho, celebrado en la Facultad en el año 2012, en el concurso “Jean-Jacques Rousseau”, así como un artículo perteneciente al mejor promedio del año 2013 de nuestra Facultad, todos dignos de merecido reconocimiento, augurándoles un futuro promisorio en la investigación y docencia.

Quienes estamos desde siempre comprometidos con la educación pública apostamos y trabajamos infatigable y sostenidamente para lograr excelencia académica y nivel en investigación científica y pro-

ducción. Pretendemos desde la Facultad de Derecho poner el conocimiento al servicio de la comunidad toda, llevándolo a los niveles de excelencia que soñaron sus pioneros, los que dieron el puntapié inicial para la creación de la Escuela de Derecho, semilla fundacional de nuestra querida Facultad.

La educación adquiere una especial significación en el mundo cambiante y globalizado en que vivimos, siendo indispensable la formación de abogados altamente capacitados con actitudes y habilidades socio-profesionales, con competencias científicas y técnicas necesarias para dar respuestas de calidad a los crecientes niveles de complejidad planteados.

Pensamos que necesariamente debe existir la revalorización del conocimiento como materia prima para afrontar los retos que nos plantean las profundas transformaciones tecnológicas, económicas, sociales y culturales.

Consustanciados con que una de las funciones primordiales de la Universidad es la investigación científica, a través de la cual se produce la creación de nuevos conocimientos, la actualización de saberes y la reformulación de teorías. La revista gestada se erige como expresión gráfica amplia, genuina, valiosa y representativa de todos los que integramos la comunidad universitaria y de dicho proceso continuo de producción de conocimiento que se realiza día a día en las aulas de grado, posgrado, en cada uno de los Centros de Estudio e Investigación de nuestra Facultad y en las actividades de extensión universitaria.

Vaya mi reconocimiento a los integrantes del Consejo Asesor de Investigaciones, a la secretaria de Ciencia y Técnica, profesora Viviana Fabrizi por la coordinación de la *Revista*, a todos los revisores que efectuaron las tareas de referato y a la doctora Marianela Fernández Oliva por la colaboración prestada. Asimismo a Rubinzal-Culzoni Editores, que hizo viable la aparición de este número y en general a toda la comunidad académica por el esfuerzo y dedicación constantes que se ven reflejados en el prestigio y posicionamiento que ostenta la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

ERNESTO I. J. GRANADOS

Decano de la Facultad de Derecho, UNR

LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL MARCO DE LA EFECTIVA REALIZACIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AMBIENTE

por HORACIO LINCOLN ALLENDE RUBINO*

SUMARIO: 1. La función del juez. 2. La decisión judicial en el Estado Constitucional de Derecho. 3. La función del juez, la protección de los derechos humanos y el proceso. 4. La protección del derecho humano al ambiente. 5. Ley General del Ambiente. 6. Garantismo y activismo procesal. 7. Conclusión.

Resumen

La función del juez ha de ser proactiva en el marco de la defensa de los derechos humanos, los cuales se han constituido con valor de principios lo que implica su consideración en toda decisión judicial, la cual debe estar adecuadamente argumentada.

Abstract

The role of the judge is to be proactive in the context of the defense of human rights, which have become principle implying early consideration in any court decision, which must be properly argued.

Palabras clave

Juez, derechos humanos, argumentación.

* Abogado (UNR). Abogado especializado en Derecho Agrario (UNL). Magíster en Sistemas Ambientales Humanos (UNR). Prof. adjunto de Derecho Agrario y de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la UNR. Investigador Categoría III del Programa de Incentivos. Juez del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de la 6ª Nominación de Rosario.

Keywords

Judge, human rights, argued.

1. La función del juez

1.1. La función del juez en cuanto a la aplicación del derecho tiene una impronta determinante en orden a la efectiva vigencia y realización de los derechos humanos en general y del derecho humano al ambiente en particular. En el marco del Estado de Derecho republicano, donde se verifica una división de los poderes del Estado, como reaseguro de la libertad, y por ende, entre otros de los Derechos Humanos, el juez ejerce la potestad jurisdiccional del Estado. El ejercicio de tal potestad implica la obligación de resolver los conflictos intersubjetivos que se le someten, aplicando el derecho a los casos concretos y así resolver de manera definitiva las controversias relativas al cumplimiento de las normas jurídicas. De esta manera, la función del juez se resuelve en potestades que le son conferidas, con poder real, pero para el exclusivo cumplimiento de su deber. Las potestades, los poderes existen sólo por y para el ejercicio del deber judicial.

1.2. En este sentido, con notable claridad Josep Aguiló Regla¹ afirma que observar a los jueces desde la perspectiva de sus deberes básicos “supone mirar la jurisdicción no desde el poder, sino desde la función que el juez ‘debe’ cumplir y desde las ‘garantías’ para los ciudadanos de que, en efecto, el juez ‘cumple’ esa función”, verificando la mirada de la judicatura desde una perspectiva deóntica, donde las garantías en juego: las objetivas, en relación a la legalidad de la decisión que implican “el deber de tomar decisiones cuyo contenido sea una aplicación del Derecho preexistente”; y las subjetivas, consistentes en la independencia y la imparcialidad del juez, se traducen en deberes y “conforma la peculiar manera de cumplimiento que el Derecho exige a los jueces”. Agrega que “en el ideal del Estado de Derecho de un juez independiente e imparcial hay algo muy parecido a la exigencia kantiana para la conducta moral, pero referido al marco institucional del Derecho: que la explicación y la justificación de la conducta coin-

¹ AGUILÓ REGLA, Josep, *Dos concepciones de la ética judicial*.

cidan. El ideal de un juez independiente e imparcial designa a un juez que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber. El cumplimiento del deber es tanto la explicación como la justificación de las decisiones que toma; dicho de otra forma, los motivos por los que decide (la explicación de la decisión) coinciden con la motivación (la justificación) de la decisión...”

2. La decisión judicial en el Estado Constitucional de Derecho

2.1. Ahora bien, determinada tal la función-deber del juez, la misma se desarrolla en el marco del Estado de Derecho. Se ha distinguido entre el llamado Estado Legal de Derecho, y Estado Constitucional de Derecho. El primero hace hincapié en la formalidad, cuya consecuencia es la “seguridad jurídica” para lo cual se requiere el observar “la ley” formal. El segundo, en cambio centra el sostenimiento del Estado de Derecho en el respeto a los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución Nacional. El Estado Constitucional de Derecho es el que permite el respeto irrestricto a los Derechos Humanos, consagrados como Derechos Fundamentales en nuestra Constitución Nacional. Dentro de este Estado Constitucional de Derecho, ninguna decisión judicial, a fin de resolver una controversia sujeta a su imperio puede omitir el tamiz previo del caso a través de los Derechos Humanos. El modelo que ha de adoptarse es el llamado “principios y reglas”, donde la vigencia de las “reglas” en relación con el caso concreto, depende su adecuación a los “principios” ínsitos en los Derechos Humanos.

2.2. Es cierto que pueden existir principios contrapuestos, pero en ese caso deberá ponderarse cuál de ellos tendrá primacía en el caso concreto. Dicha ponderación ha de ser convenientemente argumentada en la decisión judicial a fin de asegurar el requisito constitucional de motivación de la solución dada al caso.

2.3. Resulta claro que no todos los casos sujetos a una decisión judicial son, desde la perspectiva de su complejidad, iguales. Hay “casos fáciles” y “casos difíciles”. En los primeros la solución jurídica aparece como sencilla desde la óptica argumentativa, y en los segundos no.

En este sentido, Chaumet² se ha explayado sobre la necesidad de abundar en las razones que justifican la decisión judicial en los casos difíciles.

² CHAUMET, Mario E., *Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles*, en *Cartapacio N° 4*, Universidad Nacional de Centro de la Provincia de Buenos Aires (Unicen). “En las últimas décadas la teoría del derecho se ha concentrado en tratar de mostrar un razonamiento jurídico y, especialmente, un razonamiento judicial acordes con las necesidades de la época. Así, por ejemplo, se sostiene que la justificación de las decisiones judiciales no sólo se debe ver como una exigencia técnica sino como un fundamento que hace a la legitimidad de los jueces. Es que en la sociedad democrática de derecho los individuos –lejos de conformarse con una apelación al criterio de autoridad– exigen razones: sabido es que la forma más eficiente de prevenir la arbitrariedad en la justificación de las decisiones es presentar públicamente buenas razones. Como lo sostiene Aarnio, en el estado moderno la necesidad de dar razones (justificaciones) y la democracia van de la mano [...] Por un lado, en los casos fáciles la solución está predeterminada por las normas, los hechos no ofrecen inconvenientes en cuanto a su reconocimiento o calificación y el operador jurídico se limita a realizar una simple deducción, para alcanzar ‘la’ respuesta correcta del caso. Cualquier observador diría que otras soluciones son equivocadas. El resultado es para todos concluyente. En los casos difíciles, ya sea por razones normativas (ambigüedad, indeterminación, antinomias) o fácticas (problemas de relevancia, prueba, calificación, etc.) nos encontramos con que el operador jurídico no puede basarse exclusivamente en un razonamiento deductivo y, hay quienes piensan, se debe acudir también a otros parámetros para justificar la decisión. Muchos creen que se trata de casos donde hay opciones en conflicto y es imprescindible determinar cuál es la adecuada [...] A su vez, se han tratado de señalar nuevas categorías como, por ejemplo, los casos intermedios que menciona Barak y, en especial, los casos trágicos en los que –conforme la caracterización de Atienza– es imposible encontrar alguna solución que no implique el sacrificio de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico. Se supone que la adopción de una de las posibles soluciones no significa ya enfrentarse con una simple alternativa sino con un dilema [...] Es que ‘las decisiones jurídicas son el resultado de complicados procesos información y razonamiento en los que inciden problemas de fáctica; otros estrictamente hermenéuticos derivados de la búsqueda de la norma o normas aplicables al caso y la especificación de su significado a tenor del caso concreto y, por último, factores subjetivos y contextuales de índole social, política e ideológica’. Esto significa que en muchos casos el operador del derecho y especialmente el juez no pueda escudarse en el modelo mecánico de razonamiento deductivo. En los casos difíciles y, con mayor razón, en los trágicos se necesitará de una mayor carga en la justificación de las decisiones. Por eso se ha dicho que en los casos difíciles el juez debe acudir también a criterios de racionalidad práctica. Ello impone que cuanto más difícil sea el caso (y más aún en los casos trágicos) mayor será la carga de argumentación”.

2.4. Concebido el Derecho como un sistema cuyos elementos en interacción tienen como fin la justicia, en cada caso se ha de analizar la interacción sistémica de las normas aplicables al caso, tanto las constitucionales, como las de inferior jerarquía. La interacción del conjunto lo es en miras a un objetivo concreto como definición del propio sistema, de manera tal que existe una influencia mutua entre sus elementos componentes. Estos elementos normativos integrantes del sistema, como señaláramos, interaccionan en función de la consecución del fin del mismo, el cual es la justicia.

2.5. La interacción de los elementos sistémicos en los casos difíciles debe ser analizada en función argumentativa con la finalidad de determinar que el razonamiento no es arbitrario ni dogmático, sino que es consecuente con el cumplimiento del fin del Derecho y la primacía de los principios sobre las reglas, debiendo estas últimas, en cuanto se presentan coexistentes en idéntica jerarquía, ser aplicadas o no al caso, en el análisis referido, en relación precisamente con la primacía lógica de dichos principios³. Siguiendo el pensamiento de Alexy, entendemos que el discurso jurídico presenta límites, dado que las reglas

³ En este sentido, la CSJN ha sostenido que “se debe efectuar un análisis de los defectos lógicos que justifican tan excepcionalísima conclusión. Éste no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional, en que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impida considerar el pronunciamiento de los jueces del proceso como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18, CN (conf. doct. de *Fallos*: 311:786; 312:608; 314:458; 324:1378, entre muchos otros). En este sentido, la arbitrariedad no puede resultar de la sola disconformidad con la solución adoptada, sino que requiere la constatación de un apartamiento de los criterios mínimos de la argumentación jurídica. Esta última requiere, a su vez, que la decisión contenga una precisa descripción de los hechos con relevancia normativa, y si no se aplica la regla, deben darse los fundamentos por los cuales resulta inaplicable, inválida o es corregida por razones de principios coherentes y consistentes, que resulten constitucionalmente fundados. Es que la magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad o en el derecho libremente aplicado, sino en leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme a reglas que la comunidad debe conocer, y a las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual esta Corte debe hacer respetar porque constituyen un elemento de la garantía constitucional del debido proceso”. CSJN, caso “Cuello”, Lexis N° 20071664.

del mismo permiten que varios participantes en un mismo discurso en relación con un mismo caso lleguen a soluciones incompatibles entre sí. La argumentación jurídica se dirige a problemas prácticos abordándolos a través de un método que garantiza la racionalidad de la argumentación y del resultado, pero no una única respuesta correcta. Cumple, pues, sólo la función de suministrar medios para el control del discurso jurídico, en la cual los principios juegan un papel fundamental en la aplicación al caso concreto, donde la pretensión de corrección deberá formularse mediante la ponderación de dichos principios porque, aunque no es posible garantizar una única respuesta, sí es posible arribar a una decisión racionalmente fundamentada⁴.

⁴ ALEXY, Robert, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en *Doxa* N° 5, 1988. “Según el modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos. Los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta [...] El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son pues mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas [...] Consecuentemente los principios establecen una obligación que puede cumplirse en diversos grados, conforme las posibilidades jurídicas que establecen otros principios y reglas en sentido contrario, y del contexto fáctico en que se aplican, por lo cual la aplicación se realiza mediante la operación de ponderación entre los mismos, a diferencia del de las reglas, cuya aplicación se realiza en forma de subsunción. Cuando confluyen dos principios no existe una contradicción, sino una tensión entre ellos, y se resuelve la supremacía de uno frente a otro respecto al caso concreto, sin que por ello al principio que se lo hace retroceder se lo declare inválido. La teoría débil de los principios de Alexy, se halla integrada por tres elementos, consistentes en: 1) un sistema de condiciones de prioridad, el cual permite que la ponderación en la aplicación de los principios a casos concretos sirva para la decisión en nuevos casos, de manera tal que ‘las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio’; 2) un sistema de estructuras de ponderación, derivada del requisito de optimización, y 3) un sistema de prioridades prima facie que establece la carga de la argumentación, de manera tal que la prioridad que se establece de un principio otro puede cambiar en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la de la prueba”.

3. La función del juez, la protección de los derechos humanos y el proceso

3.1. Teniendo ya en claro que el deber funcional del juez se da en el marco del Estado Constitucional de Derecho, y que en el marco del mismo deviene punto axial la realización de los derechos humanos y del derecho humano al ambiente en particular, cabe verificar la faz procesal de la actuación judicial, lo cual no es menor, dado que el resultado final del proceso es, en general, la decisión judicial. Jurisprudencia y doctrina han comenzado a delinear el camino en el marco del tema propuesto, reconociendo que los límites decimonónicos del proceso civil han sido superados y que, aun dentro de una concepción garantista del proceso civil, la entidad del bien jurídico protegido (ambiente) amerita otorgar al juez facultades que podríamos calificar de “instructorias”. No obstante ello, queda un vasto campo de determinación en relación con las posibilidades a desarrollar por parte del órgano jurisdiccional, sobre todo cuando, a partir de la afección al ambiente en cuanto bien jurídico de carácter colectivo, se ven afectados derechos subjetivos individuales homogéneos, los cuales habilitan el ejercicio de una acción de clase.

3.2. En cuanto al camino que ha comenzado a marcar la jurisprudencia, en relación con las facultades del juez, ha sostenido nuestro más alto tribunal nacional: “Que esta Corte ha sostenido que, como regla, las resoluciones que se refieren a medidas cautelares, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten el carácter de sentencias definitivas. Sin embargo, también ha dicho que cuando se peticiona la protección del ambiente basada en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente autónomo y definitivo, tal como lo ha puesto de relieve esta Corte en la causa ‘Mendoza’ (*Fallos*: 331:1622). De tal modo, hay sentencia definitiva, a los efectos del recurso extraordinario, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios referidos, contemplados en la ley general del ambiente [...] Que los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo (causa ‘Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/YPF SA y otros’, *Fallos*:

327:2967) o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención ('Mendoza', *Fallos*: 329:2316). El límite de estas facultades está dado por el respeto al debido proceso, porque los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión examinando un tipo de acción como si se tratara de otro distinto. Ello es lo que ocurriría si en lugar de resolver sobre la falta de certeza se hiciera un análisis del riesgo ambiental y se dispusieran medidas excediendo totalmente el marco legal de la acción"⁵.

3.3. En similar sentido se ha dicho que "El juez quiere, como toda la comunidad, dejar a las generaciones futuras un mundo mejor, por lo que no puede ser mero espectador en las cuestiones ambientales, debiendo ejercer una doble responsabilidad como juez y parte interesada en la conservación del ambiente. Para ello debe asumir un papel proactivo, buscar la verdad real y en definitiva buscar una protección efectiva del ambiente, porque tenemos que crear un nivel distinto de consideración del problema, un conjunto de valores en los que el 'juez es parte porque le interesa que el agua que bebe siga siendo fresca, cristalina, pura, porque le interesa que el aire que respira mantenga sus condiciones' (conf. Pigretti, Eduardo A., *Derecho Ambiental profundizado*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 10). Su interés parte de distintas vertientes a saber: a) Su deber de aplicar la Constitución que en su artículo 41 lo obliga, como a cualquier habitante, a cumplir con su obligación de '...defender el medio ambiente', y b) su deber de velar por intereses superiores de la comunidad, derechos humanos constitucionalizados de los individuos y la sociedad, en donde se encuentra insoslayablemente en juego el orden público"⁶.

3.4. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado asimismo que el proceso tiene como único fin el ser instrumental para la consecución de los derechos constitucionales⁷.

⁵ CSJN, 26-5-2010, "Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/Comisión Nacional de Energía Atómica".

⁶ CCCom. de Córdoba, 2ª Nom., 16-9-2008, "Fonseca, Ricardo y otros c/Provincia de Córdoba. Dirección Provincial de Agua y Saneamiento (DIPAS)", APC 2009-4-396. Lexis Nº 70049271.

⁷ "Que, asimismo, no pudo pasar desapercibido para la cámara, dada la interrelación que existe entre los requisitos de admisibilidad, la relevancia que en este tipo de medidas adquiriría la gravedad del cuadro de salud que presentaba la joven, ni los

3.5. Asimismo, nuestro más alto tribunal nacional ha indicado en el caso “Rodríguez Pereyra”⁸ como inmanente al Poder Judicial el

daños irreparables que se producirían de mantenerse la situación de hecho existente hasta el dictado de la sentencia, habida cuenta del cuidado que los jueces deben poner en la consideración de las cuestiones sometidas a su conocimiento, en especial cuando el anticipo de jurisdicción solicitado tiende a remediar un agravio a la integridad de la persona, tutelada por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts. 5.1, y 10, 17 y 25, respectivamente; arg. *Fallos*: 320:1633, considerando 9°). 12) Que ello es así pues una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor ‘eficacia’ de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad instrumental radica en hacer efectivos los derechos sustanciales en el carácter de protección de la función jurisdiccional de cuya actuación se requiere y en ese marco las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía. 13) Que la ausencia de evaluación de las circunstancias mencionadas en los considerandos precedentes, importó soslayar que es de la esencia de los institutos procesales de excepción como el requerido, enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio– sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque se encuentran enderezados, precisamente, a evitar en caso de inactividad del Magistrado la producción perjuicios que podrían generarse y tornarse de muy dificultosa o de imposible reparación en oportunidad de dictarse el fallo final, en razón de que por el transcurso del tiempo y la urgencia que requiere la tutela de los derechos en juego, sus efectos podrían resultar prácticamente inoperantes. 14) Que, por último, corresponde recordar que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, lleva ínsita una evaluación de la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual –aspectos ambos que resultan patentes en la causa– a fin de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de aquéllos, según el grado de verosimilitud demandado, y el derecho constitucional de defensa, logre la necesaria y oportuna medida de la jurisdicción que el caso requiere, aseveración que no importa, cabe aclarar, una decisión final sobre el reclamo de los demandantes formulado en el proceso principal”. CSJN, 6-12-2011, “Pardo, Héctor Paulino y otro c/Di Césare, Luis Alberto y otro s/Art. 250, CPCCN”, RC J 13193/11, MJ-JU-M-70425-AR | MJJ70425 | MJJ70425.

⁸ CSJN, 27-11-2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/Daños y perjuicios”, MJ-JU-M-75923-AR, MJJ75923: “Que cabe recordar que con arreglo al texto del art. 100 (actual 116 de la CN), tal como fue sancionado por la Convención Constituyente ad hoc de 1860 –recogiendo a su vez el texto de 1853, tributario del propuesto por Alberdi en el art. 97 de su proyecto constitucional–, corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión, entre otras, de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación (con la reserva hecha en el art. 75,

control constitucional y convencional (en relación con las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos) de las leyes.

inc. 12) y por los tratados con las naciones extranjeras. 7º) Que en este marco constitucional, la ley 27 estableció en 1862 que uno de los objetos de la justicia nacional es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con el (art. 3º). Al año siguiente, el Congreso dictó la ley 48, que prevé que ‘Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido’ (art. 21). 8º) Que con estas bases normativas, la doctrina atinente al deber de los jueces de efectuar el examen comparativo de las leyes con la Constitución Nacional fue aplicada por esta Corte desde sus primeros pronunciamientos cuando –contando entre sus miembros con un convencional constituyente de 1853, el Dr. José Benjamín Gorostiaga– delineó sus facultades para aplicar las leyes y reglamentos tales como son, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución’ (*Fallos*: 23:37). 9º) Que en esta senda se expidió el tribunal en 1888 respecto de la facultad de los magistrados de examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución Nacional con una fórmula que resulta hoy ya clásica en su jurisprudencia: es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos’.

”Tal atribución –concluyó la Corte– ‘es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario’ (*Fallos*: 33:162). Como es bien sabido, un año antes, en el caso ‘Sojo’, esta Corte ya había citado la autoridad del célebre precedente ‘*Marbury vs. Madison*’ para establecer que ‘una ley del Congreso repugnante a la Constitución no es ley’ y para afirmar que ‘cuando la Constitución y una ley del Congreso están en conflicto, la Constitución debe regir el caso a que ambas se refieren’ (*Fallos*: 32:120). Tal atribución encontró fundamento en un principio fundacional del orden constitucional argentino que consiste en reconocer la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), pues como expresaba Sánchez Viamonte: ‘no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término de la Constitución Nacional’ (*Juicio de amparo*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII, p. 197, citado en *Fallos*: 321:3620). 10) Que el requisito de que ese control

4. La protección del derecho humano al ambiente

4.1. En los últimos tiempos han irrumpido en el derecho los bienes supraindividuales o colectivos con rango de especial protección, en

fuera efectuado a petición de parte resulta un aditamento pretoriano que estableció formalmente este tribunal en 1941 en el caso ‘Ganadera Los Lagos’ (*Fallos*: 190:142). Tal requerimiento se fundó en la advertencia de que el control de constitucionalidad sin pedido de parte implicaría que los jueces pueden fiscalizar por propia iniciativa los actos legislativos o los decretos de la administración, y que tal actividad afectaría el equilibrio de poderes. Sin embargo, frente a este argumento, se afirmó posteriormente que si se acepta la atribución judicial de control constitucional, carece de consistencia sostener que el avance sobre los dos poderes democráticos de la Constitución no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay (*Fallos*: 306:303, voto de los jueces Fayt y Belluscio; y 327:3117, considerando 4º). Agregó el tribunal que la declaración de inconstitucionalidad de oficio tampoco ‘se opone a la presunción de validez de los actos administrativos o de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni [...] puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese, debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso’ (*Fallos*: 327:3117, considerando 4º citado). 11) Que, sin perjuicio de estos argumentos, cabe agregar que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el precedente ‘Mazzeo’ (*Fallos*: 330:3248), esta Corte enfatizó que ‘la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)’ que importa ‘una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la CSJN, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos’ (considerando 20). Se advirtió también en ‘Mazzeo’ que la CIDH, ‘ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos’. Concluyó que ‘en otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos’ (caso ‘Almonacid’, del 26-9-2006, parágrafo 124, considerando 21). 12) Que en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente ‘Almo-

general, del orden constitucional. En el caso del ambiente, la finalidad del Derecho Ambiental, en orden al artículo 41 de la CN es la *pro-*

nacid'. En efecto, en el caso 'Trabajadores Cesados del Congreso' precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana ['Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú', del 24-11-2006, parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos 'Ibsen Cardenas e Ibsen Peña vs. Bolivia' (del 1-9-2010, parágrafo 202); 'Gomes Lund y otros («Guerrilha do Raguai») vs. Brasil' (del 24-11-2010, parágrafo 176) y 'Cabrera García y Montiel Flores vs. México' (del 26-11-2010, parágrafo 225). Recientemente, el citado tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad *ex officio*, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina', del 29-11-2011).

"La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al Derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango. 13) Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar 'en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes' (confr. casos 'Ibsen Cardenas e Ibsen Peña' y 'Gómez Lund y otros', citados). Desde esta perspectiva, el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación. En este sentido se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban

tección, que se desarrolla en base a la *prevención* y a la *precaución*. La sanción al daño llega tarde amén de que muchas veces la recomposición resulta imposible y el resarcimiento en grado de indemnización no sirve a los fines protectivos concretos del ambiente, y si bien este análisis puede aplicarse a todos los bienes jurídicos protegidos, la realidad es que los daños a los bienes colectivos implican un perjuicio mayor que aquel que impacta sobre un bien individual, en razón de las implicancias en el espectro de los complejos temporal, personal, territorial y material. Va de suyo que en muchos casos el daño sobre el bien colectivo significará asimismo daños sobre diversos bienes individuales. Así, verbigracia, la contaminación con residuos peligrosos de una vía de agua con destino al consumo humano seguramente producirá daños a la salud individual de numerosas personas. Resulta evidente que la protección de los bienes jurídicos colectivos plantea conflictividad con otros intereses.

4.2. Los bienes supraindividuales son considerados por el Derecho como bienes jurídicos protegidos en razón de haber construido la sociedad una especial valoración en torno a los mismos. Tal el caso del ambiente. La sociedad ha tomado conciencia de la importancia basal de la protección ambiental, y la directa relación con la salud pública

las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera. Como puede apreciarse, el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control. 14) Que, en tal sentido, cabe recalcar la jurisprudencia de esta Corte según la cual la declaración de inconstitucionalidad al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de *ultima ratio* que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (*Fallos*: 14:425; 147:286). Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (*Fallos*: 300:1029; 305:1304). En suma, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, sólo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad”.

y con la calidad de vida. La protección deviene en función de y para el hombre, esto es, la persona y su libre desarrollo. En este sentido en la tensión entre la protección del bien individual y del bien colectivo correspondiente a la sociedad en su conjunto, la primacía de la protección de los bienes colectivos deviene en la razón de la protección de los individuales; sin la protección de determinados bienes colectivos se atenta contra la cohesión del Estado, la paz social, contra la existencia misma de la especie humana. Los derechos sobre bienes colectivos actúan como una limitante en función social al ejercicio de los derechos sobre bienes individuales. Así, verbigracia, el principio protectivo del ambiente deviene en una “función social ambiental” de la propiedad, en especial de la propiedad de los recursos naturales, donde el propietario individual deberá “administrar” el recurso en función de los intereses sociales, sin que por ello pierda su derecho de propiedad, pero limitando su ejercicio en función de la sustentabilidad. Los bienes colectivos están en función y en interacción con los bienes individuales. En el caso del ambiente, la afección deviene en muchos casos de la acción de la contaminación, producto de la actividad empresarial –en ejercicio de derechos individuales, tales como asociarse, comerciar, etcétera–. Tal contaminación desde una perspectiva económico-jurídica, deriva de *la externalización de los costos ambientales*, dado que, *la internalización* de los mismos implica *un aumento de los costos y una baja de las ganancias*. El desplazamiento de industrias “sucias” del primer mundo a los países en desarrollo, en condiciones muchas veces leoninas para el país anfitrión (zona franca, exenciones impositivas, etc.), devienen en razón de reducir el costo empresarial, maximizar los beneficios, aprovechar recursos naturales escasos en el Norte desarrollado, y disipar contaminación fuera de sus estrictas exigencias ambientales. La cuestión del impacto sobre el ambiente, tiene asimismo un efecto *acumulativo*. Se trata de los llamados “delitos de acumulación”, donde el peligro creado por el sujeto termina en una lesividad transtemporal, de manera tal que, siendo quizá inocuo en un momento determinado, su gravedad deviene del efecto o daño acumulativo. Dichos problemas no derivan, en muchos casos, de un actuar individual, sino que se trata de problemas sistémicos, donde el daño puede provenir también de la acumulación de diversas conductas individuales.

4.3. Los bienes colectivos se caracterizan por la inexistencia de exclusividad en su uso, y rivalidad en su consumo. Nadie puede pretender una apropiación directa y exclusiva del bien, pueden disfrutarlo todos los componentes de la sociedad, sin excepción alguna.

4.4. *El derecho al ambiente como un derecho humano, en el ámbito del Derecho Internacional.*

4.4.1. En el ámbito del *Mercosur* encontramos diversas normas:

4.4.1.1. Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente, que entró en vigor el 27 de junio de 2004. En dicho acuerdo se hace mención específica a *la necesidad de cooperar* para la protección del medio ambiente y la utilización sustentable de los recursos naturales, con vistas a alcanzar una mejor calidad de vida y un desarrollo económico, social y ambiental sustentable, entendiendo que, la protección del ambiente deviene como “*necesaria*”, y directamente imbricada a la mejora de la calidad y el desarrollo sustentable, en el marco de la reafirmación de la Agenda 21, con específica mención a los *principios* de la Declaración de Río (art. 1º). En el marco de las acciones que deberán emprender los Estados para el cumplimiento del objeto del acuerdo –definido en el artículo 4º como “el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente, mediante la articulación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales, contribuyendo a una mejor calidad del ambiente y de la vida de la población”– deben destacarse los incisos b), que impone la incorporación del componente ambiental en las políticas sectoriales y la inclusión de las consideraciones ambientales en la toma de decisiones que se adopten en el ámbito del Mercosur; d) referido al tratamiento prioritario e integral de las causas y las fuentes de los problemas ambientales, y f) en relación a la internalización de los costos ambientales mediante el uso de instrumentos económicos y regulatorios de gestión.

4.4.1.2. El protocolo adicional al acuerdo marco sobre medio ambiente del Mercosur en materia de cooperación y asistencia ante emergencias ambientales. Este protocolo se trasunta como concreta acción de protección del ambiente, ante un evento de extraordinaria gravedad, posibilitando la confluencia de asistencia de los miembros del Mercosur.

4.4.1.3. La incorporación de los ilícitos ambientales en el Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Re-

gional, aprobado por Decisión CMC N° 22/99. Donde se prevé como acciones específicas: 1. Propiciar la elaboración de un Plan Operativo Anual específico, con el objetivo de proteger el medio ambiente y cooperar en materia de emergencias ambientales; 2. coordinar, cuando sea necesario, con las autoridades nacionales y locales competentes para analizar la situación de las áreas y de los recursos naturales definidos en el Plan Operativo Anual, en ejecución, buscando mejorar las actividades de prevención y cuando corresponda de represión, así como de recuperación ambiental; 3. ejecutar periódicamente las operaciones simultáneas de control establecidas en el Plan Operativo Anual, para detectar contaminaciones en el medio ambiente, depredaciones en materia de biodiversidad, tráfico ilegal de fauna, flora, sustancias y deshechos peligrosos, entre otros, excepto los radiactivos. 4. procurar la creación de Bases de Datos, sobre ilícitos ambientales; 5. proceder a estudios de la normativa en materia de ilícitos ambientales de los Estados Partes y Asociados, tendientes a compatibilizar la legislación, el fortalecimiento de la cooperación y optimización de la aplicación de los instrumentos jurídicos correspondientes; 6. coordinar en toda la región fronteriza, los controles que realicen los organismos con competencia en la materia sobre transporte internacional de sustancias y deshechos peligrosos que se desplace por los distintos corredores regionales, a fin de mantener una adecuada fiscalización durante su traslado y posibilitar una respuesta inmediata ante un accidente que pudiere ocurrir; 7. establecer en toda la región, un sistema de alerta y de comunicación permanente entre los organismos de control del transporte (especialmente de sustancias y deshechos peligrosos) asentados en zonas de fronteras, a fin de asegurar el cumplimiento de las normas de seguridad en el tránsito y la prevención de ilícitos y accidentes, y 8. contribuir a implementar el Plan de Emergencias que elabore el SGT N° 6 “Medio Ambiente”, a fin de estandarizar los modos de acción y cumplir con los objetivos fijados.

4.4.2. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”: En su artículo 11 estatuye el Derecho a un Medio Ambiente Sano, al establecer que “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar

con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

4.4.3. El informe del secretario general de la OEA en cumplimiento de la resolución AG/RES. 1896 (XXXII-O/02) “Derechos Humanos y Medio Ambiente”. Allí se destaca el informe de la Unidad de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente, donde se observó que en la historia de la humanidad no hay precedentes de la celeridad con que se está alterando el medio ambiente, del alcance de esa alteración y de las consecuencias de esos cambios para la diversidad biológica, la calidad del agua y de otros recursos, así como de los bienes que éstos rinden. En relación al Sistema de la Naciones Unidas, menciona que, la II Cumbre Mundial de Desarrollo Sustentable⁹ desarrollada en Sudáfrica (Johannesburgo), la relación entre derechos humanos y medio ambiente figuró en varios aspectos centrales de discusión a nivel estatal, a más de ser objeto de discusión el ámbito de la sociedad civil, tratándose temáticas como salud, alimentación, cambio de patrones de consumo y producción, vivienda, recursos hídricos, manejo de los recursos naturales, salubridad, sanitización, condiciones dignas de vida y erradicación de la pobreza. Al finalizar la mencionada Cumbre se confeccionó un Plan de Implementación que se refirió expresamente al tema de derechos humanos y ambiente. Concluye el informe del secretario general en el sentido que “El fin primordial del derecho de los derechos humanos es la protección de las personas; por ello, tanto la interpretación como la aplicación de estas normas han de ser realizadas en resguardo de la dignidad humana. La experiencia de la Comisión y de otros organismos internacionales ha demostrado que los problemas ambientales comprometen el disfrute de los derechos humanos, y por este motivo es importante reconocer la importancia que este tema presenta para nuestro hemisferio y destacar la necesidad de seguir profundizando el conocimiento y la aplicación de este vínculo”.

4.4.4. Asimismo, en noviembre de 2002 el Comité de Derechos

⁹ Este evento tiene como antecedente la Conferencia Mundial sobre Desarrollo Sustentable realizada en 1992, de la cual surge la Declaración de Río. El principio 3 de este documento se refiere a desarrollo y ambiente y reza: “...El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras...”

Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su 29 Período de Sesiones, emitió un comentario general sobre los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al agua como un derecho humano.

4.4.5. Debemos considerar asimismo la “Carta Mundial de la Naturaleza”. En dicho instrumento se verifica la protección del Derecho Internacional al Ambiente y su intrínseca calidad de Derecho Humano, desde que afirma: a) La especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que son fuente de energía y de materias nutritivas; b) la civilización tiene sus raíces en la naturaleza, que moldeó la cultura humana e influyó en todas las obras artísticas y científicas, y de que la vida en armonía con la naturaleza ofrece al hombre posibilidades óptimas para desarrollar su capacidad creativa, descansar y ocupar su tiempo libre; c) toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral, d) el hombre, por sus actos o las consecuencias de éstos, dispone de los medios para transformar a la naturaleza y agotar sus recursos y, por ello, debe reconocer cabalmente la urgencia que reviste mantener el equilibrio y la calidad de la naturaleza y conservar los recursos naturales, e) los beneficios duraderos que se pueden obtener de la naturaleza dependen de la protección de los procesos ecológicos y los sistemas esenciales para la supervivencia y de la diversidad de las formas de vida, las cuales quedan en peligro cuando el hombre procede a una explotación excesiva o destruye los hábitats naturales; f) el deterioro de los sistemas naturales que dimana del consumo excesivo y del abuso de los recursos naturales y la falta de un orden económico adecuado entre los pueblos y los Estados, socavan las estructuras económicas, sociales y políticas de la civilización, y g) la competencia por acaparar recursos escasos es causa de conflictos, mientras que la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales contribuye a la justicia y el mantenimiento de la paz, pero esa conservación no estará asegurada mientras la humanidad no aprenda a vivir en paz y a renunciar a la guerra y los armamentos. La carta estatuye como Principios Generales que: 1. Se respetará la

naturaleza y no se perturbarán sus procesos esenciales. 2. No se amenazará la viabilidad genética de la tierra; la población de todas las especies, silvestres y domesticadas, se mantendrá a un nivel por lo menos suficiente para garantizar su supervivencia; asimismo, se salvaguardarán los hábitats necesarios para este fin. 3. Estos principios de conservación se aplicarán a todas las partes de la superficie terrestre, tanto en la tierra como en el mar; se concederá protección especial a aquellas de carácter singular, a los ejemplares representativos de todos los diferentes tipos de ecosistemas y a los hábitats de las especies o en peligro. 4. Los ecosistemas y los organismos, así como los recursos terrestres, marinos y atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su productividad óptima y continua sin por ello poner en peligro la integridad de los otros ecosistemas y especies con los que coexistan. 5. Se protegerá a la naturaleza de la destrucción que causan las guerras u otros actos de hostilidad.

Asimismo, la Carta manda a los Estados, a que en los procesos de adopción de decisiones se reconozca que no es posible satisfacer las necesidades de todos a menos que se asegure el funcionamiento adecuado de los sistemas naturales y se respeten los principios enunciados en la Carta; que se controlen las actividades que pueden tener consecuencias sobre la naturaleza y se reduzcan al mínimo los peligros graves para la naturaleza y así: a) Se evitarán las actividades que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza; b) las actividades que puedan extrañar graves peligros para la naturaleza serán precedidas por un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales; c) las actividades que puedan perturbar la naturaleza serán precedidas de una evaluación de sus consecuencias y se realizarán con suficiente antelación estudio de los efectos que puedan tener los proyectos de desarrollo sobre la naturaleza; en caso de llevarse a cabo, tales actividades se planificarán y realizarán con vistas a reducir al mínimo sus posibles efectos perjudiciales; d) la agricultura, la ganadería, la silvicultura y la pesca se adaptarán a las características y las posibilidades

naturales de las zonas correspondientes; e) las zonas que resulten perjudicadas como consecuencia de actividades humanas serán rehabilitadas y destinadas a fines conformes con sus posibilidades naturales y compatibles con el bienestar de las poblaciones afectadas; f) se evitará la descarga de sustancias contaminantes en los sistemas naturales, y cuando ello no sea posible se utilizarán los mejores medios disponibles de depuración en la propia fuente; adoptándose precauciones especiales para impedir la descarga de desechos radiactivos o tóxicos; g) las medidas destinadas a prevenir, controlar o limitar los desastres naturales, las plagas y las enfermedades apuntarán directamente a eliminar las causas de dichos flagelos y no deberán surtir efectos secundarios perjudiciales en la naturaleza, y h) finalmente impone a los Estados y, en la medida de sus posibilidades, las demás autoridades públicas, las organizaciones internacionales, los particulares, las asociaciones y las empresas acciones de cooperación en la conservación de la naturaleza y especialmente la *aplicación de las disposiciones jurídicas internacionales pertinentes que propendan a la conservación de la naturaleza o a la protección del medio ambiente*, actuando de manera tal que las actividades realizadas dentro de los límites de su jurisdicción o bajo su control no causen daño a los sistemas naturales situados en otros Estados ni en los espacios ubicados fuera de los límites de la jurisdicción nacional; y salvaguardarán y conservarán la naturaleza en los espacios que estén más allá de los límites de la jurisdicción nacional.

4.4.6. Finalmente mencionaremos la Declaración de Bizkaia sobre el derecho humano al medio ambiente, donde se reafirma la calidad de *derecho humano* del derecho al disfrute de un ambiente sano, con la característica de derecho-deber. Esta declaración en especial afirma que: Toda persona, tanto a título individual como en asociación con otras, tiene el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El derecho al medio ambiente es un derecho que puede ejercerse ante los poderes públicos y entidades privadas, sea cual sea su estatuto jurídico en virtud del Derecho nacional e internacional. El derecho al medio ambiente se ha de ejercer de forma compatible con los demás derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo. Toda persona tiene derecho al medio ambiente sin ningún tipo de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, reli-

gión, opinión política o de cualquier otra índole (art. 1º). Toda persona, tanto a título individual como en asociación con otras, tiene el deber de proteger el medio ambiente y de fomentar dicha protección en el ámbito nacional e internacional. Los poderes públicos y las organizaciones internacionales tienen la responsabilidad de proteger y, en su caso, restaurar el medio ambiente por todos los medios que entren en el ámbito de su competencia. Esta responsabilidad se llevará a cabo, en particular, mediante: La protección, conservación, eventual restauración, y prevención del deterioro de la biosfera, geosfera, hidrosfera y atmósfera. El uso racional y sostenible de los recursos naturales. La promoción de modelos de producción y consumo que contribuyan al desarrollo sostenible. La integración de las exigencias para la protección del medio ambiente en las políticas públicas y en las actividades privadas, teniendo en cuenta el principio de no discriminación. Todos los Estados y, en particular, los Estados vecinos, deberán cooperar entre sí en la defensa del medio ambiente y en la lucha contra la contaminación sea cual fuere su origen. Los Estados velarán para que no se introduzcan modificaciones desfavorables e irreversibles del medio ambiente que puedan atentar contra la salud de las personas y el bienestar colectivo (art. 2º)¹⁰.

4.4.7. En el marco de la Unión Europea, el derecho al ambiente ha sido reconocido como un derecho humano. En la futura Constitución se lo menciona en el artículo 2º, estableciendo como objetivo, entre otros, la “mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y calidad de vida”; en el artículo 3º, donde establece como instrumentos “una política en el ámbito del medio ambiente”; en el artículo 6º¹¹ y en el Título XIX, íntegramente referido al ambiente, donde se propugna la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud de las personas, la utilización prudente y racional de los recursos naturales, el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente; que la política de la Comunidad

¹⁰ Declaración de Bizkaia sobre el derecho humano al medio ambiente.

¹¹ “Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3º, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

en el ámbito del medio ambiente tenga como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, basándose en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.

4.5. De manera tal que, en suma, tanto a nivel internacional, como a nivel de la Unión Europea, como en el Mercosur (que en su Acuerdo Marco se remite a la normativa internacional), el derecho al ambiente ha sido reconocido como un Derecho Humano. Se imponen en los tratados internacionales, como en el propio Derecho de la Integración la consideración de la dimensión ambiental en la toma de decisiones. La conciencia de la sociedad civil se ha acendrado en la temática en los últimos tiempos, incluso en nuestros Estados del sur del planeta, en los cuales la cuestión ambiental no había aún impactado en el imaginario colectivo.

5. Ley General del Ambiente

5.1. En este camino, y en el marco específico de la defensa del Derecho Humano a un ambiente sano, como contracara del bien jurídico protegido, en su faz colectiva, la Ley General del Ambiente 25.675 ha establecido presupuestos mínimos procesales ambientales. El carácter de presupuestos mínimos implica que son obligatorios para las provincias que los podrán reglamentar.

5.2. Así, la LGA conforma normativamente el Derecho Procesal Ambiental de fondo, como presupuesto mínimo ambiental, ello en virtud de la facultad y deber impuesto al Estado nacional para el dictado de los presupuestos mínimos en el artículo 41 de la Constitución Nacional. Las normas contenidas en la LGA son de orden público, tal como determina el artículo 3° de dicha ley, y tiene su basamento jurídico en el propio artículo 41 de la CN, a más de la característica fundal del Derecho Humano que nos ocupa. Por su parte, el artículo 6° de la ley 25.675 indica que se entiende por presupuesto mínimo, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. Agrega que en su contenido,

debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable. Nótese la reiteración en el texto de la norma de la frase “condiciones necesarias”, indicativo de la importancia basal de los presupuestos mínimos ambientales sin los cuales no puede existir protección ambiental alguna.

5.3. En lo que nos ocupa en este trabajo, estas normas mínimas modifican las normas provinciales, en todo cuanto haga al acceso a la jurisdicción y procedimientos de Derecho Ambiental respecto de los derechos de incidencia colectiva. El artículo 32 de la ley 25.675, dispone que “La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”.

5.4. El presupuesto mínimo procesal ambiental, en cuanto dispone: “El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie” ha fulminado la posibilidad de requerir el pago de gabelas para poder accionar en defensa ambiental, como asimismo ha enervado absolutamente los plazos de caducidad establecidos por diversas leyes, como ser, verbigracia la ley 10.000 de la Provincia de Santa Fe, que establece un plazo de caducidad de 15 días para interponer la acción en defensa de los intereses difusos, o el plazo de caducidad de la ley nacional de amparo o de las leyes provinciales de amparo, cuando son ejercidas en materia ambiental.

5.5. El otro presupuesto mínimo establecido por el artículo en análisis, surge de la norma que otorga facultades especiales al “juez ambiental”. Sin duda, dicho presupuesto mínimo atribuye a la participación del juez un sesgo más inquisitivo, de la mano del principio jurídico de protección, desarrollado en la faz normativa en los principios de prevención y precaución. Debemos destacar que no se trata de una

nueva dimensión del juez civil otorgado por la ley 25.675, sino que nos encontramos frente a la caracterización del juez “ambiental”. Que la materia ambiental caiga por obra de la competencia material no discriminada (o competencia residual) en cabeza del juez civil (en la mayoría de los casos) no le quita la calidad de juez ambiental. Así como un juez podría tener fuero pleno y será juez civil y juez penal o laboral, con las calidades diferenciadas de cada materia, igualmente a partir de ahora el juez civil será asimismo ambiental con la características más oficiosas e inquisitivas que le devendrán del propio Derecho Ambiental que le imponen la realización en su ámbito del principio jurídico protectorio del ambiente, con una fuerte obligación de prevención, en aras de la protección del Derecho Humano amenazado. Con claridad, como se indicó la norma dispone que “El juez interviniente podrá disponer de todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”. El presupuesto mínimo en análisis faculta al juez no solo a ordenar o conducir en proceso en el marco de la prueba, sino que lo faculta directamente a *probar* los hechos dañosos, pero con un fin específico que la protección *efectiva* del interés general. Este interés general se halla constituido por la efectividad en la realización del Derecho Humano al Ambiente.

5.6. En evidente interacción sistémica el siguiente presupuesto mínimo procesal refiere a las medidas de urgencia. La norma indica que “En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”. Se establece así, un subsistema especial, con carácter de presupuesto mínimo de derecho procesal ambiental de fondo en cuanto a las medidas de urgencia. Las mismas se caracterizan por: a) Pueden solicitarse en cualquier estado del proceso; b) pueden revestir el carácter de medida cautelar; c) se dictan inaudita parte; d) requieren contracautela (salvo que sean dispuestas de oficio), y e) pueden ser dispuestas de oficio.

5.7. Finalmente, con gran coherencia, el artículo 33 de la ley, establece que “Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de

los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación”. También como presupuesto mínimo de Derecho Procesal ambiental de fondo se da fuerza de pericia a los informes de los organismos del Estado. Se entiende que son tanto los del Estado nacional, como los de los Estados provinciales o municipales.

5.8. También se establecen los efectos de las sentencias referidas al bien jurídico colectivo ambiente. Así, el artículo 33 *in fine* dispone que “La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”. De manera tal que, a diferencia del proceso civil, en el procedimiento ambiental el efecto de la sentencia que acoge la demanda, que hace lugar a la pretensión de incidencia colectiva, ha de ser *erga omnes*. La ley excepciona del efecto de cosa juzgada *erga omnes* a la sentencia rechazada, por causas probatorias. Lo cual es lógico, porque ha de evitarse que la desidia, incompetencia, o negligencia en la probanza por parte del actor colectivo afecte el derecho no ejercido por los otros titulares. Se evita asimismo la posibilidad de fraudes procesales con juicios “creados” al efecto por el contaminante que quiere resguardarse hacia el futuro.

5.9. En el *leading case* “Halabi”¹², fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se instituyen las llamadas *class actions*, con incidencia en la ley 25.675, de manera que algunos de los presupuestos mínimos referidos, resultan aplicables al caso de los derechos individuales homogéneos. En dicho fallo, la Corte, con base en el artículo 43¹³, construye las siguientes categorías:

5.9.1. *Derechos subjetivos individuales*.

5.9.2. *Derechos colectivos*: Son aquellos que tienen por objeto la tutela de un bien colectivo, entendiendo que el bien es colectivo, cuando “éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna”. No existe posibilidad alguna de apropiación indi-

¹² CSJN, 22-4-2009, “Halabi, Ernesto c/Estado Nacional”, Lexis N° 70051373.

¹³ “...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propenden a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”

vidual del mismo. Esta especial calidad indica la necesaria concesión de una legitimación extraordinaria “para reforzar su protección”. Estos bienes, en su calidad de colectivos no implican, en modo alguno, “la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno”. Consecuentemente, la Corte designa como “colectivos”, a aquellos derechos supraindividuales que la doctrina ha calificado como “difusos”. En estos casos (derechos subjetivos difusos), la decisión que se obtiene, como consecuencia del ejercicio en forma individual de pretensión procesal que busca la prevención o la reparación del daño causado a un bien colectivo obteniéndose una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no sin beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

5.9.3. *Derechos individuales homogéneos*: Entiende la Corte incluidos en el artículo 43, párrafo 2º, una tercera categoría (además de los derechos colectivos y los derechos subjetivos individuales) “conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados”. Entiende el alto tribunal que en estos casos “no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles”. De manera tal que, el criterio de distinción, según la Corte, pasa por la divisibilidad o indivisibilidad de los derechos. En el caso de esta categoría “hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto, es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad

fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un sólo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”.

5.9.4. Entiende la Corte que esta categoría de derechos se encuentra, asimismo, protegida por una acción que denomina “colectiva”, por el mismo texto del artículo 43 de la Constitución Nacional, dado que “la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo *stricto sensu* sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general como –en esa ocasión– el hábeas corpus colectivo, pues es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo 2º, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla (*Fallos*: 328:1146, considerandos 15 y 16)”.

5.9.5. Para que procedan estas acciones de clase, el tribunal exige:

1. La existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.
2. Que la pretensión se encuentre concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar.
3. Que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia.

Afirma la Corte que “Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo, o la salud; o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo 2º de la Constitución Nacional, brindan una pauta en la línea expuesta”. El tercer elemento requerido, en modo alguno refiere a que el daño individualmente considerado sea de “bagatela” sino, como con claridad indica, a que la promoción individual de la acción sea insuficiente para garantizar el logro de la satisfacción del derecho lesionado.

5.9.6. La Corte, entonces, considera subsumidos en la expresión “derechos de incidencia colectiva” a los supraindividuales y a los individuales homogéneos, y como susceptibles de la acción de clase éstos y aquellos individuales afectados por la expansión del daño a un bien colectivo o que afecten a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos.

5.10. A la luz del fallo “Halabi”, y en la interpretación dogmática de la Corte, diversos aspectos de la regulación legal, que generaban interrogantes en relación a la inteligencia de las normas contenidas en los artículos indicados, pueden ser contestados en forma sistémica, logrando resultados interpretativos jurídicamente adecuados.

5.11. El artículo 27 de la LGA dispone “El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”. La primer parte del artículo hace mención al “daño ambiental de incidencia colectiva”, a diferencia del artículo 30 *in fine* que refiere a “daño ambiental colectivo”. De manera tal que debemos entender que la ley está indicando dos supuestos distintos. El primero hace mención al daño que, afectando el ambiente tiene repercusión sobre derechos individuales, que devienen en derechos individuales homogéneos, precisamente como consecuencia de esa percusión nociva que en el patrimonio o salud individual produce el daño colectivo ambiente. En consecuencia, las normas de este “capítulo” de la ley serán aplicables tanto a las acciones colectivas que tiendan a la recomposición del ambiente o la pretensión de cese del mismo, como a las acciones de clase derivadas de un daño ambiental que se presenta como causa fáctica común. No obstante, dado que la ley hace mención expresamente al “daño ambiental colectivo”, diferenciándolo de aquel de “incidencia colectiva”, lo cierto es que a las *class actions* serán aplicable sólo las normas contenidas en:

5.12. El artículo 32, en cuanto dispone que la competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia y el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. También en cuanto a

las facultades que otorga al juez en orden a disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Igualmente en cuanto a las medidas precautorias *ex officio*.

5.13. El artículo 33, cuando dispone que los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación. Asimismo, en cuanto a los efectos de la sentencia, la cual tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.

5.14. En suma, en la ley 25.675, se encuentran comprendidas normas aplicables, no solo al daño colectivo, esto es, aquel que afecta al ambiente como bien jurídico colectivo –comprensivo del patrimonio natural y el patrimonio cultural a fuer del artículo 41 de la Constitución Nacional–, sino también aplicables a las acciones de clase –referidas a derechos individuales homogéneos– que tengan como causa común, un daño ambiental.

6. Garantismo y activismo procesal

6.1. Es sabida la discusión doctrinaria entre las corrientes que defienden –en el marco del proceso civil– el activismo o el garantismo judicial. A no dudar la defensa de los Derechos Humanos en general y del Derecho Humano al Ambiente en particular requiere del activismo judicial, y tal requerimiento no solo deviene de la naturaleza de los Derechos en juego, todos de raigambre constitucional, de la propia naturaleza de la función judicial, sino como hemos visto por imposición de la propia ley. Además, entendemos que el activismo judicial se vislumbra como la respuesta esperada por la sociedad en el marco de los conflictos que engloban a víctimas de hechos ilícitos, a personas o grupos en estado de vulnerabilidad y sujetos desventajados. Carrillo, indica con claridad que existe un inexorable avance “en el Derecho Procesal Civil de nuestros días hacia la consolidación del principio de autoridad o publicístico como valladar lógico al principio dispositivo, de neta filiación individualista, y cuyos postulados son proclives a desvirtuar los fines propios de la función jurisdiccional. El mismo

funciona como una cuña inquisitiva introducida profundamente en el cuerpo dispositivo [...] se concibe al juez como un representante del poder público, cuyas facultades deben ser adecuadas a la función que ejerce, lo que indujo a mejorar la estructura del proceso civil para convertirlo en instrumento idóneo para la consecución de tales fines [...] Ya no debe conformar el juez con fallar conforme a la verdad formal, sino que debe tratar por todos los medios con fallar conforme a la verdad real, objetiva [...] Ya se superó la tesis de que el proceso civil es un negocio privado y con un fin también privado [...] Superado ello, y al haber un interés público en que la sentencia sea justa y legal, es lógico que el Estado –administrador de justicia– otorgue al juez poderes para que investigue la verdad...”¹⁴ Peyrano¹⁵, por su parte indica que el activismo judicial propugna que las facultades que los Códigos Procesales otorgan a los jueces para “mejor cumplir su cometido de distribuir el pan de la justicia” sean utilizadas por los destinatarios “orientada, a veces a suplir, hasta donde se pueda y con particular reverencia respecto de los límites técnicos infranqueables que el activismo reconoce flagrantes falencias técnicas de letrados que repercuten injustamente sobre las cabezas de los justiciables que se defienden [...] el activismo ha generado un derecho procesal de excepción [...] (donde) [...] se preocupa ante todo por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir o erosionar al sistema procesal respectivo”. Finalmente, recordemos el *leading case* “Colalillo”, donde nuestro más alto tribunal nacional ha dicho: “Que la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces, no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad. Es en efecto exacto que, por lo regular, a fin de juzgar sobre un hecho, no cabe prescindir de la comprobación del modo de su existencia, que en materia civil incumbe a los interesados. Y también es cierto que esa prueba está sujeta a ciertas limitaciones, en cuanto a su forma y

¹⁴ CARRILLO, Hernán Gonzalo, *Medidas para mejor proveer (¿verdad real o verdad formal?)*, en *Activismo y garantismo procesal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009.

¹⁵ PEYRANO, Jorge W., *Sobre el activismo judicial*, en *Activismo y garantismo procesal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009.

tiempo, pues es exacto que de otro modo los juicios no tendrían fin. Que, sin embargo, el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte. Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho. Que, desde luego y por vía de principio, es propio de los jueces de la causa, determinar cuando existe negligencia procesal sancionable de las partes así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad en la defensa de sus derechos. Pero ni una ni otra consideración son bastantes para excluir de la solución a dar al caso, su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia”¹⁶.

7. Conclusión

7.1. A modo de conclusión reflexionemos sobre la naturaleza de la función de los jueces, la necesidad de que quienes la ejerzan puedan obrar en defensa de los derechos sin temores de presiones de los poderes políticos o económicos, y que en el proceso de selección la sociedad pueda tomar conocimiento del pensamiento jurídico del futuro juez, a más de su trayectoria profesional y de vida. Recordemos al eximio jurista Bidart Campos, quien decía “El juez es el administrador de la justicia; con la ley, sin la ley, o contra la ley. Porque el valor justicia prevalece sobre la ley y nuestra Constitución así lo deja entrever a quienes saben comprenderla cuando manda en el Preámbulo afianzar la justicia. Con ley, sin ley o contra la ley”.

¹⁶ CSJN, 18-9-57, “Colalillo, Domingo c/Cía. de Seguros España y Río de la Plata”, *Fallos*: 238:550; J. A. 1957-IV-477; Lexis N° 60000052.

PROCESO JUDICIAL Y CULTURA (SOBRE LA CRISIS DE LA CULTURA CONTINENTAL MODERNA)*

por MARIO E. CHAUMET

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Ambigüedad y vaguedad que plantea la voz “cultura”. 1.2. Cultura y proceso judicial. Transformaciones culturales. 2. Crisis de la cultura moderna. 2.1. Replanteo de la subjetividad legada por la modernidad. Manifestaciones procesales. 2.2. Ruptura del modelo de racionalidad individual. Manifestaciones procesales. 2.3. Disolución del componente universalista. Manifestaciones procesales. 2.4. La sociedad tecnológica. Manifestaciones procesales. 2.5. Modificación del sentido del espacio y del tiempo. Manifestaciones procesales. 2.6. Aceleración de los cambios históricos. Manifestaciones procesales. 2.7. Crisis de la institucionalidad y especial decadencia del papel estatal. Globalización económica y cultural. Manifestaciones procesales. 3. Epílogo. 4. Bibliografía.

Resumen

Cada problema jurídico se presenta en estrecha relación con el marco cultural en el que surge y se desarrolla. Los procesos judiciales son en gran medida un reflejo de la cultura a la cual se integran, no constituyen un sistema autónomo producido por expertos y especialistas y configuran, también, una de las instituciones más relevantes para el mantenimiento y la transformación cultural. Muchísimos son los interrogantes que generan las relaciones entre cultura y proceso judicial. La presente investigación se limita a tratar algunos de los signos re-

* Sobre la base de *Crisis de la cultura continental moderna y proceso*, en *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, coord. por Mónica Bustamante Rúa, Universidad de Medellín, Medellín, 2013, ps. 52/93.

levantes de la crisis de la cultura moderna que impactan sobremanera en todo el Derecho Continental, señalando las manifestaciones procesales que producen. El replanteo de la subjetividad legada por la modernidad, la ruptura del modelo de racionalidad individual, la disolución del componente universalista, los efectos de la sociedad tecnológica, la modificación del sentido moderno del espacio y del tiempo, la aceleración de los cambios históricos, la crisis de la institucionalidad, el decaimiento del papel estatal, la globalización económica y cultural, son algunas de las características de una época que vivenciamos en toda la cultura, en nuestra vida cotidiana, impactan en toda la juridicidad continental y, del mismo modo, en el proceso judicial.

Abstract

Each legal problem presents it self in close connection with the cultural frame in which it arises and develops. Judicial process are largely a reflection of the culture to which they are integrated, they do not constitute an autonomous system produced by experts and specialists, and they also configure one of the most important institutions for the maintenance and cultural transformation. So many questions are generated by relationship between culture and judicial process. This research was limited to address some of the important signs of the crisis of Modern culture that impact greatly throughout the continental Law, pointing out the procedural manifestations that are produced. The subjectivity redefinition bequeathed by Modernity, the rupture of the model of individual rationality, the dissolution of the universalist component, the effects of the technologic society, the modification of the modern sense of space and time, the acceleration of historical change, the crisis of the institutions, the decay of the State's role, the economic and cultural globalization, are some of the characteristics of the time we experience throughout the whole culture, in our daily lives, that impacts all continental juridicity and, similarly, the judicial process.

Palabras clave

Derecho. Cultura. Crisis de la Modernidad. Proceso judicial.

Keywords

Law. Culture. Crisis of Modernity. Judicial process.

1. Introducción

Cuenta Chase que, frente a un conflicto, los azande de África Central consultan al oráculo *benge* (se le inyecta una pequeña dosis de veneno a un pollito, que el animal muera o continúe viviendo determinará si el demandante dice o no la verdad); en otros lugares un grupo de extraños es convocado a una sala especial, escucharán al demandante, al demandado, testigos, peritos, etcétera, se retirarán a una habitación reservada, deliberarán y volverán con su veredicto, y en otros, ello es decidido por un profesional, quien, luego de escuchar a los contendientes y analizar sus pruebas, sentencia. Sosteniendo que cada uno de esos pueblos posee la misma capacidad innata para decidir y observar el mundo a su alrededor se pregunta: “¿Por qué han alcanzado cada uno de ellos conclusiones tan diferentes? ¿Cómo se refleja su idiosincrasia en sus métodos preferidos de solución de conflictos? ¿Repercuten sus formas de resolución de conflictos en las creencias del mundo en que habitan?”¹

El contrato, la propiedad, la familia, la pena, el proceso, no fueron lo mismo en la medievallidad, la modernidad o en la posmodernidad, en un régimen feudal, capitalista o socialista, ni son lo mismo en la sociedad occidental, en la del África negra, en una comunidad musulmana, de la India o del extremo oriente. Estamos convencidos de que cada problema jurídico se presenta en estrecha relación con el marco cultural en el que surge y se desarrolla, que los cambios culturales inciden en la comprensión de una institución y hasta de un caso particular, que para un análisis jurídico resulta inevitable tener en cuenta las transformaciones culturales con las que “convive” el tema a considerar. Así, por ejemplo, no se pueden dejar de tener en cuenta los cambios culturales para analizar los conflictos sobre efectos personales de un matrimonio celebrado hace 60 años, como para entender cualquier

¹ CHASE, Oscar G., *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, trad. de Martín Diz, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 20.

concepto jurídico, entre ellos, el proceso judicial. Caso contrario, basta con leer algunos de los casos expuestos en la Antología del disparate judicial, donde los mayores dislates e incomprensiones son producto de actitudes anacrónicas².

1.1. *Ambigüedad y vaguedad que plantea la voz “cultura”*

Uno de los mayores problemas que plantea el tema (cultura y proceso), es la notoria ambigüedad y vaguedad que plantea la voz “cultura”. Ferrater Mora destacaba que muchos filósofos han tendido a dar al vocablo “cultura” una acepción sumamente amplia para poder servirse de él³. Reconocemos que estos escollos deben ser evitados, pero entendemos que ello resulta sumamente difícil, como cuando se utilizan conceptos fundamentales. Cabe recordar que el propio Bertrand Russell especificaba que el mismo conocimiento humano debe contentarse con aceptar algunos términos como ininteligibles, sin definición, con el fin de tener un punto de partida para sus definiciones. Más allá de los inconvenientes que genera precisar el término, creemos que no podemos superar la necesidad y la utilidad del tratamiento de la voz “cultura” para la comprensión de cualquier problema jurídico.

Sin entrar en consideraciones sobre las tensiones entre naturaleza y cultura, admitimos que el ser humano es un ser en la cultura y que en ella se desenvuelve el fenómeno jurídico. La vida de los hombres se desarrolla en relación a valores (salud, utilidad, verdad, belleza, justicia, santidad, amor, poder, cooperación, etc.). En virtud de ello, la vida es, en cierto sentido un fenómeno cultural. Del mismo modo el derecho es uno de los despliegues culturales: “Todo fenómeno jurídico es a la vez de alguna manera un fenómeno económico, sanitario, científico, artístico, religioso, etcétera, y, en definitiva un fenómeno cultural. Expresa una concepción del mundo y también influye en ella”⁴.

Construimos la noción de cultura referida a valores, pero incluyendo

² VALIENTE, Francisco Tomás y DE FRANCISCO PARDO, Juan Manuel, *Antología del disparate judicial*, 4ª ed., Plaza & Janés, Barcelona, 2001.

³ FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, 5ª ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1965, t. A-D, p. 764.

⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura*, FIJ, Rosario, 1993, p. 11.

también la conciencia social de las preferencias, en sus matices normativos (ej. no matar) y cognitivos (ej. la tierra es redonda). Creemos también relevante para discernimiento de la noción, tener presentes los símbolos que representan las percepciones sociales (ej. figura de la justicia con balanzas)⁵. Por otra parte, cuando nos referimos a los elementos comunes en valores, símbolos, creencias que conforman el concepto, no lo construimos como una estructura vinculada eternamente a un pueblo, sino a cada momento y lugar. Admitimos una noción de cultura que conlleva elementos comunes que persisten en el tiempo pero que no son necesariamente imperecederos.

1.2. *Cultura y proceso judicial. Transformaciones culturales*

Mucho se ha escrito sobre la recíproca y profunda conexión entre cultura y medios de solución de conflictos. Se destaca que “la forma escogida por cada sociedad para el manejo de los conflictos es el resultado de una serie de elecciones conscientes e involuntarias que han sido realizadas desde sus condiciones de conocimiento, creencias y estructura social”⁶.

Pensamos que toda práctica procesal, aun la del debido proceso, no es una cuestión derivada de un orden natural, sino que es una forma de resolver los conflictos en una sociedad bajo un conjunto de creencias que integran la identidad de una comunidad y la de sus miembros⁷.

Los sistemas de resolución de conflictos no existen por sí mismos, sino que han sido creados por seres humanos en una específica cultura. Los procesos judiciales son en gran medida un reflejo de la cultura a la cual se integran, no son un sistema autónomo producido por expertos y especialistas, y son también una de las instituciones más relevantes para el mantenimiento y la transformación cultural⁸. También creemos que el Derecho, y en particular el proceso judicial, desempeña un papel crucial para el mantenimiento, la reconstrucción y la transformación cultural.

Muchísimos son los interrogantes que generan las relaciones entre

⁵ CHASE, *Derecho, cultura y ritual...* cit., p. 26.

⁶ Ídem nota anterior, p. 19.

⁷ KAHN, Paul, *El análisis cultural del Derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 15.

⁸ CHASE, *Derecho, cultura y ritual...* cit., p. 20.

cultura y proceso judicial. En la presente investigación no nos aproximaremos a la relación cultura/proceso desde la perspectiva de la validez de las proposiciones sobre la cultura como así tampoco del papel que éstas juegan para el mantenimiento o las transformaciones culturales, sino desde el significado que éstas tienen en lo procesal.

2. Crisis de la cultura moderna

Afirmamos que el sistema jurídico continental de la “modernidad” va sufriendo intensas transformaciones que se manifiestan en todas las áreas del Derecho. Desde el rol del Estado en la formación del Derecho, la metamorfosis en las nociones de persona, contrato, propiedad, las tensiones en el ámbito del delito y la pena, las innovaciones en las legitimaciones procesales, los nuevos significados de fuentes tales como Constitución, tratados, sentencias, la pérdida de entidad de la ley en la conformación del Derecho y el peso de las decisiones judiciales, son fenómenos que no pocas veces producen perplejidad en los operadores jurídicos del Derecho Continental. También sostenemos que ello es en gran medida producto de un período de profundos cambios en la estructura cultural que se manifiesta en todos los aspectos de nuestra sociedad.

El proceso judicial no es inmune al impacto que produce esta transformación cultural. Pretendemos demostrar que estas transformaciones que se vienen aceleradamente dando en el mundo jurídico, son consecuencia de la crisis en la que se encuentran abundantes elementos fundamentales de la cultura en la que se desarrollaron tales nociones. Sostenemos que se está produciendo una transformación en importantes elementos de la cultura de la modernidad, que es causa de muchas de las perplejidades jurídicas que se vienen dando en el proceso judicial continental.

A mediados del siglo pasado se comenzó a utilizar el término “posmodernidad” para referirse a ciertas expresiones culturales⁹. Esta cons-

⁹ Acerca de la posmodernidad puede verse, por ej., VATTIMO, Gianni, *El fin de la Modernidad*, trad. de A. L. Bixio, 3ª ed., Gedisa, Barcelona, 1990; LYOTARD, Jean-François, *La condición posmoderna*, trad. de M. A. Rato, Rei, Buenos Aires, 1991; JAMESON, Fredric, *El posmodernismo o la lógica cultural del capitalismo avanzado*, trad. de Pardo Torio, 1ª reimp., Paidós, Buenos Aires, 1992; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Posmodernidad y Derecho*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993; ROUANET, Sergio Paulo, *Mal-Estar Na Modernidade*, Companhia Das

trucción ha generado polémicas. Respecto a sus rasgos definitorios no hay acuerdo. Son múltiples las caracterizaciones que de ella se han hecho y frecuentemente disímiles las conclusiones.

Conforme a ello, no hay acuerdo sobre si la modernidad ha llegado a su fin, si está pasando una crisis o es que sólo está inconclusa. Así, Habermas presenta el desafío de seguir con la modernidad. Cree que en lugar de abandonar el proyecto de la modernidad como una causa perdida, deberíamos aprender de los errores de aquellos programas extravagantes que trataron de negar la modernidad. Por su parte para Vattimo, el “post” de posmoderno indica una despedida de la modernidad, y otros como Foster agregan una tercera actitud proponiendo un retorno a posiciones previas a la modernidad¹⁰. También están los que afirman que hay que pensar más allá de la posmodernidad y otros que refieren a que se trata, en buena medida, de un debate agotado. Gilles Lipovsky prefiere hoy hablar de *hipermodernidad*¹¹ y Mac Augé de *sobremodernidad*¹².

Letras, São Paulo, 1993; KAUFMANN, Arthur, *La Filosofía del Derecho en la posmodernidad*, trad. de Luis Villar Borda, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Panorama trialista de la filosofía en la posmodernidad*, en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, 1995, N° 19, ps. 9 y ss.; del mismo autor, *Las ramas del mundo jurídico en la posmodernidad (las ramas del mundo jurídico en tiempos de la “crisis de la materia”)*, en *Investigación y Docencia*, Rosario, 1998, N° 31 y ss., ps. 51 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel y CHAUMET, Mario Eugenio, *Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la posmodernidad*, en *Investigación y Docencia*, Rosario, 1992-1993, N° 21, ps. 67 y ss., y *Proyecciones profesionales de la abogacía en la posmodernidad*, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, 1995, N° 25, ps. 63 y ss.; CHAUMET, Mario E. y MENICOCCI, Alejandro, *El proceso civil ante la crisis de la subjetividad moderna*, en *Investigación y Docencia*, Rosario, 1994, N° 23, ps. 51 y ss.; CHAUMET, Mario E., *Las escuelas judiciales en posmodernidad*, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, 2000, N° 24, ps. 1 y ss.

¹⁰ PERONA, Néida, *La posmodernidad. La potencialidad del término para discutir algunos problemas*, México D. F., 1980, inédito.

¹¹ El autor de *La era del vacío*, *El imperio de lo efímero*, *El crepúsculo del deber* y *La tercera mujer* entre otros, para muchos un oráculo de la posmodernidad, sostiene que el concepto de posmodernidad hoy ya no es el correcto para describir la realidad (ver entrevista a Gilles Lipovsky: *Es estúpido ser antinorteamericano*, de Juana Libedinsky, en *La Nación* del 25-2-2004).

¹² AUGÉ, Marc, *Los no lugares. Espacios del anonimato. Para una antropología de la sobremodernidad*, Gedisa, Barcelona, 2000.

Vale la pena advertir que hay quienes diferencian entre la *posmodernidad* y el *posmodernismo*, considerando a la primera como los tiempos en que estamos viviendo, con todas sus características tecnológicas, económicas y sociales. Por su parte el posmodernismo sería el movimiento de ideas que en las últimas décadas se ha instalado en el ámbito de la cultura, filosofía, arte, literatura, con proyecciones en lo social y lo político. En el presente trabajo usamos el término en el primer sentido. La cultura posmoderna no existe porque existan autores que estudien lo posmoderno, y menos aún por la presencia de filosofías posmodernistas. Asumimos la voz “posmodernidad” con una finalidad descriptiva, diferenciada de las llamadas filosofías posmodernistas. Pretendemos utilizar el término para describir lo que señalamos como una crisis cultural que afecta a todos sus ámbitos, especialmente al derecho y por ende al proceso judicial¹³.

Tampoco asumimos un análisis valorativo sobre este tiempo denominado de la posmodernidad. En todo caso, como lo señala Kaufmann, aceptamos que estamos ante un cambio de época y muchos de los valores que se creían incommovibles son puestos en crisis según la dura prueba que nos muestra la realidad¹⁴.

Encontrar un nombre para designar la etapa de cambios que nos toca vivir es riesgoso, pero puede ser una forma de comprender las transformaciones. Insistimos que no pretendemos dar respuesta a si posmodernidad significa un cambio radical o tan sólo es un nuevo aspecto surgido de la misma evolución de la modernidad. En última instancia se podría obviar o cambiar la denominación, entendemos que lo significativo es la descripción de los rasgos distintivos de este momento de la cultura que impactan tanto en la juridicidad continental.

En síntesis, creemos que el origen de considerables transformaciones que se están produciendo en la juridicidad continental, en nuestro caso en el proceso judicial, tiene por causa esta crisis cultural. No

¹³ Somos conscientes de la dificultad argumental que encierra el uso del término. En tal sentido puede también desviar la atención de nuestra finalidad descriptiva, el carácter peyorativo con que se esgrime tanto en el ámbito teórico como en el cotidiano. La voz posmoderno sirve para descalificar: “no seas posmoderno”, “eso es posmoderno”. Implica una crítica a muchas de las características culturales de nuestros días.

¹⁴ KAUFMANN, *La Filosofía del Derecho en la posmodernidad* cit.

ensayamos por consiguiente agotar la materia, sino analizar específicamente los nuevos desafíos que encuentra el proceso judicial al tener que enfrentar las transformaciones que se vienen presentando en todos los ámbitos de la cultura.

Para la descripción del fenómeno, tomaremos los caracteres de la crisis que a nuestro entender más impactan en las transformaciones que viene sufriendo el Derecho Continental.

2.1. *Replanteo de la subjetividad legada por la modernidad. Manifestaciones procesales*

Se ha dicho que el proyecto civilizatorio de la modernidad tuvo entre sus principales ingredientes el avance del protagonismo del ser humano individualmente considerado. Kant “cerró” filosóficamente el período proclamando al hombre como un fin en sí mismo. Esta característica básica de este período condicionó toda su cultura y, en consecuencia, al “Derecho moderno”¹⁵.

El período moderno propiamente dicho culminó con la Declaración de los Derechos del “Hombre”. A diferencia de otros períodos de la historia en donde el ser humano adquiría su dignidad, tenía derechos, por su pertenencia a una comunidad política¹⁶ o por su pertenencia a una comunidad de fe, al final del período moderno se proclama, por lo menos en lo formal, que el hombre tiene dignidad, se le reconocen sus derechos, por el solo hecho de ser humano.

La modernidad reivindicó la subjetividad. Fernando de Trazegnies, parafraseando a Hegel, remarca que la modernidad fue un tiempo en que el sujeto entra en relación consigo mismo, un tiempo en que el hombre se aprende como sujeto. Esta autopercepción del sujeto como sujeto llevó a la exaltación de la libertad y de la capacidad de reflexión. Es así como se revindicó la subjetividad¹⁷. Se trata principalmente de la exaltación de una idea básica de un ser autónomo, racional, con

¹⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Perspectivas jurídicas. Teoría general del Derecho. Historia del Derecho. Filosofía del Derecho*, FIJ, Rosario, 1985, ps. 81 y ss.

¹⁶ Difería por ejemplo su alcance a los derechos básicos si era o no era miembro de la *polis*, si revestía o no el carácter de ciudadano de Roma.

¹⁷ En *El Derecho Civil ante la posmodernidad*, en L. L. 1990-II-655.

pretensiones de universalidad. La autonomía de cada individuo formó parte de lo más esencial del mundo moderno.

La modernidad supuso a un “sujeto fuerte”. Se proclamó la posibilidad del individuo de construir su propia identidad en donde cada hombre era entendido como un yo dotado de un valor absoluto. Si bien no se negó la existencia social del ser humano, el punto de partida estuvo caracterizado por un ser autónomo¹⁸.

Sobre estas bases se originó una juridicidad que “tiene” como principio rector la autonomía individual¹⁹.

Muchos dicen que la modernidad está en crisis. De las diversas manifestaciones de la crisis destacamos lo que por lo menos se presenta como un “replanteo de la subjetividad” legada por la modernidad.

Hoy se altera el ideario de exaltación de lo individual, de confianza en su autodeterminación. Esa fe de lo subjetivo frente a toda finalidad externa, en donde se supone que los fines son el resultado de expresiones libremente adoptadas, está en crisis. En este sentido no asombra que así como en un momento se llegó a proclamar la muerte de Dios, en este tiempo se ha podido anunciar la muerte del hombre, suponiendo que es un mito la reivindicación del sujeto consciente.

Hay quienes se preguntan qué pasa hoy en día con el principio de autonomía. Se ha dicho que va sufriendo desde diferentes ángulos múltiples embates. Desde el psicoanálisis se pone en duda la autonomía del pensar que nos ha legado un sujeto “sujetado” al deseo y al inconsciente. Por la teoría de la ideología y de los roles sociales se ve al sujeto como mera internalización de lo social. De ciertas perspectivas lingüísticas se acentúa cada vez más la idea de que “no soy yo quien habla sino la lengua que habla a través de mí”. La información gene-

¹⁸ La autonomía de los sujetos presuponía autoimposición de límites, que tornaban posible la realización de objetivos comunes. La sociedad siguió siendo pensada como una agregación mecánica de individuos y no como una comunidad orgánica. Se partió de la hipótesis de una sociedad formada por hombres aislados, que se unían por razones utilitarias. Así se percibió a la sociedad civil.

¹⁹ El individuo pasó a ser titular de derechos y no apenas de obligaciones. En gran medida “todo” existió para el sujeto y no éste para el “todo”. También se partió de la creencia de la superioridad absoluta del hombre por sobre los otros seres. Ninguna época fue tan etnocéntrica.

ralizada nos presenta un individuo sujeto a multiplicidad de mensajes. Por último “si Dios ha muerto”, con él caduca el sustento en que, mediante el pensar, lograba la autonomía²⁰.

La cultura moderna suponía un “sujeto fuerte”. Por el contrario la posmodernidad nos muestra un “sujeto débil”, “el hombre de buen carácter dispuesto a gozar de lo nuevo y que se satisface con lo efímero y fugaz”²¹.

Si bien se describen manifestaciones de un hiperindividualismo exasperado²², no pocas veces la construcción cultural deriva en un antiindividualismo que se manifiesta en sólo intentar identificaciones grupales, radicalizando las perspectivas supraindividuales, colectivas, difusas. Hay una búsqueda de raíces comunes, de identidades grupales, de doctrinas loístas, que sustituyen poco a poco las posturas individualistas.

En estos días, la conducción va cediendo cada vez a un curso de los acontecimientos donde lo difuso prácticamente abarca todo²³.

La estructura cultural de exaltación de protagonismo del sujeto a su vez concibió un modo subjetivista de pensar el Derecho. La crisis de la subjetividad moderna que encarna la cultura de la posmodernidad pone en crisis uno de los postulados básicos de esa juridicidad que se manifiesta en todas las ramas del Derecho. Recordemos que “la noción de individuo aislado fue el eje fundamental con referencia al cual se formaron, por ejemplo, el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Constitucional, el Derecho Procesal, etcétera”²⁴.

El Derecho Privado patrimonial de la codificación se desarrolló desde

²⁰ VASCONI, ob. cit.

²¹ Ibídem. Empieza a perder valor el respeto por la vida en sí, la cual ya no se la mira como sagrada sino más bien bajo el aspecto de proporcionar agrados y placeres. Como consecuencia entra en crisis el imperativo kantiano de que nadie debe ser usado sólo como un medio en lugar de ser tratado como un fin en sí mismo. En muchos casos, la vida humana vale sólo si tiene calidad de ser gozada.

²² Se manifiesta en un egocentrismo radical, un frenesí hedonista, un delirio consumista en busca de la propia ventaja con la apatía más completa en relación con las grandes cuestiones de intereses comunes.

²³ CHAUMET, Mario E. y MENICOCCI, Alejandro A., *Los intereses difusos en el Derecho Procesal Constitucional*, en *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 136.

²⁴ CIURO CALDANI, M. A.; ARIZA, A.; CHAUMET, M. E.; HERNÁNDEZ, C. A.; MENICOCCI, A. A.; SOLO, A. M. y STÄHLI, J., *Las ramas del mundo jurídico en la teoría general del Derecho*, en E. D. 150-859 y ss.

el sujeto, caracterizado en la libertad de contratación y en la voluntad del propietario²⁵. A su vez, el Derecho Penal moderno se desplegó sobre la idea de un delincuente libre y responsable de sus propios actos²⁶. Por su parte el Derecho Constitucional tradicional referido al protagonismo de los individuos determinó que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de la individualidad de sus representantes.

Ahora bien, la crisis de la subjetividad de la cultura moderna se manifiesta en todas las respuestas jurídicas. De esta manera, el Derecho Privado patrimonial que tuvo su eje en una noción del contrato pensado como un acuerdo entre sujetos autónomos, tiende a reconocer cada día más que éstos se hallan fuertemente limitados por el juego de fuerzas sociales. En el Derecho Continental, el Derecho del Consumidor es una de las manifestaciones más evidentes de la ruptura de la noción individualista del contrato moderno. Ni que hablar del tránsito de la responsabilidad basada en la culpa a la responsabilidad objetiva o de la propiedad entendida en su función social.

A la sazón, y más allá del juicio de valor que se pueda hacer, en considerables casos, el ser humano empieza a dejar de ser el eje fundamental de donde se deriva el Derecho Penal²⁷. La crisis afecta la

²⁵ La noción de contratos más generalizada en el mundo moderno estuvo asentada sobre la idea del consentimiento de las partes. Villey sostenía que la noción “voluntarista” de contrato no era fruto de una aislada producción de juristas, sino del pensamiento moderno. Nos demostraba que era distinta a la noción de contrato que se manejaba en Roma o en la medievalidad. CHAUMET, Mario E., *La filosofía del Derecho Privado de Michel Villey a través de su noción de contrato*, en *Investigación y Docencia*, Rosario, 1989, N° 13, ps. 129 y ss.

²⁶ Libre albedrío e imputabilidad moral fueron postulados fundamentales de la denominada escuela clásica. Sólo es responsable penalmente quien ha cometido un hecho delictuoso con plena libertad de querer, es decir, concretamente, con conciencia y voluntad de cometerlo. Los privados de dicha libertad no son pasibles del reproche penal. Sobre estas bases el Derecho Penal de la modernidad a su vez se caracterizó por varios principios entre los que podemos destacar: *nullum crimen sine conductu*, *nullum crimen sine lege*, *nullum crimen sine culpa* y *nulla poena sine praevia lege penale*.

²⁷ Hassemer alerta sobre la metodología de una aplicación del Derecho orientada a las consecuencias y una ponderación de los principios según los intereses concretos del caso flexibilizando las tradiciones normativas del Derecho Penal (HASSEMER, Winfried, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, trad. de Patricia S. Ziffer, en D. P., N° 45/48, ps. 275 y ss.). Se llega a sostener que se funcionalizan los principios del Derecho Penal moderno por los requerimientos de una política

imputabilidad moral legada por el Derecho Penal de la modernidad en donde sólo era responsable penalmente quien había cometido un hecho delictuoso con conciencia y voluntad de cometerlos²⁸. También se advierte en el desplazamiento de los bienes jurídicos²⁹, y florece en las tendencias en criminalizar delitos de víctimas difusas³⁰.

En el Derecho Constitucional se plantea una crisis de representación y se buscan mecanismos alternativos de participación³¹. Por otra parte

criminal embanderada en la eficiencia de una tendencia cada vez más criminalizante. El denominado “funcionalismo” comienza a caracterizar al Derecho Penal con la incorporación de los intereses políticos a los principios normativos de la determinación del merecimiento de pena y de su ejecución. Reiteramos que más allá del acierto o el error de estas afirmaciones, lo cierto es que se llegan a proclamar. Se citan como ejemplos de construcciones funcionalistas el enriquecimiento del concepto de culpabilidad con momentos de persecución de una finalidad preventiva, o la posibilidad de valorar en el proceso penal, en caso de necesidad, el conocimiento obtenido ilegítimamente o por medio de engaño.

²⁸ Las nuevas investigaciones que tratan de formular teorías sobre el comportamiento desviado en forma imperceptible van dando cabida a la concepción del delincuente nato o congénito. Los diferentes enfoques son multifactoriales. Las variables en las que se apoyan van de posiciones biológicas, sociológicas, psicológicas, etc. Las que más sorprenden son las que se apoyan en estudios genéticos.

²⁹ Hassemer sostiene que esto significa, en primer lugar, un empobrecimiento de los presupuestos de la punibilidad; en vez de una víctima visible, en vez de un daño y la causalidad de la acción respecto de ese daño, la punibilidad depende solamente de la comprobación de una conducta peligrosa. Resalta, a título de ejemplo, que el bien jurídico en el Derecho Ambiental no es el medio ambiente por sí mismo, sino solamente como medio para las necesidades de la salud y la vida del hombre. El Derecho Penal de la modernidad recurría a la protección de bienes jurídicos como requisitos de desincriminación, el legislador sólo podía establecer una pena para aquello que lo amenazara efectivamente y no por convenciones valorativas dominantes de la sociedad (HASSEMER, *Lineamientos...* cit.).

³⁰ “La economía, el medio ambiente, el abuso de drogas o el procesamiento de datos son los campos en los cuales el legislador penal moderno desplegará su actividad reguladora. El instrumento adecuado a la conformación de estos delitos son los delitos de peligro abstracto” (PRUNOTTO LABORDE, A. B. J., *Revalorización del bien jurídico*, ponencia presentada en las X Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, Córdoba, mayo de 1994, p. 9). El lema ya no es la protección de intereses humanos concretos, sino la protección de instituciones sociales o “unidades funcionales de valor”.

³¹ Así, por ejemplo, Bidart Campos recalcaba que en este nuevo orden constitucional los órganos judiciales deberían receptar reclamos afianzados en las declaraciones de derechos e instar a los poderes del Estado a poner en práctica dichos derechos. Destacaba que la falta de respuesta del órgano requerido faculta al Poder Judicial a

el denominado “Estado Constitucional” trae aparejado un desborde de los marcos de producción jurídica limitados en el Derecho moderno a la racionalidad del constituyente o del legislador.

Lo dicho también se hace palpable en el Derecho Procesal.

La radicalización del protagonismo del sujeto plasmó también en la noción moderna del Derecho Procesal. La litis fue concebida como el instrumento donde se debatían intereses jurídicamente protegidos por el Derecho. Tales intereses llegaron a ser concebidos como el sustrato de los derechos individuales: “conceptos tales como derecho subjetivo, acción, legitimación de obrar, cosa juzgada, estaban vinculados entre sí, en sus causas y efectos, por esta ‘línea individualista’ donde lo supraindividual, lo colectivo, lo difuso, no tenían casi lugar”³².

La acción apareció fuertemente vinculada a la idea de Derecho subjetivo. En general se sostenía que no podía haber acción sin derecho subjetivo. Si bien la doctrina procesalita emancipó a la acción del derecho subjetivo no llegó a serlo del sujeto. A la acción procesal se la configuró como el Derecho subjetivo a la jurisdicción. Este modo de asumir el proceso no fue igual en los diferentes espacios jurídicos³³.

operar directamente satisfaciendo la petición, ya que su actuación se encuentra respaldada constitucionalmente.

³² CHAUMET y MENICOCCHI, *El proceso civil ante la crisis de la subjetividad moderna* cit., ps. 51 y ss.

³³ A modo de ejemplo veamos un estudio comparativo entre las instituciones de Estados Unidos y Japón en donde se mostró cómo los japoneses se relacionan mediante vínculos más solidarios y jerarquizados que los estadounidenses. La estructura social japonesa “...tiende a tratar al ciudadano más como un colectivo que como una individualidad”, por lo que tiende a fomentar soluciones que minimicen los conflictos y reduzcan la probabilidad de que las relaciones entre los contendientes queden rotas de forma permanente a causa del conflicto. Este modo más colectivo de la cultura japonesa se vierte desde la importancia que se le da al proceso judicial como mecanismo de solución de controversias, hasta las opciones por las diversas formas procedimentales. Así, el Derecho japonés tiende a generar una serie de obstáculos para desfavorecer el proceso judicial que manifiesta una ruptura en la armonía social (el paradigma se apoya más en la conciliación y el mutuo acuerdo de partes). En coherencia con las referencias culturales apuntadas, el sistema procesal norteamericano es de tipo contradictorio en comparación con el sistema más inquisitorial del Japón. “Los procedimientos inquisitoriales, por el mismo motivo, atienden perfectamente la idea de jerarquía haciendo hincapié en el protagonismo autoritario del juez” (CHASE, *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural* cit., ps. 178 y ss.).

Los diversos sistemas jurídicos occidentales, tanto del *common law* como del *civil law*, van sufriendo presiones sociales cada vez mayores para alterar sus conceptualizaciones sobre el acceso a la justicia, a veces, excesivamente individualista.

El Derecho Procesal en este contexto de masificación creciente enfrenta tremendos desafíos, lo que ha llevado a Mauro Cappelletti a anunciar el nacimiento de una nueva concepción del servicio de justicia a la luz de la experiencia comparada. *Class actions* y *public interest litigation* en los Estados Unidos, *actions collectives* y *Erbandsklagen* en Francia, Bélgica y Alemania, son símbolos diversos de un nuevo rol de los sistemas judiciales³⁴.

El objetivo común es defender intereses que habitualmente no están adecuadamente representados³⁵.

Andrea Meroi señala: “la difícil crisis que sufre la estructura procesal tradicional para poder albergar cualquiera de estos intereses que trascienden los meramente individuales”³⁶. Cabe advertir que la incompreensión de las particularidades culturales produce fenómenos de recepción jurídica, que al decir de la citada procesalista, han generado trasplantes irresponsables en el ámbito de los procesos colectivos, forjando desequilibrios en la legitimación tanto activa como pasiva, en el emisor, objeto, formas, razones de la adjudicación. Los mismos son primordialmente provocados por la falta de consideración de “límites necesarios”, que entre otros son culturales³⁷.

Sin perjuicio de lo expuesto, puede también vincularse la crisis del

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro (en colaboración con Bryant Garth y Nicolo Trocker), *Access to Justice*, en *Rechtszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1976, ps. 40/698; ver también MEROI, Andrea A., *Procesos colectivos. Recepción y problemas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008; GRINOVER, Ada, *A tutela Jurisdiccional dos Interesses difusos no direito comparado*, en *A tutela dos interesses difusos*, Max Limonad, São Paulo, 1984; BENJAMIN, A. H. V., *A “citizen action” norteamericana e a tutela ambiental*, en *Ajuris*, N° 53, ps. 86 y ss.

³⁵ SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 177; ver también HENSLER, Deborah R., *Class Action Dilemmas*, Rand Institute for Civil Justice, Santa Monica, 2000.

³⁶ En *Procesos colectivos. Recepción y problemas* cit., ps. 60 y ss.

³⁷ Ídem nota anterior, ps. 287 y ss.

ideario de la autonomía individual con el creciente avance en el Derecho Procesal continental de postulados más activistas de intervención judicial. Si el Derecho tiende a reconocer cada día más que los que antes se pensaban como sujetos autónomos se hallan fuertemente limitados por el juego de fuerzas sociales, no resulta extraño que se reclame la intervención judicial no sólo en cuestiones de fondo, sino también en las que hacen a una participación procesal efectiva.

2.2. Ruptura del modelo de racionalidad individual. Manifestaciones procesales

En la modernidad, particularmente en la cultura continental, la referida autopercepción del sujeto como sujeto llevó a la exaltación de la razón individual. Se supuso una clara subordinación de la realidad a las condiciones impuestas por el sujeto. Se profundizó la dualidad entre el sujeto y el objeto de conocimiento. Por esa vía el hombre podía llegar a dominar la naturaleza, comprender el origen de la sociedad civil, elaborar el Derecho³⁸.

Nada le estaba vedado a la razón y a su capacidad cognoscitiva. Se intentó secularizar el mundo siendo valedero para los hombres sólo lo claramente inteligible por la razón. Se constituyó una cultura donde prácticamente no existía ninguna instancia por encima de la razón³⁹.

La fe moderna en el hombre para cambiarlo todo, posibilitó la radicalización de los metarrelatos, que se pretendían como exhaustivos⁴⁰.

³⁸ CHAUMET y MENICOCCI, *El proceso civil ante la crisis de la subjetividad moderna* cit., p. 53.

³⁹ El poder conocer y transformar la realidad formó parte del ideario de la modernidad. Se pensó en un hombre para el cual el conocimiento lo es de objetos, discernibles, mensurables, cuantificables. Se estableció que el acceso a la verdad se reducía al acceso al objeto racional y experimentalmente. Aunque no todos, muchos pensadores “modernos” procuraron reducir la verdad a lo que de ella se podía comprender en términos puramente objetivos o exclusivamente lógicos. Kovadloff también destaca que múltiples fueron las cabezas que invitaron a matizar la rigidez del racionalismo sin dejar de ser modernas en su ponderación de la realidad: “Moderno es también, y de modo eminente, la razón que supo y sabe combatir sus propios excesos totalitarios, su propia pasión por la inmovilidad” (*Adiós a la posmodernidad*, en *La Nación* del 5-10-99, sección Cultura).

⁴⁰ Ellos mostraron la fe ciega del hombre en sus creencias mentales y en la

La configuración cultural de esta época también emite una crisis de desasosiego frente a un modelo de racionalidad individual. La cultura posmoderna no quiere necesariamente lo irracional, pero sí está en contra de la razón totalizadora⁴¹. Se ha perdido la confianza en esa racionalidad que fundaba todo su obrar en el ideal de la razón⁴². Esto no implica que no se busquen otros discursos alternativos. Así hay quienes sostienen que el nuevo gran relato se expresa como ideal de la razón performática⁴³.

A este alto grado de pretensión pragmática y técnica se le suma principalmente lo que se ha dado en llamar hiperrealismo de las formas, en donde nuestra idea del mundo y de la realidad es la que nos forma imágenes mediáticas⁴⁴. La clásica diferencia *sujeto-objeto* –típica de la modernidad– se esfuma. Ya no hay un sujeto observador imparcial

potencia de éstas para transformar la realidad. El objetivo básico era liberar la razón de preconceptos, lo oculto por el hombre a lo largo de la historia tras de lo que se consideraba como leyendas, mitos, religiones. El racionalismo moderno implicaba, por una parte la crítica a la religión, las tradiciones, los valores heredados, por la otra facilitaba la capacidad de fundar un orden racional, una ciencia habilitada a “sacudir” los “oscurantismos”, a transformar la naturaleza para satisfacer las necesidades materiales de los hombres. En esos términos emancipar significaba racionalizar, tanto en su faz de negación, liberar la conciencia humana tutelada por el mito, como en la de afirmación, de usar la ciencia para tornar más eficaces las decisiones sociales, económicas, políticas, jurídicas, aumentando con ello la libertad del hombre como productor de cultura, como agente económico, como ciudadano. ROUANET, *Mal-Estar Na Modernidade* cit., p. 94. Ver también HABERMAS, Jürgen, *Ciencia y técnica como “ideología”*, trad. de M. Jiménez Redondo y M. Garrido, Tecnos, Madrid, 1992, ps. 131 y ss.

⁴¹ Concordamos con Kaufmann que el ascenso de la racionalidad formal hasta un sistema de racionalidad puramente funcional, debió caer en su contrario al llegar a su punto de culminación (KAUFMANN, ob. cit., p. 8.). Desde luego esta crisis de la racionalidad moderna no significa convalidar una posición arracionalista.

⁴² A su vez la crisis de la racionalidad formal totalizadora pone en crisis la preeminencia moderna de la ciencia como punto culminante de legitimidad. Así hay quienes ven a la ciencia como ideología y como un agente de un proceso de dominación sobre la naturaleza y sobre los hombres.

⁴³ Ésta supone una suerte de ontología de la mejor actuación en un doble aspecto: optimización de la eficiencia y carácter imperativo del éxito, exaltación de la exterioridad e hiperrealismo de las formas (CHAUMET, *La posmodernidad y las técnicas...* cit.).

⁴⁴ *El fin de la modernidad* cit.

que estudia su objeto. Lo que correspondería antiguamente al objeto, se vuelve activamente sobre el sujeto, lo modifica lo cambia. Se usa el término tecnococonciencias: “en las técnicas posmodernas con la aparición de la informática, de la televisión, etcétera, el supuesto objeto creado se vuelve sobre el sujeto creador y lo influye por dentro, recreándolo en cierto modo a su vez”. Resulta difícil establecer cuánto pertenece al hombre y cuánto a las tecnologías, distinguir quién es sujeto y qué es objeto. A veces es el sujeto el que cabalga al objeto y lo dirige, y de repente es el objeto el que cabalga al sujeto y lo maneja. Se habla de la existencia de una sociedad virtual. Virtual es la palabra de moda que aplicada a imágenes significa que ya no tienen necesariamente un referente en la realidad.

El desarrollo de la imagen modifica nuestra relación con lo real y más especialmente nuestra relación con los demás. Pasar al otro lado de la pantalla, como Alicia al otro lado del espejo, es un gesto simbólico de nuestro tiempo: el individuo se hace imagen⁴⁵. Lo que está en juego es la noción misma de individualidad. Hay quienes llegan a sostener que el gran acontecimiento es la constitución de un *yo totalmente ficcional*.

La presencia de una realidad *virtual* que cada día más toma el lugar de la realidad *real*⁴⁶. Alejandro Piscitelli nos habla de *Las máquinas de imaginar*. Sostiene que en estos días el problema está en que, en vez de tener que imaginar cada vez más, los elementos vienen adosados en el guión, matriz o simulador. Por eso asegura que cuando más sentidos son compensados por la máquina, cuando más parecido es el mundo virtual al real, cuando más convincente es la alucinación, la realidad virtual toma el lugar de la realidad real⁴⁷.

Según Mac Augé, lo que está en juego es la noción misma de

⁴⁵ COPANI, María, *La sociedad virtual*, en *Cultura y Nación*, supl. de *Clarín* del 27-6-96, ps. 2 y ss.

⁴⁶ Hace tiempo que la ciencia ficción empezó a desafiarnos sugiriendo cómo sería estar metido en la piel o la cabeza de otras personas. Desde siempre hubo estructuras y formas literarias que nos permitieron vivir la realidad y experiencia de los demás como si nosotros estuviésemos en su lugar.

⁴⁷ PISCITELLI, Alejandro, *Meta-Cultura. El eclipse de los medios masivos en la era Internet*, La Crujia, Buenos Aires, 2002; *Internet, la imprenta del siglo XX*, Gedisa, Barcelona, 2005; *Ciberculturas 2.0. En la era de las máquinas inteligentes*, Paidós, Buenos Aires, 2002.

individualidad, es la constitución de un yo totalmente ficcional, definido por su posición en redes de realidad virtual, fascinado por imágenes de imágenes; pasaríamos así de la era del *no-lugar* a la del *no-yo*⁴⁸.

Weber destacaba que el Derecho que formaba parte de la modernidad corresponde una racionalidad formal lógica. Su carácter formal surgía por la pretensión que las decisiones jurídicas se justificaran únicamente con referencia a otras reglas. Debían ser producto de la aplicación de tales reglas mediante procedimientos racionales, desde un sistema que no debía contener lagunas, donde todo lo irracional debía ser considerado irrelevante⁴⁹.

La profunda crisis de los cimientos de la racionalidad moderna afecta toda su cultura, pero anticipamos que puede verse aquí una de las principales razones del “malestar” del Derecho Continental en nuestros días.

En el Derecho Continental, el Derecho Civil, elaborado desde bases racionalistas, contenía todas las premisas filosóficas de la legislación⁵⁰.

Juristas y filósofos entendieron a la codificación del Derecho Civil como una medio para realizar un nuevo sistema instaurado desde la razón: “en una confluencia de razón y voluntad, el Código fue considerado la razón ‘mandada’. En el *Discurso preliminar* se afirmaba que el Derecho es la razón universal, fundada en la naturaleza de las

⁴⁸ Podría decirse, por un lado, que hay una frontera cada día más problemática entre democracia y posibilidad de dictadura y, por otro lado, que estamos cruzando la frontera entre realidad y ficción. La ficción que presenta la televisión tiene un aspecto ambiguo y, en cierta forma, nuestra realidad no es más que este tipo de ficción (en *Hasta nuestras casas se están convirtiendo en no-lugares*, en *Sociedad*, supl. de *Clarín*, <http://www.clarin.com/diario/2007/04/11/sociedad/s-04101.htm>), ver también AUGÉ, Marc, *Los no lugares. Espacios del anonimato. Para una antropología de la sobremodernidad*, Gedisa, Barcelona, 2000.

⁴⁹ WEBER, Max, *El político y el científico*, trad. de Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 1967, ps. 200 y ss.; *Ensayos sobre sociología de la religión I*, trad. de José Almaraz y Julio Caravana, 2ª ed., Taurus, Madrid, 1987. Ver también MUNNÉ, Guillermo, *Racionalidades del Derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico*, en *Isonomía*, N° 25, ps. 69 y ss.

⁵⁰ Uno de los redactores del Código Civil francés lo calificó como “el peristilo de la legislación francesa”. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *El bicentenario del Código Civil francés. Una comparación entre la historia jurídica francesa y la historia jurídica argentina*, en J. A. 2004-I-948.

cosas”⁵¹. La crisis de la racionalidad de la modernidad pone en crisis el corazón del Derecho Privado Continental. Fue elocuente la calificación de Natalino Irti: “la edad de la descodificación”⁵². Si bien se vienen produciendo algunos procesos de recodificación, son de características muy diversas a la referida sistematización.

En nuestros días, la exaltación de la *eficiencia criminalizante* genera serios cuestionamientos sociales en la racionalidad penal. Cabe recordar que de la noción de racionalidad moderna se derivó la de racionalidad de la pena. En otros trabajos hemos tratado de ejemplificar como el denominado proceso de *constitucionalización del orden jurídico* implica una fuerte ruptura con el modelo de racionalidad moderna.

La racionalidad moderna plasmó también en un sistema de resolución de conflictos racionalmente organizado por el mismo Estado. Se trata de una “racionalidad formal lógica” que el Derecho le aporta a todo el sistema. Pero uno de los bastiones de este tipo de racionalidad está en el “proceso” dado que el Derecho moderno pretende que las decisiones jurídicas se justifiquen únicamente con referencia a otras reglas, que deben ser producto de la aplicación de tales reglas mediante procedimientos racionales.

El Derecho Procesal de nuestros días está sufriendo una profunda transformación que en mucho es una manifestación de la crisis de la racionalidad moderna⁵³.

⁵¹ La ilusión de la “razón escrita” fomentó el fenómeno de recepción de la obra por el que se pretendía “civilizar” las más diversas y distantes culturas. En Argentina el presidente Sarmiento hizo aprobar a libro cerrado el proyecto de Código Civil pensando que estaba consagrando una pieza del proyecto de país que ya estaba presente en su libro *Facundo*, donde se desarrollaba el lema de *civilización y barbarie*. CIURO CALDANI, *El bicentenario del Código Civil francés* cit.

⁵² IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979. Ver también NICOLAU, Noemí L., *Historicidad de los procesos de codificación y descodificación*, Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, 1985, N° 4, ps. 37 y ss.

⁵³ CHAUMET y MENICOCCHI, *El proceso civil ante la crisis de la subjetividad moderna* cit., ps. 56 y ss. Jorge W. Peyrano, cuando describe las notas posmodernas del Derecho Procesal, señala que el régimen procesal actual es consecuente con el clima general de la época que todo lo abarca y todo lo incluye. Por eso afirma que parece que también ha llegado el fin de las ideologías procesales (PEYRANO, Jorge Walter, *Procedimiento civil y comercial*, Juris, Rosario, 1991, t. 1, ps. 1 y ss.).

Sostiene Taruffo que la crisis en que están inmersas las normas procesales se enfrenta a la noción de racionalidad, entendida como coherencia y como funcionalidad de la ley procesal. Describe como crisis en la coherencia, la tendencia actual dirigida a la fragmentación y a la falta de orden sistemático de la ley procesal y muestra como una de sus manifestaciones la creación de procesos especiales⁵⁴.

Resultan gráficas las palabras de Augusto Mario Morello cuando señalaba que existe “una nueva cultura jurídica del proceso adversarial: más simple, informal, que relativiza el rigor pretendidamente absoluto y cerrado de los principios; nada conceptualista ni abstracto, en donde el juez pierde una neutralidad que es una manera disfrazada de conservadorismo y manteniendo desde luego total independencia y objetividad, axiológicamente está personalmente comprometido a que los resultados de la jurisdicción sean más justos y útiles”. Entendía que en la actual estructuración del debido proceso adjetivo “se puede alterar el orden usualmente lógico de sus fases, si por necesidades de eficacia y efectividad de los resultados útiles para la Justicia a alcanzar en las sentencias se entrecruzan o altera el *iter* de sus desarrollos”⁵⁵.

Sin embargo creemos que unos de los principales desafíos que debe enfrentar el Derecho Procesal de este tiempo es el de los serios límites que le impone lo que hemos ya descripto como “hiperrealismo de las formas”.

Construimos la noción de proceso entendiéndolo como el camino para tomar las decisiones de autoridad, en donde previamente se “escucha las razones” de los interesados. Proceso no es mera imposición. Así, la actividad de “escuchar” las razones de los partícipes. La audiencia racional es central a todo “proceso” y, por ende, a todo proceso judicial.

Este clima cultural coarta la posibilidad de “atender razones”. Si como dice Gianni Vattimo, los medios nos contaminan con un abarrotamiento de imágenes, si nuestra idea del mundo y de la realidad es la que nos forman estas imágenes⁵⁶, la noción moderna de proceso entra también en crisis.

⁵⁴ TARUFFO, Michele, *Racionalidad y crisis de la ley procesal*, Doxa, Alicante, N° 22, 1999, ps. 311 y ss.

⁵⁵ MORELLO, Mario Augusto, *El proceso civil colectivo*, en J. A. del 17-3-93, ps. 2 y ss.

⁵⁶ *El fin de la modernidad* cit.

Shneider realizó un estudio pormenorizado del tratamiento de la criminalidad en los medios de comunicación de masas. Afirmó que la “interacción imaginativa, basada en la fantasía, entre la opinión publicada y la opinión pública tiene consecuencias para la realidad social, la justicia criminal e incluso en la legislación penal”⁵⁷. Se “presenta además la cuestión teórica-cognoscitiva de si lo que realmente se percibe es lo que se quiere percibir”. A ello se le suma que la razón performática se materializa en el tema en una sociedad en donde prima la búsqueda de soluciones inmediatas a los temas de seguridad.

Importa tener a la vista que la racionalidad moderna, sumada entre otras características del ideario cultural moderno a la defensa de la autonomía individual, derivaron en principios básicos de su proceso penal: estado de inocencia, *non bis in idem*, juez natural, debido proceso, etcétera.

En este tiempo surge una pregunta que tiene un fuerte impacto en la cultura y en especial en el proceso: ¿Se puede pensar sin urgencias en la lógica de ciertas tecnologías? Pierre Bourdieu, en sus lecciones sobre la televisión, sostiene que ésta va poniendo en peligro las diferentes esferas de producción cultural e incluso la vida política y la democracia, nosotros diríamos de las “razones procesales”⁵⁸. Elabora una de sus nociones más polémicas, la de *fast thinkers* (los pensadores

⁵⁷ SHNEIDER, Hans Joachim, *La criminalidad en los medios de comunicación de masas*, en D. P., N° 45/48, ps. 75 y ss.

⁵⁸ BOURDIEU, Pierre, *Sobre la televisión*, 2ª ed., Anagrama, Barcelona, 1998. “La televisión es un colosal instrumento de mantenimiento del orden simbólico” (p. 20). Por otra parte la actividad de los medios no está desvinculada de intereses. Se menciona el gran peligro cultural relacionado con el monopolio de la imagen, se teme que pueda desaparecer el sentido mismo de la vida democrática. La tecnocracia se vale del manejo masivo de la opinión pública. Se dice que es difícil producir obras autónomas respecto de las coacciones comerciales, y las condiciones sociales de transmisión de los productos obtenidos en esas condiciones. Según Bourdieu las más altas producciones culturales de la humanidad, por ej., el Derecho, se han producido contra la lógica comercial, y su difusión mediática está sometida precisamente a las imposiciones de esa lógica exterior a su lógica interna. El rating, nos dice, no es la democracia, es la sanción del mercado, que “nada tiene que ver con la expresión de una opinión colectiva ilustrada y racional, de una razón pública”. Como diría Ciufo Caldani, la comunicación libera pero también esclaviza, los hombres se encadenan día a día de manera invisible a los medios de comunicación.

rápidos). Insiste en el vínculo negativo que existe entre el pensamiento y la velocidad. El pensamiento rápido recurre a ideas hechas, opera una ilusión de comunicación; puesto que “el ‘pensamiento pensante’ tiene que empezar por desmontar las ideas recibidas, y tiene que demostrar, a través de largas cadenas del razonamiento indisolublemente vinculadas con el tiempo”⁵⁹.

Reiteramos que la noción moderna de proceso requiere que el juez “escuche”, “atienda” razones. El discurso de imágenes, sumado a lo que llamaremos la cultura de la inmediatez, pone en crisis la racionalidad procesal.

Esta exaltación de la exterioridad, este hiperrealismo formal, rompe el rol del juez como sujeto imparcial. El “objeto”, lo externo, lo condiciona, de suerte tal que se torna difícil establecer cuánto le pertenece y cuánto le es ajeno. La aparición de la informática, de la televisión –entre otros– se vuelve sobre el sujeto –juzgador–, y en cierto modo lo recrea. No pocas veces los medios de comunicación pretenden suplir al proceso judicial, o al menos desarrollan lo que podríamos denominar un “paraproceso”.

Por otra parte, esta suerte de racionalidad performática, de mejor actuación como optimización de la eficiencia, se traduce en estos días como fervor de la *eficiencia criminalizante*, que genera serios cuestionamientos sociales en la racionalidad penal, permitiendo avances en la justificación social de mecanismos de autodefensa o, mejor dicho, de la denominada justicia por mano propia. En el ámbito del proceso civil, Taruffo remarca que “la crisis vendría motivada también por la enorme complejidad y confusión que adquieren las normas procesales, originada, a su vez, por los intentos de dar soluciones rápidas a problemas muy concretos y puntuales del sistema”⁶⁰.

⁵⁹ Se habla de la pérdida de autonomía ante la televisión. Sería difícil refutar que los medios de comunicación tiene la posibilidad el poder de exacerbar pasiones elementales desde tribalismos hasta linchamientos simbólicos. Se dice que se recrea una lógica de venganza contra la que se constituyó toda la lógica jurídica.

⁶⁰ Dice que la legislación procesal es cada vez peor y se realiza de forma más apresurada, que muy frecuentemente emana del impulso de exigencias eventuales, o del intento de encontrar remedios rápidos a cada uno de los problemas de disfuncionalidad del sistema (ob. cit., p. 314).

2.3. *Disolución del componente universalista.*

Manifestaciones procesales

Asimismo el ideario moderno suponía principios genéricos basados en la razón y la observación que formaron la idea de una naturaleza humana común. Se reafirmó así la igualdad de todos los individuos mediante la razón.

Se partía de postulados universales sobre la naturaleza humana, que la concebía independiente de toda consideración de raza, religión, sexo. Se suponía que detrás de la variedad empírica de las culturas existía una uniformidad que tiene que ver con la unidad de la naturaleza humana. Emancipar equivalía a universalizar, disolver los particularismos⁶¹.

La filosofía posmoderna disuelve el componente universalista de la modernidad en particularismos. Desaparece la idea de una naturaleza humana común. Así Llotard reclama una guerra al todo, activando los diferendos, salvando el honor del hombre⁶². La aguda crítica a los grandes relatos totalizadores también reniega de la búsqueda y fundamentación de discursos teóricos unificadores⁶³.

La juridicidad moderna estuvo asociada a la idea de una sociedad homogénea, que se debía despojar de los particularismos tradicionales, donde los bienes y servicios fueran fácilmente intercambiables. Esto implicaba la desaparición de los grupos basados en reglas estatutarias, tradiciones que creaban particularismos⁶⁴.

El Derecho Continental moderno fue uno de los instrumentos con los que se pretendió viabilizar la perspectiva universalizante.

⁶¹ ROUANET, *Mal-Estar Na Modernidade* cit.

⁶² *La condición posmoderna* cit., ps. 51 y ss.

⁶³ Se sostiene que en la posmodernidad ya no hay que plantearse los problemas en función de su significado general. En lugar de una fundamentación unificada, tenemos en el mundo presente múltiples saberes, cada uno con su jerga, o como juegos de lenguaje incommunicables entre sí. Se llega así a la dispersión de múltiples y diferentes mundos, verdades y formas. El criterio de verdad ya no es la unidad sino la multiplicidad. Por ello, hay quienes se preguntan dónde encontrar la legitimación cuando se ha perdido la vigencia de los grandes relatos. Se expresa que en el marco ético y jurídico la preocupación es sólo casuística.

⁶⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, *Posmodernidad y Derecho* cit., ps. 24 y ss.

Un creciente particularismo es otra de las características de la juridicidad continental actual. Se ha empezado a gestar en las últimas décadas un amplio espectro de soluciones jurídicas signadas principalmente por la capacidad de entender y resolver los problemas de la diversidad, ya sea por razones de raza, de religión, de género, lingüísticas, etcétera. Entre ellas cabe mencionar, el reconocimiento jurídico al *multiculturalismo* que intenta dar soluciones a los problemas que suscita la convivencia en el seno de una misma sociedad tanto de personas como de grupos procedentes de ámbitos culturales diversos⁶⁵.

Ello genera la necesidad tanto en el Derecho Constitucional como en el Privado, el Penal o el Procesal de nuevos instrumentos para garantizar en un mismo escenario la igualdad en la diversidad. Sociedad multicultural, derechos fundamentales, pluralismo jurídico son voces recurrentes que generan nuevos desafíos que ponen en crisis la perspectiva universalizante que impida lo que algunos entienden como una suerte de dictadura occidental de los derechos fundamentales⁶⁶.

La relación entre cultura y proceso judicial encuentra aquí un amplio campo de retos particularmente en Latinoamérica⁶⁷.

⁶⁵ ETO CRUZ, Gerardo y RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, *La agenda multicultural: Problemas inconclusos en el siglo XXI*, en *Multiculturalidad y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2009, ps. 13 y ss.

⁶⁶ “La idea de gran parte de los expertos en Derecho Constitucional, yo también he trabajado bastante en esta área, es que el constitucionalismo europeo: es universal, y por eso las constituciones novedosas, que yo llamo transformadoras, como son las constituciones de Ecuador y ahora de Bolivia no se cuadran bien dentro de este modelo de constitucionalismo moderno, que es muy homogéneo, que reduce la complejidad del país, no reconoce la diversidad cultural, económica, regional de los países y por eso no se cuadra bien y como no se cuadra bien es considerado menos correcto. Menos elaborado, problemático, contradictorio. Europa junto a los Estados Unidos no tiene más que el 15% de la población del mundo, el 85% está afuera, estas personas se rigen por otras culturas” (ver entrevista de Claudia Espinoza a Boaventura de Sousa Santos, *Bolivia y su democracia de alta intensidad*, en *Constituyente Soberana*, <http://constituyentesoberana.org/>).

⁶⁷ RODRIGUES PINTO, Simone y DOMÍNGUEZ ÁVILA, Carlos Federico, *Sociedades plurales, multiculturalismo y derechos indígenas en América Latina*, en *Política y cultura*, México, N° 35, 2011, disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422011000100004&lng=es&nrm=iso, accedido el 9-4-2013.

Hay relatos elocuentes: “En 1986, un diputado mexicano visitó la cárcel de Cerro Hueco, en Chiapas. Allí encontró un indio tzotzil, que había degollado a su padre y había sido condenado a treinta años de prisión. Pero el diputado descubrió que el difunto padre llevaba tortillas y frijoles, cada medio día, a su hijo encarcelado. Aquel preso tzotzil había sido interrogado y juzgado en lengua castellana, que él entendía poco o nada, y con ayuda de una buena paliza había confesado ser el autor de una cosa llamada parricidio. En el sistema estatal están envueltos jueces, acusados, víctimas y testigos, cada uno con su propio fardo subjetivo de la vida, su contexto cultural, su posición social y su colocación jerárquica en el proceso”.

Un ejemplo de los desafíos de la relación es el reconocimiento de una jurisdicción especial de los pueblos indígenas recepcionado en diversas constituciones latinoamericanas. La distancia entre lo formalizado y lo material puede ser enorme. Con razón se ha dicho que el reconocimiento de una jurisdicción propia, aún tiene, en la mayoría de estos países, enormes retos y obstáculos⁶⁸.

Uno de los grandes interrogantes que genera el tema es saber cuáles son límites mínimos en materia de derechos humanos en relación con la jurisdicción especial indígena, en particular lo concerniente al debido proceso con todas sus implicancias⁶⁹.

⁶⁸ “Específicamente en Sudamérica el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena está expresado en las constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela. Muchas carecen de reglamentación a nivel de leyes secundarias, pero demuestran la disposición de aceptar la práctica legal indígena en articulación con el Derecho estatal. Fuera de Sudamérica, apenas las constituciones de México y de Guatemala hacen expresa referencia a la jurisdicción indígena. Las de Nicaragua y Panamá se remiten a legislaciones específicas” (ibídem).

⁶⁹ Resultan ilustrativas las siguientes citas de la Corte Constitucional de Colombia: “dentro del respeto a su cultura, dicha noción (debido proceso pero entendido como legalidad del procedimiento) hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al elegir el pluralismo en un principio básico de la Carta”. La Corte en la sentencia T-349/96 se pronunció al respecto diciendo “que no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos (el derecho de defensa), pues no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente”, aceptando como “sucedáneo del derecho de defensa” el que sus parientes estuvieran presentes en el proceso. “Sin embargo, en relación a

Las distancias culturales en el ámbito procesal no sólo se producen con relación a los pueblos originarios. Latinoamérica está plagada de grandes centros urbanos donde el alejamiento cultural limita enormemente el acceso a la justicia. El proceso “moderno” resulta muchas veces una forma distante e inaccesible para grandes sectores de la población.

2.4. *La sociedad tecnológica. Manifestaciones procesales*

El siglo XX ya mostró la importante aceleración de los desarrollos y aplicaciones científicas y tecnológicas que se agudiza en el siglo XXI. Así se escuchó decir que vivíamos en la era atómica, de los viajes espaciales, de los medios de comunicación masivos, ni que hablar del ciclo de la revolución informática. Es cierto que una de las características de nuestra cultura son los constantes descubrimientos, aplicaciones y transformaciones en temas tales como energía nuclear, tecnología espacial, de la información, de las comunicaciones, biología y especialmente genética. Se habla de una sociedad tecnológica⁷⁰.

No nos detendremos aquí para demostrar los trances jurídicos que originan acontecimientos como Internet, la energía atómica, los advenimientos en biología, medicina, comunicaciones. En nuestros días, los avances genéticos en seres humanos conmueven los cimientos no

este punto del derecho de defensa se dieron dos aclaraciones de voto a dicha sentencia, en una de las cuales se pone de manifiesto que el reconocimiento de la diversidad cultural y, correlativamente de la jurisdicción especial indígena, «no puede abarcar la eliminación total de la participación del sujeto juzgado en el curso de su propio juicio, pues ella, como seguridad de que nadie puede ser juzgado ni condenado a sus espaldas, constituye regla esencial a la idea misma de justicia, anterior a cualquier norma o costumbre». CABEDO MALLOL, Vicente José, *La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos*, en *Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal*, N° 35, 36 y 37, Instituto Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal (Inauco), Valencia, 2000. Del mismo autor: *Derecho indígena en América Latina*, UPV, Valencia, 2004, ps. 128 y ss.

⁷⁰ FROSINI, Vittorio, *Il Diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1981. Como lo desarrollaremos, esta característica de nuestro tiempo se interrelaciona con los otros caracteres de la crisis que estamos describiendo (v. gr., replanteo de la subjetividad, ruptura del modelo de racionalidad y, fundamentalmente, la aceleración de los cambios históricos). Asimismo se vincula con todas las manifestaciones culturales, especialmente con el Derecho.

sólo del Derecho Civil, sino de toda la juridicidad. Ciuro Caldani ha dicho que estas modificaciones técnicas “que abarcan fenómenos revolucionarios en las comunicaciones y en la información y las posibilidades de nuevas vías de reproducción humana, que incluyen la quizás próxima clonación y la modificación del patrimonio genético, son perspectivas destacadas de un ‘nuevo mundo’ casi sin parangón con lo conocido”. Remarca que quizás nuevas especies nazcan de las posibilidades genéticas actuales. El cambio es tan significativo para todas las manifestaciones de la vida que “puede decirse que nos hallamos no sólo ante una nueva ‘edad’ sino en una nueva ‘era’ de la historia”⁷¹.

El progreso tecnológico puede ser portador de beneficios como de perjuicios y da origen a la necesidad de nuevas elecciones y decisiones, en ocasiones angustiosas como lo son los casos de la denominada ingeniería genética⁷². Por primera vez en la historia de la humanidad el desarrollo tecnológico ha alcanzado tal estado que hace posible la auto-destrucción de la especie junto con gran parte de su entorno. Ello no implica tener que estar dispuestos a renunciar a las grandes ventajas que los desarrollos tecnológicos ofrecen, ya sean por ejemplo en el campo de

⁷¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *El juez en el cambio histórico*, en L. L. 2001-D-1150 y ss. Sostiene el jusfilósofo rosarino que “Cabe señalar que en nuestro tiempo posmoderno a veces la legitimación es en superficie democrática, pero en profundidad oculta un decisivo dominio tecnocrático: el sistema técnico tiende a satisfacer una ley de concentración de la técnica” (en *El derecho a la vida y la discriminación económica y tecnológica*, en *Investigación y Docencia*, N° 31, ps. 25 y ss.).

⁷² FROSINI, *Il Diritto nella società tecnologica* cit., ps. 87 y ss. Así Armando Roa ha expresado que “Problemas bioéticos como el uso de tejidos de embriones la fertilización asistida, la manipulación del genoma humano, su clonación y el hecho de que ello ocurra, no provocan una necesidad de definirse ante el destino del hombre, sino más bien, desengañan sobre la dignidad del hombre defendida antes por la modernidad, pues ahora todo es posible, desde luego crear hombres a repetición en cualquier laboratorio ya no hay líneas demarcatorias entre el bien y el mal, y las decisiones se toman en acuerdo a lo que conviene; así lo sagrado de la vida humana no aparece por ninguna parte, y en ese sentido tres siglos de denodados esfuerzos filosóficos, científicos y artísticos por descubrir los tesoros íntimos de la razón y la libertad, según los posmodernos, de hecho no han conducido a nada. Aún más el hombre, como lo muestra el aborto, el comercio de embriones y el convertir el cuerpo en mera fuente de órganos para trasplantes, se vuelve un producto de desecho como cualquier otro” (ROA, ob. cit., p. E-11).

la salud como también en la vida doméstica. Tampoco pretendemos abrir el debate teórico sobre la relación entre el progreso tecnológico y el moral. Sí en cambio queremos señalar que el jurista debe dar cuenta de la denominada irrupción de la llamada civilización tecnológica que se viene produciendo especialmente tras la Segunda Guerra Mundial.

Conceptos tales como persona, capacidad, vida, muerte, padre, madre, cónyuge, relación familiar, daño, contrato, propiedad, instrumentos comerciales, requerimientos punitivos, todos se ven afectados y se necesita dar cuenta de esos cambios. Erhard Denninger llega a decir que categorías básicas como representación, bien común, soberanía, y también de elementos constitutivos del Estado de Derecho como división de poderes, ley y derechos fundamentales han de ser repensados⁷³.

En algunos ámbitos, ante la fusión creciente con las máquinas (computadoras y robots) se alcanza a hablar del *homo ciberneticus*. Se dice, con visión futurista, pero de ninguna manera como ciencia ficción, que ya no existirá una división tajante entre el mundo humano y el de las máquinas⁷⁴.

El cambio afecta al proceso judicial y especialmente su adjudicación. No en vano Ciuro Caldani nos habla del juez frente al cambio histórico, ante la nueva era⁷⁵.

Un ejemplo de los desafíos que le impone al Derecho Procesal esta característica de la cultura actual es el denominado *proceso electrónico*⁷⁶. Acceso a la justicia (igualdad, posibilidades materiales), actos

⁷³ DENNINGER, Erhard, *Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética*, en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 66.

⁷⁴ Se llega a afirmar que se estará discutiendo acerca de los derechos de las máquinas, particularmente aquellas que son independientes de los humanos (ver GRÜN, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Dunken, Buenos Aires, 2004, ps. 118 y ss.).

⁷⁵ “A los jueces les corresponde atender a las ‘primicias’ de los nuevos tiempos. Sabemos que la nueva era requiere un incremento de la función judicial, pero nos es imposible establecer definitivamente en qué medida debe producirse ese aumento” (en *El juez en el cambio histórico* cit.).

⁷⁶ En los conflictos que se suscitan en Internet, no sólo se acelera el reclamo por jurisdicciones especializadas, sino que en el ámbito arbitral se describe su funcionamiento utilizando los recursos tecnológicos disponibles actualmente: correo electrónico, videoconferencia y chat entre las partes en conflicto y el tribunal, así como entre los

procesales (su publicidad, tensión con el principio de instrumentalidad formal), inteligencia artificial (¿deshumanización procesal?) son, entre muchos otros, temas que se reiteran a la hora de introducir nuevas tecnologías en el proceso judicial.

A título de ejemplo, la denominada *cloud computing*⁷⁷ trae al mundo jurídico el desafío de encontrar la jurisdicción y el foro más apropiados para un país o al Estado para poner en marcha una investigación penal y para procesar a un delincuente bajo Derecho Internacional: “¿Qué sucede si un autor tiene acceso ilegal a la información financiera de un nacional del Brasil que tenga cuentas bancarias en los EE. UU. y Suiza y sea accedidos los datos por piratas informáticos con base en Ucrania? ¿Qué leyes deben aplicarse y qué autoridades y cortes se legitiman para poner en marcha una investigación, procesan el crimen y a los autores?”⁷⁸.

Hay quienes destacan que “la realidad del proceso electrónico proporcionará, sin lugar a dudas, celeridad judicial, pero en términos de actos procesales, repetimos, se debe actuar con mucha cautela y deberán ser analizadas las cuestiones planteadas”⁷⁹.

Desde el punto de vista de la relación entre cultura y Derecho Procesal, pensamos que uno de los principales riesgos culturales que afronta la incorporación de estas tecnologías es el de la recepción jurídica de culturas importadas, a través de la recepción tecnológica.

vocales del tribunal. Por lo observado hasta el momento, entendemos que estamos en presencia de un verdadero Centro de Resolución de Conflictos a través de medios alternativos como la conciliación, la mediación y el arbitraje, el cual innova al resolver sus conflictos on line logrando –de esta manera– mayor celeridad, necesidad inherente a todo negocio internacional (GASOL VARELA, Claudia, *Ciberarbitraje*, del 17-11-2006, www.eldial.com/suplementos/economico/tcdNP.asp).

⁷⁷ Se trata de: “la migración o la externalización de la computación, del hardware y de las funciones a un prestatario de servicios de una tercera persona, que almacena y recibe los usos en Cyberspace a través de los servidores para todo el mundo” (VELASCO SAN MARTÍN, Cristos, *Aspectos jurisdiccionales de la computación de la nube*, en elDial.com, supl. *Derecho de la Alta Tecnología*, del 14-4-2010, http://www.eldial.com.ar/nuevo/suple-dat_ant2).

⁷⁸ *Ibídem*.

⁷⁹ DE ARAÚJO ALMEIDA FILHO, José Carlos, *Proceso electrónico y teoría general del proceso electrónico*, trad. de Guido Aguila Grados, San Marcos, Lima, 2010, p. 183.

Se ha expuesto que en nuestros días y especialmente en países como la Argentina “hay que estar muy atentos respecto de las variaciones significativas que se producen en los elementos culturales y jurídicos «descontextualizados»”⁸⁰. Por su parte, Sumaria Benavente advierte que “el implante de políticas e ideología externas, que se han dado en un espacio de desarrollo económico, sociocultural, histórico distinto genera graves fracturas en cuanto a la coherencia del sistema político general con el sistema de la tutela jurisdiccional”⁸¹.

2.5. *Modificación del sentido del espacio y del tiempo. Manifestaciones procesales*

La cultura posmoderna pone también en crisis el sentido del espacio y del tiempo del mundo moderno.

La modernidad tenía, en lo que al sujeto se refiere, un sentido de determinación y distancia espacial. Hoy se habla de los no lugares (por ejemplo se citan el hall de un aeropuerto, supermercados, centros comerciales, oficinas virtuales, hasta puede ser una pantalla), espacios de circulación, de consumo o de comunicación. Según Mac Augé lugares en los que no hay posibilidades de establecer relaciones duraderas o tejer una historia común⁸².

Ello no supone inexistencia de consecuencias. Se afirma que la carencia de espacio implica que no hay un lugar donde enraizar la personalidad⁸³. Las computadoras, por ejemplo, facilitan el ejercicio solitario de la vida social, llamativamente es posible estar solo y en relación con el resto del mundo, o estar en todas partes y en realidad no estar en ningún lado.

⁸⁰ CIURO CALDANI, *Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura* cit., ps. 24 y ss.

⁸¹ SUMARIA BENAVENTE, Omar, *La sociedad de la decepción: el sistema de la tutela jurisdiccional y la crisis del proceso*, en *Garantismo y Crisis de la Justicia*, Universidad de Medellín, Medellín, 2010, p. 209.

⁸² AUGÉ, *Los no lugares. Espacios del anonimato. Para una antropología de la sobremodernidad* cit.; ver también del mismo autor: *Hasta nuestras casas se están convirtiendo en no-lugares*, en supl. *Sociedad*, del diario *Clarín*, del 10-5-2011, <http://www.clarin.com/diario/2007/04/11/sociedad/s-04101.htm>.

⁸³ CIURO CALDANI, *Las crisis...* cit., p. 5.

El espacio virtual está llamado a producir grandes transformaciones en el Derecho Procesal: el proceso y el tribunal virtual son ejemplos.

Las relaciones patrimoniales, familiares, los hechos delictuales, sus requerimientos procesales, no están hoy asentados en el mismo sentido espacial que en la modernidad. Así valga señalar, a modo de muestra, la revolución que trae la aparición del denominado *comercio electrónico*, generando profundas transformaciones en el ámbito del Derecho, como por ejemplo en el reclamo para alcanzar un régimen jurídico uniforme respecto a solución de controversias “virtuales” y por Internet. Lo mismo sucede con la creciente movilidad en las relaciones familiares y ni que hablar del desafío que el Derecho Penal tiene para captar conductas que se producen en espacios virtuales. Todo ello va incitando profundos retos al Derecho Procesal de este tiempo. Jurisdicciones impensadas, transformación en los mecanismos para el acceso jurisdiccional, innovación en las formas del auxilio jurisdiccional.

También se ha puesto en crisis la temporalidad moderna. La cultura moderna, si se la compara con la de este tiempo, evidenciaba una mayor diferenciación entre pasado, presente y futuro.

Se caracteriza al hombre posmoderno como aquel que vive vinculado con lo efímero y lo fugaz. El tiempo se fractura en una infinidad de presentes que se suceden sin aparente conexión. Es la cultura del *zapping*, de los *videoclips*, el imperio de lo efímero⁸⁴.

El pasado y el porvenir pierden su significación. Esto tiene consecuencias importantes en toda la cultura. La ancianidad pierde protagonismo. La juventud tiene serias dificultades para proyectarse.

La modificación de la temporalidad de la modernidad –la vinculación radical con lo efímero y lo fugaz–, pone indudablemente también en crisis muchas instituciones jurídicas, en particular, el proceso judicial. El proceso que implica la toma de decisiones escuchando a los interesados necesita de tiempo, y en nuestro tiempo, de lo instantáneo, de lo efímero y fugaz, muchas veces no se admiten *los tiempos* que requiere la audiencia procesal, elemento indispensable para la adjudicación judicial.

Paralelamente se reclama que los procesos no pueden prolongarse

⁸⁴ Ibídem.

indebidamente en el tiempo. En materia penal se denuncia que uno de los problemas más graves de la prisión preventiva se puede resolver por establecimiento de tiempos máximos para la duración del proceso⁸⁵.

Es más, la Corte IDH ha advertido que una demora prolongada constituye *per se* una violación a las garantías individuales. Dicho tribunal ha puesto la atención sobre la irrazonabilidad de los plazos procesales en causas no estrictamente penales. Así en el caso “Formeron” (violación de los derechos de familia del actor y de su hija biológica) estimó que el derecho al acceso a la justicia debe asegurar los derechos de las personas en tiempo razonable y que la irrazonabilidad es, por sí sola, violatoria de las garantías judiciales. Lo mismo ocurrió en el caso “Furlan” en donde se estableció que las autoridades judiciales argentinas incurrieron en una demora excesiva en una acción por daños y perjuicios contra el Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de un niño con discapacidad⁸⁶.

Una de las críticas a la reforma judicial que en estos momentos trata el Congreso argentino puntualiza sobre la irracional demora que originan en las causas judiciales (especialmente en lo laboral y de la seguridad social) el establecimiento de nuevas instancias a través de la creación de cámaras de casación.

2.6. Aceleración de los cambios históricos.

Manifestaciones procesales

Una de las características de esta crisis que más afecta al Derecho Continental es la aceleración de los cambios. Tanto en las pautas culturales como en los avances tecnológicos que ya hemos citado, los cambios se producen vertiginosamente.

Si comparamos, por ejemplo, con la medievallidad, cuando entre una transformación pasaban generaciones, a veces siglos, hoy nos es fácil aserir cómo todo cambia vertiginosamente. Si pensamos, aun

⁸⁵ PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho (una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones)*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

⁸⁶ IVANEGA, Miriam M., *Reflexiones acerca del tiempo y los derechos fundamentales*, en L. L. Supl. Constitucional (abril), 2013, N° 2, ps. 3 y ss.

desde nuestras cortas vidas, comprobaremos que no nos terminamos de acomodar a una nueva situación, no acabamos de asimilar una nueva tecnología, que se nos presentan como acaecidas, vencidas. Reparemos en la vida cotidiana. Tomemos cualquier ejemplo al azar, por ejemplo cómo ha variado la manera de acceder a la música, las noticias, la conservación y elaboración de los alimentos, el transporte... Discos, cintas, casetes, videos, disquetes, *pendrives*: ¿en cuánto tiempo fueron apareciendo y desapareciendo?

La aceleración de los cambios tiene un fuerte impacto en todos los despliegues culturales, pero creemos que es una de las particularidades de esta transformación cultural que más afecta al Derecho Continental.

El Derecho moderno debía ser predecible. A fin de no originar opacidades en la actividad racional de los individuos debía tener un carácter genérico y sistemático de aplicación uniforme. Las decisiones se justifican en función de reglas que describen anticipadamente casos y sus consecuencias jurídicas⁸⁷.

La posmodernidad impide en gran medida la proyección hacia el futuro. La aceleración de la historia, la cultura de lo efímero, de lo fugaz, tan típicas de este tiempo, oprimen la lógica del porvenir.

Esta característica tiene un impacto trascendental en el Derecho Continental, dado que afecta la posibilidad de construir normas generales determinadas.

En consecuencia, uno de los rasgos inherentes de este tiempo a tener en cuenta –en particular en los países herederos del Derecho Continental– es el desarrollo de una juridicidad formada principalmente por normas individuales, representativas de la cultura de la inmediatez. Cada día va a ser más difícil lanzarse hacia el futuro prediciendo lo “por venir”, cada día va a ser más difícil legislar.

Debido a ello adquieren tanta actualidad las palabras que hace más de 55 años pronunciaba Esser cuando afirmaba que el centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado (de reglas) a una casuística judicial orientada según principios⁸⁸.

⁸⁷ WEBER, *El político y el científico* cit., ps. 200 y ss.

⁸⁸ ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. de Eduardo Valenti Fiol, Bosch, Barcelona, 1961.

Ello se hace más tenso si se piensa que en el Derecho de este tiempo las normas generales son cada día más indeterminadas y abiertas. Insistimos en que los cambios son vertiginosos y la aceleración de la historia es cada vez mayor, por lo que el alto grado de racionalidad que supone predecir el futuro no es propio de estos tiempos. Cada día se hace más difícil formalizar una constitución, un código, hasta una ley. Hay un progresivo y apresurado avance de normas generales indeterminadas.

Más aún, en realidad muchas veces no se pretende formalizar normas imprecisas o incompletas sino meros principios que reclaman normas para que puedan empezar a funcionar. Evidentemente asistimos a una creciente formalización de principios y he aquí uno de los rasgos más significativos de la crisis de la juridicidad moderna en el Derecho Continental que más afecta a la adjudicación judicial. En función de ello nos hemos preguntado: ¿es el Derecho un juego de los jueces?⁸⁹

La crisis de la normatividad moderna no sólo repercute en el Derecho de fondo sino también en el Derecho Procesal. Normativizar el proceso mediante principios (explícitos e implícitos), directrices, normas programáticas, en gran medida formalizados en fuentes constitucionales y de tratados de derechos fundamentales, implica para el Derecho Procesal, como para el resto del Derecho Continental, uno de sus primordiales desafíos. En nuestros días, no es raro encontrarnos con decisiones judiciales sobre aspectos centrales del proceso que son justificadas directamente desde “principios constitucionales”⁹⁰. Se omite, así, la mediación de una norma (habitualmente formalizada en una ley) que determine las condiciones de aplicación y los alcances del “principio constitucional”, tarea que es asumida por los jueces en la solución de cada caso concreto. Casi podría decirse que todo conflicto procesal desde el acceso a la jurisdicción hasta la cosa juzgada encuentra alguna respuesta constitucional⁹¹. Un derecho “constitucionalizado” se caracteriza por una

⁸⁹ CHAUMET, Mario E. y MEROI, Andrea A., *¿Es el derecho un juego de los jueces?*, en L. L. 2008-D-717 y ss.

⁹⁰ ABAD YUPANQUI, Samuel B., *La creación jurisprudencial de normas constitucionales. La autonomía procesal del Tribunal Constitucional*, en *Constitución y proceso*, ARA, Lima, 2009, ps. 20 y ss.

⁹¹ “Los fenómenos de flexibilización de las familias jurídicas y la adopción de

“Constitución invasiva”, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, y reformula los roles de los actores jurídicos, en especial los del juez. Explica Prieto Sanchís que las constituciones se rematerializan; es lo que se ha dado en llamar efecto impregnación o irradiación. La Constitución satura todo el sistema⁹². Por ello una de las preguntas más apremiantes en el Derecho Continental es la de cómo debe ser el proceso en el Estado constitucional⁹³.

Es más, ya ha adquirido “ciudadanía” la noción “control de convencionalidad”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” ha expresado que “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los principios (formalizados en constituciones, leyes o cualquier

las constituciones materiales que impulsan una nueva hermenéutica. En Colombia, se debe reevaluar la efectividad y la dinámica del proceso civil. Es repensar las instituciones procesales y procedimentales. Esta dinámica incluye la resignificación de los principios dispositivo y de legalidad en una estructura correspondiente con la del Estado social, democrático y de derecho” (RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María, *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 42).

⁹² PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y garantismo*, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, ps. 41 y ss.

⁹³ PRIORI POSADA, Giovanni F., *El proceso en el Estado constitucional*, en *Constitución y proceso* cit., ps. 341 y ss. Ver también CHAUMET, Mario E., *Constitucionalización de Derecho. Necesidad de asumir un cambio de paradigma para la adjudicación judicial*, en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe*, 2012, N° 2, ps. 194 y ss., y *El Estado constitucional y el Derecho Privado*, en *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 29 y ss.

fuente) no contienen definiciones saturadas, son objeto de discusión. En consecuencia cabe preguntarse: ¿qué es lo que sucede cuando las definiciones de las que partimos tienen estas características?, ¿qué ocurre con las definiciones que pueden albergar soluciones contradictorias?, ¿qué tipo de argumentación podemos utilizar frente a los problemas que nos presenta el denominado Estado constitucional?, ¿qué información consideramos se debe tener en cuenta en estos casos para que la decisión tenga razonabilidad?

Como lo hemos sostenido en otros trabajos, para la toma de decisiones desde principios constitucionales (en el caso las procesales), es inevitable asumir (hacerse cargo) tanto de la complejidad de la materia a adjudicar como de su argumentación⁹⁴. La aparente facilidad que genera encontrar soluciones procesales desde principios constitucionales (a veces aun contrarias a las reglas legales) es también uno de los peligros que afronta el Derecho Procesal continental de este tiempo⁹⁵.

2.7. *Crisis de la institucionalidad y especial decadencia del papel estatal. Globalización económica y cultural. Manifestaciones procesales*

La noción de institución (de *idea que se realiza en el tiempo más allá de los sujetos que la componen*) tiene una alta carga de racionalidad moderna muy difícil de insertarse en la cultura posmoderna.

La posmodernidad ha puesto en crisis la institucionalidad, en particular ha puesto en crisis el rol del Estado nacional⁹⁶. La conformación de los Estados modernos, luego nacionales, fue típica de este período. Se dice que surgieron de los moldes del poder real con apoyo de la burguesía que necesitaba de mercados más amplios en una doble lucha: hacia arriba con el Sacro Emperador y el Sumo Pontífice, y hacia abajo, con los señores feudales. Suponía una manera de resolver la

⁹⁴ CHAUMET, Mario E., *Exigibilidad judicial de los derechos sociales y la razón judicial compleja*, en *Garantismo y crisis de la Justicia*, Universidad de Medellín, Medellín, 2010, ps. 57 y ss.

⁹⁵ CHAUMET, *Constitucionalización de Derecho. Necesidad de asumir un cambio de paradigma para la adjudicación judicial* cit.

⁹⁶ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2005.

tensión entre universalismo y particularismo que se había desarrollado en la medievalidad⁹⁷.

Hoy, el Estado nacional se debate entre las tensiones que sufre desde abajo, por ejemplo por los regionalismos, y en especial desde arriba, por los nuevos procesos de integración.

Cierto es que en la modernidad lentamente se fue formando la idea de monopolio estatal de Derecho. Fernando de Trazegnies destaca que la universalización supone un reforzamiento del gobierno central a fin de compatibilizar las iniciativas individuales. El Derecho constituye una de las expresiones de la actividad coercitiva central destinada a lograr la universalización mediante la supresión de los particularismos tradicionales y a suprimir las conductas no racionales⁹⁸.

Los Estados continúan teniendo un importante papel formal en la producción del Derecho, sin embargo el Derecho se va generando cada vez más fuera de sus moldes. Así, aunque los Estados continúan teniendo un importante papel formal las personas jurídicas más características son las sociedades comerciales⁹⁹.

También se señala que las sociedades actuales, en lugar de estar reguladas por único ordenamiento jurídico, el estatal, lo están por una pluralidad de ordenamientos, interrelacionados y distribuidos socialmente de varias maneras. Por eso muchos hablan de pluralismo jurídico en sentido amplio, que abarca no sólo los ordenamientos jurídicos locales, infraestatales, que coexisten dentro de un mismo espacio y un mismo tiempo nacional, sino también a los supraestatales, transnacionales, que cohabitan, en el sistema mundial, tanto con el Estado como con los primeros¹⁰⁰.

⁹⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Estudios de Historia...* cit., p. 120.

⁹⁸ *Posmodernidad y Derecho* cit., p. 656.

⁹⁹ Pese a ello, Ciuro Caldani sostiene que aunque el capitalismo posmoderno es en principio poco institucionalizador, en nuestro tiempo globalizado existe una fuerte tendencia institucionalizadora, “aunque sea a veces ‘criptoinstitucionalidad’ (una institucionalidad oculta) capitalista, que se desarrolla de manera permanente. Sostiene que vale mantener abierta la pregunta acerca de la relación que tal institucionalidad mundial puede tener con la formación de una estatalidad mundial” (*Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado* cit., ps. 135/159).

¹⁰⁰ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *La globalización del Derecho*, trad. de César Rodríguez, ILSA, Bogotá, 2002, p. 27.

Paralelamente se puede observar una estructura cultural globalizada. Se han globalizado los sistemas de producción, los financieros, la diseminación de la información e imágenes a través de los medios de comunicación, el desplazamiento masivo de personas, ya sea como turistas, trabajadores migrantes o refugiados.

Al nuevo fenómeno se lo reconoce, preferentemente, como *globalización*, pero también se usan voces tales como *formación global*, *cultura global*, entre muchas otras. Su caracterización no es unánime, en todo caso, “un vistazo a los estudios sobre el proceso de globalización muestra que nos encontramos frente a un fenómeno polifacético con dimensiones económicas, sociales, políticas, culturales, religiosas y jurídicas, combinadas bajo maneras más complejas”¹⁰¹. A causa de ello se sostiene que bajo tales condiciones las explicaciones o interpretaciones unilaterales resultan insatisfactorias.

Del mismo modo se ha dicho que la posmodernidad, si bien tiene múltiples fragmentaciones de superficie, en lo profundo impone un monolítico predominio de la utilidad. El reinado de la utilidad que caracteriza la estructura cultural de la posmodernidad hace que el ser humano valga en la medida que es útil. Es “un tiempo de diferencias superficiales pero de honda uniformidad económica que al fin rechaza todas las diferencias y conduce a la globalización”. Uno de los problemas es el diálogo entre economía y el resto de la cultura que en el fondo es absorbido y negado por ella¹⁰².

Ciuro Caldani indica que impera abrumadoramente el utilitario estilo axiológico del sistema capitalista anglosajón: “Nuestros días tienen estratos globalizados donde reinan un mismo mercado, un sistema monetario común –con referencia dolarizada universalmente aceptada–, una misma lengua –el idioma inglés adquiere el mismo significado que el latín en el mundo medieval– y un mismo complejo de valores”¹⁰³. En el ámbito de lo procesal entiende que con el sentido utilitario an-

¹⁰¹ DE SOUSA SANTOS, *La globalización del Derecho* cit., p. 39.

¹⁰² CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Reflexiones sobre el Derecho Procesal con motivo del V Congreso Mundial de Derecho Procesal*, en Boletín N° 21 del Centro de Investigaciones de Filosofía Social, ps. 75 y ss.

¹⁰³ CIURO CALDANI, *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado* cit., ps. 79 y ss.

glosajón, el proceso es concebido como el camino más rápido y eficaz para obtener soluciones¹⁰⁴.

La internacionalidad de la modernidad entra en crisis y su juridicidad también. Son así explicables los profundos cambios que se vienen produciendo tanto en el Derecho Internacional Público como en el Privado. A la par, el Derecho Constitucional muchas veces se ve “eclipsado” por los criterios supremos de juridicidad que surgen de formalizaciones supranacionales¹⁰⁵.

Los derechos humanos, cuyo reconocimiento tanto ha crecido en nuestro tiempo, son sin embargo con frecuencia sometidos al mercado. Uno de los grandes desafíos para los hombres de Derecho de la actualidad es lograr una relación con la economía que permita reconocer sus reglas, sin caer en el economicismo.

La crisis del Estado nacional afecta en muchos aspectos a la juridicidad. El Derecho Privado, particularmente el Derecho Comercial, no cesa en escaparse de los moldes de los Estados: “se trata de un derecho objetivo no estatal, más bien supranacional, un derecho objetivo de la *societas mercatorum*, de la comunidad internacional de los operadores económicos”¹⁰⁶. Con razón también se revela que el monopolio estatal de la producción del Derecho ha cedido el puesto a un sistema diverso que admite, más allá de la ley, otras fuentes no estatales de Derecho que se generan en los más diversos puntos del planeta. Francesco Galgano destacaba que la globalización es el espejo del Derecho, que la realidad hoy muta rápidamente en el tiempo, se vuelve, sin embargo, más uniforme en el espacio. Señala que está

¹⁰⁴ *Reflexiones sobre el Derecho Procesal con motivo del V Congreso Mundial de Derecho Procesal* cit., p. 81.

¹⁰⁵ También nos señala que el sistema capitalista actual, a fin de poder desarrollarse, necesita radicalizar sus proyecciones utilitarias, y así trazan globalizaciones donde reinan un mismo mercado, una misma economía, un mismo sentido de la utilidad. Se condiciona el papel de los Estados y paralelamente aumenta el protagonismo de las empresas. “La burguesía globalizada se vale con frecuencia de los Estados, pero el mercado planetario en que se desenvuelve excede los marcos nacionales y le obliga a menudo a prescindir de ellos” (CIURO CALDANI, *Estudios de filosofía del Derecho Internacional Privado* cit., ps. 132 y ss.).

¹⁰⁶ GALGANO, Francesco, *Libertad contractual y la justicia del contrato*, trad. de María de la Colina, en L. L. 2008-B-977.

naciendo un Derecho uniforme espontáneo, la *lex mercatoria*, de caracteres de ordenamiento originario como la expresión de la *business community o societas mercantile*¹⁰⁷.

Por su parte, Italo Andolina señalaba que en el marco de los procesos internacionales la referencia central ya no es la soberanía de los Estados nacionales, que los ordenamientos nacionales van renunciando a la defensa intransigente de sus propias prerrogativas jurisdiccionales, y ahora la mira está puesta en el derecho del hombre de ver satisfecha su necesidad de justicia en términos de efectividad y tempestividad¹⁰⁸.

En el ámbito de la resolución de los conflictos, para que el proceso guarde correspondencia con los alcances del mercado, la decadencia del papel estatal y el paralelo protagonismo de las empresas también es génesis de la pretensión de desplazar jurisdicción judicial por la arbitral o por el desempeño de los mediadores. Desde una perspectiva crítica se afirma que “frente a los litigios que involucran grandes capitales, o capital multinacional, el proceso y la síntesis del mismo, esto es, la sentencia, se sustraen a la jurisdicción de los Estados nacionales. Las partes, grandes corporaciones monopolísticas, prefieren resolver sus conflictos, negociar, en Tribunales de Arbitramento, ajenos a las legislaciones nacionales, y comúnmente, también, al territorio dentro del cual están realizando los hechos jurídicos en disputa”¹⁰⁹. También se ha dicho que desde los conglomerados financieros situados en los países de mayor poder económico se gestan grandes reformas estatales relacionadas con la Administración de Justicia y que la motivación de los cambios procesales buscan la obtención de decisiones

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ ANDOLINA, Italo, *Relazione generale sul tema: La cooperazione internazionale nel processo civile*, cit. por CIURO CALDANI, *Reflexiones sobre el Derecho Procesal con motivo del V Congreso Mundial de Derecho Procesal* cit., ps. 75 y ss.

¹⁰⁹ “Éste, por ejemplo, fue el sistema utilizado en la década de los '90 para zanjar las disputas producto de los contratos leoninos en desmedro de las entidades públicas, mediante los cuales se adelantaron algunas de las privatizaciones de recursos estratégicos en países latinoamericanos. Desde luego, los fallos salvaron los intereses foráneos mas no el interés público representado por los Estados nacionales”. OSORIO, Miguel Ángel, *El proceso jurídico en la Historia. Sentencias. Método. Nuevas Perspectivas* (inédito).

jurídicas prontas que motiven la inversión extranjera, que exigen las entidades financieras¹¹⁰.

Taruffo señala al recurso –cada vez más frecuente– del uso de métodos alternativos de resolución de conflictos, que entiende implica un intento de evitar acudir al proceso, como una de las manifestaciones más importantes de la crisis de efectividad de la ley procesal¹¹¹.

Por otra parte, considerando el impacto social y jurídico que hemos visto generan las nuevas tecnologías y el reconociendo y el uso que se le otorga hoy a Internet a nivel comercial, en donde pueden forjarse las mayores disputas, se propicia la vía del “ciberarbitraje” como medio más efectivo para la resolución de los conflictos en el ámbito de los negocios internacionales¹¹².

No obstante lo expuesto, reconocemos con Oteiza que el fortalecimiento del servicio de justicia es un factor esencial en América Latina para la consolidación de las reglas democráticas en un mundo globalizado¹¹³.

En las últimas décadas el proceso penal también ha vivido las fuertes tensiones que pesan sobre la estabilidad. Prueba de ello es la pretensión de jueces de juzgar delitos que se produjeron en territorios de Estados distintos a los que pertenecen. El desarrollo de Tribunales Internacionales en la materia es considerado una necesidad de estos tiempos. Se dice que los avances que han logrado el Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, demostrando que cada vez son más necesarias leyes y Cortes supranacionales que auditen el funcionamiento legal interno de los Estados en materia penal, no es otra cosa que la comprobación del fracaso del sistema de producción nacional.

Se ha invocado una jurisdicción que permita a cualquier país avocarse la competencia sobre delitos o violaciones a los derechos hu-

¹¹⁰ VÁSQUEZ POSADA, Socorro, *El garantismo en el ejercicio de la función judicial*, en *Garantismo y Crisis de la Justicia*, Universidad de Medellín, Medellín, 2010, ps. 107 y ss.

¹¹¹ TARUFFO, *Racionalidad y crisis de la ley procesal* cit., ps. 311 y ss.

¹¹² GASOL VARELA, *Ciberarbitraje* cit.

¹¹³ OTEIZA, Eduardo, *Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina*, en *Garantismo y Crisis de la Justicia*, Universidad de Medellín, Medellín, 2010, ps. 213 y ss.

manos, sea cualquiera que fuese la materia, siempre y cuando estén involucradas personas nacionales; una jurisdicción que no excluya la posibilidad de que cualquier país pueda reclamar la competencia para juzgar delitos cometidos sobre sus nacionales en un país distinto que el suyo. Asimismo, con el establecimiento de la Corte Penal Internacional a través del Estatuto de Roma, la tendencia se ha consolidado hacia la focalización de la Justicia Penal Internacional, estableciendo una Corte permanente con competencia para el juzgamiento de los crímenes más graves contra la humanidad.

Paralelamente hemos visto cómo el “delito globalizado”, sobre todo en temas económicos, necesita también de nuevos enfoques jurisdiccionales y procesales para su juzgamiento.

3. Epílogo

Con palabras de Kuhn, pero variando su contenido para referirlo al fenómeno jurídico y en especial al Derecho Procesal, sostenemos que la actividad en la que la mayoría de los operadores jurídicos consumen casi todo su tiempo profesional, inevitablemente se la realiza suponiendo una matriz disciplinaria sobre el Derecho. Gran parte del funcionamiento del sistema se debe a que la comunidad se encuentra dispuesta a defender lo supuesto, si es necesario a un costo elevado. Pero con el curso histórico ese marco conceptual revela anomalías, y a pesar de los esfuerzos repetidos, no responde a las esperanzas profesionales. En esas y en otras formas, el paradigma se extravía repetidamente. Y cuando lo hace —o sea, cuando la profesión no puede pasar por alto ya las anomalías que subvierten la tradición existente de prácticas científicas— se inician las investigaciones extraordinarias que conducen por fin a la profesión a un nuevo conjunto de compromisos, una base nueva para la práctica del Derecho¹¹⁴.

Hemos afirmado que los procesos judiciales son en gran medida un reflejo de la cultura a la cual se integran, como así también, uno de los más relevantes instrumentos para el mantenimiento y la transformación cultural.

¹¹⁴ KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, ps. 27 y ss.

También sostuvimos que existen signos relevantes de la crisis de la cultura moderna que impactan sobremanera en todo el Derecho Continental. Tratamos de reflejar las manifestaciones procesales que producen. El replanteo de la subjetividad legada por la modernidad, la ruptura del modelo de racionalidad individual, la disolución del componente universalista, los efectos de la sociedad tecnológica, la modificación del sentido moderno del espacio y del tiempo, la aceleración de los cambios históricos, la crisis de la institucionalidad, el decaimiento del papel estatal, la globalización económica y cultural son algunas de las características de una época que, vivenciamos en toda la cultura, en nuestra vida cotidiana, impactan en toda la juridicidad continental y, del mismo modo, en el proceso judicial.

Creemos que el reconocimiento de las transformaciones culturales que se manifiestan en nuestros días puede contribuir a que las decisiones procesales (académicas, legislativas, jurisdiccionales) se puedan adoptar con conciencia de sus significados y por ende de sus consecuencias.

4. Bibliografía

- ABAD YUPANQUI, Samuel B., *La creación jurisprudencial de normas constitucionales. La autonomía procesal del Tribunal Constitucional*, en *Constitución y proceso*, ARA, Lima, 2009, ps. 20 y ss.
- AUGÉ, Marc, *Hasta nuestras casas se están convirtiendo en no-lugares*, en supl. *Sociedad*, del diario *Clarín*, del 10-5-2011, <http://www.clarin.com/diario/2007/04/11/sociedad/s-04101.ht>.
- *Los no lugares. Espacios del anonimato. Para una antropología de la sobremodernidad*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- BOURDIEU, Pierre, *Sobre la televisión*, 2ª ed., Anagrama, Barcelona, 1998.
- CABEDO MALLOL, Vicente José, *La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos*, en *Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal*, N° 35, 36 y 37, Instituto Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal (Inauco), Valencia, 2000.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos*, en *Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, p. 1005.
- CHASE, Oscar G., *Derecho, cultura y ritual. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*, trad. de Martín Diz, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- CHAUMET, Mario E., *Constitucionalización del Derecho. Necesidad de asumir un cambio de paradigma para la adjudicación judicial*, en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe*, 2012, N° 2, ps. 194 y ss.
- *El Estado constitucional y el Derecho Privado*, en *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 29 y ss.
- *Exigibilidad judicial de los derechos sociales y la razón judicial compleja*, en *Garantismo y crisis de la justicia*, Universidad de Medellín, Medellín, 2010, ps. 57 y ss.
- *La filosofía del Derecho Privado de Michel Villey a través de su noción de contrato*, en *Investigación y Docencia*, Rosario, 1989, N° 13, ps. 129 y ss.
- *Las escuelas judiciales en posmodernidad*, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, 2000, N° 24, ps. 1 y ss.
- CHAUMET, Mario E. y MENICOCCI, Alejandro, *El proceso civil ante la crisis de la subjetividad moderna*, en *Investigación y Docencia*, Rosario, 1994, N° 23, ps. 51 y ss.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura*, FIJ, Rosario, 1993.
- *El bicentenario del Código Civil francés. Una comparación entre la historia jurídica francesa y la historia jurídica argentina*, en *J. A.* 2004-I-948.
- *El juez en el cambio histórico*, en *L. L.* 2001-D-1150 y ss.
- *Las ramas del mundo jurídico en la posmodernidad (las ramas del mundo jurídico en tiempos de la “crisis de la materia”)*, en *Investigación y Docencia*, Rosario, 1998, N° 31 y ss., ps. 51 y ss.
- *Panorama trialista de la filosofía en la posmodernidad*, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, 1995, N° 19, ps. 9 y ss.
- *Perspectivas jurídicas. Teoría general del Derecho. Historia del Derecho. Filosofía del Derecho*, FIJ, Rosario, 1985.
- *Reflexiones sobre el Derecho Procesal con motivo del V Congreso Mundial de Derecho Procesal*, en *Boletín N° 21 del Centro de Investigaciones de Filosofía Social*, ps. 75 y ss.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel y CHAUMET, Mario Eugenio, *Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la posmodernidad*, en *Investigación y Docencia*, Rosario, 1992-1993, N° 21, ps. 67 y ss.

- CIURO CALDANI, Miguel Ángel y CHAUMET, Mario Eugenio, *Proyecciones profesionales de la abogacía en la posmodernidad*, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, 1995, N° 25, ps. 63 y ss.
- CIURO CALDANI, M. A.; ARIZA, A.; CHAUMET, M. E.; HERNÁNDEZ, C. A.; MENICOCCHI, A. A.; SOLO, A. M. y STÄHLI, J., *Las ramas del mundo jurídico en la teoría general del Derecho*, en E. D. 150-859 y ss.
- DE ARAÚJO ALMEIDA FILHO, José Carlos, *Proceso electrónico y teoría general del proceso electrónico*, trad. de Guido Aguila Grados, San Marcos, Lima, 2010, p. 183.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *La globalización del Derecho*, trad. de César Rodríguez, ILSA, Bogotá, 2002.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Posmodernidad y Derecho*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993.
- DENNINGER, Erhard, *Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética*, en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. de Eduardo Valenti Fiol, Bosch, Barcelona, 1961.
- ETO CRUZ, Gerardo y RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, *La agenda multicultural: problemas inconclusos en el siglo XXI*, en *Multiculturalidad y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2009, ps. 13 y ss.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, 5ª ed., Sudamericana, Buenos Aires.
- FROSINI, Vittorio, *Il Diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1981.
- GALGANO, Francesco, *Libertad contractual y la justicia del contrato*, trad. de María de la Colina, en L. L. 2008-B-977.
- GASOL VARELA, Claudia, *Ciberarbitraje*, en elDial.com, del 17-11-2006, www.eldial.com/suplementos/economico/tcdNP.asp.
- GRINOVER, Ada, *A tutela jurisdiccional dos interesses difusos no direito comparado*, en *A tutela dos interesses difusos*, Max Limonad, São Paulo, 1984.

- HAACK, Susan, *Tensiones entre la ciencia y la cultura de Derecho –con énfasis en el testimonio científico–*, en *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, coord. por Mónica Bustamante Rúa, Universidad de Medellín, Medellín, ps. 109 y ss.
- HABERMAS, Jürgen, *Ciencia y técnica como “ideología”*, trad. de M. Jiménez Redondo y M. Garrido, Tecnos, Madrid, 1992.
- HASSEMER, Winfried, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, trad. de Patricia S. Ziffer, en D. P., N° 45/48, ps. 275 y ss.
- HENSLER, Deborah R., *Class Action Dilemmas*, Rand Institute for Civil Justice, Santa Monica, 2000.
- IRTI, Natalino, *L’età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.
- IVANEGA, Miriam M., *Reflexiones acerca del tiempo y los derechos fundamentales*, en L. L. Supl. Constitucional de abril de 2013, N° 2, ps. 3 y ss.
- KAHN, Paul, *El análisis cultural del Derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2001.
- KAUFMANN, Arthur, *La Filosofía del Derecho en la posmodernidad*, trad. de Luis Villar Borda, Temis, Santa Fe de Bogotá.
- KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- LYOTARD, Jean-François, *La condición posmoderna*, trad. de M. A. Rato, Rei, Buenos Aires, 1991.
- MEROI, Andrea A., *Procesos colectivos. Recepción y problemas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
- MORELLO, Mario Augusto, *El proceso civil colectivo*, en J. A. del 17-3-93, ps. 2 y ss.
- MUNNÉ, Guillermo, *Racionalidades del Derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico*, en *Isonomía*, N° 25, ps. 69 y ss.
- NICOLAU, Noemí L., *Historicidad de los procesos de codificación y descodificación*, Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, 1985, N° 4, pp. 37 y ss.
- OSORIO, Miguel Ángel, *El proceso jurídico en la Historia. Sentencias. Método. Nuevas perspectivas* (inédito).
- OTEIZA, Eduardo, *América Latina. Cultura y proceso civil*, en *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, coord. por Mónica Bustamante Rúa, Universidad de Medellín, Medellín, ps. 199 y ss.

- OTEIZA, Eduardo, *Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina*, en *Garantismo y crisis de la justicia*, Universidad de Medellín, Medellín, 2010, ps. 213 y ss.
- PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho (una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones)*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- PERONA, Nélica, *La posmodernidad. La potencialidad del término para discutir algunos problemas*, México D. F., 1980, inédito.
- PICÓ I JUNOY, Juan, *El juez penal y su inicitativa probatoria en los diversos sistemas jurídico-culturales*, en *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*. Coord. Mónica Bustamante Rúa, Universidad de Medellín, Medellín, ps. 259 y ss.
- PISCITELLI, Alejandro, *Ciberculturas 2.0. En la era de las máquinas inteligentes*, Paidós, Buenos Aires, 2002.
- *Meta-Cultura. El eclipse de los medios masivos en la era Internet*, La Crujia, Buenos Aires, 2002.
- *Internet, la imprenta del siglo XX*, Gedisa, Barcelona, 2005.
- POUROSTAD, Majid, *Cultura y proceso jurídico en el Medio Oriente: viviendo en el propio y mirando el de otros*, en *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, coord. por Mónica Bustamante Rúa, Universidad de Medellín, Medellín, ps. 93 y ss.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y garantismo*, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, ps. 41 y ss.
- RODRIGUES PINTO, Simone y DOMÍNGUEZ ÁVILA, Carlos Federico, *Sociedades plurales, multiculturalismo y derechos indígenas en América Latina*, en *Política y cultura*, México, N° 35, 2011. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422011000100004&lng=es&nrm=iso, accedido el 9-4-2013.
- SHNEIDER, Hans Joachim, *La criminalidad en los medios de comunicación de masas*, en D. P., N° 45/48, ps. 75 y ss.
- SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1994.
- STRONG, S. I., *¿Por qué la armonización de los procedimientos del “common law” y del “civil law” es posible en el arbitraje pero no en los litigios?*, en *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, coord. por Mónica Bustamante Rúa, Universidad de Medellín, Medellín, ps. 147 y ss.

- SUMARIA BENAVENTE, Omar, *La sociedad de la decepción: el sistema de la tutela jurisdiccional y la crisis del proceso*, en *Garantismo y crisis de la justicia*, Universidad de Medellín, Medellín, 2010, p. 209.
- TARUFFO, Michele, *Racionalidad y crisis de la ley procesal*, Doxa, Alicante, N° 22, 1999, ps. 311 y ss.
- VALIENTE, Francisco Tomás y DE FRANCISCO PARDO, Juan Manuel, *Antología del disparate judicial*, 4ª ed., Plaza & Janés, Barcelona, 2001.
- VÁSQUEZ POSADA, Socorro, *El garantismo en el ejercicio de la función judicial*, en *Garantismo y crisis de la justicia*, Universidad de Medellín, Medellín, 2010, ps. 107 y ss.
- VATTIMO, Giani, *El fin de la modernidad*, trad. de A. L. Bixio, 3ª ed., Gedisa, Barcelona, 1990.
- VELASCO SAN MARTÍN, Cristos, *Aspectos jurisdiccionales de la computación de la nube*, en elDial.com, *Derecho de la Alta Tecnología*, del 14-4-2010, http://www.eldial.com.ar/nuevo/suple-dat_ant2.
- WEBER, Max, *El político y el científico*, trad. de Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 1967, ps. 200 y ss.
- *Ensayos sobre sociología de la religión I*, trad. de José Almaraz y Julio Caravana, 2ª ed., Taurus, Madrid, 1987.

LA RECUPERACIÓN DE LA APTITUD ESTRATÉGICA, UNA NECESIDAD DE LA JURIDICIDAD ACTUAL

por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI*

SUMARIO: I. Ideas básicas. II. La estrategia en el mundo jurídico. 1. En general.
a) Dimensión sociológica. b) Dimensión normológica. c) Dimensión dikelógica.
2. Especificidades. III. La estrategia en el horizonte del mundo político. IV. Con-
clusión.

Resumen

Se utiliza la propuesta de construcción del objeto jurídico del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico –donde se incluyen las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica y se considera el horizonte del mundo político– para mostrar la necesidad de la recuperación de la aptitud estratégica en el Derecho.

Abstract

We use the construction of the legal object proposed by three-dimensional integrativism of the Trialist theory of the Juridical World –where the sociological, normological and dikelological dimensions are

* Profesor titular de la Universidad Nacional de Rosario, profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires.

included and the political world horizon is considered– to show the need for the recovery of strategic ability in Law.

Palabras clave

Integrativismo. Tridimensionalismo. Trialismo. Dimensión sociológica. Dimensión normológica. Dimensión dikelógica. Estrategia. Táctica. Estrategia Jurídica. Mundo Político.

Keywords

Integrativism. Three-dimensionalism. Trialism. Sociological dimension. Normological dimension. Dikelogical dimension. Strategy. Tactic. Juridical Strategy. Political World.

I. Ideas básicas

1. Como parte de una circunstancia, cada *construcción jurídica*¹ corresponde a las características de ella y contiene de manera más o menos explícita una *estrategia*². Las circunstancias de la escuela de la exégesis y de la teoría pura del Derecho correspondieron a un empobrecimiento de la *aptitud estratégica* de los juristas. En el primer caso, porque la estrategia era reservada a los autores de las normas a las que se refería la exégesis, en el segundo porque la estrategia era en gran medida no evidenciarla, dejándola fuera del campo de la ciencia jurídica. En la teoría pura del Derecho hay una estrategia del silencio jurídico acerca de la estrategia. Sin embargo la comprensión y el empleo consciente de la estrategia son grandes necesidades de la vida jurídica, evidenciadas por las diversas construcciones del Derecho.

Las concepciones de los últimos tiempos han desconocido en gran

¹ Es posible ver por ejemplo, GUIBOURG, Ricardo A., *La construcción del pensamiento*, Colihue, Buenos Aires, 2004.

² Respecto de la estrategia jurídica es posible *ampliar* por ejemplo en nuestros trabajos *Estrategia jurídica*, UNR, Rosario, 2011, Cartapacio: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1372/1575>, 31-5-2014; *Acerca de la estrategia jurídica*, en L. L. del 16-5-2014 (cita online: AR/DOC/1215/2014). El número 46 de *Investigación y Docencia* es monográfico sobre *Estrategia jurídica*, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, en <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 31-5-2014.

medida la importancia de la estrategia en la vida cotidiana de todos los juristas, sean abogados litigantes, jueces, administradores, legisladores, constituyentes, investigadores, etcétera, y de los seres humanos en general. Es necesario que, a semejanza de lo que hicieron tradicionalmente los militares³ y hoy hacen también, verbigracia, los economistas⁴, educadores⁵, comunicadores⁶, literatos⁷, deportistas⁸ y participantes de la vida política en general⁹ los juristas reconozcan con amplitud

³ Sin exagerar la importancia de los individuos, cabe hacer referencia, dentro de la historia milenaria de la estrategia militar (que a menudo ha contribuido a cambiar el curso de la historia) a Sun Tzu (chino, alrededor de cinco siglos antes de nuestra era), Nicolás Maquiavelo (florentino, siglos XV y XVI), Karl von Clausewitz (prusiano, siglos XVIII y XIX), Napoleón Bonaparte (francés, siglos XVIII y XIX), Mijaíl Kutúzov (ruso, siglos XVIII y XIX), Antoine-Henri Jomini (suizo-franco-ruso, siglos XVIII y XIX), Helmuth von Moltke (alemán, siglos XVIII y XIX), Erwin Rommel (alemán, siglos XIX y XX) y Basil Henry Liddell Hart (inglés, siglos XIX y XX). En el campo argentino, proyectado hacia otros países sudamericanos, cabe hacer referencia por ejemplo a José de San Martín.

A pesar de tener el mayor ejército del Sudeste Asiático, Vietnam del Norte no era enemigo para Vietnam del Sur mientras este país estuvo apoyado por la nación industrial y militar más potente del mundo. Vale considerar que Vietnam del Sur y su aliado Estados Unidos no fueron derrotados por los recursos superiores de su oponente, sino por una estrategia mejor (se puede ver por ej., caso práctico de estrategia de éxito, LosSabios.com, <http://www.aulafacil.com/estrategia/Lecc-6.htm>, 27-5-2014).

⁴ Los grandes modelos jurídicos son modelos estratégicos.

⁵ Como por ejemplo, *Estrategias educativas para promover el desarrollo de competencias*, CoreDi: http://www.coredi.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=84&Itemid=94, 2-5-2014.

⁶ Los debates en cuanto a la ley de medios que tanto interesaron en la Argentina en los últimos tiempos son una muestra de la relevancia de la estrategia comunicacional. Es posible ver por ejemplo, *Estrategia de Comunicación*, en <http://www.slideshare.net/yapame/como-hacer-una-estrategia-de-comunicacin>, 2-5-2014; *Estrategia de Comunicación*, EcuRed: http://www.ecured.cu/index.php/Estrategia_de_Comunicaci%C3%B3n, 2-5-2014.

⁷ En relación con la importancia de la estrategia en el uso de la lengua, es posible ver por ej., CORTÁZAR, Julio, *Clases de literatura. Berkeley 1980*, Carlos Álvarez Garriga, Bogotá, Aguilar, 2013, por ej. p. 104.

⁸ Es posible ver, ÁLVAREZ BEDOLLA, Alain MsC, *Estrategia, táctica y técnica: definiciones y ejemplos de los controvertidos términos*, Efdportes.com, <http://www.efdeportes.com/efd60/tact.htm>, 2-5-2014. En cuanto al ajedrez, cabe como por ej., *El arte de la estrategia*, Fundación UNAM, <http://susede.com/blog/deporte/el-arte-de-la-estrategia.html>, 2-5-2014.

⁹ Ver por ej., SCHRÖDER, Peter, *Estrategias políticas*, trad. de Armando Cen-

la importancia de los planteos estratégicos. Urge recuperar la conciencia estratégica que caracterizó a las grandes realizaciones del Derecho¹⁰.

Es relevante que todos los seres humanos, realizadores en alguna medida del Derecho, tomemos conciencia de que vivimos una estrategia jurídica. Al contratar, formar pareja, reproducirse, testar, etcétera, se producen desenvolvimientos estratégicos. Importa que se reconozca que en cierto sentido la vida se desarrolla, de manera consciente o inconsciente, como una gran estrategia.

Proyectando la noción general de estrategia que estimamos adecuada, consideramos que una construcción valiosa de la noción de *estrategia jurídica* puede referirla a la *ordenación de los medios* para lograr el *objetivo* general de Derecho perseguido. Remitiéndonos dentro de la especificidad de la táctica a la *táctica jurídica* construimos esta noción abarcando los *medios específicos* para el cumplimiento de la estrategia. La relación entre estrategia y táctica suele ser difícil: tácticas en sí exitosas pueden corresponder a estrategias fracasadas y estrategias exitosas pueden tener algunas tácticas fracasadas.

Consideramos urgente recuperar la importancia jurídica de la estrategia, sobre todo en una *nueva era histórica* signada por enormes desafíos científicos, técnicos y morales en los que se ha de decidir en gran medida el porvenir de la especie humana¹¹. El tiempo presente

turi3n, Fundaci3n Friedrich Naumann/OEA, M3xico, 2004, http://www.oas.org/sap/publications/2004/fiapp/estrategias_politicas/doc/pbl_estrategias_001_04_spa.pdf, 2-5-2014; RINC3N, Omar y MAGRINI, Ana Luc3a, *M3dulo 2. Unidad tem3tica IV. Tema 10. Herramientas para la organizaci3n y la comunicaci3n. Tema 10. Herramientas y habilidades para la comunicaci3n pol3tica e institucional*, urb-al III, en http://www.urb-al3.eu/uploads/descargas/Plantilla_10.pdf, 2-5-2014.

¹⁰ Las grandes realizaciones jur3dicas suelen corresponder a modelos estrat3gicos, como sucede con la recopilaci3n justiniana, la Constituci3n norteamericana, las codificaciones napole3nica, alemana e italiana, la constitucionalizaci3n y la codificaci3n argentinas, etc. Grandes aportes a la estrategia jur3dica pueden obtenerse de las obras de Fran3ois G3ny, Roscoe Pound, etc.

¹¹ El per3odo intermedio entre la modernidad y la posmodernidad actual es de cierta manera identificable por el estallido de la primera bomba at3mica en Hiroshima, el 6-8-45, el acceso al "mundo exterior", en las d3cadas de los a3os cincuenta y sesenta del siglo XX y el mapeo de gran parte del genoma humano, anunciado el 14-4-2003.

Es posible *ampliar* en nuestros *Estudios de Historia del Derecho*, Fundaci3n para

y el que vendrá abarcan enormes lagunas normativas que requieren gran conciencia estratégica. Estimamos que la integración de las lagunas exige amplia conciencia de la *complejidad de lo jurídico*. No se trata de ignorar los aportes de simplicidad “pura” que hizo el kelsenianismo volviendo a la complejidad impura que mezcla lo jurídico con las otras ciencias sociales y humanas y el Derecho positivo con el Derecho natural. Corresponde integrar las normas, la realidad social y las referencias valorativas en una *complejidad pura*¹².

2. En ese sentido es importante construir el objeto de la ciencia jurídica *integrando tridimensionalmente* los tres elementos recién referidos como dimensiones de una *teoría trialista del mundo jurídico*

las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, Cartapacio: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1359/1549>, 2-5-2013.

¹² Como lo señaló hace décadas Werner Goldschmidt (el maestro germano-hispano-argentino fundador del trialismo) hoy urge alcanzar una “complejidad pura” (es posible como GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987, p. XVII; la edición básica de referencia es la 4ª –prólogo–, Depalma, Buenos Aires, 1972). Es posible ver nuestros artículos *El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura*, en E. D. 126-884 y ss.; *El Derecho Internacional Privado y su complejidad pura*, en *Investigación...* cit., N° 3, ps. 3 y ss. También puede como DABOVE, María Isolina, *El Derecho como complejidad de “saberes” diversos*, en *Cartapacio*, N° 4, Sección Conferencias y Disertaciones, 2003. Cabe como BOCCHI, Gianluca y CERUTI, Mauro (rec.), *La sfida della complessità*, trad. de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª ed., Feltrinelli, Milán, 1997; MORIN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, trad. de Marcelo Pakman, 7ª reimp., Gedisa, Barcelona, 2004. En general cabe como también por ej., ULLOA CUÉLLAR, Ana Lilia, *Naturaleza y didáctica de la lógica jurídica*, en <http://www.filosoficas.unam.mx/~Tdl/02-2/021003ulloa.htm>, 31-5-2014; *Complexity Digest*, en <http://www.comdig.org/>, 31-5-2014; *Réseau Intelligence de la Complexité*, en <http://www.mcxapc.org/>, 31-5-2014. Coincidiendo con Edgar Morin consideramos que no solamente la sociedad es compleja, también lo es cada átomo del ser humano; el hombre nos resulta un ser jurídicamente complejo y las decisiones han de mostrarlo (ver MORIN, ob. cit., p. 88). También vale como GALATI, Elvio Diego, *La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades* (tesis doctoral Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 26-4-2010); asimismo ver LAPENTA, Eduardo Víctor y RONCHETTI, Alfredo Fernando (eds.), *Derecho y complejidad*, Universidad Nacional de Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, 2011; *Veintidós años después: la teoría de las respuestas jurídicas y vitales y la problemática bioética en la posmodernidad*, en *Bioética y Bioderecho*, N° 3, ps. 83 y ss.

donde se consideren repartos de potencia e impotencia¹³ (*dimensión sociológica*), captados por normas (*dimensión normológica*) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (*dimensión axiológica*, específicamente “dikelógica”¹⁴). En una perspectiva más dinámica, se trata de la actividad vinculada al aprovechamiento de las *oportunidades* para realizar repartos captados por normas y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia¹⁵. La estrategia jurídica trialista está encaminada en gran medida a la realización de

¹³ Según hemos referido, en la versión de la teoría trialista que utilizamos “potencia” es lo que favorece a la *vida humana* e “impotencia” es lo que la perjudica. La vida humana es difícil de definir, pero debemos remitirnos a ella porque vivimos. También es difícil para los médicos, pero nadie aceptaría que un médico prescindiera de ella.

¹⁴ La expresión “dikelógica” fue utilizada, con un sentido relativamente diferente, por Altusio. Emplearla es puntualizar la importancia asignada al valor justicia como culminación del complejo axiológico del Derecho cuya posibilidad es específica a la juridicidad.

¹⁵ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden ver por ejemplo GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1987; *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Aguilar, Madrid, 1958 (2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1986); *Justicia y verdad*, La Ley, Buenos Aires, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Derecho y política*, Depalma, Buenos Aires, 1976; *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1982/4; *Estudios jusfilosóficos*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1986; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794>, 10-3-2014; *Metodología Dikelógica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2007, Cartapacio: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1003/883>, 10-3-2014; *Distribuciones y repartos en el mundo jurídico*, UNR, Rosario, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 9-3-2014; *Estudios jurídicos del bicentenario*, UNR, Rosario, 2010, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/EstudiosJuridicosdelBicentenario.pdf>, 19-3-2014; *Bases del pensamiento jurídico*, UNR, Rosario, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 10-3-2014; *Complejidad del funcionamiento de las normas*, en L. L. 2008-B-782 y ss.; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 12-2-2014; Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/>, 12-2-2014; Libros de Integrativismo Trialista, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 12-2-2014.

lo que se considera justo en la vida humana. Por eso se vale de las nociones básicas de potencia e impotencia, es decir, de lo que la favorece o la perjudica, y construye la normatividad como captación de la realidad social poniendo gran empeño en el desenmascaramiento de la realidad. En esa línea el trialismo construye la noción de justicia refiriéndola a la asignación de la esfera de libertad necesaria para realizarse plenamente, para vivir en plenitud¹⁶.

En la teoría trialista cabe considerar no sólo los despliegues *comunes* a todo el Derecho sino sus *especificidades* materiales, espaciales, temporales y materiales. Incluso vale atender a los “horizontes” de las dimensiones y del conjunto, considerando principalmente las relaciones con la sociología, la economía, la psicología, la lógica, la metodología, la lingüística, la filosofía de los valores, la filosofía general, el mundo político, la teoría de la concepción del mundo, etcétera.

Se plantea la necesidad de una “teoría general del Derecho” referida a lo común a todo lo jurídico y a sus especificidades, marco donde encuentra particular viabilidad la estrategia jurídica. Se trata de construir una estrategia integradora tridimensional trialista, con todas estas perspectivas. Consideramos que la teoría general del Derecho es una disciplina que ha de tener *autonomía académica*¹⁷ y *científica*¹⁸, poseedora de gran autonomía *pedagógica*¹⁹. La autonomía académica ha de concretarse en respectivos cursos al comienzo²⁰ y al final de los estudios de Derecho valiéndose, sobre todo al concluir, del análisis de casos con completa comprensión estratégica.

La construcción de la teoría trialista del mundo jurídico permite referirse de modo altamente esclarecedor al Derecho como despliegue

¹⁶ En los planteos más filosóficos el orden ha de ser socio-normo-axiológico; en los más orientados a la práctica debe ser normo-socio-axiológico. No es legítimo partir de los valores porque por esa vía se pierde la importancia de la realidad social y las normas.

¹⁷ Dotada de cátedras propias.

¹⁸ Con espacios de investigación específicos.

¹⁹ A veces denominada educativa, referida a la capacidad “formativa”. Suele decirse, a nuestro parecer con acierto, que no es posible formar un estratega como Napoleón, pero sí un gran estratega.

²⁰ En numerosos casos, con raigambre histórica atendible, suele ser denominada Introducción al Derecho.

de *intereses* y de *fuerzas*²¹, donde resulta siempre imprescindible considerar las tres dimensiones para comprender cualquiera de ellas. Se hace así viable “desenmascarar” intereses ocultos, a menudo muy discutibles, cuya consideración es de gran valor para alcanzar las soluciones deseables. Una muy significativa canción dice “Si la historia la escriben los que ganan, eso quiere decir que hay otra historia...”²²; si las normas las escriben los que pueden, eso quiere decir que puede haber una realidad oculta.

El trialismo es un instrumento muy valioso para descubrir la realidad. Una estrategia sin conciencia de la realidad está generalmente encaminada al fracaso y a producir efectos contraproducentes. Sólo pueden tomarse decisiones y adoptar estrategias acertadas elaborando normas con una clara referencia trialista.

Una teoría vale en gran medida por los *interrogantes* y *soluciones* que brinda. La teoría trialista del mundo jurídico aporta una gran cantidad de interrogantes y de soluciones de valor estratégico que importa considerar. A través de ella pueden construirse numerosas estrategias jurídicas complejas, a su vez con diversas tácticas. La complejidad pura trialista permite construir *mejores estrategias*.

3. Toda estrategia ha de tener en cuenta las *fortalezas*, las *oportunidades*, las *debilidades* y las *amenazas*²³, *decidiendo* la construcción de los casos y las soluciones con las *proporciones* apropiadas, atendiendo cuando sea necesario a *camino*s alternativos y pensando en la obtención de los *mayores beneficios* con los *menores costos*²⁴. El dimensionamiento de los problemas y las soluciones es tan importante que vale recordar la experiencia de Pirro, quien llegó a afirmar que con otra victoria como ésta estaba perdido²⁵. Ganar un pleito a un

²¹ Vale diferenciar la fuerza del poder, que consideramos la fuerza sobre otro sujeto.

²² NEBBIA, Litto, *Quien quiera oír que oiga*, en musica.com, <http://www.musica.com/letras.asp?letra=1417386>, 2-5-2014 (Mignona-Nebbia); Juan Carlos Baglietto: <http://www.jcbaglietto.com.ar/bagliettogarre08.html>, 2-5-2014. De cierto modo el trialismo es una invitación a “oír” la realidad.

²³ “FODA”. Se puede ver por ej. *Matriz FODA*, en <http://www.matrizfoda.com/>, 2-5-2014.

²⁴ Incluso con la capacidad de “probar suerte”.

²⁵ Se puede ver *Victorias pírricas*, en <http://www.portalplanetasedna.com.ar/pirricas.htm>, 2-5-2014; *Origen, significado e Historia de “Victoria Pírrica”*, en

importante proveedor o comprador puede significar la propia ruina. La riqueza de perspectivas trialista facilita estos despliegues.

Hay modelos de estrategia que en lo *personal* se apoyan en tácticas de *excelencia propia*, de expansivo *relacionamiento* con los demás y de *enfrentamiento* con los opositores, que es especialmente análogo a la guerra²⁶. Hay posiciones tácticas relativamente *espaciales* de *vanguardia*, de *flancos* y de *retaguardia*, referidas a los puestos adelantados, laterales o traseros, y otras orientadas al *centro*²⁷ o *laterales*²⁸ de las líneas consideradas. Hay que atender a *vías de avance y retirada*. Un embargo preventivo es vanguardia, el debilitamiento del crédito del adversario es ataque por un flanco, la ejecución de la sentencia es retaguardia. El conflicto en el todo es centro, el que elige una parte es lateral. A veces vale “quemar los buques” quebrando las relaciones personales y en otros casos asegurar la retirada. Existen tácticas, relativamente *espaciales* y *dinámicas*, que son *frontales* y de *guerrilla*²⁹. La demanda y la contestación suelen ser estrategias frontales, el ataque y la retirada parciales reiteradas son prácticas de guerrilla (v. gr., la promoción de incidentes es a menudo práctica de guerrilla)³⁰. En cuanto a la *materia*, toda estrategia requiere atender a cuestiones *principales* y de *apoyo logístico*. El pleito puede ser una estrategia principal en relación con la obtención de un crédito para sustentarlo, que resuelve un problema logístico. También hay posibilidades de comprender las tácticas como *defensivas*, que consolidan la propia posición (v. gr., la respuesta a la demanda, la “autodemanda”, etc.) y *ofensivas* (la de-

<http://www.erroreshistoricos.com/curiosidades-historicas/origen/397-origen-significado-e-historia-de-victoria-pirrica.html>, 2-5-2014.

²⁶ De cierto modo corresponden al yo; a tú, nosotros y vosotros y a él y ellos.

²⁷ En cierto sentido quizás quepa decir el núcleo.

²⁸ De cierto modo costado.

²⁹ Giap explicaba su estrategia como sigue “Nuestra estrategia fue mantener una larga batalla de desgaste. Sólo un largo período de guerra podía permitirnos utilizar al máximo nuestras buenas cartas políticas, sobreponernos a nuestra desventaja de falta de material y transformar nuestra flaqueza en fortaleza. Mantener e incrementar nuestras fuerzas fue el principio al que nos adherimos, contentándonos con ataques cuando el éxito era seguro y rehuyendo batallas en las que podíamos sufrir bajas” (LosSabios.com, cit.; también puede ver <file:///C:/Users/MIGUEL/Downloads/3.-Planificaci%C3%B3n-estrat%C3%A9gica-1.pdf>, 31-5-2014).

³⁰ En este sentido suele ubicarse la chicana.

manda, la obtención del beneficio de pobreza, etc.)³¹. El aseguramiento de pruebas puede ser ofensivo y defensivo.

En relación con el *tiempo*, existen tácticas de *prevención*, *precaución*³², *corrección* y *reparación*. En la que en gran medida es una sociedad de *riesgo* como la actual³³, la prevención, la precaución, la corrección y la reparación son especialmente significativas. La *sorpres*a es una táctica de significación. Existen además tácticas temporales y dinámicas, de aceleración y de retraso. Estudiar el Derecho es táctica de prevención; cuidar la redacción de un contrato lo es de precaución. La renegociación puede ser táctica de corrección; el requerimiento de indemnización es táctica de reparación.

Los despliegues pueden ser mejor comprendidos en su caracterización compleja, por ejemplo: el reclamo extrajudicial presenta características de ofensiva de vanguardia pero a veces lo es también de precaución.

II. La estrategia en el mundo jurídico

1. En general

a) Dimensión sociológica

4. La dimensión sociológica de la construcción trialista abarca adjudicaciones de potencia e impotencia, es decir, como hemos referido, de lo que favorece o perjudica a la *vida humana*. También según lo ya expuesto, la estrategia jurídica trialista es una *estrategia de adjudicaciones de vida humana*.

Las adjudicaciones son *distribuciones* de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar³⁴ o *repartos* producidos por la conducta

³¹ Suele recomendarse el buscar el punto más débil del oponente, aprovechar su peso que le dificulte movilidad, etc.

³² Se dice a menudo que en la precaución hay un riesgo y un daño dudosos y en la prevención el riesgo es cierto y el daño dudoso.

³³ Es posible ver por ej., BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, trad. de Jorge Navarro y otros, Paidós, Barcelona, 1998, <http://books.google.com.ar/books?id=V6t6JJC55twC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>, 30-5-2014.

³⁴ Se discute acerca de la conveniencia de establecer la categoría "azar". A nuestro entender es esclarecedora.

de seres humanos determinables. Las fronteras entre estas clases no son fáciles de establecer, pero su consideración resulta esclarecedora, aportando categorías que consideramos imprescindibles sobre todo en nuestro tiempo, en que se comprende mejor que la conducción humana, en caso de existir, no es omnipotente.

Una estrategia jurídica ha de desenvolverse, de manera consciente, en el marco de distribuciones y repartos.

5. Las *distribuciones* de la naturaleza se producen por características del suelo, del clima, de la biología, de la psicología, etcétera. Las influencias humanas difusas son generadas por el obrar de personas indeterminadas, emergen de la economía, la religión, la ciencia, el arte, la educación, la lengua, las concepciones del mundo, etcétera.

La existencia de *repartos* depende de que haya libertad donde desarrollar la conducción humana. Los repartos han de ser considerados en cuanto a los *repartidores* (conductores), los *recipiendarios* (beneficiados y gravados), los *objetos* (potencias e impotencias), las *formas* (caminos previos para llegar a los repartos)³⁵ y las *razones* (donde se incluyen los móviles, las razones alegadas y las razones que atribuye la sociedad cuando considera que los repartos son valiosos)³⁶.

Los *estrategas* son repartidores. Importa que los estrategas en general y los juristas en particular posean condiciones de *destreza*, *astucia*, capacidad de *conjeturar* e *influir* en la realidad y *eficiencia*. Han de ser idóneos para adoptar las decisiones apropiadas y al fin cambiar los significados de la realidad. Tienen que apreciar las relaciones debidas entre las *partes* y el *todo*. Las mayores referencias a las partes o al todo cambian profundamente los sentidos de la conducción. La consideración de las partes suele remitir a mayores posibilidades tácticas concretas de orientar la vida, aunque puede desarticular las relaciones con la estrategia.

Importa quiénes se quedan con lo que beneficia a la vida en cuestión y cuáles vidas se perjudican. Es relevante saber con qué alcances se producen estos cambios vitales, qué es lo que en realidad se recibe. La forma, camino previo para llegar a la decisión (proceso o imposición;

³⁵ En el camino de la forma importa conocer cuáles son los intereses y los reclamos a resolver.

³⁶ Se puede *ampliar* en nuestro libro *Distribuciones y repartos...* cit.

negociación o adhesión) requiere que la estrategia se decida con la *información* y el *tiempo* adecuados. Una estrategia importante es la que se refiere a la apropiación del *discurso*, en este caso en los roles de recipiendarios y repartidores. La *educación*, los medios de *comunicación*, la *imagen* y la *percepción* poseen gran significación. No es sin motivo que la estrategia sarmientina puso especial énfasis en la educación, y que tanto se viene debatiendo acerca de los medios de comunicación.

Los *cambios* de los repartidores se denominan *transmudación* activa, los de los recipiendarios son *transmudación* pasiva y los de los objetos son *transustanciación*; las variaciones de la forma constituyen *transformación* y las de las razones *transfiguración*. En general, acudir a tribunales para hacer cumplir un contrato es una estrategia de transmudación activa (cambio de los repartidores interesados por los jueces o árbitros) con miras a obtener que a través de una nueva forma (procesal) se mantengan los recipiendarios y los objetos y haya otro desarrollo de las razones.

6. Los repartos pueden producirse por imposición o por acuerdo. En el primer caso son *autoritarios* y realizan el valor poder y en el segundo son *autónomos* y satisfacen el valor cooperación. Se constituyen así dos *clases* de repartos. La apertura a la inclusión de los repartos autónomos con plena juridicidad es una característica importante, aunque no definitoria, de la construcción jurídica trialista. Se considera que son jurídicas todas las realidades donde pueda satisfacerse la justicia. El cambio de clase de reparto se denomina *transmutación*.

Hay estrategias más referidas al poder o a la cooperación, más autoritarias o autónomas. La apertura a la juridicidad de los repartos autónomos amplía las posibilidades de la estrategia jurídica. Si se opta por la contratación hay una estrategia de mayor autonomía, cuando se recurre a los tribunales se desarrolla una estrategia de mayor autoridad. Acudir a los tribunales para ejecutar un contrato es una estrategia de transmutación.

7. Los repartos pueden presentarse en condiciones de *orden* o de *desorden*. El orden se denomina también *régimen*. Orden y desorden son escenarios sociales de estrategia. El orden de repartos puede producirse de manera *planificada*, donde se indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, o por *ejemplari-*

dad, desenvuelta mediante el seguimiento de repartos que se consideran razonables. La planificación suele manifestarse en constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, etcétera, y cuando está en marcha realiza el valor previsibilidad. La ejemplaridad se concreta en la costumbre, la jurisprudencia, los usos, etcétera, y satisface el valor solidaridad. El régimen realiza el valor-orden. El desorden, denominado anarquía, realiza el “disvalor” arbitrariedad. Existen estrategias más referidas al orden, a través de la planificación o la ejemplaridad, o al desorden.

Los órdenes suelen tener *hitos* que constituyen puntos de afirmación estratégicos³⁷. Los regímenes pueden *cambiar* en condiciones de *revolución*, donde varían los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto; de *evolución*, en la que se modifican los supremos criterios de reparto, y de “golpe”³⁸, donde son reemplazados los supremos repartidores. Existen estrategias revolucionarias, evolutivas y de golpe. La capacidad estratégica suele relacionarse directamente con la capacidad de cambio.

Los órdenes de repartos suelen diferenciarse en *subórdenes* con planes y ejemplaridades propios. Los regímenes abarcan más sentidos estratégicos, los subórdenes y los repartos tienen más sentidos tácticos. La estrategia depende de la construcción de órdenes y subórdenes adecuados.

Los cambios producidos en la juridicidad argentina en 1853 y 1955 manifestaron estrategias revolucionarias, en la reforma constitucional de 1994 hubo una estrategia evolutiva.

8. Los repartos y sus órdenes se desenvuelven dentro de *límites necesarios*, que surgen de distribuciones y repartos, en gran medida de los factores de poder de la realidad social con que se forma la constitución material³⁹. Se desarrollan según *límites voluntarios* establecidos por los repartidores, cuyo éxito depende de los límites necesarios.

Los límites necesarios pueden ser *generales* o *especiales*. Los lí-

³⁷ Es posible *ampliar* en nuestro trabajo *Aportes a la culturología jurídica. Los hitos y los paradigmas de la cultura jurídica*, en *Investigación...* cit., N° 38, 2005, ps. 9/49, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd38_3.pdf, 31-5-2014.

³⁸ A veces se expresa “golpe de Estado”.

³⁹ Es posible ver LASSALLE, Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Roces, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1957.

mites generales, de todos los repartos, son de carácter físico, psíquico, lógico, sociopolítico y socioeconómico, y los *especiales* se presentan en los repartos proyectados en cuestiones vitales, donde al tiempo del cumplimiento los proyectos son replanteados con resultados de mantenimiento o cambio.

Toda teoría jurídica se desenvuelve en el juego de factores de poder, con límites voluntarios y necesarios. Por ejemplo, la teoría de la exégesis encuentra límites necesarios cuando se producen grandes cambios en la realidad social.

Una acertada estrategia jurídica ha de establecer adecuadamente los límites voluntarios dentro de los límites necesarios. Debe aprovechar todos los espacios que brinden los límites necesarios y hacer que éstos se adecuen en la mayor medida posible. La quiebra es normalmente la expresión del fracaso de una estrategia, no sólo económica sino también jurídica.

9. Las *categorías básicas* de la dimensión sociológica del mundo jurídico son la *causalidad*, la *finalidad “objetiva”* que “encontramos” en los acontecimientos, la *finalidad subjetiva*, la *posibilidad*, la *realidad* y la *verdad*⁴⁰. Todas, menos la finalidad subjetiva, son “pantónomas” (pan = todo; nomos = ley que gobierna), es decir, se refieren a la totalidad de sus manifestaciones. Como dicha pantonomía nos es inalcanzable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarla donde no podemos saber o hacer más, produciendo *certeza*.

El juego de la finalidad objetiva lleva a considerar la posibilidad de perder unas potencias (“derechos”) para ganar otras, de “resignificar” las pérdidas. Se dice que más vale un mal arreglo que un buen pleito. El avance en el conocimiento de la posibilidad se logra a través del cálculo de las probabilidades. La posibilidad permite encontrar vías “alternativas”. La relación de la posibilidad con la finalidad objetiva y subjetiva se muestra en el *riesgo*, especialmente significativo en nuestro tiempo⁴¹. Es posible que ocurra lo indeseado.

⁴⁰ En la referencia a la finalidad encuentran principal asidero las concordancias y las contradicciones.

⁴¹ Suele afirmarse que la nuestra es una sociedad del riesgo, es posible ver por ej., BECK, ob. cit.

Se obtiene *éxito* cuando la finalidad subjetiva del repartidor se concreta en la causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad⁴², la realidad y la verdad⁴³. El éxito permite referirse a la adecuación. En caso contrario, se produce el fracaso. El triunfo de la causalidad y la finalidad objetiva sobre la finalidad subjetiva es afín a la idea de fatalidad.

Las categorías aclaran la estrategia. Con especial atención a la posibilidad es relevante que la estrategia sea sostenible y oportunamente modificable⁴⁴. Dada la pantonomía de las categorías los juicios acerca del éxito y el fracaso sólo pueden construirse en relación con la finalidad subjetiva; existen éxitos y fracasos de cierto modo “preterintencionales”.

Quizás quepa considerar, que si se piensa en la estrategia del proyecto de la Organización Nacional la evaluación del éxito era más favorable a comienzos del siglo XX que en parte del tiempo posterior. Parece que el gran proyecto estratégico específico de Sarmiento⁴⁵ no tuvo, al fin, el resultado que él pretendió.

b) *Dimensión normológica*

10. Con miras a mantener permanentemente integradas las tres dimensiones, el trialismo construye la noción de *norma* como captación lógica de un *reparto proyectado* hecha desde el punto de vista de un tercero⁴⁶. Este punto de vista de un tercero permite que, a diferencia de las construcciones predominantes, que desarrollan un “deber ser”, en sentido amplio una prescripción, la norma trialista tenga sentido de *promesa* de que algo ha de ocurrir. Sea cual fuere la terminología utilizada en la fuente formal (constitución formal, ley, decreto, sentencia, contrato, etc.) la lógica normativa se edifica con el sentido de que lo establecido “será”. Se puede efectuar y se efectúa la captación “prescriptiva”⁴⁷, pero el centro de la atención está en la “promesa” de

⁴² Es relevante el aprovechamiento de la posibilidad.

⁴³ También hay repartos superados, donde la finalidad objetiva ocurre no por el obrar del repartidor sino por otras causas.

⁴⁴ En relación con el tema suele hacerse referencia a la flexibilidad estratégica.

⁴⁵ En cuya evaluación no es necesario ignorar, por ejemplo, las debilidades por los excesos verbales del autor.

⁴⁶ Se dice a veces captación lógica “neutral” de un reparto proyectado.

⁴⁷ Por ejemplo en el “imperativo”.

que lo proyectado será. Cuando lo establecido en la norma se realiza, ésta es exacta y la *exactitud* es una cualidad de integración altamente valorada. También son relevantes las referencias normo-sociológicas que brindan la *fidelidad*, cuando las normas reflejan con acierto el contenido de la voluntad de los autores; la *efectividad*, que se produce cuando se satisfacen los objetivos perseguidos y el *impacto* que tienen las normas en el conjunto del ordenamiento. Hay normas que son exactas porque se cumplen pero en la finalidad objetiva no logran lo que se desea, esto disminuye su efectividad. La exactitud, la fidelidad, la efectividad y el impacto de las normas son perspectivas de interés para la estrategia.

Las normas del Código Civil tienen enorme impacto y en general hasta ahora son más exactas que las del Derecho Penal (v. gr. en cuanto a las características de las cárceles). Durante largo tiempo tal vez, las normas de los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional se han destacado entre las de mayor impacto en la estrategia jurídica del país.

11. Según el tiempo pasado o futuro en que los casos se sitúen, las normas son *individuales* o *generales*. Habitualmente las sentencias contienen normas individuales y las leyes normas generales. Sin embargo, las sentencias vinculantes para casos futuros contienen normas generales y las leyes pueden contener normas individuales, por ejemplo, si otorgan pensiones graciales por méritos ya realizados. Las normas individuales realizan el valor inmediatez y las generales el valor predecibilidad. Las estrategias pueden contener tácticas de pasado y de futuro.

En países como la Argentina la estrategia da tradicionalmente gran importancia a las normas generales de la legislación. Sin embargo, parece abrirse camino, con debatible idoneidad estratégica, una mayor intervención judicial.

12. Las fuentes de las normas son *reales* o *de conocimiento*. Las fuentes reales son *materiales*, que consisten en la realidad misma de los repartos, o *formales*, que son “autobiografías” (relatos) de la realidad de los repartos hechas por los propios repartidores. El discurso acerca de las fuentes suele tener valor estratégico importante, por ejemplo la referencia a la divinidad, a la razón o a la obra humana: la remisión a la divinidad o a la razón tiene un peso consagratorio diverso de la

admisión del obrar humano. El trialismo evidencia que, como todos los relatos, las fuentes formales pueden ser distintas de la realidad material. En cuanto a los relatos normativos cabe traer nuevamente a colación lo que se dice de los repartos históricos: si la historia la escriben los que ganan, eso quiere decir que hay otra historia: la verdadera historia..., si las normas las escriben los que pueden, eso quiere decir que hay otra realidad.

Hay fuentes formales más o menos flexibles o rígidas, elásticas o inelásticas y participativas, de mayor o menor jerarquía, todo en lo formal y lo material⁴⁸. El empleo de diversas fuentes formales corresponde a decisiones estratégicas. Por ejemplo, para obtener una mayor rigidez suele ser conveniente procurar que las soluciones a defender estén en las constituciones, para contar con una mayor flexibilidad puede ser útil valerse más de decretos y resoluciones administrativas.

Las fuentes de conocimiento constituyen la *doctrina*, integrada por tratados, manuales, tesis, monografías, informes y ensayos, libros, artículos de revistas, etcétera. Cada opción en cuanto a fuentes de conocimiento es una decisión estratégica. La estrategia jurídica de la exégesis pretendía someter la doctrina a la legislación. La redacción de un tratado tiene una estrategia diferente a la redacción de un manual. Estas perspectivas se vinculan también con las estrategias editoriales.

13. Para que los *repartos proyectados* se hagan *repartos realizados* es necesario que se produzca un complejo proceso de *funcionamiento* de las normas, que integra tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis y otra “transversal” de argumentación. Asimismo cabe referir, además del funcionamiento formal el funcionamiento *conjetural*, en base al cual se adopta la mayoría de las decisiones. El funcionamiento es también un proceso estratégico. Cada posición en el funcionamiento y respecto de él es una posición estratégica, marco en el que la estrategia argumentativa posee destacada significación⁴⁹. Esta comprensión permite advertir mejor los significados de las teorías del funcionamiento de las normas.

⁴⁸ Hay fuentes de normas cabalmente tales, otras de normas programáticas y otras de mero espectáculo. Importa evitar las desviaciones “ideales” productoras, por ejemplo, de inflación normativa.

⁴⁹ Es posible ver por ej., CHAUMET, Mario E., *Estrategia de la argumentación*

El funcionamiento contiene una *relación* social a menudo tensa entre los autores de las normas (v. gr., los legisladores) y los encargados de su funcionamiento (v. gr., los jueces). Según lo ya expuesto, la estrategia de la exégesis procura una defensa directa de los intereses que motivan las normas limitando las posibilidades de los jueces, en quienes no se confía. La construcción kelseniana busca una defensa indirecta de los intereses que motivan las normas ampliando el desempeño de jueces confiables. También es amplio el papel de los jueces en las teorías, más o menos jusnaturalistas, del rechazo de la injusticia extrema, del razonamiento por principios y del neoconstitucionalismo⁵⁰.

Cada despliegue del funcionamiento se produce en la constitución formal y en la constitución material. El aumento del protagonismo de los jueces significa también que en la constitución material han de contar con la fuerza necesaria para desarrollarlo. Por ejemplo, sólo se podrá concretar el incremento del poder de los jueces del neoconstitucionalismo si cuentan con la fuerza necesaria para actuar y rechazar el incremento de las presiones que se ejercerán sobre ellos. Sería ingenuo pensar que podrán hacer más sin tener un equilibrio de fuerzas que les sea más favorable.

La estrategia funcional del trialismo procura diferenciar quiénes son los repartidores durante el proceso repartidor del funcionamiento. Por esto, en su versión original goldschmidtiana refiere la interpretación a la auténtica voluntad de los autores y luego evidencia cuándo los encargados del funcionamiento se apartan de ellos declarando la existencia de carencias y elaborando normas, sobre todo cuando esta tarea se hace por heterointegración del ordenamiento. Importa de manera destacada evidenciar el funcionamiento en la vida concreta de los seres humanos.

Las máximas situaciones de poder formal de los encargados del funcionamiento se producen cuando rechazan las normas porque las consideran injustas (producen carencias dikelógicas) e integran con sentidos de valor ajenos al ordenamiento (heterointegración). Su mayor poder fáctico, en gran medida por ser oculto, está en la subsunción

judicial, en *Investigación...* cit., N° 46, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD46_5.pdf, 31-5-2014.

⁵⁰ Suele hacerse referencia a neoconstitucionalismos.

de los casos en las normas. Su mayor desafío está en la necesidad de contar con la fuerza necesaria para cambiar la realidad social efectivizando la consecuencia jurídica.

La estrategia funcional es uno de los desenvolvimientos de mayor importancia en la estrategia jurídica.

14. La captación de los repartos proyectados efectuada por las normas significa que al propio tiempo que los describen los *integran* mediante *conceptos* que les dan precisión y les incorporan sentidos⁵¹ en base a los cuales en principio se actúa. Los conceptos pueden ser más institucionales o negociales, es decir más o menos cargados de ideología y menos o más disponibles para las partes. Es relevante no abusar de las funciones integradoras de las normas pretendiendo crear con ellas realidades en verdad inexistentes.

Hay despliegues estratégicos conceptuales, por ejemplo, cuando para jerarquizar las uniones igualitarias se exigió que fueran declaradas matrimonios. El éxito y el fracaso son categorías aplicables también a los despliegues estratégicos conceptuales.

15. El *ordenamiento normativo*, captación lógica de un orden de repartos, es escenario lógico de una estrategia. Puede construirse mediante *relaciones* entre normas desplegadas en sentidos verticales y “horizontales”⁵², en ambos casos de producción y de contenido. Las relaciones verticales de producción realizan el valor subordinación, las vinculaciones verticales de contenido satisfacen el valor ilación, las relaciones horizontales de producción realizan el valor infalibilidad y las vinculaciones horizontales de contenido satisfacen el valor concordancia. El conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia. Estas construcciones son vías para la edificación de la estrategia normativa. En la cúspide de los ordenamientos suelen colocarse las normas de constituciones formales que orientan la estrategia general.

El ordenamiento normativo puede diferenciarse en *subordenamientos* que tienen relativa autonomía, con principios y posibilidades de

⁵¹ Producen materializaciones personales y reales.

⁵² Llamamos “horizontales” a todas las relaciones que no son verticales, aunque sean “oblicuas” como las que se producen entre las normas de resoluciones administrativas y las normas penales legales que las garantizan.

analogía propios, que prevalecen sobre los de otros subordenamientos⁵³. La estrategia jurídica suele apoyarse en gran medida en la diferenciación de subordenamientos, por ejemplo, haciendo prevalecer en muchas cuestiones laborales al ordenamiento del trabajo sobre el civil.

Según la actitud que deban asumir los encargados del funcionamiento ante las lagunas, los ordenamientos son *meros órdenes*, cuando deben consultar a los autores; *sistemas formales*, donde han de aplicar reglas de cierre, por ejemplo, absolviendo a los reos, y *sistemas materiales*, cuando pueden resolver según lo consideren valioso, por autointegración o heterointegración. Las fuentes habituales de los meros órdenes son recopilaciones y las de los sistemas son codificaciones. En los meros órdenes el poder residual corresponde a los autores del ordenamiento, en los sistemas formales se asigna a las personas protegidas por el cierre y en los sistemas materiales se atribuye a los encargados del funcionamiento. Hay estrategias normativas posibles de los tres tipos. Mucho depende de la confianza que reine entre autores, sociedad y encargados del funcionamiento. El ordenamiento argentino evidencia, según el artículo 15 del Código Civil, una estrategia sistemática.

c) *Dimensión dikelógica*

16. Según la propuesta integrativista tridimensionalista trialista, la dimensión dikelógica incluye un complejo de valores que culmina en la *justicia*. Otros valores cuya presencia en esta dimensión resulta muy relevante en nuestro tiempo son la utilidad, la verdad y el amor. Según nuestro parecer, la justicia ha de ser considerada relativamente preferible a estos otros valores, pero su preferencia es específica del ámbito jurídico, no definitiva. Incluso cabe hacer referencia a un valor “supremo” que es la humanidad, la perfección de nuestro ser. Todos los otros valores han de aportar a su realización.

Atendiendo sobre todo a la jerarquía que se les adjudique, los valores pueden presentarse en *relaciones* legítimas, de coadyuvancia o susti-

⁵³ Por ejemplo, si hay una laguna en Derecho del Trabajo los principios y la analogía propios han de prevalecer sobre los del Derecho Civil.

tución, e ilegítimas, de secuestro. La coadyuvancia puede desenvolverse en sentido vertical ascendente o descendente, de contribución (por ejemplo entre la justicia, el orden y el poder) o en sentido relativamente “horizontal”, de integración (v. gr., entre la justicia, la utilidad y el amor). Las relaciones de sustitución se producen cuando un valor ocupa el lugar de otro (por ejemplo, cuando se opta por la realización profesional a través de la justicia en la abogacía o de la salud en la medicina). El secuestro puede ser ascendente, de subversión (v. gr., cuando el poder se alza contra la justicia), descendente, de inversión (por ejemplo cuando la justicia exagerada debilita las bases de orden y poder en que ha de apoyarse) y de arrogación si un valor se atribuye el material que corresponde a otro (v. gr. si la utilidad se atribuye el material de la justicia, o a la inversa).

La estrategia jurídica ha de adoptar decisiones legítimas en cuanto a las relaciones entre los valores. La estrategia alberdiana se apoyaba en una fuerte integración de la justicia y la utilidad. Los años setenta del siglo XX argentino fueron marco de sorprendentes subversiones del poder y el orden contra la justicia.

17. Siguiendo el camino de las *clases* de Aristóteles, es posible reconocer diferentes senderos para pensar la justicia. Con referencia a especificidades vinculadas a repartos aislados y al régimen (en cuanto a repartidores, beneficiarios, objetos, forma y razones) es posible apreciar diez parejas de clases: la justicia consensual y extraconsensual⁵⁴; con o sin consideración de personas⁵⁵; simétrica y asimétrica⁵⁶; monogal o polilogal⁵⁷ y conmutativa o espontánea⁵⁸; “parcial” o gubernamental⁵⁹; sectorial o integral⁶⁰; de aislamiento o participación, relativa o absoluta y particular o general⁶¹. Además es posible reco-

⁵⁴ Pensada con referencia al consenso o sin ella.

⁵⁵ Referida a roles recortados o a personas en su integridad.

⁵⁶ De fácil o difícil comparabilidad de las potencias y las impotencias. La moneda es un gran elemento simetrizador.

⁵⁷ Con una razón o más de una.

⁵⁸ Con o sin “contraprestación”.

⁵⁹ Proveniente de la parte o del todo.

⁶⁰ Dirigida a parte o al todo.

⁶¹ Referida a los particulares o al conjunto (diverso al todo). La justicia general suele ser considerada bien común.

nocer la justicia “de partida”, “de llegada”⁶² y “de tránsito”, rectora o correctora y de equidad.

Todos esos caminos son posibilidades para pensar valorativamente la estrategia jurídica. Dentro del capitalismo, las estrategias tienden a ser más consensuales, sin consideración de personas, simétricas, monologales y conmutativas, de aislamiento y particulares.

18. La justicia es un valor ampliamente exigente, que pretende realizarse en *todas* las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Es más, se diversifica en complejos en lo material, personal, espacial y temporal y atendiendo a quiénes reciben las consecuencias. Esta amplitud le asigna carácter “pantónomo” y, como tal proyección nos es inabordable porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de “fraccionar” la justicia donde no podemos conocer o hacer más, produciendo seguridad jurídica.

La estrategia jurídica se desarrolla según fraccionamientos de la justicia. En nuestros días el debate acerca de la pantonomía de la justicia presenta una intensidad muy significativa en el ámbito penal. Hay quienes, considerando la “estructura” de la sociedad y un igualitarismo básico, piensan que quienes han sido fuertemente desfavorecidos en la condición social no deben ser “agravados” con penas, que en cierta medida deben fraccionarse sus delitos y han de obtener más seguridad al respecto. Hay quienes atienden más a la particular condición de las víctimas de los delitos, fraccionando la inferioridad social de los posibles delincuentes con más seguridad para las víctimas.

19. La “lógica” de la justicia, que acabamos de referir, permite su consideración por corrientes que afirman cualquier contenido⁶³. Incluso las *preguntas* acerca de los contenidos son utilizables por todas las referencias a la justicia. En cambio, los contenidos abren camino a múltiples posiciones diversas y a debates de muy difícil solución. Es por esto que, pese a que Werner Goldschmidt, fundador del trialismo, presentó el contenido de la justicia con carácter objetivo y natural, procuramos salvar la discusión al respecto proponiendo una “construcción” válida entre quienes la asuman como base para consideraciones

⁶² La justicia de partida proyecta lo existente, la de llegada somete lo existente al objetivo final.

⁶³ Es posible *ampliar* en nuestra *Metodología Dikelógica* cit.

de rigor científico. Según esta propuesta, los contenidos de la justicia son despliegues de una dikelogía “constructiva”. En este sentido *construido* adoptamos el principio supremo propuesto por Goldschmidt de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para convertirse en *persona*. No pretendemos demostrar que sea el contenido correcto, simplemente lo proponemos como base para avanzar con quienes lo acepten. Ese contenido se puede referir a la justicia de los repartos aislados y del régimen⁶⁴. La adopción de un contenido de la justicia es una de las decisiones más relevantes de la estrategia jurídica.

20. La justicia de los *repartos* aislados puede analizarse con los mismos criterios de la consideración de la dimensión sociológica, en cuanto a repartidores, beneficiarios, objetos, forma y razones.

La justicia de la calidad de *repartidores* tiene dos grandes líneas de referencia: la autonomía, o sea el acuerdo de los interesados, y la aristocracia, es decir, la superioridad moral, científica y técnica. La autonomía tiene figuras “menores” que existen a su sombra: la para-autonomía, consistente en el acuerdo de los interesados en cuanto al desempeño de los repartidores, como se presenta en el arbitraje; la infraautonomía, o sea el acuerdo de la mayoría, según sucede en la democracia, y la criptoautonomía, es decir el acuerdo que brindarían los beneficiarios en caso de conocer los repartos, como suele ocurrir en la gestión de negocios ajenos sin mandato.

La justicia de la calidad de *beneficiarios* se refiere principalmente a la necesidad y la conducta. En el primer caso se trata de merecimientos y en el segundo de méritos. La justicia de los *objetos* de reparto (potencias e impotencias) abarca múltiples problemas referidos de modo destacado a la vida y a la propiedad. Las cuestiones acerca de la vida se remiten a su comienzo y su fin; a dar y quitar vida propia o ajena, etcétera. La *forma* de los repartos es considerada justa en la medida que, por vías de proceso o negociación, concreta la audiencia de los interesados. Las *razones* justas del reparto constituyen su fundamentación.

⁶⁴ Con mayor amplitud, consideramos que puede atenderse también a la justicia de las normas aisladas y del ordenamiento normativo. La versión más amplia del trialismo que sostenemos puede ver por ej. en nuestra *Metodología jurídica* cit.

La estrategia jurídica abarca decisiones en cuanto a la justicia de los repartos en todos estos aspectos. Puede atender más a la autonomía o a la aristocracia, los merecimientos o los méritos, los diversos despliegues de la vida y la propiedad, la audiencia y la fundamentación. La estrategia de la Organización Nacional se refería en mucho a la fuerza legitimante de los méritos y a la propiedad.

21. La justicia del *régimen* requiere que sea *humanista* y no totalitario, considerando a cada individuo como un fin y no como un medio. El humanismo puede ser abstencionista, en principio preferible, o intervencionista. Para concretar el humanismo es necesario atender a la *unicidad*, la *igualdad* y la pertenencia a la “comunidad” de todos los seres humanos. En principio, la unicidad se vincula especialmente con el liberalismo político, la igualdad se relaciona más con la democracia y la pertenencia a la comunidad con la *res publica*. En la Argentina se ha ido pasando en los últimos tiempos de una estrategia más abstencionista y de unicidad, a otra más referida a la igualdad y de pertenencia a la comunidad.

Los *medios* para la realización del régimen de justicia han de desarrollar la *protección* del individuo contra todas las amenazas. El amparo frente a las posibilidades de ataques de los demás individuos (principalmente con el Derecho Civil, Comercial, del Trabajo, Penal, Administrativo, Internacional, de la Salud, de la Educación, Ambiental, Procesal, etc.). Respecto del régimen como conjunto, fortaleciendo al individuo y debilitando al régimen: mediante los derechos humanos y las garantías y el debilitamiento del régimen a través de su división en el territorio (v. gr., el federalismo), la materia (por ejemplo, en la autarquía), el tiempo (v. gr., la periodicidad de funciones) y las personas (por ejemplo, en roles familiares, laborales, etc., diversos). Excepcionalmente se ha de proteger contra el propio individuo (v. gr., en atención a su pasado transgresor). Al fin se ha de resguardar contra todo “lo demás” (por ejemplo, enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, desocupación, etc., a través del Derecho de la Salud, de la Seguridad Social, de la Educación, de la Ciencia, del Arte, etc.). Las vías de amenaza pueden servir también para la protección. Al fin, por ejemplo, han de intervenir en este sentido el régimen, la sociedad civil, los demás individuos y sobre todo el propio individuo.

La estrategia jurídica ha de hacerse cargo de los requerimientos del humanismo, de la unicidad, la igualdad y la comunidad y de la protección de todos los individuos. En la Argentina actual hay fuertes discrepancias estratégicas entre quienes invocan la protección contra lo demás con sacrificio del amparo respecto del régimen y quienes invocan una mayor integración de las dos vías.

2. Especificidades

22. Según la propuesta de construcción trialista del objeto de la ciencia jurídica todo el Derecho es tridimensional, pero presenta especificidades en la *materia*, el *espacio*, el *tiempo* y las *personas*. Las especificidades se diferencian por rasgos propios en las tres dimensiones, aunque al fin suelen evidenciarse más en particulares exigencias de justicia.

Las especificidades en la *materia* constituyen ramas del Derecho, algunas son más *tradicionales*, como el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo y las dos vertientes del Derecho Internacional. Otras son más *nuevas*, impulsadas en gran medida por el reconocimiento de los derechos humanos, como el Derecho de la Salud y el Bioderecho, el Derecho de Menores, el Derecho de la Ancianidad, el Derecho Ambiental, el Derecho de la Ciencia y la Técnica, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Seguridad Social, etcétera. La consideración de las diversas ramas en su conjunto, que se enriquece a través del análisis de casos abiertos y otros ya resueltos (reales o imaginarios) es tarea de la teoría general del Derecho en su dimensión “abarcadora”, distinta de la teoría general del Derecho orientada a los rasgos comunes a todo lo jurídico.

Las especificidades en el *espacio* se presentan en distintos sistemas territoriales, consideradas principalmente por el Derecho Comparado, cuyos contactos se desenvuelven de manera destacada en el Derecho Interregional y el Derecho Internacional.

Las especificidades en el *tiempo* se presentan en la temporalidad

jurídica, considerada en la Historia del Derecho y resuelta en el Derecho Intertemporal.

Las especificidades en las *personas* se expresan en los perfiles jurídicos interrelacionados de todos los individuos, resueltos en el Derecho Interpersonal⁶⁵.

La estrategia jurídica ha de atender a las particularidades del Derecho en la materia, el espacio, el tiempo y las personas, resolviéndolas adecuadamente. Uno de los despliegues estratégicos que tienen relativamente más reconocimiento tradicional es el procesal. En qué términos materiales, a quién, dónde, cuándo y se ha de demandar son cuestiones estratégicas de frecuente reconocimiento⁶⁶. Sin embargo, todos los despliegues referidos tienen relevancia estratégica.

Las estrategias liberales suelen apoyarse más en el Derecho Civil y el Derecho Comercial; las socialistas se remiten más al Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social⁶⁷. Las primeras son más ultraactivistas y las segundas más retroactivistas. Las liberales se refieren más a los pronombres singulares y consideran más las diferencias con las terceras personas (él y ellos); las socialistas hacen más remisión al nosotros.

III. La estrategia en el horizonte del mundo político

23. Según la propuesta de construcción que sostenemos, el mundo jurídico resulta *integrado* en la *tridimensionalidad* del mundo político. El mundo político consta de actos de coexistencia (*dimensión sociológica*) captados por normas (*dimensión normológica*) y valorados por el complejo de los valores de convivencia⁶⁸ (*dimensión axiológica*). En una perspectiva más dinámica, se trata de la actividad vinculada

⁶⁵ Es relevante considerar el perfil jurídico de cada ser humano.

⁶⁶ Con miras a la mejor referencia a la estrategia puede interesar la consideración de nuestros *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1976, reedición en *Investigación...* cit., N° 37, ps. 85/140, Cartapacio: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/959/793>, 30-5-2014.

⁶⁷ La diferenciación entre el Derecho de la Previsión Social y el de la Seguridad Social corresponde en el segundo a una acentuación del sentido social.

⁶⁸ Consideramos convivencia a la coexistencia valiosa.

al aprovechamiento de las oportunidades para realizar actos de coexistencia captados por normas y valorados por el complejo de valores de convivencia⁶⁹.

El mundo político es siempre tridimensional, pero se diferencia en *ramas* distintas en las tres dimensiones, referidas al fin a consideraciones de valor diversas: política jurídica (valor justicia; el Derecho), política sanitaria (salud), política económica (utilidad), política erótica (amor), política científica (verdad), política artística (belleza), política religiosa (santidad), política educacional (desarrollo sistemático de los valores), política de seguridad (recorte de los valores), política cultural (consideración del complejo de los valores), etcétera.

Existe una estrategia política, diversificada en cada una de las ramas. La estrategia jurídica ha de comprenderse y desarrollarse también en el campo de la estrategia política. Hay modelos estratégicos más juridicistas, economicistas, religiosos, etcétera. La estrategia jurídica argentina ha encontrado reiteradas dificultades en la integración con la política económica.

IV. Conclusión

24. El Derecho posee amplias perspectivas estratégicas. Es importante que los juristas recuperen y desarrollen las aptitudes al respecto y la propuesta de construcción del objeto jurídico del integrativismo tridimensionalista trialista posee relevante significación. La formación estratégica de los juristas tiene, ella misma, alto valor estratégico.

Al fin el Derecho y la vida en su totalidad son despliegues de estrategia. *La vida es de modo relevante una gran estrategia*. Importa que cada ser humano pueda construir su propia estrategia jurídica y vital.

⁶⁹ Es posible ver por ej. *Derecho y política* y *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política* cit.

DERECHO DE LA VEJEZ Y SALUD MENTAL: LUCES Y SOMBRAS DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA EN TORNO AL NUEVO PARADIGMA DE LA CAPACIDAD

por MARÍA ISOLINA DABOVE¹
y ROSANA G. DI TULLIO BUDASSI²

SUMARIO: I. La globalización de la vejez. II. La vejez no siempre es senil: a cada situación su nombre. III. El camino de los jueces. IV. Hacia la nueva capacidad: aspectos normativos y valorativos. V. Reflexión final.

Resumen

Los cambios demográficos y la evolución científico-tecnológica en el área de la salud mental han provocado que los sistemas jurídicos se vean envueltos en una crisis de funcionamiento, con respecto al reconocimiento de la capacidad de las personas mayores. En Argentina, la normativa vigente en este campo no capta la multiplicidad de si-

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora del CONICET y profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora y directora del Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad (Universidad Nacional de Rosario). Profesora en la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de Córdoba (isolina-dabove@gmail.com).

² Abogada, vicedirectora del Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Jefa de Trabajos Prácticos en las asignaturas: Derecho de Familia, Derecho de la Vejez y Taller de Derecho Civil, de la misma casa de estudios (rosanadt@yahoo.com.ar).

tuaciones grises o fronterizas en las cuales se ven envueltas las personas mayores. Estas situaciones suelen vincularse a aspectos del ejercicio cotidiano de sus derechos que no requieren necesariamente de mecanismos restrictivos de su capacidad de obrar.

En este trabajo nos referiremos a la vulnerabilidad física y mental de las personas mayores que pueden derivar en situaciones de dependencia o discapacidad, mal interpretadas como causales de insania o inhabilitación. Así también, realizaremos un análisis cualitativo y panorámico de los caminos transitados por los jueces argentinos en esta materia, antes y después de la Convención Internacional de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad y la Ley Nacional de Salud Mental.

Abstract

Demographic changes and scientific and technological developments in the area of mental health have caused an important crisis in the Legal System, regarding the recognition of the ability of older people. In Argentina the regulation in this field, does not capture the borderline situations, in which older people are involved. These situations are often linked to aspects of the daily exercise of their rights that do not necessarily require restrictive mechanisms of their capacity to act.

In this paper, we refer to the physical and mental vulnerability of the elderly that can lead to situations of dependency or disability misinterpreted as causes of insanity or unfitness. As well, we will make a qualitative and panoramic analysis of the Argentinian jurisprudence in this matter, before and after the International Convention on Human Rights of Persons with Disabilities and the National Mental Health Act.

Palabras clave

Derecho de la Vejez. Salud Mental. Derechos Humanos.

Keywords

Elder Law. Mental Health. Human Rights.

I. La globalización de la vejez

En nuestro tiempo, la ancianidad se nos presenta como una etapa perfectamente esperable³, acorde con la profundización del fenómeno del *envejecimiento poblacional* que hoy, además de ser *global*, es *multigeneracional*. Este fenómeno se caracteriza por: 1) La coexistencia simultánea de tres o cuatro generaciones, constitutivas de una misma familia: bisabuelos, abuelos, padres e hijos. 2) La convivencia de dos generaciones sucesivas de personas envejecidas y vinculadas por lazos de familia: hijos de sesenta y tantos años, con padres que han superado los ochenta. 3) La coincidencia de dos generaciones alternas de familia: abuelos y nietos⁴. La vejez supone, así, una serie de modificaciones a nivel físico, psíquico y ocupacional de la persona, que se traduce en un cambio en la autovaloración, en la relación con la sociedad y,

³ Se recomienda consultar: CELADE, ONU; *Observatorio demográfico. Envejecimiento poblacional*, Año VI, N° 12, octubre de 2011, donde se da cuenta del envejecimiento poblacional en América Latina; y los cuadros de población resultantes del censo 2010 en Argentina, disponible en http://www.censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos_totalpais.asp.

⁴ DABOVE, María Isolina y DI TULLIO BUDASSI, Rosana G., *Familias multigeneracionales y derecho de alimentos en los geriátricos: nuevos escenarios de responsabilidad jurídica familiar en la vejez*, en J. A. Núm. Esp.: *El Derecho en los geriátricos*, dir. por Alejandro P. F. Tuccio y coord. por María Isolina Dabove, 2011-III, fasc. 13, p. 71. Respecto del fenómeno del multigeneracionismo se recomienda consultar a la mentora del estudio de este fenómeno: DABOVE, María Isolina, *Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez*, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 40, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, julio/agosto de 2008, ps. 39 a 541; o bien: DABOVE, María Isolina y DI TULLIO BUDASSI, Rosana G., *Familias multigeneracionales y derecho de alimentos en la vejez: nuevas construcciones jurídicas para la libertad y la dignidad*, y *Del envejecimiento global al derecho de la vejez: hacia una Convención Internacional de Derechos Humanos para las Personas de Edad*, ambos trabajos publicados digitalmente por el IV Congreso Internacional: *El derecho a envejecer: Ciudadanía, integración social y participación política de las personas mayores*, Dijón, Francia, 25 al 27 de enero de 2012 ; también puede verse por las mismas autoras: *Familias multigeneracionales y derecho de alimentos en la vejez: nuevos conflictos sociales, nuevas construcciones jurídicas*, publicación digital (CD) del “XI Congreso Nacional y I Latinoamericano de Sociología Jurídica y Coloquio Internacional: Multiculturalismo, Identidad y Derecho”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 7 al 9 de octubre de 2010.

principalmente, en su inserción familiar⁵, de consecuencias no siempre positivas para su salud mental (*gerontolescencia*)⁶. Por ello, el Derecho de la Vejez, junto a las futuras Convenciones Internacional y Americana de Derechos Humanos de las Personas Mayores, se tornan herramientas indispensables para hacer frente a las crecientes demandas de protección especial, ya *imposibles de ignorar*⁷.

En este trabajo nos referiremos a la vulnerabilidad física y mental de las personas mayores que pueden derivar en situaciones de dependencia o discapacidad, mal interpretadas como causales de insania o inhabilitación.

II. La vejez no siempre es senil: a cada situación su nombre⁸

La Gerontología actual que compartimos define a la vejez como un estadio normal del desarrollo, dejando de lado el prejuicio que asocia “vejez a enfermedad”⁹. Tampoco la identifica con incapacidad, ni con dependencia¹⁰ pues, la edad por sí no modifica la capacidad

⁵ *El envejecimiento de la población es un cambio profundo que tiene repercusiones en todas las facetas de la vida humana. En lo económico, el envejecimiento de la población incide en el crecimiento, el ahorro, las inversiones, el consumo, los mercados de trabajo, las pensiones, la tributación y las transferencias intergeneracionales. En lo social, influye en la composición de la familia y las modalidades de convivencia, la demanda de vivienda, las tendencias de la migración, la epidemiología y los servicios de atención de la salud. En lo político, puede alterar los patrones de voto y la representación*, en CELADE, ONU; *Observatorio demográfico...* cit., p. 13.

⁶ KALACHE, Alexander, *Entrevista*, en <http://www.lanacion.com.ar/1629017-alexandre-kalache-estamos-creando-una-nueva-etapa-de-la-vida-que-antes-no-existia-yo-lo-llamo-gerontolescencia>, La Nación, 14-10-2013, p. 18; IACUB, Ricardo, *Identidad y envejecimiento*, Paidós, Buenos Aires, 2011.

⁷ BOBBIO, Norberto, *De senectute*, trad. de Esther Benítez, Taurus, Madrid, 1997, p. 27.

⁸ DI TULLIO BUDASSI, Rosana G., *Derecho de Familia*, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, N° 56, septiembre de 2012, ps. 23-37.

⁹ BASILE, Héctor, *Envejecimiento normal y patológico. Psicología y sociología*, en *Conceptos*, Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino, 1998, Año 73, N° 1, ps. 5-17.

¹⁰ Libro Blanco, *Atención a las personas en situación de dependencia en España*, 1ª ed., IMERSO, España, 2005, p. 23: *La evidencia empírica disponible muestra que existe una estrecha relación entre dependencia y edad, pues el porcentaje de individuos*

de las personas¹¹. Además, entendemos que la ancianidad es un fenómeno complejo y plural, en el cual confluyen factores biológicos, históricos y culturales¹², todo lo cual nos desmarca aún más del modelo positivista tradicional que ni siquiera tiene ya asidero en relación con la discapacidad.

Como sabemos, en nuestro país las personas son plenamente capaces al alcanzar los 18 años de edad. De modo tal que a partir de allí, la incapacidad se presentará sólo por vía de excepción. En este estudio nos proponemos reflexionar acerca del camino recorrido por los jueces argentinos en esta materia, antes y después de la entrada en vigencia de la Ley de Salud Mental (26.657/2010) y vislumbrar si el nuevo sistema contribuye al respeto de las autonomías de las personas mayores¹³.

III. El camino de los jueces

En la vejez es posible observar diferentes formas de vulnerabilidad. El abandono familiar, la escasez de recursos económicos, la falta de

con limitaciones en su capacidad funcional aumenta conforme consideramos grupos de población de mayor edad. Ese aumento en las tasas de prevalencia por grupos de edad no se produce a un ritmo constante, sino que existe una edad (alrededor de los 80 años) en que dicho aumento se acelera notablemente. No es extraño por ello que la dependencia se vea como un problema estrechamente vinculado al envejecimiento demográfico y que algunas veces, en una visión reduccionista, se tienda a considerar la dependencia como un fenómeno que afecta sólo a los mayores. En realidad, la dependencia recorre toda la estructura de edades de la población. No se puede circunscribir por ello el fenómeno de la dependencia al colectivo de las personas mayores.

¹¹ ZURITA MARTIN, Isabel, *Protección civil de la ancianidad*, Dykinson-Universidad de Cádiz, Madrid, 2004, p. 17: ...el anciano cronológico no sufrirá, por ello limitación alguna en sus derechos, ni perderá un ápice su dignidad de persona, ni de los derechos inviolables que son inherentes a dicha condición...

¹² DABOVE, María Isolina, *Los derechos de los ancianos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.

¹³ DABOVE, María Isolina; SPOSITO, María Angélica y DI TULLIO BUDASSI, Rosana G., *La ancianidad y la salud mental. El régimen legal argentino sobre incapacidad y la necesidad de reformas*, en *Libro de Memorias del II Congreso Iberoamericano de Psicogerontología – I Congreso Uruguayo de Psicogerontología*, Psicolibros Universitario, Montevideo, 2007, ps. 533-541.

vivienda, las barreras a la hora de acceder a la justicia. Pero ello también se expresa cada vez que las personas mayores se ven impotentes de ejercer por sí sus derechos –aun gozando de capacidad–, cuando son demandados judicialmente por insania o inhabilitación. En este sentido es fundamental que los jueces puedan distinguir la “senectud” –envejecimiento normal–, de la “senilidad patológica”, arribando a una sentencia que no vulnere la capacidad de las personas mayores más allá de lo indispensable¹⁴. Un caso emblemático en esta materia ha sido el fallo de la Cámara Nacional Civil, sala D, de 1982¹⁵.

¹⁴ La expresión del inciso 2º plantea, además, la cuestión de la eventual inclusión en su ámbito de las denominadas “debilidades decisionales”, como la vejez o la ignorancia [...] En su consideración deben computarse, al menos las siguientes circunstancias: a) el proceso involutivo de la persona humana: a partir de la madurez, en una etapa variable individualmente, se produce el tránsito gradual de la adultez a la vejez; b) el envejecimiento comporta modificaciones anátomo-funcionales que tienen lugar en el organismo por el transcurso del tiempo y el consiguiente desgaste de órganos y tejidos; en el ámbito psíquico, se manifiestan esporádicas fallas de la memoria, un aminoramiento de la función volitiva y en general, signos de una leve declinación de las facultades mentales [...] las pérdidas mencionadas [...] son propias del proceso involutivo que experimenta el ser humano caracterizantes de la etapa biológica de la vejez normal; c) en un determinado momento de la evolución, puede evidenciarse el comienzo de la vejez patológica: sus manifestaciones psíquicas configuran una verdadera enfermedad mental [...] d) corolario de la senescencia, en lo psíquico, es la senilidad, con la presencia de verdaderas psicosis (demencia senil, demencia arterioesclerótica, enfermedad de Alzheimer, etc.); e) la dificultad del tema reside –en realidad– en ubicar una determinada situación en algunas de las clasificaciones de la psiquiatría, pues el carácter graduable de las situaciones hacen a veces complejo y sutil el necesario deslinde. Efectuado éste, es claro que la vejez normal o fisiológica no queda subsumido ni en el art. 141 ni en el inc. 2º del art. 152 bis... TOBIAS, José W., *Capacidad. Inhabilitación judicial. La causal del inciso 2º del artículo 152 bis. Ámbito*, en *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil. Parte general*, dir. por José W. Tobías, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 346.

¹⁵ CNCiv, sala D, 22-6-82, L. L. 1983-A-313/316. Este decisorio fue objeto de comentario por Méndez Costa, donde concluyó que, si bien la vejez trae aparejado un deterioro físico, el anciano puede conservar intactas y aún enriquecidas por la experiencia, sus facultades mentales. Ni la actitud básica de comprensión –el discernimiento– ni la adquirida razonabilidad de los juicios, ni la posibilidad de exteriorizar las resoluciones mediante su manifestación disminuyen por el solo transcurso de la vida, sin perjuicio de que deterioros de este tipo se dan frecuentemente en los ancianos. Además, ha sido correctamente apreciada la concurrencia de dos requisitos necesarios para la interdicción: la enfermedad mental y la ineptitud del enfermo para conducirse

Así también resultó de vanguardia la práctica de los jueces de establecer contacto personal con el presunto incapaz o inhábil; de solicitar informes interdisciplinarios¹⁶ y la decisión de graduar las restricciones a la capacidad, en función de lo estrictamente necesario para el caso¹⁷. Precedentes, todos ellos, previos a la Ley de Salud Mental.

en la sociedad. Es decir, ambas condiciones deben presentarse para que, en principio, estemos ante un caso de interdicción.

¹⁶ CNCiv., sala G, 4-12-80, L. L. 1981-B-23/36. Así, en este fallo del año 1980, un hijo pretendía la declaración de inhabilidad de su madre añosa, fundada en la disminución psíquica de ésta como consecuencia de su avanzada edad (art. 152 bis, inc. 2º), y en la prodigabilidad (art. 152 bis, inc. 3º). El juez de cámara desestimó las conclusiones de la pericia médica que daban cuenta de la supuesta ineptitud mental de la denunciada para gobernar sola su persona y administrar sus bienes. Para arribar a esta conclusión, el magistrado tuvo una entrevista personal con la anciana, en la cual la variedad de temas tratados, la amenidad y riqueza de sus expresiones, la coherencia de sus manifestaciones, rechazan terminantemente la idea de que se tratara de un débil de espíritu. El juez finaliza su análisis poniendo de relieve sus dudas respecto al verdadero móvil que impulsó al hijo de la presunta inhábil a promover las actuaciones, pues no consideró que haya estado interesado en la protección de su madre o de sus bienes. Por el contrario, subrayó que el auténtico fin perseguido era el puramente patrimonial, y sus ansias de heredar en vida a su madre, conclusión que extrae de diferentes pruebas arrimadas a la causa, como por ejemplo los dichos de los testigos. En un caso similar, el juez desestimó las conclusiones de una pericia médica favorable a la inhabilitación, pues del contacto personal con la interesada, rescató que ésta conservaba intacta las facultades mentales para poder seguir llevando adelante actos de la vida cotidiana sin necesidad de un curador. Ver CNCiv., sala G, 4-12-80, L. L. 1981-B-23/36.

¹⁷ CNCiv., sala C, 12-8-85, "Del V., J. L.", L. L. 1985-E-47. Así, en este caso del año 1985 sobre rehabilitación del insano, se puso de relieve que es posible establecer los actos que la persona puede realizar y aquellos que no está en condiciones de asumir. En este sentido se expidió la justicia ante la petición de la directora de la Clínica Psiquiátrica donde se encontraba internado el declarado incapaz. La directora solicitó autorización al juez para que el incapaz pudiese ser empleado contratado del establecimiento que ella dirige, argumentando y probando los beneficios que esa actividad laboral reportaría para aquél. Los jueces de la cámara resolvieron favorablemente a la petición argumentando que *la decisión de declarar la incapacidad de una persona no puede basarse exclusivamente en razones médicas. Pues, no es posible menospreciar la historia de vida del incapacitado, ni los relieves de su medio social inmediato. Si un enfermo mental crónico en proceso de rehabilitación y resocialización, no está en condiciones de casarse, de vivir solo, de reconocer hijos, de vender bienes, etc., pero sí está en condiciones de trabajar como cadete en la clínica donde está internado, de recibir un sueldo y de administrarlo, sin ningún riesgo, y no se le*

IV. Hacia la nueva capacidad: aspectos normativos y valorativos

La redacción originaria del Código Civil contemplaba un sistema binario respecto de la capacidad, en términos de salud-enfermedad.

permite hacerlo, la protección se transforma en represión enfermante, en frustración de una recuperación... En sentido similar: CNCiv., sala G, 2-9-2010, “C., L. y Otros s/Insania”, ElDial.com, Año XIII, N° 3138. En este fallo, el curador de una persona declarada incapaz, acude a la justicia para solicitar se autorice al interdicto a manejar pequeñas sumas de dinero, provenientes de su pensión. La Cámara concluyó que si la finalidad primordial de la curatela radica en que la persona declarada incapaz recupere su capacidad o que pueda gobernar su persona y administrar sus bienes, no puede ignorarse la decisiva importancia que tiene la posibilidad de que maneje por sí los ingresos que percibe. De esta forma, da cauce a la petición del curador a fin de que el declarado insano pueda administrar los haberes percibidos, con la convicción de que ello resultará beneficioso para su inserción social, el incremento de su autonomía y su eventual rehabilitación. En su decisorio invoca normativa internacional como por ejemplo, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. Ver también: CNCiv., sala, 1-6-2004, “E. de R., N.”, L. L. del 18-8-2004, p. 10. En este sentido, enfatiza que *la ancianidad como proceso fisiológico normal, no excluye la salud. No puede entenderse, entonces, que no gozan de ella personas en quienes la ciencia médica no registra modos de ser anormales en relación a su edad. El temor de que el anciano no haga buenos negocios, como cualquier persona, no tiene su remedio en la inhabilitación, si ello no resulta de un estado patológico...* CCCom. de Junín, 22-9-2009, “S., L. F.”, D. F. y P. (enero), 2010, p. 214. En este fallo, vuelve a ponerse sobre el tapete con gran ejemplaridad, que la vejez por sí sola no puede convertirse en causal de inhabilidad o insania. En este caso, la justicia de grado desestimó la demanda de inhabilitación solicitada por la hija de un hombre de noventa años, por no encontrarse cumplidos los requisitos exigidos por el art. 152 bis, inc. 3°, del Código Civil. Uno de los argumentos dados por la hija, refería a las grandes sumas de dinero que su padre gastaba en su vida cotidiana. Dicha resolución fue apelada y la Cámara confirma el fallo recurrido. Desestima la declaración de inhabilitación solicitada respecto del padre anciano, pues es el hecho de que pretenda disponer de una suma considerable de dinero mensualmente para sus gastos no configura un acto de absurdo en el manejo de sus negocios y finanzas, en tanto no es irracional que pretenda tener un estándar de vida sin sobresaltos mientras no comprometa su capital ni absorba la totalidad de sus utilidades. Las limitaciones motoras en la deambulacion y el deterioro de la vision y audicion propias de una edad avanzada no hacen procedente la inhabilitación de una persona en los términos del art. 152 bis del Código Civil. Por último, resalta que las dolencias y afecciones propias de la edad avanzada, no pueden convertirse por sí solas en fuente de disminucion de la capacidad civil.

Vélez Sársfield continuó con este tema, un esquema que era característico de la época. Estableció una distinción rígida entre personas capaces e incapaces. Pero esta rigidez se atenuó con la reforma del Código Civil en el año 1968, al incorporarse la figura de la inhabilitación judicial. En efecto, si bien ello constituyó un avance para la época hoy, con el tiempo devino obsoleto.

La tendencia de la legislación contemporánea *es preservar, en lo posible, la autodeterminación de las personas con discapacidad. Ello conduce a la sustitución de los regímenes de compartimentos estancos capaces/incapaces por otros que administren graduaciones de la incapacidad, de modo que la persona con discapacidad pueda mantener cierto grado de autodeterminación, dependiendo de la menor o mayor gravedad de su estado*¹⁸. En este sentido, la Ley Nacional de Salud Mental, ha marcado un hito, amoldándose al nuevo paradigma previsto en la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad¹⁹, que adopta el “modelo social de discapacidad” que sustituye al “modelo positivista, médico-rehabilitador”²⁰.

Desde el punto de vista axiológico, la salud es un valor estrechamente vinculado con la justicia. A punto tal que, de su ausencia o de su falta depende la correspondencia del sistema de protección, con los derechos humanos de las personas mayores en juego en esta materia.

¹⁸ RIVERA, Julio C. y HOOFT, Irene, *La nueva Ley 26.657 de Salud Mental*, en Supl. J. A. del 25-5-2011.

¹⁹ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue ratificada por nuestro país mediante la ley 26.378.

²⁰ *La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones. La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a “adoptar” una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar...* ROCA TRIAS, Encarnación, *Análisis de los requisitos para declarar la incapacidad de una persona y repaso a la legislación internacional en la materia*, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 46, Lex Nova, Valladolid, enero-marzo de 2010, p. 114.

Así, frente a situaciones de vulnerabilidad en la vejez, los criterios de justicia de la actualidad requieren limitar la capacidad de obrar de acuerdo a los grados, niveles o profundidad que efectivamente constituyen el desequilibrio en cuestión. Pero también exigen el establecimiento de nuevos mecanismos de apoyo y asistencia. Una posibilidad explorada ya por nuestra jurisprudencia es la curatela conjunta, que garantiza un mejor cuidado de la persona en cuestión y de su patrimonio. Tal como se ha dicho en nuestros tribunales, la curatela unipersonal no siempre resulta una medida adecuada y justa sobre todo, ante situaciones donde hay más de una persona que se encarga del cuidado del incapaz o inhábil²¹. Afortunadamente, el Proyecto de Reforma del Derecho Civil y Comercial, contempla la posibilidad de la curatela compartida.

V. Reflexión final

Los cambios demográficos y la evolución científico-tecnológica en

²¹ En relación a la curatela conjunta recomendamos ver LLOVERAS, Nora y MONJO, Sebastián, *La curatela, ¿compartida?*, en *Actualidad Jurídica de Córdoba*, Córdoba, febrero de 2008, Año III, vol. 46, p. 4929. En un caso muy interesante y actual, una persona es declarada insana y su hermana y su madre peticionan a la justicia ejercer la curatela de manera conjunta. Señalan que en la actualidad el ejercicio de la curatela del insano está en cabeza de su madre de edad avanzada. Ello genera el peligro inminente que frente a episodios de salud que pueda atravesar la curadora, su hijo insano se quede sin curador oficial hasta tanto se le designe uno nuevo, lo que conllevaría a colocarlo en un estado de indefensión. Argumentan las actoras que la posibilidad de que la curatela se ejerciera en forma conjunta por parte de madre y hermana, brindaría una seguridad por demás importante a los fines de que el insano quedara a resguardo de un acontecimiento imprevisto que impediría a la actual curadora poder seguir ejerciendo dicha misión. La justicia se hace eco de la petición y otorga la curatela conjunta. Argumenta que la normativa del Código Civil en relación a las personas con capacidades diferentes resulta en muchos casos opuesta con el bloque de constitucionalidad que aportan los tratados internacionales incorporados a la Carta Magna (art. 75, inc. 22) y con la promoción del goce efectivo de las normas contenidas en ellos (art. 75, inc. 23), y procede a declarar la inconstitucionalidad de las normas que se oponen al pedido de las actoras. Así, concluye diciendo que *la solución propuesta satisface la finalidad tuitiva de la curatela de incapaces que es la de garantizar el derecho a la salud y al mejor nivel de vida posible del incapaz, derechos de raigambre constitucional*. CCCom. de Mar del Plata, sala 3ª, 24-2-2011, “L., A. D.”, Lexis N° 70068178.

el área de la salud mental han provocado que los sistemas jurídicos se vean envueltos en una crisis de funcionamiento, respecto al reconocimiento de la capacidad de las personas mayores. En Argentina, la normativa vigente en este campo no capta la multiplicidad de situaciones grises o fronterizas en las cuales se ven envueltas las personas mayores. Estas situaciones suelen vincularse a aspectos del ejercicio cotidiano de sus derechos que no requieren necesariamente de mecanismos restrictivos de su capacidad de obrar²².

Por ello, la legislación del porvenir debería atender al fenómeno del envejecimiento global-multigeneracional, en la misma dirección que, desde hace treinta años, lo viene haciendo nuestra jurisprudencia; en coincidencia afortunada con los actuales estándares jurídicos internacionales en esta materia²³.

²² En este sentido, es interesante la Ley española 39/2006 sobre “Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”, <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/legislacion/normas/doc-3383.pdf>.

²³ Ver Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, ONU, 2003, y recientemente, la Convención Internacional amplia e integral para Proteger y Promover los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad –texto elaborado por un comité especial de la ONU, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas–, 13-12-2006, que prevé en su art. 12.3: *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.* 4. *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.* Ver también: 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad: 2. *Edad [...] El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia;* 3. *Discapacidad [...] Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.*

EL CUASICONTRATO

Genealogía, sistemática y contornos actuales

por JAVIER HUMBERTO FACCO

SUMARIO: I. Introito. II. Concepto y elementos del cuasicontrato según la dogmática moderna. III. Objeciones doctrinarias a la figura del cuasicontrato. IV. Origen y evolución histórica de la categoría. 1. La *summa divisio* en Gayo: obligaciones *ex contractu* y *ex delicto*. El tercer género agregado en las *res cottidianæ*: obligaciones *ex variis figuris causarum*. 2. La cuatripartición de las fuentes de las obligaciones en la *Institutiones* de Justiniano. 3. La alteración denunciada en la *Paraphrasis* de las *Institutas* de Justiniano realizada por Teófilo. V. Noticia de legislación comparada. 1. El método empleado por el *Code Civil* al hilo de la compilación justiniana. 2. Ordenamientos que adoptaron el esquema del Código Civil francés. 3. El método del *BGB* y de los códigos civiles que han preterido la categoría del cuasicontrato. VI. Desarrollos en la doctrina alemana: relaciones contractuales de hecho y conducta social típica. VII. Fuentes doctrinarias y sistemática del Código Civil argentino. 1. Análisis comparativo de la gestión de negocios ajenos y del pago de lo indebido. 2. Gestión de negocios ajenos. 3. Pago de lo indebido. VIII. Referencia jurisprudencial. IX. Proyectos de unificación civil y comercial (años 1998 y 2012). X. Reflexiones finales.

Resumen

Durante dilatado tiempo en la historia del Derecho Privado, el cuasicontrato ha sido un *nomen* para designar una categoría orientada a la solución de una exigencia práctica: proyectar los efectos típicos del arquetipo contractual a ciertas situaciones que dan lugar a relaciones jurídicas análogas a los contratos, pero en las que el acuerdo de las partes no llega a configurarse (o, al menos, el consentimiento, entendido como el intercambio de oferta y aceptación, no se forma de la manera

negociada tradicional). A la luz de las tendencias que sobre este asunto se perfilan en el Proyecto de Código Civil del año 2012, nos parece oportuno hacer algunas reflexiones acerca de la vigencia de esta categoría. Para desentrañar esta problemática pensamos que un estudio histórico comparativo resultará de utilidad.

Abstract

For a long time in the history of Private Law, the legal category of *quasi-contract* has been aimed at the solution of a practical need: recognize the effects specific to the contract in some situations where the agreement of the parties has not occurred. While, in general, many of the concepts matured during the Roman law still keep its practical usefulness, others do not, and, nevertheless, have survived. These institutes in a particular legal-historical context were endowed with meaning, but with the passing of time have become expressionless. Therefore, we must interrogate if the *quasi-contract* is a systematic category that actually keeps some importance. For this type of testing we think that a comparative-historical study of the problem can be helpful.

Palabras clave

Cuasicontrato. Reseña histórica.

Keywords

Quasi-contract. Historical study.

I. Introito

Durante dilatado tiempo en la historia del Derecho Privado el *cuasicontrato* ha sido un *nomen* para designar una categoría orientada a la solución de una exigencia práctica: proyectar los efectos típicos del arquetipo contractual a ciertas situaciones que dan lugar a relaciones jurídicas análogas a los contratos, pero en las que el acuerdo de las partes no llega a configurarse (o, al menos, el consentimiento, entendido como el intercambio de oferta y aceptación, no se forma de la manera negociada tradicional). A la luz de las tendencias que sobre este asunto

se perfilan en el Proyecto de Código Civil del año 2012, nos parece oportuno hacer algunas reflexiones acerca de la vigencia de esta categoría.

En el Derecho Romano es indudable que la cuestión acusaba un alto grado de interés. El punto de partida reside en la noción de *obligatio*, concebida –parafraseando la definición obrante en el Título 13 (*principium*) del Libro III de las *Institutiones* de Justiniano– como vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra constreñida a efectuar una prestación en favor de otra. Y con el objeto de sortear la rígida tipicidad del sistema obligacional romano clásico se planteaba la necesidad, en el marco del *ius controversum* de fuente jurisprudencial, de reconducir aquellas obligaciones surgidas fuera de los esquemas contractuales o delictuales típicos en alguna de las *macro-categorías* del contrato o del delito.

Esta operación en ciertas ocasiones podía no ser factible o resultar demasiado forzada. A raíz de ello, en un momento ulterior, aquellas obligaciones que no nacían de un contrato ni de un delito comenzaron a ser subsumidas en categorías residuales, como las del cuasicontrato y del cuasidelito. De esta manera se advierte que, en su génesis, el cuasicontrato desempeñó el rol de una *categoría sistemática coyuntural*.

Lo expuesto tiene su lógica debido a que, por entonces, la ley no se encontraba reconocida como fuente primordial del derecho; como es sabido, este último se formaba sobre todo a partir de la opinión de los *prudentes* y de la labor del pretor. Al contrario, en los actuales derechos codificados, el rol prioritario (aunque no exclusivo) está reservado a la fuente legal y escrita. De aquí que ya no se presenta el problema práctico que afrontaron los juristas romanos de incardinar en alguna fuente residual obligaciones que no encajaban en las clásicas categorías del contrato o del delito. Pues, en última instancia, hoy día –aunque sea de manera mediata y subsidiaria– será la ley el factor de atribución de las consecuencias jurídicas resultantes de los actos, sean éstos lícitos o ilícitos.

Si bien, en términos generales, una buena porción de las categorías maduras durante el Derecho Romano todavía hoy mantienen su utilidad práctica, hay otras que no, y, no obstante ello, han pervivido. Se trata de aquellos conceptos que antaño –en un determinado contexto

jurídico-histórico— se encontraban dotados de sentido, pero que con el devenir del tiempo se han tornado inexpressivos. Por esta razón, debemos interrogarnos si el cuasicontrato es una “categoría sistemática coyuntural” de la cual puede prescindirse actualmente, o si, por el contrario, conserva todavía alguna valencia. Para efectuar este tipo de comprobación pensamos que un estudio histórico-comparativo de la problemática puede ser de provecho. Comencemos, ergo, a desbrozar el camino.

II. Concepto y elementos del cuasicontrato según la dogmática moderna

Antes de emprender el análisis histórico, es conveniente delinear de manera sumaria las nociones fundamentales que sirven a la comprensión del objeto de nuestra disertación.

Una sucinta compulsa de los ordenamientos legales que han captado normativamente la categoría del cuasicontrato nos permite ensayar una primera aproximación definitoria de la misma. A partir del *Code* francés y de los códigos que lo han seguido, la técnica adoptada a la hora de definir el cuasicontrato fue la de enunciar sus notas distintivas procediendo *por exclusión*: son considerados cuasicontratos aquellas figuras que no son contratos ni tampoco actos ilícitos.

Así, con mayor precisión, los cuasicontratos suelen caracterizarse como aquellos hechos lícitos, voluntarios, aunque no convencionales (por no ser el producto de un acuerdo), que son productores de obligaciones, sea que resulte obligado su autor para con un tercero, sea que se generen obligaciones recíprocas entre los interesados. En el pago de lo indebido, por ejemplo, el obligado es quien realiza el cobro frente al que paga; en la gestión de negocios ajenos, tanto el gestor como el *dominus* quedan obligados.

Ahora bien, de dicha noción se deduce que es menester la confluencia de tres extremos fundamentales para que estemos en presencia de un cuasicontrato:

- A) Que se trate de un hecho jurídico lícito. Esta característica de la licitud lo diferencia de las obligaciones que se originan en la comisión de hechos ilícitos.

- B) Que tal hecho sea puramente voluntario, porque sin la libre voluntad no existiría imputabilidad. De ahí que el cuasicontrato se diferencia de las obligaciones derivadas inmediatamente de la ley, las cuales vienen *impuestas* independientemente de la voluntad de sus destinatarios.
- C) Que no exista convención entre las partes. El cuasicontrato no es el fruto de un acuerdo de voluntades, pues en tal caso estaríamos ante un contrato. Si bien es cierto que los cuasicontratos se asemejan a los contratos, en cuanto también son manifestaciones lícitas de voluntad que producen efectos jurídicos, no se identifican con ellos, justamente por defecionar el requisito del consentimiento.

III. Objeciones doctrinarias a la figura del cuasicontrato

La categoría del cuasicontrato ha sido el blanco de numerosas y severas críticas doctrinarias, encontrándose hoy “en franco desprestigio”¹. En la doctrina española, verbigracia, se ha juzgado un *desatino* la consagración normativa de la categoría²; en igual sentido, se ha dicho que la misma es *artificial* y “que sólo tiene explicación histórica y que merece ser abandonada”³. Por consiguiente –conforme tendremos oportunidad de verlo más adelante– la *fattispecie* del cuasicontrato fue suprimida en la generación de códigos dictados durante el siglo veinte.

En la doctrina moderna predomina la tendencia a estimar desprovista de sustancia jurídica la figura de los cuasicontratos, incluyéndolos dentro de las obligaciones *ex lege*, o bien de aquellas surgidas de la voluntad unilateral. He aquí que varios autores reputen inadecuada la consideración de esta figura jurídica como fuente autónoma de obligaciones.

¹ Cfr. BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, vol. I, pp. 22-32.

² LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, 8ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 294-320.

³ PUIG BRUTAU, J. L., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, vol. II, *Derecho general de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 51 y ss., p. 79.

Y, entre los más férreos opositores a la categoría, se destaca Planiol, quien calificó al cuasicontrato como *fuerce impropia*⁴. Las motivaciones de la crítica de este autor pueden sintetizarse en tres aspectos:

- A) La expresión sugiere la idea de una institución análoga al contrato con diferencias mínimas o accidentales. Pero no es así –sostiene Planiol–, pues las divergencias entre una y otra figura son profundas⁵. Todo contrato supone un acuerdo de voluntades, mientras que en el cuasicontrato tal acuerdo no existe. El acuerdo de voluntades en el contrato es productor de obligaciones y determina sus efectos. En el cuasicontrato, en cambio, si la voluntad interviene de algún modo, no tiene por función la de crear deliberadamente obligaciones.
- B) El jurista francés niega que el cuasicontrato constituya un hecho voluntario, arguyendo las siguientes razones: i) la voluntad no genera la obligación que termina imponiéndosele al autor del acto, y ii) frecuentemente quien resulta obligado es el sujeto que no ha manifestado su voluntad de modo alguno. Así, por ejemplo, en la gestión de negocios ajenos quien necesariamente se obliga es el gestor y tal obligación sí puede considerarse como el producto de su voluntad; sin embargo, también suele quedar obligado (involuntariamente) el titular del negocio (al reembolso de los gastos que se hubieren irrogado para conducir útilmente la gestión, v. gr.). Pero, es en el pago de lo indebido donde la crítica de Planiol se torna plenamente eficaz. En primer lugar, no puede reputarse que quien paga a quien no le debe lo haga voluntariamente, puesto que el pago (para merecer la calificación de indebido) ha de ser el resultado de un error, y esta circunstancia vicia u obsta la voluntad. Tampoco puede decirse que existe voluntad de parte de quien recibe el pago: si obró de buena fe, no puede juzgarse que su intención haya sido restituir lo percibido; y con mayor razón, no puede inferirse tal intención si recibió el pago de mala fe.

⁴ PLANIOL, M. M., *Classification des sources des obligations*, en *Revue Critique de législation et de jurisprudence*, Cotillon, Éditeur, Libraire du Conseil d'État, Paris, 1904, pp. 224-237.

⁵ *Ibidem*.

- C) El cuasicontrato tampoco sería un simple acto lícito. Desde luego, en todos los supuestos de cuasicontratos, se evidencia –más o menos nítidamente– como rasgo distintivo un enriquecimiento sin causa, y, por ende, inicuo e ilícito.

Para resumir la crítica, se concluye que el cuasicontrato no es un hecho voluntario ni un hecho lícito, sino involuntario e ilícito; por lo tanto, las obligaciones que engendra reconocen su fuente en la ley en tanto procura reparar un enriquecimiento injusto.

IV. Origen y evolución histórica de la categoría

1. La “*summa divisio*” en Gayo: obligaciones “*ex contractu*” y “*ex delicto*”. El tercer género agregado en las “*res cottidianæ*”: obligaciones “*ex variis figuris causarum*”

El germen de la noción de cuasicontrato como fuente de las obligaciones se remonta a una elaboración de la jurisprudencia romana del período clásico. El jurista Gayo⁶, en el Libro III, § 88 de sus *Institutas*, instruye:

Pasemos ahora a las obligaciones, cuya principal división comprende dos clases, pues toda obligación nace de contrato o de delito [*ex maleficio*].

Gayo comienza estableciendo una *summa divisio* en orden a las fuentes de las que pueden surgir obligaciones: toda obligación deriva de un contrato o de un delito. Esta clasificación bipartita de las fuentes de las obligaciones, cuyo carácter sumario se inspiraba en razones didácticas, ha sido el resultado del influjo recibido de la filosofía griega, en particular aristotélica.

En efecto, en el fragmento contenido en el Libro V, Capítulo 2 de la *Ética a Nicomaco*, Aristóteles enseña que, en el ámbito de la justicia correctiva –por oposición a la justicia distributiva–, se distinguen las relaciones voluntarias dependientes de actos voluntarios de las relaciones involuntarias, aun cuando estas también puedan derivar de actos

⁶ La edición consultada para este trabajo ha sido: GAYO, *Instituciones*, trad. de M. Abellán Velasco, J. A. Arias Bonet, J. Iglesias-Redondo y J. Roset Esteve, coord. general y *Prólogo* de F. Hernández-Tejero, Civitas, Madrid, 1985.

voluntarios. Los actos voluntarios productores de relaciones voluntarias (*synallágmata hekoúsia*), por ejemplo, son: la venta, la compra, el mutuo, la fianza, el comodato, el depósito, la locación; mientras que los actos voluntarios generadores de relaciones involuntarias (*synallágmata akoúsia*), a su vez, pueden ser clandestinos (hurto, adulterio, *veneficio* [maleficio o hechicería], *lenocinio* [encubrimiento], corrupción de esclavos, homicidio a traición y falso testimonio) o llevados a cabo con violencia (plagio, homicidio, rapiña, lesiones, injuria verbal, difamación y ultraje).

Se infiere, entonces, que las obligaciones surgen algunas veces voluntariamente (como en el supuesto de la compraventa) y otras involuntariamente (v. gr. en el caso del hurto). Y resulta palmario que esta división aristotélica fue tomada en cuenta por Gayo en el citado Libro III, § 88 de sus *Institutas*, resonando sus ecos en los términos de la clásica dicotomía: *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*.

Más tarde, esta clasificación bipartita se verá enriquecida por el mismo Gayo en la obra *res cottidianæ* (también conocida como *libri aureorum* o Diario)⁷, que llegara fragmentariamente a nosotros a través de los *Digesta* de Justiniano. El pasaje en cuestión, extraído del Libro II de esta obra, aparece citado en el Digesto en el Libro XLIV, Título 7 (*De obligationibus et actionibus*), § 1:

Las obligaciones nacen o de un contrato, o de un delito, o por cierto derecho propio, según las varias figuras de causa.

Gayo, observando que podía haber obligaciones que no surgían de un contrato ni de un delito, se limitó a añadir a estas dos categorías una tercera especie constituida por las obligaciones procedentes de

⁷ El título completo de la obra era *Gai rerum cottidianarum sive aureorum libri VII*. Es oportuno recordar que hay quienes dudan sobre la autenticidad de esta obra, endilgando su autoría a un jurista homónimo de menor relieve. Sin embargo, el particular modo de proceder de Gayo en la ejemplificación sucesiva (cfr. D. 44, 7, 5) induciría a pensar que la tripartición es genuina. En este sentido, con sólidos argumentos, se pronuncia SCHIPANI, S., *Releer los "Digesta" de Justiniano para un Código de las obligaciones latinoamericano*, trad. de J. H. Facco, en *Roma e America. Diritto Romano comune*, Mucchi, Módena, 2008, vol. 26, pp. 49-64.

“varias figuras de causas” (*ex variis figuris causarum*). De esta manera el clásico binomio que él había modelado originariamente viene sustituido por una tripartición de las fuentes de las obligaciones: contrato, delito y otras varias causas típicas. Luego, en el Libro III de los *libri aureorum* se enumeran cuatro causas típicas, de las cuales nacían acciones *in personam* sin un previo acuerdo de voluntades que les sirviera de base: *negotiorum gestio* (D. 44, 7, 5 pr.), *tutelæ gestio* (D. 44, 7, 5, 1), *legatum per damnationem* (D. 44, 7, 5, 2), *solutio indebiti* (D. 44, 7, 5, 3).

Entre las ventajas que ofrece este esquema tríptico, con gran perspicacia el profesor Schipani apunta que con el mismo se evita la tarea –algunas veces forzada, agregamos– de “...reconducir las *fattispecies* que no constituyen contratos o delitos dentro de las categorías generales de las cuales no puedan definirse sus elementos constitutivos comunes; y se adecua por tanto explícitamente a la tipicidad y a la posibilidad de aplicar la analogía sobre la base de una verificación atenta de la efectiva presencia de los presupuestos en cada instituto típico para que aquella proceda”⁸.

2. La cuatripartición de las fuentes de las obligaciones en la “*Institutiones*” de Justiniano

Sobre la base de estos antecedentes, en la compilación justinianeana –con un orden sistemático más depurado– la originaria clasificación gayana deviene en un sistema tetrárquico de fuentes de las obligaciones. Así, en el Libro III, Título 13, § 2 de las *Institutas* de Justiniano, vienen señaladas cuatro clases de obligaciones en atención a su origen:

La siguiente división se determina en cuatro especies: pues, o nacen de un contrato, o de un cuasicontrato, o de un delito, o de un cuasidelito.

A simple vista se aprecia una diferencia significativa entre el planteamiento de Gayo y el de Justiniano. Gayo, con la expresión *ex variis figuris causarum*, entendía indicar aquellas relaciones obligatorias que nacían con los mismos caracteres que habrían tenido si hubiesen sido el fruto de un acuerdo. En cambio, en las *Institutiones* de Justiniano

⁸ Ibídem.

la locución *quasi ex contractu* alude precisamente a ciertas relaciones obligatorias surgidas de alguna cosa análoga a un contrato. A tenor de las traducciones más atendibles que del latín al castellano se han realizado de dicha obra didáctica, se dice que son obligaciones que “parece que nacen como de un contrato”⁹.

La operación practicada por los compiladores justinianos tenía una finalidad eminentemente sistemática. En realidad, ellos no pretendían proporcionar un instrumento heurístico para la solución de nuevos problemas prácticos, sino únicamente instaurar un renovado criterio de clasificación de los supuestos ya conocidos. En otras palabras, la innovación solamente consistió en incluir una categoría en la cual se pudieran agrupar algunas *causae obligationum* que de otra manera no se habrían podido ordenar. Así, llegado el momento de hacer una taxonomía de las fuentes de las obligaciones, se creyó conveniente superar –con una mayor precisión técnica– la tradicional división propuesta por Gayo.

En una línea similar de interpretación, un sector de la doctrina moderna asegura que el añadido justiniano que perfeccionó la clasificación de Gayo y a partir del cual comenzó a hablarse de obligaciones *quasi ex contractu* y *quasi ex maleficio*, se hizo por un “afán de simetría”, vista la afinidad entre aquellos hechos y el contrato o el delito, respectivamente.

Ahora bien, en el Título XXVII (*De obligationibus quasi ex contractu*) del Libro III de las *Institutas* del emperador Justiniano, después de tratarse las distintas especies de contratos, se discurre sobre “...aquellas obligaciones que en realidad no se entienden que nacen propiamente de un contrato, pero que, sin embargo, puesto que no toman cuerpo de un delito, parece que nacen de un contrato” (texto según la traducción del latín al castellano de García del Corral).

En este título se reproducen las *variis figuris causarum* ya enunciadas por Gayo en el Libro III de la *res cottidianæ*, a saber: a) la gestión de negocios (*negotiorum gestio*) (J. 3, 27, 1); b) las relaciones

⁹ GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano: Instituta. Digesto. Código. Novelas*, Lex Nova, Valladolid, 1889 (reimpr. anastática de la versión de Jaime Molinas, Barcelona, 1889-1898).

entre tutor y pupilo protegidas por la *actio tutelæ* (*tutelæ gestio*) (J. 3, 27, 2); c) cuando se gravaba al heredero con la obligación de cumplir alguna prestación a favor del legatario (*legatum per damnationem*) (J. 3, 27, 5), y d) y el pago de lo indebido por error (*indebiti solutio*); (J. 3, 27, 6-7). Y a estos supuestos, los compiladores justinianos de las *Institutas* añadieron la comunidad incidental (*communio incidens*) de una cosa recibida en legado, donación o herencia (J. 3, 27, 3-4).

3. La alteración denunciada en la “Paraphrasis” de las “Institutas” de Justiniano realizada por Teófilo

A juicio de una parte de la doctrina, la categoría del cuasicontrato no ha sido más que el fruto de un “error histórico” (Lasarte; O’Callaghan; Díez-Picazo y Gullón). Según semejante intelección, el error se habría consumado a partir de una transcripción inexacta del referido pasaje de las *Institutiones* de Justiniano (III, 13, 2) en la *Paraphrasis* griega de las mismas redactada por Teófilo¹⁰.

Hemos visto que Justiniano colocó a la par del contrato otros hechos asimilables, es decir “obligaciones nacidas como de contrato” (*quasi ex contractus*). De ahí que –en la lógica de la obra institucional justiniana– la analogía con el contrato no se establecía en la instancia del nacimiento o fuente de la obligación, sino en el plano de sus efectos, en lo que podría llamarse “el comportamiento jurídico de la obligación”¹¹.

Sin embargo, posteriormente Teófilo –aseveran quienes sustentan este parecer– habría alterado el orden de los términos tal como se encontraban consignados en el texto de las *Institutiones* de Justiniano, resultando en su *Paraphrasis* en lengua griega la locución *ex quasi contractus*, en lugar del sintagma originario en latín *quasi ex contractus*. De esta manera se conjetura que la expresión acabó por sustantivarse

¹⁰ Cfr. *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo Antecessori, vulgo tributa ad fidem librorum manu scriptorum recensvit prolegomenis notis criticis, versione latina instrvxit*, E. C. Ferrini, Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1967, vol. II, pp. 317-318, pp. 371-375.

¹¹ BORDA, lug. cit.

y quedó configurado el cuasicontrato como fuente autónoma de obligaciones, hablándose desde entonces de obligaciones nacidas *ex quasi contractus*¹².

V. Noticia de legislación comparada

Con respecto a las fuentes de las obligaciones no todos los códigos modernos recogen la clasificación cuatripartita de Justiniano que apenas hemos reseñado.

En la legislación comparada se pueden diferenciar dos modelos con contornos bien definidos: a) el Código Civil francés de 1804, por un lado, que consagró normativamente la categoría del cuasicontrato evocando la huella de las instituciones justinianeas y dedicando una disciplina normativa propia a cada una de las figuras típicas que engloba (gestión de negocios ajenos y pago de lo indebido); b) el *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900 (en adelante: *BGB*) que omitió toda referencia al cuasicontrato, y optó por regular separadamente la gestión de negocios ajenos como una subsección del contrato de mandato y por reconocer el pago de lo indebido como una mera derivación del enriquecimiento injusto.

Como es sabido, el prototipo francés ejerció notable influencia en el resto de las codificaciones decimonónicas tanto europeas como latinoamericanas, mientras que el paradigma alemán, por su parte, ha incidido en gran medida sobre los cuerpos legales que entraron en vigor durante el siglo pasado.

Pasemos a analizar en reposo estos modelos y los ordenamientos que han seguido sus trazos.

1. *El método empleado por el “Code Civil” al hilo de la compilación justiniana*

Como hemos anticipado, el modelo que se revela más fiel al esquema justiniano es el del *Code* napoleónico. Veamos, entonces, sintéticamente la metodología que el mismo adopta.

¹² O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, 5ª ed., Dijosa, Madrid, 2008, pp. 677-693.

En el Libro III (*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*), tras abordar en el Título III los contratos y las obligaciones contractuales en general, bajo el Título IV (*De las obligaciones que se contraen sin convenio*), el artículo 1370 dispone:

Ciertas obligaciones se forman sin que intervenga ningún convenio, ni por parte de aquel que se obliga, ni por parte de aquel hacia el cual está obligado. Unas resultan de la autoridad de la ley; las otras nacen de un hecho personal de quien se encuentra obligado. Las primeras son las obligaciones adquiridas involuntariamente, tales como las adquiridas entre propietarios vecinos, o las de los tutores y otros administradores que no pueden rehusar la función que les ha sido encomendada. Las obligaciones que nacen de un hecho personal de quien se encuentra obligado, resultan de los cuasicontratos, o de los delitos o cuasidelitos; constituyen la materia del presente título.

Dentro de este Título IV, el Capítulo I trata sobre los cuasicontratos y el Capítulo II sobre los delitos y cuasidelitos. Los primeros son definidos genéricamente en el artículo 1371:

Son cuasicontratos los hechos puramente voluntarios de la persona, de los que resulta una obligación cualquiera frente a un tercero, y algunas veces una obligación recíproca entre las dos partes.

Esta definición, que se generalizará en la doctrina posterior casi invariablemente, fue tomada de Robert-Joseph Pothier (*Traité des obligations*, 1761-64), quien describió los *quasi-contrats* según la tradición del Derecho común como: “*le fait d’une personne permis par la loi, qui l’oblige envers me autre, oi oblige une autre personne envers esse, sans quil’intervienne aucune convention entre elles*”. Y, tras mencionar tres ejemplos recabados de la tradicional serie justiniana (*legatum per damnationem, solutio indebiti, negotiorum gestio*), el carácter abierto (no exhaustivo) del *genus* es afirmado por Pothier en los siguientes términos: “*Il y a quantité d’autres exemples de quasi-contrats, que nous passons sous silence*”.

Para concluir con el plan expositivo del modelo francés, seguidamente a definir la categoría general del cuasicontrato, se observa que el *Code* contiene una regulación de las dos especies legalmente tipificadas: en los

artículos 1372-1375 se disciplina la gestión de negocios ajenos, y los artículos 1376-1381 establecen el régimen del pago de lo indebido.

2. *Ordenamientos que adoptaron el esquema del Código Civil francés*

El primer Código Civil unitario de Italia sancionado en el año 1865, fue una mera réplica del *Code* francés traducida en lengua italiana. De allí que reitere el método de este último y prevea una definición prácticamente idéntica del cuasicontrato (art. 1140).

También el Código Civil de España de 1889 consagró el mismo temperamento que el precedente francés, situando sistemáticamente la disposición respectiva con igual criterio metodológico dentro del Libro IV, Título XVI bajo la rúbrica general *De las obligaciones que se contraen sin convenio*, Capítulo I (*De los cuasi contratos*). Pero antes, en el artículo 1089, se enumeran las fuentes de las obligaciones disponiendo que:

Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

Es oportuno notar que a la hora de definir el cuasicontrato se advierte una diferencia significativa con su modelo matriz, la cual consiste en el hecho que el Código Civil español señala expresamente el rasgo de la licitud del hecho, cosa que había omitido hacer el *Code* pero que ya consignara el Código italiano de 1865. Así, el artículo 1887 preceptúa que:

Son cuasicontratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados.

Por lo demás, en el ordenamiento español, al igual que en el francés, se contemplan como figuras típicas de cuasicontratos la gestión de negocios (arts. 1888-1894) y el cobro de lo indebido (arts. 1895-1901).

En el ámbito del subsistema jurídico latinoamericano el Código Civil chileno de 1855 también lleva la impronta del modelo napoleónico, enunciando en el Título I (*Definiciones*) del Libro IV (*De las*

obligaciones en general y de los contratos) conjuntamente en un único precepto todas las fuentes de las obligaciones. Se trata del artículo 1437 que reza:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad.

Dentro de dicho Libro IV el Título XXXIV se ocupa *De los cuasicontratos*, que son definidos como hechos voluntarios y lícitos de los que nacen obligaciones que se contraen sin convención (art. 2284). A continuación se regulan las hipótesis tipificadas de cuasicontratos, a saber: la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos (arts. 2286-2294), el pago de lo no debido (arts. 2295-2303) y la comunidad (arts. 2304-2313).

Es dable tener en cuenta, por último, que las legislaciones de este primer grupo (que, sobre el punto, podemos calificar de filiación francesa), no han instituido normas generales aplicables a las distintas especies de cuasicontratos, con lo cual la categoría se muestra vacía de contenido sustancial. En efecto, los mencionados códigos: “...no ofrecen indicaciones para precisar cuáles sean los elementos constitutivos comunes del cuasicontrato, por lo cual éste viene a corresponder –no obstante la denominación– a la categoría de las varias causas típicas”¹³. Y, además, se aprecia una suerte de contrasentido en dichos ordenamientos, pues definen residualmente la figura del cuasicontrato, con lo que, a juzgar por las apariencias, establecen un género abierto comprensivo de una gama indefinida de casos, pero luego fijan un criterio de *numerus clausus* para regular exclusivamente algunas de sus modalidades.

3. *El método del “BGB” y de los códigos civiles que han preterido la categoría del cuasicontrato*

Haciendo caso omiso del cuasicontrato como categoría jurídica ge-

¹³ SCHIPANI, lug. cit.

nérica, una opción de técnica legislativa que han implementado muchos ordenamientos modernos fue la de regular de manera independiente las figuras de la gestión de negocios ajenos sin mandato y el pago de lo indebido (esta última como una especie, a su vez, de enriquecimiento sin causa), cada una de ellas en base a reglas propias que no responden a un género común.

Este es el criterio del *BGB*, que en su § 812 declara operativa la regla genérica de la indemnización del enriquecimiento sin causa en tres supuestos: a) cuando se trata de un pago que no tiene causa jurídica; b) o cuya causa desaparece, y c) o cuando no se realiza el resultado perseguido por medio de la prestación.

El *BGB* ha tenido hondas repercusiones en las codificaciones posteriores. Así, a título ejemplificativo, observamos que el Código italiano de 1942 no considera al cuasicontrato entre las fuentes de las obligaciones, estableciendo su artículo 1173 que las obligaciones pueden derivar de un contrato o de un hecho ilícito, o bien residualmente *da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico* (con esta novedosa redacción, que suplanta la clásica mención al cuasicontrato, se consigue superar la clásica rigidez del sistema de las fuentes de las obligaciones).

En relación a la secuencia sistemática adoptada por el ordenamiento italiano: el Libro IV (*Delle obbligazioni*) trata dichas materias en títulos separados aunque consecutivos (Título VI [*Della gestione di affari*], arts. 2028-2032; Título VII [*Del pagamento dell'indebito*], arts. 2033-2040; y Título VIII [*Dell'arricchimento senza causa*], arts. 2041-2042).

Pese a ser anteriores al modelo italiano, se inscriben en una tesitura parecida los códigos civiles de Argentina (1869) y de Brasil (1916), que conforman el otro gran paradigma de Latinoamérica en la materia. Cabe incluir en este grupo al Código Civil federal mexicano (1928), que tampoco contempla la categoría general del cuasicontrato y se circunscribe a legislar de manera independiente los referidos supuestos.

En resumidas cuentas, desde que el *BGB* ha obviado de la categoría del cuasicontrato, la misma terminó siendo abandonada por los códigos posteriores de otros países, que conservaron la ya tradicional gestión de negocios y regularon con carácter general el enriquecimiento sin causa y determinadas promesas unilaterales (reconocimientos de deuda,

promesa pública de recompensa, v. gr.). En esta vertiente se enroлан, por ejemplo, el Código Civil portugués de 1966, el peruano de 1984 y el brasilero de 2002.

VI. Desarrollos en la doctrina alemana: relaciones contractuales de hecho y conducta social típica

En la literatura jurídica de nuestro tiempo es usual que se utilice la expresión “relaciones contractuales de hecho” (*faktische Vertragsverhältnisse*), antes que “cuasicontratos”, produciéndose un quiebre de la pretendida unidad dogmática e histórica de la problemática que estamos tratando. Esta tendencia toma cuerpo en el Derecho alemán que –según la lectura crítica de algunos autores– ha provocado una ruptura con la continuidad de la tradición jurídica romanística, fundada en la secular idea de los *quasi contractus*¹⁴.

Nótese que el *BGB* ofrece dos coordenadas que pueden ser útiles para el trabajo del intérprete: a) el enriquecimiento injusto es regulado de modo expreso y autónomo, y b) no se dice nada sobre los cuasicontratos.

Esto ha permitido tanto a la doctrina como a la jurisprudencia alemana elaborar casuísticamente las denominadas relaciones contractuales de hecho (*Haupt*), con absoluta prescindencia de la figura del cuasicontrato propia del Derecho justiniano y del Derecho común. El criterio que justifica las soluciones viene a menudo individualizado en la tipicidad social del comportamiento (*sozialtypisches Verhalten*) relevante a los fines de la formación de la obligación (Larenz).

El criterio de la conducta social típica ha sido invocado, por vez primera, en 1956 por el Tribunal Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) como *ratio decidendi* de la famosa causa del estacionamiento (*Parkplatzfall*). Desde entonces la idea suele ser graficada con el caso emblemático del aviador deportivo que hace uso de una pista pública para aterrizar, y por lo cual se ve compelido a pagar la tarifa respectiva. En esta hipótesis Haupt entiende que no hay contrato puesto que no se daría la formación del consentimiento mediante oferta y aceptación;

¹⁴ Cfr. CANNATA, C. A., voz *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1960, vol. 38, pp. 24-34.

por el contrario, el aviador lleva a efecto sin más su conducta de aterrizar e *ipso facto* se encuentra obligado a pagar un arancel por el uso de la pista.

Ahora bien, las relaciones contractuales fácticas –conforme las concibe Haupt– son relaciones jurídicas que tradicionalmente se han considerado como contratos, pero que a su criterio no encuadran con fluidez dentro de este concepto. Tales obligaciones se denominan contractuales porque asumen los mismos efectos que tendría un contrato otorgado con idéntico objeto, y fácticas en virtud de que reconocen su origen en un comportamiento de hecho y no en un contrato. Se incluyen dentro de esta elaboración, entre otros supuestos, el transporte benévolo, la obligación del titular de un establecimiento comercial de resarcir los daños sufridos por un cliente que todavía no ha adquirido nada, la situación jurídica resultante de un contrato de sociedad declarado nulo.

Esta teoría no ha gozado de mayor predicamento. Si bien Larenz adscribe a ella con algunas reservas, impugna la denominación “relaciones contractuales de hecho” porque induciría a pensar en procesos extrajurídicos en la constitución de la obligación, optando por calificarlas como relaciones nacidas de conductas sociales típicas. Puig Brutau sostiene que es una ficción decir que la obligación de pagar el servicio público deriva de una declaración de voluntad, pues en realidad se trataría sólo de la valoración del significado de una conducta social típica¹⁵. En la doctrina nacional, fuera del caso paradigmático del estacionamiento, se ha criticado esta teoría porque “...aun en los contratos más típicos y formales la situación es igual; cuando compro una casa, el propósito que me guía no es firmar una escritura de compraventa, sino adquirir un bien en el que he de vivir o me ha de producir una renta. El fin último del contrato es siempre o casi siempre económico, lo que no excluye la voluntad jurídica de contratar para lograrlo”¹⁶.

No obstante tales objeciones, estas construcciones de la doctrina alemana, que se apartan relativamente de la tradición justiniana, han consentido que se genere un espacio de apertura hacia nuevas hipótesis

¹⁵ PUIG BRUTAU, *lug. cit.*

¹⁶ BORDA, *lug. cit.*

no codificadas en las que pueden surgir obligaciones lícitas aun en ausencia de una convención.

VII. Fuentes doctrinarias y sistemática del Código Civil argentino

Vélez Sársfield se refiere a la clasificación de las fuentes de las obligaciones en la nota al epígrafe de la Sección I, Parte I (*De las obligaciones en general*) situada dentro del Libro II (*De los Derechos Personales en las relaciones civiles*) de nuestro Código Civil. Allí recuerda la opinión de Zachariæ, quien al comentar el *Code* francés en este punto manifestara su voz disonante: “Nada más vicioso que el método seguido por los redactores del Código. Hay (en él) cinco fuentes de las obligaciones: 1) Los contratos o convenciones; 2) los cuasicontratos; 3) los delitos; 4) los cuasi-delitos, y 5) la ley”.

En la misma nota se recuerda también el parecer de Ortolan, quien cónsono con la opinión de Zachariæ, dice “(h)ay dos fuentes de las obligaciones en el Derecho Civil. *Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*. Esta es la regla del Digesto. Cuando la jurisprudencia halla otros casos de obligaciones, los refiere sin embargo, a las dos fuentes primitivas, y los asimila a ellas. Se dice que son figuras variadas de aquellas causas legítimas de las obligaciones, *variae causarum figurae*: que la obligación nace como nacería de un contrato (*quasi ex contractu*), o como nacería de un delito (*quasi ex delicto*)”.

Sin embargo, en la nota al artículo 499 el Codificador expresa un juicio de valor que pone en entredicho su posición, al afirmar que tanto el Código Civil francés como los demás que lo han seguido “...han confundido las causas de los contratos con las causas de las obligaciones. Como éstas nacen, a más de los contratos y cuasi-contratos que son los actos lícitos, de los actos ilícitos, delitos y cuasi-delitos, y de las relaciones de familia, la causa de ellas debe hallarse en estas fuentes que las originan, y no sólo en los contratos”. Ortolan, nuevamente citado por Vélez Sársfield en la nota a este precepto, después de hablar de las obligaciones de fuente contractual, no hace alusión al cuasicontrato sino al enriquecimiento sin causa como “hecho

causante de obligación”. La opinión de Ortolan puede considerarse el antecedente mediato de la fórmula empleada en el artículo 499, pero –en rigor– ha sido el *Esboço* de Teixeira de Freitas el que con un enunciado similar (art. 870) orientó la redacción de dicha norma¹⁷.

Más allá de las apreciaciones vertidas en las notas citadas, un dato cierto y objetivo es que nuestro régimen positivo no contempla abiertamente la categoría del cuasicontrato, ni tampoco brinda una definición general de ella. Por el contrario, se limita a disciplinar separadamente las figuras de la gestión de negocios y del pago de lo indebido. Pero, una nueva perplejidad emerge a poco de ver que en la nota al artículo 2288 el Codificador denomina cuasicontrato a la gestión de negocios, a pesar de que no emplea tal calificación en ninguna otra parte del texto legal.

Desde el punto de vista sistemático, Vélez Sársfield dedica a la gestión de negocios ajenos el Título XVIII de la Sección III (*De las obligaciones que nacen de los contratos*) contenida en el Libro II. Y en este mismo Libro, pero en su Sección I, Parte II (*Extinción de las obligaciones*), Título XVI (*Del pago*) legisla en el Capítulo VIII acerca *De lo dado en pago de lo que no se debe*.

Pasemos ahora a examinar la solución adoptada por nuestro Codificador en orden a la controvertida naturaleza jurídica de cada una de estas especies como supuestos cuasi-contractuales, lo cual se refleja en la diversa colocación sistemática dispensada a las mismas que acabamos de reseñar.

1. *Análisis comparativo de la gestión de negocios ajenos y del pago de lo indebido*

Como primera aproximación en la gestión de negocios ajenos puede percibirse –a nivel estructural– una relativa analogía con el contrato de mandato. Esto es precisamente lo que, en cierta medida, justifica la asimilación entre ambas figuras.

El pago de lo indebido, en cambio, no registra semejanza fisonómica con algún tipo contractual. El fundamento de la posibilidad de repetir

¹⁷ ALTERINI, A. A.; AMEAL, O. J. y LÓPEZ CABANA, R. M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 60-61.

lo pagado por error (o sin causa) se concreta lisa y llanamente en el principio de que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro, arraigado en el derecho romano como lo atestigua el texto de Pomponio reportado en el último título del Digesto, que lleva por lema *De diversis regulis iuris antiquis* (De las diversas reglas del derecho antiguo): *Iure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores* (Es justo por derecho natural, que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro) (D. 50, 17, 206).

Aun así, es oportuno recordar lo expresado por Gayo sobre la *solutio indebiti* en el citado fragmento de sus *libri aureorum* conservado en D. 44, 7, 5, 3:

También el que recibe lo no debido por error del que lo paga, se obliga ciertamente como por la dación de un mutuo, y está obligado con la misma acción con que los deudores a los acreedores...

A partir de este texto se ha pretendido reconocer un parentesco entre el pago de lo indebido y el contrato de mutuo. Sin embargo, estructuralmente –insistimos– no existe analogía alguna entre ambos institutos; la única similitud se da en el plano de los efectos, es decir en orden a la obligación de devolver lo recibido. El propio Gayo se encarga de aclarar este aspecto, cuando en la segunda parte del pasaje puntualiza:

...pero no se puede entender que el que está obligado por esta causa se haya obligado por un contrato; porque se considera que el que paga por error da con intención más bien de disolver una obligación, que de contraerla.

Ahora bien, se advierte a simple vista que la naturaleza y finalidad de las figuras de la gestión de negocios ajenos y del pago de lo indebido son disímiles.

Tal como anticipamos, el pago de lo indebido es una aplicación particular de la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa, toda vez que procura corregir un desplazamiento desprovisto de justificación. Así las cosas, el pago de lo indebido sustancialmente es un “acto” que genera la mencionada consecuencia jurídica que manda restituir lo recibido errónea o injustificadamente.

La gestión de negocios ajenos, a su turno, presupone una invasión o interferencia voluntaria en la esfera patrimonial de otra persona, ante cuya circunstancia la ley interviene para obligar al gestor a continuar su gestión de la manera más conveniente para el *dominus*. Se comprende, entonces, que la gestión de negocios consiste ya no en un mero acto aislado con un efecto concreto y preciso (como el pago de lo indebido), sino en una verdadera relación jurídica compleja que vincula al gestor y al dueño del asunto, y de la que dimanen un entramado de efectos jurídicos para ambos sujetos.

De aquí se deduce el único rasgo en común entre la gestión de negocios y el pago de lo indebido: la producción de obligaciones semejantes a las de origen contractual. Sin embargo, de modo alguno esto autoriza a afirmar que exista entre tales hipótesis algún parecido estructural (constitutivo), que justifique su consideración dogmática bajo una categoría unitaria.

En suma, no se percata correspondencia sustancial entre ambas especies y, por ello, es inexplicable que vengan comprendidas bajo un género vacío de contenido, como el del cuasicontrato. Y, como confirmación de esta heterogeneidad, en el párrafo que sigue describimos –en forma muy esquemática– las diferentes lógicas expositivas empleadas por nuestro Código Civil para disciplinar respectivamente el régimen legal de la gestión de negocios y del pago de lo indebido.

2. *Gestión de negocios ajenos*

En la regulación de la gestión de negocios ajenos, la *fattispecie* viene definida en sus trazos esenciales, para luego determinarse el plexo de efectos jurídicos que de la misma emanan. En otras palabras, primero se diseña la estructura de la figura y, luego, se reglamenta su funcionamiento dinámico. Las reglas, por ende, han sido elaboradas con un cierto grado de articulación, a tenor de las semejanzas y diferencias con el contrato de mandato, tanto desde un ángulo visual estructural como funcional.

Según el artículo 2288, quien “...se encarga sin mandato de la gestión de un negocio que directa o indirectamente se refiere al pa-

trimonio de otro, sea que el dueño del negocio tenga conocimiento de la gestión, sea que la ignore, se somete a todas las obligaciones que la aceptación de un mandato importa al mandatario”. El artículo siguiente completa la noción, incorporando una referencia a la causa fin en su acepción subjetiva, al disponer que “...es necesario que el gerente se proponga hacer un negocio de otro, y obligarlo eventualmente” (art. 2289).

Tras definirse la figura, se contempla su disciplina jurídica, estableciéndose los derechos y obligaciones tanto del gestor como del *dominus*. Para sintetizar este régimen podemos decir que básicamente el gestor se somete a todas las obligaciones del mandatario; de las que podemos enunciar: la obligación de concluir la gestión (art. 2290), de conducirla con la máxima diligencia (art. 2291), de responder por el hecho del sustituto (art. 2292), de rendir cuentas (art. 2296), etcétera. Igualmente el dueño del negocio: “...queda sometido a las obligaciones que la ejecución del mandato impone al mandante, con tal que el negocio haya sido útilmente conducido, aunque por circunstancias imprevistas no se haya realizado la ventaja que debía resultar, o que ella hubiese cesado” (art. 2297). Y por ello el gestor tiene, fundamentalmente, derecho a repetir del dueño los gastos que la gestión le hubiese irrogado, con sus respectivos intereses (art. 2298).

En suma, algunas de las normas predisuestas para reglamentar las obligaciones del dueño del negocio y del gestor, confirman dicha idea de la asimilación con el mandato, en base a reglas que son más o menos consecuentes con el régimen de este último.

3. *Pago de lo indebido*

A diferencia de la gestión de negocios ajenos, el pago de lo indebido denota una estructura mucho más simple y elemental: se consigna primero el supuesto de hecho (arts. 784, 790-791, 792-794, 795), para fijarse después la consecuencia jurídica que cabe asignarle.

La *fattispecie* se configura cuando una persona recibe alguna cosa que no tenía derecho a cobrar y que ha sido entregada de manera indebida (por error o sin causa), naciendo en consecuencia la obligación de restituirla.

En esencia, hemos dicho, el efecto que se dispara a partir de la verificación de dicho presupuesto fáctico se concreta en que quien paga indebidamente tiene derecho a repetir lo pagado. El esquema es prácticamente silogístico, si bien el mencionado efecto restitutorio se modula con variaciones según la buena o mala fe del *accipiens*. De aquí que sea menester distinguir:

- a) Si quien cobró actuó de mala fe debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o que debió percibir cuando la cosa recibida los produjera (art. 788). Además, ha de responder por los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se causaren al que la entregó, hasta que la recupere. Pero, no debe responder por la pérdida de la cosa debida a caso fortuito cuando la misma hubiese podido perecer igualmente hallándose en poder de quien se la entregó (art. 789).
- b) Si, en cambio, quien percibió el pago lo hizo de buena fe solamente responde de los deterioros o pérdida de la cosa y de sus accesiones cuando por la entrega se hubiere enriquecido (art. 786). Si la hubiere enajenado, debe restituir el precio o ceder la acción respectiva para hacerlo efectivo (art. 787).

VIII. Referencia jurisprudencial

La voz *cuasicontrato* brilla por su ausencia en los índices por materias de las principales colecciones de fallos judiciales que circulan en Argentina. No obstante ello, en algunas ocasiones, los tribunales se han ocupado tangencialmente del tema. A continuación haremos una somera referencia a dos invocaciones que sobre el vocablo hemos constatado en nuestro Derecho de fuente jurisprudencial.

a) La primera de ellas pertenece a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual hace ya varias décadas se pronunció acerca del cuasicontrato sosteniendo que:

(E)n materia criminal no existe cuasicontrato de litiscontestación y la potestad judicial no está limitada por los pedidos de la acusación y la defensa. La única limitación consiste en que la sentencia recaiga sobre los hechos materia del juicio; sólo sobre ellos el juez debe

pronunciarse, pero tiene libertad para hacer su calificación legal y aplicar la pena correspondiente¹⁸.

Recordemos que en perspectiva histórica –reparando en su modo de ser en el proceso formulario del Derecho Romano– la *litiscontestatio* ha sido definida como el acto bilateral mediante el cual las partes litigantes expresan el acuerdo sobre el contexto de la *formula* autorizada por el magistrado, en la cual son fijados los términos de la controversia y los poderes del juez designado. Su efecto esencial era la consunción procesal de la acción deducida en juicio, denotando cierta analogía a-técnica con la novación¹⁹. Aplicando esta idea al Derecho Procesal corriente, resulta que los puntos en torno a los cuales ha de girar la controversia resultan definitivamente fijados con la *litiscontestatio*, de suerte que el juez debe circunscribir su consideración a la situación jurídica existente en el momento en que aquélla se produce. En otras palabras, la traba de la *litis* cristaliza la materia litigiosa del pleito, concreta el *thema decidendi* sobre el cual habrá de versar el ulterior debate procesal hasta la emisión de la sentencia de mérito. La *litiscontestatio*, en el derecho de nuestros días, no tolera ser asimilada sin más a un contrato, debido a que no consiste en un acuerdo de voluntades dirigido deliberadamente a producir dicho efecto de la consunción procesal; tal efecto es asignado objetivamente por el ordenamiento jurídico prescindiendo de la intención de las partes. De ahí que se haya recurrido residualmente a la noción de cuasicontrato para explicar el funcionamiento de la *litiscontestatio*. Ahora bien, ésta última así opera en los procesos civiles, mas no en materia penal. Por esta razón, el decisorio, cuya parte pertinente hemos transcripto, se encarga de esclarecer que en un proceso criminal no existe tal cuasicontrato de *litiscontestatio*. Desde luego, el juez penal no ha de sujetarse a los términos expresados en la requisitoria fiscal y en la defensa, sino que puede ir más allá inclusive, en ejercicio de sus facultades inquisitorias encaminadas al descubrimiento de la verdad material.

¹⁸ CSJN, 26-4-40, fallo N° 9193, publicado en *Fallos*: 186:297; L. L. 18:283. En igual sentido cfr. CFed. de La Plata, sala I, 10-5-79, L. L. 1979-C-161.

¹⁹ BURDESE, A., *Manuale di Diritto Privato Romano*, 4ª ed., UTET, Torino, 2006, p. 592.

b) La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires también encontró una oportunidad de aludir al cuasicontrato a propósito del contrato administrativo de concesión pública. Veamos qué se dijo al respecto:

La particular situación del concesionario que, una vez extinguido el contrato de concesión y ante la inacción, tolerancia o aun complacencia de la Administración Pública, continúa prestando el servicio público cuya explotación se le había otorgado, encuadra en la figura del cuasicontrato administrativo, con lo cual no se procura otorgar un derecho al ex-concesionario, sino asegurar la indispensable continuidad en la prestación del servicio público en las condiciones pactadas, pudiendo el concedente exigir de aquél el cumplimiento de las mismas como si continuaran vigentes pero, siempre, con la salvedad de que –además– puede dar por finalizada su actuación en cualquier momento²⁰.

En la especie, al igual que en la hipótesis indicada en precedencia, se echó mano al cuasicontrato como figura residual. En efecto, se descarta que exista tácita reconducción o prórroga del contrato de concesión pública en los casos en que el concesionario prosigue la explotación, a pesar de encontrarse fenecido el plazo otorgado por la Administración (concedente) para tal cometido. En este sentido, se argumentó además que la tácita reconducción es una figura de limitada aplicación en el derecho privado, inconciliable con los principios que informan la contratación administrativa. Así, habiéndose extinguido el vínculo contractual por el vencimiento del plazo acordado, surge la cuestión de determinar la naturaleza de la relación jurídica pendiente. Y, se ensayó como respuesta, que la subsistencia de esta relación puede explicarse en términos de un cuasicontrato, el cual sucedería al contrato originario de concesión pública. El entendimiento del tribunal cimero de la Provincia de Buenos Aires, dada su escasa fundamentación, no parece del todo convincente.

²⁰ SCJBA, 2-12-86, *in re* “Micro Ómnibus del Ente SRL c/Municipalidad de Lanús”, L. L. 1987-C-183. En un caso similar, a idéntica conclusión arribó la CCCom. de Concordia, sala III, 9-5-97, *in re* “Instituto de Ayuda Financiera a la Acción Social c/Yelín, Ricardo J.”, L. L. Litoral 1997-958 y L. L. 1997-F-301.

IX. Proyectos de unificación civil y comercial (años 1998 y 2012)

En línea con las concepciones actuales los dos últimos proyectos de reforma integral a nuestro Código Civil prescinden de la categoría del cuasicontrato como fuente independiente de obligaciones. Las razones que sustentan tal temperamento vienen atinadamente ponderadas entre las motivaciones del Proyecto de 1998. Así, mediante una compendiosa relación del modo en que fue considerada la categoría en cuestión en el curso de la historia, el § 267 de los *Fundamentos* reza:

Las *Institutas* de Justiniano concibieron una clasificación cuatripartita de las fuentes de las obligaciones: consideraron que las obligaciones nacen *ex contractu*, *quasi ex contractu*, *ex delicto* y *quasi ex delicto* (de contrato, como de contrato, de delito y como de delito). Heineccio y Pothier entendieron que las obligaciones nacidas como de contrato y como de delito eran cuasicontratos y cuasidelitos, lo cual modificó los términos de la exposición, porque obligar como algo, no es ser casi algo. Para Teófilo el cuasicontrato es un acto lícito generador de obligaciones civiles que, a diferencia del contrato, no implica el consentimiento de las partes pero, como el contrato, concede una acción.

Finalmente, se destaca la inutilidad de la figura del cuasicontrato en el derecho moderno, toda vez que las dos especies más relevantes que pretende aglutinar no se resentirían en absoluto si no estuviese aquella prevista. Desde luego, la gestión de negocios constituye *per se* una fuente de obligaciones con un régimen propio, mientras que el pago de lo indebido con su respectivo efecto restitutorio no es más que una manifestación de la doctrina del enriquecimiento injusto. A este propósito, el mentado § 267 de los *Fundamentos* del Proyecto concluye:

(L)a gestión de negocios ajenos y la repetición del pago de lo indebido fueron considerados cuasicontratos; incluso el Código Civil francés los enroló en ese carácter (art. 1371). Pero esta categoría híbrida no tiene espacio en el Derecho moderno, pues la gestión es tratada como fuente autónoma de obligaciones, y la repetición del pago de lo indebido, como un aspecto de la teoría del enriquecimiento sin causa. Es el criterio que ha seguido este Proyecto.

En igual sentido se pronuncian los autores del Proyecto de Código Civil del año 2012. Entre los fundamentos de la ubicación sistemática y disciplina propuestas para la gestión de negocios ajenos (arts. 1781-1790) y el empleo útil (arts. 1791-1793) se lee lo siguiente:

La tradición histórica, basada en el derecho romano, y luego francés, admitió una clasificación cuatripartita de las obligaciones: el contrato, cuasicontrato, delito y el cuasidelito. En este contexto, la gestión de negocios ajenos y la repetición del pago de lo indebido fueron considerados cuasicontratos y así se enseña en muchas de las facultades de derecho del país. Sin embargo, la mayoría de la doctrina actual considera innecesarias las categorías híbridas del cuasicontrato y cuasidelito y se propone regular la gestión de negocios como una fuente autónoma y la repetición del pago de lo indebido como una especie del enriquecimiento sin causa. Esta es la tesis predominante, adoptada en el Proyecto de 1998 y que seguimos en este anteproyecto.

En efecto, tanto la gestión de negocios ajenos como el empleo útil aparecen en este proyecto, tras la regulación de los contratos en particular, como fuentes autónomas de obligaciones en los Capítulos 2 y 3, respectivamente, contenidos en el Título V (*De otras fuentes de las obligaciones*) del Libro III (*De los derechos personales*). Adviértase, además, que no hay alusión normativa alguna al cuasicontrato como categoría abarcadora de dichas figuras.

X. Reflexiones finales

De las diversas experiencias que hemos tenido oportunidad de recapitular diacrónica y sincrónicamente, podemos colegir que en nuestro tiempo es innecesario recurrir al cuasicontrato como categoría dogmática. El principal argumento es que no resulta posible individualizar reglas generales aplicables de manera subsidiaria a las especies sobre las que tradicionalmente se ha intentado construir dicha categoría como género común²¹.

Si bien la categoría formalmente sobrevivió durante el período com-

²¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de las Obligaciones*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 413-431.

prendido entre su creación y la redacción del Código Civil francés, creemos que esto obedeció *ratione imperis*, es decir por la propia autoridad que imponía el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Mas, *imperio rationis* (o sea, por virtud exclusiva de la razón), es evidente que en la actualidad el cuasicontrato se revela una categoría carente de utilidad práctica.

Las hipótesis típicas de la gestión de negocios ajenos y del pago de lo indebido estructuralmente, poco tienen que ver entre sí. Por ejemplo, en la gestión de negocios la ley no puede dejar de atender a quien oficiosamente se encarga de un asunto ajeno que se encuentra abandonado por imposibilidad o ausencia de su dueño. En el pago de lo indebido, en cambio, la ley viene en auxilio de quien realiza una prestación sin estar obligado. Ergo, se desprende claramente que el interés tutelado que justifica el nacimiento de obligaciones para los agentes es completamente distinto en uno y otro caso. No habiendo homogeneidad en este sentido, es lógico que no pueda haber identidad en el tratamiento jurídico.

La falta de consistencia de la categoría del cuasicontrato se evidencia en aquellas legislaciones que la contemplan expresamente y agrupan las figuras de la gestión de negocios y del pago de lo indebido bajo un mismo título, de ordinario rubricado *De las obligaciones que se contraen sin convenio*. La ausencia de convenio es sólo una connotación negativa, con la cual se pretende conferir unicidad a la categoría; pero —a nuestro juicio— por sí sola es insuficiente para fundamentar todavía hoy su pervivencia en el sistema como fuente autónoma y homogénea de obligaciones.

EL DERECHO DE HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

por MARTA FELPERIN

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho de huelga. 1. El derecho de huelga según los órganos de control de la OIT. 2. El derecho de huelga conforme la legislación argentina: titularidad. 3. El derecho de huelga y el bloque de la constitucionalidad. III. Los servicios esenciales. 1. Conceptualización. 2. Los servicios esenciales según la OIT. 3. La determinación jurídica de los servicios esenciales. 4. Criterios de los órganos de control de la OIT. IV. El derecho de huelga en los servicios esenciales. 1. Restricciones al derecho de huelga en los servicios esenciales. 2. La restricción: los servicios mínimos. V. Legislación nacional. 1. La ley 25.877 y el decreto 272/2006. 2. El servicio público de importancia trascendental. 3. El órgano independiente creado por la ley 25.877 y reglamentado por el decreto 272/2006: la Comisión de Garantías. 4. Los servicios mínimos en el nuevo decreto. 5. La Comisión de Garantías: su primer dictamen.

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo el desarrollo y tratamiento del derecho de huelga en los servicios esenciales. La huelga es una de las figuras jurídicas más ríspidas del Derecho Colectivo del Trabajo, y también es una figura que ha dado y da lugar a situaciones paradójales. Asimismo, su positivización y consagración como derecho humano en distintos instrumentos internacionales no ha conllevado –necesariamente– que este derecho sea indiscutido. Por el contrario –y quizás–, en forma algo solapada, se lo quiere mellar, sobre todo, por medio de su reglamentación, ya sea utilizando distintas calificaciones (adjetivaciones) o intervenciones de carácter administrativo, siempre, con el fin de restringirlo. Justamente, el servicio esencial es una categoría cuya

conceptualización y demarcación nos importa y preocupa, en cuanto ésta implica una regulación adicional y específica de carácter restrictivo al derecho de huelga.

Abstract

This paper develops the right to strike in essential services. At first I will define both, the strike and the essential services, a special kind of public service, basing this on International Human Rights Instruments adopted in our National Constitution since 1994, and more specifically from International Labour Rights taken from the International Labour Organization (ILO) and in the supranational jurisprudence. Keeping a restricted position as to postures that deny the right to strike in these services, which, in general, is being stated on the classic proposal of Administrative Rights. At the same time I will talk about the regulations referring to the two figures (strike and essential services), pointing out the analysis of the national law 25.877/2004 and its reglamentary decree 272/2006. Finalizing the work, I will be making a critical analysis about the first opinion from the Guarantee Commission, which is an independent body created by law 25.877, in a unique article 24 and that legislated about essential services or what the doctrine calls *strictu sensu* essential services, essential services by extension and minimum services. Also this article talks about what essential services are: hospital and sanitary services, the production and distribution of electricity, water and gas, and air traffic control. An activity which is not taken into account in the above text would be included when the Guarantee Commission considers these are essential services.

Palabras clave

Derecho de huelga. Servicios esenciales.

Keywords

Right to strike. Essential services.

I. Introducción

La huelga es una de las figuras jurídicas más ríspidas del Derecho Colectivo del Trabajo, y también es una figura que ha dado y da lugar a situaciones paradójales. Asimismo, su positivización y consagración como derecho humano en distintos instrumentos internacionales no ha conllevado –necesariamente– que este derecho sea indiscutido. Por el contrario –y quizás–, en forma algo solapada, se lo quiere mellar, sobre todo, por medio de su reglamentación, ya sea utilizando distintas calificaciones (adjetivaciones) o intervenciones de carácter administrativo, siempre, con el fin de restringirlo.

Justamente, el servicio esencial es una categoría cuya conceptualización y demarcación nos importa y preocupa, en cuanto ésta implica una regulación adicional y específica de carácter restrictivo al derecho de huelga.

El presente trabajo tiene como objetivo el desarrollo y tratamiento del derecho de huelga en los servicios esenciales, que es un tema muy relegado en las currículas de las carreras de Derecho, o bien es directamente soslayado, no obstante, es un tema de palmaria actualidad, que nos interpela acerca de nuestra manera de considerar al Derecho, de nuestras praxis, y nos obliga –ineludiblemente– a tomar posición¹.

II. El derecho de huelga

1. *El derecho de huelga según los órganos de control de la OIT*²

El derecho de huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promo-

¹ Este art. fue elaborado con base en mi libro *El derecho de huelga en los servicios esenciales*, en Serie *Thesis*, Rap, Buenos Aires, mayo de 2011.

² La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue fundada en 1919, convirtiéndose en la primera agencia especializada de las NU en 1946. Es la agencia tripartita de la ONU y convoca a gobiernos, empleadores y trabajadores de sus Estados miembros con el fin de emprender acciones conjuntas destinadas a promover el trabajo decente en el mundo (representantes tripartitos de los países miembros se reúnen todos los años en el mes de junio en la Conferencia Internacional celebrada en la sede de la OIT en Ginebra). Los órganos de control de la OIT son la Comisión de Expertos en

ción y defensa de sus intereses económicos y sociales (OIT, 1996, párrafos 473-475). En 1952, en su segunda reunión, el Comité de Libertad Sindical afirmó el derecho de huelga y formuló los elementos del principio básico sobre este derecho, a tenor del cual, y sobre la base de este principio, a lo largo de los años el Comité de Libertad Sindical, además de reconocer que la huelga es un derecho y no simplemente un hecho social: 1. Ha dejado claro que se trata de un derecho del que deben disfrutar las organizaciones de trabajadores (sindicatos, federaciones y confederaciones). 2. Ha adoptado un criterio restrictivo al delimitar las categorías de trabajadores que pueden ser privadas de este derecho y respecto de las limitaciones legales a su ejercicio, que no deben ser excesivas. 3. Ha vinculado el ejercicio de derecho de huelga a la finalidad de promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores (criterio éste que excluye del ámbito de protección internacional en el seno de la OIT las huelgas puramente políticas aunque no aporta de manera directa elementos de pronunciamiento sobre la huelga de solidaridad, cuestión ésta que no puede ser objeto de una prohibición absoluta). 4. Ha considerado que el correcto ejercicio del derecho de huelga no debe acarrear sanciones perjudiciales de ningún tipo, que implicarían actos de discriminación antisindical³.

Para que se configure la figura, primeramente debe producirse una interrupción en la prestación del servicio y en consecuencia, con el proceso productivo alterado, el cese en las prestaciones de los trabajadores debe realizarse a fin de lograr la satisfacción de sus peticiones, debiendo ser el cese de carácter colectivo, no siendo admisible una huelga individual.

2. El derecho de huelga conforme la legislación argentina: titularidad

En nuestro país, el derecho de huelga ha sufrido a lo largo de su

aplicación de convenios y recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical, ver notas 23 y 24 en donde explicito sus funciones.

³ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 137, 1998, N° 4, p. 7.

corta historia una serie de limitaciones impuestas por sucesivas leyes: la ley 14.786, que establece la conciliación obligatoria; la ley 16.936, que impuso el arbitraje obligatorio (hoy derogada), y aun la ley 23.551, cuyo artículo 31, inciso a, declara que “son derechos exclusivos de la asociación gremial con personería sindical, defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores”. Vinculando esta última disposición con la de la ley 14.786 que prohíbe el ejercicio del derecho de huelga si no se recurre al mecanismo previo de la conciliación, y como la representación de los trabajadores ante los órganos de trabajo provinciales la ejercen los sindicatos con personería gremial, gran parte de la doctrina y jurisprudencia sostiene que la titularidad del derecho de huelga la tendrían sólo las organizaciones con personería otorgada⁴. En la misma línea, Justo López afirma que el artículo 31, inciso a, del régimen sindical argentino (ley 23.551) no permite una lectura favorable a la interpretación dicotómica sobre la titularidad de los sujetos activos de la huelga, al que habría que sumarle las facultades del artículo 5º, inciso d, de la misma ley (postura restrictiva)⁵.

Los autores que avalan la postura amplia sostienen que este razonamiento se encuentra en contradicción con el mandato constitucional que garantiza a los gremios el ejercicio del derecho de huelga, lo que de ningún modo puede identificarse con el “sindicato con personería gremial”, sino que alude claramente a una pluralidad de trabajadores o a un colectivo laboral, por lo tanto, debe prevalecer ante la ley y ser objeto, en su caso, de un planteo de inconstitucionalidad⁶.

⁴ ELIZONDO, Jorge, *Derecho Colectivo del Trabajo: conflictos actuales*, Nova Tesis, octubre de 2008, ps. 15 y 16.

⁵ Cabe aclarar que la postura que sostiene la titularidad en el sindicato con personería gremial tiene su antecedente en el Derecho fascista italiano anterior a la Segunda Guerra Mundial, en donde sólo tenían este derecho los gremios adictos al gobierno y reconocidos por éste.

⁶ La CSJN ha sostenido la tesis restrictiva. No obstante, en el fallo “Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) c/Ministerio de Trabajo”, del 17-11-2008 (conocido como “ATE I”), marcó un nuevo rumbo con relación a la libertad y democracia sindical, y a la representación de los trabajadores, declarando la inconstitucionalidad del art. 41, inc. a, de la ley de asociaciones profesionales, desarticulando, entonces, los argumentos referidos a la titularidad del derecho de huelga en cabeza de la entidad

Asimismo, la mayoría de los actores del mundo del trabajo reconocen la titularidad del derecho al colectivo o grupo de trabajadores que tienen una misma actividad o profesión, y aun reconocen la posibilidad de su ejercicio a una coalición o comité de huelga, en tanto organizaciones transitorias creadas por los trabajadores en conflicto⁷.

Luis Rafaghelli, en un minucioso trabajo acerca del sindicato y el conflicto, defiende la última postura, y afirma que “hay una franja amplia de laboristas que definen un criterio no restrictivo, entre los que nos enrolamos a través de la teoría sistémica del derecho laboral puesto que lo contrario, como se ha señalado, podría implicar la exclusión de quienes ejerciendo su libertad sindical individual han optado por no afiliarse a la organización sindical pero pertenecen al gremio o la pluralidad de trabajadores. Capón Filas señala que hay dos titulares de las medidas de fuerza: ‘los trabajadores y las asociaciones sindicales...’ en ambas situaciones los trabajadores son sujetos activos de la medida [...] ya sea en un conflicto espontáneo organizado y conducido por ellos u organizado y conducido por la asociación. N. Corte reconoce que las huelgas no oficiales no aprobadas por la organización sindical no pueden por esa sola circunstancia considerarse ilícitas frente [...] a la amplitud de la garantía constitucional del artículo 14 bis que no ha utilizado la expresión gremio como sinónimo de sindicato”⁸. Concordantemente, E. Krotoschin sostiene que “gremio” no es sinónimo de sindicato, ni tampoco de sindicato más representativo. En la doctrina internacional ya no hay dudas acerca de que la esfera de “lo sindical” abarca mucho más allá del acotado mundo de las organizaciones estables de trabajadores con base asociativa⁹.

con personería gremial. Asimismo cabe citar el último fallo de la Corte que ahonda y amplía su criterio: “Recurso de Hecho. ATE s/Recurso de Inconstitucionalidad c/Gobierno de Salta”, A.598.XLIII, del 18-6-2013 (conocido como “ATE II”).

⁷ Sentencia 33.600, del 25-6-90 de la CNAT (sala VI), en ELIZONDO, ob. cit., p. 16.

⁸ RAFAGHELLI, Luis, *Apuntes sobre sindicato y conflicto*, en VI Congreso Nacional *Trabajo y crisis*, organizado por el Equipo Federal de Trabajo, Comodoro Rivadavia, Chubut, noviembre de 1999.

⁹ Sobre este punto es decisiva la aportación de quien fuera presidente del Tribunal Constitucional Español, Don Miguel Rodríguez-Piñero (*El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales*, en AA. VV., *Sindicatos y relaciones colectivas de tra-*

Asimismo, podemos concluir que es un derecho de ejercicio colectivo, aunque su titularidad sea individual, ya que se trata de un derecho conferido a los trabajadores para que lo ejerciten a través del sindicato¹⁰.

Ricardo Cornaglia afirma que “si el titular del derecho resulta el trabajador, su poder para ejercerlo es directo y sin otra condición que la conducta tenga un fin colectivo”¹¹. Indudablemente, los trabajadores pueden colectivamente ejercer su derecho de huelga, pero, obviamente, un sindicato, aunque tenga personería jurídica, sin los trabajadores no podrá ejercer este derecho.

3. *El derecho de huelga y el bloque de la constitucionalidad*

Cabe aclarar que desde 1994 la jerarquía constitucional del derecho de huelga es doble, pues la incorporación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional garantiza el derecho de huelga. El artículo 8º, apartado 1 del Pacto Internacional establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar [...] d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”. Este derecho humano es un derecho eminentemente laboral y, por lo tanto, es de naturaleza progresiva¹². Con arreglo al artículo

bajo, Murcia, 1978), obra en la que analiza la emergencia de los llamados “otros sujetos colectivos”.

¹⁰ En la mayoría de los casos, los trabajadores huelguistas son, a su vez, titulares del derecho que se ve afectado por la alteración en la prestación del servicio.

¹¹ CORNAGLIA, Ricardo J., *Derecho Colectivo del Trabajo. Derecho de huelga*, La Ley, Buenos Aires, 2006.

¹² “El contenido esencial de un derecho es aquella parte del derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, es lo que hace que sea reconocible, es decir, lo que se hace necesario para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga. En el caso de los trabajadores, el principio de la libertad sindical incluye tanto el derecho a afiliarse a un sindicato [...] como el derecho a desplegar libremente una actividad sindical. Entre las actividades propias de las organizaciones de trabajadores, destaca por su importancia el derecho de huelga, el que ha sido histórica y doctrinariamente interpretado como un medio fundamental para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales. Derecho cuyo ejercicio no se limita solamente al logro relativo de mejores condiciones de trabajo, sino que también está relacionado con la búsqueda de soluciones a problemas

2º del PIDESC los Estados partes del Pacto se comprometieron a “...adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de huelga por la remisión que hace en su artículo 26 a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo artículo 43, literal c, reconoce el deber de protección al derecho de huelga por parte de los Estados miembros¹³.

de política laboral, económica y social que afecten a los trabajadores. Por lo tanto, respecto al derecho de huelga, cabe afirmar que toda noción de huelga debe ser necesariamente abierta, emanar de su dinámica, y formularse a partir de la realidad que subyace al fenómeno mismo”. Presentación *amicus curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá”, sent. del 2-2-2001 (ONG: CEDAL Perú, CELS Argentina, CDES y Comisión Colombiana de Juristas), p. 50 (www.cels.org.ar/common/.../amicus_baena_libertadsindical.pdf).

¹³ En un principio, la competencia de la Corte IDH se circunscribió a las violaciones a los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), Convención que no receptó en forma extensa a los derechos económicos, sociales y culturales, a excepción de una mención genérica vinculada a su desarrollo progresivo (art. 26). Por lo tanto, los casos sometidos a su jurisdicción en los que se alegaba la violación de derechos sociales fueron limitados, y la Corte IDH aprovechó esas oportunidades para elaborar principios vinculados a estos derechos. En el “Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 2-2-2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), se alegó la violación de los derechos al debido proceso y a la asociación (arts. 8º y 16) en el marco de una huelga de trabajadores del sector público. Merecen citarse algunos contenidos del pronunciamiento de la Corte con relación al derecho de huelga y al carácter de empleados públicos de los huelguistas. En el Capítulo XII (violación del art. 16, libertad de asociación) reprodujo lo manifestado por la CIDH, quien expuso en el punto 151.b, que “la manifestación y la convocatoria a paro fueron actividades legítimas inherentes al ejercicio de la libertad de asociación sindical, a raíz de la frustrada negociación entre la Coordinadora de Sindicatos de Empresas Estatales y el Gobierno”; en 151.f, agregó que “la ley 25 penalizó a las asociaciones de empleados estatales que desde el 8-10-90 estaban comprometidas en la reivindicación de una serie de derechos; esta ley hace referencia a los sindicatos de trabajadores del sector público, los cuales fueron directamente afectados, ya que los despidos fueron realizados selectivamente”, y en j, expresó que “la resolución 10 del 23-1-91, al declarar que los paros y ceses colectivos de labores abruptos en el sector público

Es importante resaltar que en nuestro continente el reconocimiento del derecho de huelga se remonta a 1917, ya que fue en América (México) en donde por primera vez se incluyó el derecho de huelga en una Constitución Nacional¹⁴.

Es decir que el bloque de la legalidad con relación al derecho de huelga en nuestro país queda conformado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía internacional, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

atentaban contra la democracia y el orden constitucional, violó el derecho a la libertad de asociación”. En el punto 156, la Corte argumentó que “Al considerar si se configuró o no en el caso en cuestión la violación de la libertad de asociación, ésta debe ser analizada en relación con la libertad sindical. La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad”; en el punto 157 manifestó: “El Preámbulo de la Constitución de la OIT incluye el reconocimiento del principio de libertad sindical como requisito indispensable para «la paz y armonía universales»”, y en el 158 dijo: “Esta Corte considera que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos”. A su vez, en este capítulo, la Corte reprodujo parte de lo expresado por la CLS y la CE de la OIT, quienes ya se habían pronunciado acerca de estos hechos (caso N° 1569). Finalmente, es importante resaltar el hito que significó este fallo en el orden nacional, atento al –también– histórico fallo “Madorrán” en donde, si bien referido a la estabilidad del empleado público, la Corte nacional había hecho una incorporación indirecta de la doctrina de los mencionados órganos de control de OIT al haber aplicado la doctrina del “Caso Baena vs. Panamá”, resuelto por la Corte IDH con aplicación expresa del Convenio 87 OIT y lo decidido por el Comité de Libertad Sindical en el mismo.

¹⁴ En la Constitución mexicana de 1917 aprobada por el Congreso Constituyente de Querétaro, en el art. 123 se ordenaba que “las leyes reconozcan como un derecho de los obreros y los patronos las huelgas y los paros”. En Europa, recién con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial comenzó a reconocerse constitucionalmente este derecho (Francia, 1949, e Italia, 1948, fueron las primeras). América Latina tempranamente incorporó este derecho en relación con Europa: Cuba en 1940; Uruguay en 1942; Costa Rica en 1944; Bolivia y Colombia en 1945; Brasil en 1946 y Argentina en 1957.

Culturales (PIDESC), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), pactos que a su vez contienen al Convenio 87 de la OIT (arts. 8.3 y 22.3, respectivamente, de los dos convenios indicados), artículo 24 de la ley 25.877, decreto reglamentario 272/2006, y los criterios o principios de los órganos de la OIT. Con relación al Convenio 87, este Convenio no determina en forma expresa el derecho de huelga, pero sí lo hace en forma implícita en el artículo 3.1, cuando garantiza la autonomía de los trabajadores para formular su programa de acción.

Finalizado el recorrido normativo, viene bien citar al reconocido tratadista uruguayo Gross Espiell, quien afirma que “la protección internacional de los Derechos Humanos en América Latina debe buscarse necesariamente hoy en la acción coordinada y armónica del régimen vigente en las Naciones Unidas, del sistema de la OIT y del establecido por la Organización de los Estados Americanos. Las garantías y posibilidades que resultan de estos tres sistemas deben sumarse, en un esfuerzo sistemático para avanzar, dirigido a asegurar el respeto de los derechos y libertades de la persona humana”¹⁵.

III. Los servicios esenciales

1. Conceptualización

Con relación a estos servicios no nos detendremos en su génesis¹⁶, desde que interesa más su delimitación al “tratarse de un concepto que se utilizará para limitar el derecho de huelga”, es decir que recobra suma importancia para el Derecho Colectivo del Trabajo al implicar “una regulación adicional y específica de carácter restrictivo a este derecho”, conforme afirma Vivero Serrano (2002).

Nuestra normativa interna ha intentado cercar el concepto apoyándose en la legislación y la jurisprudencia supranacional, máxime, luego de la reforma constitucional, en donde la misma se ha vuelto obligatoria

¹⁵ GROSS ESPIELL, *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina*, Eudeba, Buenos Aires, 1986, ps. 78/9.

¹⁶ Al respecto, existen distintas concepciones en torno a su inclusión como una especie dentro del género servicios públicos, o como categoría diferenciada, no obstante, no resulta determinante la posibilidad de dar una respuesta categórica a este interrogante, ya que interesa más su delimitación que su genealogía.

y forma parte del bloque de la legalidad (en este sentido, fue en “Giroldi” donde la Corte comenzó a elaborar esta doctrina, seguido por “Aquino”, fallos en los cuales la CSJN elaboró la doctrina de la aplicabilidad y obligatoriedad de la jurisprudencia supranacional, importando en nuestro caso –sobre todo– la emanada de los órganos de control de la OIT).

Es decir que la restricción y/o regulación adicional es la nota que los caracteriza, y la razón de ser de los denominados servicios esenciales, no revistiendo todos los servicios públicos el carácter de esenciales. Y es aquí en donde comienza el arduo camino de establecer qué servicios consideraremos esenciales a los fines de una mayor limitación. Desde ya, adelanto que nuestra regulación interna ha intentado cercar el concepto apoyándose en la legislación y jurisprudencia supranacional, máxime luego de la reforma constitucional, en donde la misma se ha vuelto obligatoria, y forma parte del bloque de la legalidad¹⁷.

No obstante, el concepto amplio de servicio público ha servido y

¹⁷ El “bloque de constitucionalidad” o “bloque de la legalidad” está conformado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional en el art. 75, inc. 22, y la jurisprudencia supranacional. Recordemos que si bien en nuestra primigenia Constitución Nacional se había incorporado el Derecho de Gentes, en el art. 102 (hoy 118) y en el 31, en el que se jerarquizaba el Derecho Internacional, comenzamos a transitar el camino de la internalización de los tratados de derechos humanos con posterioridad a los crímenes y aberraciones cometidas por el Estado en la década de 1970. Al respecto, recomendamos la lectura del artículo de BRUERA, Matilde, *Derechos humanos y la Constitución jurídica contra la impunidad*, en *Derechos humanos. Una mirada desde la universidad*, colección académica, UNR, Rosario, 2006, p. 37. Asimismo, es menester resaltar que la Corte desarrolló su propia doctrina sobre la interpretación y aplicación de la fórmula constitucional que incorpora los tratados (ratificados) “en las condiciones de su vigencia”. Conforme a esta interpretación, inaugurada con la sentencia “Giroldi, Horacio David y otro s/Recurso de casación” (*Fallos*: 328:514) y posteriores, como “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA s/Accidentes. Ley 9688” (sent. del 21-9-2004), “Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad” (sent. del 14-6-2005) y “Madorrán, María Cristina c/Administración Nacional de Aduanas” (sent. del 3-5-2007), las convenciones internacionales deben ser interpretadas y aplicadas por los tribunales argentinos “considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.

sirve a algunas legislaciones nacionales para limitar el derecho de huelga¹⁸. Primeramente, y siguiendo a la Escuela Francesa (Burdeos), la limitación o directamente su interdicción tuvieron su basamento en el principio de la continuidad de los servicios públicos y –en algunos casos– en su carácter estatal. En nuestro país, encontramos diversas opiniones, desde aquellas que consideraban que podían existir servicios esenciales independientemente de la categoría servicios públicos (autores clásicos del Derecho Administrativo como Bielsa, Marienhoff), o aquellos pertenecientes al mundo del Derecho del Trabajo, que como Mario Ackerman los consideran una especie del género servicio público.

Hoy día, la mayoría de las legislaciones distingue entre servicios públicos en general y aquellos otros servicios sobre los que las restricciones al derecho de huelga son mayores, es decir, los llamados servicios esenciales.

Lo expuesto nos lleva a preguntarnos cuándo nos encontramos con servicios esenciales, y cuáles son las características de estos servicios. Indudablemente, la adjetivación de los servicios como esenciales los ubica en la cúspide de la pirámide de las prestaciones. Considerar a un servicio bajo este rótulo implica afirmar que la interrupción en la prestación del servicio puede afectar derechos de tan singular importancia como son aquellos que refieren a la propia existencia humana, en las condiciones enunciadas en los instrumentos internacionales, por lo tanto, se advierte que no todos los servicios considerados públicos pueden poner en grave riesgo aquellos derechos.

Ahora bien, debemos dilucidar cuándo la interrupción de determinadas prestaciones pone en riesgo tales derechos ubicados en la cúspide de la pirámide, resultando nuestra tarea individualizarlos. Pudiendo –también– expresar que nos encontramos con servicios esenciales, y, por ende, con mayores restricciones cuando se trata de la privación o la interrupción de la cobertura o satisfacción o garantía de determinadas necesidades objetivadas en la categoría de derechos humanos, parti-

¹⁸ BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, 2ª ed. rev., Tecnos, Madrid, 1988, ps. 27 y 88/109.

cularmente, aquellos que hacen a la propia existencia humana, pero cuya determinación variará conforme las condiciones y desarrollo de cada país.

Estas circunstancias han hecho que diferentes autores hablen de una suerte de relativismo comparado del concepto de servicios esenciales¹⁹. Sin embargo, me permito afirmar que no se trata de relativismo comparado, sino de la demostración más contundente del carácter histórico y situado de esa práctica social llamada Derecho.

El propio Comité de Libertad Sindical de la OIT (CLS) ha dicho que “lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país” (# 582)²⁰.

Por lo tanto, retomando el punto de partida, debo establecer cuándo determinadas prestaciones (o servicios) pueden calificarse como esenciales a fin de restringir el derecho de huelga. Héctor García²¹ afirma: “es posible acordar la existencia de un núcleo duro de derechos prioritarios o vitales, sin los cuales sería inconcebible la existencia humana en toda sociedad y cuyo descuido o preterición no serían admisibles en ningún ordenamiento jurídico, cualesquiera fueran las circunstancias. Al momento de enumerar esos derechos, existe acuerdo generalizado en torno a tres: la vida, la seguridad y la salud de la población”²².

2. Los servicios esenciales según la OIT

La búsqueda de un concepto de servicios esenciales fue abordada

¹⁹ GARCÍA, Héctor Omar, *La huelga en los servicios esenciales*, en *Relaciones colectivas de trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, t. II, p. 810.

²⁰ Véase *Recopilación* de 1996, párr. 541; 320º informe, caso N° 1963, párr. 229; 321º informe, caso N° 2066, párr. 340; 330º informe, caso N° 2212, párr. 749; 335º informe, caso N° 2305, párr. 505, y 338º informe, caso N° 2373, párr. 382. A fin de ubicar los párrs. identificados con su signo # y el número correspondiente, utilizaré la *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª ed. rev., Ginebra, 2006. Consiguientemente, cada vez que utilice este signo, sin otra aclaración, me refiero al párr. correspondiente en la citada recopilación.

²¹ Ob. cit., p. 811.

²² Cabe aclarar que no existe una prelación o jerarquización entre los derechos

hace décadas por la OIT, este concepto en su sentido estricto (en palabras de la OIT) fue objeto de sucesivas precisiones por parte de sus órganos de control (Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones²³ y el Comité de Libertad Sindical²⁴), sobre todo en cuanto a la posibilidad de prohibición del derecho de huelga. En el año 1983, la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones (CE) los definió como: “los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población” (OIT, 1983b, párrafo 214)²⁵. Esta definición fue adoptada poco tiempo después por el CLS²⁶.

Ahora bien, la jurisprudencia de los órganos de control de la OIT está siendo adoptada por muchos países. No obstante ello, estos linea-

humanos, por lo tanto, la tríada enunciada no condice con la totalidad de los derechos incluidos en los pactos y tratados (si bien el derecho a la vida es el primigenio derecho a proteger por razones obvias).

²³ Es un organismo permanente asesor de la Conferencia Internacional, integrado por juristas especialistas en *Derecho Internacional del Trabajo*. La función de la Comisión de Expertos es examinar las memorias que todos los países tienen la obligación de presentar cada año, detallando el estado en que se encuentra la aplicación de los convenios internacionales en cada país. Cada año la Comisión de Expertos debe presentar su informe a la Conferencia, con la opinión que le merece cada situación y las recomendaciones que propone en cada caso. Las opiniones de la Comisión de Expertos han adquirido gran importancia jurídica para la interpretación de las normas internacionales y se encuentran recopiladas como *jurisprudencia* en cada convenio.

²⁴ En 1950 la OIT arbitró un procedimiento especial para la violación de los derechos sindicales, que le permite intermediar en el caso de violación de los Convenios 87 y 98 contra cualquier gobierno, haya ratificado o no los mencionados convenios. El Comité de Libertad Sindical de la OIT examina las denuncias que se le presentan y puede tramitarlas para su examen en la Comisión de Investigación y Conciliación en materia de libertad sindical. El CLS ha recibido miles de denuncias que han supuesto diferentes recomendaciones a los gobiernos de muchos países del mundo permitiendo la liberación de sindicalistas encarcelados, modificando legislaciones infractoras y reintegrando a trabajadores despedidos.

²⁵ Los informes generales de la CE se encuentran en el sitio www.ilo.org/ilolex/, desde el año 1987 hasta 2009.

²⁶ GERNIGON, ODERO y GUIDO, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga* cit., p. 7.

mientos dejan cierto margen a cada uno de los países conforme su idiosincrasia, y es dentro de ese margen en donde veremos cómo desempeñarnos²⁷.

²⁷ “El art. 37, párr. 1º de la Constitución de la OIT establece: ‘Todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de esta Constitución y de los convenios ulteriormente concluidos por los miembros en virtud de las disposiciones de esta Constitución serán sometidos a la Corte Internacional de Justicia para su resolución’. Este procedimiento fue aplicado una sola vez en lo que concierne a un convenio. Además, en 1946 fue agregado un nuevo párr. al art. 37 de la Constitución de la OIT, que dispone que ‘el Consejo de Administración podrá formular y someter a la aprobación de la Conferencia reglas para establecer un tribunal encargado de solucionar rápidamente cualquier cuestión o dificultad relacionada con la interpretación de un convenio que le fuere referida por el Consejo de Administración o en virtud de los términos de dicho convenio’, mecanismo que tampoco fue adoptado. Sin embargo, son los llamados órganos de control de la OIT de carácter cuasijudicial, los que han elaborado una extensa ‘jurisprudencia’ en el cumplimiento de su función de supervisión de la aplicación de las normas internacionales del trabajo. Se trata sobre todo de la CE y del CLS del Consejo de Administración. Como lo expresa la CE ‘a efectos de desempeñar su función consistente en evaluar la aplicación de los convenios, incumbe a la CE examinar el significado de ciertas disposiciones de los convenios, y expresar su punto de vista al efecto’ (Informe III, Parte 4A, 1977, p. 11, párr. 32). ‘El conocimiento de esta jurisprudencia es sumamente importante para poder apreciar los alcances de las distintas normas contenidas en un convenio [...] En consecuencia, mientras la Corte Internacional de Justicia no contradiga los puntos de vista de la Comisión, éstos siguen siendo válidos y generalmente reconocidos’ (Informe III, Parte 4A, 1990, p. 8, párr. 7) [...] El valor de las opiniones expresadas por ambos órganos es tanto mayor en nuestro país, teniendo en cuenta la jerarquía que ocupan las normas de la OIT en nuestra pirámide legislativa después de la reforma constitucional de 1994, y más aún el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, como parte del PIDESC de la ONU, de nivel constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna (conf. VON POTOBSKY, Geraldo, *Los debates en torno a la interpretación de los convenios de la OIT*, en *Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 1998, ps. 205/10). El carácter vinculante para los tribunales argentinos de la jurisprudencia de los órganos de control de la OIT resulta corroborado por la sentencia dictada por la Corte IDH, en la cual a los efectos de valorar la violación de la libertad sindical prevista en el art. 16 de la CADH tomó particularmente en cuenta las recomendaciones del CLS de la OIT (Corte IDH, ‘Caso Baena, Ricardo y otros’, sentencia del 2-2-2001). Por otra parte, el art. 24, párr. 3º, inc. b, de la ley 25.877 reenvía a los criterios de los organismos de control de la OIT para la calificación excepcional como servicio esencial de un servicio público de importancia trascendental en caso de huelga, y el último párrafo de la norma citada prescribe que su reglamentación deberá ser efectuada conforme los principios de la

La CE de la OIT trató de establecer criterios relativamente uniformes que permitan compatibilizar el Convenio 87 sobre libertad sindical de 1948 con las diversas legislaciones nacionales. Es importante destacar que el derecho de huelga representa una de las manifestaciones más contundentes del derecho de libertad sindical, esto hace que la referencia al Convenio 87 sea ineludible cuando se habla de derecho de huelga, a pesar de que este Convenio no contiene alusiones directas al derecho de huelga.

3. *La determinación jurídica de los servicios esenciales*

Desde que en el año 1981, en la *Revista Internacional del Trabajo*, Nº 1, t. 100, de la OIT, Alfred Pankert publicó su artículo *Solución de los conflictos del trabajo en los servicios esenciales*, los mecanismos o técnicas descriptos por el citado autor para determinar jurídicamente cuáles servicios serían considerados esenciales fueron repetidos por la mayoría de los doctrinarios que se ocuparon del tema, así puede leerse

OIT [...] La jerarquía constitucional precitada ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22, párr. 2º de la CN), esto es, tal como la mencionada Convención rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cfr. arts. 75, CN, 62 y 64 de la Convención Americana, y 2º de la ley 23.054; CSJN, 7-4-95, 'Giroldi, Horacio David y otro s/Recurso de casación', L. L. 1995-D-463). El referido criterio fue reiterado por nuestro más alto tribunal en su actual composición (CSJN, 3-5-2005, V.856.XXXVIII, Recurso de Hecho 'Verbítsky, Horacio s/Hábeas corpus'; 14-6-2005, 'Simón, Julio Héctor y otros', L. L. 2005-D-845). En virtud de los criterios expuestos, cabe concluir que las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes, recomendaciones, estudios y demás opiniones constitutivas de la doctrina de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo, y, en general, las opiniones y decisiones adoptadas por los organismos internacionales de fiscalización y aplicación de los tratados, pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y supralegal deben servir de guía insoslayable para su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos". Del voto del Dr. Oscar Zas en CNAT, sala V, "Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina SA s/Juicio Sumarísimo", del 2-1-2007, sentencia definitiva 69.131, expte. 10.522/05.

en los ya clásicos trabajos de Néstor Corte, Oscar Ermida Uriarte, Héctor Omar García y Mario Ackerman²⁸ (todos ellos citados en este trabajo). Este procedimiento reviste primordial importancia por tratarse de la limitación de un derecho fundamental, por lo tanto, la definición deberá ser de carácter restrictivo, ya que a mayor amplitud del concepto, mayor restricción del ejercicio del derecho. A su vez, Alfred Pankert trata la fuente de la restricción, es decir, quién determina cuáles son los servicios esenciales. En nuestro país, no cabe duda que al tratarse de un derecho plasmado en lo más alto de la pirámide jurídica, es la ley formal la que deberá reglamentar este derecho. Esta aseveración no implica que posteriormente a la determinación de los servicios esenciales –que deberá ser efectuada por el Congreso mediante ley–, la regulación de los conflictos colectivos suscitados en torno a estos servicios, así como a sus posibles soluciones, no encuentre –también– su fuente en normas autónomas, ya sea a través de formas convencionales de autorregulación o normas sindicales de autodisciplina, o bien por medio de leyes materiales, cuestión que trataremos al finalizar el recorrido normativo²⁹.

El citado autor enumera tres mecanismos normativos de determinación jurídica de los servicios esenciales: la definición, la enumeración y la delegación.

1) *La definición*: Implica consignar positivamente una definición de servicios esenciales utilizando los bienes jurídicos a proteger. El problema en este caso, y en palabras de Pankert, es: ¿Se recurrirá a una enumeración taxativa y minuciosa de servicios que se declaran esenciales o se opta por una definición conceptual y genérica formulada en términos abstractos? En el primer caso nos encontramos con la técnica de la enumeración o listado de actividades. En el segundo caso –la técnica de la definición en abstracto–, puede resultar desaconsejable desde que es imposible consignar en una definición la totalidad de los

²⁸ ACKERMAN, Mario, *Conflictos colectivos de trabajo. Ratificación y ampliación de la abolición del arbitraje obligatorio y reglamentación de la huelga en los servicios esenciales para la comunidad*, en AA. VV., *Reforma laboral. Ley 25.877*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 203-229.

²⁹ Al respecto recomendamos el clásico *Tratado* de Marienhoff acerca de la ley formal y la ley material en t. I, ps. 219 y ss.

factores, dejando, siempre, librado al intérprete su extensión o amplitud. Los propios órganos de control de la OIT hicieron hincapié en esta situación, al afirmar que el uso de una definición muy amplia puede acarrear el recorte o prohibiciones excesivas del derecho a limitar.

2) *La enumeración de actividades*: Consiste en la inclusión en el enunciado normativo de un listado de las actividades o tareas consideradas servicios esenciales. La inconveniencia resulta de que generalmente se da cabida a listas interminables que incluyen a servicios que no son esenciales o de que la enumeración se complementa con un agregado más o menos genérico o flexible que desdibuja la taxatividad³⁰. Ejemplo de esta técnica constituye nuestra legislación en la materia, el artículo 24 de la ley 25.877 cuando dice: “se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo”.

3) *La delegación*: Esta técnica consiste en transferir a determinados órganos la facultad de establecer, con carácter general o frente a casos concretos y determinados, las actividades a ser consideradas servicios esenciales. Esta técnica ha merecido críticas de la doctrina pues presenta riesgos en función del amplio margen de discrecionalidad que suele abrir al órgano de aplicación³¹.

4. *Criterios de los órganos de control de la OIT*

Cuando la Comisión de Expertos utiliza la expresión “servicios esenciales” se refiere únicamente a los servicios esenciales en el sentido estricto del término, es decir, a aquellos cuya interrupción puede tener consecuencias para la vida, la seguridad o la salud de la persona, en los cuales podría estar justificado imponer restricciones e incluso prohibiciones, las cuales deberían ir acompañadas, no obstante, de garantías compensatorias.

La doctrina de los órganos de control normativo de la OIT no se

³⁰ ERMIDA URIARTE, Oscar, *La huelga en los servicios esenciales*, publicado en la página oficial del Instituto de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, 2001 (www.rau.edu.uy/Universidad/inst_derecho_del_trabajo/huelgaserviciosesenenciales).

³¹ GARCÍA, ob. cit., p. 834.

ha limitado a definir los servicios esenciales en el sentido estricto del término, sino que también ha determinado un listado de actividades calificadas como tales que sirven de referencia a los países para darle el carácter de esencial a un determinado servicio. Según el Comité de Libertad Sindical, pueden ser considerados servicios esenciales en sentido estricto: el sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos, la policía y las fuerzas armadas, los servicios de bomberos, los servicios penitenciarios públicos o privados, el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares y el control del tráfico aéreo (CLS # 585)³².

Además de los servicios esenciales, la OIT ha admitido a los denominados servicios esenciales “por extensión”, que son aquellos que sin ser esenciales en sentido estricto pueden dar lugar a la necesidad de prestación de servicios mínimos. Hay dos supuestos: cuando se trate de actividades que sin ser esenciales, en la medida en que el

³² (# 585). Pueden ser considerados como servicios esenciales:

- el sector hospitalario (véanse *Recopilación* de 1996, párr. 544; 300 informe, caso N° 1818, párr. 366; 306° informe, caso N° 1882, párr. 427; 308° informe, caso N° 1897, párr. 477; 324° informe, caso N° 2060, párr. 517, caso N° 2077, párr. 551; 329° informe, caso N° 2174, párr. 795; 330° informe, caso N° 2166, párr. 292, y 338° informe, caso N° 2399, párr. 1171);
- los servicios de electricidad (véanse *Recopilación* de 1996, párr. 544; 308° informe, caso N° 1921, párr. 573; 309° informe, caso N° 1912, párr. 365; 318° informe, caso N° 1999, párr. 165 y caso N° 1944, párr. 458);
- los servicios de abastecimiento de agua (véanse *Recopilación* de 1996, párr. 544, y 326° informe, caso N° 2135, párr. 267);
- los servicios telefónicos (véanse *Recopilación* de 1996, párr. 544; 314° informe, casos N° 1984 y 1955, párr. 72, y 318° informe, caso N° 2020, párr. 318);
- la policía y las fuerzas armadas (véase 307° informe, caso N° 1898, párr. 323);
- los servicios de bomberos (véanse 309° informe, caso N° 1865, párr. 145, y 321° informe, caso N° 2066, párr. 336);
- los servicios penitenciarios públicos o privados (véase 336° informe, caso N° 2383, párr. 767);
- el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares (324° informe, caso N° 2037, párr. 102);
- el control del tráfico aéreo (véanse *Recopilación* de 1996, párr. 544, y 327° informe, caso N° 2127, párr. 191).

conflicto se prolongue en el tiempo y/o extiende en el territorio, puede llegar a poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de parte de la población o de toda ella, o bien cuando se trate de un servicio público de importancia trascendental, en este caso los órganos de control de la OIT utilizan un concepto intermedio que es el de servicios de “importancia trascendental”, el Comité de Libertad Sindical, y de “utilidad pública”, la Comisión de Expertos (# 606)³³.

La lista de servicios no esenciales del Comité de Libertad Sindical tampoco es exhaustiva, y si el Comité no se ha referido a más servicios es porque sus pronunciamientos dependen de las situaciones particulares y contextos que debe examinar, aclarando que han sido raros los casos en que se presentaron quejas por la prohibición de la huelga en servicios esenciales.

El Comité ha considerado, en cambio, que en general no constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término y por tanto no procede la exclusión del derecho de huelga en (OIT, 1996, párrafo 545): la construcción, el Instituto monetario nacional, la radio-televisión, los sectores del petróleo, los puertos (carga y descarga), los bancos, los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos, los grandes almacenes, los parques de atracciones, la metalurgia, la minería, los transportes en general (mercaderías y personas), el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios, los transportes metropolitanos, los servicios de correos, las empresas frigoríficas, los servicios de hotelería, la fabricación de automóviles, las ac-

³³ (# 606). El establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga sólo debería ser posible: 1) en aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y 3) en servicios públicos de importancia trascendentales.

Véanse *Recopilación* de 1996, párr. 556; 316º informe, caso N° 1985, párr. 324; 320º informe, caso N° 2057, párr. 780; 329º informe, caso N° 2174, párr. 795; 333º informe, caso N° 2251, párr. 990; 336º informe, caso N° 2300, párr. 383; 337º informe, caso N° 2355, párr. 630, y 338º informe, caso N° 2364, párr. 975.

Asimismo, ver caso “UTA”, en punto V.2 de este trabajo.

tividades agrícolas, la fabricación de aeronaves, la Casa de la Moneda, la Agencia Gráfica del Estado y los monopolios estatales del alcohol, de la sal y del tabaco, y el sector de la educación y la actividad del personal docente (CLS # 587 a # 590).

Merece destacarse que respecto de una queja en la que no se trataba de un servicio esencial, el Comité mantuvo que las consecuencias graves a largo plazo para la economía nacional que pudiera tener una huelga no justificaban la prohibición de la misma (OIT, 1984b, 234º informe, párrafo 190, # 592).

Asimismo, el CLS ha recomendado la modificación de algunas legislaciones con el objeto de que sólo se prohíban las huelgas en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, particularmente cuando las autoridades dispongan de facultades discrecionales para ampliar la lista de servicios esenciales (OIT, 1984a, 233º informe, párrafos 668 y 669).

Con respecto a algunos servicios, por ejemplo: transbordadores isleños, de puertos, de transporte subterráneo y de correos, no obstante estar excluidos del concepto de servicios esenciales, la OIT les ha reconocido relevancia tal que justifica la necesidad de asegurar la prestación de servicios mínimos durante la ejecución de la huelga, al no existir otros medios alternativos. Por último, cabe puntualizar que si bien los listados no agotan todas las posibilidades, debe tenerse presente que la doctrina de los órganos de control de la OIT sólo excepcionalmente ha agregado actividades a la categoría de servicios esenciales en el sentido estricto, librando la posibilidad de limitación total del derecho de huelga a eventualidades excepcionadísimas como los supuestos de golpe de Estado y crisis nacional aguda (# 570 y # 571).

IV. El derecho de huelga en los servicios esenciales

1. Restricciones al derecho de huelga en los servicios esenciales

Definidos los servicios esenciales y la huelga, expuesta la normativa aplicable a la huelga desde la reforma constitucional del año 1957, así como la normativa supranacional, pasaré a realizar un recorrido en el devenir normativo del derecho de huelga en estos servicios.

Dadas las características diferenciales de este tipo de servicios y de las prestaciones que brindan, algunos países han llanamente prohibido el ejercicio de este derecho, no así la mayoría de los Estados, que han procedido a limitar su ejercicio. Algunos países han establecido procedimientos especiales de carácter preventivo a fin de evitarlas, en otros casos se obliga a los huelguista a la prestación de un servicio mínimo (única restricción admitida por los órganos de la OIT para los servicios esenciales por extensión), otros han otorgado garantías compensatorias, pero en general su tratamiento difiere sustancialmente del tratamiento del derecho de huelga para el resto de las actividades.

A su vez, los órganos de control de la OIT han establecido que las restricciones o prohibiciones del derecho de huelga en estos servicios operan a condición de que vayan acompañadas de ciertas garantías compensatorias. Es decir, cuando el derecho es suprimido o limitado, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, a fin de compensarles las restricciones impuestas. Eso significa el otorgamiento de garantías apropiadas tales como procedimientos de conciliación y arbitraje imparciales y rápidos. Ello depende de que los miembros de los órganos encargados de esas funciones sean estrictamente imparciales, lo que a su vez tiene que ver con la manera en que los países organizan, estructuran y componen esos órganos, y de la forma en que son designados sus miembros.

Asimismo, al tratarse de la restricción a un derecho fundamental –reiteramos–, la determinación de los servicios esenciales debe hacerse por medio de ley formal. No obstante, y a los efectos de la regulación específica del ejercicio del derecho de huelga en estos servicios, es importante acudir a regulaciones autónomas o mixtas. A su vez, las formas de determinación, de regulación y los mecanismos adoptados para la solución de los conflictos, como las fuentes escogidas, variarán sustancialmente según se trate de países en vías de desarrollo, o de otros con economías más estables.

Omar Ermida Uriarte hace una descripción crítica de lo que ocurría en la región, y expone que la mayor preocupación de los Estados radica en la cuestión de cómo garantizar la continuidad del servicio afectando lo menos posible el ejercicio pleno del derecho de huelga y –sobre todo– la función de autotutela que éste desempeña. Y agrega

que “Todo ello, sin perjuicio de la perplejidad que en algunos países provoca la acción de un Estado preocupado por garantizar la continuidad de servicios esenciales, sí, pero cuyo goce no garantiza a importantes sectores de la población”³⁴.

2. *La restricción: los servicios mínimos*

La restricción más importante en este caso opera como una obligación de hacer. Esta exigencia se traduce en la imposición de un servicio mínimo de funcionamiento que tiende a satisfacer las necesidades de la población (no considero en este caso aquellas legislaciones en que se prohíbe la huelga en los servicios esenciales). Esta exigencia también se aplica a los llamados servicios esenciales por extensión. En lo que respecta a los “servicios mínimos de funcionamiento”, es decir, los tendentes a mantener hasta cierto punto la producción o los servicios de la empresa o institución donde se produce la huelga, el Comité de Expertos ha estimado que el establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga sólo debería ser posible: 1) en aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población –*servicios esenciales* en el sentido estricto del término–; 2) en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de *crisis nacional aguda* tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y 3) en *servicios públicos de importancia trascendental* (OIT, 1996, párrafo 556).

En cuanto a la determinación de los servicios mínimos a mantener

³⁴ ERMIDA URIARTE, ob. cit., p. 3. Con el mismo razonamiento, pero en tono de ironía, y en referencia al carácter esencial de los servicios GARCÍA, ob. cit., p. 806, dice: “...se podría plantear válidamente el camino inverso que implicaría tomar en cuenta la esencialidad de estos servicios no sólo para recortar el ejercicio del derecho de huelga, sino para asegurar la exigibilidad del goce de los mismos desde toda perspectiva jurídica y por todo ciudadano, aun aquellos que integran los sectores carenciados o postergados de la población”. *Interesante planteo, pero equívoco en el agregado final, el “aun” debió ser un “máxime”, cambiando definitivamente la orientación de la propuesta.*

y del número de trabajadores que los garanticen, el Comité ha estimado que: deberían participar no sólo las autoridades públicas, sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas³⁵. Ya que esto contribuye a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto, así como a disipar posibles impresiones de las organizaciones sindicales en el sentido de que una acción de huelga se ha visto frustrada en razón de servicios mínimos concebidos demasiado ampliamente y fijados unilateralmente. Los diferendos deberían ser resueltos por un órgano independiente, preferentemente por el órgano jurisdiccional. Además, este servicio mínimo debería tratarse real y exclusivamente de un servicio *mínimo*, es decir, un servicio limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión. En segundo lugar, las organizaciones de trabajadores deberían poder participar, si lo desean, en la definición de este servicio, de igual modo que los empleadores y las autoridades públicas³⁶.

³⁵ No debe confundirse servicio mínimo de funcionamiento con dotación mínima de personal, que generalmente no se regula. Asimismo, cabe aclarar que en algunos casos las legislaciones nacionales, o regulaciones autónomas contemplan el establecimiento de un servicio mínimo de seguridad o mantenimiento con la finalidad de respetar la seguridad de las personas, la prevención de accidentes y la seguridad de las instalaciones (sobre todo con miras a la protección de la fuente de trabajo).

³⁶ El CLS en el informe N° 292 del caso argentino N° 1679 (“UTA”) manifestó que “el Comité ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre alegatos similares cuando se trata del establecimiento de servicios mínimos en los servicios públicos, y reitera sus conclusiones al respecto, según las cuales en el sector público, en caso de divergencias entre las partes sobre el alcance de los servicios mínimos, ‘la legislación debería prever que dicha divergencia fuese resuelta por un órgano independiente’ (véase 291^{er} informe del Comité, casos N° 1648 y 1650 [Perú], párr. 467) y no por el Ministerio de Trabajo o el Ministerio o empresa pública concernida”. En el mismo informe establece respecto de la fijación de excesivos servicios mínimos (del 90 y 100%) que “el Comité no excluye pues que se hayan fijado servicios mínimos excesivos, aunque la huelga en cuestión no haya llegado a producirse. No obstante, como ha hecho en ocasiones anteriores, el Comité subraya que ‘un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios mínimos fue o no el indispensable sólo puede realizarse por la autoridad judicial, toda vez que

Aclarados los puntos precedentes, procederé a realizar un recorrido en el Derecho positivo argentino, desde la primera normativa que trató la huelga en los servicios públicos hasta la actual ley 25.877 y su decreto reglamentario.

V. Legislación nacional

Con anterioridad al reconocimiento constitucional del derecho de huelga, en el año 1945, por medio del decreto 536, el Poder Ejecutivo restringió la huelga en el ámbito de los servicios públicos (considerándola como delito contra el Estado y la seguridad nacional). En el año 1951 se dictó el decreto 4551 de similares características. Con posterioridad al año 1957, se dictó la siguiente normativa: decretos-leyes 879/57 y 10.596/57 –este último impuso la conciliación y el arbitraje obligatorios, y estableció los requisitos que se debían cumplir a los fines de que la huelga sea considerada lícita–; Ley 14.786/59 de Instancia Obligatoria de Conciliación en los Conflictos de Trabajo; decreto-ley 8964/62, que mantuvo el arbitraje obligatorio para ciertos conflictos colectivos de trabajo, y que disponía por primera vez una grilla de los –entonces– denominados servicios públicos esenciales en su artículo 14, que decía: “A los efectos de este artículo se considerarán servicios públicos esenciales, los siguientes: a) transporte terrestre, aéreo, marítimo y fluvial, incluyendo puertos, estaciones de despacho de carga y descarga de bienes, y servicios auxiliares complementarios y depósitos; b) de producción, distribución y suministro de energía eléctrica y combustibles en general; c) de comunicaciones; d) de aguas corrientes y obras sanitarias; e) de sanidad, incluyendo producción, distribución y suministros de productos medicinales. El Poder Ejecutivo queda autorizado para ampliar la enumeración precedente, comprendiendo en ella a aquellos casos que por su gravedad puedan afectar de manera vital el desarrollo y progreso nacional y/o la seguridad y el bienestar de la colectividad”.

supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga’ (véase 254 informe del Comité, caso N° 1403 [Uruguay], párr. 447)”.

A su vez, el artículo 15 del citado decreto 8964/62 declaraba ilegales las huelgas o paros patronales cuando afectaban a los servicios públicos esenciales a los que se refirió el artículo citado. En el mismo año, 1962, se sancionó la ley 17.183, aplicable más concretamente al sector público, la que facultó a las empresas u organismos del Estado que prestaban servicios públicos o servicios de interés público a intimar a su personal al cese de las medidas de fuerza dispuestas por el mismo o por la asociación profesional que los representaba cuando las mismas disminuían la eficiencia o entorpecían o interrumpían el servicio, en definitiva, se restringió y se llegó hasta a prohibir la huelga en las empresas descriptas. En el año 1966, la ley 16.936 derogó el decreto-ley 8964/62, y facultó a las empresas que prestaban servicios esenciales a intimar al personal para que desistiera del cumplimiento de la medida de fuerza que pudiese perjudicar la prestación, siendo esta normativa, en un comienzo, de carácter transitorio, pero que a partir de 1974, con la modificación dispuesta por la ley 20.638, rigió de manera permanente. La ley 21.400 de la dictadura militar (1976-1983) prohibió el derecho de huelga y lo consideró un delito con pena privativa de la libertad³⁷.

Fue recién en el año 1990, con el decreto 2184 (19-1-90) del gobierno del presidente Carlos Menem, que por primera vez se introdujo en el Derecho argentino el concepto de servicios esenciales, y se estableció la primera “regulación” del derecho de huelga en estos servicios. Néstor Corte cuestionó la constitucionalidad de este decreto, al manifestar que la determinación de los servicios esenciales excedía la cuestión meramente procesal (el decreto en cuestión expuso que lo que se pretendía no era reglamentar el derecho de huelga, sino reglamentar las leyes 14.786 y 16.936 modificada por ley 20.638, fijando “normas y procedimientos que contemplen simultáneamente el interés laboral afectado y las garantías mínimas de prestación de servicios indispensables”)³⁸.

³⁷ En autos “Conti, Juan Carlos c/Ford Motor Argentina SA s/Cobro de Pesos”, expte. 26.091, sentencia del 10-2-87, sala VI de la CNAT, con votos de los Dres. Capón Filas y Fernández Madrid, declararon inconstitucional a la regla de derecho o ley de facto 21.400 y especialmente al art. 11.

³⁸ CORTE, ob. cit., p. 167.

A su vez, en este decreto se había adoptado una técnica mixta para la determinación de los servicios esenciales, se utilizaba una definición amplia con una enumeración no taxativa, y una amplia delegación de facultades al Ministerio de Trabajo para incluir, aun, en abstracto más actividades, establecer los servicios mínimos, revisar lo acordado en las conciliaciones obligatorias e imponer arbitraje obligatorio (decreto-ley 16.936). Nótese que, en definitiva, era tal la amplitud de criterio y la discrecionalidad otorgada al órgano ejecutivo que en la práctica este derecho quedaba abolido.

Posteriormente, la ley 25.250 derogó el decreto 2184/90, el decreto-ley 16.936 y determinó la obligatoriedad de cubrir servicios mínimos cuando las medidas de acción directa afectasen actividades “que puedan ser consideradas servicios esenciales”, remitiéndose para su calificación a las normas y resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo, no obstante lo cual su artículo 33 le daba facultades exorbitantes a la autoridad administrativa (disponer los servicios mínimos a falta de acuerdo entre las partes, imponer sanciones en caso de incumplimiento, entre otras). A pesar de ello, fue de suma importancia la remisión que efectuaba la ley (cláusula final, art. 33) a las normas y resoluciones de la OIT (con mayor precisión serían los criterios y principios de los órganos de control de la OIT). Este artículo fue reglamentado por el decreto 843/2000, en el que se determinó que los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable y energía eléctrica, los servicios telefónicos y el control del tráfico aéreo revisten el carácter de servicios esenciales. Pero se admitió la posibilidad de que el Ministerio de Trabajo pudiera mediante resolución fundada calificar como servicio esencial una actividad no incluida en el listado, por lo que el mismo dejaba de ser taxativo. El organismo de aplicación podía adoptar tales resoluciones en los siguientes casos: a) cuando la extensión y duración de la interrupción de la actividad pudiese poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de la persona en toda o parte de la comunidad; b) cuando la actividad afectada constituyere un servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública, y c) cuando la interrupción o suspensión del servicio público pudiese provocar una situación de crisis nacional aguda

que hiciere peligrar las condiciones normales o de existencia de la población.

Fue así como el Ministerio de Trabajo pudo calificar como “servicios esenciales” a determinadas actividades no consideradas como tales por la OIT: la educación (resolución 480/2001) o la actividad de la Dirección Nacional de Reincidencia (resolución 648/2001).

1. *La ley 25.877 y el decreto 272/2006*³⁹

Esta ley derogó la anterior 25.250 y nos rige actualmente, en su Capítulo III, titulado *Conflictos colectivos de trabajo*, en un único artículo, el 24, legisló sobre la huelga en los servicios esenciales, o los que la doctrina llama servicios esenciales *stricto sensu*, y los servicios esenciales por extensión a, y b.

Transcribiré el artículo 24: “Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. Se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo. Una actividad no comprendida en el párrafo anterior podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos:

”a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.

”b) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

”El Poder Ejecutivo Nacional con la intervención del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y previa consulta a las orga-

³⁹ B. O. del 13-12-2004.

nizaciones de empleadores y de trabajadores, dictará la reglamentación del presente artículo dentro del plazo de noventa (90) días, conforme los principios de la Organización Internacional del Trabajo”.

Cabe aclarar que a excepción de la producción y distribución de gas, todas las actividades enumeradas conforman el cuadro de los servicios esenciales estipulados por los órganos de control de la OIT.

Del artículo podemos deducir: a) Que la lista de servicios considerados esenciales es cerrada, es decir, se trata de un *numerus clausus*; b) que una actividad no comprendida en el listado cerrado pueda ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, en los dos supuestos establecidos en la norma: 1. Cuando por su duración y extensión territorial la huelga pudiere hacer peligrar la vida, seguridad o salud de toda o parte de la población, y 2. cuando se tratase de un servicio público de importancia trascendental conforme los organismos de control de la OIT; c) la calificación debe ser hecha por un órgano independiente (comisión) que deberá calificar a la actividad previamente a la apertura del procedimiento de conciliación.

Surge, entonces, la necesidad de clarificar de qué estamos hablando cuando enunciamos a estos servicios: los esenciales por extensión y los servicios públicos de importancia trascendental, en opinión de los órganos de la OIT, adelantando, desde ya, que dicha calificación corresponderá a la comisión independiente establecida en el artículo 24, y que luego, con el decreto reglamentario de la ley (272/2006), fue creada dicha comisión independiente en la figura de la Comisión de Garantías (hasta la fecha la Comisión no se ha constituido).

2. El servicio público de importancia trascendental

En este caso se sobrecalifica al servicio público como servicio público de importancia trascendental a fin de poder hacer efectiva la restricción. Este concepto se origina en la doctrina de los organismos técnicos de la OIT y emanado de la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical, al que arribamos por el reenvío normativo del artículo citado (art. 24). El Comité reserva dicho concepto para “aquellas situaciones en que no se justifica una limitación importante del derecho de huelga y en que sin poner en tela de juicio el derecho de huelga

de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratar de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones”⁴⁰.

Con el famoso “Caso UTA” del año 1994, el Comité de Libertad Sindical de la OIT se pronunció acerca de este servicio y de su calificación. El caso fue sometido al organismo internacional mediante queja presentada por la Unión Tranviarios Automotor (Argentina) y de resultas del mismo, el CLS consideró como servicio público de importancia trascendental al servicio público de transporte terrestre de personas y mercancías (informe N° 292, caso N° 1679)⁴¹.

En esa oportunidad el Ministerio de Trabajo había encuadrado al transporte de pasajeros dentro de la categoría de servicios esenciales, y exigió, en consecuencia con la normativa vigente, la prestación de servicios mínimos. El incumplimiento por parte de UTA de este requisito hizo que se la sancionara con la declaración de ilegalidad de la huelga y amenaza a la unión obrera de la suspensión o quite de la personería gremial.

En este caso, fue muy importante la conclusión del Comité desde que se expidió sin citar precedentes, y dijo: “92. En primer lugar, en cuanto a la exigencia prevista en la legislación de mantener un servicio mínimo (art. 5° del decreto) durante las huelgas en el sector del transporte, sea éste terrestre, aéreo o ferroviario, el Comité comparte las declaraciones del Gobierno en las que pone de relieve la necesidad de atender al interés general y subraya la función primordial que cumple el transporte en el país, que tiene puntos geográficos distantes, así como las consecuencias negativas que tendría para la población la falta de un servicio mínimo (distribución de

⁴⁰ Informe III (Parte 4B) de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, Ginebra, 1994, ps. 76/77.

⁴¹ El caso consta en el vol. LXXVII, 1994, Serie B, N° 1, caso de libertad sindical, CLS, bajo el rótulo “Quejas contra el Gobierno de la Argentina presentadas por la Confederación General del Trabajo (CGT), la Unión Tranviarios Automotor (UTA), la Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (ITF), la Asociación del Personal Aeronáutico (APA), la Unión del Personal Superior de Empresas Aero-comerciales (UPSA), la Asociación del Personal Técnico Aeronáutico (APTA) y la Asociación de Técnicos de Vuelos de Líneas Aéreas (ATVLA) Informe N° 292 Caso(s) N° (s): 1679”.

alimentos, traslado de enfermos, etc.). El Comité considera que el transporte de pasajeros y mercancías no es un servicio esencial en el sentido estricto del término (aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población); no obstante, se trata de un servicio público de importancia trascendental en el país y en caso de huelga, puede justificarse la imposición de un servicio mínimo. En estas condiciones, el Comité considera que, en el presente caso, el sometimiento del transporte a un servicio mínimo en caso de huelga no viola los principios de la libertad sindical”.

A su vez, el Comité se pronunció acerca de que el arbitraje obligatorio no condecía con estos servicios, al no tratarse de servicios esenciales, pero y por sobre todo me permito señalar lo remarcado en cuanto a que “La decisión final de declaración de ilegalidad de las huelgas, no debería ser pronunciada por el Gobierno, particularmente en aquellos casos en que éste es parte en un conflicto”, al igual que en última instancia quien es “el órgano responsable de suspender o cancelar personería gremial es un órgano judicial independiente”, así como que “la declaración de ilegalidad de las huelgas en los servicios públicos y el establecimiento de servicios mínimos en caso de falta de acuerdo de las partes corresponda a un órgano independiente”⁴².

La recomendación de la existencia de una comisión independiente, así como la derivación de los conflictos planteados al órgano jurisdiccional resultan de suma relevancia.

Resumiendo, la ley argentina establece dos criterios para estos servicios: uno cualitativo y otro cuantitativo, en el que la calidad de esencial se adquiere por la prolongación temporal y/o territorial de la huelga (dentro de los que podrían incluirse los servicios de importancia trascendental).

Desde el punto de vista cualitativo son calificados como servicios esenciales: 1. Los servicios sanitarios y hospitalarios; 2. La producción y distribución de agua potable; 3. La producción y distribución de

⁴² Ver Informe III (Parte A), OIT, Ginebra, 2007, ps. 44 y ss.

energía eléctrica; 4. La producción y distribución de gas, y 5. El control del tráfico aéreo.

Se eliminan los servicios telefónicos –que incluía el decreto 843– y se incorpora la distribución y producción de gas, y se remite a la normativa de la OIT.

*3. El órgano independiente creado por la ley 25.877
y reglamentado por el decreto 272/2006:
la Comisión de Garantías*

Este órgano lleva el nombre y la impronta de la Comisión de Garantías italiana, no obstante, y si bien ha resultado un gran avance en el tema, atento seguirse las recomendaciones de los órganos de control de la OIT, el decreto reglamentario incurrió en una serie de excesos que pasaremos a exponer⁴³.

La Comisión de Garantías (que equivale a la “comisión independiente” del art. que se reglamenta) implicó un gran avance. Ésta se integra con cinco miembros titulares y sus correspondientes suplentes, con una duración en el cargo de tres años. La selección recaerá –según el reglamento– sobre “personas de reconocida solvencia técnica, profe-

⁴³ Transcribiremos el art. 2º del decreto: “La Comisión prevista en el tercer párrafo del artículo 24 de la Ley Nº 25.877 se denominará Comisión de Garantías y estará facultada para: a) Calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no enumerada en el segundo párrafo del artículo 24 de la Ley Nº 25.877, de conformidad con lo establecido en los incisos a) y b) del tercer párrafo del citado artículo. b) Asesorar a la Autoridad de Aplicación para la fijación de los servicios mínimos necesarios, cuando las partes no lo hubieren así acordado o cuando los acuerdos fueren insuficientes, para compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga con los demás derechos reconocidos en la Constitución Nacional, conforme al procedimiento que se establece en el presente. c) Pronunciarse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de las medidas de acción directa. d) Expedirse, a solicitud de la Autoridad de Aplicación, cuando de común acuerdo las partes involucradas en una medida de acción directa requieran su opinión. e) Consultar y requerir informes a los entes reguladores de los servicios involucrados, a las asociaciones cuyo objeto sea la protección del interés de los usuarios y a personas o instituciones nacionales y extranjeras, expertas en las disciplinas involucradas, siempre que se garantice la imparcialidad de las mismas. La Comisión podrá ser convocada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de oficio o a pedido de las partes intervinientes en el conflicto colectivo”.

sional o académica en materia de relaciones de trabajo, del Derecho Laboral o del Derecho Constitucional de destacada trayectoria”, los miembros son sorteados de una terna enviada al Ejecutivo por las organizaciones de empleadores y trabajadores (art. 6° del referido decreto)⁴⁴.

4. *Los servicios mínimos en el nuevo decreto*

El decreto acuerda facultades amplias a la empresa, en contradicción con lo dispuesto por el artículo 24 de la ley (que determina que es la parte que adopta la medida de fuerza la que debe cumplir con los servicios mínimos –autorregulación–). En el decreto reglamentario es la empresa la que debe garantizar la ejecución de los servicios mínimos y deberá poner en conocimiento de los usuarios las modalidades de prestación dentro de las 48 horas antes del inicio de las medidas.

El decreto avanza sobre el artículo 24, contemplando un caso no previsto en el mismo ni por las normas de la OIT: los casos de paro nacional de actividades o cualquier otra medida ejercida por centrales sindicales u organizaciones empresariales con representación múltiple (art. 13).

Deja en libertad de acción a las empresas en caso de que los trabajadores obligados a la ejecución de los servicios mínimos “no cumplan con el deber de trabajar”. Determina que ello “dará lugar a las responsabilidades previstas en las disposiciones legales, estatutarias o convencionales”, lo que constituye un eufemismo que alude claramente a sanciones tales como suspensiones o despidos.

De esta forma, se retorna al sistema que viabilizaba la “declaración de ilegalidad” de una huelga por vía administrativa, ya que el decreto normativiza los efectos propios de una “declaración de ilegalidad”, abriendo el camino a las represalias contra los trabajadores que acaten una huelga, por el hecho de que la organización sindical o los propios trabajadores no compartan el criterio seguido por la Comisión de Garantías en su calificación o por el Ministerio de Trabajo en cuanto a la aplicación de este decreto, conforme afirma Elizondo en la obra citada.

⁴⁴ No queda claro si las vacantes deberán respetar en alguna proporción las especialidades mencionadas.

Las normas de la OIT y el propio artículo 24 de la ley 25.877 fueron violentados por el decreto que acuerda amplias facultades al Ministerio de Trabajo, dando lugar –en caso de incumplimiento– a las sanciones de las leyes 14.786, 23.551 y 25.212 (art. 14), sin intervención judicial para aplicar las mismas, tales como: pedido de suspensión o cancelación de la personería gremial (art. 56, incs. 2º y 3º, ley 23.551), artículo 4º, inciso f, ley 25.212: la violación de las resoluciones dictadas en una conciliación obligatoria, puede determinar la aplicación de multas que pueden ser graduadas por la autoridad de aplicación y por trabajador afectado⁴⁵.

En cambio, en el artículo 24 de la ley 25.877 se le otorga prioridad a la solución autónoma del conflicto por medio de la autorregulación, exigiendo a la parte iniciadora de una medida de acción directa que afecte a un servicio que prevea y garantice los servicios mínimos indispensables. En ningún caso la norma autoriza al Ministerio de Trabajo la elección de los servicios mínimos. El artículo 10 del decreto 272/2006 establece que si las partes no se ponen de acuerdo en la fijación de los servicios mínimos lo hará la autoridad de aplicación en consulta con la Comisión de Garantías. La delegación de facultades de la Comisión de Garantías hacia la autoridad de aplicación contraría el artículo 14 bis de la CN pues restringe el derecho de huelga. Con esta regulación se vuelve al arbitraje forzoso, cuestión que fuera expresamente derogada. En síntesis, y para el caso de falta de acuerdo de las partes acerca de la determinación del servicio mínimo, debería ser el órgano jurisdiccional quien se pronunciara, y al que se recurriría por medio de un proceso rápido y expedito similar al proceso de amparo y/o al previsto en el artículo 47 de la ley 23.551 (y no la autoridad de aplicación como establece el decreto).

5. *La Comisión de Garantías: su primer dictamen*⁴⁶

Transcurridos más de cuatro años desde la reglamentación de la

⁴⁵ Las Cámaras Nacionales del Trabajo han declarado la inconstitucionalidad de estas sanciones.

⁴⁶ Este punto está tomado en parte del art. de mi autoría: *El dictamen 1/2010 (o dictamen inaugural) de la Comisión de Garantías creada por ley 25.877/2004: Una*

ley, se conformó la Comisión de Garantías, la que tuvo oportunidad de estrenarse con el conflicto de los trabajadores de la salud en la Provincia de Mendoza (noviembre de 2010), cuyo dictamen resultó harto contradictorio entre lo expuesto en los considerandos y su conclusión⁴⁷. En los párrafos siguientes expondré mis puntos de vista acerca del *factum*, del derecho a aplicarse y del noventista dictamen emanado del flamante órgano⁴⁸.

En el caso de Mendoza, nos encontramos, por un lado, con la interrupción de la cobertura de una necesidad objetivada en derecho humano (derecho a la salud), y, por el otro, con un derecho que no sólo es uno de los medios legítimos de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses, sino, que es –también– un derecho objetivado como derecho humano en los mismos instrumentos internacionales.

Y es esta tensión entre derechos de igual jerarquía, y que muchas veces parece irresoluble, la que debe atenderse sin que uno de los derechos se vea violentado por el otro.

Éste es el nodo de la cuestión, como he desarrollado en este trabajo, en nuestro país se han seguido los lineamientos de la OIT y sus órganos de control (CE y CLS), adoptando la figura del “*ser-*

expectativa truncada, en *Compendio Jurídico*, Errerius-Errepar, Buenos Aires, N° 59, enero/febrero de 2012.

⁴⁷ Los miembros integrantes de la Comisión son: Rodolfo Capón Filas (presidente), Horacio Martínez (secretario), Alcira Paula Passini y Gabriel Binstein (titulares), y Ricardo Alberto Muñoz y Carlos Francisco Echezarreta (suplentes), aclarando que el restante miembro titular, Teodoro Sánchez de Bustamente, no suscribió el dictamen por estar en desacuerdo.

⁴⁸ Luego de meses de largas negociaciones donde el gobierno mendocino no aportó respuesta a los reclamos de AMPROS (Asociación Mendocina de Trabajadores de la Salud), entre ellos el cumplimiento del Convenio Colectivo de Trabajo y el llamado a paritarias, la asociación dispuso un paro de 72 horas, en reunión celebrada entre las partes en conflicto, la gremial de trabajadores de la salud expresó que, basados en su autorregulación, los paros (en general) se venían cumpliendo con total normalidad, respetándose los servicios mínimos. No obstante, el gobierno provincial pidió al MTS y SN la intervención de la Comisión de Garantías constituida ese año en el mes de marzo, y una vez que ésta resolvió, se giraron las conclusiones a la Secretaría laboral provincial.

vicio mínimo”, que opera como una obligación de hacer, y que es, justamente, la restricción aplicada al derecho en mira (derecho de huelga).

El dictamen de la Comisión de Garantías no impuso servicios mínimos, su cobertura y extensión son de tal magnitud que ha casi vedado el derecho de huelga de los trabajadores de la salud, violentando de esta manera la normativa que previamente expuso como basamento de su resolución. Y si bien no caben dudas de que la interrupción de este servicio o prestación puede poner en riesgo derechos de singular importancia, y que, entonces, debe operarse la restricción correspondiente, es necesario resaltar que –conforme propicia la OIT– el mecanismo más conveniente desde un punto de vista cualitativo para la fijación de los servicios mínimos es la autorregulación, atento a que los trabajadores son quienes tienen mayor conocimiento de las necesidades del servicio.

A fin de dar fundamento a mi observación, me detendré en el punto 2 del decisorio, que resulta sumamente efectista, pero que, a poco de hacer una lectura más cauta, efectiviza la más palmaria conculcación del derecho de los trabajadores, dice así: “2. Los servicios de salud y hospitalarios de atención a la mujer, durante el embarazo, parto y post parto, así como los de niños, ancianos y personas discapacitadas no pueden tener restricciones que impliquen desconocer obligaciones asumidas por el Estado ante la Comunidad Internacional y el Estado Provincial en su Constitución (art 16).

”Todo esto sin perjuicio que los trabajadores médicos, en ejercicio legítimo de su derecho de huelga, utilicen otros modos de expresar su protesta, tal como está previsto en el artículo 8° de la ley nacional 14.786 (B. O. del 9-1-59) que no perjudiquen al paciente, a fin de garantizar la salud de la población...”

Cabe apuntar que este punto prohíbe lisa y llanamente el derecho de huelga, sin tener en cuenta que los casos de atención que enumera el párrafo no implican *per se* una condición de riesgo o peligro, de lo contrario, sería concluir que ser mujer embarazada, o parturienta, niño, anciano o discapacitado conlleva ontológicamente un estado de morbilidad tal que la falta de atención pondría en riesgo su vida o salud. Los trabajadores de la salud programarán los servicios mí-

nimos necesarios para atender los casos de urgencia –primeramente–, organizándose de tal manera que la huelga no ponga en peligro a sus congéneres. Además, es menester resaltar que –generalmente– son los propios trabajadores y sus familias quienes sufren la incomodidad de las huelgas, pero son también los propios trabajadores y sus familias quienes saben que sin medidas de acción directa no se hubieran conquistado los actuales derechos.

Los siguientes puntos del dictamen también merecen reproche, resultan azarosos y escasos o carentes de fundamentación. El dictamen nos ha deparado un sinsabor, resultando más restrictivo, en muchos casos, que lo vivido bajo las limitativas legislaciones de las décadas anteriores.

A su vez, y volviendo al primer punto, en cuanto a la observación acerca del exceso en que había incurrido el decreto, esto implicó que normas de la OIT y el propio artículo 24 de la ley 25.877 fueran violentados, desde que el decreto acuerda amplias facultades al Ministerio de Trabajo, y si bien en el artículo 24 de la ley 25.877 se le otorga prioridad a la solución autónoma del conflicto por medio de la autorregulación, exigiendo a la parte iniciadora de una medida de acción directa que afecte a un servicio que prevea y garantice los servicios mínimos indispensables (situación que se había dado en Mendoza, en donde los propios trabajadores se habían eficientemente autorregulado), en ningún caso la norma autoriza al Ministerio de Trabajo la elección de los servicios mínimos. No obstante, el artículo 10 del decreto 272/2006 establece que si las partes no se ponen de acuerdo en la fijación de los servicios mínimos, lo hará la autoridad de aplicación en consulta con la Comisión de Garantías. Agrego que ante esta situación y para el caso de falta de acuerdo de las partes acerca de la determinación del servicio mínimo, siguiendo los lineamientos de la OIT, debería ser el órgano jurisdiccional quien se pronunciara, y al que se recurriría por medio de un proceso rápido y expedito⁴⁹.

⁴⁹ Resulta indubitable que la Comisión de Garantías carece de facultades autónomas para reunirse, ya que sólo puede ser convocada por la autoridad de aplicación, es decir, el Ministerio de Trabajo de la Nación, asimismo, deberá prevalecer siempre el art. 24 de la ley, pudiendo tildarse de inconstitucional parte del decreto reglamentario.

Lamentablemente, en este caso, nos hemos quedado a mitad de camino, fiera paradoja, utilizamos los mejores argumentos a los que ha arribado la humanidad a fin de entronizar a los derechos humanos, pero en la praxis no los podemos garantizar, nos falta el gran salto⁵⁰.

⁵⁰ Sobre la recepción del dictamen en los distintos grupos y colectivos, basta con recorrer la información plasmada en los diarios, boletines y medios electrónicos del mes de noviembre de 2010 –sobre todo en la propia Provincia de Mendoza–, así, en uno de ellos pudo leerse: “Duro revés para los médicos piqueteros”. Huelgan los comentarios. En la actualidad la Comisión de Garantías ha emitido seis dictámenes, pero ninguno de ellos reviste la importancia del primero, el resto son, en general, sobre materia procedimental.

PLURALISMO CULTURAL Y LEGAL EN EL DERECHO DE FAMILIA

por MILTON C. FEUILLADE*

SUMARIO: I. Pluralismo cultural y legal. II. Teorías que proponen soluciones. A. Teoría de las dos fases. B. *Datum Theory*. C. Teoría del uso jurídico. III. Los puntos de contacto y la identidad cultural. IV. Derecho de Familia. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Resumen

El cambio cultural implica asumir que hay un “otro” entre “nosotros”, aceptarlo e integrarlo. Tanto la Teoría de las Dos Fases como la *Datum Theory*, así como la Teoría del Uso Jurídico son válidas y brindan soluciones de adaptación de la norma para tener en cuenta el elemento cultural. En lo que hace al Derecho de Familia estaríamos hablando de “familia autoregulada”, donde cada colectivo o comunidad específica sigue el derecho de su tradición cultural. El límite de la autonomía se da dentro del marco de los derechos humanos, tomados como lo más universal y luego de modo más flexible en los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. La pluralidad de culturas y el afán actual de su respeto, le exige al Derecho Internacional Privado una mayor pluralidad metodológica.

Abstract

Cultural change includes assuming that there is an “other” between

* Investigador del CONICET. Docente de Derecho Internacional Privado UNR – UCA.

“us”, accept and to integrate. Theory of Two-Phases, Datum Theory and Theory of Juridical Use are all valid and provide solutions to adapt the rule, taking into account the cultural element. Regarding to family law we are talking about “self-regulated family” with each group or specific community following the right of their cultural tradition. The limit of autonomy is found within the framework of Humans Rights, what’s most taken a more flexible limit the rights and guarantees enshrined in the Constitution. The plurality of cultures and the current desire for its respect requires to the Private International Law further methodological plurality.

Palabras clave

Cultura. Pluralismo legal. Familia.

Keywords

Culture. Legal pluralism. Family.

I. Pluralismo cultural y legal

Para cierto sector de la doctrina¹ el pluralismo legal está dirigido a las minorías étnicas, orientado especialmente hacia la inmigración. Deben ser tenidos en cuenta sus valores culturales. Desconocer una cultura es una forma de racismo y al mismo tiempo quitar oportunidades de integración. Nuevamente la demarcación está en los límites de los valores esenciales, en la cultura de una nación y en los tratados firmados por el Estado, en especial los de derechos humanos.

Creemos que el regreso a un territorialismo legal no da soluciones, simplemente porque es superado por el dato sociológico. Igualmente, de forma fáctica y extraoficial, las minorías étnicas siguen viviendo con su ley, es así que “*A by-product of such approaches is precisely to advantage those members of ethnic minority communities who can and are willing to navigate between legal orders and who will try to fool lawyers and judges by effectively abusing ‘tradition’.* On the other

¹ SHAH, P., *Legal pluralism in conflict – coping with cultural diversity in law*, Glasshouse press, London 2005, 2007.

*hand, those who do not have these means are penalized and often exploited by those in the former group, and there is growing evidence that unofficial abuses and their official non-recognition is affected women and children in particular*².

Una forma de solución es el reconocimiento de estatutos personales para prevenir los sistemas sublegales: “*An important feature of Asian an African legal systems has been the continuing maintenance of systems of personal law since premodern times*”³, en particular en relaciones de familia y grupos con costumbres religiosas particulares, así como los pueblos originarios para América.

En Europa, la poligamia dentro de las relaciones de familia es un tema que preocupa. En Argentina, no es un problema porque si bien hubo mucha inmigración de musulmanes en el siglo XX, es escasa la práctica de la religión y la recepción de inmigrantes practicantes del Islam⁴.

Como es sabido, la República Francesa se ha ocupado de la utilización del velo por las mujeres⁵. Sobre el chador, tal vez debemos reflexionar que si las musulmanas no pueden cubrirse la cabeza, las monjas católicas tampoco y que los judíos no puedan utilizar la Kipá en la calle, o las mujeres sus pelucas para ir a la sinagoga los viernes, entonces habría que prohibir los peinados punk y también que una mujer católica ortodoxa pueda colocarse un pañuelo o mantilla para ir a misa. En el caso de la República Argentina no resiste los menores análisis desde las libertades, derechos y garantías otorgadas en los artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional.

² SHAH, *Legal pluralism in conflict – coping...* cit., p. 37.

³ SHAH, *Legal pluralism in conflict – coping...* cit., p. 90.

⁴ DI NICOLA, G., *Musulmanes en Argentina, entre la tristeza y el fastidio*, Diario *La Nación*, del 18-7-2005, en <http://www.lanacion.com.ar/722331-los-musulmanes-en-la-argentina-entre-la-tristeza-y-el-fastidio>, 16-5-2014, donde se dice: “Nadie sabe fehacientemente cuántos musulmanes hay en la Argentina. ‘No tenemos cifras exactas. Nos debemos un censo preciso’, dijo a *La Nación* el sheik Mohsen Ali, director de la Casa de Difusión del Islam en la Argentina. Ali divide a los adherentes de esta religión en tres grupos: los que heredaron la fe por ascendencia familiar (unas 700.000 personas), los que se reconocen como musulmanes pero no rezan con el Corán (unos 350.000) y los que mantienen viva la experiencia islámica compartiendo la vida con otros de su misma fe (unos 50.000)”.

⁵ Consejo de Estado de Francia. Asamblea general (sección del interior), *in re* N° 346.983, 27-11-89, en *Revue française de Science politique*, París, 1991, N° XLI, p. 49.

Distinto es el caso del burka, al ser por un lado símbolo de opresión hacia la mujer y por razones de libertad individual y seguridad para el Estado al estar una persona sin poder identificarse por su rostro.

Creemos que el cambio cultural implica asumir que hay un “otro” entre “nosotros”, aceptarlo e integrarlo⁶.

Con relación a la poligamia, desde hace tiempo Francia y Bélgica aplican un orden público atenuado de forma que el no reconocimiento del matrimonio no afecte la filiación, el derecho a los alimentos tanto de los hijos como de la segunda esposa, el derecho de pensión y obra social⁷.

Estas son situaciones de claro fraude a la ley ya que el marido se vale de la ley religiosa musulmana mientras subsiste el segundo matrimonio, y luego quiere valerse de la ley francesa o belga habiendo repudiado a la mujer.

Como desde antiguo se sabe los jueces y abogados se sienten más seguros con su derecho y de esta forma conservan su poder, pero el respeto al elemento extranjero nos lleva a concluir que “...ignores social, cultural or religious fields neglects an important component of the ‘law’ itself, how it operates and its effectiveness and relevance”⁸.

Con Savigny⁹, desde lo similar se dio la apertura al derecho extranjero; hoy lo similar es global y en medio está la minoría de lo distinto en cada Estado.

II. Teorías que proponen soluciones

A. Teoría de las Dos Fases

Para la aplicación del factor cultural en la resolución del caso “Jayme”

⁶ CIURO CALDANI, M. A., *Comprensión del “complejo personal” a través de los pronombres personales*, en *Boletín del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Social*, Fundación para las investigaciones jurídicas, N° 14, 1991, ps. 13 y ss.

⁷ WAUTELET, P. y HANRICOT, C., *Les relations de couple*, ps. 32 a 112, ps. 77 a 85, en WAUTELET, P. (dir.), *Relations familiales internationales – L’actualité vue la pratique*, Anthemis, Bruselas, 2010, 261 ps, y la jurisprudencia allí citada.

⁸ SHAH, *Legal pluralism in conflict – coping...* cit., p. 38.

⁹ SAVIGNY, F. K. Von, *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. de J. Mesía, Góngora, Madrid, 1879, t. VI.

desarrolla la Teoría de las Dos Fases¹⁰. La primera fase es la solución del conflicto de leyes para la designación de la ley aplicable, la segunda fase concierne a la interpretación de la ley substancial teniendo en cuenta la ley cultural.

El autor pone como ejemplo el caso del matrimonio de Heidelberg de 1986 entre un alemán y una mujer de Camerún.

Al momento de casarse con la mujer de Camerún, el hombre estaba casado con otra mujer de Kenia. Ese primer matrimonio fue disuelto posteriormente por divorcio en pronunciamiento de un tribunal alemán, y la esposa del segundo matrimonio se instala en Alemania. Cuando muere el esposo, el Ministerio Público alega la nulidad del segundo matrimonio por impedimento de bigamia.

El tribunal le reconoce el matrimonio dado el abuso de derecho sobre una mujer de Camerún de una cultura diferente y que en Alemania tiene pocos contactos con gente que no sea de su comunidad. No hablaba alemán.

La fase cultural del método ha sido tener en cuenta la ley de Camerún.

La esencia de la consideración del elemento cultural es que el Derecho Internacional Privado debe servir como instrumento para la salvaguarda de la paz, al ser un canal de comunicación intercultural¹¹.

B. *Datum Theory*

Para la concretización del derecho extranjero aplicable Büchler propone la *Datum Theory*¹². Aquí se tiene en cuenta la localización del elemento extranjero relevante con un criterio de relevancia moral, esto da significancia a la flexibilidad del Derecho extranjero aplicable.

¹⁰ JAYME, E., *Identité culturelle et intégration: le Droit Privé postmoderne*, en *Recueil des Cours*, Nierhoff, La Haya, 2000, vol. 282, ps. 9 a 268, nota 1, p. 245. Nos dice puntualmente el autor en la p. 263, sobre la concreción de la teoría de las dos fases: “Si la règle des conflits conduit à la loi d’un Etat, le juge peut tenir compte dans le cadre de cette loi des normes d’un groupe ethnique ou religieux sur lesquelles les parties ont basé leurs actes juridiques ou leur comportement, si une telle prise en considération correspond à l’attente légitime des parties”.

¹¹ JAYME, *Identité culturelle et intégration: le Droit...* cit., nota 1, p. 262.

¹² BÜCHLER, A., *Islamic Law in Europe? – Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*, Ashgate, Surrey-England, 2011, ps. 58.

Estas aproximaciones no significan integración ni mosaico de normas y tampoco una connotación cultural pura, sola o perceptiva, sino que la remisión al Derecho extranjero no debe ser solamente formal.

El pluralismo cultural genera un pluralismo legal, donde junto con el sistema jurídico oficial del Estado conviven sub-infra-sistemas legales de colectivos sociales. El sistema y subsistemas interactúan entre sí. Actualmente en Argentina los vemos, desde antaño con los gitanos, desde siempre con el tribunal eclesiástico en la iglesia católica, y desde hace poco con los inmigrantes chinos. Parecido es el caso de los pueblos originarios en forma particularmente pronunciada en Chile.

No solamente los sistemas interactúan, sino que van adquiriendo identidad socio-cultural, de este modo dice Büchler: “*Legal pluralism is thus both an analytical framework and the cypher determinig the simultaneous fragmentation, pluralisation, superposition and fision of legal systems*”¹³.

La tensión está dada entre un orden legal centralizado por el Estado, o la apertura a un pluralismo legal basado en una antropología cultural, asentada sobre una multiplicidad de comunidades dentro del entramado social¹⁴.

En lo que hace al derecho de familia estaríamos hablando de “familia autoregulada”, donde cada colectivo o comunidad específica sigue el derecho de su tradición cultural. Un ensayo de esto se puede ver en la armonización entre la pluralidad de derechos de familia entre cada uno de los Estados Europeos y la armonización con el Derecho Comunitario¹⁵.

Esto funcionó así durante la colonización, en especial desde Inglaterra, donde el *Common Law* trasplantado tuvo que convivir con el derecho local que siguió como costumbre¹⁶.

¹³ BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? – Legal Pluralism...* cit., p. 74.

¹⁴ SACCO, R., *Anthropologie juridique – Apport á une macro-histoire du Droit*, Dalloz, París, 2008, p. 3.

¹⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación*, Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 2009, vol. 25, ps. 9 a 45.

¹⁶ CASAL, P. M., *Sistemas legales contemporáneos*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1996, ps. 132 y ss.

Explica Büchler que “*Resolving the cultura-versus-rights conundrum requires an approach combining cultural and individual autonomy in the private sphere. Protecting choice, promoting inclusion must be the goal, reconciling the protection of cultural identity and autonomy on the one hand with the advancement of social and legal inclusion on the other hand*”¹⁷.

El límite de la autonomía se da dentro del marco de los derechos humanos¹⁸, tomados como lo más universal y luego de modo más flexible en los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional¹⁹. Este marco es el que se toma como de convergencia de valores. Y a su vez, las convenciones de derechos humanos reconocen el derecho a la diversidad cultural y su promoción dando al mismo tiempo un límite sobre los derechos individuales y otros derechos colectivos.

La contractualización del Derecho de Familia es una expresión posmoderna del individualismo y del actual derecho occidental.

C. Teoría del uso jurídico

A nuestro criterio, todo lo que se ha desarrollado en los últimos años sobre esta temática es compatible con la teoría del uso jurídico²⁰.

¹⁷ BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? – Legal Pluralism...* cit., p. 93.

¹⁸ Además del Pacto de San José de Costa Rica en el acervo normativo también deben ser incluidos el protocolo sobre derechos civiles y políticos de la ONU de 1966; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, consentimiento y edad para contraer matrimonio de 1962, discriminación contra la mujer de 1979, carta social europea de 1961, y pactos de derechos civiles y políticos dentro de OEA.

¹⁹ En particular los arts. 14, 20, 75, inc. 17, y 125.

²⁰ GOLDSCHMIDT, W., *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, act. por A. M. Perugini Zanetti, 10ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 229. Y del mismo autor: *La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado*, Bosch, Barcelona, 1935, p. 11, donde dice: “Por lo tanto hemos de preguntar qué representa el ‘Derecho extranjero’ en la norma del DIP. También en este plano pueden contraponerse dos teorías: la teoría jurídica y la del uso jurídico. La primera mantiene la naturaleza jurídica del Derecho extranjero o, dicho con más exactitud, afirma que la norma del DIP se refiere al Derecho extranjero. La segunda en cambio, opina que esta norma indica el uso jurídico extranjero, es decir ordenando al juez indígena decidir el pleito tal como si lo resolviera en el país de origen de la norma, indicando por lo tanto, un hecho y no derecho, por exigir del juez la verificación de un juicio de probabilidad y no la aplicación de normas jurídicas”.

Tener en cuenta el elemento cultural, es parte del máximo respeto al elemento extranjero como primer valor de justicia en el Derecho Internacional Privado²¹.

La antropología jurídica rescata el aspecto sociológico del caso.

El elemento cultural es parte necesaria de la imitación del Derecho extranjero y de la resolución del problema de adaptación de la norma.

A su vez no debemos olvidar que el Derecho Internacional Privado nació como interlocal e interregional²², por lo que siempre llevó, desde sus teorías estatutarias iniciales lo que hoy se establece como interpersonal.

En palabras de Goldschmidt, en su última enunciación: “He aquí, pues, lo que se llama la teoría del uso jurídico; y su contenido puede formularse del siguiente modo: si se declara aplicable a una controversia un Derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia, es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquel país”²³.

Uno de los principales discípulos de Goldschmidt es el iusfilósofo Ciuro Caldani²⁴, que le ha dado desarrollo y progresión a toda la parte general del Derecho Internacional Privado desde la teoría tridimensional del derecho, lo cual trasciende un mero tener en cuenta especiales circunstancias y connota una particular forma en que la sentencia pro-

²¹ GOLDSCHMIDT, W., *Gestación, quintaesencia y recepción de la teoría del uso jurídico extranjero*, en L. L. 1985-E-716 a 722.

²² ALFONSÍN, Q., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1968, vol. I, Cap. III.

²³ GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional...* cit., nota 43, p. 223.

²⁴ CIURO CALDANI, M. A., *Comprensión jusfilosófica del Derecho extranjero en el Derecho Internacional Privado*, en *Investigación y Docencia*, N° 12, 1989, ps. 27 y ss.; Werner Goldschmidt y “La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado”, en *BCIFJS*, N° 13, 1990, ps. 36 y ss.; *El monólogo y el diálogo axiológicos y el Derecho Internacional Privado*, en *Investigación y Docencia*, N° 16, 1990, ps. 15 y ss.; *Concepto del Derecho Internacional Privado*, en *Investigación y Docencia*, N° 41, 2009, ps. 9 a 29; *La existencia del Derecho Procesal Internacional Privado*, en *Investigación y Docencia*, N° 14, 1989, ps. 27 y ss.; *Necesidad de tribunales especiales para los casos jusprivatistas internacionales*, en *Investigación y Docencia*, N° 14, 1989, p. 53.

bable debe realizarse, de este modo: “La misma dificultad para comprender a los elementos extranjeros que fundamenta las ‘reglas de conflictos’ está presente cuando se intenta producir auténtico Derecho extranjero. Cuando las ‘reglas de conflictos’ remiten a un Derecho extranjero, hay que entender que disponen la imitación del equivalente axiológico de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad se dictaría en el lugar referido (teoría del uso jurídico) [...] La individualización del Derecho extranjero conforme a la teoría del uso jurídico significa un marco de internacionalidad y de justicia referida a los particulares; en cambio resolverla con criterios supletorios ‘fori’ supone un retroceso a la preinternacionalidad y a la justicia legal y solucionar con criterios formales del Derecho extranjero es relativamente afín a la cuasiinternacionalidad y también a la justicia legal. Sólo la teoría del uso jurídico desarrolla el espíritu de las «reglas de conflictos»”²⁵.

El Derecho extranjero a imitar debe ser el equivalente axiológico de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad se dictaría en el lugar asiento del caso²⁶. Esto a nuestro criterio incluye el elemento cultural.

En otra obra de la misma época Ciuro Caldani explica: “Por lo demás, a los tropiezos que puede hallar el funcionamiento de la norma iusprivatista internacional en sí misma hay que agregar las dificultades especialmente agravados que encuentra el Derecho extranjero para funcionar en un ambiente que no le es propio. Atendiendo a la necesidad de imitar la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictarían los tribunales extranjeros (señalada por la teoría del uso jurídico) a las etapas propias del funcionamiento de cualquier norma se agrega en estos casos una etapa conjetural –semejante a la interpretación en cuanto a sus fines pero distinta de ella en relación a sus proyecciones hipotéticas y a sus alcances más concretos– en la que se ha de averiguar cuál sería el pronunciamiento que hubiesen producido los repartidores extranjeros. Esta etapa conjetural supone tener en cuenta no sólo las reglas de ‘fondo’ del Derecho extranjero, sino todos los elementos

²⁵ CIURO CALDANI, M. A., *Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado*, Fundación para la Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1979, p. 49.

²⁶ CIURO CALDANI, ob. cit., nota 51, p. 56.

–incluso procesales– de carácter justicial material integrantes del mismo. La transmigración del Derecho extranjero hace que sus normas estén frecuentemente inadaptadas a la nueva situación. El juicio sobre el Derecho aplicable, que en el Derecho interno se hace a la luz del valor justicia, en el Derecho Internacional Privado de importación se realiza también a la luz de los principios de orden público del Derecho positivo importador”²⁷.

Destacamos lo embrionario de la consideración de lo procesal al menos en lo justicial material²⁸ y que a nuestro criterio, el “equivalente axiológico” incluye el elemento cultural.

Veamos entonces cómo funciona cada dimensión en la tridimensionalidad en concreto. De esta forma: “Las normas funcionan a través de distintas etapas que se inician en la interpretación, pasan por la adaptación, la determinación y la elaboración y concluyen en la aplicación. La interpretación, la adaptación, la determinación y la aplicación tienen un desenvolvimiento fundamentalmente bidimensional normosociológico, en tanto que la elaboración abarca también la dimensión dikelógica. En el marco universal todas estas etapas adquieren características especiales”²⁹, este aspecto general, cuando lo hacemos en la aplicación del Derecho extranjero, ocurre que “En los procesos de transmigración este tipo de determinación de base dikelógica significa el recurso a la justicia material al derecho que en justicia se conecta con el caso y en Derecho Internacional Privado el empleo del equivalente dikelógico de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad hubiera dictado el juez extranjero (formulación dikelógica de la teoría del uso jurídico)”³⁰. Finalmente: “Los aspectos más dikelógicos están presentes en la teoría del uso jurídico que, al imitar la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictarían los jueces

²⁷ CIURO CALDANI, M. A., *Lineamientos filosóficos del Derecho Universal*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1979, p. 164.

²⁸ GOLDSCHMIDT, J., *Derecho justicial material*, trad. de C. Grossmann, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, *Colección Breviarios de Derecho*.

²⁹ CIURO CALDANI, *Lineamientos filosóficos del Derecho Universal* cit., nota 52, ps. 74 y 75.

³⁰ CIURO CALDANI, *Lineamientos filosóficos del Derecho Universal* cit., p. 77.

extranjeros –apartándose si es necesario de las normas legales extranjeras– considera las diferencias entre los criterios de dichos pronunciamientos judiciales y los legislativos”³¹.

La aplicación del Derecho extranjero comienza siendo tridimensional, porque decido que es justo imitar el derecho extranjero, basado en el respeto al elemento extranjero y he allí la dimensión dikelógica. Luego, al imitar en concreto dejo de preguntarme si es justo. Posteriormente puedo descubrir en medio de ese proceso que existe una carencia dikelógica, pero ello pasa a ser un tema del juez local y de aspecto negativo de la consecuencia jurídica, es decir de orden público. Y aquí aparece la consideración de la cultura o elemento cultural de donde la persona quiere vivir y no de donde proviene, me puede llevar a aplicar mi propia ley.

El Derecho extranjero es un derecho que transpongo y esa transposición es la mejor imitación posible conjetural. Traduzco, trato de hacer lo que el otro haría. Ahora, esa transposición no es mecánica, porque puede ser un despropósito hacer lo que haría el otro país. Cuando en la transposición se cambia el sentido aparece la necesaria adaptación.

III. Los puntos de contacto y la identidad cultural

Lo dicho sobre el pluralismo legal nos lleva a plantearnos los puntos de contacto, donde de pronto por sobre la nacionalidad, domicilio y residencia habitual, al menos a ser tenido en cuenta en la solución del caso, para las personas adquiere fundamental relevancia la identidad cultural, tanto de origen como la cultura en la que la persona quiere vivir y aquí cobra importancia la autonomía de la voluntad. Esta experiencia es antigua en el espacio integrado europeo, tanto para comunitarios como para no comunitarios, donde la circulación de personas desde lo económico ha reclamado soluciones³².

³¹ CIURO CALDANI, *Lineamientos filosóficos del Derecho Universal* cit., p. 78.

³² KRONKE, H., *Connecting factors and internationality in Conflict of Laws and Transnational Commercial Law*, ps. 57 a 69, p. 59, en EIHORN, T.; BOELE, W. K.; GIRSBERGER, D. y SYMEONIDES, S. (dirs.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber amicorum Kurt Siehr*, Schulthess, La Haya, 2012, donde dice: “While a legal system that favors integration of migrant populations into the local society may to domicile, a system that attaches greater importance to main-

Se podría decir que aplicar el derecho del domicilio en materia de familia es en algún sentido volver a las normas del Estado de policía, lo cual sirve para integrar al inmigrante al Estado pero aparentemente no reconoce la diversidad cultural³³.

Sobre este punto pensamos que todo depende de cuán abierto o cerrado sea el sistema del Estado receptor. En el caso argentino, es sumamente abierto, otorgando posibilidades de reconocimiento de la diversidad cultural.

La globalización tiene dimensiones de transnacionalización y fragmentación que llevan a un replanteo del Estado nación de la modernidad con una cultura y población homogénea, va desapareciendo el “nosotros” y el “ellos”³⁴. La diversidad se da dentro del mismo Estado, y en los que siempre estuvo comienza a reconocerse más. El pluralismo

taining a person's ties to his or her country of origin will, in general and subject to the law of citizenship, hold on to nationality as the principal connecting factor. Policy objectives are moving targets. An era characterized by its emphasis on cultural identity of the individual may be followed by one where national or otherwise collective cultural identity is given priority. A regional economic integration organization such as the European Union may push for a change from nationality to habitual residence with a view to facilitating greater mobility of persons within its economically integrated area. In a similar vein, legal systems recognizing the supremacy of party autonomy or operational and technical factors in property law (e.g. interest such as title reservation in export-import transactions, proprietary aspects of securities) may concede that it is for the parties to the transactions to choose the governing law”.

³³ MAESTRE CASAS, P., *Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, ps. 195 a 213, p. 199; CALVO CARAVACA, A. L. y IRIARTE Á., J. L., *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, donde dice: “El respeto a la diversidad sólo es posible si cada sistema toma en consideración los valores que animan al otro. En el conflicto de leyes estas afirmaciones se traducen en la primacía de la ley de la nacionalidad para regular el estatuto personal o en la del domicilio. El respeto a la identidad cultural llamaría a la aplicación de la conexión nacionalidad, mientras que si pretendemos integrar, o más radicalmente uniformizar, al extranjero al Estado en el que vive, debe prevalecer la ley del domicilio o de la residencia habitual. Marginar la conexión nacionalidad so pretexto de integrar al extranjero, puede ser el primer síntoma de absorción de los valores de una sociedad distinta a la sociedad integradora, haciendo desaparecer la convivencia de sistemas diferentes al eliminar uno de ellos, y, por tanto, eliminamos un actor de la riqueza, el cual es la diversidad”.

³⁴ CIURO CALDANI, *Comprensión del “complejo personal” a través de los pronombres personales* cit.

social lleva necesariamente a un pluralismo legal, donde la ley del Estado es la primera referencia pero no la única.

La ley de la nacionalidad conlleva el riesgo de aplicar un régimen más cerrado y no querido por la persona, esto es claro con mujeres de países musulmanes inmigrantes en Europa, que seguramente lo que menos pretenden es seguir sujetas a la ley de su Estado porque vinieron buscando más libertad. Puede haber aquellas que no y su pretensión sea de progreso económico o profesional. Ambas situaciones deben ser atendidas. Este problema con el domicilio y la residencia habitual en un sistema de Derecho Civil abierto y tolerante con los derechos humanos no sucede, con la apertura a la autonomía de la voluntad, sumada a la cultura de origen y la cultura en la que se quiere vivir.

La identidad cultural atraviesa los discursos, es acción y no narración. Es el resultado de una interacción social. Es el producto de un numeroso complejo de percepciones, atribuciones y definiciones. Para la segunda generación de inmigrantes en un país, sus símbolos culturales, entre ellos los religiosos, pasan a tener un significado que no es exactamente el mismo que para sus padres. Es como si la segunda generación de inmigrantes viviera entre dos culturas, sin la expectativa directa de regreso, con múltiples sentimientos y conflictos étnicos, nacionales, culturales y puntos legales de referencia. Su identidad interactúa de forma cruzada entre aspectos sincrónicos y diacrónicos³⁵.

En la situación actual del Derecho argentino, puede decirse que en lo que respecta a algunos aspectos de familia, existe una distancia entre la cultura católica tanto o más pronunciada que entre el Derecho musulmán y el de algunos países europeos.

Dentro del Islam, el concepto de derecho es determinado por la religión³⁶ y ésta a su vez es parte esencial de la identidad cultural, lo cual liga potenciales conflictos entre derecho y cultura, y entre libertad y equidad. El derecho es parte de la construcción socio cultural pretendida.

³⁵ BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? – Legal Pluralism and its Limits...* cit., p. 9.

³⁶ LOSANO, M., *Los grandes sistemas jurídicos*, Debate, Madrid, 1982, ps. 230 y ss.

Los valores de la familia tradicional en occidente a su vez se han cambiado alejándose de las históricas concepciones.

La familia ha cambiado la institucionalidad y su concepto colectivo para ser algo contractual e individualista. Tal como expresa Krasnow: "...hoy el Derecho de Familia destina su manto protector a favor de la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares, quedando atrás como centro de protección jurídica la familia"³⁷. A su vez los musulmanes en Europa generan una retradicionalización de la familia³⁸, lo cual tiende a suceder con cristianos y judíos practicantes en Argentina.

La solución legal y la reacción del Estado depende también de la relación entre religión y Estado, si están o no totalmente separados como en Francia y hasta se prohíben los símbolos religiosos en espacios públicos, o como el caso de EE. UU. donde hay separación con una relación plasmada en la Constitución, más bien formal, y con fuertes contactos en lo sociológico como en Argentina.

Como dijimos, todo deriva de que la globalización ha tornado al Derecho Internacional Privado de internacional a interpersonal³⁹ donde conviven nacionalidades y civilizaciones en un mismo Estado, en el cual se han eliminado límites y multiplicado espacios multiculturales de frontera.

³⁷ KRASNOW, A. N. (dir.), *Matrimonio civil entre personas de igual sexo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 8. En la misma línea: MIZRAHI, M., *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 68, donde dice: "La familia fue perdiendo su lugar sacro [...] De aquí se sigue una reformulación de conceptos: cambio de lugar de la familia, tras la admisión del papel prioritario de la persona humana, su bienestar y el pleno desarrollo de sus capacidades y virtudes; limitación del concepto de orden público en la regulación jurídica de las instituciones familiares; ensanchamiento del campo de la intimidad y privacidad en el ámbito general del Derecho de Familia". En el mismo sentido: FERRER, F. A. M., *Nueva concepción del matrimonio civil*, en AA. VV., *Nuevo régimen legal del matrimonio civil. Ley 26.618*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, ps. 13 a 84.

³⁸ BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? – Legal Pluralism and its Limits...* cit., p. 18.

³⁹ CIURO CALDANI, M. A., *Aportes para la comprensión del Derecho Privado de una nueva era (el Derecho Interpersonal como proyección del Derecho Internacional Privado. Contribuciones para la interdisciplinariedad interna del Derecho. Afirmación de una sociedad pluralista)*, en *Investigación y Docencia*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, N° 43, 2012, ps. 21 a 35.

El derecho es una dimensión de la cultura y por otra parte es hacedor de una determinada cultura⁴⁰.

Entonces: ¿Responde la tradicional norma de conflicto al derecho que debe aplicarse cuando hablamos por ejemplo de Derecho iraní de familia? ¿Y en nuestro caso del derecho con fuerte fuente en la costumbre de los pueblos originarios?

La mayor incidencia de esta pregunta es en los países que aplican la nacionalidad como punto de contacto, en cambio el domicilio como es el caso de Argentina produce cambios de estatutos. Y a nuestro criterio allí debe extenderse la pregunta hacia la persona en cuanto a qué cultura pretende vivir, y ser respetuoso de ello.

A su vez los conflictos interpersonales llevan en el caso de Latinoamérica a reconocer los derechos y costumbres de los indígenas, es una especie de regreso a los estatutos personales, y un ejemplo lo tenemos en el Derecho islámico según el cual a los musulmanes se les aplica su derecho religioso que coincide muchas veces con los del Estado, mientras que a los no musulmanes se les permite regirse por las leyes de su religión⁴¹.

Otro inconveniente que genera la ley de la nacionalidad, es que muchas veces, en especial en países islámicos no laicos, la ley no se condice con la identidad cultural de la persona o con lo que ésta pretende vivir y por eso ha emigrado.

Esto demuestra que la identidad cultural no puede estar basada solamente en la nacionalidad. A su vez, la aplicación de la ley de la nacionalidad no favorece la integración del inmigrante al país. Pero éste es un debate de los europeos y no nuestro.

Dentro de lo que abarca el Derecho Procesal Internacional y el Islam se incluiría el análisis de las garantías para el reconocimiento.

En la consideración del elemento extranjero se debe tener en cuenta el aspecto de la multiplicidad cultural de ese país. Pensar nomás en Bolivia y la distancia existente entre un ciudadano descendiente de

⁴⁰ BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? – Legal Pluralism and its Limits...* cit., p. 27.

⁴¹ TARABEY, L., *Family law in Lebanon*, Tauris, London, 2013.

alemanes de Santa Cruz, con un aimara de Tarija. O en Paraguay entre un guaraní y un miembro de una comunidad menonita del sur del país.

IV. Derecho de Familia

Las relaciones entre personas de religión musulmana en países de occidente ha ocupado muchas páginas en los últimos tiempos. Tal como hemos dicho anteriormente, no es un tema que aplique de forma cotidiana a la Argentina. No poseemos inmigración que en forma significativa practique el Islam. Sí es fuente de casos cotidianos en Europa⁴².

⁴² BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? – Legal Pluralism...* cit., ps. 7 y 8, donde dice: “Culture is indisputably imbued with specific historical and social meaning. Culture lends significance to individual existence, tying the individual to society with a tacit sense of belonging. But culture, as Clifford puts it, is ‘not an object to be described, neither is it a unified corpus of symbols and meanings that can be definitively interpreted. Culture is contested, temporal, and emergent. Representation and explanation –both by insiders and outsiders– is implicated in this emergence’. The concepts of culture in European countries today appear to focus on difference, and the relevance of diversity is increasing inexorably. This may simply be interpreted as a recognition that it is a culture what lends purpose to life. Yet this emphasis on differences in culture and identity arises not only because diversity is perceived as a desirable end in itself, it is also sometimes expressive of the –erroneous– idea that there are a variety of entities, distinct from each other, self-contained, with precedence over subjective, possessed of logics of their own and with the power to induce uniformity within themselves. Some legal discourse appears to suggest that this notion of culture is congruent with national identity, which, in turn, would imply that cultures are firmly delineated within national boundaries. This is of course, something of an oversimplification. Culture is not ontologically evident nor is it an anthropological constant. Globalization has been a key factor in reshaping identity –determining areas beyond nation– states. Transnational areas –for example the spaces linking migrant communities with their countries of origin– allow contradictory and cosmopolitan identities to evolve which are not only multi-pillared, but are also universal, hybrid, multi-lingual and ubiquitous. On a sub-national level, this phenomenon is accompanied by the formation of identity patterns whose intent is defensive, and which regularly have recourse to primordial categories such as ethnic origin and religious affiliation. In contrast to their cosmopolitan counterparts, such identity configurations are local, authentic, homogeneous and coherent. Globalization has produced two contrasting and parallel outcomes. It has not only made society more pluralistic, it also made social groups more ethnic”.

El Derecho de Familia en este tema suele situarse en el centro del debate legal, ético y cultural.

Veamos el tema en la Argentina de hoy. Desde lo que hace a la celebración del matrimonio por el hecho de las partes poder mudar acomodaticiamente su domicilio⁴³, estamos a decir de Goldschmidt ante un fraude inocuo, o según lo define Carrascosa, desde el análisis del Derecho español basado en la nacionalidad habla de una autonomía de la voluntad “oculta”⁴⁴. El único límite son los impedimentos del artículo 166, exceptuado el de edad del inciso 5°.

Con la última reforma que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, el reconocimiento del matrimonio ha pasado a ser un fenómeno de “exportación” para aquellos que vienen a contraerlo en Argentina y pretenden su reconocimiento en países que no lo autorizan, como ya ha sucedido con Paraguay⁴⁵.

De este modo, si estamos ante un matrimonio, su forma y validez se reconoce sobre la base de las leyes del lugar de celebración y si fue religioso con efectos civiles se reconocerá.

Igual sucede con los efectos personales y el divorcio.

El régimen patrimonial se orienta hacia capitulaciones, separación de bienes y acuerdos en su división y disolución, que si bien hoy son muy limitados en Argentina, no existe impedimento para su reconocimiento. El Código Civil en estado legislativo equilibra esta contradicción actual entre un régimen personal muy abierto y uno patrimonial cerrado en exceso.

El divorcio desde el último domicilio conyugal efectivo, que se

⁴³ Recordamos que dice el art. 159: “Las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubieren dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen”.

⁴⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho Internacional Privado*, Liberlibro.com, Murcia, 2002, p. 212.

⁴⁵ El 23-3-2012, se oficializó el primer matrimonio del mismo sexo entre extranjeros en Argentina por parte de una pareja paraguaya. Según la ley vigente, entre los 10 países en el mundo donde se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, Argentina es el único país que lo garantiza globalmente independientemente de la nacionalidad y condición de residencia. Posteriormente fue rechazado por la Corte Suprema paraguaya.

puede plantear hasta de forma unilateral no genera inconveniente alguno y el divorcio extranjero se reconoce. Incluso se ha reconocido el divorcio sobre la base del foro de la nacionalidad si se han respetado las garantías procesales de las partes⁴⁶.

Es decir, los problemas que plantean los europeos con la conexión entre nacionalidades y sus supuestas ventajas no son tales; Argentina no los posee con los puntos de conexión que tiene.

El orden público posee su límite en situaciones de matrimonio forzado, menores impúberes y poligamia.

En el Código Civil en estado legislativo, al regular de forma más amplia el divorcio unilateral acaba con la diferencia respecto del repudio. Esta doctrina la afirma Wautelet y Henricot, desde un análisis del Derecho Internacional Privado Belga sobre casos marroquíes, incluso si no hay igualdad de derechos en cuanto capacidad de petición del divorcio unilateral por parte de la mujer. Lo que se hace es la asimilación del talak al divorcio unilateral⁴⁷, concediéndole llegado el caso también ese derecho a la mujer.

En relación con la poligamia, el problema es el desequilibrio de partes. Uno está por encima de otros dos y por lo tanto es desigual. He aquí el obstáculo a su reconocimiento.

Uno de los riesgos del orden público es caer en un discurso donde la propia cultura o la cultura occidental se muestre superior a otras culturas⁴⁸.

El Derecho Internacional Privado debe ser estructuralmente protector de la identidad cultural, como parte del respeto al elemento extranjero. En Argentina ocurre que con el principio del domicilio en materia de familia, se cierra la puerta a la aplicación de leyes nacionales, excepto en situaciones de reenvío, pero resulta que en ocasiones el elemento cultural puede requerirlo siempre que no se oponga a la

⁴⁶ CSJN, 25-6-2008, autos “Behrens, Germán s/Sucesión”.

⁴⁷ WAUTELET, P. y HANRICOT, C., *Les relations de couple*, ps. 32 a 112, p. 99, en WAUTELET, P. (dir.), *Relations familiales internationales – L’actualité vue la pratique*, Anthemis, Bruselas, 2010.

⁴⁸ BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? – Legal Pluralism and its Limits...* cit., p. 49.

protección de los derechos humanos, tomándose como parámetro el Sistema Interamericano.

Una solución más allá de la norma de conflicto es la consideración a pedido de las partes del Derecho extranjero, es decir, una vez que el matrimonio se ha contractualizado, por qué no abrir la puerta a la autonomía de la voluntad tanto en aspectos personales como patrimoniales respetando el orden público actualmente existente. Después de todo, las partes podrían irse a otra jurisdicción para que se les aplique otra ley, e igualmente le reconoceríamos efectos.

De esta forma se respetaría el elemento cultural, es como que el respeto al elemento extranjero, en esta interpersonalidad, daría lugar al respeto al elemento intercultural.

Si la nacionalidad no está ligada a la cultura, en un mismo país pueden convivir varias culturas, igualmente en el extranjero.

Esto implica una flexibilización del Derecho Internacional Privado en las relaciones personales.

En el caso musulmán hay multiplicidad de ramas así como multiplicidad de grados de observación religiosa. Lo mismo ocurre dentro de la cultura cristiana católica o en cualquiera de sus ramas, asimismo la judía. Las tres hoy poseen colectivos de personas en todo el mundo, más allá de los países. Esto por sólo citar un ejemplo que no tiene pretensión de centrarse en lo religioso, y basta con pensar en los gitanos o la multiplicidad cultural de China.

En la parte procedimental proponemos una mayor apertura a la mediación y arbitraje como procesos de consideración de lo cultural.

Para ello, como solución a este tipo de casos complejos creemos que deberían existir “mediadores culturales” que con su experiencia y junto al juez, árbitro o mediador, puedan hacer defensa y justicia en cada caso.

En el caso de los latinoamericanos, se traduciría en que autoridades de las comunidades originarias o de colectivos de inmigrantes, como es el caso de chinos o caribeños en la actualidad, tengan derecho a que los asistan en el punto que estamos planteando y no solamente en la traducción de sus palabras.

Para los extranjeros esto está abierto en la asistencia consular, pero

suele reducirse al plano de lo penal. En lo interno-intercultural podría asumir este rol la defensoría del pueblo o el defensor general, convocando a las autoridades de las comunidades o colectivos como *amicus curiae*, una figura que podría denominarse “defensor del elemento extranjero”.

En la experiencia comparada, este método nació para el Derecho Penal, pero en los últimos tiempos se viene utilizando además en materia civil, porque la cultura es relevante como evidencia o prueba en todas las circunstancias del caso. Es así que tenemos a los musulmanes y los temas de menores en Europa y Estados Unidos, pueblos originarios, inmigrantes latinoamericanos, personas de las villas miseria en Argentina.

La multiculturalidad se transforma en una suerte de elemento extranjero dentro de la nación y allí la respuesta de consideración de respeto se vuelve del respeto del elemento extranjero al elemento interpersonal⁴⁹.

Se trata de poder realizar síntesis cuando las creencias individuales contravienen el derecho tanto a nivel sustancial como procesal.

Requiere un trabajo interdisciplinario entre jueces y antropólogos, es una sociología legal. Se utiliza la cultura como argumento legal, sin “cosificar” la cultura y sin banalizar o menospreciar al sistema jurídico.

Sobre la experiencia cultural en el litigio Holden⁵⁰ se destaca la diferente realidad de los inmigrantes musulmanes en Estados Unidos, es que a contrario del Reino Unido, Francia o Alemania, son pocos y en general de clase media profesional, con lo cual poseen una mejor predisposición a asumir la cultura occidental. Sin embargo hay barreras culturales, así, esta autora relata el caso de una mujer a la que su marido le planteó el divorcio en Estados Unidos, con un hijo y debía ser deportada. De la zona de la India de donde era, la condición de divorciada con un hijo le haría imposible que alguien le diera trabajo, esto se pudo lograr comunicar introduciendo en la Corte un experto en Derecho indio.

⁴⁹ CIURO CALDANI, *Aportes para la comprensión del Derecho Privado de una nueva...* cit., p. 32.

⁵⁰ HOLDEN, L., *Cultural expertise and litigation*, Routledge, New York, 2011, p. 29.

Otro ejemplo⁵¹ es el del Reino Unido, que posee los Tribunales Británicos Musulmanes de Arbitraje, es como un regreso a pretor peregrino romano, o si se quiere mejor los tribunales especializados en Derecho Internacional Privado que tanto reclamaba Goldschmidt⁵².

Sobre niños, niñas y adolescentes, la igualdad de derechos en la patria potestad no es la regla en el Derecho musulmán.

La adopción, para los países que se basan en la ley de la nacionalidad o domicilio del adoptado como Francia, España o Suiza, ha sido resuelta mediante el no reconocimiento si la ley del niño no lo permite. Se parte de la base que en el Derecho musulmán la adopción es una institución no regulada.

La adopción internacional pone en el vórtice el tema de la identidad cultural y religiosa del niño y la evaluación desde su interés superior.

El retorno a la residencia habitual de los menores sustraídos posee un alto componente cultural.

El reconocimiento de la lengua es un aspecto cultural y el pluri-lingüismo favorece la integración⁵³.

La pluralidad de cultura y el afán actual de su respeto le exige al Derecho Internacional Privado una mayor pluralidad metodológica.

V. Conclusiones

El cambio cultural implica asumir que hay un “otro” entre “nosotros”, aceptarlo e integrarlo.

Tanto la Teoría de las Dos Fases, como la *Datum Theory* así como la Teoría del Uso Jurídico son válidas y brindan soluciones de adaptación de la norma para tener en cuenta el elemento cultural.

La esencia de la consideración del elemento cultural es que el Derecho Internacional Privado debe servir como instrumento para la salvaguarda de la paz, al ser un canal de comunicación intercultural.

⁵¹ HOLDEN, ob. cit., nota 38, p. 48.

⁵² GOLDSCHMIDT, Werner, *La autonomía del Derecho Internacional Privado*, en J. A. 1958-II-146/50, Sec. Doctr. Y del mismo autor: *¿Que se entregue a los especialistas la aplicación práctica del Derecho Internacional Privado!*, en E. D. 1970-33-775 a 78.

⁵³ JAYME, *Identité culturelle et intégration: le Droit Privé...* cit., p. 190.

El pluralismo cultural genera un pluralismo legal, donde junto con el sistema jurídico oficial del Estado conviven sub-infra-sistemas legales de colectivos sociales. El sistema y subsistemas interactúan entre sí.

La tensión está dada entre un orden legal centralizado por el Estado, o la apertura a un pluralismo legal basado en una antropología cultural, asentada sobre una multiplicidad de comunidades dentro del entramado social.

En lo que respecta al derecho de familia estaríamos hablando de “familia autoregulada”, donde cada colectivo o comunidad específica sigue el derecho de su tradición cultural.

El límite de la autonomía se da dentro del marco de los derechos humanos, tomados como lo más universal y luego de modo más flexible en los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional.

Este marco es el que se toma como de convergencia de valores. Y su vez las Convenciones de derechos humanos reconocen el derecho a la diversidad cultural y su promoción dando al mismo tiempo un límite sobre los derechos individuales y otros derechos colectivos.

El tener en cuenta el elemento cultural es parte del máximo respeto al elemento extranjero como primer valor de justicia en el Derecho Internacional Privado.

Tanto la cultura de origen como aquella en que la persona quiere vivir deben ser consideradas y aquí cobra importancia la autonomía de la voluntad.

La identidad cultural atraviesa los discursos, es acción y no narración. Es el resultado de una interacción social. Es el producto de un numeroso complejo de percepciones, atribuciones y definiciones.

El derecho es una dimensión de la cultura y por otra parte es hacedor de una determinada cultura.

El Derecho Internacional Privado debe ser estructuralmente protector de la identidad cultural, como parte del respeto al elemento extranjero.

Como solución a este tipo de casos complejos deberían existir “mediadores culturales” que con su experiencia y junto al juez, árbitro o mediador, puedan hacer defensa y justicia en el caso.

En el caso de los latinoamericanos se traduciría en que autoridades

de las comunidades originarias o de colectivos de inmigrantes tengan derecho a que los asistan en el punto que estamos planteando, y no solamente en la traducción de sus palabras.

La multiculturalidad se transforma en una suerte de elemento extranjero dentro de la nación y allí la respuesta de consideración de respeto se vuelve del respeto del elemento extranjero al elemento interpersonal.

La pluralidad de cultura y el afán actual de su respeto le exige al Derecho Internacional Privado una mayor pluralidad metodológica.

VI. Bibliografía

- ALFONSÍN, Q., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1968, vol. I, Cap. III.
- BÜCHLER, A., *Islamic Law in Europe? – Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*, Ashgate, Surrey-England, 2011.
- CALVO CARAVACA, A. L. y IRIARTE Á., J. L., *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho Internacional Privado*, Liberlibro.com, Murcia, 2002.
- CASAL, P. M., *Sistemas legales contemporáneos*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1996.
- CIURO CALDANI, M. A., *Aportes para la comprensión del Derecho Privado de una nueva era (el Derecho Interpersonal como proyección del Derecho Internacional Privado. Contribuciones para la interdisciplinariedad interna del Derecho. Afirmación de una sociedad pluralista)*, en *Investigación y Docencia*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, N° 43, 2012, ps. 21 a 35.
- *Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado*, Fundación para la Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1979.
- *Comprensión del “complejo personal” a través de los pronombres personales*, en *Boletín del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Social*, Fundación para las investigaciones jurídicas, N° 14, 1991, ps. 13 y ss.
- *Comprensión jusfilosófica del Derecho extranjero en el Derecho Internacional Privado*, en *Investigación y Docencia*, N° 12, 1989, ps. 27 y ss.
- *Concepto del Derecho Internacional Privado*, en *Investigación y Docencia*, N° 41, 2009, ps. 9-29.

- CIURO CALDANI, M. A., El monólogo y el diálogo axiológicos y el Derecho Internacional Privado, en *Investigación y Docencia*, N° 16, 1990, ps. 15 y ss.
- *La existencia del Derecho Procesal Internacional Privado*, en *Investigación y Docencia*, N° 14, 1989, ps. 27 y ss.
- *Lineamientos filosóficos del Derecho Universal*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1979.
- *Necesidad de tribunales especiales para los casos jusprivatistas internacionales*, en *Investigación y Docencia*, N° 14, 1989, ps. 53 y ss.
- Werner Goldschmidt y “*La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado*”, en *BCIFJS*, N° 13, 1990, ps. 36 y ss.
- Consejo de Estado de Francia. Asamblea general (sección del interior), *in re* N° 346.983, 27-11-89, en *Revue française de Science politique*, París, 1991, N° XLI.
- DI NICOLA, G., *Musulmanes en Argentina, entre la tristeza y el fastidio*, Diario *La Nación*, del 18-7-2005, en <http://www.lanacion.com.ar/722331-los-musulmanes-en-la-argentina-entre-la-tristeza-y-el-fastidio>, 16-5-2014.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación*, Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 2009, vol. 25, ps. 9 a 45.
- FERRER, F. A. M., *Nueva concepción del matrimonio civil*, en AA. VV., *Nuevo régimen legal del matrimonio civil. Ley 26.618*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, ps. 13 a 84.
- GOLDSCHMIDT, J., *Derecho justicial material*, trad. de C. Grossmann, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, *Colección Breviarios de Derecho*.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, act. por A. M. Perugini Zanetti, 10ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- *Gestación, quintaesencia y recepción de la teoría del uso jurídico extranjero*, en L. L. 1985-E-716 a 722.
- *La autonomía del Derecho Internacional Privado*, en J. A. 1958-II-146/50, Sec. Doctr.
- *La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado*, Bosch, Barcelona, 1935.
- *¿Que se entregue a los especialistas la aplicación práctica del Derecho Internacional Privado!*, en E. D. 1970-33-775/78.

- HOLDEN, L., *Cultural expertise and litigation*, Routledge, New York, 2011.
- JAYME, E., *Identité culturelle et intégration: le Droit Privé postmoderne*, en *Recueil des Cours*, Nierhoff, La Haya, 2000, vol. 282, ps. 9 a 268.
- KRASNOW, A. N. (dir.), *Matrimonio civil entre personas de igual sexo*, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- KRONKE, H., *Connecting factors and internationality in Conflic of Laws and Trasnnational Comercial Law*, ps. 57 a 69, p. 59, en EIHORN, T.; BOELE, W. K.; GIRSBERGER, D. y SYMEONIDES, S. (dirs.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber amicorum Kurt Siehr*, Schulthess, La Haya, 2012.
- LOSANO, M., *Los grandes sistemas jurídicos*, Debate, Madrid, 1982.
- MAESTRE CASAS, P., *Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, ps. 195 a 213.
- MIZRAHI, M., *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1998.
- SACCO, R., *Anthropologie juridique – Apport á une macro-histoire du Droit*, Dalloz, París, 2008.
- SAVIGNY, F. K. Von, *Sistema de Derecho Romano actual*, trad, de J. Mesía, Góngora, Madrid, 1879, t. VI.
- SHAH, P., *Legal pluralism in conflict – coping with cultural diversity in law*, Glasshouse press, London 2005, 2007.
- TARABEY, L., *Family law in Lebanon*, Tauris, London, 2013.
- WAUTELET, P. y HANRICOT, C., *Les relations de couple*, ps. 32 a 112, en WAUTELET, P. (dir.), *Relations familiales internationales – L'actualité vue la pratique*, Anthemis, Bruselas, 2010.

DESAPODERAMIENTO. BIENES INCLUIDOS Y EXCLUIDOS. LIBERACIÓN POR DEUDAS

por GERMÁN E. GERBAUDO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Objeto del trabajo y plan de exposición. III. Desapoderamiento. 1. Concepto. 2. Naturaleza jurídica. 3. Diferencias con la incautación. 4. ¿Cuándo comienza el desapoderamiento? 5. ¿Cuándo finaliza? IV. ¿Qué bienes comprende el desapoderamiento? Sistemas latino y germánico. V. La pérdida de la facultad de administrar y disponer de los bienes. VI. Situación de los bienes adquiridos mientras el fallido no esté rehabilitado. VII. Los efectos de la rehabilitación frente al patrimonio del deudor. VIII. ¿Qué sucede si se prorroga la inhabilitación o retoma su vigencia? IX. El cese del desapoderamiento y la inhibición general de bienes. X. Bienes incluidos. XI. Bienes excluidos. 1. Introducción. 2. Derechos no patrimoniales e indemnizaciones por daños a la persona. 3. Los bienes inembargables y los excluidos por otras leyes. 4. El usufructo de los bienes de los hijos menores. 5. La administración de los bienes propios del cónyuge. 6. La facultad de actuar en justicia en defensa de bienes y derechos que no caen en el desapoderamiento. XII. La liberación de deudas. 1. Introducción. 2. Diferentes sistemas. a) Modelo anglosajón. b) Modelo de rehabilitación o liberación parcial por deudas. c) Modelo de no liberación de deudas. 3. Legislación argentina. a) Una pregunta clave en la estrategia concursal: ¿La legislación concursal argentina permite la liberación por deudas? b) La rehabilitación y la liberación por deudas. c) ¿La rehabilitación según la ley 24.522 produce la liberación del deudor por los saldos insatisfechos? d) La opinión de la doctrina y las soluciones jurisprudenciales. e) Nuestra opinión. XIII. Conclusiones. XIV. Bibliografía.

Resumen

El objeto de este trabajo es analizar el instituto del desapoderamiento, estudiando su evolución a través de la doctrina y la jurisprudencia. Abordaremos las cuestiones controvertidas que se suscitan res-

¹ Abogado (UNR), magíster en Derecho Privado (UNR), esp. en Derecho de Daños (UCA). Profesor adjunto de Derecho de la Insolvencia (UNR).

pecto a los bienes alcanzados por este efecto patrimonial. Estudiaremos las controversias que se suscitan con relación a la liberación por deudas. Finalmente expondremos nuestra opinión.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the dispossession institute, studying its doctrine and jurisprudence evolution. We address the controversial issues about the goods that are reached by this patrimonial effect. We study the controversies about discharge. Finally we present our conclusions.

Palabras clave

Desapoderamiento. Bienes incluidos. Bienes excluidos. Liberación por deudas.

Keywords

Dispossession. Goods included. Goods excluded. Discharge.

I. Introducción

La quiebra es un proceso eminentemente liquidativo. Es un instituto ideado para los acreedores que persigue liquidar de manera ordenada el patrimonio del deudor insolvente a fin de obtener un producido que se reparte entre los acreedores conforme al régimen de privilegios concursales.

Uno de los principales institutos que el legislador perfila para asegurar esa finalidad es el desapoderamiento, en virtud del cual se delimitan los bienes que serán administrados por el síndico y sometidos al proceso de liquidación, determinando además en el fallido la pérdida de las facultades de administración y disposición, las que son transferidas al síndico.

II. Objeto del trabajo y plan de exposición

El objeto de este trabajo es analizar el instituto del desapodera-

miento, describiendo el desarrollo que el mismo ha tenido a lo largo del tiempo, exponiendo cuáles son las cuestiones que en la actualidad despiertan mayores debates en la doctrina y en la jurisprudencia.

En tal sentido, comenzaremos analizando cuestiones generales atinentes a la figura del desapoderamiento, posteriormente discurriremos sobre los efectos que el cese de la inhabilitación provoca en el patrimonio del deudor, indicaremos cuáles son los bienes comprendidos por este efecto y cuáles los excluidos y, finalmente, nos abocaremos al análisis de la problemática de mayor complejidad en este ámbito que es determinar si con la rehabilitación –que delimita la parte del patrimonio alcanzado por el desapoderamiento– se produce o no la liberación de deudas. En los diversos temas que abordamos exponemos nuestra opinión y cerraremos la investigación con nuestras conclusiones.

III. Desapoderamiento

1. *Concepto*

El desapoderamiento se presenta como el efecto patrimonial más trascendente que provoca la quiebra. La importancia del mismo fue descripta por la doctrina. En tal sentido, se dice que es un “importante efecto subjetivo”² o que “constituye el principal efecto de la quiebra”³. Asimismo, se señala que “constituye un efecto primario, fundamental e inherente al pronunciamiento de quiebra”⁴. También se indica que “constituye el efecto típico de la quiebra y sobre el cual se estructuran las consecuencias jurídicas y se organiza el proceso concursal”⁵.

² GARRONE, J. y LÓPEZ, G., *Derecho Comercial*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 433.

³ RIVERA, J., *Instituciones de Derecho Concursal*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, t. II, p. 61; BARBIERI, P., *Nuevo régimen de concursos y quiebras*. Ley 24.522, 3ª ed., Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 259.

⁴ D'ALOLIO, C., *Efectos de la quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes*, en *Revista Judicial*, San José de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, N° 90, febrero de 2009, p. 153.

⁵ JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C., *Ley de Concursos y Quiebras comentada*, 1ª ed., LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 83.

En similar sentido: JUNYENT BAS, F. e IZQUIERDO, S., *En torno a los efectos*

Daniel Roque Vítolo expresa que “es la desposesión de los bienes propios, con pérdida del derecho de administración y disposición, facultades que son transferidas al síndico en la medida fijada por la ley”⁶.

El desapoderamiento es el principal efecto patrimonial que trae consigo la quiebra y es el que permite que los bienes que integran el patrimonio del fallido queden bajo la administración y disposición del síndico, habilitando el proceso de liquidación para obtener el producido con el cual se ha de pagar a los diferentes acreedores concurrentes.

Es un mecanismo propio del proceso concursal que permite al síndico reunir y, en su caso –si existen bienes que han salido indebidamente–, reconstituir el patrimonio del deudor insolvente, con la finalidad de realizarlo –liquidarlo– y repartir –distribuir– su producido entre los acreedores.

El desapoderamiento es una institución conocida y aceptada por todas las legislaciones aunque lo regulen de diferente forma. Su origen se remonta a los estatutos de las ciudades italianas. En Francia era ignorado por la Ordenanza de 1673, pero las observaciones de Bigot Preameneu influyeron en la reforma de 1807 que instituyó la figura⁷.

2. Naturaleza jurídica

La discusión sobre la naturaleza jurídica del desapoderamiento es un tema que ha desvelado a la doctrina nacional y extranjera durante muchos años, generando distintas teorías. En la actualidad, existe un consenso en la doctrina respecto de aseverar que el fallido no es un incapaz, como así también en cuanto a sostener que la quiebra no provoca que el fallido pierda la propiedad de los bienes.

En cuanto a las diferentes teorías Julio César Rivera opina que

personales de la quiebra. En especial el régimen de inhabilitación del fallido, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, N° 280, marzo de 2011, p. 261.

⁶ VÍTOLO, D., *Derecho Concursal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011, ps. 251 y 252; *Concursos y quiebras*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 397.

⁷ RODRÍGUEZ QUESADA, Raúl, *El desapoderamiento en la quiebra*, en *Jurisprudencia Argentina* 69-32.

“son innumerables y tanto han agotado a los juristas que muchos han llegado a la sabia conclusión de que el tema es irrelevante”⁸. En sentido similar, Aurora Martínez Flórez dice que “se han elaborado numerosas construcciones y se han realizado importantes esfuerzos, llegando incluso a provocar un cierto hastío o escepticismo en la doctrina y considerar que se trata de un pseudo-problema”⁹. Por su parte, Raúl Rodríguez Quesada indica que “ninguna de ellas convence ampliamente por más esfuerzos que hagan sus autores para llegar a establecer la bondad de su construcción”¹⁰.

A continuación exponemos un breve panorama de las diferentes tesis desarrolladas. En primer término, se dividen en subjetivas y objetivas, atendiendo a si los efectos de la quiebra afectan a la persona del fallido o a sus bienes.

2.1. *Teorías subjetivas*: La quiebra principalmente produce sus efectos sobre la persona del fallido y sólo de manera indirecta sobre los bienes que integran su patrimonio. Se trata de teorías “que corresponden a las primeras elaboraciones científicas sobre el concurso y pueden considerarse abandonadas actualmente”¹¹.

(a) *Incapacidad del fallido*: Una teoría hoy superada considera que el fallido es un incapaz. Se trata de una tesis que se circunscribe estrictamente a la terminología utilizada en los textos legales¹². Encontraba fundamento normativo en el artículo 1160 del Código Civil que reza que “No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les está expresamente prohibido [...] ni los comerciantes fallidos sobre

⁸ RIVERA, *Instituciones...* cit., p. 75.

En igual sentido: RIVERA, J.; ROITMAN, H. y VÍTOLO, D., *Ley de Concursos y Quiebras*, 3ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. II, p. 429.

⁹ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor*, en *Anuario de Derecho Concursal*, Civitas, Madrid, Nº 6, 2005, p. 65.

¹⁰ RODRÍGUEZ QUESADA, ob. cit., p. 32.

¹¹ FERNÁNDEZ, R., *Desapoderamiento del fallido. Naturaleza jurídica. Distintas teorías. Ley argentina. Legitimación procesal del fallido*, en *La Ley* 16-119.

¹² RODRÍGUEZ OLIVERA, N., *Efectos sobre la persona del fallido*, en *Manual virtual de Derecho Comercial*, descargado el 10-5-2012, <http://www.derechocomercial.edu.uy>.

los bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores”¹³.

Esta tesis considera que la sentencia de quiebra se asemeja a las sentencias dictadas en los juicios de interdicción. En consecuencia, el fallido no pierde la propiedad de sus bienes, pero es un interdicto cuyos bienes se encuentran bajo la tutela del síndico¹⁴.

Criticando esta tesis Aurora Martínez Flórez recuerda que “con ella no se pretendían explicar generalmente sólo las limitaciones a que quedaban sometidos a causa de la apertura del procedimiento concursal y que le impedían actuar en determinados ámbitos (la inhabilitación para administrar y disponer de los bienes propios, la interdicción para ejercer el comercio, para administrar patrimonios ajenos, etc.)”¹⁵.

Asimismo, se indica que en la actualidad “la doctrina interpreta en forma unánime que no se trata de una incapacidad, sino que se produce una pérdida de la legitimación para realizar actos de administración o disposición sobre algunos bienes, aquellos que integran el patrimonio desapoderado”¹⁶. En definitiva, se expresa que “lo cierto es que hoy nadie acepta tal tesis”¹⁷.

Cabe adherir a las críticas de la doctrina debido a que en realidad más que una incapacidad es una consecuencia de la sentencia de quiebra

¹³ Acertadamente Nicolau expresa que “el artículo 1160 del Código Civil en su último párrafo contiene imprecisiones terminológicas como consecuencia de su vetustez” (NICOLAU, N., *La formación del contrato. Sus presupuestos*, Cap. 2, en NICOLAU, N., *Fundamentos de Derecho contractual. Teoría general del contrato*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 51).

Un análisis de esta norma, puede verse en: LAJE, E., *Capacidad para contratar*, en *La Ley* 1975-A-1099; COMPAGNUCCI DE CASO, R., *La capacidad en el contrato de compraventa*, en *La Ley* 2007-D-832.

¹⁴ FERNÁNDEZ, R., *Desapoderamiento del fallido. Naturaleza jurídica. Distintas teorías. Ley argentina. Legitimación procesal del fallido*, en *La Ley* 16-119; ARGENTI, S., *La quiebra y demás procesos concursales*, 2ª ed., Librería Editora Platense, La Plata, 1980, t. 2, p. 173.

¹⁵ MARTÍNEZ FLÓREZ, ob. cit., p. 65.

¹⁶ CERÁVOLO, Á., *El adquirente de buena fe frente a la ineficacia concursal por desapoderamiento del fallido*, en *La Ley* 2009-A-847.

¹⁷ MARTORELL, E., *Tratado de concursos y quiebras*, t. III, *De la quiebra*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 187.

que trae consigo el desapoderamiento y que da lugar a la inoponibilidad de los actos que el fallido realice sobre los bienes desapoderados¹⁸.

(b) *Muerte civil*: Es una teoría que también ha sido abandonada. Raymundo Fernández sostiene que “inspirada en la figura romana del *emptor bonorum*, es aun menos aceptable que la anterior; sólo ha sido sostenida por los antiguos autores”¹⁹. Por su parte, Eduardo Chiavassa luego de indicar que esta teoría se encuentra totalmente superada indica que exhibe una asimilación entre el fallido y el causante²⁰.

2.2. *Teorías objetivas*: La quiebra produce efectos principalmente respecto de los bienes del fallido y sólo indirectamente afecta a su persona.

(a) *Pérdida de propiedad de los bienes*: Las teorías que consideran que el fallido pierde la propiedad de sus bienes como consecuencia de la falencia han sido abandonadas.

Esta tesis admite diversas variantes tomando en consideración a quién se transfieren los bienes: al síndico, a los acreedores o al Estado.

También como variante dentro de las posturas que consideran que el fallido pierde la propiedad de los bienes se encuentra la posición que estima que los bienes adquieren personalidad propia como patrimonio de afectación²¹.

(b) *Conservación de la propiedad*: Es la noción que se ha seguido en el Derecho francés a partir del dictado del Código de Comercio de

¹⁸ Véase en este sentido: RAFFO BENEGAS, P., *Régimen de las nulidades en el Código y en la reforma*, en *Revista del Notariado*, 713, 1405; MAFFÍA, O., *Los poderes del fallido en la quiebra*, en *Jurisprudencia Argentina* 1981-III-732; MARTORELL, E., *El concursado preventivamente: ¿puede ser director de una sociedad anónima?*, en *La Ley* 1990-E-942; TOBÍAS, J., *Capacidad jurídica y capacidad de obrar*, en *La Ley* 2007-C-681; GASTALDI, J., *Capacidad y legitimación en los contratos*, en *La Ley* 2007-E-899.

¹⁹ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 119.

²⁰ CHIAVASSA, E., en MARTORELL, E. (dir.) y ESPARZA, G. (coord.), *Tratado de Derecho Comercial*, t. XII, *Concursos y quiebras*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 199.

²¹ Esta teoría ha sido desarrollada por Gustavo Bonelli en su obra *Del fallimento*, ps. 472, 511, 513 y 519, citado por PROVINCIALI, R., *Tratado de Derecho de quiebra*, trad. de Andrés Lupo Canaletta y José Romero Tejada, Ediciones Nauta, Barcelona, 1958, t. II, p. 18. Es una teoría que ha tenido pocos adherentes –Sacerdoti, Mortara, Pipia, Cuzzi– (citado por FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 119).

1807. Dentro de esta posición también se admiten diversas variantes. Algunos sostienen que existe un derecho real de prenda a favor de los acreedores sobre el patrimonio del deudor, siendo ese derecho ejercido individualmente por los acreedores –Seuffert– o colectivamente como masa –Gierke, Kholer, Thaler y Bolaffio²²–. Otros opinan que existe un secuestro general de los bienes del deudor con la finalidad de asegurar las finalidades del procedimiento de ejecución y liquidación²³.

En realidad, como ya hemos señalado, estas tesis han sido superadas y poco agregan a la hora de explicar qué es el desapoderamiento. Por ello, la doctrina abandona la formulación de teorías y prefiere explicar la naturaleza del desapoderamiento en base a la enumeración de las notas que tipifican a la figura. En tal sentido, existe consenso en lo siguiente:

(i) *El desapoderamiento no implica la pérdida de propiedad de los bienes*: Esto se ve claramente en el sentido de que si el fallido realiza un acto de disposición respecto de un bien abarcado por el desapoderamiento el mismo es válido pero inoponible a la quiebra y, en consecuencia, si concluye la quiebra desaparecerá el supuesto de inoponibilidad. Asimismo, esta afirmación se acredita en la circunstancia de que si después de liquidado el activo falencial y pagado a los acreedores existe saldo el mismo debe ser entregado al deudor (conf. 228, última parte, LC). También se demuestra ello por el hecho de que la transmisión de la propiedad de los bienes al adquirente la realiza el fallido al tiempo de la enajenación forzosa (conf. 1324, inc. 4º, Cód. Civ.).

(ii) El desapoderamiento implica la ocupación de los bienes del fallido, lo que se realiza a través de la incautación (arts. 177 y ss., LC).

²² A través de esta tesis se da eficacia procesal al principio según el cual el patrimonio es la prenda o garantía común de los acreedores. Raymundo Fernández critica esta postura porque acude a una institución de derecho sustantivo para explicar un fenómeno de Derecho Procesal (FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 119).

²³ Los orígenes de esta teoría se remontan a Salgado de Somoza en su célebre obra *Labyrinthus creditorum*. Tuvo primacía en el siglo XVII.

(iii) El fallido no pierde la posesión de los bienes sino tan sólo del corpus posesorio.

(iv) El síndico administra los bienes desapoderados al efecto de someterlo a un proceso de liquidación.

(v) *El fallido no es un incapaz*: Esta afirmación se demuestra en razón de que si celebra un acto sobre los bienes desapoderados el mismo es declarado inoponible (art. 109, *in fine*, LC). Si fuera un incapaz de hecho no habría inoponibilidad, sino nulidad relativa²⁴.

En tal sentido, Noemí L. Nicolau indica que “el fallido es persona que goza de plena capacidad, su limitación está vinculada a los efectos del desapoderamiento, que le hace perder la legitimación para obrar respecto de los bienes que integran la masa concursal. Hasta que los bienes sean rematados, el fallido tiene titularidad y capacidad, pero carece del poder de disposición y por tanto no tiene legitimación para obrar. Si celebrara contratos respecto de los bienes del concurso, serían válidos entre el concursado y su cocontratante, porque no es un incapaz, pero inoponibles a la masa de acreedores”²⁵.

3. *Diferencias con la incautación*

La incautación es una diligencia judicial llevada a cabo por el síndico o por otro funcionario judicial designado por el juez en ausencia de aquél, que implica la materialización o concreción del desapoderamiento. Es una cuestión fáctica que consiste en la aprehensión material de los bienes del fallido alcanzados por el desapoderamiento falencial²⁶.

Julio César Rivera indica que “la incautación constituye el modo de hacer efectivo el desapoderamiento”²⁷. Por su parte, Edgar J. Baracat expresa que “es uno de los instrumentos por los cuales cobra opera-

²⁴ NICOLAU, *La formación del contrato. Sus presupuestos*, en NICOLAU, *Fundamentos de Derecho contractual. Teoría general del contrato* cit., p. 51.

²⁵ *Ibídem*.

²⁶ BARAVALLE, R. y GERBAUDO, G., *Incautación, conservación y administración de los bienes en la quiebra*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, N° 269, abril de 2010, p. 362.

²⁷ RIVERA, J., *Instituciones de Derecho Concursal*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 101.

tividad el desapoderamiento que trae aparejado la quiebra”²⁸. Eduardo M. Favier Dubois considera que “es una consecuencia del desapoderamiento del fallido, que con esta medida se tiende a hacer efectivo”²⁹. Asimismo, Santiago C. Fassi y Marcelo Gebhardt sostienen que “constituye la faz activa del desapoderamiento o, lo que es lo mismo, su concreción fáctica”³⁰. Por su parte, Adolfo A. N. Rouillon, Daniel F. Alonso y Deolinda S. Tellechea manifiestan que “es una medida asegurativa que implica separar físicamente a los bienes desapoderados de la administración y disposición del fallido”³¹. Por su parte, Francisco Junyent Bas y Silvina Izquierdo expresan que “constituye la materialización del desapoderamiento, dejando a salvo a todos los bienes excluidos según el elenco del artículo 108 de la LC”³². Similarmente, Héctor Chomer y Jorge Sícoli señalan que “la incautación se constituye en la materialización del efecto llamado desapoderamiento”³³. Ángel Francisco Cerávololo sostiene que “resulta ser una medida precautoria y, asimismo, un modo de publicidad material del desapoderamiento provocado por la quiebra”³⁴.

Es menester trazar las diferencias entre estas dos figuras jurídicas. En tal sentido, es preciso recordar que el desapoderamiento es un efecto patrimonial de la quiebra que implica en la fallida la pérdida de la facultad de administrar y disponer de sus bienes. Es el más trascendente efecto patrimonial que se moviliza con la sentencia de la quiebra o, en otros términos, como señalaba Héctor Cámara desde

²⁸ BARACAT, E., *Medidas cautelares en los concursos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 412.

²⁹ FAVIER DUBOIS, E., *Concursos y quiebras*, 1ª ed., Errepar, Buenos Aires, 2003, p. 310.

³⁰ FASSI, S. y GEBHARDT, M., *Concursos y quiebras*, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, p. 392.

³¹ ROUILLON, A.; ALONSO, D. y TELLECHEA, D., comentario al art. 177 de la LCQ, en ROUILLON, A. (dir.) y ALONSO, D. (coord.), *Código de Comercio comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. IV-B, p. 434.

³² JUNYENT BAS, F. e IZQUIERDO, S., *La rehabilitación: alternativa particular de la conclusión de la quiebra*, en *La Ley* 2008-E-767.

³³ CHOMER, H. y SÍCOLI, J., *Ley de Concursos y Quiebras*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 276.

³⁴ CERÁVOLO, ob. cit., p. 847.

la “hora cero” de la quiebra³⁵. En tanto que la incautación es la materialización o concreción del desapoderamiento.

En base a ello podemos indicar las siguientes diferencias. Una de ellas tiene que ver con el momento temporal en que opera cada uno de los mencionados institutos. En lo que respecta al desapoderamiento, como indica el artículo 106 de la LC, tiene ejecutoriedad inmediata con la sentencia de quiebra. En tal sentido, el citado precepto, bajo el título de “fecha de aplicación”, dispone que “la sentencia de quiebra importa la aplicación inmediata de las medidas contenidas en esta sección”. Por el contrario, la incautación, si bien deriva de la sentencia de quiebra y es ordenada en la misma, ocurre un tiempo después. En efecto, va a tener lugar cuando ya se encuentre designado un síndico y éste aprehenda materialmente los bienes del fallido o bien en caso de que, por razones de urgencia y ante la ausencia del síndico, el juez designe a otro funcionario judicial conforme indica el artículo 178 de la LC. En tal sentido, señala Darío Graziabile: “lo que tiene inmediatez es el desapoderamiento, la incautación se hace con la mediatez propia de las situaciones de facto”³⁶. Asimismo, Osvaldo J. Maffía expresa que el adverbio “inmediatamente” es un tanto excesivo debido a que alguna mediación temporal entre la sentencia y la incautación es algo inevitable³⁷.

Asimismo, otra diferencia estriba en que el desapoderamiento, como efecto patrimonial típico de la quiebra, opera sobre todo el patrimonio susceptible de desapoderarse, es decir, sobre todos los bienes del fallido salvo las excepciones contenidas en el artículo 108 de la LC. Por el contrario, la incautación, siendo una medida material, opera sobre todos los bienes del fallido que siendo objeto del desapoderamiento sean susceptibles de ser incautados. Es decir, la incautación se lleva a cabo respecto de los bienes existentes del deudor en los que materialmente se pueda efectivizar la incautación. Así, por ejemplo, una marca es

³⁵ CÁMARA, H., *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1982, vol. III, p. 2018.

³⁶ GRAZIABILE, D., *Ley de concursos comentada. Análisis exegético*, 1ª ed., Errepar, Buenos Aires, 2008, p. 360.

³⁷ MAFFÍA, O., *La ley de concursos comentada*, LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 140.

un bien desapoderable; sin embargo, no podría incautarse dado que no puede ser aprehendida materialmente. En dicho caso bastará para asegurar la conservación de dicho bien en cabeza del fallido la anotación de la inhibición en el Registro Nacional de Propiedad Industrial.

El desapoderamiento es abstracto, implica mantener inmovilizado los bienes del fallido, es un instrumento utilizado por el legislador, es en definitiva, una cuestión de derecho, mientras que la incautación es de hecho, importa la aprehensión material de bienes. Al respecto, Francisco Quintana Ferreyra y Marcelo Alberti sostienen que el desapoderamiento “constituye un estado jurídico, la incautación u ocupación es el hecho jurídico que lo concreta materialmente en la realidad”³⁸.

4. *¿Cuándo comienza el desapoderamiento?*

El desapoderamiento comienza con el auto de quiebra. Ello claramente surge de lo dispuesto por el artículo 106 de la LC, que bajo el título de “fecha de aplicación” establece que “La sentencia de quiebra importa la aplicación inmediata de las medidas contenidas en esta sección”.

El desapoderamiento tiene ejecutoriedad inmediata con la sentencia de quiebra. Es decir, declarada la quiebra opera el desapoderamiento, con lo cual, a partir de ese instante el fallido queda privado de la facultad de administrar y disponer de sus bienes. El desapoderamiento se moviliza con total prescindencia de la publicación de los edictos y opera aun cuando la sentencia de quiebra no se encuentre firme, ya sea por interposición del recurso de reposición (art. 94, LC) o por el levantamiento de la quiebra sin trámite (art. 96, LC).

5. *¿Cuándo finaliza?*

El desapoderamiento finaliza con la rehabilitación. Es decir, cesan los efectos del mismo con la rehabilitación. Así lo establece el artículo 107 de la LC, que dice que “El fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de quiebra y los que adquiera hasta la rehabilitación”. En tal sentido, cabe recordar

³⁸ QUINTANA FERREYRA, F. y ALBERTI, E., *Concursos. Ley 19.551 y modificatorias*, Depalma, Buenos Aires, 1990, t. 3, ps. 278 y 279.

que el cese de la inhabilitación –que se conoce como rehabilitación– en principio se produce al año de la sentencia de quiebra.

A nuestro criterio, en este punto se observa un grave error del legislador al “mezclar” efectos personales con patrimoniales de la quiebra. Es decir, el legislador sujeta el cese de un efecto patrimonial a la rehabilitación o cese de la inhabilitación que es una cuestión propia de los efectos personales.

IV. ¿Qué bienes comprende el desapoderamiento? Sistemas latino y germánico

Expresamos que el desapoderamiento es el principal efecto patrimonial que trae consigo la sentencia de quiebra. Si tomamos como referencia la sentencia de quiebra debemos expresar que el desapoderamiento comprende tanto los bienes presentes como los futuros. Es decir, los bienes de los que el fallido es titular a la fecha de la sentencia de quiebra y los que adquiere después de declarada la quiebra y hasta su rehabilitación³⁹.

A la hora de determinar qué bienes comprende el desapoderamiento se desarrollan dos sistemas.

(i) *Sistema latino*: El desapoderamiento se extiende sobre bienes presentes y futuros. Es decir, sobre los bienes de los que el fallido es titular a la fecha de la sentencia de quiebra y los que adquiriera hasta su rehabilitación. Es el sistema que adoptó el artículo 443 del Código de Comercio de Francia –luego de la reforma del año 1838– y es el seguido por la mayoría de las legislaciones europeas y latinoamericanas.

(ii) *Sistema germánico*: Sólo comprende los bienes de los que el fallido es titular a la fecha de la quiebra. Es decir, la quiebra sólo comprende los bienes presentes. Los bienes futuros son extraños a la falencia.

Éste es el sistema seguido por la ley alemana de 1877.

³⁹ Renzo Provinciali indica que los bienes actuales son “aquellos que se encuentran en el patrimonio en el momento de pronunciarse la sentencia declarativa, sea en poder del quebrado, sea en poder de terceros” (PROVINCIALI, *Tratado...* cit., p. 34). En tanto que expresa que los bienes futuros “son aquellos que sobrevengan al deudor después de la declaración de quiebra” (PROVINCIALI, *Tratado...* cit., p. 43).

Nuestra legislación se inscribe en el sistema romano. En efecto, todos los antecedentes patrios han adoptado este sistema: artículo 1533 del Código de Comercio de 1859/1862, artículo 1402 del Código de Comercio –luego de la reforma de 1889–, artículo 71 de la ley 4156 de 1902, artículo 104 de la ley 11.719 de 1933, artículo 111 de la ley 19.551 de 1972⁴⁰.

V. La pérdida de la facultad de administrar y disponer de los bienes

Expresamos que el desapoderamiento implica para el fallido la pérdida de la facultad de administrar y de disponer de sus bienes. En tal sentido, la última parte del artículo 107 de la LC, expresa que “El desapoderamiento impide que ejercite los derechos de disposición y administración”.

La imposibilidad de administrar y disponer de los bienes es una medida que encuentra su fundamento en la protección de los terceros. Este argumento es fundamental a la hora de refutar la tesis que concibe al fallido como un incapaz dado que el instituto de la incapacitación se dirige a la protección del sujeto afectado. Al respecto, Aurora Martínez Flórez señala que “la incapacidad es una limitación dirigida a la protección del sujeto afectado, de carácter personal, abstracto y persistente. Por el contrario, las limitaciones que padece el concursado están orientadas a la protección de terceros (los acreedores), recaen sobre las facultades que integran el contenido de los derechos, son concretas y tienen una duración limitada”⁴¹.

VI. Situación de los bienes adquiridos mientras el fallido no esté rehabilitado

Nuestra legislación se enrola en el sistema romano en el sentido de que el desapoderamiento comprende bienes presentes o actuales y

⁴⁰ Comentando el régimen vigente Julio César Rivera sostiene que si bien nuestro país adscribe al sistema romano, dado que se ha reducido el término de inhabilitación, existe una notable aproximación al sistema germánico (RIVERA, *Instituciones...* cit., 1ª ed., p. 77).

⁴¹ MARTÍNEZ FLÓREZ, ob. cit., p. 65.

futuros. Por lo tanto, los bienes que el fallido adquiriera mientras no se rehabilite quedarán comprendidos dentro de la masa de bienes que es administrada por el síndico con la finalidad de realizarla. Los bienes futuros son adquisiciones que pueden resultar a título gratuito u oneroso, fruto del trabajo, oficio o profesión.

La circunstancia relatada tiene gran importancia para el caso de personas físicas sobreendeudadas, que –en la generalidad de los supuestos– su único activo está constituido por su sueldo⁴². A la fecha de la quiebra pesan sobre el mismo múltiples embargos y a través del proceso concursal se obtiene el levantamiento de los mismos y sólo se afecta el sueldo en la proporción fijada por ley.

En consecuencia, el sueldo es un activo sobrevenido, es decir, que se sigue devengando con posterioridad a la falencia y, por lo tanto, como bien futuro quedará afectado por el desapoderamiento hasta la rehabilitación.

En tal sentido, consideramos desacertadas algunas soluciones jurisprudenciales y propuestas doctrinarias que consideran que cuando el único activo es el sueldo el mismo debe mantenerse embargado hasta tanto se cubran los gastos de juicio.

En la doctrina este criterio es sostenido por Carlos Anta quien piensa que dicha solución debe imponerse a través de una reforma legislativa. En tal sentido señala que debe modificarse el texto legal: “permitiendo, que el plazo de un año se extienda (no sólo en la medida del art. 236, incs. 2º y 3º, LC) sino hasta agotar como mínimo el desembolso de los gastos que la publicación edictal, la tasa de justicia y los honorarios de la sindicatura por el propio proceso falencial irrogan y que involucran que todo el andamiaje que hace a la puesta en marcha del Poder Judicial siquiera sea solventado por el deudor y no por todos los contribuyentes”⁴³.

⁴² Respecto a la problemática concursal del sobreendeudamiento nos referimos con anterioridad. Puede consultarse: GRANADOS, E. y GERBAUDO, G., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, en ponencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Mendoza, octubre de 2009.

⁴³ ANTA, Carlos A., *Raíces y tratamiento procesal de la rehabilitación en la quiebra*, en *Compendio Jurídico*, Errepar, Buenos Aires, abril de 2009.

No compartimos estas respuestas judiciales y la opinión de algún sector de la doctrina. Sostenemos que estas “soluciones” no sólo no tienen asidero normativo sino que desde la dimensión dkelógica resultan contrarias al valor justicia. En estos casos, el juez presume que el fallido es un defraudador, que acude al proceso concursal con el fin de “descargarse” un pasivo. Son soluciones que no tienen basamento desde el plano normativo dado que no es lo que establece la norma, resultan injustas en razón de que colocan al deudor en un suerte de “muerte civil” condenándolo a “convivir” con el embargo de su sueldo y que desde lo sociológico desconocen una realidad social que determina que ante las crisis aumentan los casos de consumidores sobreendudados. En tal sentido, consideramos acertado el criterio expuesto por la sala A de la Cámara Nacional de Comercio que sostuvo que “los salarios percibidos por el fallido que quedan alcanzados por los efectos del desapoderamiento, son solamente aquellos abonados por los períodos trabajados con anterioridad a la fecha de decreto de quiebra y también los devengados con posterioridad a este último decreto, pero sólo hasta la fecha de la rehabilitación del quebrado”⁴⁴.

VII. Los efectos de la rehabilitación frente al patrimonio del deudor

La rehabilitación produce un “corte patrimonial” en el sentido que divide el patrimonio en dos masas. Por un lado, los bienes que integran el activo falencial, conformado por los bienes presentes y los futuros –sobvenidos a la quiebra y adquiridos hasta la rehabilitación–. Por el otro, los bienes que se adquieren con posterioridad a la rehabilitación que escapan al desapoderamiento y que no pueden ser afectados para atender a los créditos insinuados en la quiebra.

En cierta medida el desapoderamiento importa no sólo la pérdida de la facultad de administrar y disponer de los bienes sino la conformación de una especie de “masa activa” integrada con bienes que se

⁴⁴ CNCom., sala A, 9-2-2010, “Piasek, Sergio Adrián s/Quiebra”, *Microjuris*, MJ-JU-M-54130-AR, MJJ54130, MJJ54130.

adquieren hasta la rehabilitación y que son los únicos que responden por los pasivos de causa o título anterior a la quiebra⁴⁵. En tal sentido, Francisco Junyent Bas y Silvina Izquierdo dicen que “el cese de la inhabilitación y la consiguiente rehabilitación implica también la culminación del desapoderamiento sobre los bienes futuros que se adquieran, de conformidad al texto de los artículos 104 y 107 de la Ley de Concursos y Quiebras”⁴⁶. Agregando luego que “en consecuencia, cesado el desapoderamiento por imperio de la rehabilitación se suscita algo así como un doble patrimonio (en verdad ‘dos masas activas’)”⁴⁷.

En definitiva, pese a la desafortunada regulación del legislador argentino, que sujeta el cese del desapoderamiento a un instituto propio de los efectos personales y que omite toda referencia a la suerte que corre el pasivo insoluto, la rehabilitación produce un efecto patrimonial implícito que es la generación de dos masas o la división del patrimonio en dos masas.

VIII. ¿Qué sucede si se prorroga la inhabilitación o retoma su vigencia?

El interrogante que planteamos reviste gran interés desde el plano práctico. Si la rehabilitación marca el cese de la inhabilitación falencial y, a su vez, implica el cese del desapoderamiento determinar qué sucede en el plano patrimonial si la inhabilitación se prorroga o retoma su vigencia se presenta como una cuestión de innegable interés práctico. Es decir, en el primer caso si se prorroga no habrá rehabilitación al año de la quiebra. En tanto que en el segundo supuesto, si retoma su vigencia, nos encontramos con la situación de que el fallido vuelve a estar inhabilitado. En otros términos, fue inhabilitado, después rehabilitado y ahora –al retomar su vigencia– nuevamente inhabilitado.

En estos casos cabe preguntarse si también se producen consecuencias en la esfera patrimonial. Principalmente, es necesario determinar

⁴⁵ TRUFFAT, E., *Desapoderamiento y efectos patrimoniales de la rehabilitación*, en *Compendio Jurídico*, Errepar, Buenos Aires, agosto de 2007, t. XIX.

⁴⁶ JUNYENT BAS e IZQUIERDO, *En torno a los efectos personales de la quiebra. En especial el régimen de inhabilitación del fallido* cit., p. 261.

⁴⁷ JUNYENT BAS e IZQUIERDO, *En torno...* cit., p. 261.

si la masa de bienes afectados a la quiebra se incrementa, ya sea porque no hay rehabilitación –y en consecuencia no cesa el desapoderamiento–, o porque nuevamente al estar inhabilitado vuelve a encontrarse desapoderado. Es decir, la pregunta reside en determinar la suerte de los bienes que se adquieran durante el lapso de prórroga o durante el plazo en que la inhabilitación retomó su vigencia. Es una problemática que interesa no sólo desde el punto de vista del fallido –que puede ver absorbido por el desapoderamiento nuevos bienes– sino también desde la visión del síndico –que puede observar un incremento del activo falencial– y desde los terceros –que podrían encontrarse afectados en sus derechos–.

La cuestión fue abordada por la jurisprudencia que se inclinó por sostener que en caso de que la inhabilitación retome su vigencia también se producen consecuencias en la esfera patrimonial. En este sentido se dijo que “en el supuesto en el que la inhabilitación retome su vigencia se actúa como si la rehabilitación nunca se hubiese verificado, debiendo caer, los bienes adquiridos en dicha etapa, en la órbita del desapoderamiento”⁴⁸. El fallo recibe el comentario crítico de Javier E. Fernández Moores quien califica al precedente como negativo y que conlleva a considerar a la inhabilitación como inmortal. El autor claramente plantea que si se tiene como que nunca ocurrió la inhabilitación cuál es la suerte que corren las herencias, donaciones o legados efectuados luego del año de la sentencia de quiebra o qué sucede con un tercero de buena fe que concertó una operación con el fallido luego de esa fecha. En tal sentido, opina que si estos actos se ven afectados por el desapoderamiento se atenta contra una de las finalidades de la inhabilitación que es la protección del tráfico comercial⁴⁹.

En sentido similar Gabriela F. Boquin sostiene que “la nueva inhabilitación no tiene efecto patrimonial alguno”⁵⁰. Agregando luego que “este desdoblamiento de patrimonio se produce por única vez respecto

⁴⁸ CNCom., sala B, 7-12-2010, “Moiguer, Fernando M.”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011-B, p. 465.

⁴⁹ FERNÁNDEZ MOORES, J., *La inhabilitación inmortal*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 2011-B, p. 465.

⁵⁰ BOQUIN, G., *La rehabilitación del fallido y sus efectos respecto del desapoderamiento*, en *Microjuris*, MJ-DOC-4562-AR, MJD 4562.

de la quiebra hasta la rehabilitación del fallido, y a pesar de que luego éste sea nuevamente inhabilitado no por ello comenzará a correr un nuevo desapoderamiento que incluya nuevos bienes para la masa activa de la falencia. Si la interpretación fuese en contrario, los nuevos acreedores (post-quiebra) verían afectado su derecho de cobrabilidad ya que se le escaparía su ‘prenda’, que sería desapoderada en beneficio de los acreedores de causa o título anterior al concurso. Ello sería ilógico, pues el fallido luego de su rehabilitación recobra sus facultades de administración y disposición respecto de los bienes adquiridos luego del cese. Esta situación no puede ser cambiada por una nueva interdicción, porque la extensión del desapoderamiento quedó sellada el día que el fallido quedó rehabilitado de pleno derecho”⁵¹.

Por el contrario, Silvana García se inclina por la tesis que sostiene que si la inhabilitación retoma su vigencia también se producen efectos patrimoniales, es decir, los bienes que adquiriera en ese período también caen en el desapoderamiento. Al respecto señala que “creemos así, que en el caso que analizamos, aunque el desapoderamiento recobre su vigencia, ello sólo podrá operar hacia el futuro, nunca retroactivamente. Es decir que únicamente podrán desapoderarse para su liquidación en la quiebra, los bienes que el sujeto nuevamente inhabilitado (por la reconducción de la inhabilitación) adquiriera a partir del momento en que el juez falencial disponga el restablecimiento de la inhabilitación a su respecto”⁵².

En definitiva, criticamos la solución adoptada en el citado fallo en razón de que con la interpretación realizada por la sala agrava las deficiencias del sistema legal de cese del desapoderamiento y desconoce las críticas de la doctrina en orden al desacierto de sujetar el cese del desapoderamiento al cese de un efecto personal. Asimismo, en el caso de un consumidor sobreendeudado puede provocar consecuencias desafortunadas dado que nuevamente podría verse desapoderado su sueldo –que por lo general se presenta como su único activo–. Nosotros consideramos que si la inhabilitación retoma su vigencia ésta producirá efectos estrictamente personales pero no patrimoniales. El

⁵¹ BOQUIN, *La rehabilitación...* cit.

⁵² GARCÍA, S., *Régimen de inhabilitaciones por quiebra*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 74.

desacuerdo del decisorio no hace más que poner en evidencia la necesidad de producir modificaciones al régimen, desvinculando la inhabilitación y el desapoderamiento.

Refiriéndose al supuesto de prórroga de la inhabilitación Gabriela Boquín se inclina por sostener que los bienes que se adquieran en ese lapso también caen en el desapoderamiento. Así la autora opina que “es por ello que extender su duración implica alargar el tiempo en el cual el sujeto desapoderado seguirá sometido al régimen que implica que toda adquisición de bienes que haga en ese término quedará afectada a la masa activa falencial”⁵³.

El supuesto de prórroga de la inhabilitación exige diferencias con el supuesto de que la inhabilitación retome la vigencia dado que en este último caso ya existió una rehabilitación. En cambio, al prorrogarse la inhabilitación nunca hubo rehabilitación. En consecuencia, si nos apegamos al texto legal sin rehabilitación no hay cese del desapoderamiento y, por lo tanto, se deben prorrogar también los efectos patrimoniales.

A modo de conclusión de este acápite es menester indicar que el cese del desapoderamiento opera al año de la sentencia de quiebra. En ese momento se produce una división del patrimonio, alterándose el principio de que el patrimonio del deudor es la prenda o garantía común de todos los acreedores. A partir de esa instancia, dentro del patrimonio, se exhiben dos masas, una conformada por los bienes presentes y los adquiridos hasta el año de la quiebra, y la otra conformada por los bienes futuros adquiridos después del año de la sentencia falencial con la cual se atenderá a los créditos que surjan con posterioridad a la quiebra.

Si se prorroga la inhabilitación no habrá rehabilitación y, por lo tanto, tampoco existirá el corte patrimonial. Por el contrario, en el supuesto en que la inhabilitación retome su vigencia producirán efectos personales pero no patrimoniales. Si se admitiesen efectos patrimoniales se dejaría sin garantía a los acreedores cuyos créditos se causaron con posterioridad a la quiebra y que quedan al margen de ese proceso concursal.

⁵³ BOQUÍN, G., *Un fallo acertado de la Corte Suprema acerca de los alcances de la resolución de rehabilitación del fallido*, en *Microjuris*, MJ-DOC-4789-AR, MJD4789.

IX. El cese del desapoderamiento y la inhibición general de bienes

La sentencia de quiebra ordena la anotación de la inhibición general de bienes en los registros correspondientes (conf. art. 88, inc. 2º, LC). En tal sentido, una vez dictada la sentencia de quiebra deberán diligenciarse los correspondientes oficios a los Registros de la Propiedad Inmueble y de la Propiedad Automotor a fin de anotar la citada medida cautelar. La finalidad de esta medida cautelar reside en mantener incólume el patrimonio desapoderado como prenda o garantía común de los acreedores de causa o título anterior a la declaración.

En la práctica tribunalicia, un error muy común en que incurren algunos abogados es entender que la rehabilitación implica a su vez el levantamiento de la inhibición general de bienes. Es decir, se suele confundir cese de la inhabilitación –que hace a los efectos personales– con levantamiento de la inhibición general de bienes. Dicha apreciación es incorrecta en razón de que la inhibición general de bienes no debe vincularse a la inhabilitación que refiere a efectos personales. Por lo tanto, la rehabilitación que implica el cese del desapoderamiento no permite que se levante la inhibición general de bienes. Esta medida cautelar deberá mantenerse hasta la conclusión de la quiebra y sólo podrá levantarse cuando sea necesario para transferir un bien excluido del desapoderamiento.

Respecto al mantenimiento de la inhibición general de bienes luego de la rehabilitación se pronunció reiteradamente la jurisprudencia.

En tal sentido, se dijo que “la inhibición general de bienes que pesa sobre el fallido debe mantenerse luego de su rehabilitación”⁵⁴. En otro fallo se expresó que “los bienes adquiridos por el fallido hasta su rehabilitación y sus frutos, forman parte del proceso concursal, en virtud del principio de desapoderamiento y aun en el supuesto de rehabilitación, deben liquidarse conforme al régimen concursal a fin de satisfacer los derechos de los acreedores concursales, ya que la rehabilitación no termina con la ejecución colectiva. De ello se sigue entonces que si bien se mantienen las inhibiciones decretadas como consecuencia de la quie-

⁵⁴ CCCom. de Rosario, sala I, 25-6-2008, “Tomasiello, Mauro s/Concurso preventivo –hoy su quiebra–”, *Microjuris*, MJ-JU-M-37898-AR, MJJ 37898, MJJ37898.

bra, tales restricciones pesan sólo sobre los bienes adquiridos hasta el decreto que dispone la rehabilitación, de modo que los bienes adquiridos con posterioridad al decreto mentado escapan al ámbito de la quiebra”⁵⁵. Asimismo, en otro decisorio se expresó que “la inhibición general de bienes dispuesta como consecuencia de la sentencia de quiebra debe subsistir no obstante la rehabilitación del deudor, por cuanto representa un efecto patrimonial del estado de quiebra que se mantiene hasta que concluya aquélla”⁵⁶. En sentido similar se expresa la doctrina⁵⁷.

Por ello, cuando se trate de bienes que el fallido adquirió luego de rehabilitado y habiéndose producido la separación del patrimonio en dos masas, los bienes adquiridos luego de la rehabilitación quedan al margen del desapoderamiento, de modo que para transferirlos será necesario levantar –a ese solo efecto– la inhibición general de bienes. Se produce una situación similar a los bienes que aun siendo presentes o futuros –adquiridos antes de la rehabilitación– no integran la masa de bienes desapoderables por tratarse de un supuesto incluido en el artículo 108 de la LC.

En base a lo que venimos exponiendo la jurisprudencia se pronunció a favor de la pretensión del fallido de comunicar al registro de propiedad inmueble que “la inhibición general de bienes dispuesta como consecuencia de la sentencia de quiebra debe subsistir no obstante la rehabilitación del deudor, por cuanto representa un efecto patrimonial del estado de quiebra que se mantiene hasta que concluya aquélla”⁵⁸. También se admitió que se levante la inhibición general de bienes al efecto de disponer bienes adquiridos luego de la rehabilitación, expresándose que “en tal contexto resulta procedente que un fallido rehabilitado solicite que se levante la inhibición general de bienes que sobre él pesa, mas –como decidió el juez a quo– únicamente a los efectos de

⁵⁵ CNCom., sala A, 17-10-2006, “Kepel, Isidoro”, *Microjuris*, MJ-REP-M-105915-AR, REP105915 (Sumario elaborado por Ricardo A. Nissen).

⁵⁶ CNCom., sala E, 28-6-2007, “Gotlib, Federico Samuel s/Quiebra”, *Microjuris*, MJ-JU-M-15612-AR, MJ15612, MJ 15612.

⁵⁷ GRAZIABILE, D., *Cuestiones sobre el cese de la inhabilitación falencial*, en *La Ley* 2007-E-166; GRAZIABILE, *Ley de concursos...* cit., ps. 427 y 428.

⁵⁸ CNCom., sala D, 19-5-2010, “Morelli, Clara Lelia s/Quiebra s/Incidente de apelación art. 250 CPR”, *Microjuris*, MJ-JU-M 57593-AR, MJJ 57593.

la disposición de los bienes adquiridos con posterioridad a la rehabilitación (cfr. LCQ: 104)”⁵⁹.

X. Bienes incluidos

El desapoderamiento importa la materialización del principio de universalidad patrimonial. Éste se encuentra consagrado en el artículo 1º, segundo párrafo de la LC, que dispone que “El concurso produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor; salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados”.

Una de las notas características de los procesos concursales que lo distinguen de las ejecuciones individuales está dada por el carácter universal⁶⁰. Así, en los procesos concursales la universalidad admite dos manifestaciones: una subjetiva y otra objetiva. La primera refiere a los acreedores y se la conoce como principio de colectividad de los acreedores. La segunda –que es la que aquí nos interesa– alude a los bienes. En tal sentido, hace referencia a la reunión de los bienes o en otros términos a que el proceso concursal abraza a todos los bienes del deudor salvo las exclusiones expresamente establecidas por la ley.

En definitiva, este principio de universalidad en su matiz objetivo “aparece como una consecuencia de ser el patrimonio una universalidad jurídica (art. 2311, Cód. Civ.)”⁶¹. En este sentido, desde algún sector de la doctrina se distingue, por un lado, el “patrimonio del deudor compuesto por todos sus bienes y, por el otro, está la masa concursal que comprende dichos bienes, menos aquellos que se encuentran excluidos por la ley”⁶².

⁵⁹ CNCom., sala B, 19-12-2007, “Hauser, Nicolás Emilio s/Quiebra”, *Microjuris*, MJ-JU-M-21167-AR, MJJ21167, MJJ21167.

⁶⁰ Véase: ROUILLON, A., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 8ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, ps. 29 y ss.; GERBAUDO, G., *Cesación de pagos*, Nova Tesis, Rosario, 2011, ps. 12 y 13.

⁶¹ RIVERA, J.; CASADÍO MARTÍNEZ, C.; DI TULLIO, J.; GRAZÍABILE, D. y RIBERA, C., *Derecho Concursal*, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 341.

⁶² LEONHART, C., *Los principios concursales hoy. La universalidad y la “par conditio creditorum”*, Cap. II, en MARTORELL, E. (dir.) y ESPARZA, G. (coord.), *Tratado de Derecho Comercial*, t. IX, *Concursos y quiebras*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 79.

Por lo tanto, como venimos exponiendo, el desapoderamiento en cuanto principal efecto patrimonial, en principio, abraza con sus efectos a todos los bienes presentes –de los que el fallido es titular a la fecha de la sentencia de quiebra–, futuros –los que se adquirieran hasta la rehabilitación– y pasados –aquellos que salieron indebidamente del patrimonio del deudor y que deben ser reincorporados a través de las acciones de recomposición patrimonial–.

XI. Bienes excluidos

1. Introducción

En el acápite anterior indicamos cuáles son los bienes alcanzados por el desapoderamiento, pero hicimos referencia a que dicho principio no era absoluto, sino que reconoce excepciones que se encuentran indicadas en el artículo 108.

Previo al estudio de los distintos supuestos de bienes excluidos del desapoderamiento cabe indicar que en la actualidad la tendencia imperante es incrementar las excepciones. El corrimiento de estas fronteras hacia un aumento de los supuestos de excepción obedece a los cambios en la concepción del Derecho.

En nuestro tiempo se observa un proceso de “constitucionalización del Derecho Privado”. El Derecho Privado actual sufre una profunda influencia de parte del Derecho Público, especialmente desde el Derecho Constitucional, presentándose de esta manera como un nuevo Derecho Privado con perfiles diferentes al del siglo XIX que se plasmó en el Código Civil francés de 1804 y en los demás ordenamientos normativos que siguieron su orientación. El Derecho Privado decimonónico tenía por objeto de protección de la propiedad privada. En el *Code* se exacerbaba la protección de la libertad y de la propiedad. Al respecto, Gioele Solari sostiene que “los dos términos unidos en indisoluble vínculo constituyen por sí solos todo el Código Civil”⁶³.

En la actualidad, el centro de atención del Derecho Privado se ha

⁶³ SOLARI, G., *Filosofía del Derecho Privado*, t. I, *La idea individual*, trad. de Oberdan Caletti, Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 227.

desplazado hacia la protección del ser humano, principalmente a partir de mediados del siglo XX con la superación en Europa de los regímenes totalitarios que implicaron una degradación de la persona⁶⁴. Desde entonces se produjo el advenimiento de un fenómeno cuya génesis se encuentra en el siglo XIX y que se denomina “constitucionalización del Derecho Privado”.

La incidencia de la Constitución en el Derecho Privado y el fenómeno que se cataloga como la “constitucionalización del Derecho Privado”, aceleraron la crisis de la clásica distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público. El fenómeno se pone en evidencia por el hecho de que materias que originariamente eran tratadas por ius-privatistas han entrado definitivamente en la Constitución (la persona y sus bienes esenciales, el principio de legalidad, la libertad en el tráfico de bienes, la protección de la familia, etc.). Asimismo, se manifiesta en la influencia que la Constitución ejerce sobre el Derecho Civil, constituyendo aquélla el motor de cambio o de energía renovadora del Derecho Privado⁶⁵.

Eugenio Llamas Pombo expresa que la Constitución junto al Derecho Comunitario europeo constituyen para muchos civilistas actuales el verdadero corpus iuris civilis. Luego, cita al jurista italiano Francesco Galgano para quien la Constitución ya no sólo es la fuente suprema del Derecho Público, sino que sirve también como Ley Fundamental del Derecho Privado, y es su principal motor de cambios⁶⁶.

Según indica Jorge Mosset Iturraspe: “caracteriza a ese vuelco un interés creciente por tutelar de modo prioritario a la persona humana, habida cuenta que ella ocupa un lugar central en la disciplina jurídica, pública o privada. La Constitución deja de ser fuente exclusiva del

⁶⁴ Véase sobre la evolución de la noción de persona y la degradación de ella en los regímenes totalitarios: RIVERA, J., *Autodeterminación y tolerancia. Ejes del derecho de la persona*, en www.rivera.com.ar (consulta: 9-8-2006).

⁶⁵ Véase: LLAMAS POMBO, E., *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 117.

⁶⁶ LLAMAS POMBO, E., *Momento actual y futuro del Derecho Civil*, Conferencia pronunciada en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, del 21-2-2001, en www.alterini.com.ar (consulta: 14-2-2003).

Derecho Público para incorporar normas reguladoras de las relaciones entre los entes privados, interparticulares”⁶⁷.

Asimismo, la influencia de normas constitucionales constituye una forma de resguardar al ser humano de las tendencias de la economía de mercado. En tal sentido, Ricardo Lorenzetti considera que este fenómeno permitiría que la tendencia económica producto de las actuales orientaciones emergentes del mercado y el Derecho Civil protectorio giren dentro de un círculo que las comprenda y legitime⁶⁸.

Este proceso de constitucionalización del Derecho Privado y el reconocimiento de instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional lleva a incrementar los supuestos de bienes excluidos del desapoderamiento. Existe un convencimiento de que en el centro del Derecho de nuestro tiempo se ubica el ser humano y no la propiedad. Por lo tanto, desde el Derecho se debe propender a la protección de la persona humana y el desapoderamiento se refleja en que hay ciertos bienes que se consideran indispensables para la subsistencia y el desarrollo del fallido y su familia y que por ello deben permanecer al margen del principal efecto patrimonial que trae consigo la quiebra.

El artículo 108 de la LC establece cuáles son los bienes excluidos del desapoderamiento, constituyendo una excepción a la regla del artículo 1º, segundo párrafo, de la LC.

2. Derechos no patrimoniales e indemnizaciones por daños a la persona

El inciso 1º del artículo 108 de la LC excluye a los derechos no patrimoniales. Éstos son los denominados derechos inherentes a las personas. Se trata de bienes indisponibles por su naturaleza, tales como el honor, la intimidad, la dignidad personal, la identidad y los derechos de familia.

En la doctrina se indica que “la característica principal de los de-

⁶⁷ MOSSET ITURRASPE, J., *Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos? La cuestión frente a la reforma constitucional. El rol de los jueces*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, *Derecho Privado en la reforma constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 87.

⁶⁸ LORENZETTI, R., *El espíritu del Derecho Civil moderno (la tensión entre personas, economía y dogmatización)*, en *La Ley* 1992-C-1098.

rechos de esta índole es su dependencia o su relación con la persona misma del titular, de manera tal que no puede ejercerlos ninguna otra persona, pues son inseparables de la individualidad del ser humano, tal como lo explica el Codificador en la nota al artículo 1445, Código Civil”⁶⁹.

Existieron algunas discrepancias en la doctrina en el sentido de que en su momento se entendió por derechos no patrimoniales aquellos que no tenían contenido patrimonial. Sin embargo, acertadamente se indica que “ello no puede ser así, pues la norma no tendría sentido, ya que no existe motivo para desapoderar al fallido de los derechos sin valor económico”⁷⁰.

El inciso 1º del artículo 108 de la LC debe ser relacionado con el inciso 6º que excluye a “las indemnizaciones que correspondan al fallido por daños materiales o morales a su persona”. En consecuencia, en base a esta norma, el fallido conserva la legitimación para iniciar o continuar la acción destinada a obtener una indemnización para reparar daños a su persona.

3. *Los bienes inembargables y los excluidos por otras leyes*

Se trata de los casos previstos en los incisos 2º y 7º del artículo 108 de la LC. En la doctrina se lo trata conjuntamente debido a que las otras leyes lo que hacen es crear supuestos de inembargabilidad.

Los bienes inembargables son aquellos “elementos indispensables para la vida decorosa y digna de la persona humana”⁷¹. En lo que respecta a esta categoría de bienes se registra una evolución a nivel jurisprudencial. En tal sentido, bienes que en otras épocas podrían considerarse suntuarios y por lo tanto embargables hoy pasaron a ser considerados de uso indispensable y necesario para la subsistencia y/o el desarrollo del ser humano, por ejemplo, las computadoras, un televisor, etcétera.

Particular importancia reviste el bien de familia reglado por la ley

⁶⁹ JUNYENT BAS y MOLINA SANDOVAL, *Ley de concursos...* cit., t. II, p. 89.

⁷⁰ CHOMER y SÍCOLI, *Ley de concursos...* cit., p. 197.

⁷¹ FASSI, S. y GEBHARDT, M., *Concursos y quiebras*, 6ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, ps. 274 y 275.

14.394. El desarrollo de esta problemática en el proceso concursal excede el objeto de este trabajo. La cuestión la abordamos en otros artículos a los que nos remitimos⁷². No obstante, en este tema podemos brevemente reseñar dos cuestiones que son las que mayor controversia ofrecen.

a) ¿Tiene legitimación el síndico para solicitar la desafectación del bien de familia?

El tema relativo a la legitimación del síndico es objeto de un intenso debate que no se ha agotado a pesar del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Baumwohlspiner de Pilevski, Nélida s/Quiebra”⁷³. Este decisorio sentó como doctrina judicial que el síndico carece de legitimación para solicitar la desafectación de un bien afectado al régimen del bien de familia, salvo que los acreedores anteriores a la afectación se lo peticionen.

El fallo dio lugar a opiniones encontradas en la doctrina entre quienes defienden la solución adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷⁴ y quienes la rechazan⁷⁵.

b) ¿A quién beneficia el producido del inmueble desafectado del régimen del bien de familia cuando coexisten acreedores anteriores y posteriores a la afectación?

Existen diversas posiciones en la doctrina.

(i) *Tesis que sostiene la incorporación del bien al activo del con-*

⁷² Véase: BARAVALLE, R. y GERBAUDO, G., *La protección de la vivienda familiar frente a la quiebra*, en *Boletín Zeus*, N° 7900, 20-3-2006; GERBAUDO, G., *El bien de familia y la quiebra*, en *Jurisprudencia Rosarina*, Juris, Rosario, JR 2008-2/2009-1, 2010, p. 21.

⁷³ CSJN, 10-4-2007, “Baumwohlspiner de Pilevski, Nélida s/Quiebra”, *La Ley* 2007-C-469.

⁷⁴ BORDA, G., *El bien de familia y dos fallos clarificadores*, en *La Ley* 2007-D-13; CARREIRA GÓNZALEZ, G., *¿Patrimonio familiar vs. tráfico mercantil?*, en *La Ley* 2008-F-6; RIBERA, C., *La protección de la vivienda familiar y la insolvencia. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegria*, en *Derecho económico empresarial*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. III, p. 225.

⁷⁵ CASADÍO MARTÍNEZ, C., *Bien de familia en la quiebra: facultades del síndico en la interpretación de la CSJN*, en *La Ley* 2007-C-469; CASADÍO MARTÍNEZ, C., *Bien de familia y quiebra: apartándonos de la doctrina de la Corte Suprema*, en *La Ley Buenos Aires* 2008 (diciembre), p. 1191.

curso existiendo algún acreedor a quien no le es oponible la constitución: Es una tesis que otorga prioridad a las normas y principios concursales sobre las disposiciones que tutelan la vivienda familiar. La situación concursal es un fenómeno universal que exige apreciar de manera igualitaria a todos los acreedores.

En esta tesis se admiten dos variantes, una que podríamos calificar como extrema y otra moderada. La primera sostiene que con la sola existencia de acreedores anteriores el inmueble es desafectado y de esa manera aprovecha a toda la quiebra, liquidándose el activo en la quiebra y beneficiando a todos los acreedores tanto a los anteriores como a los posteriores. Por lo tanto, es suficiente la existencia de un crédito anterior a la afectación del inmueble como bien de familia para que se produzca la desafectación, siendo el inmueble desapoderado y liquidado en la quiebra. Producida la desafectación el inmueble queda desafectado para todos los acreedores y a favor de todos los acreedores. En cambio, la segunda entiende que desafectado el inmueble, se cobran primero los acreedores anteriores a quienes les era inoponible la constitución y si existe remanente pasa a integrar el activo falencial. Tal como se observa, la diferencia entre una y otra variante radica en que en la primera los acreedores concurren igualitariamente sobre el inmueble desafectado que ingresa en el activo falencial en beneficio de todos, en tanto que en la segunda alternativa primero se cobran los acreedores anteriores y lo que ingresa al activo falencial y en beneficio de los restantes acreedores es el remanente⁷⁶.

⁷⁶ Las dos alternativas descriptas y sus fundamentos pueden verse en la causa “Horigian, Alberto G. s/Quiebra”. En dicha oportunidad, la sala A, de la CNCom., integrada por los vocales Carlos M. Rotman y Felipe M. Cuartero, se inclinó por la tesis extrema al considerar que desafectado el bien el producido beneficia igualitariamente a todos los acreedores. En cambio, el dictamen del Sr. fiscal de Cámara, Dr. Raúl A. Calle Guevara, adopta la posición que calificamos como moderada en virtud de que considera que los acreedores posteriores si bien no pueden atacar el bien afectado al beneficio de la ley 14.394 pueden cobrar sobre el saldo que pasa a integrar el activo de la quiebra. (CNCom., sala A, “Horigian, Alberto G. s/Quiebra”, *La Ley* 2001-E-247).

El citado fallo ha sido anotado por Darío Graziabile quien se enrola en la tesis moderada, sosteniendo que una vez satisfechos los créditos de los acreedores anteriores el remanente ingresa al activo falencial, pero el autor entiende que el deudor fallido puede requerir voluntariamente la desafectación del inmueble para hacer frente a las

Esta postura en cualquiera de sus dos variantes es sostenida por un importante sector de la doctrina⁷⁷ y es el criterio predominante en la jurisprudencia⁷⁸.

(ii) Tesis de las masas separadas o teoría de la “masita”.

Esta postura encuentra su punto de partida en un meritorio trabajo de doctrina elaborado por Aída Kemelmajer de Carlucci, Gustavo Parellada y Graciela Medina y que fuera publicado en la *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* del año 1984⁷⁹.

Según esta tesis —a la cual adherimos—, como expresamente lo establece el artículo 38 de la LC, la situación de quiebra no provoca una modificación del régimen de oponibilidad e inoponibilidad del bien de familia respecto de los acreedores del constituyente. En consecuencia, sólo conservan el derecho de agredir patrimonialmente al inmueble los acreedores anteriores a la afectación como bien de familia,

deudas anteriores y sustituirlo por otro para ser constituido como bien de familia con efecto retroactivo a la inscripción primitiva (*Bien de familia y quiebra. Una saludable doctrina judicial para una laguna legal*, en *Doctrina Judicial* 2001-3-587).

⁷⁷ BOUZAT, L., *El bien de familia y el desapoderamiento en el concurso civil y la quiebra*, en *JUS*, 1967, N° 9, p. 5; CÁMARA, *El concurso preventivo...* cit., t. III, p. 2042; LETTIERI, C., *Aspectos del bien de familia en la quiebra del instituyente*, en *El Derecho* 115-886; STEMPELS, H., *Efectos de la quiebra sobre el bien de familia*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1986, p. 777; MAFFÍA, O., *Derecho Concursal*, Depalma, Buenos Aires, 1988, t. II, p. 552; PORCEL, R., *El bien de familia y la quiebra*, en *La Ley* 1989-B-734; TONÓN, A., *Derecho Concursal*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 125; GRILLO, H., *Período de sospecha en la legislación concursal*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, p. 243; MARTORELL, E., *Tratado...* cit., t. III, ps. 216 y 217; CASADÍO MARTÍNEZ, C., *Bien de familia y quiebra: apartándonos de la doctrina de la Corte Suprema*, en *Microjuris*, MJ-DOC-4362-AR, MJD 4362, 29-8-2009; VÍTOLO, D., *Derecho...* cit., ps. 251 y 252.

⁷⁸ CNCom., sala D, 5-3-79, “Acón Felicitó ‘El Palacio del sueño’ s/Quiebra”, *La Ley* 1979-B-359; íd., 21-5-90, “Battaglino, Ricardo s/Quiebra”; sala A, “Horigian, Alberto G. s/Quiebra”, *La Ley* 2001-E-247; íd., 23-9-2002, “Consortios de propietarios Formosa 56 c/Jergis, Samuel J.”, *La Ley* 2003-B-722; sala B, 26-6-2003, “Massera, Emilio E.”, *Jurisprudencia Argentina* 2004-I-33; C2ªCCom. de Paraná, sala II, 10-4-2002, “Banco de la Nación Argentina c/Rolón, José E. y otra”, *La Ley Litoral* 2002-1051; SCJBA, 9-5-95, “Kloster, Luis Leopoldo s/Concurso preventivo”, *El Derecho* 165-44.

⁷⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; PARELLADA, G. y MEDINA, G., *Bien de familia y quiebra*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 467.

a quienes dicha constitución les resulta inoponible. De manera que los acreedores posteriores no pueden beneficiarse por la sola circunstancia de que coexistan en el proceso concursal liquidativo acreedores anteriores y posteriores. La ley estableció la inembargabilidad e inejecutabilidad del inmueble respecto a estos últimos acreedores. Además, como consecuencia de lo que venimos exponiendo, en caso de existir remanente, éste será entregado al fallido.

La tesis de las masas separadas ha encontrado una importante adhesión en la doctrina nacional⁸⁰, siendo asimismo receptada por importante jurisprudencia⁸¹, en eventos científicos⁸², propuesta en proyectos de reforma y adoptada por el recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación⁸³.

⁸⁰ GUSTAVINO, E., *La quiebra y el bien de familia*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 12, *Derecho de familia patrimonial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 141; TRUFFAT, E., *Otra vez sobre el bien de familia y la quiebra*, en *El Derecho* 165-44; MONTESANO (n), R., *El bien de familia en la quiebra*, en *Impuestos*, Buenos Aires, 1997, t. LV-C, p. 2839; LUVERÁ, M., *El bien de familia frente a la quiebra*, en *Boletín Zeus*, N° 6860, 4-2-2002; RAISBERG, C., *Bien de familia y pasivo falencial compuesto por acreedores anteriores y posteriores a su inscripción. Un dictamen novedoso*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 399; HEQUERA, E., *El bien de familia y sus efectos en la quiebra*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, N° 210, mayo de 2005, p. 540; FAVIER DUBOIS (p), E., *Ejecución hipotecaria del bien de familia en la quiebra y afectación del saldo*, en *Doctrina Societaria y Concursal* Errepar, Buenos Aires, N° 212, julio de 2005, p. 840; RIVERA, J., GIATTI, G. y ALONSO, J., *Bien de familia y quiebra*, en *Revista de Derecho de Familia*, Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, *Familia y Derecho Comercial*, N° 32, noviembre/diciembre de 2005, p. 115; BARAVALLE y GERBAUDO, *La protección...* cit.

⁸¹ CCCom. de Bahía Blanca, sala II, 7-8-86, "Mauricio Golberg Conc. Mag. Art. Rur. s/Concurso comercial preventivo", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 776; CCCom. de Junín, "Carrizo, Alberto s/Quiebra", *El Derecho* 156-117; CCCom. de Rosario, sala IV, 9-3-2004, "Catena, Oscar L. s/Quiebra s/Declaración de inoponibilidad del bien de familia", *Boletín Zeus*, N° 7637, 7-3-2005.

⁸² Véase: X Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo, Comisión III, Junín, 6, 7 y 8 de noviembre de 2003; XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 22, 23 y 24 de septiembre de 2005, Comisión N° 4 "Reales".

⁸³ Véase: art. 239 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998 y art. 249 del Código Civil y Comercial de la Nación.

4. *El usufructo de los bienes de los hijos menores*

Se encuentra previsto en el inciso 3° del artículo 108 de la LC. En cuanto al fundamento de la exclusión se indica que “tal limitación reside en la tutela que el Estado dispensa al menor, posibilitando al padre la asistencia de aquél, atendida la función de que debe satisfacer el progenitor”⁸⁴.

5. *La administración de los bienes propios del cónyuge*

Es el supuesto indicado en el inciso 5° del artículo 108 de la LC. Es un caso que no requiere mayores explicaciones dado que nunca podría alcanzar el desapoderamiento a bienes que no son del fallido.

Además, el fallido podrá seguir administrando estos bienes porque no es un incapaz. El mantenimiento de este mandato se presenta como una excepción a lo dispuesto por el artículo 147 de la LC según el cual la quiebra extingue el contrato de mandato.

6. *La facultad de actuar en justicia en defensa de bienes y derechos que no caen en el desapoderamiento*

Es el supuesto indicado en el inciso 5° del artículo 108 de la LC. Tampoco exige mayor explicación dado que no podría privarse al fallido de la posibilidad de actuar en juicio en defensa de los bienes que no son alcanzados por el desapoderamiento.

XII. La liberación de deudas

1. *Introducción*

La determinación respecto a si el concurso provoca o no la liberación de las deudas es un tema central en esta investigación. Además, que la legislación concursal admita o no la liberación de deudas es un tema que exhibe trascendencia desde diferentes ángulos. Por un lado, desde el mercado crediticio que debe analizar la existencia de este instituto a la hora de otorgar un crédito. Por el otro, el deudor que al no resolver su situación de insolvencia y al no poder “descargar” el

⁸⁴ ARGERI, ob. cit., t. 2, p. 169.

pasivo insoluto puede quedar condenado a la exclusión social. Así también no debe dejarse de lado la situación de los créditos que quedan insolutos y la determinación de si deben existir créditos que deben quedar al margen del sistema de la liberación por deudas.

En este párrafo expondremos los distintos sistemas existentes en la legislación extranjera referidos a la liberación por deudas. Posteriormente, abordaremos la situación en el Derecho argentino. Nos preguntaremos si existe liberación por deudas, daremos nuestra opinión y analizaremos si es necesario reformar la legislación vigente.

2. Diferentes sistemas

A la hora de responder al interrogante referido a si la quiebra produce o no la liberación de los pasivos insolutos se exhiben tres modelos diferentes⁸⁵.

a) *Modelo anglosajón*

Se lo conoce también como *fresh start* o “volver a empezar”. Es un sistema que considera que el deudor debe tener un nuevo comienzo o una segunda alternativa. Considera que todo deudor tiene derecho a liberarse del pasivo que lo oprime e incorporarse rápidamente al mercado.

Es el sistema adoptado por el Código de Bancarrotas de los Estados Unidos de América. En dicho país el *fresh start* es una figura que data de 1898⁸⁶, con el dictado de la *Bankruptcy Act*. Antes de esa

⁸⁵ CUENA CASAS, M., *Algunas deficiencias en la ley concursal ante la insolvencia de la persona física*, en *Aspectos civiles de Derecho Concursal*, XIV Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil, realizadas en Valencia en 2009, 1ª ed., Universidad de Murcia, Murcia, Serie de publicaciones, p. 267; CUENA CASAS, M., “*Fresh Start*” y *mercado crediticio*, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio de 2011, en www.indret.com (consulta: 12-5-2012); GUERRERO MARTÍN, C., *Soluciones concursales para la insolvencia de las personas físicas y emprendedores*, del 20-2-2012, en www.iahorro.com (consulta: 25-5-2012), y *Propuestas para una futura ley sobre insolvencia de las personas físicas*, Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, Barcelona, febrero de 2012, en <http://www.fundacioncga.org/fundacionCGAE/home.do> (consulta: 25-5-2012).

⁸⁶ CUENA CASAS, M., *Es necesario limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal*, en *El notario del siglo XXI*, Revista online del Colegio Notarial de Madrid, Madrid, Nº 36, marzo-abril de 2011, www.elnotario.com (consulta: 23-5-

fecha “la exoneración de deudas debía contar con el consentimiento de los acreedores”⁸⁷. A partir de 1898 se suprimió la necesidad del consentimiento de los acreedores para que opere el *discharge*⁸⁸.

Los fundamentos de este sistema radican en los siguientes temas: (i) responsabilidad limitada del deudor; (ii) división del riesgo con los acreedores; (iii) la necesidad de recuperar rápidamente al deudor para la actividad económica y el consumo, y (iv) no estigmatizar al consumidor sobreendeudado⁸⁹.

El sistema se aplica a los concursos de personas físicas de buena fe, es decir, cuyo sobreendeudamiento pueda calificarse como pasivo. Se requiere una rápida liquidación del activo. Una vez concluida la realización de los bienes el deudor queda liberado del pasivo por decisión judicial y sin que fuera menester el consentimiento de los acreedores. En estos sistemas existen créditos que se exceptúan del efecto liberatorio. En tal sentido, no se podrá “descargar” el pasivo correspondiente a las clases de créditos que por decisión de política legislativa escapen al efecto liberatorio. Los acreedores alcanzados por la liberación de deudas “quedan sometidos a una prohibición de ejercitar una acción u otro medio extrajudicial dirigido a obtener el pago de los créditos”⁹⁰.

b) *Modelo de rehabilitación o liberación parcial por deudas*

Es conocido también como modelo alemán, dado que es el adoptado por la Ordenanza de Insolvencia de Alemania del 5 de octubre de 1994⁹¹.

2012); OÑATE DANCAUSA, J., *Reformas necesarias para mejorar los concursos de personas físicas (II)*, en www.diariojuridico.com (consulta: 30-5-2012).

⁸⁷ CUENA CASAS, “*Fresh Start*”... cit.

⁸⁸ Respecto a la evolución de la figura del *discharge* en el Derecho americano puede consultarse: CUENA CASAS, “*Fresh Start*”... cit.

⁸⁹ ANCHÁVAL, H., *Insolvencia del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 81; CUENA CASAS, “*Fresh Start*”... cit.

⁹⁰ GARCÍA, S., *Extinción de las obligaciones por la quiebra*, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 265.

⁹¹ ZABALETA DÍAZ, M., *La condonación de deudas pendientes en el Derecho Concursal alemán*, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, t. I, p. 998; *El concurso del consumidor*, en

No hay condonación de deuda automática como en el sistema anterior sino que ésta se podrá producir luego del transcurso de un lapso temporal en el que el deudor será sometido a prueba⁹². Sólo si en ese período tuvo un comportamiento honesto y de buena fe podrá beneficiarse con la condonación de deudas. La liberación supone una instancia previa de negociación de un plan global de reembolso. La referida negociación puede llevarse a cabo de manera judicial o extrajudicial y en ella cumplen un papel trascendente los servicios de asesoramiento y mediación en materia de deudas. Asimismo, se señala que esta figura requiere la existencia de un proceso concursal abierto y que no haya concluido por causa de insuficiencia de la masa activa para cubrir los costos del proceso⁹³.

El modelo alemán de liberación de deudas se encuentra previsto para el concurso del consumidor. Es lo que se conoce bajo la denominación de *Restschuldbefreiung* que puede traducirse como “liberación del resto de la deuda” o “liberación de la deuda restante”⁹⁴. En este supuesto el efecto del concurso opera como un incentivo para que los consumidores soliciten la apertura de aquél. En tal sentido, Marta Zabaleta Díaz sostiene que “de hecho, la liberación de las deudas restantes se ha convertido en Alemania en la auténtica finalidad del concurso del consumidor y en buena medida explica que desde que en 1999 se introdujera este procedimiento especial y hasta el 2009, seiscientos mil particulares hayan solicitado el concurso”⁹⁵.

También se exceptúan de la liberación por deudas –por decisión de política legislativa– determinados tipos de créditos. En tal sentido,

Anuario de la Facultad de Derecho, Alcalá de Henares, Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá de Henares, 2010, p. 301; CUENA CASAS, “*Fresh Start*”... cit.; MORENA SANZ, G. y PARRA BAUTISTA, J., *El concurso del consumidor. O la insolvencia de las personas físicas y las familias*, Bosch, Barcelona, 2010, N° 409, Serie Mercantil, p. 14; GUERRERO MARTÍN, *Soluciones...* cit.; *Propuestas...* cit.

⁹² En la ley alemana la exoneración de deudas se hace efectiva transcurridos siete años.

⁹³ TRUJILLO DIEZ, I., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Facultad de Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha.

⁹⁴ TRUJILLO DIEZ, *El sobreendeudamiento...* cit.

⁹⁵ ZABALETA DÍAZ, *El concurso del consumidor*, en *Anuario Facultad de Derecho* cit., p. 301.

es dable señalar que esa liberación no alcanza al deudor condenado por sentencia firme en delitos determinados, o imputados de falsedad o error, o con culpa grave, en el curso del procedimiento⁹⁶.

c) *Modelo de no liberación de deudas*

Este sistema fue seguido por el Derecho Concursal español hasta la entrada en vigencia de la Ley 14/2013 del 27 de septiembre de 2013 que instituyó la denominada “Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización” que incorporó el *fresh start*⁹⁷. Esta ley limita sólo la liberación respecto de aquellos sujetos que califica como emprendedores. Es decir, no es una solución abierta a todo deudor. Así, por ejemplo, no existe esta liberación para un consumidor sobreendeudado o para un deudor que realizando una actividad empresarial no encuadre en la calidad de emprendedor.

El modelo tradicional del Derecho Concursal español se encuentra consagrado en el artículo 178 que establece los efectos de la conclusión del concurso. En tal sentido dispone que “En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán

⁹⁶ Ariel Dasso recuerda que “está condicionada a que el acreedor extracontractual (involuntario) *hubiere solicitado la verificación del crédito*, lo que demuestra que se trata de un acreedor sometido a la colectividad del procedimiento, quedándole vedado invocar la subsistencia de su crédito al acreedor (involuntario) que omite la carga, en cuyo caso soportará la consecuencia de su negligencia, porque la verificación es inmanente al principio de universalidad subjetiva y colectiva convocante de la totalidad de los acreedores en cuyo marco adquiere el acreedor involuntario el particular relieve de trato diferente” (DASSO, A., *El acreedor involuntario: el último desafío al Derecho Concursal*, en conferencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Mendoza, octubre de 2009).

⁹⁷ Véase: CUENA CASAS, M., *Conclusión del concurso persona física y pasivo insatisfecho*, en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, noviembre de 2013, 2013/79, en www.eprints.ucm.es (consulta: 1-5-2014); *Ley de emprendedores y exoneración de deudas o “fresh start”*, en *Anuario de Derecho Concursal*, Civitas, Madrid, 2014, N° 31, p. 123; PULGAR EZQUERRA, J., *Ley de emprendedores y segunda oportunidad*, en *El Notario del siglo XXI*, Madrid, N° 51, septiembre-octubre de 2013, en www.elnotario.es (consulta: 1-5-2014); CAZORLA, L., *Ley de emprendedores y concurso*, en www.luiscazorla.com (consulta: 1-5-2014); CAZORLA, L., *La Ley de Emprendedores: una norma para “salir en la foto”*, en www.luiscazorla.com (consulta: 1-5-2014).

iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso”. La doctrina española debate respecto a si la posibilidad de iniciar acciones singulares se refiere sólo al concurso de las personas físicas o si también corresponde al de las sociedades. Se entiende que dicha alternativa refiere sólo al concurso de las personas físicas⁹⁸, alegándose que no se puede dirigir una acción contra una sociedad que ya no existe y la única alternativa que tienen los créditos insatisfechos es la reapertura del concurso ante la aparición de nuevos bienes⁹⁹.

⁹⁸ SACRISTÁN BERGIA, F., *La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos*, en GADEA SOLER, E.; NAVARRO LÉRIDA, M. y SACRISTÁN BERGIA, F., *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura*, Monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, La Ley, Madrid, N° 11/2009, 2010, p. 89; MARTÍNEZ ESPÍN, P., *El consumidor sobreendeudado: conclusión del concurso de persona física*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/23/2011/23-2011-2.pdf> (consulta: 30-5-2012); SENENT MARTÍNEZ, S., “Discharge” y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del Derecho norteamericano y español, en *E-Prints Complutense*, Biblioteca de la Universidad Complutense, Documento de Trabajo o informe técnico no publicado, en <http://eprints.ucm.es/14642/1/Discharge.pdf> (consulta: 27-5-2012); GOZALO LÓPEZ, V., *España: el problema del sobreendeudamiento de los consumidores: ¿la “quiebra” del “concurso”?*, en *Microjuris*, MJ-DOC-5329-AR, MJD 5329.

En el concurso de personas jurídicas se produce la extinción de la misma como consecuencia de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos. Al respecto, el tercer párrafo del art. 178 de la LC Esp. dispone que “la resolución judicial que la declare acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto el secretario judicial expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme”.

⁹⁹ SACRISTÁN BERGIA, ob. cit., p. 89.

En particular sobre la conclusión del concurso de las personas jurídicas y sus efectos, véase: HERRERA, C., *La conclusión del concurso de la persona jurídica por inexistencia de bienes y derechos*, en *Anuario de Derecho Concursal*, Civitas, Madrid, N° 11, 2007, p. 595.

Respecto a la reapertura del concurso, puede consultarse: ALONSO ESPINOZA, F., comentario a los arts. 179 y 180 de la LC Esp., en PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G., *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, Dykinson SL, Madrid, 2004, t. II, p. 1491; GADEA SOLER, E., *La reapertura del concurso prevista en la ley concursal*, en GADEA SOLER, E.; NAVARRO LÉRIDA, M. y SACRISTÁN BERGIA, F., *La conclusión del concurso por inexistencia*

Pascual Martínez Espín sostiene que “en cierta medida el contenido del artículo 178.2 de la LC no es sino el traslado al ámbito concursal del principio de responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil”¹⁰⁰.

Sin perjuicio del texto citado, la jurisprudencia llegó a poner en crisis el sistema de no liberación por deudas¹⁰¹.

3. Legislación argentina

a) Una pregunta clave en la estrategia concursal: ¿La legislación concursal argentina permite la liberación por deudas?

La pregunta que formulamos en este título es fundamental y de

de bienes y derechos y su reapertura, Monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, La Ley, Madrid, 2010, N° 11/2009, p. 153.

¹⁰⁰ MARTÍNEZ ESPÍN, *El consumidor...* cit.

En sentido similar, véase: OÑATE DANCAUSA, *Reformas...* cit.

El art. 1911 del Código Civil dispone que “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”. Respecto al mismo se dice que “consagra el principio de la responsabilidad patrimonial universal de todo deudor que incumpla sus obligaciones, lo que conlleva la garantía para sus acreedores de poder satisfacerse en forma forzosa sobre sus bienes actuales y los que pueda adquirir en el futuro” (ALARCÓN PALACIO, Y., *La acción pauliana*, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, Barranquilla, N° 12, 1999, p. 41). Asimismo, se señala que “fija un mínimo de garantía, entendida como aquella que permite al acreedor satisfacer su interés frente al deudor, y esta garantía está constituida por todos los bienes del deudor, presentes y futuros” (id., p. 3).

Es un precepto que es defendido por el sector de la banca española y que en la actualidad ante la crisis que atraviesa España y que golpea a muchas familias se proclama su modificación.

¹⁰¹ El tema se presentó a través de dos interesantes fallos que admitieron la limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal y la liberación de deudas. Por un lado, la Audiencia Provincial de Navarra el 17-12-2010 consideró que la entidad bancaria que ante el impago del préstamo hipotecario dio por resuelto el préstamo y ejecutó la garantía hipotecaria, no podía agredir otros bienes del deudor ante la insuficiencia del valor de la finca hipotecada para cubrir el crédito reclamado. En tanto que en el Juzgado en lo Mercantil N° 3 de Barcelona, en fecha 26-12-2010, en un concurso de dos personas físicas que concluyó por inexistencia de bienes (art. 176, de la Ley Concursal de España), se declaró extinguido el pasivo pendiente. Matilde Cuenca Casas refiriéndose a estas decisiones señala que si bien no tienen basamento legal ni siquiera por vía de interpretación de la normativa vigente, ponen en evidencia la necesidad de revisar algunos principios hasta ahora incuestionables en España (véase: CUENA CASAS, “*Fresh Start*”... cit.).

trascendental importancia tanto para los deudores como para los acreedores. A poco que indagemos en nuestra legislación veremos que la respuesta a dar al interrogante propuesto no resulta sencilla. Las dificultades estriban en que si analizamos la cuestión desde una perspectiva histórica podremos observar que nuestra legislación pasó de tener una norma expresa que establecía que la rehabilitación en la quiebra liberaba al deudor de los saldos insolutos a carecer de norma al respecto. No obstante la falta de una previsión expresa, veremos que tanto la jurisprudencia como la doctrina –en forma mayoritaria– siguen sosteniendo que la quiebra libera al deudor.

La determinación respecto a si la quiebra libera al deudor por los saldos insatisfechos tiene relevancia no sólo durante el proceso concursal mismo sino también en instancias anteriores. La respuesta tiene mucho que ver con la estrategia jurídica¹⁰². En tal sentido, durante la existencia del proceso concursal saber si la quiebra libera al deudor puede ser determinante para el acreedor que ha de decidir sobre la propuesta de acuerdo preventivo que exterioriza el concursado en el expediente concursal. Así el acreedor deberá meditar si apoya o no la propuesta concursal del deudor y con ello la eventual aprobación del proceso de reestructuración de deudas, sabiendo que la quiebra podrá implicar un cobro menor que la cuota concursal y el riesgo de sufrir una liberación del pasivo insoluto. De la misma manera, si enfocamos la cuestión desde la óptica del deudor, éste deberá evaluar en su estrategia concursal si continúa intentando superar su insolvencia a través del proceso de reestructuración o si le resulta más favorable –tanto desde lo económico como en lo atinente al tiempo de permanencia en una situación concursal– la quiebra ante la eventual liberación del pasivo restante. En definitiva, en su estrategia debe analizar desde lo económico en qué supuesto pagará menos, es decir, qué proceso le será menos costoso y, desde lo temporal, cuáles de las soluciones concursales le permitirán una más rápida liberación.

También dijimos que la respuesta involucra estrategias que deben definirse y delinarse antes de ingresar a una situación concursal. En

¹⁰² Respecto a la estrategia jurídica, véase: CIURO CALDANI, M., *Estrategia jurídica*, 1ª ed., Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2011; *Acerca de la estrategia jurídica*, en *La Ley* del 16-5-2014, p. 1.

el caso del deudor persona física consumidora –como expusimos que ocurre en la legislación alemana– la liberación por deudas como efecto del proceso concursal puede operar como un importante estímulo para solicitar la apertura de aquél. Asimismo, la respuesta al interrogante debe ser analizado por los dadores de créditos. En tal sentido, el prestatario que otorga un crédito a un consumidor deberá evaluar qué consecuencias tendrá el pedido de quiebra en las posibilidades de recupero del dinero prestado.

Del mismo modo, también la estrategia jurídica se exhibe en el proceso de elaboración de normas. El legislador que debe dictar una ley concursal debe evaluar las consecuencias que derivan de adoptar uno u otro modelo. Es decir, evaluar el impacto que la adopción del modelo de liberación de pasivos tendrá en el mercado crediticio. En este sentido puede señalarse que la decisión de política legislativa que se plasma en la norma tendrá consecuencias en la dimensión sociológica. La decisión del legislador provoca un reparto de potencia e impotencia, dando lugar a recipiendarios beneficiarios y a gravados. Finalmente, si analizamos la cuestión desde la dimensión dialéctica llegaremos a preguntarnos si la norma es justa o no.

b) *La rehabilitación y la liberación por deudas*

Expusimos que el legislador argentino equívocamente “mezcla” efectos personales con patrimoniales. En otros términos, sujeta la finalización del desapoderamiento –efecto patrimonial– a que acontezca la rehabilitación –cese de la inhabilitación–. Ahora bien, la cuestión a afrontar en este punto reside en determinar si la rehabilitación que pone fin al desapoderamiento libera al deudor del pasivo insoluto.

La cuestión ofrece profundas dificultades a partir de la reforma de la ley 24.522 de 1995. La razón de los conflictos reside en que dicha ley no reprodujo la norma que contenían anteriores leyes, las que expresamente establecían que la rehabilitación del fallido provocaba la liberación por deudas.

Silvana M. García estudió la evolución en nuestro Derecho de la relación rehabilitación y liberación por deudas demostrando que no siempre la primera produjo la segunda. Asimismo, demostró que en

un principio la liberación por deudas no era un beneficio conferido a todo deudor sino sólo a los comerciantes¹⁰³.

En tal sentido, si realizamos un panorama de la evolución histórica, encontramos que la primera referencia al instituto de la rehabilitación la hallamos en el Código de Comercio de 1859/1862 donde la rehabilitación sólo se obtenía en caso de pago íntegro, salvo que se celebrara concordato (art. 1721)¹⁰⁴. La rehabilitación era un instituto que no tenía incidencia alguna en los saldos insolutos, solamente producía el cese de las interdicciones. El sistema se mantuvo luego de la reforma de 1889¹⁰⁵, que reguló la rehabilitación entre sus artículos 1572 a 1582¹⁰⁶.

En 1902 se dicta la ley 4156 que reguló la rehabilitación entre los artículos 145 a 157. El cambio trascendental que esta ley provocó en este ámbito reside en que no se requirió carta de pago cuando la quiebra era casual, produciéndose la rehabilitación por el solo transcurso del plazo de tres años desde la sentencia de quiebra (art. 148). En tanto que en el supuesto de una quiebra el fallido podía obtener la rehabilitación luego de cumplida la pena y en el caso de quiebra fraudulenta a los cinco años de transcurrido el cumplimiento de la pena.

Posteriormente, en 1933 se dicta la ley 11.719 que reguló la rehabilitación entre los artículos 185 a 192. La rehabilitación producía la liberación del deudor por los saldos insolutos en relación con los bienes adquiridos con posterioridad a la fecha del dictado de aquélla. En efecto, el artículo 191 disponía que “Por la rehabilitación cesan todas las interdicciones que son consecuencia de la declaración de quiebra. La rehabilitación produce también la liberación de los saldos que el fallido quedara adeudando, respecto de los bienes que adquiriera después de esa fecha”. De este modo los bienes adquiridos después de la rehabilitación

¹⁰³ GARCÍA, *Extinción...* cit., p. 184.

¹⁰⁴ Expresa Carlos Malagarriga que “la solicitud de rehabilitación debía necesariamente ir acompañada de ‘la carta de pago o los documentos originales que acrediten el pago íntegro de los acreedores’, o, en su caso, ‘el cumplimiento de todas las obligaciones impuestas por el concordata’ (art. 1721)” (MALAGARRIGA, C., *Tratado elemental de Derecho Comercial*, t. IV, *Quiebras y prescripción*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, p. 346).

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ GARCÍA, *Extinción...* cit., p. 185.

no podían afectarse al pago de los saldos insatisfechos. Sólo quedaban afectados al pago de esos créditos los bienes adquiridos mientras el fallido estuviera inhabilitado. Cabe recordar que en dicha ley la rehabilitación operaba cuando los fondos alcanzaban para pagar íntegramente a todos los acreedores, si el deudor había obtenido la carta de pago de todos los acreedores o por el transcurso de diversos períodos de tiempo según que la quiebra fuera calificada como casual, culpable o fraudulenta.

En 1972 se dicta la ley 19.551 que regló la rehabilitación entre los artículos 249 a 255. En este régimen la rehabilitación requería la previa calificación de la conducta del sujeto (arts. 253 a 248).

El artículo 253 de la ley 19.551 expresamente estableció que el fallido después de la rehabilitación no respondía por los saldos insolutos con los bienes que adquiría después de la rehabilitación. Esto implicaba que si bien el crédito no se extinguía con la rehabilitación el acreedor no podía perseguir el saldo insatisfecho respecto de los bienes adquiridos después de la rehabilitación. Se interpretaba que la liberación de activos sólo tenía lugar en caso de quiebra liquidativa, pero no cuando se operaba la conclusión de la quiebra por un supuesto no liquidativo, por ejemplo, avenimiento o acuerdo resolutorio¹⁰⁷.

En 1995 se dicta la ley 24.522 que como expresamos omitió una norma como la que contenía el artículo 253 de la ley 19.551. En el actual régimen nada dice el legislador respecto a si la rehabilitación produce la liberación del deudor por los saldos insolutos.

Asimismo, es menester indicar que las posteriores reformas concursales que se dictaron desde 1995 a la fecha no restablecieron la disposición del artículo 253 de la ley 19.551. En efecto, las leyes 25.563, 25.589, 26.086 y 26.684 nada prevén con relación al tema que analizamos.

c) *¿La rehabilitación según ley 24.522 produce la liberación del deudor por los saldos insatisfechos?*

El interrogante planteado se presenta en razón de que el legislador

¹⁰⁷ BORGHI, C. y TALE, C., *Procesos concursales*, 2ª ed., Alveroni, Córdoba, 1994, p. 409; TONÓN, A., *El derecho del acreedor una vez finalizada la quiebra*, en *El Derecho* 92-924.

de 1995 guardó silencio respecto a qué sucede con los saldos insatisfechos ante la rehabilitación del fallido. En otros términos, si bien la rehabilitación provoca el cese del desapoderamiento nada dice el legislador sobre si produce también en la esfera patrimonial la liberación del deudor. La laguna normativa se genera a partir de que el legislador de 1995 no reprodujo la disposición existente en la ley predecesora –ley 19.551– que expresamente establecía en el artículo 253 que la rehabilitación provocaba el efecto liberatorio para el deudor de los pasivos insolutos.

En efecto, el artículo 253, segundo párrafo, de la ley 19.551 disponía que “Los efectos patrimoniales del concurso siguen aplicándose, pero el fallido queda liberado de los saldos que quedare adeudando en el concurso, respecto de los bienes que adquiriera después de la rehabilitación”.

En consecuencia, al no haberse reproducido la norma transcrita se plantea la cuestión respecto a si los acreedores cuyos créditos se encuentran insatisfechos pueden agredir los bienes que el fallido adquiriera después de la rehabilitación.

En los puntos siguientes expondremos la opinión de la doctrina y la jurisprudencia y finalmente manifestaremos nuestra opinión.

d) *La opinión de la doctrina y las soluciones jurisprudenciales*

Frente al indicado vacío legal la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por sostener que la rehabilitación produce efectos liberatorios sobre el pasivo insoluto. Es una conclusión a la que se llega por vía interpretativa, aunque la doctrina estima que la cuestión reclama una rápida respuesta en una futura norma¹⁰⁸.

A continuación expondremos en primer lugar la opinión de los autores y luego los criterios jurisprudenciales.

Respecto a la doctrina señala Silvana M. García que en un momento –en los primeros años de vigencia de la ley 24.522– la doctrina no

¹⁰⁸ TRUFFAT, E., *Desapoderamiento y efectos patrimoniales de la rehabilitación*, en *Compendio Jurídico*, Errepar, Buenos Aires, agosto de 2007, t. XIX; JUNYENT BAS e IZQUIERDO, *En torno...* cit., p. 261.

mostró preocupación por el tema, pero tiempo después se advirtió la problemática y el tratamiento que se le dispensó al tema fue diverso¹⁰⁹.

Daniel F. Alonso, refiriéndose a los efectos de la rehabilitación en las quiebras de personas físicas, indica que “tiene un efecto económico significativo; tras ella puede extinguirse su deuda –originada en el sobreendeudamiento– en un plazo breve de tiempo”¹¹⁰.

Eduardo M. Favier Dubois opina que “siguen aplicándose los efectos patrimoniales, pero el fallido queda liberado de los saldos que quedare adeudando en el concurso respecto de los bienes que adquiriera después del cese de la inhabilitación (doctrina del antiguo 253 de la ley 19.551, hoy derogado)”¹¹¹.

Francisco Junyent Bas y Silvina Izquierdo luego de sostener que el cese de la inhabilitación genera dos masas opinan que “los acreedores que no hubieran obtenido la totalidad del pago de sus créditos no podrán agredir el nuevo patrimonio obtenido luego de la rehabilitación”¹¹².

Claudio Casadío Martínez sostiene que con la rehabilitación se produce una tajante división en dos del patrimonio. Así, refiriéndose a dichos patrimonios expresa que “uno, sin titular responsable, al exclusivo cuidado del síndico, que continuará afectado al pago del antiguo pasivo y otro nuevo, liberado de toda persecución de los acreedores existentes antes de la declaración de quiebra, sea individual o colectivamente”¹¹³.

Gabriela Boquín señala que “debe también apreciarse al respecto la intención del legislador que, al eliminar la calificación de conducta estableciendo un plazo fijo para la rehabilitación del fallido y estableciendo taxativamente los motivos de elongación de dicha circunstancia, intenta reinsertar más rápidamente al fallido a la vida comercial pur-

¹⁰⁹ GARCÍA, *Extinción...* cit., p. 208.

¹¹⁰ ALONSO, D., *El sobreendeudamiento de la persona física no comerciante frente a los procesos concursales*, en ponencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Mendoza, octubre de 2009.

¹¹¹ FAVIER DUBOIS, *Concursos...* cit., p. 372.

¹¹² JUNYENT BAS e IZQUIERDO, *En torno...* cit., p. 261.

¹¹³ CASADÍO MARTÍNEZ, C., *Apostillas al caso “Barreiro” de la Corte Suprema de Justicia sobre el cese de la inhabilitación de los fallidos*, en *Microjuris*, MJ-DOC-4967, MJD 4967.

gándolo de sus deudas concursales pasadas conforme interpretación que surge del último párrafo, artículo 104, LCQ, y de los artículos 724 y 888 del Código Civil, satisfaciendo las mismas con los bienes que adquiriese hasta su rehabilitación, produciéndose un verdadero desdoblamiento de patrimonios”¹¹⁴.

La misma tesis se sostuvo en la Reunión Académica del Instituto Argentino de Derecho Comercial realizada el martes 9 de octubre de 2007. En dicha oportunidad se expresó que “la rehabilitación del fallido extingue los pasivos insolutos, pero no los convierte en obligaciones naturales”¹¹⁵.

La sala A de la Cámara Nacional de Comercio expresó que “entre los varios efectos que se producen como consecuencia de la rehabilitación decretada en el proceso concursal, el artículo 107 de la ley 24.522 dispone que el desapoderamiento se extiende sobre los bienes que se adquieran hasta la rehabilitación, los cuales, junto con sus frutos continúan afectados a la solución falencial. Luego de ello, el fallido queda liberado de los saldos que quedare adeudando en el concurso, respecto de los bienes que adquiriera después de la rehabilitación. Esto implica que los bienes que integran la masa hasta la rehabilitación responden por los créditos de la masa o de los acreedores del fallido, no así los adquiridos con posterioridad”¹¹⁶.

Compartimos las opiniones expuestas por la doctrina y en el punto siguiente argumentaremos en ese sentido. Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de señalar que ante la falta de norma expresa la posición de la doctrina a favor de la liberación puede ser objetable en base a un argumento no menor como es que al ser un efecto extintivo de los derechos requiere una norma expresa que lo consagre. Asimismo, atento a que estamos en el ámbito de la extinción del derecho creditorio debe prevalecer una interpretación restrictiva¹¹⁷.

¹¹⁴ BOQUIN, G., *La rehabilitación del fallido y sus efectos respecto del desapoderamiento*, en *Microjuris*, MJ-DOC-4562-AR, MJD 4562.

¹¹⁵ Reunión Académica del Instituto Argentino de Derecho Comercial, 9-10-2007, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, en www.iadc.com.ar (consulta: 29-5-2012).

¹¹⁶ CNCom., sala A, 9-2-2010, “Piasek, Sergio Adrián s/Quiebra”, *Microjuris*, MJ-JU-M-54130-AR, MJJ54130, MJJ54130.

¹¹⁷ GARCÍA, *Extinción...* cit., p. 212.

e) *Nuestra opinión*

A modo de reflexión final en torno a este punto y ante el lamentable olvido del legislador de 1995 daremos nuestra opinión en dos sentidos. Por un lado, expondremos nuestra posición respecto al interrogante planteado referido a si la rehabilitación libera al deudor por los saldos insolutos y, en segundo lugar, formularemos nuestra propuesta de una futura regulación. Es decir, nuestras opiniones en este punto merecen una propuesta *de lege lata* y otra *de lege ferenda*.

En tal sentido, frente al actual texto legal que suprimió el artículo 253 sin sustituirlo por uno semejante en la ley 24.522 nos inclinamos por considerar por vía interpretativa que igualmente pese al silencio legal la rehabilitación produce la liberación del deudor por los saldos insolutos de los créditos pre-falenciales.

Sostenemos esta posición en base a los siguientes argumentos:

a) En primer lugar creemos que debemos acudir a una interpretación sistemática, entendida ésta como “toda interpretación que deduzca el significado de una disposición de su colocación en el ‘sistema’ del derecho: unas veces, en el sistema jurídico en su conjunto; más frecuentemente, en un subsistema del sistema jurídico total, es decir, en el conjunto de disposiciones que disciplinan una determinada materia o una determinada institución”¹¹⁸.

(i) El artículo 107 de la LC es claro en cuanto fija la extensión temporal del patrimonio desapoderado y que será aplicado al pago de los créditos anteriores a la quiebra y los gastos de conservación y justicia originados durante el proceso. Por lo tanto, el artículo 107 de la LC limita qué bienes futuros pueden ser agredidos por los acreedores pre-falenciales e indica que son los adquiridos hasta la rehabilitación. *A contrario sensu* estos acreedores no pueden ejercer sus acciones sobre los bienes excluidos del desapoderamiento como serían los adquiridos después de la rehabilitación¹¹⁹.

¹¹⁸ GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 1ª ed., México, DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, ps. 43 y 44.

¹¹⁹ El argumento a contrario es “un poderoso instrumento para colmar lagunas del derecho” (véase: íd., p. 30).

(ii) El artículo 104, última parte, de la LC, refiere a las deudas que pueden contraerse por el deudor fallido mientras no esté rehabilitado. El fallido es inhabilitado para ejercer el comercio, pero ello no impide como establece el artículo 104, en su primer párrafo, que desempeñe un empleo, profesión u oficio. Esta actividad le puede generar nuevas deudas y el artículo 104, en su última parte, se encarga de indicar que “las deudas contraídas mientras el fallido no esté rehabilitado pueden dar lugar a un nuevo concurso, que sólo comprenderá los bienes remanentes una vez liquidada la quiebra y cumplida la distribución y los adquiridos luego de la rehabilitación”.

Por lo tanto, si los acreedores pos-falenciales sólo pueden agredir el remanente de la liquidación de los bienes desapoderados y los adquiridos luego de la rehabilitación es evidente pensar que de manera inversa los acreedores pre-falenciales sólo pueden ejercer su acciones sobre los bienes desapoderados –esto es los presentes y los futuros adquiridos hasta la rehabilitación–. De lo contrario, los créditos generados durante el tiempo en que el fallido no está rehabilitado no tendrían garantía patrimonial alguna.

b) Es evidente que estamos en presencia de una laguna legal. Ahora bien, las dudas giran en torno a si se trata de un “olvido del legislador” o una decisión de política legislativa. Entendemos que lo acontecido responde a la primera de las alternativas. Ello se advierte si pensamos que a poco de sancionada la ley 24.522 se elaboró un “Proyecto de fe de erratas” en el cual se restablecía la norma suprimida. En tal sentido, Silvana M. García señala que “poco tiempo después de la sanción de la ley 24.522 se advirtió esta supresión involuntaria pero trascendente. El mismo gestor de la iniciativa originaria (Ministerio de Economía) elaboró un proyecto de ley de ‘fe de erratas’, que entre otras modificaciones incorporaba nuevamente en el texto expreso de la ley «la norma ausente»”¹²⁰.

En efecto, el texto del Proyecto agregaba un párrafo al artículo 238 que rezaba que “Cesada la inhabilitación se extinguen los efectos personales de la quiebra y el fallido queda liberado de los saldos que

¹²⁰ GARCÍA, *Extinción...* cit., p. 220.

quedara adeudando en el concurso respecto de los bienes que adquiriera con posterioridad”.

Por lo tanto, es evidente que si el Proyecto de fe de erratas preveía una norma que restablecía el contenido del artículo 253 de la ley 19.551 se pone de manifiesto que estamos en presencia de una omisión involuntaria y no deliberada del legislador de 1995.

c) Frente a las lagunas normativas el legislador estableció las herramientas para resolverlas. En tal sentido, recordemos que el artículo 15 del Código Civil establece que “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”.

El precepto citado establece “la plenitud del orden jurídico prohibiendo a los jueces absolver la instancia”¹²¹. A su vez, el artículo 16 del Código Civil agrega que “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. Por lo tanto, el primero de los preceptos citados impone al juez la obligación de fallar y el segundo suministra las herramientas para hacerlo.

Entre los recursos que menciona el artículo 16 del Código Civil se encuentran los principios generales del Derecho. En consecuencia, consideramos que podemos resolver la cuestión apelando a los principios generales del Derecho y en particular a los del Derecho Concursal. Los principios generales del Derecho son el soporte jurídico del ordenamiento normativo. Van más allá del ordenamiento normativo y le dan su fundamento. Toda norma reconoce su fundamento en estos principios generales del Derecho. Son conceptos axiológicos que dirigen y sustentan la regulación positiva. Los principios están por encima del ordenamiento normativo y su función es la de servir de criterio orientador al intérprete.

Por lo tanto, pensamos que si acudimos a estos principios claramente se observa que el legislador pensó los mecanismos concursales –quiebra o concurso preventivo– al efecto de dar respuesta al fenómeno de la

¹²¹ ALONSO, J. y RIZICMAN, L., comentario al art. 15 del Código Civil, en RIVERA, J., *Código Civil comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 66.

insolvencia. En consecuencia, no resulta razonable ni justo pensar que una vez rehabilitado el fallido seguirá “atado” a sus deudas porque el pasivo insoluto en la quiebra pueda cobrarse de bienes que no caen en el desapoderamiento.

d) Si aplicamos el método histórico en la interpretación de la ley y observamos el momento histórico en el que la ley 24.522 se sancionó debemos concluir que la omisión es involuntaria. En este sentido, debemos tener en cuenta que la ley 24.552 es un producto del modelo económico imperante en nuestro país en la década del '90. En ese contexto la ley concursal recibió una profunda influencia de la legislación anglosajona en orden a priorizar los mecanismos que permitan reestructurar el pasivo y reinsertar al deudor rápidamente en el mercado. Por lo tanto, en ese panorama no podría pensarse que la rehabilitación no libera al deudor por los saldos insolutos. Si el legislador acortó el plazo en el cual se puede obtener la rehabilitación con el fin de reinsertar al deudor en el mercado es evidente que dicho objetivo requiere de la liberación del deudor por los saldos insolutos.

Ahora bien, respecto a una futura reforma el tema debe ser abordado de manera expresa por el legislador. No resulta apropiado que el problema siga resolviéndose por vía de una ingeniosa y esforzada interpretación. La trascendencia que la cuestión presenta para el deudor, los acreedores y en definitiva para la economía en general requieren una rápida respuesta desde el legislador. Por lo tanto, creemos que en una futura reforma legislativa urge abordar la cuestión de una manera expresa, restituyendo una norma similar al artículo 253 de la ley 19.551. En tal sentido, opinamos que en una futura reforma se regule la conformación de dos masas y la prohibición expresa de los acreedores concursales de agredir los bienes adquiridos después de la rehabilitación. Es decir, sostenemos que debe limitarse la responsabilidad del fallido respecto de los créditos concursales a los bienes adquiridos hasta la rehabilitación, disponiéndose que aquellos acreedores no puedan cobrarse los saldos insatisfechos de sus créditos con los bienes adquiridos después de la rehabilitación. En definitiva, creemos que para otorgar seguridad jurídica y previsibilidad en el diseño de las soluciones concursales debe establecerse que el deudor rehabilitado queda liberado por los saldos insolutos.

XIII. Conclusiones

En este trabajo describimos siguiendo a la doctrina y la jurisprudencia la evolución acaecida con relación al instituto del desapoderamiento.

En tal sentido, podemos indicar que se observa un achicamiento de la garantía patrimonial de los créditos sometidos al proceso concursal por diversas razones. Por un lado, la ley 24.522 al reducir el plazo de la inhabilitación concursal provocó que la masa de bienes desapoderables se redujera considerablemente dado que se limita a los que el fallido adquiera hasta la rehabilitación –lo que usualmente acontece al año de la sentencia de quiebra, salvo que el fallido esté sometido a proceso penal–. Por otro lado, esa disminución de los bienes desapoderables obedece al incremento de los bienes que se excluyen de dicho efecto. Al respecto, se observa en los últimos tiempos una importante corriente jurisprudencial que tiende a aumentar los casos de bienes inembargables y que por lo tanto escapan al desapoderamiento. Celebramos esta tendencia que provoca una humanización del Derecho, reconociendo al ser humano como centro de protección y que implica desde la teoría general del Derecho un importante diálogo entre el Derecho Concursal y el Derecho Constitucional.

Asimismo, cabe destacar que la rehabilitación del fallido, que marca el límite de los bienes alcanzados por este efecto patrimonial, produce la liberación del deudor por los saldos insolutos. En otros términos, los acreedores solamente podrán cobrarse sus créditos a través del proceso concursal con los bienes alcanzados por el desapoderamiento: bienes presentes –bienes de los que el fallido es titular a la fecha de la sentencia de quiebra–; bienes pasados –los que salieron indebidamente del patrimonio del deudor y son reintegrados por acciones de recomposición patrimonial– y bienes futuros –los que se adquieran hasta la rehabilitación–.

La rehabilitación –que marca el fin del desapoderamiento– genera dos masas. Por lo tanto, los acreedores no pueden agredir los bienes que se adquieran después de la rehabilitación. Los créditos comprendidos en la quiebra sólo pueden cobrarse con los bienes que se adquieran hasta la rehabilitación –bienes desapoderados–, no así con los que se adquieran después de aquélla.

En consecuencia, sostenemos que la rehabilitación provoca la liberación del deudor por los saldos insolutos. Es decir, si quedan créditos sin cobrarse en la quiebra no podrán agredir los bienes adquiridos después de la rehabilitación. Sostenemos que en la actual LC este efecto se produce aun cuando no exista una disposición expresa como la del artículo 253 de la ley 19.551.

XIV. Bibliografía

- ALARCÓN PALACIO, Yadira, *La acción pauliana*, en *Revista de Derecho*, Barranquilla, Universidad del Norte, N° 12, 1999, p. 41.
- ALONSO, Daniel, *El sobreendeudamiento de la persona física no comerciante frente a los procesos concursales*, en ponencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Mendoza, octubre de 2009.
- ALONSO, Juan I. y RIZICMAN, Leandro J., comentario al art. 15 del Código Civil, en RIVERA, J. (dir.), *Código Civil comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 66.
- ALONSO ESPINOZA, Francisco J., comentario a los arts. 179 y 180 de la LC España, en PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO UREBA, A.; ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G., *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, Dykinson SL, Madrid, 2004, t. II, p. 1491.
- ANCHÁVAL, Hugo, *Insolvencia del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2011.
- ANTA, Carlos A., *Raíces y tratamiento procesal de la rehabilitación en la quiebra*, en *Compendio Jurídico*, Errepar, Buenos Aires, abril de 2009.
- BARACAT, Edgar J., *Medidas cautelares en los concursos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- BARAVALLE, Roberto A. y GERBAUDO, Germán E., *Incautación, conservación y administración de los bienes en la quiebra*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, N° 269, abril de 2010, p. 362.
- *La protección de la vivienda familiar frente a la quiebra*, en *Boletín Zeus*, N° 7900, del 20-3-2006.
- BARBIERI, Pablo C., *Nuevo régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 3ª ed., Universidad, Buenos Aires, 2001.
- BOQUIN, Gabriela, *La rehabilitación del fallido y sus efectos respecto del desapoderamiento*, en *Microjuris*, MJ-DOC-4562-AR, MJD 4562.

- BOQUIN, Gabriela, *Un fallo acertado de la Corte Suprema acerca de los alcances de la resolución de rehabilitación del fallido*, en *Microjuris*, MJ-DOC-4789-AR, MJD4789.
- BORDA, Guillermo, *El bien de familia y dos fallos clarificadores*, en *La Ley* 2007-D-13.
- BORGHI, Carlos A. y TALE, Carlos, *Procesos concursales*, 2ª ed., Alveroni, Córdoba, 1994.
- BOUZAT, Luis, *El bien de familia y el desapoderamiento en el concurso civil y la quiebra*, en *JUS*, 1967, N° 9, p. 5.
- CÁMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, Buenos Aires, 1982, vol. III.
- CARREIRA GÓNZALEZ, Guillermo, *¿Patrimonio familiar vs. tráfico mercantil?*, en *La Ley* 2008-F-6.
- CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A., *Apostillas al caso “Barreiro” de la Corte Suprema de Justicia sobre el cese de la inhabilitación de los fallidos*, en *Microjuris*, MJ-DOC-4967, MJD 4967.
- *Bien de familia y quiebra: apartándonos de la doctrina de la Corte Suprema*, en *La Ley Buenos Aires*, 2008 (diciembre), p. 1191.
- *Bien de familia y quiebra: apartándonos de la doctrina de la Corte Suprema*, en *Microjuris*, MJ-DOC-4362-AR, MJD 4362, 29-8-2009.
- *Bien de familia en la quiebra: facultades del síndico en la interpretación de la CSJN*, en *La Ley* 2007-C-469.
- CAZORLA, Luis, *La Ley de Emprendedores: una norma para “salir en la foto”*, en www.luiscazorla.com (consulta: 1-5-2014).
- *Ley de emprendedores y concurso*, en www.luiscazorla.com (consulta: 1-5-2014).
- CERÁVOLO, Ángel F., *El adquirente de buena fe frente a la ineficacia concursal por desapoderamiento del fallido*, en *La Ley* 2009-A-847.
- CIURO CALDANI, Miguel A., *Acerca de la estrategia jurídica*, en *La Ley* del 16-5-2014, p. 1.
- *Estrategia jurídica*, Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1ª ed., 2011.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *La capacidad en el contrato de compra-venta*, en *La Ley* 2007-D-832.
- CUENA CASAS, Matilde, *Algunas deficiencias en la ley concursal ante la insolvencia de la persona física*, en *Aspectos civiles de Derecho Concursal*,

- XIV Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil, realizadas en Valencia en 2009, 1ª ed., Universidad de Murcia, Murcia, Serie de publicaciones, p. 267.
- *Conclusión del concurso persona física y pasivo insatisfecho*, en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, noviembre de 2013, 2013/79, en www.eprints.ucm.es (consulta: 1-5-2014).
- *Es necesario limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal*, en *El notario del siglo XXI*, Revista online del Colegio Notarial de Madrid, Madrid, Nº 36, marzo-abril de 2011, www.elnotario.com (consulta: 23-5-2012).
- “Fresh Start” y mercado crediticio, en InDret, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio de 2011, en www.indret.com (consulta: 12-5-2012).
- *Ley de emprendedores y exoneración de deudas o “fresh start”*, en *Anuario de Derecho Concursal*, Civitas, Madrid, Nº 31, 2014, p. 123.
- CHIAVASSA, Eduardo, en MARTORELL, E. (dir.) y ESPARZA, G. (coord.), *Tratado de Derecho Comercial*, t. XII, *Concursos y quiebras*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 199.
- CHOMER, Héctor y SÍCOLI, Jorge, *Ley de Concursos y Quiebras*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009.
- D’ALOLIO, Carlos A., *Efectos de la quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes*, en *Revista Judicial*, San José de Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Nº 90, febrero de 2009, p. 153.
- DASSO, Ariel A., *El acreedor involuntario: el último desafío al Derecho Concursal*, en conferencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Mendoza, octubre de 2009.
- FASSI, Santiago C. y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos y quiebras*, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires; 6ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo, *Concursos y quiebras*, 1ª ed., Errepar, Buenos Aires, 2003.
- FAVIER DUBOIS (p), Eduardo M., *Ejecución hipotecaria del bien de familia en la quiebra y afectación del saldo*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, Nº 212, julio de 2005, p. 840.
- FERNÁNDEZ, Raymundo, *Desapoderamiento del fallido. Naturaleza jurídica. Distintas teorías. Ley argentina. Legitimación procesal del fallido*, en *La Ley* 16-119.

- FERNÁNDEZ MOORES, Javier, *La inhabilitación inmortal*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011-B, p. 465.
- GADEA SOLER, Enrique, *La reapertura del concurso prevista en la ley concursal*, en GADEA SOLER, E.; NAVARRO LÉRIDA, M. y SACRISTÁN BERGIA, F., *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura*, La Ley, Madrid, Monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 11/2009, 2010, p. 153.
- GARCÍA, Silvana M., *Extinción de las obligaciones por la quiebra*, Astrea, Buenos Aires, 2010.
- *Régimen de inhabilitaciones por quiebra*, La Ley, Buenos Aires, 2002.
- GARRONE, José y LÓPEZ, Gastón, *Derecho comercial*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, t. II.
- GASTALDI, José M., *Capacidad y legitimación en los contratos*, en *La Ley* 2007-E-899.
- GERBAUDO, Germán E., *Cesación de pagos*, Nova Tesis, Rosario, 2011.
- *El bien de familia y la quiebra*, en *Jurisprudencia Rosarina*, Juris, Rosario, JR 2008-2/2009-1, 2010, p. 21.
- GOZALO LÓPEZ, Vicente, *España: el problema del sobreendeudamiento de los consumidores: ¿la “quiebra” del “concurso”?*, en *Microjuris*, MJ-DOC-5329-AR, MJD 5329.
- GRANADOS, E. y GERBAUDO, G., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, en ponencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Mendoza, octubre de 2009.
- GRAZIABILE, Darío J., *Bien de familia y quiebra. Una saludable doctrina judicial para una laguna legal*, en *Doctrina Judicial* 2001-3-587.
- *Cuestiones sobre el cese de la inhabilitación falencial*, en *La Ley* 2007-E-166.
- *Ley de concursos comentada. Análisis exegético*, 1ª ed., Errepar, Buenos Aires, 2008.
- GRILLO, Horacio, *Período de sospecha en la legislación concursal*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1999, ps. 43 y 44.

- GUERRERO MARTÍN, Carlos, *Propuestas para una futura ley sobre insolvencia de las personas físicas*, Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, Barcelona, febrero de 2012, en <http://www.fundacioncgae.org/fundacionCGAE/home.do> (consulta: 25-5-2012).
- *Soluciones concursales para la insolvencia de las personas físicas y emprendedores*, 20-2-2012, en www.iahorro.com (consulta: 25-5-2012).
- GUSTAVINO, Elías, *La quiebra y el bien de familia*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 12, *Derecho de familia patrimonial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 141.
- HEQUERA, Elena, *El bien de familia y sus efectos en la quiebra*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, N° 210, mayo de 2005, p. 540.
- HERRERA, Cristian, *La conclusión del concurso de la persona jurídica por inexistencia de bienes y derechos*, en *Anuario de Derecho Concursal*, Civitas, Madrid, N° 11, 2007, p. 595.
- JUNYENT BAS, Francisco e IZQUIERDO, Silvina, *En torno a los efectos personales de la quiebra. En especial el régimen de inhabilitación del fallido*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, N° 280, marzo de 2011, p. 261.
- *La rehabilitación: alternativa particular de la conclusión de la quiebra*, en *La Ley* 2008-E-767.
- JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Ley de Concursos y Quiebras comentada*, 1ª ed., LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2003, t. II.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PARELLADA, Gustavo y MEDINA, Graciela, *Bien de familia y quiebra*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 467.
- LAJE, Eduardo, *Capacidad para contratar*, en *La Ley* 1975-A-1099.
- LEONHART, Carolina, *Los principios concursales hoy. La universalidad y la "par conditio creditorum"*, Cap. II, en MARTORELL, E. (dir.) y ESPARZA, G. (coord.), *Tratado de Derecho Comercial*, t. IX, *Concursos y quiebras*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 79.
- LETTIERI, Carlos, *Aspectos del bien de familia en la quiebra del instituyente*, en *El Derecho* 115-886.
- LORENZETTI, Ricardo L., *El espíritu del Derecho Civil moderno (la tensión entre personas, economía y dogmatización)*, en *La Ley* 1992-C-1098.
- LUVERÁ, Miguel, *El bien de familia frente a la quiebra*, en *Boletín Zeus*, N° 6860, 4-2-2002.

- LLAMAS POMBO, Eugenio, *Momento actual y futuro del Derecho Civil*, Conferencia pronunciada en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, del 21-2-2001, en www.alterini.com.ar (consulta: 14-2-2003).
- *Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.
- MAFFÍA, Osvaldo J., *Derecho Concursal*, Depalma, Buenos Aires, 1988, t. II.
- *La ley de concursos comentada*, LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2003, t. II.
- *Los poderes del fallido en la quiebra*, en *Jurisprudencia Argentina* 1981-III-732.
- MALAGARRIGA, Carlos, *Tratado elemental de Derecho Comercial*, t. IV, *Quiebras y prescripción*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *El consumidor sobreendeudado: conclusión del concurso de persona física*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/23/2011/23-2011-2.pdf> (consulta: 30-5-2012).
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora, *La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor*, en *Anuario de Derecho Concursal*, Civitas, Madrid, 2005, Nº 6, p. 65.
- MARTORELL, Ernesto E., *El concursado preventivamente: ¿puede ser director de una sociedad anónima?*, en *La Ley* 1990-E-942.
- *Tratado de concursos y quiebras*, t. III, *De la quiebra*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.
- MONTESANO (n), Raúl, *El bien de familia en la quiebra*, en *Impuestos*, Buenos Aires, 1997, t. LV-C, p. 2839.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos? La cuestión frente a la reforma constitucional. El rol de los jueces*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 7, *Derecho Privado en la reforma constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 87.
- NICOLAU, Noemí, *La formación del contrato. Sus presupuestos*, Cap. II, en NICOLAU, N., *Fundamentos de Derecho contractual. Teoría general del contrato*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 51.
- OÑATE DANCAUSA, Juan, *Reformas necesarias para mejorar los concursos de personas físicas (II)*, en www.diariojuridico.com (consulta: 30-5-2012).
- PORCEL, Roberto J., *El bien de familia y la quiebra*, en *La Ley* 1989-B-734.

- PROVINCIALI, Renzo, *Tratado de derecho de quiebra*, trad. de Andrés Lupo Canaleta y José Romero Tejada, Ediciones Nauta, Barcelona, 1958, t. II.
- PULGAR EZQUERRA, Juana, *Ley de emprendedores y segunda oportunidad*, en *El Notario del siglo XXI*, Madrid, N° 51, septiembre-octubre de 2013, en www.elnotario.es (consulta: 1-5-2014).
- QUINTANA FERREYRA, Francisco y ALBERTI, Edgardo M., *Concursos. Ley 19.551 y modificatorias*, Depalma, Buenos Aires, 1990, t. 3.
- RAFFO BENEGAS, Patricio, *Régimen de las nulidades en el Código y en la reforma*, en *Revista del Notariado*, 713, 1405.
- RAISBERG, Claudia, *Bien de familia y pasivo falencial compuesto por acreedores anteriores y posteriores a su inscripción. Un dictamen novedoso*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 399.
- RIBERA, Carlos E., *La protección de la vivienda familiar y la insolvencia. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegria*, en *Derecho económico empresarial*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. III, p. 225.
- RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, t. II; 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. II.
- RIVERA, Julio C.; CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A.; DI TULLIO, José A.; GRAZÍABILE, Darío J. y RIBERA, Carlos E., *Derecho Concursal*, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. I.
- RIVERA, Julio C.; GIATTI, Gustavo y ALONSO, Juan I., *Bien de familia y quiebra*, en *Revista de Derecho de Familia*, LexisNexis–Abeledo-Perrot, Buenos Aires, *Familia y Derecho Comercial*, N° 32, noviembre/diciembre de 2005, p. 115.
- RIVERA, Julio C.; ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel, *Ley de Concursos y Quiebras*, 3ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. II.
- RIVERA (h), Julio César, *Autodeterminación y tolerancia. Ejes del derecho de la persona*, en www.rivera.com.ar (consulta: 9-8-2006).
- RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, *Efectos sobre la persona del fallido*, en *Manual virtual de Derecho Comercial*, descargado el 10-5-2012, <http://www.derecho-comercial.edu.uy>.
- RODRÍGUEZ QUESADA, Raúl, *El desapoderamiento en la quiebra*, en *Jurisprudencia Argentina* 69-32.

- ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 8ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 29.
- ROUILLON, Adolfo A. N.; ALONSO, Daniel y TELLECHEA, Deolinda, comentario al art. 177 de la LC, en ROUILLON, A. (dir.) y ALONSO, D. (coord.), *Código de Comercio comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2007, t. IV-B, p. 434.
- SACRISTÁN BERGIA, Fernando, *La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos*, en GADEA SOLER, E.; NAVARRO LÉRIDA, M. y SACRISTÁN BERGIA, F., *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura*, La Ley, Madrid, Monografía asociada a la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 11/2009, 2010, p. 89.
- SEMENT MARTÍNEZ, Santiago, “Discharge” y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del Derecho norteamericano y español, en *E-Prints Complutense*, Biblioteca de la Universidad Complutense, Documento de Trabajo o informe técnico no publicado, en <http://eprints.ucm.es/14642/1/Discharge.pdf> (consulta: 27-5-2012).
- SOLARI, Gioele, *Filosofía del Derecho Privado*, t. I, *La idea individual*, trad. de Oberdan Caletti, Depalma, Buenos Aires, 1946.
- STEMPELS, Hugo, *Efectos de la quiebra sobre el bien de familia*, en *Revista de Derecho Comercial y de la Obligaciones*, 1986, p. 777.
- TOBIÁS, José W., *Capacidad jurídica y capacidad de obrar*, en *La Ley* 2007-C-681.
- TONÓN, Antonio, *Derecho Concursal*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- TRUFFAT, E. Daniel, *Desapoderamiento y efectos patrimoniales de la rehabilitación*, en *Compendio Jurídico*, Errepar, Buenos Aires, agosto de 2007, t. XIX.
- *Otra vez sobre el bien de familia y la quiebra*, en *El Derecho* 165-44.
- TRUJILLO DIEZ, Iván J., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Facultad de Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha.
- VÍTOLO, Daniel R., *Concursos y quiebras*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.
- *Derecho Concursal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011.
- ZABALETA DÍAZ, Marta, *El concurso del consumidor*, en *Anuario Facultad de Derecho*, Alcalá de Henares, Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá de Henares, 2010, p. 301.
- *La condonación de deudas pendientes en el Derecho concursal alemán*, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, t. I, p. 998.

**LA CADUCIDAD DE LOS PLAZOS EN
SITUACIONES DE INSOLVENCIA.
LA REGULACIÓN EN LA LEY
DE CONCURSOS Y QUIEBRAS Y
LA RESPUESTA DEL CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL
DE LA NACIÓN**

por ERNESTO I. J. GRANADOS¹
y GERMÁN E. GERBAUDO²

SUMARIO: I. Introducción. II. Plazo. III. Obligaciones a plazo. IV. Las obligaciones a plazo frente a la insolvencia. 1. Introducción. 2. La regulación en el Código Civil. 3. La situación en la LC. 3.1. Quiebra. 3.2. Concurso preventivo. 3.3. Acuerdo preventivo extrajudicial. V. La respuesta del Código Civil y Comercial de la Nación. VI. Conclusiones.

Resumen

En este trabajo analizamos la cuestión referida a la caducidad de los plazos y los procesos concursales. Estudiamos qué sucede con las obligaciones a plazo en cada uno de los procesos concursales que se regulan en nuestra Ley de Concursos y Quiebras. Afirmamos que la caducidad de los plazos es un efecto de la quiebra, pero no del concurso

¹ Abogado (UNR). Decano de la Facultad de Derecho (UNR). Profesor titular de Derecho de la Insolvencia (UNR). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNL).

² Abogado (UNR). Profesor adjunto de Derecho de la Insolvencia (UNR). Magíster en Derecho Privado (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA).

preventivo y del acuerdo preventivo extrajudicial. Analizamos la solución propuesta en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y argumentamos a favor de la misma.

Abstract

In this paper we analyze the question referred to the expiration of deadlines and bankruptcy proceedings. We study what happens with term obligations in each of the bankruptcy proceedings regulated in our law on bankruptcy. We affirm that the expiration of the time is an effect of bankruptcy, but the bankruptcy proceedings and the court agreement. We analyze the solution proposed in the new Civil and Commercial Code and argue for it.

Palabras clave

Obligaciones a plazo. Caducidad de los plazos. Quiebra. Concurso preventivo. Proyecto de Código Civil.

Keywords

Term Obligations. Expiration of the time. Bankruptcy. Reorganization. Draft Civil Code.

I. Introducción

Las obligaciones pueden clasificarse de diferentes maneras. En función de los accidentes o modalidades que pueden alterar su eficacia se clasifican en puras y simples y en modales. Las primeras son las que no están sometidas a ninguna modalidad³. En las segundas se ubican las obligaciones a plazo, las condicionales y las que contienen un cargo.

³ La definición de obligación pura y simple que suministra el art. 527 del Código Civil es más estricta dado que se la define como aquella “cuyo cumplimiento no depende de condición alguna”. Es decir, no se menciona al plazo o al cargo. Por lo que si nos atenemos al texto legal habría que concluir que si una obligación está sujeta a plazo o a un cargo seguiría siendo una obligación pura y simple. Sin embargo, esta tesis es superada en la doctrina y se interpreta con más rigor el concepto de obligación pura. La concurrencia de cualquier modalidad impide que la obligación sea calificada como pura y simple. En consecuencia, prevalece la tesis de que las

El presente estudio se centra en estudiar qué sucede con las obligaciones a plazo ante la apertura de un proceso concursal, sea éste liquidativo o concursal. Más precisamente, se circunscribe a abordar una cuestión debatida intensamente en nuestra doctrina referida a si el concurso preventivo provoca o no la caducidad de los plazos. Desde ya anticipamos que nuestra posición en sentido negativo ha sido reiteradamente expuesta en trabajos anteriores⁴. Sin embargo, en esta oportunidad volvemos a debatir en relación con dicha hipótesis debido a que la cuestión ha sido abordada en el recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación, expidiéndose por la tesis que consideramos acertada en cuanto sólo la quiebra provoca la caducidad de los plazos, no ocurriendo lo mismo en caso de concurso preventivo.

En la presente colaboración expondremos en primer lugar una breve noción del plazo como modalidad de los actos jurídicos y de las obligaciones a plazo. Luego nos adentraremos en el estudio de las consecuencias jurídicas que se suscitan con las obligaciones con plazo ante la situación de insolvencia. A efectos de realizar el abordaje de esta última cuestión analizaremos la actual regulación que emana del Código Civil de 1869, luego expondremos la regulación en la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante LC) distinguiendo la situación de quiebra respecto a la de concurso preventivo y luego analizaremos la regulación que entrará en vigor el 1º de enero de 2016. Cerramos el estudio exponiendo nuestra posición.

obligaciones sometidas a condición, plazo o cargo, son obligaciones modales (CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, 2ª ed., Librería Editora Platense, La Plata, 2004, t. 1, p. 543).

⁴ GRANADOS, Ernesto I. J., *La exigibilidad de los privilegios en el Derecho Concursal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003; *Efectos de la apertura del concurso preventivo*, en revista *Derecho y Empresa*, Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad Austral, Rosario, 1995, N° 4, p. 64; GRANADOS, Ernesto I. J. y GERBAUDO, Germán E., *Las obligaciones a plazo en el concurso preventivo: necesidad de verificación y derecho de voto*, ponencia presentada al VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Iberoamericano de la Insolvencia, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, Universidad Católica Argentina, Rosario, 27, 28 y 29 de septiembre de 2006, t. II, p. 543.

II. Plazo

La palabra plazo hace referencia a cierta distancia entre dos límites temporales⁵. En tal sentido, se expresa que “se denomina ordinariamente plazo al lapso que media entre la celebración del acto y el acaecimiento de un hecho futuro y necesario, al cual está subordinado el ejercicio o la extinción de un derecho”⁶. También se indica que es “un acontecimiento futuro y cierto que suspende la exigibilidad o la extinción de un derecho y que produce sus efectos sin retroactividad”⁷. Asimismo, se sostiene que “es la cláusula en virtud de la cual se difieren (plazo suspensivo) o se limitan en el tiempo (plazo resolutorio) los efectos de un acto jurídico”⁸. De manera similar se indica que es “la modalidad que subordina la exigibilidad de un acto jurídico al transcurso de un espacio de tiempo”⁹. Asimismo, se expresa que “es el decurso del tiempo a cuyo término, futuro y cierto, se subordina la exigibilidad del acto jurídico”¹⁰.

El plazo presenta los siguientes caracteres:

- (i) Es futuro, en esto se asemeja a la condición. Con este carácter “se quiere significar un acontecimiento que vendrá, y no uno que ya sucedió o que está actualmente acaeciendo”¹¹.
- (ii) Es cierto o necesario, lo que equivale a decir que fatalmente ocurrirá. En esto difiere de la condición que es contingente.
- (iii) Sus efectos no son retroactivos, opera *ex nunc* (desde ahora) y no *ex tunc*.

Existen diversas clasificaciones del plazo. En primer lugar, tomando

⁵ WAYAR, Ernesto C., *Derecho Civil. Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1989, t. I, p. 425.

⁶ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín; RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Rafael, *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 211.

⁷ RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones*, Santiago de Chile, 1999, p. 215.

⁸ BORDA, Guillermo A., *Manual de obligaciones*, 12ª ed., LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 264.

⁹ CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, ob. cit., p. 585.

¹⁰ BOFFI BOGGERO, Luis María, *Tratado de las obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1975, t. 3, p. 291.

¹¹ CUBIDES CAMACHO, Jorge, *Obligaciones*, 5ª ed., reimp., Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, p. 101.

en consideración el efecto que ha de seguir al cumplimiento del plazo, cabe distinguir el suspensivo del resolutorio. El primero es también conocido como inicial¹² y es aquel en el cual se difieren los efectos del acto jurídico hasta el cumplimiento del término fijado¹³. El segundo es denominado también como extintivo¹⁴ o final¹⁵ y es aquel en el cual el transcurso del tiempo hace cesar la exigibilidad de la obligación¹⁶.

Tomando en consideración la fecha en que debe ocurrir el vencimiento del plazo se clasifica en cierto e incierto. En el primero “se conoce de antemano el momento de su realización”¹⁷ o “se conoce perfectamente cuándo ocurrirá su vencimiento”¹⁸. Asimismo, se expresa que es aquel en el cual “puede ser determinado astronómicamente, vale decir basta con recurrir al calendario para saber cuándo llegará el término”¹⁹. Por el contrario, en el segundo: “no se sabe la fecha en que ha de cumplirse”²⁰. El carácter incierto no recae sobre la realización sino sobre el momento o fecha de realización.

Desde el punto de vista de dónde surge o atendiendo al origen existen tres especies. El plazo legal surge de la ley, el judicial emana de una sentencia y el voluntario es el establecido por los otorgantes de un acto.

¹² ALTERINI, Atilio Aníbal, *Curso de obligaciones*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. II, p. 52; SEXE, Pedro Marcelo, *Plazo. Hecho necesario. ¿Jurídica o materialmente?*, en L. L. 1996-C-1080.

¹³ BORDA, ob. cit., ps. 264 y 266.

¹⁴ LLAMBÍAS, RAFFO BENEGAS y SASSOT, ob. cit., p. 212.

En los arts. 566 y 567 del Código Civil se utiliza la denominación de “resolutorio”, la que es criticada por los autores citados en esta nota expresando que “esta denominación es impropia porque en la terminología jurídica, la resolución borra lo ocurrido actuando retroactivamente a la fecha de la constitución del derecho, y en cambio el plazo no opera retroactivamente sino a partir de la fecha en que ocurre, dejando subsistir los efectos anteriores al acto” (LLAMBÍAS, RAFFO BENEGAS y SASSOT, ob. cit., p. 212).

¹⁵ ALTERINI, ob. cit., p. 52; SEXE, *Plazo. Hecho necesario. ¿Jurídica o materialmente?* cit., p. 1080.

¹⁶ CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, ob. cit., p. 586.

¹⁷ LLAMBÍAS, RAFFO BENEGAS y SASSOT, ob. cit., p. 212.

¹⁸ ALTERINI, ob. cit., p. 52.

¹⁹ SEXE, ob. cit., p. 1080.

²⁰ BORDA, ob. cit., p. 266.

De conformidad al artículo 570 del Código Civil el plazo se presume establecido a favor de ambas partes, salvo que por el objeto de la obligación o por otras circunstancias resulte haberse puesto a favor del deudor o del acreedor. Al respecto, Guillermo Borda señala que “la cuestión tiene importancia, porque si el plazo se supusiera establecido a favor del deudor, éste podría pagar antes del vencimiento; si lo fuera a favor del acreedor, éste podría exigir en cualquier momento el cumplimiento de la obligación. El principio general es, pues, que la obligación debe pagarse el día del vencimiento del plazo, ni antes ni después, salvo que lo contrario surgiera expresa o tácitamente de los términos del acto”²¹. La solución que adoptó Vélez en el artículo 570 se aparta de la solución tradicional que es que el plazo se considera en beneficio del obligado²².

III. Obligaciones a plazo

Las obligaciones a plazo son aquellas que están sujetas al elemento accidental denominado plazo. En tal sentido, se expresa que en las obligaciones a plazo “el ejercicio de los derechos de las partes está supeditado a que trascurra el tiempo indicado, ya sea para que comience ese ejercicio (plazo suspensivo) o para que el mismo cese (plazo resolutorio)”²³. Asimismo, se señala que son aquellas “en las que sus efectos se inician o cesan llegada una fecha determinada”²⁴. Las obligaciones a plazo –a diferencia de las sometidas a condición– se caracterizan por la certeza de la llegada del día de su cumplimiento²⁵.

El artículo 566 del Código Civil expresa que “La obligación es a plazo, cuando el ejercicio del derecho que a ella corresponde estuviere subordinado a un plazo suspensivo o resolutorio”.

²¹ Ídem nota anterior, p. 265.

²² Véase: LLAMBÍAS, RAFFO BENEGAS y SASSOT, ob. cit., p. 212; BORDA, ob. cit., p. 265.

²³ CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, ob. cit., p. 585.

²⁴ LÓPEZ DÍAZ, Elvira, *Iniciación al Derecho*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2006, p. 208.

²⁵ Ibídem.

IV. Las obligaciones a plazo frente a la insolvencia

1. Introducción

La insolvencia como efecto económico-jurídico produce profundas transformaciones en las relaciones jurídicas preexistentes. El estado de cesación de pagos o de insolvencia que es el presupuesto objetivo que adopta nuestra legislación para la apertura de los procesos concursales que ella regla genera alteraciones en diversas situaciones jurídicas preexistentes a la declaración concursal. Es decir, la apertura de un proceso concursal produce transformaciones de las situaciones existentes a la fecha de la declaración. La intensidad de estas mutaciones varía en el supuesto de un concurso preventivo respecto de la quiebra. Esta circunstancia se justifica en atención a las distintas finalidades que persiguen cada uno de estos procesos concursales y por la intensidad en que se ve afectado el patrimonio del deudor en cada uno de estos supuestos.

Respecto a la quiebra, Julio César Rivera señala que “produce el efecto de un prisma que descompone todas las relaciones jurídicas patrimoniales de que el quebrado es titular a la fecha de la sentencia, pues todas ellas son afectadas por la declaración de quiebra”²⁶.

Tal como expresamos en la Introducción de la presente colaboración, el objeto de este trabajo reside en analizar la figura de la caducidad de los plazos en las situaciones concursales. A tal efecto, examinaremos la regulación en el Código Civil actualmente vigente y en la LC.

Como consideración preliminar debemos señalar que la caducidad del plazo “es la privación de los beneficios del término, antes de su vencimiento, en virtud de una disposición legal. Es una sanción que la ley impone al obligado, a raíz de actos suyos en perjuicio del acreedor. Esta pena consiste en tener por cumplido ficticiamente el plazo, adelantando los efectos de su vencimiento”²⁷.

En las obligaciones a plazo rige el principio de puntualidad que determina que el pago debe ser hecho el día del vencimiento, ni antes

²⁶ RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. II, p. 139.

²⁷ CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, ob. cit., p. 598.

ni después. Por eso, es que conforme indicamos el artículo 570 establece que el plazo se presume establecido para ambas partes. Sin embargo, hay situaciones excepcionales en las que el acreedor está autorizado por la propia ley a exigir el pago antes del vencimiento. Se trata de casos en los que al suceder hechos excepcionales la ley determina la caducidad de los plazos²⁸.

2. *La regulación en el Código Civil*

El artículo 572 de Código Civil dispone que “El deudor constituido en insolvencia y los que lo representen no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación”.

En cuanto al texto cabe formular una serie de precisiones terminológicas. La expresión “insolvencia” es utilizada por el legislador en distintos preceptos, aunque es una institución sobre la que no ha legislado²⁹. Además, es preciso recordar que la redacción actual del artículo 572 del Código Civil proviene de la ley 1196 denominada “Fe de Erratas”³⁰. La redacción original del precepto fue tomada por Vélez del artículo 1188 del Código Civil francés de 1804 y expresaba lo siguiente: “...El deudor constituido en quiebra y los que lo representen no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación”. Como se advierte, el texto originario refería a

²⁸ WAYAR, ob. cit., ps. 432 y 433.

²⁹ ZAVALA RODRÍGUEZ, Juan Carlos, *Código de Comercio y leyes complementarias*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 19.

³⁰ El Código Civil tuvo diversas ediciones que motivaron el dictado de una ley de Fe de Erratas. En tal sentido, a medida que Vélez iba entregando los distintos libros que integraban el Código, el Poder Ejecutivo los hacía imprimir. El Libro I se imprimió en “La Nación Argentina” en 1865 y los restantes en la imprenta de Pablo A. Coni durante los años 1866 a 1869. Ante las deficiencias de la primera edición Sarmiento encargó una nueva edición a la casa “Hallet y Breen” de Nueva York.

Las deficiencias que mostraba la edición de Buenos Aires y los errores de la edición de Nueva York determinaron que el senador Benjamín Paz presentara en 1878 un Proyecto de ley proponiendo el dictado de una ley de “Fe de Erratas”. De acuerdo al senador por la Provincia de Tucumán las enmiendas a realizar alcanzaban a 29. Sin embargo, después del trámite por las dos Cámaras y sus respectivas comisiones las rectificaciones llegaron a 285. La ley de “Fe de Erratas” fue sancionada en agosto de 1882.

“quiebra” y no a “insolvencia” –la expresión que utiliza la Ley de “Fe de Erratas”–.

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 572 se redactó el artículo 753 del Código Civil. El último precepto dispone que “Puede el acreedor exigir el pago antes del plazo, cuando el deudor se hiciere insolvente, formando concurso de acreedores. Si la deuda fuese solidaria, no será exigible contra los codeudores solidarios, que no hubiesen provocado el concurso”. Se señala que este precepto “también tiene por fuente al artículo 1188, Código Civil francés, aunque indirectamente a través del artículo 1077, inciso 1º, del *Esboço* de Freitas”³¹.

Entendemos que la expresión “insolvencia” que refieren los textos tiene su lógica si atendemos a las soluciones vigentes en la época del Código. En efecto, cuando Vélez se refiere a “constituido en insolvencia” se está refiriendo tanto al deudor comerciante como al no comerciante y para una solución liquidativa³².

Por lo tanto, se hace referencia a las dos soluciones que desde el derecho de la insolvencia se preveían en aquella época: la quiebra para los comerciantes y el concurso civil para los no comerciantes. Los dos institutos son liquidativos y en esa línea deben ser interpretadas las disposiciones debido a que el procedimiento se vería perturbado si existirían créditos no exigibles todavía.

Por otra parte, la causal de caducidad no es simplemente la insolvencia sino que es menester una sentencia que declare que el deudor es insolvente. Es decir, no se refiere a una quiebra de hecho que no tiene virtualidad para producir efectos jurídicos sino a una quiebra de derecho³³.

³¹ HEREDIA, Pablo D., *El vencimiento anticipado de las obligaciones por causa de quiebra*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004-B, año 37, p. 1188.

³² Respecto a las distintas opiniones de la doctrina argentina véase: GRANADOS, *La exigibilidad de los privilegios...* cit., ps. 55 y ss.

³³ Respecto a la distinción entre quiebra de hecho y de derecho puede consultarse: ROUILLON, Adolfo A. N., *Procedimientos para la declaración de quiebra*, Zeus, Rosario, 1982, p. 12; MAFFÍA, Osvaldo J., *Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial*, en L. L. 1984-C-755.

3. *La situación en la LC*

3.1. *Quiebra*

3.1.1. *Texto legal*

El artículo 128, primera parte, de la LC bajo el título de *Vencimiento de plazos* expresa que “Las obligaciones del fallido pendientes de plazo se consideran vencidas de pleno derecho en la fecha de la sentencia de quiebra”.

3.1.2. *Introducción. El fundamento de la solución legal*

La quiebra trae como efecto el decaimiento de los plazos a los que se encuentran sujetas las obligaciones del fallido. De este modo, los acreedores deberán insinuar su acreencia en el pasivo concursal sin tener que esperar el vencimiento originario de las obligaciones. La solución es coherente con el desapoderamiento y con los principios de colectividad de acreedores –o universalidad subjetiva– y con el de concurrencia.

La caducidad se produce de pleno derecho a la fecha de la sentencia de quiebra. Por lo tanto, no resulta necesario que el juez de la quiebra dicte una sentencia disponiendo específicamente al respecto³⁴.

Se señala que se trata de “una solución coherente con la naturaleza del instituto falencial”³⁵, como así también que es “una solución eminentemente práctica a los fines de la liquidación del dividendo y del pago a los acreedores en moneda de quiebra”³⁶. El precepto “pone de manifiesto la incidencia de la quiebra sobre las obligaciones existentes, en este caso, con plazo aún”³⁷. Asimismo, se indica que “a la fecha de la quiebra se cristaliza el patrimonio del deudor y por ello todos

³⁴ GRISPO, Jorge Daniel, *Concursos y quiebras. Ley 24.522*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 695.

³⁵ CHOMER, Héctor O. y SÍCOLI, Jorge S., *Ley de Concursos y Quiebras. 24.522. Comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 221.

³⁶ GRAZIABILE, Darío J., *Ley de Concursos comentada. Análisis exegético*, 1ª ed., Errepar, Buenos Aires, 2008, p. 294.

³⁷ GARRONE, José Alberto y LÓPEZ, Gastón Federico, *Derecho Comercial*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, 2008, t. II, p. 451.

los créditos han de ser exigibles y se han de mensurar a esa fecha”³⁸. También se expresa que “estamos ante un vencimiento legalmente impuesto, que sustituye al convencionalmente establecido; y que tiene una finalidad eminentemente práctica a los fines de la liquidación del dividendo y del pago a los acreedores en moneda de quiebra. Es una herramienta legal que consolida el pasivo”³⁹. En definitiva, el fundamento estriba en que “frente a una situación de liquidación del patrimonio del deudor, para que cumpla su función de garantía, respetando el principio de igualdad de los acreedores, es manifiesta la conveniencia de tener a todos los créditos como vencidos a fin de pagar de acuerdo a la ley del dividendo en cada oportunidad en que haya fondos para distribuir y recurrir lo menos posible a reservar para pagos futuros”⁴⁰.

3.1.3. *Delimitación subjetiva y objetiva de las obligaciones comprendidas*

Corresponde delimitar subjetiva y objetivamente a qué obligaciones refiere la disposición que analizamos.

a) *Delimitación subjetiva*

Respecto a la limitación subjetiva, la norma es clara en este punto. Sólo resultan alcanzadas las obligaciones del fallido, es decir aquellas en las que el hoy fallido en la relación obligacional ostenta la calidad de deudor, es decir, las que él debe cumplir.

Por el contrario, no quedan atrapadas las obligaciones en las que el fallido es acreedor, esto es, titular de un crédito contra un tercero. En este caso, ante la quiebra corresponde al síndico procurar el cobro de los mismos de conformidad al artículo 182 de la LC, pero deberá hacerlo en los plazos legales o convencionales que se hubieran convenido. No podría el síndico alegar una anticipación en el vencimiento

³⁸ RIVERA, ob. cit., t. II, ps. 143 y 144; RIVERA, Julio César; CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo; DI TULLIO, José Antonio; GRAZIABILE, Darío J. y RIBERA, Carlos Enrique, *Derecho Concursal*, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, p. 324.

³⁹ RIVERA, ob. cit., t. II, ps. 143 y 144; RIVERA, CASADÍO MARTÍNEZ, DI TULLIO, GRAZIABILE y RIBERA, ob. cit., p. 324.

⁴⁰ GRANADOS, *La exigibilidad...* cit., p. 72.

por causa de la falencia. También, en lo atinente a la delimitación subjetiva cabe indicar que el decaimiento de los plazos se produce respecto de los socios ilimitadamente responsables (art. 160, LC).

El efecto que estudiamos no se extiende a los fiadores del fallido ni a los codeudores solidarios, en razón de que sería totalmente injusto extenderle el vencimiento a terceros ajenos al proceso liquidativo⁴¹.

b) *Delimitación objetiva*

En cuanto a la delimitación objetiva la norma se refiere sólo a aquellas obligaciones no vencidas al tiempo de la quiebra, pero concertadas bajo la modalidad de plazo. Al respecto se indica que “la expresión ‘pendientes de plazo’ indica genéricamente a todas las obligaciones no vencidas al tiempo de la declaración de quiebra, sea su término voluntario (o convencional), legal o judicial; cierto o incierto; determinado o indeterminado; expreso o tácito”⁴².

El precepto, si bien parece abarcar sólo a las obligaciones dinerarias, se aplica también a las obligaciones de dar cosas (ciertas o inciertas), cantidades de cosas, de hacer o no hacer, sujetas a plazo, debido a que no existen razones para discriminarlas⁴³.

No quedan atrapadas en el ámbito objetivo de la disposición las obligaciones condicionales, futuras y las sometidas al *pactum de non petendo*⁴⁴.

El análisis de las obligaciones condicionales exige partir de la noción de condición. En tal sentido se expresa que la condición “implica la subordinación de la existencia de la obligación a un acontecimiento

⁴¹ FASSI, Santiago C. y GEBHARDT, Marcelo, *Concursos y quiebras*, 6ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 310; CATALDO, Rodrigo, *Los efectos de la quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes y en particular*, Cap. XV, en MARTORELL, Ernesto E. (dir.) y ESPARZA, Gustavo A. (coord.), *Tratado de Derecho Comercial*, t. XII, *Concursos y quiebras*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 415.

⁴² HEREDIA, *El vencimiento anticipado...* cit., p. 1188.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ RIVERA, ob. cit., t. II, ps. 143 y 144; RIVERA, CASADÍO MARTÍNEZ, DI TULLIO, GRAZIABILE y RIBERA, ob. cit., p. 324; GRAZIABILE, Darío J., *El régimen obligacional en el concurso*, en D. J. del 18-10-2006, p. 455; GRAZIABILE, *Ley de concursos comentada...* cit., p. 294; HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Ábaco, Buenos Aires, 2005, t. IV, p. 726.

futuro e incierto”⁴⁵. La diferencia con el plazo es que la condición puede o no suceder, es esencialmente incierta. Por el contrario, el plazo ha de ocurrir fatalmente. Es por ello que la condición depende de la existencia misma de la obligación, y en cambio, el plazo sólo refiere a la exigibilidad⁴⁶.

La condición admite una primera clasificación que emerge del artículo 528 del Código Civil y que “es de decisiva importancia”⁴⁷, debido a que “derivan de ella importantes consecuencias en cuanto a sus efectos”⁴⁸. En tal sentido, la condición es susceptible de clasificarse en suspensiva y resolutoria⁴⁹. En la primera especie lo que se halla subordinado a ella es el nacimiento de un derecho. En tanto que en la segunda lo que depende del hecho incierto es la extinción del derecho. En el caso de la condición suspensiva el acto no produce sus efectos sino a partir del momento en que aquélla se cumple. Por el contrario, si es resolutoria, los efectos comienzan a producirse desde la celebración del acto, pero cesan si acaece la condición.

Respecto a las obligaciones condicionales en el proceso concursal se expresa: “en el caso de la obligación condicional, podría decirse que a los fines prácticos del concurso, podría aplicarse analógicamente la regla, lo que llevaría a que el acreedor pueda insinuarse, pero en realidad como tal verificación será condicional, porque el hecho incierto y futuro no se ha cumplido, la verificación tendrá la modalidad de la obligación, es decir que en el caso de la condición suspensiva, como no se ha cumplido, el acreedor no tendrá derecho al dividendo hasta el acaecimiento del hecho; y en el caso de la resolutoria, como es acreedor *ab initio* podrá verificarse y cobrar en moneda de quiebra pero dando garantía de restitución para el caso de que la condición se cumpla”⁵⁰. Por su parte, Pablo Heredia expresa que “si la condición es suspensiva, el artículo 128, LCQ, resulta inaplicable ya que la quiebra

⁴⁵ ALTERINI, ob. cit., 1992, t. II, p. 29.

⁴⁶ BORDA, ob. cit., p. 264.

⁴⁷ BOFFI BOGGERO, ob. cit., p. 246.

⁴⁸ BORDA, ob. cit., p. 248.

⁴⁹ Respecto a esta clasificación, véase: ODERIGO, José F., *Obligaciones bajo condición suspensiva y bajo condición resolutoria*, en *Revista del Notariado*, 179, p. 337.

⁵⁰ GRAZIABILE, *El régimen obligacional en el concurso...* cit., p. 455.

puede adelantar la fecha de la exigibilidad de una deuda sobre cuya existencia no caben dudas, en razón de que tal anticipación no modifica en definitiva la naturaleza del derecho, pero mal podría provocar una transformación de un derecho puramente eventual o hipotético en uno actual y cierto. De tal suerte, el término acordado para el cumplimiento de una condición suspensiva no puede considerarse vencido por efecto de la declaración de quiebra; ello significaría confundir el plazo y la condición”⁵¹. Asimismo, agrega que “en cuanto a la obligación bajo condición resolutoria, cabe recordar que es plenamente eficaz *pendente conditione*, aunque se halle expuesta a desaparecer con retroactividad al día en que nació o se contrajo (arts. 543 y 555, Cód. Civ.). Por ello, si al tiempo de ser declarada la quiebra del deudor no se produjo todavía el evento condicionante, la deuda existe, y no hay necesidad de aplicar el artículo 128, LCQ, para remover ningún obstáculo que impida su exigibilidad porque, simplemente, la deuda es exigible, como si la obligación fuera pura y simple”⁵².

Las obligaciones futuras refieren a “todos aquellos supuestos en que existiendo una relación jurídica, ésta se constituye de tal modo que no alumbró un derecho actual (ni siquiera condicional, o a término) sino una mera situación jurídica de pendencia”⁵³. Éstas no quedan atrapadas en la previsión legal porque jurídicamente no existen a la fecha de la quiebra. Se trata de un crédito futuro y no actual. Pablo Heredia con cita a Jorge Tomillo Urbina expresa que “las deudas eventuales o futuras no pueden vencer anticipadamente porque jurídicamente no existen. El titular expectante no tiene frente al quebrado más que una esperanza jurídica cualificada, una posibilidad de adquirir un derecho concreto de manera inmediata si se produce determinado evento. Pero no tiene derecho a ese crédito que es una deuda para el quebrado”⁵⁴.

En cuanto al *pactum de non petendo* –obligación de no pedir–

⁵¹ HEREDIA, *El vencimiento anticipado...* cit., p. 1188.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ TOMILLO URBINA, Jorge, *El vencimiento anticipado de las deudas en la quiebra*, Civitas, Madrid, 1996, p. 83, citado por HEREDIA, *El vencimiento anticipado...* cit., p. 1188.

surge de la voluntad de los contratantes y consiste en un pacto de aplazamiento. Al respecto Ariel Ángel Dasso sostiene que “también se tornan exigibles las obligaciones sometidas al pacto de no pedir dentro de cierto plazo (*pactum de non petendo*), pues el concurso del deudor le priva de finalidad pues tiene la misma función del plazo respecto del cual la norma dispone de su decaimiento”⁵⁵. En sentido similar, Pablo Heredia sostiene que “en el plano del vencimiento anticipado en la quiebra, el *pactum* desempeña la misma función del plazo, en cuanto factor dilatorio de la exigibilidad obligacional”⁵⁶.

Es decir, acaecida la quiebra el pacto de aplazamiento pierde su finalidad y el vencimiento anticipado que establece el artículo 128 de la LC provoca la exigibilidad de la obligación alcanzada por esta estipulación.

3.1.4. *Momento en que opera el vencimiento de los plazos*

El artículo 128 de la LC es claro al respecto. El decaimiento de los plazos opera de pleno derecho a la fecha de la sentencia de quiebra. Es decir, la caducidad se produce desde el mismo día que fue dictada la sentencia de quiebra.

3.1.5. *¿Qué ocurre en el supuesto de revocación de la sentencia de quiebra por admisión del recurso de reposición o por conversión?*

Venimos exponiendo que la declaración de quiebra provoca de pleno derecho la caducidad de los plazos. Atento a que la ley no distingue, este efecto se produce aun cuando no se encuentre firme la sentencia de quiebra. Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede en el supuesto de que la sentencia de quiebra se revoque, sea porque se admitan algunos de los recursos específicos que la LC prevé respecto a la misma –reposición y levantamiento de la quiebra sin trámite– o que se acoja la conversión de la quiebra en concurso preventivo.

El recurso de reposición tiene como finalidad revocar la sentencia

⁵⁵ DASSO, Ariel Ángel, *El porqué de la caducidad de los plazos en el concurso preventivo –en ocasión del caso “Fargo”–*, en L. L. 2005-D-1024.

⁵⁶ HEREDIA, *El vencimiento anticipado...* cit., p. 1188.

de quiebra. Se trata de un medio de impugnación de la sentencia de quiebra que se interpone ante el mismo tribunal que la dictó para que realice un nuevo examen y, eventualmente, la revoque⁵⁷. Así se indica que “constituye una verdadera acción, ejercida a través de una demanda que contiene la pretensión de desacreditar los presupuestos concursales, con alegación fáctica y ofrecimiento de prueba”⁵⁸.

El levantamiento de la quiebra sin trámite es una variante de la reposición. Se sostiene que “no se trata de dos vías recursivas diferentes entre sí, sino que por el contrario, se presentan como una opción para el deudor”⁵⁹. En todo caso el levantamiento de la quiebra sin trámite puede ser entendido como una reposición sin sustanciación.

La conversión “implica que el deudor quebrado a pedido de acreedor (quiebra directa necesaria) que no se encuentre dentro del período de inhibición del artículo 59 de la LC, puede requerir la cesación de la quiebra y la apertura del concurso preventivo, dentro del plazo que fija la ley y siempre que satisfaga los recaudos formales del artículo 11”⁶⁰.

En caso de que se revoque la sentencia de quiebra entendemos que los plazos mantendrán su validez en los términos originariamente pactados. Lo mismo sucedería en caso de que se revoque la quiebra y se abra un proceso concursal preventivo por intermedio de la admisión de la conversión.

3.1.6. *¿Qué sucede en caso de avenimiento?*

El avenimiento es un modo de conclusión de la quiebra. Respecto al mismo se indica que “supone el consentimiento con el levantamiento o conclusión de la quiebra de un deudor, prestado por los acreedores verificados y declarados admisibles, mediante escrito cuyas firmas deben ser autenticadas por notario o ratificadas ante el secretario del

⁵⁷ GERBAUDO, Germán E., *El recurso de reposición contra la sentencia de quiebra*, en *Zeus*, Boletín N° 11.413, 29-11-2010.

⁵⁸ GRAZIABILE, *Ley de concursos comentada...* cit., p. 236.

⁵⁹ HOLAND, Mario D., *El recurso de reposición a la sentencia de quiebra*, en *Zeus* 29, Secc. Doc., p. 31.

⁶⁰ RIVERA, CASADÍO MARTÍNEZ, DI TULLIO, GRAZIABILE y RIBERA, ob. cit., p. 95.

juzgado interviniente antes de la última enajenación de los bienes del activo de la quiebra”⁶¹.

Frente a este modo conclusivo de la quiebra hay que distinguir si hubo o no distribuciones parciales. En caso de que existiera ese suceso “los efectos ya cumplidos mantienen su validez, de manera que lo cobrado por los acreedores en esas oportunidades tiene carácter *solutorio* y mantendrán por el saldo los derechos que le correspondían antes de la quiebra o los que les correspondan según el convenio privado concluido con el fallido para obtener el avenimiento”⁶². En tanto que “si no ha habido distribuciones parciales, los acreedores retomarán sus derechos en la forma que estaban originariamente o como los hayan acordado para otorgar el avenimiento”⁶³.

En el supuesto de que existan obligaciones no vencidas a la fecha de la quiebra y que tampoco lo estuvieran a la fecha del avenimiento, y si éste no estatuye un acuerdo modificatorio, el plazo retoma su vigencia⁶⁴.

En esta instancia, cabe preguntarse qué sucede con los acreedores que se han mantenido al margen del proceso concursal que concluyó por avenimiento. Es decir, qué ocurre con quienes no concurrieron a sede concursal a solicitar la verificación de su crédito.

El criterio predominante en la doctrina es que la conclusión de la quiebra no provoca la extinción del crédito del acreedor que no concurrió. Por lo tanto, éste debe considerarse subsistente en cuanto no haya transcurrido el plazo de prescripción que según el derecho de fondo corresponda aplicar⁶⁵.

⁶¹ ALEGRIA, Javier, *Notas sobre el avenimiento concursal*, en *Concursos y quiebras. Estudios en homenaje al Dr. Ricardo S. Prono*, Rubinzal-Culzoni-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2011, p. 63.

⁶² GRANADOS, *La exigibilidad de los privilegios...* cit., ps. 74 y 75.

⁶³ Ídem nota anterior, p. 75.

⁶⁴ Ibídem.

⁶⁵ RIBICHINI, Guillermo Emilio, *Nuevamente sobre la “caducidad concursal”*, en L. L. 1994-D-197; RIVERA, *Instituciones...* cit., t. II, ps. 262 y 263; RIVERA, CASADÍO MARTÍNEZ, DI TULLIO, GRAZIABILE y RIBERA, ob. cit., p. 570; FASSI y GEBHARDT, ob. cit., p. 454; GRANADOS, *La exigibilidad de los privilegios...* cit., p. 75; GARCÍA, Silvana Mabel, *Extinción de las obligaciones por quiebra*, Astrea, Buenos Aires, 2010, ps. 169 y ss.

Creemos acertada esta solución debido a que no existe en la quiebra una norma similar a la prevista en el artículo 56 de la LC para el concurso preventivo. Si el legislador hubiere querido que la conclusión de la quiebra provoque la extinción de los créditos no concurrentes lo habría establecido de manera expresa como lo hizo en el concurso preventivo. En consecuencia, opinamos que en este caso los plazos tendrán vigencia según hayan vencido o no en la obligación originaria.

3.2. Concurso preventivo

Conforme señalamos al comienzo de esta colaboración, el decaimiento de los plazos es un efecto de la quiebra, previsto expresamente en el artículo 128 de la LC. Sin embargo, el legislador guarda silencio respecto a qué sucede con las obligaciones a plazo en el concurso preventivo. La cuestión referida a si el concurso preventivo provoca o no la caducidad de los plazos es arduamente debatida en nuestra doctrina. Además, es un tema de gran trascendencia para la “suerte” del concurso preventivo.

Por nuestra parte, entendemos que en el caso del concurso preventivo la situación no está resuelta expresamente y, por lo tanto, sostenemos que no se produce la caducidad de los plazos. No desconocemos que existe importante doctrina que argumenta a favor de aplicar para el concurso preventivo la misma solución prevista para la quiebra. Sin embargo, creemos que dicha posición es desacertada dado que provocar la caducidad de los plazos como consecuencia de la apertura del concurso preventivo sería desconocer las finalidades de este proceso, e inclusive, es atentar gravemente contra el éxito del proceso de reestructuración.

A continuación, expondremos en primer término las posiciones en la doctrina y finalmente expresaremos nuestra posición.

Una calificada doctrina se inclina por sostener que el concurso preventivo provoca la caducidad de los plazos. En tal sentido, Alfredo Castañón sostiene que “entendemos que sí y ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Concursos que exige que verifiquen los créditos todos los acreedores ‘por causa o título anterior a la pre-

sentación'. En consecuencia se unifican todos los acreedores quirografarios y se los somete a un patrón común que es el importe de sus créditos en moneda de curso legal (transformación de las deudas no dinerarias, deducción de los intereses en deudas sometidas a plazo) y luego de ese proceso se los somete a todos al cumplimiento del acuerdo homologado. Es decir que se produce un corte al momento de la presentación como consecuencia del cual se cristalizan las obligaciones a esa fecha y se impide cualquier medida tendiente a exigir las (excepción hecha de los créditos con garantía prendaria o hipotecaria) sometiendo su suerte a resultas de la junta de acreedores y posteriores trámites”⁶⁶.

Darío Graziabile sostiene que “por nuestra parte, compartimos la posición de Pothier, respecto a que ante la insolvencia declarada del deudor –quiebra o concurso preventivo– desaparece la confianza tenida por el acreedor al momento de contratar, en virtud de que el deudor recurre al órgano judicial voluntaria –concurso preventivo y pedido de propia quiebra– o compulsivamente –quiebra pedida por acreedor y extensión de quiebra– a fin de normalizar la crisis económica que soporta y ante el hecho de que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones. Se entiende, que el término acordado para el cumplimiento de la obligación, es concedido al deudor, bajo la condición resolutoria tácita de que su estado económico no cambie, de modo que el acreedor pueda mantener inalterable su fe en la solvencia del deudor.

”En virtud de ello, tanto en la quiebra como en el concurso preventivo desaparecen los motivos por los cuales se ha otorgado el plazo”⁶⁷.

Agrega que “Más allá de ello, el mismo proceso concursal produce efectos propios que obligan a concluir, que tanto en el preventivo como en el liquidatorio, debe aplicarse el principio.

”No podemos decir que la insolvencia, por sí sola produce la ca-

⁶⁶ CASTAÑÓN, Alfredo J., *Concurso preventivo: contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes*, en L. L. 1988-B-882.

⁶⁷ GRAZIABILE, Darío J., *¿Se produce el vencimiento anticipado de las obligaciones a plazo en el concurso preventivo?*, en D. J. 2001-2-1163.

ducidad de los plazos, sino que necesitamos que ésta se exteriorice judicialmente, para que así se produzcan los efectos ‘concursales’, los cuales fundamentan el vencimiento de las obligaciones.

”El primero de estos efectos es la suspensión y fuero de atracción que ejerce el proceso concursal respecto de las acciones individuales de contenido patrimonial. Nada significaría esperar el vencimiento de los términos de algunas obligaciones todavía no vencidas, si su titular no podría hacer valer su derecho individualmente.

”Concordantemente con esto y como segundo efecto, debemos entender que en ambos procesos concursales se produce la cristalización del pasivo a fin de viabilizar el perfecto cumplimiento de sus fines, manteniendo imperiosamente la *par condicio creditorum* y viabilizando el cobro de los créditos”⁶⁸.

Concluye Darío Graziabile que “Tanto en el concurso preventivo como en la quiebra todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación en concurso preventivo o decreto de quiebra tienen la carga de verificar su crédito, no quedando excluidas las obligaciones a plazo. Resulta ésta la única forma de producir la homogeneidad de la masa pasiva con relación a la exigibilidad de los créditos concurrentes. Además la cristalización del pasivo concursal, producido como consecuencia de la necesaria verificación de todos los créditos de causa o título anterior a la presentación en concurso preventivo queda a las resultas del período de exclusividad”⁶⁹.

Por su parte, Santiago C. Fassi y Marcelo Gebhardt sostienen que “la solución podría razonablemente extenderse, aun sin texto expreso, al caso de concurso preventivo”⁷⁰.

Otros autores también sostienen que el concurso preventivo pro-

⁶⁸ *Ibídem*.

⁶⁹ *Ibídem*. La misma posición fue expuesta por el autor en otros trabajos, véase: GRAZIABILE, Darío J., *Los créditos con garantía real en el concurso preventivo. Problemas y soluciones*, en L. L. 2004-E-1362; GRAZIABILE, *El régimen...* cit., p. 455.

Recientemente reiteró su posición, véase: GRAZIABILE, Darío J., *Brevísima crítica al proyecto de Código Civil y Comercial y la pretendida inexistencia de la caducidad de los plazos en el concurso preventivo*, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, Buenos Aires, mayo de 2013, N° 306, p. 467.

⁷⁰ FASSI y GEBHARDT, ob. cit., p. 310.

duce la caducidad de los plazos. Algunos lo hacen por aplicación de los artículos 572 y 753 del Código Civil⁷¹ y otros por aplicación de la norma de la quiebra (arts. 128 de la ley 24.522, y 132 de la ley 19.551)⁷².

Por el contrario, calificada doctrina sostiene que el concurso preventivo no produce la caducidad de los plazos⁷³. En este sentido, Julio César Rivera señala que “el solo hecho del concurso preventivo no es una causa de caducidad de los plazos. Adviértase que el legislador concursal ha previsto ese efecto sólo para la quiebra, y más allá de la interpretación que se dé a los artículos 572 y 753 del Código Civil, lo cierto es que hoy la cuestión está regida por la Ley de Concursos, la que no dispone que el concurso preventivo cause la extinción de todos los plazos”⁷⁴. Agregando luego que “por lo demás, como ya se dijo, puede interesar al deudor la conservación del plazo, verbigracia en créditos con garantía real a largo plazo, por lo que puede continuar pagando esas deudas sin afectar la *par conditio creditorum* y evitando así agravar su situación pues mantiene diferidas en el tiempo obligaciones que de hacerse exigibles serían de imposible cumplimiento”⁷⁵.

⁷¹ TONÓN, Antonio, *Derecho Concursal*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 134; ARGERI, Saúl A., *La quiebra y demás procesos concursales*, Platense, La Plata, 1978, t. I, p. 337; FIGUEROLA, Melchor, *Efectos de la apertura del concurso preventivo (Primera Parte)*, en MARTORELL, Ernesto E. (dir.) y ESPARZA, Gustavo A. (coord.), *Tratado de Derecho Comercial*, t. X, *Concursos y quiebras*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 171.

⁷² TONÓN, ob. cit., p. 134; FAVIER DUBOIS, Eduardo M., *Concursos y quiebras*, 1ª ed., Errepar, Buenos Aires, 2003, ps. 75 y 76.

Los autores citados sostienen que resultan aplicables tanto las normas del Código Civil como la prevista en la LC para la quiebra.

⁷³ LOZA, Eufracio, *La Ley de Quiebras 11.719. Comentada, concordada y anotada*, Zavallá, Buenos Aires, 1963, p. 65; MAFFÍA, Osvaldo J., *¿Por qué caducidad de los plazos en el concurso preventivo?*, en L. L. 1986-E-895; GRANADOS, *Efectos...* cit., p. 64; BARAVALLE, Roberto A. y GRANADOS, Ernesto I. J., *Ley de Concursos y Quiebras*, 24.522, Liber, Rosario, 1996, t. II, p. 143; BORSINI, Mayra y GRANADOS, Ernesto I. J., *Situación de las moratorias o convenios de pago del Fisco (nacional, provincial y municipal) frente al concurso preventivo o acuerdo preventivo extrajudicial del contribuyente*, en *Revista de Derecho Concursal*, Zeus, Rosario, 2003, t. I, p. 47; GRANADOS y GERBAUDO, *Las obligaciones...* cit., p. 543.

⁷⁴ RIVERA, *Instituciones...* cit., p. 220.

⁷⁵ Ídem nota anterior, p. 221.

Asimismo, expresa que “lo mismo puede suceder en la obligación de restituir una cosa dada en comodato al que se ha fijado plazo; no tendría sentido que ese plazo se considere vencido y obligase por ende a restituir la cosa inmediatamente”⁷⁶.

En esa línea argumental, Javier Lorente indica que “entendemos que la norma del artículo 128, LCQ, no es aplicable analógicamente al concurso preventivo. Ello pues dentro del procedimiento liquidatorio resulta un absurdo obligar al acreedor a esperar el vencimiento del término frente a un deudor quebrado, pero dicho principio no es aplicable, lisa y llanamente, al concurso preventivo”⁷⁷.

Continúa expresando Javier Lorente que “el vencimiento anticipado de las deudas a término frente a la crisis patrimonial resulta completamente diferente si se trata de un procedimiento concursal que logra su objetivo con la liquidación de los bienes del deudor y la satisfacción de los acreedores legítimos, que cuando el procedimiento concursal se ordena a la superación del estado de insolvencia mediante un convenio entre deudor y acreedores que permita reorganizar y conservar la empresa insolvente”⁷⁸. Finalmente, el autor indica que “la interpretación analógica no es suficiente en este caso, puesto que los principios que inspiran la caducidad de los plazos frente a un proceso concursal universal liquidatorio, no son idénticos, ni siquiera análogos, a los que dan fundamento al mismo instituto frente a un procedimiento tendiente a salir de la crisis patrimonial mediante acuerdos alcanzados con los acreedores”⁷⁹. Indicando luego que “en consecuencia, concluimos que el vencimiento anticipado de las obligaciones previsto en el artículo 128, LCQ, no resulta aplicable analógicamente al concurso preventivo, y que la remisión del artículo 20, LCQ, al artículo 753 del Código Civil debe limitarse a: 1) acreedores relacionados con el deudor en virtud de contratos en curso de ejecución con prestaciones recíprocas pendientes; 2) para permitir que los acreedores de obligaciones no vencidas cumplan con la carga de presentarse a

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ LORENTE, Javier Armando, *Ley de Concursos y Quiebras*, Gowa, Buenos Aires, 2000, p. 256.

⁷⁸ *Ídem* nota anterior, p. 257.

⁷⁹ *Ibíd.*

verificar sus créditos (art. 32), y 3) para créditos que carezcan de privilegio, en particular los regulados en el artículo 241, LCQ”⁸⁰.

En la jurisprudencia un precedente paradigmático a la hora de sostener que el concurso preventivo no provoca el decaimiento de los plazos lo encontramos en lo resuelto por la sala II de la Cámara Civil y Comercial de Rosario en los autos “Laromet SA s/Concurso preventivo”. En este caso, el concursado solicitó autorización judicial para seguir pagando deudas que tenían una garantía real y cuya causa era anterior a la presentación concursal. Efectuado el planteo el acreedor privilegiado no opinó al respecto y la sindicatura dictaminó de manera favorable a la pretensión de la concursada. Sin embargo, el magistrado interviniente denegó la autorización alegando la vigencia del artículo 753 del Código Civil. La concursada apela la decisión y radicados los autos en la Alzada, la sala II de la Cámara Civil y Comercial de Rosario revoca el fallo del a quo. No entra a analizar el tema de la caducidad, sino que concede la autorización porque la considera comprendida dentro de los actos que se pueden hacer con autorización judicial (art. 16, LC)⁸¹.

Consideramos que si bien el fallo apuntado no ingresa en el tema de la caducidad de los plazos la solución adoptada por la sala sólo puede sostenerse si se interpreta que el concurso preventivo no provoca el decaimiento de los plazos. En definitiva, si puede autorizarse a seguir pagándose créditos privilegiados es porque estos acreedores titulares de obligaciones a plazo no ven decaído el mismo. En este caso, la caducidad del plazo causaría un grave perjuicio tanto al concursado como al acreedor. Al primero, el no mantenimiento de los plazos provocaría una grave afectación que atentaría contra el éxito de la solución preventiva dado que podría ver ejecutados ciertos bienes que pueden ser esenciales para la conservación de la empresa. En tanto que al

⁸⁰ Ídem, p. 260.

⁸¹ CCCom. de Rosario, sala II, 12-8-99, “Laromet SA s/Concurso preventivo”, L. L. Litoral 1999-1007.

Adolfo Rouillon comenta de manera favorable el decisorio de la sala, aunque sin entrar a analizar la cuestión de la caducidad o no de los plazos (ROUILLON, Adolfo A. N., *Abierto el concurso preventivo: ¿puede el concursado pagar créditos hipotecarios o prendarios anteriores a la presentación concursal?*, en L. L. Litoral 1999-1010, p. 1999).

segundo, lo obligaría a verificar y luego llevar a cabo la ejecución de las garantías, cuando en realidad le resultaría más provechoso seguir cobrando su crédito en los plazos establecidos.

También acredita la idea de que el concurso no causa la caducidad de los plazos ni la posibilidad de seguir pagando una moratoria fiscal una vez abierto el proceso concursal. Consideramos que una vez abierto el proceso concursal el deudor puede pedir autorización en los términos del artículo 16 de la LC para seguir pagando un crédito fiscal de conformidad a la moratoria o convenio acordado antes de la presentación en concurso preventivo. En tal sentido, entendemos que mantenerse con una moratoria vigente con las ventajas que ello implica, reviste un genuino interés para el concurso.

En definitiva, nosotros consideramos que ni la presentación ni la apertura del concurso preventivo provocan la caducidad de los plazos. La norma prevista para la quiebra no puede trasladarse analógicamente al ámbito del concurso preventivo. La quiebra es una solución liquidativa, diametralmente opuesta al objetivo de reestructuración de pasivos o reorganización de la empresa que se persigue con el concurso preventivo. Si se aplicara la misma solución en el concurso preventivo como en la quiebra se atentaría severamente con las posibilidades de “éxito” de la solución concursal y no sólo se vería perjudicado el deudor sino también los acreedores.

En la quiebra los acreedores quirografarios deben esperar la liquidación para cobrar de acuerdo a la ley del dividendo. La caducidad en este caso tiene como objetivo el de poner a todos los acreedores en un pie de igualdad frente a la distribución del dividendo y la utilidad práctica de no tener que formular reservas para los vencimientos que se fueran operando en el futuro, si es quiebra liquidativa, o con las variantes propias de cada forma de conclusión de la quiebra.

Si bien los presupuestos subjetivos y objetivos en la quiebra y en el concurso preventivo son idénticos, las finalidades de las soluciones concursales difieren diametralmente. Por eso, no podemos transpolar una norma pensada para la quiebra al concurso preventivo. En la quiebra se persigue una liquidación ordenada del activo falencial en beneficio de todos los acreedores. Dicha liquidación debe ser lo más rápida posible para causar el menor perjuicio a los acreedores y al concursado.

La dilación en el tiempo determina que los acreedores cobren menos y que el fallido sufra las consecuencias de seguir atado a un estado de quiebra con las consiguientes derivaciones negativas que ello implica. A fin de asegurar los objetivos del proceso liquidativo se moviliza como principal efecto patrimonial el desapoderamiento en virtud del cual el fallido pierde las facultades de administrar y disponer respecto de los bienes que integran su patrimonio.

En el concurso preventivo se excluye la idea de liquidación y la afectación patrimonial sobre el deudor es menor ya que éste seguirá con la administración de su patrimonio, aunque sujeto al contralor del síndico.

En base a la tesis que venimos exponiendo opinamos que el acreedor titular de un crédito no vencido contra el concursado preventivamente, deberá solicitar la verificación de su crédito y una vez admitido en el pasivo concursal se encuentra legitimado para decidir sobre la propuesta de acuerdo preventivo⁸².

3.3. *Acuerdo preventivo extrajudicial*

El acuerdo preventivo extrajudicial es un instituto que permite al deudor a través de acuerdos suscriptos con sus acreedores remover la insolvencia o las dificultades económicas o financieras de carácter general que afectan a su patrimonio⁸³.

Tiene una génesis contractual, en el sentido de que existe una primera instancia estrictamente privada, de negociación, en donde el deu-

⁸² GRANADOS y GERBAUDO, *Las obligaciones...* cit., p. 543; GERBAUDO, Germán E., *Legitimados para decidir sobre la propuesta de acuerdo preventivo*, en *Zeus*, Nº 14, del 1-12-2008, t. 108, p. 729.

En contra, considerando que los acreedores por obligaciones no vencidas quedan excluidos del cómputo de las mayorías véase: CNCom., sala B, 4-3-2005, “Compañía de Alimentos Fargo SA s/Concurso preventivo”, L. L. 2005-B-581.

⁸³ El acuerdo preventivo extrajudicial exhibe una innovación en materia de presupuesto objetivo dado que a la par del presupuesto tradicional del estado de cesación de pagos o de insolvencia se prevé uno nuevo que es el de “dificultades económicas o financieras de carácter general”. En otros términos, esta figura puede proponerse también en una instancia previa a la insolvencia conocida como “dificultades económicas o financieras de carácter general”. Sobre este presupuesto objetivo véase: GERBAUDO, Germán, *Cesación de pagos*, Nova Tesis, Rosario, 2011, ps. 78 a 82.

dor procura acordar con sus acreedores la forma de cancelar sus obligaciones, aspirando a superar la crisis que afecta a su patrimonio. Sin embargo, posteriormente, al solicitarse la homologación, se convierte en un mecanismo concursal. A partir de esa etapa se inserta dentro del marco de la LC y tiene una finalidad concursal, en razón de que se concurre a un órgano jurisdiccional a efectos de su homologación para que se produzcan resultados típicamente concursales.

Entendemos que no existe caducidad de los plazos. No puede aplicarse analógicamente la solución prevista en el artículo 128 de la LC exclusivamente para la quiebra.

En este caso, no hay una resolución judicial de apertura que declare y constituya al deudor en insolvencia como en el concurso preventivo. Por otra parte, el acuerdo se dirige al pasivo quirografario.

En consecuencia, no puede verificarse nunca la caducidad de los plazos de las obligaciones que no están comprendidas en el acuerdo.

V. La respuesta del Código Civil y Comercial de la Nación

La cuestión de la caducidad de los plazos en las situaciones concursales es abordada por el nuevo Código Civil y Comercial. Éste procura solucionar las controversias que describimos en los puntos anteriores y a nuestro criterio adhiere a la tesis correcta. Creemos que la no caducidad de los plazos en concurso preventivo es la tesis adecuada hoy en día para interpretar el texto vigente y es la respuesta adecuada para el cambio legislativo, desde que, como tantos otros efectos, se producen porque la ley lo dispone para lograr el objetivo del concurso preventivo.

En efecto, el artículo 353 del Proyecto bajo el título de *Caducidad del plazo* dispone que “El obligado a cumplir no puede invocar la pendencia del plazo si se ha declarado su quiebra, si disminuye por acto propio las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o si no ha constituido las garantías prometidas, entre otros supuestos relevantes. La apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor

a verificar su crédito, y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal”.

Además, para los créditos con garantía real el artículo 2197, bajo el título de *Realización por un tercero* dispone que “Si el bien gravado es subastado por un tercero antes del cumplimiento del plazo, el titular de la garantía tiene derecho a dar por caduco el plazo, y a cobrar con la preferencia correspondiente”.

La primera parte del artículo 353 hace referencia a la quiebra, reiterando la solución receptada por el artículo 128, primer párrafo, de la LC. En tanto que la última parte expresamente dispone que la caducidad de los plazos no se produce por la apertura del concurso preventivo. De este modo se dirime una vieja controversia doctrinaria adoptando a nuestro criterio la tesis apropiada.

Comentando los preceptos, una de las autoras del Proyecto que derivó en el nuevo Código Civil y Comercial, Aída Kemelmajer de Carlucci, señala que “de este modo, se ha intentado no perjudicar los arreglos a los que el deudor concursado pueda llegar con sus acreedores, aclarando que la solución no impide ni la verificación del crédito ni el resto de los derechos acordados por el ordenamiento concursal (por ejemplo, el funcionamiento de la resolución contractual previsto en el art. 20 de la LC)”⁸⁴.

Por el contrario, en una posición opuesta al nuevo texto se ubica el ya mencionado Darío Graziabile, quien realiza una doble crítica. En primer lugar, su ataque es de orden terminológico, y en segundo lugar, en cuanto a la solución adoptada. Así expresa que la mención de la “apertura del concurso” presenta una ostensible imprecisión técnica, “porque se entiende sin distinciones, por concurso, a cualquier proceso universal concursal, es decir, la quiebra, el concurso preventivo e incluso el acuerdo preventivo extrajudicial”⁸⁵. Agregando luego que “la norma en su primera parte se refiere a la quiebra, y en la segunda, en forma redundante, a ella y a los demás procesos concursales (*rectius*: concursos)”⁸⁶. Finalmente, critica la solución del nuevo texto indicando

⁸⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y la Ley de Concursos*, en L. L. 2012-F-1309.

⁸⁵ GRAZIABILE, *Brevísima...* cit., p. 467.

⁸⁶ *Ibíd.*

que “aun así, entendiendo, sin cortapisas, que la mención hace referencia al concurso preventivo, la norma cae en saco roto porque prevé luego que el acreedor no pierde el derecho a verificar su crédito y a todas las consecuencias concursales.

”Con más lenguaje concursal, implica que queda sometido al concurso y mantiene la carga de verificar su crédito de causa o título anterior a la demanda de concurso preventivo y quedará sometido a la eventual homologación del acuerdo.

”Entonces esto hace que la caducidad de los plazos pendientes se produzca en el concurso preventivo, pues el acreedor debe verificar su acreencia, de causa o título anterior a la demanda de concurso preventivo, incluso por aquellos supuestos en que la obligación no se encuentre vencida.

”Con dicha acreencia participa en el proceso concursal, principalmente en la conformación del acuerdo y es ella la que quedará novada en caso de que aquel resulte homologado”⁸⁷.

La respuesta del Código Civil y Comercial de la Nación nos parece acertada, adoptando una posición acorde a las finalidades del concurso preventivo. Se trata de una solución práctica que mantendrá “viva” las posibilidades de negociación entre el deudor y sus acreedores. Por otra parte, los acreedores no sufren perjuicio alguno con la solución propuesta dado que pueden verificar su crédito e inclusive ejercer todos los derechos inherentes a su calidad, como por ejemplo decidir sobre las propuestas de acuerdo preventivo que exteriorice el deudor.

Consideramos que la sanción del texto y la inclusión de la norma que analizamos culminan con más de un siglo y medio de debate jurídico y darán certeza tanto al deudor en su solución preventiva como a los acreedores en orden a los derechos que le competen en un concurso preventivo.

Asimismo, la norma que entrará en vigor el 1º de enero de 2016 habilita claramente la posibilidad de solicitar al juez del concurso la autorización judicial para seguir pagando a plazos los créditos de acreedores laborales, fiscales o munidos de garantía real convenidos antes de la presentación concursal. La respuesta del Código Civil y Comercial

⁸⁷ *Ibídem.*

es adecuada y conveniente para la solución preventiva. Imaginemos, el caso del deudor que antes de su presentación concursal acordó con sus acreedores laborales un convenio de pago en cuotas, cabría preguntarse: ¿qué sentido tiene hacer caducar el plazo? Igualmente, si se acordó el pago de un crédito fiscal en una moratoria, ¿tiene sentido “hacer caer” la moratoria? Sin dudas que no. Por el contrario, como venimos exponiendo, el mantenimiento de tales plazos no sólo beneficia al concursado sino también a los acreedores.

No compartimos la crítica de Darío Graziabile. En tal sentido, entendemos que no podemos hacerle decir a la norma algo que no dice. Claramente, la solución del nuevo ordenamiento se inclina por la no caducidad de los plazos en el concurso preventivo. No se puede entender que como el acreedor de la obligación no vencida conserva el derecho de verificar ello implica la caducidad de los plazos. El Código Civil y Comercial se inclina por la tesis adecuada y acorde a las finalidades del concurso preventivo en orden al no decaimiento de los plazos. El mantenimiento del derecho de verificar el crédito y de ejercer todos los derechos inherentes a la calidad de acreedor no se ve enervado por ser titular de una obligación no vencida.

VI. Conclusiones

En este trabajo procuramos ratificar nuestra posición defendida desde hace tiempo respecto a que el concurso preventivo no provoca la caducidad de los plazos. Enfocamos de una manera descriptiva las posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia, para luego exponer la solución del Código Civil y Comercial de la Nación el 1º de octubre de 2014.

En tal sentido, creemos que el nuevo Código es de avanzada en numerosas cuestiones y el tema que nos convoca es uno de ellos. Sostenemos que la solución adoptada otorga la certeza tanto al deudor como a los acreedores y es acorde con las finalidades del concurso preventivo. Con la sanción del nuevo texto, contando ahora con una previsión normativa expresa terminará con un intenso y arduo debate y brindará seguridad jurídica.

DESARROLLO DE INSTRUMENTOS IUSPRIVATISTAS TUTELARES DE LA DEBILIDAD JURÍDICA EN EL MARCO DE LAS RELACIONES PERSONALES Y PATRIMONIALES ENTRE CÓNYUGES SEPARADOS DE HECHO

por ADRIANA N. KRASNOW¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La familia y el Derecho de Familia en el hoy. 3. La debilidad jurídica como concepto marco y su proyección en el tema de investigación propuesto. 4. Debilidad jurídica, orden público familiar y autonomía de la voluntad. 4.1. Relaciones jurídicas personales y patrimoniales entre cónyuges. 4.1.1. Durante el matrimonio. 4.1.2. Durante la crisis matrimonial que puede derivar en la separación de hecho. 4.1.3. Después de la separación personal y/o divorcio vincular. 4.2. Responsabilidad parental, derechos personalísimos de los hijos y debilidad jurídica. 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía.

Resumen

Este trabajo busca describir los logros y resultados alcanzados hasta el presente respecto al Proyecto de investigación que fuera presentado y admitido en el marco del Programa Posdoc².

En dicho Proyecto se propone detectar y diseñar instrumentos jurídicos que actúen como modo de prevención o como medios paliativos

¹ Investigadora adjunta del Conicet. Doctora en Derecho. Prof. adjunta de Derecho Civil V, Facultad de Derecho, UNR.

² Programa de posdoctoración, radicado en la Secretaría de Posgrado de la Universidad Nacional de Rosario. Legajo: K-0029-P/2012.

suficientes y eficientes para tutelar a quien sea el débil jurídico en el seno de la pareja casada separada de hecho. Con este objeto se abordan los temas siguientes: la familia y su marco regulador en el presente; la debilidad jurídica como concepto marco; debilidad jurídica, orden público y autonomía de la voluntad; relaciones personales y patrimoniales en las distintas etapas que puede atravesar un matrimonio; responsabilidad parental y debilidad jurídica.

Abstract

This work aims to describe the achievements and outcomes reached until the present according to the investigation project that has been presented and admitted in the framework of the Posdoc Program.

The proposal of the mentioned program is to detect and design juridical instruments in order to play a prevention role or to act as efficient and enough paliative ways. They have to have guardianship of the one that would be on the weak side in the bosom of a married couple that is separated in fact or legally. With this object, the following topics are contained: family and its regulator framework of the present; legal weakness as a framework concept; legal weakness; public order and party autonomy; personal and property relationships in the different time that a marriage can experience; parental responsibility and legal weakness.

Palabras clave

Debilidad jurídica, matrimonio, separación de hecho, responsabilidad parental.

Keywords

Legal weakness, marriage, separated in fact, parental responsibility.

1. Introducción

Antes de comenzar, advertimos al lector que este trabajo es una adaptación del Informe de Avance del Proyecto de investigación que fuera presentado y admitido en el marco del Programa Posdoc.

Se propone en este proyecto trabajar en la detección y diseño de

instrumentos jurídicos que actúen como modo de prevención o como medios paliativos frente a un conflicto presente, partiendo de la siguiente hipótesis de trabajo:

Los múltiples desarrollos del Derecho Civil en general y del Derecho de Familia en particular, en pos de proteger a la persona en su individualidad y en su vida de relación –social y familiar–, no son suficientes ni eficientes para tutelar a quien sea el débil jurídico en el seno de la pareja casada separada de hecho que debe enfrentar los nuevos problemas que se suscitan en la sociedad, entre los cuales se ubican las cuestiones personales y patrimoniales de familia.

Desde esta mirada, se intenta demostrar que, en numerosos supuestos, los instrumentos existentes deben ser reformados y que, además, es necesario implementar otros, a fin de tutelar a quien en el marco de la pareja separada de hecho se encuentre en el lugar de débil jurídico frente a sus propias limitaciones, frente a lo demás y los demás.

A lo largo de este trabajo se busca describir los logros y resultados alcanzados hasta el presente. Pero antes, consideramos conveniente volcar una breve reseña de la familia y su marco regulador en el presente, por tratarse del medio dentro del cual se desarrollan, fortalecen y/o debilitan las relaciones jurídicas familiares que hacen al contenido de la investigación.

2. La familia y el Derecho de Familia en el hoy

El Derecho de Familia presenta particularidades que lo hacen distinto frente a las otras áreas del Derecho Civil, siendo la característica que siempre lo diferenció del resto, el tratarse de un área de conocimiento que se integra con aristas privatistas, en cuanto respeta la intimidad familiar y el actuar autónomo de quienes son parte de una familia, y también públicas, al desarrollarse dentro de un marco constitucional que resguarda la vigencia de la libertad personal en el respeto de los derechos fundamentales.

La democratización de los Estados primero y de las familias después motivó trasladar la protección a la persona en su unicidad y en su vinculación con los demás. La falta de uniformidad respecto a *un* modo de ser humano impide *un* modo de vivir en familia igual para

todos y desde esta perspectiva resulta factible comprender cómo en el hoy asistimos a una diversificación de las formas de vivir en familia. Así, la constitución de una familia puede depender de una decisión personal que puede ser compartida con el propósito de materializar un proyecto de vida común o puede encontrar su origen en la voluntad de una persona que con el auxilio de la biotecnología puede acceder a la maternidad o a la paternidad sin necesidad de unirse con otra persona (familia monoparental). Asimismo, cuando la familia encuentra su cauce en un proyecto de vida compartido (pareja), en ejercicio de la libertad también podrán optar en quedar comprendidos dentro de los márgenes del Derecho (matrimonio) o mantenerse fuera de los límites de actuación del Derecho (convivencia de pareja). Decisiones como las descriptas quedan resguardadas por el artículo 19 de la Constitución Nacional, de forma que, siguiendo a Bidart Campos, es posible afirmar que en un sistema de derechos, la disyuntiva libertad-poder debe resolverse teniendo como premisa que “de libertad lo más posible; de Estado, solamente lo necesario”³.

En este contexto, el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación 2012 –en adelante, Proyecto–, se enmarca en una visión constitucionalizada del Derecho Privado, como surge de los Fundamentos: “...tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina...”

Desde esta visión, el Proyecto orienta el régimen de protección a la persona y así logra avanzar en el diseño de un Derecho de Familia más humano y como tal respetuoso de la tolerancia, la diversidad, la igualdad y la participación. Desde esta dimensión, el contenido y ámbito de actuación se amplía, al comprender y proteger a la persona como

³ BIDART CAMPOS, G. J., *Intimidad y autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia: ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 15, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, octubre de 1999, p. 29.

miembro de un tipo de familia que se integra a la multiplicidad de formas que actualmente coexisten en la sociedad.

La visión constitucionalizada del Derecho Privado en la que se inserta el sistema proyectado queda reflejada en sus principios que actúan como sostén de todo su contenido: 1) *Principio de pluralidad*: el traslado de este principio al Derecho de Familia se manifiesta en el reconocimiento de una multiplicidad de tipos de familia que conduce al reemplazo de la denominación “Derecho de Familia” por “Derecho de las familias”; 2) *principio de autonomía*: se vincula con la mirada puesta en la protección de la persona y desde este lugar reconoce el derecho de que todo individuo en ejercicio de su libertad diseñe en su devenir su proyecto de vida, sin perjuicio de límites que encuentran su justificación en el principio de solidaridad familiar, y 3) *principio de solidaridad*: actúa como límite o control del principio de autonomía, frente a situaciones que comprometen intereses superiores de quienes forman parte de la familia, como el interés familiar y/o el interés superior del niño.

3. La debilidad jurídica como concepto marco y su proyección en el tema de investigación propuesto

El término debilidad jurídica se ha instalado en las últimas décadas y expresa con certeza la situación en que se encuentra quien, por su condición social, cultural, económica, física o mental, carece de fuerza para obtener la protección de sus derechos⁴.

La descripción precedente permitió establecer su presencia en los institutos propios del Derecho de Familia; desde un abordaje que atiende al modelo actual de esta área del Derecho Civil, orientada a la protección de la persona y sus derechos. Desde este lugar, la labor se orientó a la detección de las situaciones de debilidad jurídica que se visualizan en el marco de las relaciones personales y patrimoniales de pareja y que denotan una clara afectación de derechos subjetivos personalísimos.

⁴ Art. 13, Constitución de Colombia: “...El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

En este proceso de búsqueda se pudo advertir que las situaciones de debilidad jurídica en el interior de una pareja –casada y/o conviviente– conllevan a una posible afectación de derechos subjetivos personalísimos, entendiéndose por tales los “derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical”⁵.

Respecto a la determinación de cuáles derechos subjetivos personalísimos resultan comprendidos, exigió previamente distinguir los dos ámbitos en los que se desenvuelven las relaciones jurídicas de pareja: personal y patrimonial. En el primer ámbito, quedarán comprendidos el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a la intimidad, el derecho a la dignidad, el derecho a la integridad psicofísica, el derecho a la salud; mientras que en el segundo resultan alcanzados el derecho de propiedad, el derecho de acceso a una vivienda, el derecho de alimentos.

En lo que refiere a las relaciones jurídicas de pareja con respecto directamente al instituto de la responsabilidad parental –término actual que reemplaza el tradicional de patria potestad–, partiendo de la premisa de que en este ámbito el principio rector que debe guiar siempre el actuar será el interés superior del niño, la niña y/o el adolescente (art. 3º, CDN), se derivó la atención a todas aquellas situaciones susceptibles de comprometer derechos subjetivos personalísimos de los hijos, muchas veces ocasionados por el actuar de los progenitores en su condición de titulares de la responsabilidad parental.

El análisis particular de cada derecho subjetivo personalísimo atravesado por el objeto de investigación, permitió arribar a una primera conclusión: *la efectividad de los derechos subjetivos personalísimos comprendidos en el problema de investigación coadyuva con el logro de efectividad de otro derecho subjetivo personalísimo que alcanza a todos: el derecho subjetivo personalísimo a la calidad de vida*, el cual puede definirse como *el que toda persona tiene a satisfacer sus necesidades fisiológicas básicas, necesidades sociales y necesidades de*

⁵ CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 200.

seguridad, estima y autorrealización, así como sus necesidades espirituales y a percibir que la satisfacción de las mismas se alcanza de modo valioso, mediante su interacción con la sociedad y el hábitat en que vive y de acuerdo a su propio proyecto de vida.

4. Debilidad jurídica, orden público familiar y autonomía de la voluntad

Desde una visión constitucionalizada del Derecho Privado y, en especial, del Derecho de Familia, resulta posible vincular y armonizar categorías conceptuales como: debilidad jurídica, orden público familiar y autonomía de la voluntad.

Para reflejar esto que decimos, trasladamos al universo de estudio que seleccionamos el funcionamiento de estas categorías conceptuales.

4.1. Relaciones jurídicas personales y patrimoniales entre cónyuges

Derivando la atención a las relaciones de pareja, se observa en el Derecho interno que las normas reguladoras de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio tradicionalmente han tenido un manifiesto contenido de orden público, quedando limitado el despliegue de la libertad y autonomía de los cónyuges y, por tanto, resulta impensable una renuncia lícita a cualquiera de ellos. Sin embargo, se observa en los últimos años una cierta flexibilidad en su exigibilidad, producto de la labor doctrinaria y jurisprudencial.

En el matrimonio, resulta conveniente fraccionar el estudio en las tres etapas posibles que pueden transitar sus integrantes a lo largo de la vida de pareja.

4.1.1. Durante el matrimonio

La plena comunidad de vida exige el cumplimiento de los efectos personales comprendidos en normas que responden al orden público familiar (arts. 198 y ss., Cód. Civ.)⁶.

⁶ Sobre los efectos personales durante el matrimonio, ver entre otros: ZANNONI, E. A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 4ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2002, t. 1; BELLUSCIO, A. C., *Manual de Derecho de Familia*, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009; FANZOLATO, E., *Derecho de Familia*, Advocatus, Córdoba,

Esta sujeción a la norma motiva el interrogante de si los cónyuges podrían pactar la dispensa total o parcial de los efectos personales. Perteneciendo la vida de pareja al mundo íntimo, la intervención del Estado sólo se torna legítima cuando los derechos subjetivos personalísimos de uno de los cónyuges pueden resultar afectados por el actuar del otro y, por tanto, los esposos están legitimados a esta dispensa recíproca que encuentra sustento en el ejercicio pleno de los derechos a la libertad e intimidad.

Pero cabe advertir que esta apertura al principio de autonomía en el espacio íntimo de la pareja debe ejercerse respetando los principios y valores que actúan como guardianes o protectores de la persona de los cónyuges, como: principio de protección integral de la familia; principio de solidaridad y responsabilidad familiar; principio de respeto a la intimidad familiar; principio de respeto a la dignidad e inviolabilidad de la persona; principio de igualdad y no discriminación; principio de identidad; principio de protección del interés superior del niño. Coincidimos con Lloveras y Salomón, cuando refieren a la conveniencia de que la misma ley abra el juego a la autonomía de la voluntad: “...Permitir la ley a los esposos crear su proyecto de vida es una opción sana que el legislador debería autorizar...”⁷

En consonancia con esto, el Proyecto, reconoce una mayor autonomía en la materia aunque no elimina la existencia de deberes-derechos matrimoniales. De los tres efectos típicos de *fidelidad*, *asistencia* y *cohabitación*, la reforma se limita a conservar el de *asistencia*, suprimiendo los otros dos bajo el argumento que la fi-

2007, t. I; LÓPEZ DEL CARRIL, J. J., *Régimen del matrimonio. Separación personal y divorcio. Ley 23.515*, Depalma, Buenos Aires, 1989; MAZZINGHI, J. A., *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006; MÉNDEZ COSTA, M. J.; FERRER, F. A. M. y D'ANTONIO, D. H., *Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, t. I; MIZRAHI, M., *Familia, matrimonio y divorcio*, 2ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2006; PERRINO, J. O., *Derecho de Familia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006; SAMBRIZZI, E. A., *Tratado de Derecho de Familia*, La Ley, Buenos Aires, 2010; VIDAL TAQUINI, C. H., *Matrimonio civil*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2000; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, A. y ROVEDA, E. G., *Manual de Derecho de Familia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.

⁷ LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M., *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 287.

delidad y *cohabitación* tienen un “alto valor axiológico” pero ya no jurídico. En suma, el cambio se aviene al régimen incausado de divorcio al que suscribe.

Respecto a los efectos patrimoniales, destacamos que mientras en el Derecho Comparado la tendencia dominante desde hace tiempo es aquella que sujeta las relaciones patrimoniales entre cónyuges al principio de autonomía de la voluntad; en el Derecho interno dichas relaciones están reguladas por normas que responden al orden público, según las cuales la pareja que decide libremente contraer matrimonio queda sometida al régimen económico matrimonial único e imperativo de comunidad diferida de ganancias.

En armonía con la tendencia seguida en el Derecho Comparado, el Proyecto adhiere a un sistema convencional no pleno, conforme el cual los futuros contrayentes podrán optar antes de la celebración del matrimonio –por medio de una convención matrimonial– o en el acto de celebración del mismo entre dos regímenes previstos en la norma: comunidad de ganancias y/o separación de bienes. En el caso que no pongan en ejercicio el derecho de elección, quedarán sujetos por vía supletoria al régimen de comunidad de ganancias, por tratarse del régimen que brinda mayor proyección a los dos miembros de la pareja. Corresponde destacar que también en el sistema convencional no pleno, la norma proyectada pone un límite al principio de autonomía con sustento en el principio de solidaridad, cuando en el Capítulo 1, *Disposiciones generales*, del Título II, *Régimen patrimonial del matrimonio*, establece un conjunto de normas con contenido de orden público destinadas a la protección del interés familiar, cuya aplicación se extiende a cualquiera de los regímenes patrimoniales reconocidos en la norma y que en su conjunto conforman lo que se conoce en doctrina como “Régimen primario”.

4.1.2. *Durante la crisis matrimonial que puede derivar en la separación de hecho*

La separación de hecho, al igual que la convivencia de pareja, es una situación fáctica fuera del alcance de la ley. Sólo encontramos ciertos efectos regulados de forma dispersa en nuestro ordenamiento civil.

Este reconocimiento parcial fue creciendo con las modificaciones que se fueron sucediendo en el tiempo. En el Código Civil en su versión original sólo encontramos el artículo 3575 que refería a la misma como causa de exclusión de la vocación sucesoria entre cónyuges. Con la ley 17.711, se extiende su campo de acción en el artículo 1306 al establecer que el cónyuge culpable de la separación de hecho no puede beneficiarse con los bienes gananciales que con posterioridad a la separación incorporó el cónyuge inocente.

Pasado un tiempo, con las leyes 23.264⁸ y 23.515⁹ se regulan otros efectos dentro de los institutos de la filiación, responsabilidad parental y divorcio. En el artículo 243 del Código Civil, referido a la determinación de la paternidad matrimonial, se establece que se consideran hijos del marido los nacidos desde la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la separación de hecho, entre otros supuestos. En cuanto a la responsabilidad parental, el inciso 2º del artículo 264 del Código Civil señala que cuando los padres están separados de hecho, el ejercicio de la misma corresponde a quien ejerce el cuidado del o los hijos. Por último, en los artículos 204 y 214, inciso 2º, del Código Civil, se incorpora a la separación de hecho como causal objetiva de separación personal o divorcio vincular.

Como vemos, la evolución se orientó a la regulación de sus efectos dentro de cada instituto, guardando silencio respecto a su encuadre y elementos estructurales. Frente a esto, siguiendo a la doctrina podemos definirla como *la situación jurídica en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa intervención de la autoridad judicial quiebran el deber de cohabitación de manera permanente y definitiva, por voluntad de uno o de ambos, sin que una necesidad jurídica lo imponga*¹⁰.

⁸ Sancionada el 25-9-85 y publicada en el Boletín Oficial del 23-10-85.

⁹ Sancionada el 3-6-87 y publicada en el Boletín Oficial del 12-6-87.

¹⁰ Sobre separación de hecho, ver entre otros: CHECHILE, A. M., *La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil argentino*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006; MORELLO, A. M., *Separación de hecho entre cónyuges*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *Separación de hecho entre cónyuges*, Astrea, Buenos Aires, 1978; GARCÍA DE GHIGLINO, S. S., *Separación de hecho*, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Universidad, Buenos Aires, 1994, t. III, ps. 621 y ss.; MÉNDEZ COSTA, M. J. y D'ANTONIO, D. H., *Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, t. II, ps. 401 y ss.

Al tratarse de una situación presente en los hechos y no en el Derecho, en principio, conservan su vigencia los deberes-derechos personales previstos en la norma puesto que estamos ante una pareja con título de estado de casados. De todas formas, con sustento en el valor justicia, la doctrina y jurisprudencia flexibilizó los alcances de estos efectos, en especial el deber de fidelidad, como se desprende de lo que no hace mucho tiempo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires: “Desde hace casi 20 años se ha empezado a debatir el alcance que debe darse al deber de fidelidad, vale decir se cuestiona si se le puede exigir con la misma entidad a los esposos que conviven que a aquellos que hace años viven separados de hecho [...] exigir fidelidad sin débito se traduce en un deber de abstinencia. ¿Puede la ley argentina pretender que todas las personas separadas de hecho estén sujetas a voto de castidad? La ley está hecha para seres normales, con sus *debilidades* y pasiones, y no para héroes...”¹¹

Respecto al deber de asistencia, se sobreentiende que cesa el deber de asistencia espiritual y subsiste el deber de asistencia material por ser su fuente el vínculo matrimonial. En esta dirección, el Proyecto reconoce el deber-derecho de alimentos durante el estado de separados de hecho.

El hecho de que se trate de una situación fáctica que carece de un marco regulador que atienda a todos sus efectos fue el móvil que en su momento condujo a la presentación y ejecución tras su aprobación del Proyecto de investigación que se describe en este trabajo y, con los logros alcanzados pudo comprobarse que el interés de brindarle un tratamiento especial crece, frente a la preocupación que me despierta el encontrarme ante manifestaciones concretas de debilidad jurídica producto en gran medida de la carencia normativa.

La preocupación es mayor en el presente, al encontrarnos frente a un Proyecto que reitera el criterio del Código vigente en el sentido de sólo regular algunos efectos de forma dispersa –si bien con un criterio más claro y extenso–, pero sin haber aprovechado la oportunidad de seguir un método que permitiera incluir en un capítulo único

¹¹ SCJBA, 6-6-2012, “R., I. I. c/L., M. R.”, L. L. 2012-D-526.

el tratamiento de los efectos personales y patrimoniales que derivan de esta situación fáctica.

No compartimos los argumentos vertidos por quienes participaron en la elaboración del Proyecto, cuando justifican la ausencia de tratamiento en la introducción de un régimen de divorcio sin expresión de causa que llevará en el tiempo a la desaparición de esta situación fáctica, partiendo de la idea de que la pareja casada frente a la crisis directamente optará por el camino rápido que ofrece la norma para divorciarse. No participamos de esta posición, por entender que aun cuando el nuevo Código disponga un camino rápido para disolver el vínculo matrimonial en vida, muchas parejas optarán de común acuerdo o por decisión unilateral poner fin al proyecto de vida común a través de la separación de hecho. Desde esta mirada, lamentamos que no se haya destinado, como sí lo hicieron para otra situación fáctica como la convivencia de pareja –denominada en el Proyecto “unión convivencial”–, un capítulo especial para su regulación dentro del Título I, *Matrimonio* (comprendido en el Libro Segundo, *Relaciones de familia*).

Ahora bien, las observaciones críticas que se han vertido no impiden rescatar los aportes valiosos que introduce la norma proyectada, cuando regula en el aspecto patrimonial el régimen de comunidad, tales como:

1) El haber incorporado, entre las causales que habilitan el pedido de separación judicial de bienes, la separación de hecho.

2) El contener una respuesta para los supuestos de matrimonios que después de estar separados de hecho durante años, ponen fin a la comunidad de ganancias en vida por el camino del divorcio, al decir el artículo 480 cuando establece los distintos momentos de extinción de la comunidad de gananciales: “...Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de la separación”. La diferencia con el régimen vigente en el presente es que el artículo 1306 del Código Civil dispone que la comunidad de ganancias se disuelve por separación personal y/o divorcio vincular con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o la presentación de la demanda. Si se sigue una interpretación literal de la norma, los bienes habidos durante el estado de separación de hecho serán gananciales, aun cuando el proyecto de vida común hubiera terminado hace años, solución que pone de manifiesto una situación de injusticia

notoria. En estos casos pueden llegar a detectarse situaciones de debilidad jurídico-económica ante el criterio que siga el juez al momento de definir el carácter de los bienes habidos por cualquiera de los cónyuges durante el estado de separados de hecho. Si bien el desarrollo jurisprudencial sobre el tema ha permitido arribar a soluciones que se ajustan a un criterio de justicia, aún no se ha logrado un criterio uniforme sobre el particular¹².

Otro aporte que resaltamos como favorable es cuando el Proyecto se ocupa de la transmisión por causa de muerte y establece de manera directa en el artículo 2437: “El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica el cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges”. La cuestión sin resolver que será objeto de debate, es la que refiere a la calificación que corresponderá otorgar a los bienes habidos durante el estado de separados de hecho de un matrimonio que optó o quedó sometido por vía supletoria al régimen de comunidad de ganancias, tras la muerte de uno de ellos. Consideramos que ante la falta de previsión en la norma, corresponderá extender por vía analógica lo dispuesto en el artículo 480 del Proyecto.

De todas formas, los aportes descriptos resultan, a nuestro entender, opacados al encontrarse dispersos dentro del sistema.

4.1.3. *Después de la separación personal y/o divorcio vincular*

El cambio de paradigma que se inicia lentamente con el regreso a la vida democrática y que se consolida con la reforma constitucional del año 1994 deja atrás las estructuras tradicionales para dar paso a estructuras flexibles que responden a las transformaciones propias de la sociedad actual.

El régimen de divorcio no puede ser ajeno a esto. En su momento, la ley 23.515¹³ significó un salto sustantivo al introducir la posibilidad de recobrar la aptitud nupcial a través del divorcio vincular. Sin embargo, llegar a esto no fue sencillo y la única forma de lograrlo fue

¹² Corresponde mencionar entre los precedentes más significativos: CNCiv. en pleno, 29-9-99, L. L. 1999-F-3; J. A. 2000-I-557; E. D. 185-374; R. D. F. 2000-16-187; SCJBA, 13-4-2005, L. L. B. A. 2005-944; CNCiv., sala B, 20-10-2005, J. A. 2006-III-75, e íd., 14-8-2008, L. L. 2008-F-421.

¹³ Sancionada el 3-6-87. Publicada en el Boletín Oficial del 12-6-87.

por medio de un sistema de equilibrio que respondiera a las posiciones encontradas. Es por ello que accedimos a un régimen que conserva en paralelo con el divorcio vincular a la separación personal, siendo viable acceder a uno u otro por el camino del divorcio sanción (arts. 202 y 214, inc. 1º, Cód. Civ.) o el divorcio remedio (arts. 203, 204, 205, 214, inc. 2º, y 215, Cód. Civ.). En este último sector, queda comprendida la separación de hecho cuando funciona como causal objetiva de separación personal o divorcio vincular.

Recordemos que el antecedente directo de la norma precedente fue el caso “Sejeán”, con la particularidad que la Corte al tratar el caso, se ocupó de resaltar la importancia de bajar la norma a la realidad. En este sentido Petracchi en su voto hace referencia al “...divorcio entre la realidad social y su organización normativa...” y sigue diciendo que “...en lo que hace al orden de las relaciones familiares, no parece razonable que la realidad jurídica y la realidad social tengan la distancia que hoy es constatable en nuestro medio...”¹⁴ Este pensamiento puede trasladarse al presente, donde el legislador de la ley 26.618¹⁵ asume la distancia existente entre la realidad social y la norma que sólo contemplaba el matrimonio heterosexual, pero nos preguntamos si no se quedó a mitad de camino al no ocuparse de la adaptación del régimen de divorcio a los requerimientos actuales.

Respecto a los efectos que derivan del desplazamiento del estado de casados y el correlativo emplazamiento en el estado de separados personalmente y/o divorciados, dependerá del camino elegido: divorcio sanción o divorcio remedio. Mientras que en el primero, la norma fija los efectos que benefician al cónyuge inocente, en el segundo se reconoce el ejercicio de la autonomía de la voluntad a través de la celebración de convenios reguladores de los efectos que nacerán con el cambio de estado de familia. En esta última etapa, si bien la autonomía de la voluntad tiene un papel protagónico, nos encontramos frente a límites que provienen del orden público, como: a) protección de los derechos de terceros, entre los cuales, se ubica en un lugar preferente

¹⁴ CSJN, 27-11-86, “S., J. B. c/Z. de S., A. M.”, L. L. 1986-E-648.

¹⁵ Sancionada el 15-7-2010. Publicada en el Boletín Oficial del 22-7-2010. Extiende la posibilidad de contraer matrimonio a las parejas de igual sexo.

el mejor interés de los hijos; b) protección de la dignidad y libertad de los cónyuges que puede resultar vulnerada cuando el vínculo denota que uno de ellos se encuentra en una situación de mayor debilidad jurídica, y c) valores culturales vigentes¹⁶.

Si bien este esquema en su momento permitió dar respuesta a situaciones presentes en el medio social, ya no responde al contexto que nos atraviesa. La dinámica y la complejidad de las relaciones entre cónyuges exige una adaptación desde la norma. Esta complejidad produjo un cambio en la forma de concebir los vínculos en las distintas formas de familia. La igualdad, libertad y autonomía de cada miembro se han convertido en los principios rectores a seguir en la dinámica de las relaciones jurídicas familiares. Trasladando esta visión a las relaciones personales entre cónyuges, se percibe un avance importante de la autonomía de la voluntad que no compatibiliza con la idea de culpa en el divorcio¹⁷.

Desde esta mirada, la pareja que atraviesa una crisis no puede estar

¹⁶ ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit.; MIZRAHI, *Familia, matrimonio y divorcio* cit.; VIDAL TAQUINI, *Matrimonio civil* cit.; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS y ROVEDA, *Manual de Derecho de Familia* cit.; BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia* cit.; FANZOLATO, *Derecho de Familia* cit., t. I; LÓPEZ DEL CARRIL, *Régimen del matrimonio. Separación personal y divorcio. Ley 23.515* cit.; MAZZINGHI, *Tratado de Derecho de Familia* cit.; MÉNDEZ COSTA, FERRER y D'ANTONIO, *Derecho de Familia* cit., t. I.

¹⁷ Sobre el tema, ver entre otros: MIZRAHI, *Familia, matrimonio y divorcio* cit.; BACIGALUPO DE GIRARD, M., *El divorcio sin expresión de causa. La necesidad de su inclusión en nuestra legislación*, en *La familia en el nuevo Derecho*, dir. por A. Kemelmajer de Carlucci y coord. por M. Herrera, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, ps. 409 y ss.; HERRERA, M., *Perspectivas contemporáneas sobre el divorcio en el Derecho Comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 44, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 75 y ss.; FAMÁ, M. V., *Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de divorcio*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 44, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 1 y ss.; TAVIP, G. E., *Divorcio por presentación conjunta: ¿es legítima la intromisión del Estado cuando los cónyuges deciden finalizar su vínculo matrimonial?*, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 44, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 163 y ss.; GROSMAN, C. P., *La separación personal y el divorcio en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio. Algunas propuestas para el debate*, en *Derecho de Familia. Revista In-*

condicionada a obtener su divorcio exteriorizando una conducta ilícita o ajustarse al tiempo que indica la norma para el planteo de la causal de separación de hecho o la exigencia de esperar el cumplimiento del plazo de vigencia del matrimonio para el planteo de la causal de presentación conjunta.

Este sistema rígido que no responde a las exigencias actuales abrió paso a un proceso de flexibilización que se fue extendiendo con mayor o menor alcance en las distintas jurisdicciones. Entre los supuestos cabe citar:

- 1) Procedencia de la causal de separación de hecho cuando cesa la comunidad de vida, con independencia de seguir habitando el mismo inmueble¹⁸;
- 2) presentación de la demanda antes del cumplimiento del plazo establecido para la causal de separación de hecho¹⁹;

terdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 18, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, ps. 123 y ss.; ZANNONI, E. A., *Contienda y divorcio*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, ps. 9 y ss.

¹⁸ Entre los fallos que admiten la demanda cuando cesa la comunidad de vida pero siguen habitando el mismo inmueble: CNCiv., sala E, 11-11-2008, “L., E. A. c/B. R., B. H.”, L. L. 2009-E-195, con nota de SOLARI, NÉSTOR E., *La permanencia de los esposos en el mismo domicilio y la causal de separación de hecho de los cónyuges*; CNCiv., sala H, 26-12-2007, “P. C. J. L. c/A. M. D. V.”, www.eldial.com; sala B, 22-8-2007, “C. C. M. c/F. J. A.”, L. L. 2007-F-705, con nota de SAMBRIZZI, E., *La causal de separación de hecho sin voluntad de unirse y la habitación de los cónyuges en el mismo inmueble*; sala J, 10-10-2002, “S., O. A. c/D., E. O.”, L. L. 2003-D-202; JNCiv. N° 77, 17-12-98, “B. y C. s/Divorcio”, en *Revista Derecho de Familia* 1999-17-245, con nota de GARCÍA DE GHIGLINO, S. S., *Un acertado fallo sobre separación de hecho: ¿qué significa cohabitar?*; C1°CCom. de San Nicolás, 22-3-94, E. D. 160-124.

¹⁹ Un sector de la doctrina y jurisprudencia entiende que la demanda no puede plantearse antes del cumplimiento del plazo: ARIANNA, C. A., *Un matrimonio quebrado y un vínculo mantenido. El “desquicio matrimonial” y de nuevo sobre el plazo de separación de hecho*, en *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004-II, ps. 13 y ss.; ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. 2, p. 118; VIDAL TAQUINI, C. H., *Las causales objetivas de separación personal y divorcio*, en *Derecho de Familia. Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa*, comp. por E. A. Zannoni, F. A. M. Ferrer y C. H. Rolando, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, ps. 162 y ss.; FORTUNA, M. J., *Acerca del cumplimiento del plazo de tres años previsto*

- 3) planteo de inconstitucionalidad de los artículos 204 y 214, inciso 2º, que establecen el requisito temporal en la causal objetiva de separación de hecho²⁰;
- 4) planteo de inconstitucionalidad de los artículos 205 y 215 que establecen el requisito temporal para la procedencia de la causal de presentación conjunta²¹;
- 5) planteo de inconstitucionalidad del artículo 238 que fija el plazo de tres años para solicitar unilateralmente la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular²²;

en la causal objetiva del artículo 214, inciso 2º del Código Civil. ¿Es procedente la demanda antes de cumplido el mismo?, en *Revista Derecho de Familia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003-II, ps. 23 y ss.; CNCiv., sala E, 12-2-2004, “S., C. E. c/T., H. D.”, *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2004-II-9; sala F, 27-3-2003, “W., H. C. c/W., A.”, *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2003-II-21; sala I, 2-5-2002, D. J. 2002-3-588; sala A, 31-10-92, L. L. 1992-E-70; CApel. de Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 5-3-2001, L. L. Litoral 2001-1221. En una postura más abierta, se entiende que basta que el plazo esté cumplido al momento de dictar sentencia: MIZRAHI, *Familia, matrimonio y divorcio* cit., p. 316; MEDINA, G., *Capítulo IX. De la separación personal*, en *Código Civil comentado. Derecho de Familia*, dir. por F. A. M. Ferrer, G. Medina y M. J. Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. 1 (arts. 159 a 263), p. 222; GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 315; CNCiv., sala G, 20-6-2006, “S., A. C. c/P., M. A.”, L. L. 2006-F-828; sala B, 9-9-2003, “L. Y., M. J. c/D. S. F., J. C.”, J. A. 2004-I-358; sala K, 25-8-98, “C., I. A. c/A., E. S.”, J. A. 1999-I-344; sala C, 18-3-97, E. D. 173-570.

²⁰ Trib.Coleg.Fam. Nº 5 de Rosario, 25-8-2003, “Di P., H. E. c/R., S. M. E.”, *Revista Derecho de Familia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004-II, ps. 105 y ss., con nota de FAMÁ, M. V.; HERRERA, M. y REVSIN, M., *Un fallo que actualiza el debate sobre las causales de separación personal y divorcio vincular*; íd., 14-11-2006, “M., D. G. c/G., F. A.”, L. L. Litoral 2007-109, con nota de VIDAL TAQUINI, C. H., *El divorcio versus la Constitución Nacional*, en L. L. Litoral 2007-399; GÓMEZ, C. D. y SALOMÓN, M. J., *Inconstitucionalidad del artículo 214, inciso 2º, Código Civil: un aporte más al debate sobre la autonomía personal en el Derecho de Familia*, en L. L. 2007-B-649.

²¹ Trib.Fam. Nº 2 de Mar del Plata, 3-9-2008, “M. G., M. c/D., S. P.”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Nº 44, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 207 y ss., con nota de CULACIATI, M. M., *La distancia entre las relaciones afectivas y la ficción jurídica. Una mirada desde el Derecho Comparado*.

²² C1ªFam. de Córdoba, 20-7-2009, “F., J. A. c/G., R. A.”, Abeledo-Perrot Online,

- 6) supresión de la segunda audiencia en el proceso por la causal de presentación conjunta²³, y
- 7) reinterpretación de la causal de abandono voluntario y malicioso, operando la presunción de voluntariedad y malicia en un ámbito restringido²⁴.

Este panorama nos permite afirmar que la reforma del régimen de divorcio reviste carácter urgente, por no responder a las transformaciones sociales que se trasladan en el plano de lo fáctico a los vínculos que nacen, desarrollan, fortalecen, debilitan y cesan en el interior de cada familia. Como señala con total acierto Famá: "...la realidad nos muestra una evolución en el respeto por la individualidad y la independencia, una creciente valoración de la sexualidad, una mirada distinta frente a la unión matrimonial y una mayor aceptación de la frustración del proyecto conyugal que ha dado pie, por un lado, a la existencia de matrimonios breves e incluso 'fugaces' y, por otro, a la búsqueda constante de medios expeditivos y consensuados de concretar la ruptura de la pareja"²⁵.

0003/70066009-1, con nota de LLOVERAS, N. y PARAJÓN, R., *La inconstitucionalidad del plazo de tres años para solicitar la conversión unilateral de la separación personal en divorcio vincular*.

²³ Trib.Fam. Nº 2 de Mar del Plata, 17-7-2006, "B., R. B. y L., M. A.", en *Revista Derecho de Familia*, 2007-I-105; JFam. Nº 2 de Río Gallegos, 22-6-2010, "O. N. E. y P. J. L.", L. L. Patagonia 2010-438, con nota de LÓPEZ DEL CARRIL, L. M., *Un fallo que revela una problemática más amplia que la que resuelve*; Trib.Coleg.Fam. Nº 2 de La Plata, 16-7-2010, "S. L. y otros", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 2, Nº 10, La Ley, Buenos Aires, noviembre de 2010, ps. 148 y ss.; 6-5-2010, "M., V. S. y C., J. C.", L. L. Online AR/JUR/39006/2010, con nota de ROVEDA, E. G. y FREDES, P., *¿Es inconstitucional el procedimiento para la separación personal o el divorcio vincular por presentación conjunta establecido por el artículo 236 del Código Civil?*, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, Año 2, Nº 8, La Ley, Buenos Aires, septiembre de 2010, ps. 87 y ss.; Trib.Coleg.Fam. Nº 5 de Rosario, 6-10-2009, "P., P. J.", *Revista Derecho de Familia* 2010-II-213, con nota de SOMER, M. P., *Acerca de la flexibilización del proceso de divorcio por presentación conjunta*.

²⁴ Sobre el particular, se destaca el fallo de la CNCiv., sala B, 29-9-2006, "Y., A. M. c/V., D.", con el voto de Mizrahi, L. L. 2007-B-208. En igual sentido: CNCiv., sala E, 12-2-2004, "S., C. E. c/T., H. D.", L. L. 2004-C-985; sala A, 6-4-95, "C. de K., L c/K., J.", L. L. 1995-D-586.

²⁵ FAMÁ, *Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de divorcio* cit., p. 8.

En suma, hoy el divorcio no puede ser asociado a la idea de incumplimiento de los deberes-derechos que nacen con la celebración del matrimonio, sino como el fin de un proyecto común.

Desde esta perspectiva, el Proyecto consagra el divorcio sin expresión de causa. Los esposos pueden acceder a la disolución por la petición unilateral o la petición bilateral de divorcio, que tiene que estar acompañada por una propuesta reguladora de los efectos. Como puede observarse, se introduce con amplitud en este ámbito la autonomía de la voluntad para el diseño de las relaciones personales y patrimoniales que entrarán a funcionar cuando quienes eran cónyuges ingresen en el estado de divorciados.

Sin embargo, el principio de autonomía reconoce límites provenientes del principio de solidaridad y que se visualizan en la norma a través del reconocimiento de ciertas prerrogativas que se conceden a favor del miembro de la pareja que por el divorcio queda en una situación de *debilidad jurídica* respecto al otro y que constituyen lo que se denomina el *piso mínimo obligatorio*. En este marco se incluye: a) la compensación económica, mediante la cual se brinda protección económica al miembro de la pareja que tras el divorcio queda en una situación de mayor debilidad jurídica desde lo económico, sin depender este reconocimiento de la responsabilidad en el origen de la crisis matrimonial; b) la atribución del uso de la vivienda familiar, y c) alimentos en los supuestos expresamente previstos en la norma.

4.2. *Responsabilidad parental, derechos personalísimos de los hijos y debilidad jurídica*

Introducimos en este tema exige un previo recorrido de la evolución del instituto de la responsabilidad parental en el tiempo, por ser su historia la que permite comprender en su total dimensión sus fines en el hoy.

Con las modificaciones que la ley 23.264 introduce en el Código Civil se perfila un cambio en el tratamiento del instituto que permitió

En similar sentido: MORCILLO, S. C., *La libertad y la divorcialidad*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 50, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 95 y ss.

su adaptación a las exigencias sociales y a la tendencia dominante en el Derecho Comparado, al reemplazarse el sistema vertical creado por el Codificador por un sistema horizontal donde padres e hijos al ser reconocidos como sujetos de derecho interactúan por medio de relaciones de coordinación que se sustentan en el principio de igualdad. De esta forma queda en el recuerdo el régimen originario que respondía a relaciones jerárquicas propias de la familia patriarcal, pasando a entender al instituto como una función que los padres ejercen en beneficio de los hijos²⁶.

Este proceso de cambio se fortaleció con sucesivos avances legislativos. En el año 1990, con la ley 23.849 se introduce en el Derecho interno la Convención de los Derechos del Niño –en adelante, CDN–. Este instrumento internacional que, en principio, se ubicaba en el mismo nivel en el sistema de fuentes que el Código Civil, pasa con la reforma constitucional del año 1994 a formar parte del denominado Bloque Constitucional. Este ciclo comienza a cerrarse en el año 2005, con la entrada en vigencia de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, cuyo articulado responde a los principios contenidos en la Convención. Asimismo, de forma paralela y/o sucesiva se dictaron leyes provinciales que siguen la misma línea. Al mismo tiempo, otras normas impactan de forma transversal en el instituto, ley 26.657, Derecho a la protección de la salud mental; ley 26.618, Matrimonio civil; ley 26.579, Régimen de mayoría de edad; ley 26.529, Derechos del Paciente; ley 26.378, aprueba la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

²⁶ Sobre responsabilidad parental, ver entre otros: ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. 2, ps. 689 y ss.; D'ANTONIO, D. H., *De la patria potestad*, en *Código Civil comentado. Derecho de Familia*, dir. por Francisco A. M. Ferrer, Graciela Medina y María Josefa Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. II; MÉNDEZ COSTA, FERRER y D'ANTONIO, *Derecho de Familia* cit., t. IV, ps. 129 y ss.; AZPIRI, J., *Juicios de filiación y patria potestad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001; LLOVERAS, N., *Patria potestad y filiación. Comentario analítico de la ley 23.264*, Depalma, Buenos Aires, 1986; BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. A., *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Astrea, Buenos Aires, 1985; BÍSCARO, B., *Patria potestad*, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Universidad, Buenos Aires, 1994, t. III, ps. 227 y ss.; BÍSCARO, B. R. y GARCÍA GHIGLINO, S. S., *Régimen de filiación y patria potestad. Ley 23.264*, Astrea, Buenos Aires, 1990.

Esta reseña legislativa que se acompaña responde, en su conjunto, al modelo de protección de la infancia y adolescencia consagrado en la CDN. En este marco, también se asistió a un cambio progresivo de modelo de protección, puesto que la mirada que tiempo atrás se tenía de la niñez en el sentido de ser considerada como un objeto de protección, dista de la que se tiene en el presente. Si bien este avance se corresponde con un proceso que permitió gradualmente dejar atrás la doctrina de la situación irregular e instalar la doctrina de la protección integral, puede decirse que su consolidación se alcanzó con la CDN, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989. En nuestro país, se incorpora al Derecho interno por medio de la ley 23.849²⁷ y pasa a conformar el Bloque de Constitucionalidad con la reforma constitucional en el año 1994 (art. 75, inc. 22, CN).

La plataforma normativa que describimos es la que permite asociar el reconocimiento de la condición de la niña, niño y/o adolescente como una persona en igualdad de condiciones con las demás y bajo esta situación capaz de participar en toda cuestión que pueda comprometer sus derechos. A esto refiere el principio de interés superior del niño²⁸ que actúa como guía de acción en todo aquello que involucre al universo de la infancia y que, especialmente, compromete a los padres que como titulares de la responsabilidad parental deben garantizar su efectividad²⁹.

²⁷ Sancionada el 27-9-90, promulgada el 16-10-90 y publicada en el B. O. del 22-10-90.

²⁸ El art. 3.1 de la CDN establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...” También encontramos una referencia en el art. 18.1 cuando al referir a la responsabilidad de los padres, dispone que “...su preocupación fundamental será el interés superior del niño...” Por su parte, el art. 3º de la ley 26.061 define al interés superior de la niña, niño y adolescente como “...la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley...”

²⁹ Sobre el interés superior del niño, ver entre otros: GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ y HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia* cit., t. I, y *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2007; LLOVERAS y SALOMÓN, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional* cit.

Como señala Grosman, el concepto de interés superior se vincula con el ejercicio de un derecho. En cuanto a la calificación del interés como “superior”, sostiene que “Fundamentalmente se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y ese lugar debe ser respetado”³⁰.

Vinculando la situación de la niña, el niño y/o el adolescente en el marco de la responsabilidad parental, se comprueba que si bien el legislador de la ley 23.264 omitió un cambio relevante al conservar el término patria potestad, del conjunto de enunciados se desprende que el fin del instituto es la protección de los hijos y no el interés de los padres.

Con este enfoque, podemos señalar que los padres comparten la titularidad de la responsabilidad parental no como un poder sino como una función destinada a cumplir con el conjunto de los deberes-derechos, mediante los cuales se persigue alcanzar los fines propuestos en beneficio del hijo: formación y protección integral.

Conforme lo precedente, si analizamos el instituto desde una visión constitucionalizada del Derecho Privado, resulta necesario adaptar los términos que hacen a su finalidad y contenido. Desde hace tiempo se cuestiona en la doctrina las palabras empleadas en el Código Civil –a pesar de que su empleo persiste en el ámbito judicial–, partiendo de la convicción de que el nombre “dice mucho”. En este sentido, en los Fundamentos del Proyecto se destaca: “...el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión ‘patria potestad’ por la de ‘responsabilidad parental’, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos...”

Con esta mirada abierta, corresponde adaptar aquellos términos que hacen al instituto para que así capten el interés protegido: el hijo y sus derechos. Así, merecen ser reemplazados términos como “patria potestad” por “responsabilidad parental”; “Tenencia” –propio de los

³⁰ GROSMAN, C. P., *El interés superior del niño*, en *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, dir. por Cecilia Grosman, Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 40.

derechos reales por referir a las cosas y no a la persona– por “Cuidado y/o convivencia con el hijo”; “Visitas” –de limitado alcance– por “Derecho de contacto y/o comunicación”.

Recordando que en la investigación el universo de estudio se integró con dos sectores del Derecho de Familia –relaciones jurídicas en el matrimonio y relaciones jurídicas entre padres e hijos– para ser vinculados a lo largo de todo el proceso con la posible afectación de derechos subjetivos personalísimos como manifestaciones de debilidad jurídica, se decidió *recortar el sector que refiere a las relaciones jurídicas entre padres e hijos –por la complejidad que presenta– a la labor de establecer relaciones de vinculación entre debilidad jurídica y afectación del derecho subjetivo personalísimo del hijo al cuidado de su propio cuerpo y a su salud física y mental.*

Puntualmente, la labor se orientó al abordaje del “desencuentro” que se presenta, cuando los padres como titulares y en ejercicio de la responsabilidad parental participan en la toma de decisiones que se vinculan de forma directa con derechos personalísimos del hijo, puesto que los mismos por su naturaleza se ejercen en función del derecho de autodeterminación de su titular (en el caso, el hijo). Esta situación se profundiza, aún más, cuando tratándose de padres no convivientes como es el caso del matrimonio separado de hecho, el ejercicio de la responsabilidad parental recae en uno solo de ellos (ejercicio unipersonal). Cuando estamos en presencia de un desencuentro de esta naturaleza, podemos encontraros frente a un hijo expuesto a una clara manifestación de “debilidad jurídica”.

Respecto a las normas que resultan de aplicación para atender esta problemática, corresponde partir del texto contenido en el artículo 23 de la CDN, el cual guarda armonía en toda su extensión con la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad –en adelante, CDPD– y, en el orden nacional, con la Ley de Salud Mental.

Este enunciado contempla la situación de los niños con un padecimiento físico o mental, bajo la frase: “niño mental o físicamente impedido”. Del texto surge un criterio amplio y flexible: “1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que ase-

guren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismos y faciliten la participación activa del niño en comunidad...”

En el ámbito nacional, los fines dispuestos en el artículo 23 de la CDN se captan en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes 26.061 en sus artículos 3° –interés superior del niño–, 7° –responsabilidad familiar–, 9° –derecho a la dignidad y a la integridad–, 14 –derecho a la salud–, 24 –derecho a opinar y ser oído–, 26 –derecho a la seguridad social– y 28 –principio de igualdad y no discriminación³¹–.

En suma, el interés superior nos está indicando no sólo que los padres y el Estado deben ocuparse de velar por la satisfacción de los derechos de la niña, niño y adolescente, sino también, que debe respetarse su autonomía y su lugar en la familia y en la sociedad. Con esto queremos expresar que tiene derecho a participar en todo aquello que se vincule de forma directa con su interés y, por tanto, en función de la comprensión de la situación, podrá decidir sobre todo aquello que se vincule con el cuidado de su propio cuerpo y su salud física y mental.

La facultad de decidir a la que referimos en el punto anterior se asocia con la autonomía progresiva, prevista en los artículos 5° y 12 de la CDN, como así también, en el artículo 3° de la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de la Niña, Niño y Adolescente 26.061, cuando se hace referencia a las aptitudes que todo niño adquiere durante su crecimiento y desarrollo. Este reconocimiento de autonomía en el universo infancia, como no se corresponde con el régimen de capacidad contenido en el Código Civil vigente, motivó su adecuación en el Proyecto de Reforma.

La autonomía progresiva se vincula de manera directa con el término competencia, cuyo origen se ubica en la Bioética. Se trata de un concepto flexible que no se ajusta a un momento determinado, puesto que depende del grado de desarrollo y madurez de la persona; mientras que la capacidad jurídica responde a términos rígidos dispuestos en la norma.

³¹ Entre los países latinoamericanos que se ocupan del tratamiento de la salud mental en niños y adolescentes, destacamos entre otros: Brasil, Uruguay, Chile, Paraguay, Panamá, Ecuador, Colombia, República Dominicana.

En este sentido, resulta oportuno acompañar una breve referencia sobre un trabajo de Unicef, el cual al referir al equilibrio entre los derechos del niño y la familia en función de la autonomía progresiva, fija tres reglas: 1) los niños son sujetos de derecho y los padres como titulares de la responsabilidad parental tienen un conjunto de deberes y derechos que apuntan a la efectividad de los derechos de los primeros; 2) a medida que evolucionan las facultades del niño, gradualmente los derechos de los padres pasan al niño y éste puede ejercerlos por sí mismo, y 3) como los derechos pertenecen al niño, deben cumplirse donde él se encuentre o actúe. También se establecen criterios a tener en cuenta a la hora de definir la competencia del niño: a) habilidad de comprender y comunicar información relevante; b) habilidad de reflexionar y elegir con cierto grado de independencia; c) habilidad de evaluar los potenciales beneficios, riesgos y daños, y d) construcción de una escala de valores relativamente estable³².

Con este encuadre y vinculando la responsabilidad parental con la autonomía progresiva, surge que los padres en el ejercicio del conjunto de deberes-derechos que les reconoce la norma, tienen que considerar el sentir de la niña, el niño y/o el adolescente cuando se tomen decisiones vinculadas a su persona, dependiendo el grado de participación de la madurez y comprensión de la situación.

Los primeros avances en el desarrollo de un rol activo de las niñas, niños y adolescentes, se observa en el derecho de participación en el proceso de familia, exteriorizado en el contacto directo con el juez y en la posibilidad de contar con el respaldo de su propio patrocinio letrado³³.

³² LANSDOWN, Gerison, *La evolución de las facultades del niño*, en *Innocenti Insight UNICEF*, Italia, 2005, p. 21.

³³ Sobre el derecho de participación de niñas, niños y adolescentes en el proceso, ver entre otros: SCHERMAN, I. A., *La autonomía progresiva, las 100 reglas de Brasilia y el asesor de incapaces. Desde la mirada de la libertad a la igualdad*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 52, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 155 y ss.; CULACIATI, M. M., *El derecho de los niños y adolescentes a ser oídos en el proceso de familia*, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, Año 2, N° 5, La Ley, Buenos Aires, 2010, ps. 26 y ss.; FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina*, en *Derecho Procesal de Familia*, comp. por Jorge Kielmanovich y Diego Benavides, Jurídica Continental, San José de

Particular importancia reviste la opinión de la niña, el niño y/o el adolescente en las decisiones que refieren a derechos personalísimos de su titularidad³⁴. En este ámbito, surgen preguntas como: ¿los pro-

Costa Rica, 2008, ps. 179 y ss.; MORENO, G. D., *La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño*, en *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 35, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 55 y ss.; MORELLO DE RAMÍREZ, M. S., *El derecho del menor a ser oído y la garantía del debido proceso legal*, en *Revista Derecho de Familia*, N° 35, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 47 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *El derecho constitucional del menor a ser oído*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, *Derecho Privado en la reforma constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 157 y ss.; MIZRAHI, M. L., *La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061*, en *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, comp. por Emilio García Méndez, Editores del Puerto-Fundación Sur, Buenos Aires, 2006, ps. 82 y ss., y *Los derechos del niño y la ley 26.061*, en L. L. 2006-A-858; KIELMANOVICH, Jorge, *Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes)*, en L. L. 2005-F-987; GOZAÍNI, O. A., *La representación procesal de los menores*, en L. L. 2009-B-709; LUDUEÑA, Liliana G., *El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio constitucional de su interés superior*, en *Revista Derecho de Familia*, N° 28, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, ps. 97 y ss.; PELLEGRINI, M. V., *Derecho Constitucional del menor a ser oído*, en L. L. 1998-B-1336; CARRANZA CASARES, C. A., *La participación de los niños en los procesos de familia*, en L. L. 1997-C-1384; GUAHNON, S. V., *El debido proceso y la concreción del derecho del menor a ser oído en el proceso de familia*, en L. L. 2004-I-826.

En este sentido la Opinión Consultiva N° 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dispuesto: “El aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”. En la misma línea, la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño del año 2009 que refiere al “Derecho a ser oído”, en la primera parte del párrafo segundo establece: “El derecho de todo niño a ser escuchado y tomado en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ha identificado el art. 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, siendo los otros el derecho a la no discriminación, derecho a la vida y el desarrollo, y el principal la consideración del interés superior del niño, que pone de relieve el hecho de que este artículo establece no sólo un derecho en sí, sino que también deben ser considerados en la interpretación y aplicación de todos los demás derechos”.

³⁴ Sobre el tema, ver entre otros: KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *Dignidad y autonomía progresiva de los niños*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*,

genitores u otros representantes legales de los niños y/o adolescentes deciden respecto a sus derechos personalísimos?, ¿estos derechos forman parte del conjunto de deberes y derechos comprendidos en la responsabilidad parental?, ¿estos derechos forman parte de la esfera de intimidad de niñas, niños y/o adolescentes?

Resulta claro que los derechos personalísimos pertenecen a la esfera de intimidad de su titular y trasladando esto a la cuestión de la representación legal, surge que aquel que titularice su ejercicio deberá limitar su actuar a un sostén o acompañamiento de la niña, niño y/o adolescente al momento de ejercer estos derechos y sólo se extenderán sus facultades cuando su representado no cuente con el desarrollo madurativo necesario para el ejercicio de los mismos.

Como antecedente se destaca el caso “Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority” resuelto por la Cámara de los Lorens en el año 1986. Frente a la oposición de una madre a que se les suministre métodos anticonceptivos a sus hijas menores de dieciséis años, la Corte resolvió: “...los derechos de los padres existen sólo para beneficio de los hijos y para permitirles cumplir sus deberes [...] el derecho de los padres a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta...”

En esta línea, el Código Civil español en su artículo 162 dispone que quedan exceptuados de la representación legal: “...a) los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo

Nº 2010-3, *Derechos del paciente*, Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, ps. 123 y ss., y *El derecho del niño al cuidado de su propio cuerpo*, en *Bioética y Derecho*, dir. por Salvador Bergel y Nelly Minyersky, Rubinzel-Culzoni, Santa Fe, 2003, ps. 115 y ss.; MINYERSKY, N., *Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo*, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Nº 43, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 131 y ss.; MINYERSKY, N. y HERRERA, M., *Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061*, en *Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, comp. por Emilio García Méndez, Fundación Sur-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, ps. 43 a 70; GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ y HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia* cit., ps. 520 y ss., y *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Comentada, anotada, concordada*, Ediar, Buenos Aires, 2007, ps. 281-325.

con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo...” En estos casos, la norma indica que los padres brindarán “asistencia” y “colaboración” a sus hijos, limitando su función a un acompañamiento.

En un caso similar tuvo oportunidad de expedirse la justicia nacional en relación con el derecho a la salud y a la procreación responsable por parte de niñas, niños y adolescentes, convirtiéndose en el antecedente que sentó las bases de pronunciamientos similares en lo sucesivo. El planteo vino de la Liga de Amas de Casas, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y la Asociación Pro Familia y tenía por objeto la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 5^{o35} y 7^{o36} de la Ley 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable de la Ciudad de Buenos Aires, por considerar que estos enunciados legales vulneraban los deberes-derechos que integran la responsabilidad parental. El 14 de octubre de 2003, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires rechaza el pedido de inconstitucionalidad³⁷. La doctora Conde en su voto sostuvo: “Las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños, en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por represen-

³⁵ Art. 5º: “*Destinatarias/os*. Son destinatarias/os de las acciones de la presente Ley la población en general, especialmente las personas en edad fértil”.

³⁶ Art. 7º: “*Acciones*. Se garantiza la implementación de las siguientes acciones: a) Información completa y adecuada y asesoramiento personalizado sobre métodos anticonceptivos, su efectividad y contraindicaciones, así como su correcta utilización para cada caso particular; b) Todos los estudios necesarios previos a la prescripción del método anticonceptivo elegido y los controles de seguimiento que requiera dicho método; c) Prescripción de los siguientes métodos anticonceptivos, que en todos los casos serán de carácter reversible, transitorio, no abortivos, aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación; elegidos voluntariamente por las/los beneficiarias/os luego de recibir información completa y adecuada por parte del profesional interviniente: de abstinencia periódica; de barrera que comprende preservativo masculino y femenino y diafragma; químicos que comprende: cremas, jaleas, espumas, tabletas, óvulos vaginales y esponjas; hormonales; dispositivos intrauterinos”.

³⁷ TSJ CABA, 14-10-2003, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, L. L. 2004-B-413.

tantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad [...] Si bien el proceso hacia la autonomía personal de los niños requiere en forma relevante de la función socializadora de los padres, ello no obsta a que el Estado colabore con aquéllos y establezca ciertos objetivos básicos en relación con sus políticas en materia de salud y educación –en el caso, se cuestiona la constitucionalidad de los artículos 5º y 7º de la ley 418 de la Ciudad de Buenos Aires, de salud reproductiva y procreación responsable–, llevando a cabo las acciones tendientes a que se concreten estos fines...”

La reseña que antecede permite sostener que cuando de salud se trate, la facultad de decisión de los representantes legales de niños y/o adolescentes se deberá medir en función de éstos para comprender la situación que atraviesan. Si pueden discernir los alcances de la dolencia que los afectan, debe garantizarse el derecho de participación. En este sentido, la Ley de Derechos del Paciente –leyes 26.529 y 26.742–, dispone en el apartado e, del artículo 2º: “...Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud...”

Corresponde aclarar que limitar las facultades de los representantes legales no implica dejar a niñas, niños y/o adolescentes en situación de desamparo, sino valorizar a éstos últimos como sujetos libres y autónomos para decidir respecto a sus derechos personalísimos, como, entre otros, el derecho a la salud y al cuidado del propio cuerpo que hacen a la “construcción del propio proyecto de vida”³⁸.

En la misma dirección, el Proyecto en el Capítulo 2 del Título Primero regula la “Capacidad” con un criterio que apartándose del esquema rígido dispuesto en el Código Civil vigente, distingue la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio. La flexibilidad se comprueba tras la lectura del artículo 23: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este código y en una sentencia judicial”. Asimismo, en el artículo 24 se vincula capacidad de ejercicio con autonomía pro-

³⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 254.

gresiva, cuando define los supuestos de incapacidad de ejercicio: "...b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente..."

En la Sección 2º del Capítulo 2, *Persona menor de edad*, trata la situación de niños y adolescentes distinguiendo el sector de menores de edad en dos clases: a) *menor de edad* es la persona que no ha cumplido dieciocho años, y b) *adolescente* es la persona menor de edad que cumplió trece años (art. 25).

Un aspecto importantísimo a destacar es el haber conservado la representación legal en el marco de un régimen flexible de capacidad. Consideramos acertada la solución, puesto que no debemos perder de vista que el régimen de limitaciones a la capacidad atiende a la protección de la persona y la representación coadyuva en el logro de este fin.

En armonía con la apertura que se proyecta, el artículo 26 parte de establecer como regla que "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales..." Pero, seguidamente dice "...No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico [...] La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona..."

Asimismo, la autonomía progresiva se eleva a la categoría de principio en institutos propios del Derecho de Familia, como la adopción y la responsabilidad parental³⁹. Así, entre los principios generales que rigen la adopción, queda comprendido: "...f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años" (art. 595). En la misma línea, se consagra entre los principios generales que rigen la responsabilidad parental:

³⁹ Coincido con Fernández cuando señala que "...la autonomía progresiva se 'cuela' a través de toda la regulación del Derecho familiar contenido en la reforma. Cada vez que se reglamenta una institución, se contempla el modo en que la niña/o adolescente se ubica en o frente a ella, acorde siempre al reconocimiento de su autonomía..." FERNÁNDEZ, S. E., *Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Código Civil*, en *El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, J. A. Núm. Esp., 2012-II-109.

“...b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez” (art. 639).

En sintonía con este principio, cuando se regulan los deberes de los progenitores se establece: “...c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos [...] f) representarlo...” (art. 646).

En lo que refiere a la capacidad-autonomía progresiva y representación legal en el campo de la salud, el Proyecto, con una decisión metodológica acertada, distingue dos etapas de la vida del menor:

Adolescente entre trece y dieciséis años: disocia dos clases de prácticas médicas: a) tratamientos no invasivos y, que al mismo tiempo, no comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física, se presume que tiene aptitud para decidir por sí, y b) tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, prestará su consentimiento con la asistencia de sus progenitores y en caso de conflicto, se resolverá atendiendo a su mejor interés sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico (art. 26).

Adolescente entre dieciséis y dieciocho años: se lo considera adulto para la toma de decisiones que se vinculan con el cuidado de su propio cuerpo.

En los Fundamentos se expresa que el Proyecto: “...regula expresamente la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo, siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la Bioética y en el Derecho Comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de ‘competencia’ diferenciándola de la capacidad civil tradicional...”

Atendiendo a lo precedente, acompañamos una breve reseña de antecedentes en el Derecho Comparado a modo de muestreo de la línea que se sigue en la legislación de otros países.

En primer término, una mención del Convenio Relativo a los De-

rechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo)⁴⁰, el cual hace referencia al grado de participación que el menor de edad tiene, pero sin atender a distinciones fundadas en la edad. Sobre el mismo se dijo: "...el convenio marca dos líneas de actuación perfectamente definidas: de una parte, con respecto a los que se encuentran en disposición de entender cualquier información referente a su salud y de poder expresar su voluntad, la actuación que corresponde es respetar prioritariamente sus deseos. De otra, en el caso de que no puedan comprender la información que se les dé, ni manifestar su voluntad, lo prioritario es defender su salud e intereses y evitarle riesgos innecesarios..."⁴¹

En España, se observa un traslado de los principios de este Convenio en la Ley 41/2002⁴², la cual, al igual que nuestro Proyecto de Reforma, distingue en función de etapas en la vida del menor: a) cuando se trate de menores sin capacidad intelectual ni emocional de comprender el alcance de su intervención, el consentimiento lo otorgará el representante, tras escuchar su opinión si tiene doce años cumplidos, y b) cuando se trate de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, el consentimiento lo prestará el adolescente, pero en el caso de grave riesgo se informará a los padres y la opinión de éstos será tenida en cuenta a la hora de tomar decisiones.

En Inglaterra, la Sección 8º del Acta de Reforma del Derecho de Familia de 1969 faculta a los adolescentes mayores de 16 años a consentir tratamientos quirúrgicos, médicos u odontológicos, prevaleciendo su decisión por sobre el querer de sus padres o representantes legales.

El Children's Act de 1989 dispone que los mayores de dieciséis años tienen competencia como los adultos, salvo que una razón hiciera comprender lo contrario, y pueden dar su consentimiento válido, incluida su admisión en los hospitales de salud mental. Los que están

⁴⁰ Aprobado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 19 de noviembre y abierto a la firma en el año 1997.

⁴¹ JUNQUERA E ESTÉFANI, R., *Autonomía y minoría de edad. El menor de edad ante la sanidad*, en *La capacidad de obrar del menor*, coord. por María Paz Pous de la Flor, Rosa Adela Leonseguí Guillot y Fátima Yáñez Vivero, Ex Libris Ediciones, España, 2009, p. 142.

⁴² Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente.

por debajo de esa edad, para ser considerados competentes y prestar un consentimiento válido deben ser capaces de entender los objetivos del tratamiento y evaluar sus riesgos y beneficios. Criterio similar sigue en los Países Bajos la ley de 1995 que reglamenta los derechos de los pacientes menores de edad⁴³.

A nivel nacional, la apertura lograda en este campo reconoce antecedentes en la labor jurisprudencial, tanto en los supuestos en que por la temprana edad el/la niño/a no pudo expresar su sentir por falta de competencia y en aquellos donde su voluntad fue tomada en cuenta al momento de definir el camino a seguir⁴⁴.

En situaciones como las descriptas, consideramos que cuando los padres no conviven –como el caso del matrimonio separado de hecho–, deben ejercer la responsabilidad parental de forma compartida.

El reconocimiento de una corresponsabilidad compartida por los progenitores, aun cuando la convivencia con el hijo recaiga en uno solo de ellos, hace efectivo tanto el enunciado del artículo 9.3 de la CDN cuando reconoce el derecho del niño de “...mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular...”, como así también el enunciado del artículo 10.2 al establecer que “El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres”. Atendiendo al “de-

⁴³ Sobre estos antecedentes y otros en el Derecho Comparado, ver: SCHERMAN, *La autonomía progresiva, las 100 reglas de Brasilia y el asesor de incapaces. Desde la mirada de la libertad a la igualdad* cit., p. 172.

⁴⁴ Entre otros: Trib.Fam. de San Isidro, 12-12-2008, en *Actualidad en Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, N° 12, diciembre de 2008, ps. 1401 y ss.; CSJN, 12-6-2012 y SCJBA, 6-10-2010, “N. N. o U., V. Protección y guarda de personas”, L. L. Online (con notas de RIVERA, J. C., *Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales*, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, Año 2, N° 10, La Ley, Buenos Aires, noviembre de 2010, ps. 249 y ss.; CIANCIARDO, J., *El derecho a la salud de los menores y la patria potestad. El caso de vacunación obligatoria*, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, Año 3, N° 1, La Ley, Buenos Aires, enero-febrero de 2011, ps. 247 y ss.; BIGLIARDI, K. A. y ROCCA, M. del R., *La vacunación obligatoria y la elección de la medicina alternativa de los padres*, en L. L. B. A. 2010-1107); JFam. N° 1 de Mendoza, 16-9-2008, “B., L. A.”, L. L. 2008-F-653.

ber ser” contenido en la CDN, la ley 26.061 en su artículo 7° sigue la misma línea, al decir que “...El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas [...] para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad y, para que, los padres asuman en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones”.

Del texto surge que se equipara la pareja con convivencia común o sin ella en lo que respecta al ejercicio compartido de la responsabilidad parental, siendo esta modalidad la que se fija como regla. También cabe destacar como aporte el reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad, al permitir que los progenitores definan por el camino del acuerdo el ejercicio que mejor se ajuste al interés del hijo; dejando la cuestión librada a la decisión judicial como segunda alternativa.

Otra cuestión a definir cuando se está frente a una pareja no conviviente (separada de hecho, divorciada o progenitores que no conforman pareja) es la convivencia y/o cuidado del hijo.

La ley 26.618, al extender la posibilidad de casarse a la pareja de igual sexo, introduce por medio de su artículo 4° cambios en el artículo 206 del Código Civil: “...Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos”. Del enunciado se desprende que sólo para los matrimonios entre personas de igual sexo se abren las puertas a la autonomía de la voluntad; mientras que en el caso de matrimonios de distinto sexo se conserva la preferencia materna para los supuestos de hijos menores de cinco años.

Como expresamos en otro trabajo: “...esta referencia sólo para los padres del mismo sexo puede originar una diferencia de trato que no responde al espíritu del régimen: a) ¿cuáles fueron las razones tenidas

en cuenta por el legislador para fijar la preferencia materna en el caso de padres heterosexuales?; b) ¿cuáles fueron las razones que condujeron al legislador a permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de padres del mismo sexo?, y c) ¿cuáles fueron las razones que hicieron que el legislador no elaborara un enunciado general que permita a los padres, sin distinción, definir de forma autónoma el régimen de custodia y comunicación?...”⁴⁵

Los problemas enunciados como preguntas se hubieran evitado con un enunciado general, como el propuesto por Kemelmajer de Carlucci y Herrera: “Separados por sentencia firme, cada uno de los cónyuges podrá fijar libremente su domicilio o residencia. En caso de existir hijos comunes a su cargo, los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones relativas a la patria potestad. A falta de acuerdo, la guarda será resuelta por el juez teniendo en cuenta el interés superior del niño”⁴⁶.

Sin embargo, la falta de prohibición expresa y la apertura que en el presente tiene el Derecho de Familia en el marco del sistema de fuentes vigente en el Derecho interno, torna viable que los progenitores no convivientes –de igual o distinto sexo– compartan en igualdad de condiciones el cuidado de los hijos, siempre y cuando atienda al mejor interés de éstos.

La flexibilidad propuesta se encuentra plasmada en el Proyecto, cuando dispone que en los casos de padres no convivientes, el cuidado puede ser asumido por uno o ambos, comprendiéndose en esta última modalidad dos variables: cuidado personal compartido alternado y cuidado personal compartido indistinto. Mientras que en el primero, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores que dependerá de la organización y posibilidades de la familia; en el segundo, el hijo convive de manera estable con uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equi-

⁴⁵ KRASNOW, A. N., *La custodia en la ley 26.618. Una pérdida de oportunidades*, en *Suplemento Especial Matrimonio Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 23.

⁴⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y HERRERA, M., *Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática judicial*, en L. L. 2010-C-1382.

tativo las labores atinentes a su cuidado. Entendemos que este último supuesto se asimila en su alcance al ejercicio compartido (art. 650).

Rescatamos como valioso el giro en torno a la regla de cuidado que el régimen proyectado establece, al disponer como primera alternativa el cuidado compartido: “A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo” (art. 651).

Además de invertir la regla de cuidado, el Proyecto avanza aún más y atendiendo al principio de autonomía, faculta a los progenitores a diseñar un Plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que refiera a: “a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor; b) responsabilidades que cada uno asume; c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia; d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor” (art. 655). Se aclara que el mismo podrá ser objeto de modificaciones frente al cambio de situaciones y/o necesidades del hijo. Como elemento a considerar, se destaca *el respeto al principio de autonomía progresiva al establecer que el hijo tiene derecho a participar tanto en el diseño como en las modificaciones de dicho plan*.

En los casos que los progenitores con la participación del hijo no elaboraran un plan o no lo hubieran homologado judicialmente, el juez definirá el cuidado, priorizando el cuidado compartido indistinto, salvo que el mejor interés del hijo exija el establecimiento de un cuidado unipersonal o alternado.

En el supuesto excepcional de que el cuidado personal del hijo recaiga en un solo progenitor, se reconoce al otro el derecho y el deber a una *fluida* comunicación con el hijo. Como puede observarse se reemplaza el término “adecuada comunicación” por “fluida comunicación”, el cual denota un alcance mayor. En cuanto a las pautas a ponderar por el juez para definir el progenitor que asumirá el cuidado unipersonal, se mencionan: a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; b) la edad del hijo; c) la opinión del hijo, y d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida. Asimismo, la norma establece que el progenitor que no detenta el cuidado, “...tiene el derecho y el deber

de colaboración con el conviviente”. Este derecho y deber fortalece el criterio de igualdad y protagonismo de los progenitores en todo lo que hace al vínculo con los hijos.

Otra inclusión valiosa se encuentra contenida en el artículo 654 cuando establece que “Cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo”. El deber de informar recíproco que recae en ambos fortalece la comunicación continúa con el fin de velar por la persona y bienes del hijo. Además, entendemos que esta referencia expresa a dos cuestiones tan trascendentes para el hijo, como la educación y la salud que hacen al contenido de los respectivos derechos personalísimos, se vincula de manera directa con el espacio de actuación que los progenitores tienen respecto a estos últimos y que dependerá de las competencias con que cuente el hijo (principio de autonomía progresiva).

En relación con el conjunto de deberes y derechos que los padres tienen respecto a la persona y bienes de sus hijos, se parte de un enunciado que contiene reglas generales que guían los deberes y derechos de los progenitores. Anteponiendo los deberes a los derechos, quedan comprendidos: “a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; c) *respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos*; d) *prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos*; e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo; f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo” (art. 646). Como puede observarse, este enunciado se corresponde con los principios de la responsabilidad parental declarados en el Proyecto, buscando de esta forma que el instituto se materialice en vínculos entre los progenitores y los hijos basados en la colaboración, orientación, contención y guía. De ahí que haya quedado en el olvido el poder de corrección que se tenía sobre los hijos y que sólo era sustentable en el marco de una estructura familiar sostenida en relaciones de subordinación.

5. Reflexiones finales

La labor desarrollada que se describe en el presente trabajo permitió esbozar las reflexiones siguientes:

- a) Si bien el Derecho Privado constitucionalizado orienta su protección a la persona y sus derechos, en la dimensión sociológica se perciben situaciones de debilidad jurídica que alcanzan en distintas circunstancias a integrantes de una familia.
- b) El ordenamiento normativo civil argentino vigente, y en especial, el Derecho de Familia, contiene carencias normológicas y dilógicas que deben superarse para así poder revertir situaciones de debilidad jurídica.
- c) El Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial de la Nación 2012, desde una visión constitucionalizada del Derecho Privado, logra avanzar en el diseño de instrumentos tutelares de la persona y sus derechos.
- d) En el Derecho de Familia vigente se observan claras manifestaciones de situaciones de debilidad jurídica en el marco de las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges separados de hecho como en las relaciones entre padres e hijos cuando los primeros se encuentran separados de hecho.

6. Bibliografía

- AZPIRI, J., *Juicios de filiación y patria potestad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- BACIGALUPO DE GIRARD, M., *El divorcio sin expresión de causa. La necesidad de su inclusión en nuestra legislación*, en *La familia en el nuevo Derecho*, dir. por A. Kemelmajer de Carlucci y coord. por M. Herrera, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, ps. 409 y ss.
- BELLUSCIO, A. C., *Manual de Derecho de Familia*, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Intimidad y autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia: ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 15, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, octubre de 1999, p. 29.
- BOSSERT, G. A., y ZANNONI, E. A., *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Astrea, Buenos Aires, 1985.

- CARRANZA CASARES, C. A., *La participación de los niños en los procesos de familia*, en L. L. 1997-C-1384.
- CHECHILE, A. M., *La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil argentino*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995.
- CULACIATI, M. M., *El derecho de los niños y adolescentes a ser oídos en el proceso de familia*, en rev. *Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Buenos Aires, 2010, Año 2, N° 5, ps. 26 y ss.
- FAMÁ, M. V., *Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de divorcio*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 44, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 1 y ss.
- FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina*, en *Derecho Procesal de Familia*, comp. por Jorge Kielmanovich y Diego Benavides, Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2008, ps. 179 y ss.
- FANZOLATO, E., *Derecho de Familia*, Advocatus, Córdoba, 2007, t. I.
- FERNÁNDEZ, S. E., *Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Código Civil*, en *El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, en J. A. Núm. Esp., 2012-II-109.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, A. y ROVEDA, E. G., *Manual de Derecho de Familia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.
- GARCÍA DE GHIGLINO, S. S., *Separación de hecho*, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Universidad, Buenos Aires, 1994, t. III, ps. 621 y ss.
- GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Comentada, anotada, concordada*, Ediar, Buenos Aires, 2007.
- *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- GROSMAN, C. P., *La separación personal y el divorcio en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio. Algunas propuestas para el debate*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 18, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, ps. 123 y ss.

- GROSMAN, C. P., *El interés superior del niño*, en *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, dir. por Cecilia Grosman, Universidad, Buenos Aires, 1998.
- GUAHNON, S. V., *El debido proceso y la concreción del derecho del menor a ser oído en el proceso de familia*, en L. L. 2004-I-826.
- HERRERA, M., *Perspectivas contemporáneas sobre el divorcio en el Derecho Comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 44, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 75 y ss.
- JUNQUERA E ESTÉFANI, R., *Autonomía y minoría de edad. El menor de edad ante la sanidad*, en *La capacidad de obrar del menor*, coord. por María Paz Pous de la Flor, Rosa Adela Leonseguí Guillot y Fátima Yáñez Vivero, Ex Libris Ediciones, España, 2009.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *Dignidad y autonomía progresiva de los niños*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2010-3, *Derechos del paciente*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 123 y ss.
- *El Derecho Constitucional del menor a ser oído*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, *Derecho Privado en la reforma constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 157 y ss.
- *El derecho del niño al cuidado de su propio cuerpo*, en *Bioética y Derecho*, dir. por Salvador Bergel y Nelly Minyersky, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, ps. 115 y ss.
- *Separación de hecho entre cónyuges*, Astrea, Buenos Aires, 1978.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y HERRERA, M., *Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática judicial*, en L. L. 2010-C-1382.
- KIELMANOVICH, J., *Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes)*, en L. L. 2005-F-987.
- KRASNOW, A. N., *La custodia en la ley 26.618. Una pérdida de oportunidades*, en *Suplemento Especial Matrimonio Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 23.
- LÓPEZ DEL CARRIL, J., *Régimen del matrimonio. Separación personal y divorcio. Ley 23.515*, Depalma, Buenos Aires, 1989.
- LLOVERAS, N., *Patria potestad y filiación. Comentario analítico de la ley 23.264*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

- LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M., *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009.
- LUDUEÑA, Liliana G., *El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio constitucional de su interés superior*, en *Revista Derecho de Familia*, N° 28, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, ps. 97 y ss.
- MAZZINGHI, J. A., *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006.
- MÉNDEZ COSTA, M. J.; FERRER, F. A. M. y D'ANTONIO, D. H., *Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ts. I y II.
- MINYERSKY, N., *Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo*, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 43, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 131 y ss.
- MINYERSKY, N. y HERRERA, M., *Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061*, en *Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, comp. por Emilio García Méndez, Fundación Sur-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, ps. 43 a 70.
- MIZRAHI, M., *Familia, matrimonio y divorcio*, 2ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2006.
- *La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061*, en *Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, comp. por Emilio García Méndez, Editores del Puerto-Fundación Sur, Buenos Aires, 2006, ps. 82 y ss.
- *Los derechos del niño y la ley 26.061*, en L. L. 2006-A-858.
- MORELLO, A. M., *Separación de hecho entre cónyuges*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- MORELLO DE RAMÍREZ, M. S., *El derecho del menor a ser oído y la garantía del debido proceso legal*, en *Revista Derecho de Familia*, N° 35, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 47 y ss.
- MORENO, G. D., *La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño*, en *Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 35, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 55 y ss.
- PELLEGRINI, M. V., *Derecho constitucional del menor a ser oído*, en L. L. 1998-B-1336.

- PERRINO, J. O., *Derecho de Familia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- SAMBRIZZI, E. A., *Tratado de Derecho de Familia*, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SCHERMAN, I. A., *La autonomía progresiva, las 100 reglas de Brasilia y el asesor de incapaces. Desde la mirada de la libertad a la igualdad*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 52, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 155 y ss.
- TAVIP, G. E., *Divorcio por presentación conjunta: ¿es legítima la intromisión del Estado cuando los cónyuges deciden finalizar su vínculo matrimonial?*, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 44, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 163 y ss.
- VIDAL TAQUINI, C. H., *Matrimonio civil*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2000.
- ZANNONI, E. A., *Contienda y divorcio*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, ps. 9 y ss.
- *Derecho civil. Derecho de Familia*, 4ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2002, t. 1.

VIGENCIA DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO DEL MAR

por ALBERTO E. MONSANTO*

SUMARIO: 1. El principio precautorio. 2. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Convemar). 3. La regulación ambiental marina en la Convemar. 4. La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (AIFM). 5. El Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM) y su competencia cautelar. 6. Recepción del principio precautorio. 7. Bibliografía.

Resumen

El principio precautorio se encuentra presente en numerosa cantidad de instrumentos internacionales y actualmente es considerado como parte del Derecho Internacional general. El sistema jurídico donde el principio alcanza su mayor desarrollo es el encabezado por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En el presente artículo se intenta detallar de manera sucinta su regulación en la Convención y los acuerdos y normativas que la complementan y, específicamente, la labor realizada en aplicación del principio por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, respectivamente, en la Zona patrimonio común de la humanidad, así como en controversias y medidas cautelares sobre el medio marino y sus recursos.

* Profesor titular de Derecho Internacional Público. Cátedra B. Profesor de Derecho de la Integración. Cátedra Andrés Bello-Argentina.

Abstract

The precautionary principle is present in numerous international instruments and is currently considered as part of General International Law. The legal system in which this principle reaches its highest development is the one led by the United Nations Convention on the Law of the Sea. This paper attempts to detail, succinctly, its regulation in the context of the Convention and the agreements and regulations that complement it and, specifically, the respective work of application of the principle, performed by the International Seabed Authority and the International Court for the Law of the Sea, on the The Common Heritage of Mankind Zone, disputes and protective measures on the marine environment and its resources.

Palabras clave

Principio precautorio. Patrimonio común de la humanidad.

Keywords

Precautionary principle. Common heritage of mankind.

1. El principio precautorio

El principio de precaución es un principio ético vinculado al desarrollo y acceso a la tecnología¹. Enunciado como criterio de aplicación en algunos documentos y normativas con antelación, el principio precautorio integra la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 como Principio 15 disponiendo: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para

¹ Vid., Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio de la Comisión Mundial de Ética del conocimiento científico y la tecnología (Comest); Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; UNESCO, 2005 (SHS-2005/WS/21 cid/d 25514), en www.unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf.

postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”².

El enunciado está vinculado al Principio rector N° 7 de la Declaración de Río, que contiene el deber general de cooperación entre los Estados con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. De ahí que, atendiendo la contribución desigual a la degradación del medio ambiente, el Principio 15 impone a los Estados “responsabilidades comunes pero diferenciadas” en razón de su distinto nivel de desarrollo y participación en la afectación del ecosistema.

Más explícitamente, en su parte final el Principio 15 resalta que “los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”.

Doctrina y jurisprudencia sustantivas integran el principio precautorio al Derecho Internacional general³, lo que no es pacífico dados los diferentes sentidos que le otorgan de los distintos regímenes jurídicos, como también oposiciones y críticas a las pretensiones de su admisión general especialmente en materias que atañen al comercio internacional⁴. Sin duda, los mayores desarrollos del principio son alcanzados en el ámbito del Derecho del Mar.

² Un gran número de instrumentos internacionales receptan el principio: i.e. el Protocolo de Montreal de 1987 sobre sustancias que agotan la capa de ozono; el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992; el Convenio de 1992 para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico Nororiental; el Convenio de Helsinki de 1992 sobre la protección del medio ambiente marino en el Báltico; el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1994; el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2000).

³ i.e. el voto en disidencia del juez *ad hoc* Emilio Vinuesa en el caso relativo a las Pasteras sobre el Río Uruguay (“Argentina vs. Uruguay. Solicitud de Indicación de Medidas Provisionales”) resuelto por la CIJ el 13-7-2006, “...que indiscutiblemente está en el núcleo del derecho ambiental”. “...el principio de precaución no es una abstracción o un componente académico de deseable *soft law*, sino una regla de Derecho Internacional general actual”.

⁴ ARTIGAS, C., *El principio precautorio en el derecho y la política internacional*,

2. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Convemar)

Por resolución 2340 (XXII) del 18 de diciembre de 1967, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas decidió la creación de un Comité Especial encargado de estudiar la utilización con fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción nacional⁵.

Posteriormente, por resolución AG 2749 (XXV) fueron enunciados los principios que regularían los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo más allá de los límites de la jurisdicción nacional, y por la resolución AG 2750 (XXV) se convocó en 1973 a la Conferencia sobre el Derecho del Mar cuyo objetivo final sería el establecimiento de un régimen internacional de todos los espacios marinos. La resolución AG 3067 (XXVIII) del mismo año otorgó mandato a la Conferencia para aprobar una Convención que tratara todos los temas y cuestiones de derecho del mar⁶.

Junto a la regulación atinente a los espacios marinos reconocidos por el Derecho Internacional hasta su dictado, en la Convemar se cristalizó la definición de otros nuevos como la Zona Económica Exclusiva y la Zona Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos (la Zona) desarrollados, respectivamente, en las Partes V y XI de la Convención.

Respecto de la Zona, la regulación se complementa con los Anexos III, IV y VI de la Convención, comprendiendo un régimen de exploración y explotación de sus recursos en beneficio de la Humanidad, y asignando la organización y control de las actividades así como la administración de sus recursos a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (AIFM).

CEPAL, Serie recursos naturales e infraestructura, N° 22, en www.cepal.org/publicaciones/xml/0/7030/LCL1535-P-E.pdf.

⁵ El Comité Especial estuvo integrado por representantes de 37 Estados. Por el lado de América Latina participaron en el mismo Argentina, Brasil, Chile, Ecuador y El Salvador.

⁶ Una cronología del proceso de gestación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar puede verse en nuestro trabajo: *Derecho del Mar; soberanía y jurisdicción de los Estados en los espacios marítimos adyacentes*, Poligrafyk Proamar, Buenos Aires, 1993.

La oposición de los Estados con mayor poder marítimo, industrial, financiero y tecnológico a la vigencia de un régimen que puso un espacio estimado aproximadamente en la mitad de la superficie del planeta y asiento de la mayor riqueza y variedad mineral estratégica fuera de la posibilidad de apropiación o establecimiento de derechos soberanos impediría por más de una década la puesta en vigor de la Convención.

A esos fines y en rigor, violentando el texto de la Convención en materia de su enmienda como el propio régimen del Patrimonio Común de la Humanidad en ella establecido, fue negociado el Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI con el ingreso de instrumentos de mercado (en vigor desde el 28 de julio de 1996), al que siguió el de la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios (en vigor desde el 11 de diciembre de 2001)⁷.

3. La regulación ambiental marina en la Convemar

Además de constituirse en un instrumento jurídico de valor excepcional, cabeza del sistema que integra con los acuerdos que la complementan y el derecho que deriva del accionar de las instituciones creadas por ella, la Convención de Montego Bay es un compendio normativo de Derecho Ambiental.

El interés general en el ámbito marino reside en la preservación de su equilibrio natural y el aprovechamiento de sus recursos de manera equilibrada y sustentable. La Convemar se inspira en ese interés general de preservación que encarna prioritariamente el deber de precaución frente a la eventualidad de un daño grave o irreversible, con presencia en todos los espacios marinos, tanto los que se encuentran bajo la soberanía o jurisdicción de los Estados, como los ubicados más allá de la extrema jurisdicción estatal.

La Convención sentó las bases sobre las que debe procurarse la protección y el desarrollo sostenible del medio marino y sus recursos. En la Parte XII dedicada a la “Protección y preservación del medio marino”, el artículo 192 de la Sección 1 proclama la obligación general

⁷ Vid. al respecto PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, ps. 366-8.

y regla básica precautoria: “Los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino”.

Conforme los incisos 1º, 2º y 5º del artículo 194, sin perjuicio del derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a su política en materia de medio ambiente y, con base en la obligación general de protección y preservación, los Estados deben adoptar todas las medidas compatibles con la Convención necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente, además de las necesarias para proteger y preservar los ecosistemas raros o vulnerables, así como el hábitat de las especies y otras formas de vida marina diezmadas, amenazadas o en peligro.

La contaminación es definida en el inciso 4º del artículo 1º de la Convemar como la introducción por el ser humano, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento.

El ejercicio de los derechos del Estado sobre sus recursos marinos o explotables en los espacios marinos debe estar en consonancia con el deber de proteger y preservar el medio marino (arts. 207 y 213, y Partes XII, XIII y XIV de la Convemar)⁸.

En la Sección 4 de la Parte XII, los artículos 204, 205 y 206 imponen a los Estados mantener bajo vigilancia los efectos de cualesquiera actividades que autoricen o realicen a fin de determinar si dichas actividades pueden contaminar el medio marino, publicar información y evaluar los efectos potenciales de las actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control.

En el marco de estas reglas los Estados y organizaciones internacionales competentes tienen la obligación de cooperar de buena fe.

⁸ De conformidad con lo establecido en el art. 305 de la Convención y en su Anexo IX, a los efectos de la misma el término Estado es comprensivo de aquellas organizaciones internacionales que pudieran ser parte de la Convención en tanto sus Estados miembro les hayan transferido competencias en materias por ella regidas, incluida la de celebrar tratados en relación con tales competencias.

Esa cooperación se manifiesta principalmente a través de una pluralidad de convenios particulares sobre usos del mar y explotación y preservación de sus recursos⁹.

Los Estados tienen el derecho soberano de explotar y aprovechar los recursos naturales que se encuentran en las zonas marinas bajo su soberanía y, *mutatis mutandis*, bajo su jurisdicción pero deben hacerlo preservando la seguridad ambiental del espacio marino y el equilibrio de su ecosistema; ésta es una obligación general de la comunidad de sujetos internacionales, al igual que la investigación científica que realicen los Estados y organizaciones internacionales competentes (art. 263).

Los Estados son responsables, de conformidad con el Derecho Internacional, del cumplimiento de sus obligaciones relativas a la protección y preservación del medio marino (art. 205, Parte XIII Investigación científica marina, y Parte XIV Desarrollo y transmisión de tecnología marina).

La Convención reconoce a los Estados ribereños el derecho a dictar leyes y reglamentos relativos al paso inocente por su mar territorial en materias tales como conservación de los recursos vivos del mar (art. 22.1.d); leyes y reglamentos relativos a la preservación de su medio ambiente y la prevención, reducción y control de la contaminación del mar territorial (art. 22.1.f); derechos de soberanía y jurisdicción del ribereño en la zona económica exclusiva con respecto a la protección y preservación del medio marino (art. 56); derecho de determinar la captura permisible de los recursos vivos en su zona económica exclusiva con el fin de su preservación (art. 61); asegurar la

⁹ Entre otros, pueden citarse el Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertientes de desechos y otras materias (1972); el Convenio de Basilea sobre control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (1989); los Convenios sobre Mares Regionales; el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por buques (Marpol73/78); las Directrices de Montreal para la protección del medio marino contra la contaminación procedente de fuentes terrestres (1985). Debe mencionarse también la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (1992) y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992) de alcance global que operan como base para el desarrollo de acuerdos específicos. En ese contexto se ubica el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre Diversidad Biológica (2010), y el Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 (2011).

conservación y utilización óptima de especies altamente migratorias (art. 64); cooperar en miras a la conservación de los mamíferos marinos (art. 65); los Estados en cuyos ríos se originen poblaciones anádromas tendrán el interés y la responsabilidad primordiales en su aseguramiento y del dictado de medidas apropiadas (art. 66); el Estado ribereño en cuyas aguas especies catádromas pasen la mayor parte de su ciclo vital será responsable de su administración y asegurará la entrada y la salida de los peces migratorios (art. 67); el derecho de adoptar medidas para la conservación de los recursos vivos de alta mar en relación con sus nacionales (art. 117); el derecho de determinar la captura permisible y establecer otras medidas de conservación para los recursos vivos en alta mar sobre la base de datos científicos (art. 119); el deber de no transferir daños o peligros ni transformar un tipo de contaminación en otro (art. 195); el deber de adoptar medidas para prevenir la contaminación del medio marino, causada por la utilización de tecnologías o introducción de especies extrañas o nuevas (art. 196); la obligación de dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de fuentes terrestres (art. 207); la obligación de dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino por actividades en los fondos marinos sujetos a jurisdicción nacional (art. 208); dictar leyes y reglamentos para actividades en la Zona que se realicen por buques o desde instalaciones, estructuras y otros dispositivos que enarbolan su pabellón (art. 209); dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación marina por vertimiento (art. 210); establecer requisitos especiales al ingreso a sus puertos o aguas interiores de buques extranjeros para prevenir la contaminación del medio marino (art. 211); dictar leyes y reglamentos para prevenir la contaminación desde la atmósfera o a través de ella (art. 212); y el derecho a dictar y hacer cumplir leyes y reglamentos no discriminatorios para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques en las zonas cubiertas de hielo (art. 234).

La Convención en su artículo 237 previene que las disposiciones de la Parte XII (Protección y Preservación del Medio Marino) no afectan a las obligaciones específicas contraídas por los Estados en virtud de convenciones y acuerdos especiales celebrados con anterioridad en

la materia, ni a los acuerdos que puedan celebrarse para promover los principios generales de la Convención.

4. La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (AIFM)

La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (AIFM) es el organismo por conducto del cual, los Estados parte de la Convención organizarán y controlarán las actividades de la Zona¹⁰.

La AIFM es una organización internacional autónoma con sede en Kingston, Jamaica, integrada por la Asamblea, de la que participan todos los Estados parte de la Convención, el Consejo, órgano ejecutivo integrado por 36 miembros de la Autoridad elegidos por la Asamblea, la Comisión Jurídica y Técnica, el Comité de Finanzas y la Secretaría.

El principio general de protección y precaución del medio marino adopta en lo relativo a la Zona y sus recursos una formulación específica. En ese orden, el artículo 145, de la Convención Protección del medio marino señala: “Se adoptarán con respecto a las actividades de la Zona las medidas necesarias de conformidad con esta Convención para asegurar la eficaz protección del medio marino contra los efectos nocivos que puedan resultar de esas actividades. Con ese objeto, la Autoridad establecerá normas, reglamentos y procedimientos apropiados para, entre

¹⁰ Por el Anexo del Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convemar en sus apartados 1 y 7 de la Sección 1, La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (AIFM) es la organización por conducto de la cual los Estados Parte en la Convención, de conformidad con el régimen establecido para la Zona en la Parte XI y en este Acuerdo, organizarán y controlarán las actividades en la Zona, particularmente con miras a la administración de los recursos de la Zona. La Autoridad tendrá las facultades y funciones que expresamente se le confieren por la Convención. Tendrá también las facultades accesorias, compatibles con la Convención, que resulten implícitas y necesarias para el ejercicio de aquellas facultades y funciones con respecto a las actividades en la Zona; la promoción y el estímulo de la realización de investigaciones científicas marinas con respecto a las actividades realizadas en la Zona y la compilación y difusión de los resultados de esas investigaciones y análisis, cuando se disponga de ellos, haciendo especial hincapié en las investigaciones relativas a los efectos ambientales de las actividades realizadas en la Zona. Toda solicitud de aprobación de un plan de trabajo irá acompañada de una evaluación de los posibles efectos sobre el medio ambiente de las actividades propuestas y de una descripción de un programa de estudios oceanográficos y estudios de referencia sobre el medio ambiente de conformidad con las normas, reglamentos y procedimientos aprobados por la Autoridad.

otras cosas: a) Prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino y otros riesgos para éste, incluidas las costas, y la perturbación del equilibrio ecológico del medio marino, prestando especial atención a la necesidad de protección contra las consecuencias nocivas de actividades tales como la perforación, el dragado, la excavación, la evacuación de desechos, la construcción y el funcionamiento o mantenimiento de instalaciones, tuberías y otros dispositivos relacionados con tales actividades; b) Proteger y conservar los recursos naturales de la zona y prevenir daños a la flora y fauna marinas”.

En ejercicio de las previsiones del artículo 162 de la Convemar, la AIFM ha desarrollado una muy importante labor elaborando un “Código de Minería” que colecta las normas, reglamentos y procedimientos para regular la prospección, exploración y explotación de minerales marinos en la Zona.

La Autoridad ha dictado en ese marco el Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona (aprobado el 13 de julio de 2000); el Reglamento sobre prospección y exploración de sulfuros polimetálicos en la Zona (aprobado el 7 de mayo de 2010) y el Reglamento sobre prospección y exploración de costras de ferromanganeso con alto contenido de cobalto en la Zona (aprobado el 27 de julio de 2012).

Tales instrumentos comprenden normas de precaución. A manera de ejemplo, el Reglamento de nódulos define en el apartado f, del artículo 1º, el alcance de los daños graves al medio marino, causados por las actividades realizadas en la Zona que constituyan un cambio adverso importante del medio marino determinado con arreglo a normas, los reglamentos y los procedimientos aprobados por la Autoridad.

Igualmente, previenen sobre el deber de aplicación del principio precautorio y de las mejores prácticas ambientales. Al efecto, disponen que para asegurar la protección eficaz del medio marino contra los efectos nocivos que pueden derivarse de las actividades en la Zona, *la Autoridad y los Estados patrocinadores aplicarán el criterio de precaución que figura en el principio 15 de la Declaración de Río en relación con dichas actividades*¹¹.

¹¹ Art. 31.2 del Reglamento de nódulos; art. 33.2 del Reglamento de sulfuros.

El Consejo de la AIFM aprobó en 2012, un plan de ordenación ambiental para la zona Clarion-Clipperton recomendado por la Comisión Jurídica y Técnica, aplicable durante un período inicial de tres años que incluye la designación, con carácter provisional, de una red de zonas de especial interés ambiental determinadas por coordenadas y pone en práctica el criterio de precaución del Principio 15 de la Declaración de Río según lo propone la resolución AG 63/111.

En la misma decisión, se solicitó al secretario general de la AIFM la adopción de medidas para alentar la elaboración de programas de investigación científica marina en dicha zona, incluidas las de especial interés ambiental en beneficio de los Estados en desarrollo y de los Estados tecnológicamente menos avanzados, en particular por conducto del Fondo de Dotación de la Autoridad para la Investigación Científica Marina¹².

Igualmente, en fecha 11 de febrero de 2010, a propuesta de la Comisión Jurídica y Técnica de la AIFM fue aprobada la aplicación en los contratos de prospección y exploración que se otorguen en la Zona del Código de Gestión Ambiental de la Minería Marina elaborado por la Sociedad Internacional de Minerales Marinos. El código no prescribe prácticas específicas, sino establece directivas amplias y pautas de conducta en el contexto de los valores compartidos. En el Principio 3 de su articulado expresa: “Tener en cuenta las consecuencias ambientales y observar el principio precautorio de la iniciación de un proyecto a través de todas las etapas desde la exploración hasta el desarrollo y las operaciones, incluida la eliminación de desechos, hasta la eventual clausura, y mantener la vigilancia después de la clausura”¹³.

Entre los países que participan ya en la exploración de recursos en la Zona, se encuentran China, Francia, Alemania, India, Japón, la República de Corea, Federación de Rusia y un consorcio integrado por Bulgaria, Cuba, República Checa, Polonia y Eslovaquia.

¹² Documento ISBA/18/622, del 26-7-2012.

¹³ El Código de la IMMS es el único instrumento diseñado específicamente como guía para las actividades de minería marina ambientalmente responsables en su conjunto. Es probable que sirva de modelo para la elaboración de legislación jurídicamente vinculante sobre minería marina (Punto 22 Conclusiones, del Informe). Documento ISBA/16/LTC/2.

La cuestión de la responsabilidad del Estado que patrocina a empresas mineras para llevar a cabo actividades en la Zona fue objeto de debate en las reuniones de la Autoridad durante el año 2009. Tras estas deliberaciones, se decidió por consenso aprobar la propuesta formulada por la República de Vanuatu de solicitar al respecto una opinión consultiva de la Sala de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional de Derecho del Mar.

5. El Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM) y su competencia cautelar

Otro logro fundamental de la Convemar es el establecimiento del TIDM. El tribunal se compone de salas de controversias relativas a Procedimientos Sumarios, Pesquerías, el Medio Marino, Delimitación Marítima y los Fondos Marinos. El tribunal aplica el derecho de la convención y el Derecho Internacional general y tiene facultades para interpretar acuerdos particulares por convenio de los Estados involucrados.

Cuando una controversia relativa a la interpretación o aplicación de la Convemar no haya podido ser resuelta por los medios pacíficos que, en consonancia con el artículo 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas recepta la primera sección de la Parte XV, la Convención reconoce a los Estados Parte la libre elección para su recurrencia ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Internacional de Justicia o un tribunal arbitral *ad hoc* constituido de conformidad con los Anexos VII (arbitraje) y VIII (arbitraje especial aplicable en materia de pesquerías, protección y preservación del medio marino, investigación científica marina y navegación, incluida la contaminación causada por buques y por vertimiento).

Carece en principio el tribunal por tanto de una competencia de carácter obligatorio. Sin perjuicio de ello, el artículo 21 del Anexo VI de la Convención correspondiente al Estatuto del Tribunal, la extiende no sólo a las controversias y demandas que le sean sometidas de conformidad con la Convención, sino a todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que la confiera al tribunal. A la vez, con base en lo dispuesto por el artículo 138 de su Reglamento,

tiene el tribunal facultad para emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas concernientes a los fines de la Convención si ello se encuentra estipulado en un acuerdo internacional.

La Sala de Controversias de los Fondos Marinos, en la medida y forma establecidas en la Sección 5 de la Parte XI, tiene competencia exclusiva para el dictado de Opiniones Consultivas sobre las cuestiones jurídicas que se planteen dentro del ámbito de actividades de la Asamblea o el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.

Conforme las reglas de procedimiento de los artículos 287 y siguientes, a efectos de la elección de los medios jurisdiccionales de solución de controversias relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, los Estados podrán elegir libremente, mediante una declaración escrita que se depositará en poder del secretario general de las Naciones Unidas a tales efectos, una o varias de las jurisdicciones relatadas¹⁴.

En virtud de lo previsto en el apartado 3 del artículo 287, el procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII de la Convención se presume aceptado por el Estado Parte que sea parte en una controversia no comprendida en una declaración en vigor emitida en conformidad con el apartado 1 del citado artículo¹⁵.

La solicitud de constitución del tribunal arbitral se efectúa por demanda incoada ante el TIDM, junto a la cual es posible solicitar al RIDM la disposición de medidas provisionales previstas en el artículo 290 de la Convención. La corte o tribunal que se estime *prima facie* competente podrá dictarlas para preservar los derechos respectivos de

¹⁴ El Estado Parte que haya hecho una declaración en virtud del párrafo 1 del art. 298 de la Convención podrá retirarla en cualquier momento o convenir en someter una controversia que haya quedado excluida en virtud de esa declaración a cualquiera de los procedimientos especificados en la Convención según lo prevé el apartado 2 del art. 298 sobre excepciones facultativas a la aplicabilidad de la Sección.

2. Esta norma habilitó a la República Argentina la solicitud de medidas conservatorias en el caso seguido contra la República de Ghana relativo a la Fragata ARA Libertad. Asunto N° 20 del TIDM, Ordenanza de fecha 15-12-2012; ver www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_ordonnance_15.12.2012.cor.pdf.

¹⁵ Art. 287.3 de la Convemar: "Se presumirá que el Estado Parte que sea parte en una controversia comprendida en una declaración en vigor ha aceptado el procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII".

las partes en la controversia o impedir que se causen daños graves al medio marino, en espera de que se adopte la decisión definitiva.

El TIDM tiene competencia para decidir sobre la pronta liberación de buques y sus tripulaciones en casos en los que haya sido la misma aceptada por el Estado que procedió a la retención o en el que, por el juego de normas referido precedentemente, la misma pueda resultar residualmente obligatoria¹⁶.

La pronta liberación tiene que ver con las hipótesis de apresamiento de buques extranjeros por el Estado ribereño para garantizar el cumplimiento de sus leyes y reglamentos dictados en el ejercicio de sus derechos de soberanía sobre la explotación de los recursos vivos de su Zona Económica Exclusiva, o la de adopción por el Estado ribereño de medidas de ejecución de las reglas y estándares internacionales para la prevención, reducción y control de la contaminación causada por buques en su mar territorial o Zona Económica Exclusiva.

A su vez, la competencia del tribunal para prescribir medidas provisionales tiene lugar en presencia de dos situaciones. El apartado 1 del artículo 290 de la Convención prevé que si una controversia se ha sometido en la forma debida a una corte o tribunal que, en principio, se estime competente conforme a la Sección 2 de la Parte XV o a la Sección 5ª de la Parte XI, esa corte o tribunal podrá decretar las medidas provisionales que estime apropiadas para preservar los derechos de las partes o para impedir que se causen daños graves al medio marino, en espera de que se adopte la decisión definitiva.

La restante está prevista en apartado 5 del artículo 290 disponiendo que hasta que se constituya el tribunal arbitral al que se someta una controversia con arreglo a la Sección 2 sobre procedimientos obliga-

¹⁶ Art. 292.1 de la Convemar: “Cuando las autoridades de un Estado Parte hayan retenido un buque que enarbole el pabellón de otro Estado Parte y se alegue que el Estado que procedió a la retención no ha observado las disposiciones de esta Convención con respecto a la pronta liberación del buque o de su tripulación una vez constituida la fianza razonable u otra garantía financiera, la cuestión de la liberación del buque o de su tripulación podrá ser sometida a la corte o tribunal que las partes designen de común acuerdo o, a falta de acuerdo en un plazo de 10 días contado desde el momento de la retención, a la corte o tribunal que el Estado que haya procedido a la retención haya aceptado conforme al artículo 287 o al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, a menos que las partes convengan otra cosa”.

torios conducentes a decisiones obligatorias, cualquier corte o tribunal designado de común acuerdo por las partes o, a falta de tal acuerdo en el plazo de dos semanas contado desde la fecha del pedido de medidas provisionales, el TIDM o, con respecto a las actividades en la Zona, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, podrá decretar, modificar o revocar medidas provisionales si estima, en principio, que el tribunal arbitral que haya de constituirse será competente y que la urgencia de la situación así lo requiere. Una vez constituido el tribunal arbitral, éste podrá modificar, revocar o confirmar tales medidas provisionales.

En tanto que sólo un número reducido de partes de la Convemar ha efectuado la declaración prevista en el apartado 1 del artículo 298 relativo a excepciones facultativas a la aplicabilidad de la Sección 2 de la Parte XV, surge por vía del parágrafo 3 del artículo 287 la competencia obligatoria del TIDM para el dictado de medidas provisionales¹⁷.

6. Recepción del principio precautorio

Si bien es cierto que el requisito de la urgencia es parte de la naturaleza de las medidas provisionales o conservatorias por razón de estar destinadas, en principio, a la preservación de los derechos de las partes en espera de la decisión definitiva de la controversia, el sentido final de las mismas se inscribe en la aplicación del principio precautorio de daños graves o irreversibles al medio marino.

En el caso del atún de aleta azul¹⁸, a partir de la coincidencia de las partes sobre el estado de agotamiento severo del stock de la especie,

¹⁷ Actualmente 165 Estados y la Unión Europea son parte de la Convemar. De ese total, sólo una cuarta parte aproximadamente hizo uso de la opción mediante la declaración prevista en el art. 298.1, por lo que en caso de suscitarse una controversia les sería aplicable el sistema arbitral del Anexo VII como procedimiento resolutorio y el TIDM competente para el dictado de medidas provisionales. vid.: CAMINOS, H., *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar; algunas consideraciones sobre su jurisdicción y procedimiento*, en http://www.lolegalnexo.com/files/Caminos.speech_Managua.Sp.04.10.07.pdf.

¹⁸ N° 3 y 4 en el Listado del TIDM: Asuntos del atún de aleta azul (“Nueva Zelanda c/Japón”; “Australia c/Japón”), Medidas conservatorias; Ordenanza de fecha 27-8-99; en www.itlos.org/index.php?id=62&L=1.

el tribunal destacó la relación que existe entre el interés general y el de las partes en la controversia señalando que “la conservación de los recursos biológicos del mar constituye un elemento esencial de la protección y preservación del medio marino”¹⁹.

En concordancia, dispuso una serie de pautas de conducta a seguir por los Estados involucrados: actuar con prudencia y cautela para asegurar la efectividad de las medidas, reanudar las negociaciones sin demora para lograr un acuerdo, abstenerse de emprender todo programa de pesca experimental, esforzarse por lograr un acuerdo con otros Estados y entidades interesadas en la pesca del atún de aleta azul en vista de asegurar la conservación del stock y promover su explotación sostenible.

En el caso de la Planta MOX²⁰, no obstante considerar que la situación no requería de la prescripción de las medidas solicitadas por Irlanda dada la cercanía de la constitución del tribunal arbitral, el TIDM ordenó provisionalmente que ambas partes cooperaran entre sí en cumplimiento de la obligación “constituida bajo la Parte XII de la Convención y el Derecho Internacional general; obrarán con prudencia y cautela; adoptarán las medidas necesarias para prevenir una contaminación del medio marino; controlarán los riesgos o efectos; adoptarán medidas para evitar la contaminación ambiental”.

Esta dimensión cualitativa es puesta en relieve por el juez Tullio Treves en su opinión individual en el caso.

Expresó el magistrado que “el hecho de que según el artículo 290, apartado 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, las medidas pueden ser necesarias para ‘evitar que el medio marino sufra un daño grave’ y no sólo para salvaguardar los respectivos derechos de las partes mencionadas en el párrafo 67 de la Ordenanza, constituye el criterio relevante para determinar si hay una urgencia en el sentido cualitativo de la palabra, toda vez que las medidas, incluso si se solicitan para la preservación de los derechos de una parte, refieren a derechos cuya conservación es necesaria para prevenir daños graves al medio ambiente marino”.

¹⁹ Considerando 70 de la Ordenanza.

²⁰ N° 10; Asunto de la planta MOX (“Irlanda c/Reino Unido”) Medidas conservatorias; Ordenanza de fecha 3-12-2001, Order. 3-12-2001. F (1) en <https://www.itlos.org/index.php?id=102&L=1>.

Precisó además el juez Treves que “el enfoque de precaución es inherente a la noción de las medidas conservatorias” y su utilización “no necesita del convencimiento de que su adopción se encuentra asentada en una norma de Derecho Internacional Consuetudinario sino entenderlo en función del grado de evolución del principio”.

En su apoyo, refirió al párrafo 2º del artículo 31 del Acuerdo para la Aplicación de la Convemar relativo a la conservación y gestión de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorias abierto a la firma el 4 de diciembre de 1995, que no se encontraba en vigor, por el que, *mutatis mutandis* de las disposiciones de la Convención, se pueden decretar medidas provisionales para “prevenir el daño a las poblaciones en cuestión”, lo que constituye un grado menor que el “daño grave” contenido en el artículo 290.1 de la misma²¹.

La obligación de la aplicación del principio precautorio en las actividades de prospección y exploración en la Zona fue reafirmada en la Opinión Consultiva sobre las responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan a personas y entidades como parte de las actividades en la Zona, emitida por la Sala de Controversias sobre los Fondos Marinos emitida el 1º de febrero de 2011²².

En lo que interesa al objeto del presente trabajo puede destacarse de la misma que la obligación de garantizar el cumplimiento de los términos del contrato con el contratista patrocinado y obligaciones bajo la Convención y otros instrumentos relacionados es una obligación de “diligencia debida”. Esta obligación exige del Estado que patrocina tomar medidas dentro de su ordenamiento jurídico que deben ser leyes, reglamentos y medidas administrativas razonablemente apropiadas en relación con las disposiciones de dichos reglamentos.

Las obligaciones directas más importantes que corresponden al

²¹ Ver http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/Separate_Treves.27.08.99.F.pdf; Opinión Individual del juez Tullio Treves, puntos 6, 9, 10 y 11. Lo transcripto es traducción libre de la versión en francés. Lo destacado es propio.

²² Asunto N° 17, *Responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan personas y entidades en el cuadro de actividades realizadas en la Zona (Demanda de opinión consultiva sometida a la Sala para la solución de controversias relativas a los fondos marinos)*, del 1-2-2011, en http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/adv_op_010211.pdf.

Estado que patrocina son las de ayudar a la Autoridad, en virtud del artículo 153, apartado 4, de la Convención; de adoptar un enfoque precautorio, que se refleja en el Principio 15 de la Declaración de Río y está consagrado en el Reglamento de nódulos y el Reglamento de los sulfuros. También se debe considerar que este requisito forma parte de la obligación de “debida diligencia” del Estado que patrocina y es aplicable más allá del marco del Reglamento de nódulos y el Reglamento de sulfuros; de aplicar las mejores prácticas ambientales, establecidas en el Reglamento sobre los sulfuros y también aplicable en el contexto del Reglamento de nódulos; de adoptar medidas para garantizar que el contratista dé garantías para proteger el medio ambiente marino, y obligación de proporcionar recursos para la reparación del daño.

La obligación de realizar una evaluación del impacto sobre el medio ambiente es también una obligación general de derecho consuetudinario y se encuentra en el artículo 206 de la Convención y como un aspecto de la obligación del Estado del patrocinio para ayudar a la Autoridad en virtud del artículo 153, apartado 4, de la Convención. Estas obligaciones se aplican por igual a países desarrollados y países en desarrollo, con la salvedad establecida por el Principio 15 de la Declaración de Río, que se menciona en el Reglamento de nódulos y en el Reglamento sobre los sulfuros, acerca de que los Estados deben aplicar el principio precautorio “de acuerdo a sus capacidades”. Las disposiciones de la Convención, teniendo en cuenta los intereses y necesidades de los países en desarrollo deben aplicarse efectivamente para que los países en desarrollo puedan participar en las actividades mineras en aguas profundas en pie de igualdad con los Estados desarrollados.

7. Bibliografía

- ARTIGAS, C., *El principio precautorio en el derecho y la política internacional*, CEPAL, Serie recursos naturales e infraestructura, N° 22.
- CANO VALLE, F. (coord.), *El principio precautorio*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3141>, versión pdf.
- ESTRADA OYUELA, R. y ZEBALLOS DE SISTO, M. C., *Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*, A-Z editora, Buenos Aires, 1993.

- Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio*, Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (Comest), UNESCO, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2005 (SHS-2005/WS/21 cid/d 25514).
- JUSTE RUIZ, J., *Derecho Internacional del medio ambiente*, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1998.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- PONTE IGLESIAS, Mª. T., *La prospección y exploración de la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos de una manera ambientalmente responsable. Aportes de la primera opinión consultiva de la Sala de Controversias de Fondos Marinos*, en URBINA, J. J. y PONTE IGLESIAS, Mª. T. (coord. cient.), *Protección de intereses colectivos en el derecho del mar y cooperación internacional*, Iustel, Madrid, 2012, ps. 63-107.
- REY CARO, Ernesto J., *Temas de Derecho Internacional Ambiental*, Marcos Lernes editora, Córdoba, 1998.
- VALLS, M., *Derecho Ambiental*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

EL TIEMPO DE LA DIGNIDAD HUMANA: HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN “PARADIGMA PERSONALISTA” PARA EL DERECHO DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL*

por JORGE MURILLO y MARCELO TRUCCO**

SUMARIO: Parte I. Introducción. 1. Dos concepciones de la comunidad internacional. 2. Plan de trabajo. Parte II. El Derecho Internacional clásico. 1. Privilegio de pocos, exclusión de muchos. 1.1. Perspectiva histórico-filosófica: La “misión civilizadora”. 1.2. La política de la paz... y de la guerra. 1.3. Subjetividad estatal exclusiva y reclamación internacional. 2. Recapitulando. Parte III. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 1. El inicio del *Derecho Internacional contemporáneo*: la irrupción de los *derechos humanos*. 2. La “humanización” del Derecho Internacional. 3. Diversas manifestaciones de la “humanización” y del *paradigma personalista* del Derecho Internacional. Parte IV. Reflexiones finales. Bibliografía consultada.

Resumen

El Derecho de la comunidad internacional fue atravesando distintos momentos en relación con los sujetos y destinatarios principales de

* El presente trabajo quiere servir de homenaje a la *Escuela de Derecho de Rosario* en sus 55 años de vida; particularmente, en el compromiso vital y académico de señeros internacionalistas, defensores de la democracia y de los derechos humanos. Seguramente, no deba entenderse casual que este aniversario venga a coincidir con los 55 años de la creación de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*, los 45 años de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* –mejor conocida como “*Pacto de San José de Costa Rica*”– y los 35 años del establecimiento de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)*, cuya primera reunión se celebró a fines de junio de 1979.

** Profesores de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho (UNR).

sus normas y disposiciones. En efecto, desde una primera etapa clásica “centrada en los Estados” hacia una nueva dimensión contemporánea “centrada en la dignidad de la persona”, el nuevo *ius gentium* desafía e interpela la construcción de una comunidad internacional que rescate como actor principal a la persona humana y a los pueblos. Esta nueva dimensión humanizadora abre renovados horizontes en la consolidación de aquella dignidad. El presente trabajo pretende repasar, brevemente, las distintas etapas por las que atravesó el Derecho de Gentes, hacia el actual reconocimiento de la subjetividad internacional de la persona humana, señalando las actuales dimensiones del nuevo paradigma personalista de la comunidad internacional.

Abstract

The law of international community was going through different times in relation to the subject and main recipients of its rules and provisions. Indeed, from the first stage classic “state-centered” towards a new contemporary dimension “person-centered”, the new *ius gentium*, defies and challenges the construction of an international community to rescue peoples and human person as principal actors. This new humanizing dimension opens renewed horizons in the consolidation of that dignity. The presents work tries to revise briefly the different moments and stages through which the law of nations crossed, towards the current recognition of the international subjectivity of the human person, indicating the current dimensions of the new personalist paradigm of the international community.

Palabras clave

Derecho Internacional. Derechos humanos. Dignidad humana. Paradigma *westfaliano*. Paradigma personalista.

Keywords

International Law. Human rights. Human dignity. Westphalian paradigm. Personalist paradigm.

Parte I – Introducción

1. Dos concepciones de la comunidad internacional

El Derecho, en tanto manifestación de la cultura del hombre y de los pueblos, es una realidad dinámica e inescindible del contexto socio-político al que pertenece. El Derecho de Gentes no es la excepción; a lo largo de la historia ha sido reflejo de los sistemas internacionales que trató de ordenar y regular, a partir de determinados criterios organizativos y valores fundantes.

Es habitual distinguir *dos grandes fases o períodos* en la evolución histórica de la disciplina: el del *Derecho Internacional clásico* (desde el siglo XV hasta 1945) y el del *Derecho Internacional contemporáneo* (desde 1945 a nuestros días; es decir, con la creación de Naciones Unidas, después de la Segunda Guerra Mundial)¹.

Cada uno de estos *Derechos Internacionales* se forja bajo una determinada concepción de la sociedad internacional: determina cuáles son sus sujetos, sus materias, sus actividades lícitas e ilícitas, sus formas de resolver los conflictos; en definitiva, fija una idea de lo que es (o debe ser) la paz, el modo de alcanzarla y quiénes son sus destinatarios. Por tanto, cada época histórica del *ius gentium* reconoce un determinado *paradigma*.

El *ius gentium clásico* es el que se reconoce en el *paradigma westfaliano o estado-céntrico* que rigió la época moderna de la sociedad internacional, en la cual sólo los Estados son sujetos. De allí la denominación de *Derecho Internacional Público*: sólo los poderes estatales creaban normas jurídicas. El principio fundamental del sistema es la *soberanía* del Estado.

Sin embargo –y como ya expresáramos–, a partir de 1945 estamos en presencia del *Derecho Internacional contemporáneo*, aún en plena gestación y que, al hilo del reconocimiento de los derechos humanos, comienza a reconfigurar –con mucho esfuerzo, aunque con lentos avan-

¹ Conf. PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *La humanización del Derecho Internacional y el acceso del individuo a sus instituciones jurisdiccionales*, en GAMARRA CHOPO, Yolanda (coord.), *Lecciones sobre justicia internacional*, Institución “Fernando El Católico” (CSIC), Excma. Diputación de Zaragoza, Fundación “Manuel Jiménez Abad”, Zaragoza, 2009, ps. 13 a 24.

ces— el orden jurídico universal. Específicamente, el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (DIDH), progresivamente, pasa a convertirse en la piedra angular de todo el Derecho Internacional Público².

Esta *humanización* del Derecho de Gentes, que recepta una visión plural, *centrada en la dignidad de la persona humana y de los pueblos*, preocupada por la dimensión solidaria en la comunidad internacional, que tiene en consideración al vulnerable, al diferente, al excluido, denota la *emergencia de un nuevo paradigma* en la materia; uno más humano, más *personalista*.

2. Plan de trabajo

A fin de aproximarnos al estudio de esta *presencia creciente de la dignidad humana en el Derecho Internacional*, en las partes subsiguientes habremos de referirnos, de forma sucinta, al *Derecho Internacional clásico*, primero, y al *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, después. Por último, acercaremos algunas *reflexiones finales*.

Parte II – El Derecho Internacional clásico

1. *Privilegio de pocos, exclusión de muchos*

El Derecho Internacional negó durante mucho tiempo la subjetividad internacional del individuo. Esta inicial resistencia obedeció al pensamiento según el cual los únicos y verdaderos protagonistas de la comunidad internacional eran los Estados: las normas iban dirigidas a ellos y no cabía suponer una participación directa de la persona humana sin contradecir seriamente el principio de soberanía estatal.

En rigor, los Estados europeos concibieron a partir del siglo XV y, fundamentalmente, durante los siglos XVIII y XIX, un *derecho creado por y para ellos*, como actores exclusivos y excluyentes de la sociedad internacional.

² Conf. PINTO, Mónica, *La enseñanza de derechos humanos en la universidad. Una experiencia para seguir construyendo*, disertación en la sede de la Universidad Nacional de Rosario, del 24-6-2009.

De resultas del Renacimiento (que produce un giro copernicano en la concepción de la visión y la misión del hombre sobre la tierra, con el consecuente desarrollo artístico, científico y tecnológico que transformará el mundo latino), del descubrimiento de América (que inicia la conquista y colonización del mundo por parte de Occidente y da comienzo a la historia del sistema mundial), de la Reforma protestante (que fragmenta la unidad religiosa europea, hasta entonces reunida bajo la autoridad del Papa), de la Paz de Westfalia (que conlleva, entre otros aspectos, el final de la autoridad eclesiástica romana como único árbitro internacional en el viejo continente, dejando a los propios poderes nacionales nacientes la autorregulación de sus mutuas relaciones) y del influjo filosófico, en primer lugar, del iusnaturalismo racionalista, y después, del positivismo voluntarista (que doctrinaria y filosóficamente importarán el final del predominio teológico en el ámbito político y la búsqueda de un fundamento último del mundo jurídico que no remita a lo divino sino a la razón humana o a la voluntad del Estado), el *ius gentium* no podrá entenderse sino como un *ius inter gentes*; es decir, en un derecho exclusivamente inter-estatal.

Una sucinta aproximación a esta conformación clásica del Derecho Internacional –por cierto, en plena vigencia en el ámbito mundial actual– reclama, al menos, una breve explicación en tres niveles íntimamente relacionados: el histórico-filosófico, el político y el procesal internacional.

1.1. *Perspectiva histórico-filosófica: La “misión civilizadora”*

La historia suele correr pareja a las ideas. El descubrimiento de América estableció un hito crucial en la vida mundial e, indudablemente, en el desarrollo del Derecho Internacional.

Como enseña Dussel, 1492 señaló el momento del nacimiento de la Modernidad como concepto, como mito y como proceso de “encubrimiento” de lo no-europeo³. Occidente se constituyó como “centro” que conquistará, dominará y colonizará la “periferia” (el resto del mundo).

Fruto del *(des)encuentro con el otro*, se produjeron en Europa las

³ DUSSEL, Enrique, 1492: *El encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad*, Plural Editores, UMSA, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, La Paz, 1994, ps. 8 y ss.

primeras elaboraciones doctrinarias del Derecho de Gentes: baste señalar a los pensadores de la neo-escolástica española –Vitoria, Soto, Suárez– que, desde la teología, elaboraron las reflexiones fundacionales –por cierto diferentes y diferenciables entre sí– del pensamiento internacionalista europeo moderno.

Cuando la conquista llevaba ya más de medio siglo, surgieron –*paradójicamente*– los primeros debates teóricos. Sus resultados marcaron el devenir de la matriz ideológica de la comunidad jurídica internacional.

Nos estamos refiriendo a la *Disputa de Valladolid* que tuvo lugar en 1550 y que contrastó las posturas de fray Bartolomé de Las Casas, ferviente defensor de los derechos humanos de los indios, y de Juan Ginés de Sepúlveda, jurista español que propugnaba la guerra justa contra los nativos, a quienes consideraba seres inferiores⁴. Desde entonces, quedaron definidas claramente, en Occidente, las concepciones jurídicas humanistas y conquistadoras para la sociedad mundial.

La historia de los siglos posteriores contó sobradamente el relato de los triunfadores. Occidente se expandió por doquier y *una de sus herramientas hermenéuticas más sutiles fue [...] el Derecho Internacional*.

Paulatinamente, “la ciencia, tomó el relevo de la religión como justificación de la dominación de otros pueblos”⁵. Del Derecho natural de la referida neo-escolástica española (de un Vitoria o de un Suárez) se fue pasando progresivamente hacia una postura más ecléctica, como la de Grocio, con quien “nace el *jus* naturalismo moderno, que se diferencia del anterior por su carácter más subjetivo, referido no a la autoridad de Dios sino a la autonomía del sujeto, explicable a través de la razón”⁶ y que entiende que el Derecho de Gentes positivo recibía su fuerza obligatoria de la voluntad expresa (tratados) o tácita (costumbre) de los pueblos y cuyo principio esencial era el *pacta sunt*

⁴ MALDONADO SIMÁN, Beatriz, *La disputa de Valladolid y la guerra justa*, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel; CRUZ BARNEZ, Óscar; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ORTÍZ AHLF, Loretta (coords.), *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, 1ª ed., UNAM, México DF, 2008, t. II, ps. 315-334.

⁵ SUPIOT, Alain, “*Homo juridicus*”. *Ensayo sobre la función antropológica del Derecho*, trad. de Silvio Mattoni, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007, p. 20.

⁶ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Lecciones de historia de la filosofía del Derecho (Historia jusfilosófica de la jusfilosofía)*, t. II, *Edad Media. Edad Moderna*, 1ª ed., Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1993, p. 119.

*servanda*⁷, o también, hacia una posición definidamente antiteológica, como la de Gentili.

La *etapa posgrociana (pos-Westfalia)* dio origen a distintas corrientes: una negadora del Derecho Internacional, otra del Derecho natural racionalista (*ius naturalismo moderno*) y, por último, la del voluntarismo positivista, que sería predominante.

De allí que sea la Paz de Westfalia de 1648 –como hito histórico/simbólico– la que permite distinguir en la formación del *ius gentium* dos momentos de un mismo proceso, a saber: el primero (*período pre-Westfalia*), entre el siglo XVI y la primera mitad del XVII, es de cuño teológico y conlleva la idea de una comunidad universal regida por el Derecho natural que remite en última instancia a Dios y cuyo árbitro supremo es el Papa; el segundo (*período pos-Westfalia*), se caracteriza por la paulatina secularización de las relaciones internacionales, es decir, la dimensión religiosa resigna su lugar al Derecho.

De hecho, los tratados de Münster y Osnabruck (Paz de Westfalia) pusieron fin a la guerra de religión de los treinta años: el principio *cujus regio ejus religio* (de tal reino, tal religión) adquirió estatus legal y la religión pasó a ser asunto interno de los Estados nacientes. El papado dejó de ser el referente universal de una sociedad ya fragmentada por la Reforma protestante. Fue el tránsito definitivo a la modernidad⁸. Este período se consolidó durante el siglo XIX en el Concierto de Viena de 1815. El *Derecho Internacional clásico* había llegado.

El *ius gentium* que se genera a partir de Westfalia supuso un gran avance para los Estados europeos; fue el fin de una guerra llevada a cabo en nombre de Dios. Al propio tiempo, brindó ciertas pautas “jurídicas” de previsibilidad y orden (por ejemplo, el *pacta sunt servanda*) para los Estados y soberanos de un continente inestable.

Consecuencias lógicas de esta visión tradicional fueron: por una parte, la importancia capital de la voluntad estatal (ora unilateral ora consensual) como única fuente normativa; por la otra, la división tajante

⁷ TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia del Derecho Internacional Público*, versión española de Paloma García Picazo, Tecnos, Madrid, 1998, ps. 67 y 68.

⁸ Conf. IRANZO DOSDAD, Ángela, *Religión y relaciones internacionales. Genealogías*, en *Foro Interno. Anuario de teoría política*, N° 6, 2006, ps. 39-65.

entre la esfera externa del Estado –propia del Derecho Internacional– y la esfera interna –reservada al ámbito doméstico–.

En gran medida, esta concepción encontró origen doctrinal tanto en los planteos de Emmerich de Vattel cuanto en el desarrollo teórico de base hegeliana y neohegeliana.

Vattel, tomando distancia de la idea de *civitas máxima*, fincó la estructura del *ius gentium* en la noción de soberanía y en la práctica de los Estados. Sin negar el Derecho natural; estimó fundamental el *consentimiento estatal*, distinguiendo tres clases de Derecho de Gentes, a saber: el *derecho voluntario* fundado en el *consentimiento presunto* de los Estados, el *convencional* asentado en el *consentimiento expreso* y el *consuetudinario* generado en el *consentimiento tácito*⁹.

Por su parte, Hegel lo definió como *Derecho externo del Estado*¹⁰. En su concepción: “El fundamento del *derecho de los pueblos* en cuanto del *derecho universal* que debe valer en sí (*an sich*) y para sí entre los Estados, a diferencia del contenido particular de los tratados positivos, es que los *tratados*, en cuanto en ellos descansan las obligaciones de los Estados entre sí, *deben ser observados*. Pero puesto que sus relaciones tienen como principio su soberanía, ellos están entre sí en el estado de naturaleza, y sus derechos tienen su *realidad* no en una voluntad universal constituida como fuerza por encima de ellos, sino en su voluntad particular...”¹¹ y que “[e]l conflicto de los Estados, por esta razón, en cuanto las voluntades particulares no encuentran ningún acuerdo, sólo por la *guerra* puede ser decidido...”¹²

⁹ Conf. ESPÓSITO, Carlos D., *Soberanía, Derecho y política en la sociedad internacional. Ensayo sobre la autonomía relativa del Derecho Internacional*, en *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 34, N° 1, 1999, ps. 1-78. Asimismo, remitimos a la obra de DE VATTEL, Emmerich, *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Preliminar, XXVII.

¹⁰ *El Derecho externo del Estado* (del § 330 al § 340) es el título del Capítulo B) de la Tercera Sección de la Tercera Parte de su libro: HEGEL, Georg W. F., *Rasgos fundamentales de la filosofía del Derecho o compendio de Derecho natural y ciencia del Estado*, trad. del alemán de Eduardo Vázquez, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, ps. 381 y ss.

¹¹ Ídem nota anterior, § 333, p. 383.

¹² Ídem nota 10, § 334, p. 384.

De consiguiente, para las posturas hegelianas y neohegelianas “si el Estado es la encarnación suprema del espíritu objetivo, ‘la realidad de la idea ética’, el poder absoluto sobre la tierra, un orden superior al Estado es inconcebible. El Estado se encuentra, sin embargo, obligado por el derecho en sus relaciones con los otros Estados. *Pero este derecho, lejos de ser superior al Estado, es por el contrario producido por él mismo en ocasión de los acuerdos que él concluye [...] Su validez depende absolutamente de las voluntades estatales respectivas...*”¹³

Con Hegell legamos al siglo XIX “en el que se van afianzando las conquistas del mundo occidental sobre el resto del mundo [...] en que surgen las grandes filosofías de la historia que sirven de justificación a esa expansión”¹⁴. Es también el momento en que nació, al decir de Roberto Ago, una ciencia jurídica del Derecho Internacional, con fundamento en una concepción absolutista de la soberanía del Estado¹⁵.

Luego, *el Derecho Internacional, en tanto ciencia*¹⁶, *se convirtió en la religión laica y “supuestamente neutral” de la humanidad que tiene por misiones principales, primero, la “civilización” y, más tarde, el “desarrollo” de los pueblos.*

En esta perspectiva debe entenderse que “bajo la convicción de una diferencia *de facto* entre Occidente y el resto del mundo (Asia y África) en grado de civilización, los juristas se esforzaban por crear todo un sistema legal que articulase la diferencia civilizatoria de los pueblos del mundo como condición para el mantenimiento del orden

¹³ TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Doctrines sur les fondement du Droit des Gens*, ed. rev., ampl. y act. por R. Kolb, A. Pedone, París, 2007, p. 59. La traducción y el destacado nos pertenece.

¹⁴ ZEA, Leopoldo, *América en la historia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 56.

¹⁵ Conf. ROLDÁN BARBERO, Javier, *La investigación en Derecho Internacional Público*, en *Revista de Estudios Jurídicos*, N° 9, 2009 (segunda época), ps. 1-26.

¹⁶ “Sólo en el siglo XIX, a lo largo de toda Europa, el Derecho Internacional se convirtió en una materia independiente en las Facultades de Derecho para dejar de ser una mera subdivisión de filosofía o convertirse en una ‘moral positiva internacional’, según la calificación de Austin” (LACHS, Manfred, *El Derecho Internacional: Enseñanza y enseñanzas*, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 8, N° 16, trad. del inglés a cargo de María Soledad Manín y Andrea Cruz, ps. 117-202).

internacional”¹⁷. De allí que varios de los más renombrados e influyentes juristas de fines del siglo XIX y comienzos del XX llevaron a legalizar tal diferencia bajo la construcción del *estándar de civilización*.

Entre otros, James Lorimer concebía el mundo bajo tres esferas concéntricas: la *humanidad civilizada* (las naciones europeas y americanas pertenecientes a la tradición cristiana), la *bárbara* (formada por algunos Estados de Asia –Turquía, Persia, Siam, Afganistán, China y Japón– y otros de África –Marruecos y los Estados islámicos del Mediterráneo–) y la *salvaje*, con el correlativo derecho a un reconocimiento de pleno derecho, en el primer caso; parcial en el segundo, y puramente natural o humano, en el último¹⁸; o Franz Von Liszt con su visión de naciones *civilizadas*, *semicivilizadas* y *no civilizadas*¹⁹.

De consiguiente, el *eurocentrismo devino constitutivo de la ciencia jurídica internacional*. Así como el *mapamundi* dibuja en su centro el Mediterráneo y la Europa atlántica, el Derecho que regula las relaciones entre los nacientes Estados europeos (esto es, el *ius publicum europæum*) habrá de ser considerado *el* Derecho (de Europa) *para* las naciones y pueblos (no europeos) del orbe; vale decir, el *jus publicum universale*, o también, *Derecho Internacional*²⁰.

De este modo, el pensamiento filosófico hegeliano entendió que “la historia se ha trasladado de Oriente a Occidente, desde los pueblos ‘sin historia’ (sin Estado) a los Estados-Naciones modernos”²¹; en igual sentido, el *estándar de civilización* sirvió para instrumentalizar jurídicamente la diferencia entre los pueblos en favor de Europa. Esto es, el *Derecho Internacional clásico* estableció, en rigor, un *doble estándar*.

¹⁷ IRANZO DOSDAD, ob. cit.

¹⁸ Conf., entre otros, BULL, Hedley, *La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden mundial*, Prólogo de Catalina García Segura, trad. de Irene Martín Cortés, Catarata, Madrid, 2005, p. 90.

¹⁹ IRANZO DOSDAD, ob. cit.

²⁰ Sobre el tránsito del *Derecho Público europeo* al *Derecho Internacional*, se puede consultar, entre otros a: VEC, Miloš, *Universalization, particularization, and discrimination. European perspectives on a cultural history of 19th century international law*, en *InterDisciplines*, vol. 2, 2012, ps. 79-102.

²¹ DÍAZ ESPINOZA, Raúl, *El proyecto filosófico de la modernidad y su crítica desde el exterior constitutivo*, en *Contextualizaciones Latinoamericanas*, Año 5, N° 9, julio-diciembre de 2013, ps. 1-7.

dar: para los Estados europeos y americanos, el principio de la igualdad soberana era la norma; para los demás, esa misma igualdad no era siquiera excepción.

Toda la construcción jurídica del imperialismo y del colonialismo se construyeron sobre esta idea basal de la *diferencia entre civilizados y no civilizados*. La existencia de los *tratados desiguales*, del régimen de protectorados (huelga decir quién es el “protector”), de la apropiación de tierras de poblaciones nativas de los tres continentes como si fuesen *res nullius*, se desarrollaron al hilo del *estándar civilizador*: “en su faceta interna, la menor o mayor adecuación al estándar de civilización dependía del mayor o menor grado de adopción por parte del *otro* de las instituciones políticas *europeas* orientadas a la protección de la vida y propiedad de los occidentales. En su faceta externa, la aplicación del estándar de civilización obedecía al baremo de respeto de las reglas del Derecho Internacional occidental y a un comportamiento *civilizado* en el plano internacional”²².

1.2. La política de la paz... y de la guerra

La sociedad internacional concebida, por tanto, como ámbito exclusivamente inter-estatal conllevó necesariamente consecuencias en diversos aspectos de las relaciones internacionales; especialmente, en la forma de resolver los conflictos.

Dado que el propio Derecho Internacional fue concebido como *un Derecho de la paz y de la guerra* (el *De iure belli ac pacis* del ya referido holandés Hugo Grocio, en 1625, fue el primer tratado sistemático de la materia), los medios de solución de los conflictos quedaron validados en la definición: en tiempos de paz, *la diplomacia* –que por cierto se volvió permanente y se generalizó entre

²² GAMARRA, Yolanda, *Nota preliminar*, en GAMARRA CHOPO, Yolanda (coord.), *El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, Institución Fernando El Católico (CSIC), Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2011, ps. 11 y 12. Ver también, en la misma obra, DE LA RASILLA DEL MORAL, Ignacio, *La alianza entre la civilización y el Derecho Internacional entre Escila y Caribdis (o de la brevísima historia de un anacronismo jurídico)*, ps. 41-60.

todos los países y monarcas de Europa a partir de la Paz de Westfalia²³–, en su defecto, *las armas*.

En una sociedad fundada exclusivamente en la voluntad de los Estados, “la consecuencia inevitable es que cuando sus intereses esenciales chocan ninguna norma permite resolver jurídicamente el conflicto. *La guerra es entonces el único medio posible para saldar la cuestión*”²⁴.

En la práctica, esta filosofía política trajo aparejada la negación de la *Paz Perpetua* que postulara Kant. Incluso, en pleno siglo XX, el *Pacto de la Sociedad de las Naciones*, firmado en Versalles en 1919, no prohíbe la guerra²⁵.

1.3. Subjetividad estatal exclusiva y reclamación internacional

La totalidad de la estructura del sistema internacional clásico descansó sobre la acción de los Estados. Éstos fueron los únicos que gozaron de subjetividad y de responsabilidad internacionales y, por tanto, los que dispusieron del *ius standio* legitimación procesal activa.

El instituto de la *protección diplomática*, en su concepción tradicional, ilustró cabalmente estas circunstancias. Como bien explica Mónica Pinto consistía en el “derecho del Estado a reclamar por la violación del Derecho Internacional en la persona de su nacional; *tratábase de un derecho del Estado y no del individuo*”²⁶.

Tal extremo quedó claramente expuesto por la Corte Permanente

²³ Conf. CALDUCH CERVERA, Rafael, *Dinámica de la sociedad internacional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, Cap. 7.

²⁴ TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur les fondement du Droit des Gens* cit., p. 59. La traducción y el destacado son nuestros.

²⁵ En el art. 12 del Pacto de Sociedad de las Naciones puede leerse:

“1. Todos los miembros de la sociedad convienen en que, si surgiera entre ellos una divergencia susceptible de provocar una ruptura, la someterán al procedimiento del arbitraje o a un arreglo judicial, o al examen del consejo. *Convienen además que, en caso alguno, deben recurrir a la guerra antes de la expiración de un plazo de 3 meses desde el fallo arbitral o judicial, o el informe del consejo.*

”2. En todos los casos previstos por el presente artículo, la decisión debe producirse dentro de un plazo prudencial y el informe del consejo debe expedirse dentro de los 6 meses de haberle sido sometida la divergencia”. El destacado nos pertenece.

²⁶ PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, 2ª ed., Prólogo de Antônio A. Cançado Trindade, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 3.

de Justicia Internacional en su sentencia sobre el *asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina*, “Grecia c/Reino Unido”²⁷, del 30 de agosto de 1924, al afirmar que:

es un principio elemental del Derecho Internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, del que no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. Al encargarse de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial internacional, el Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar el Derecho Internacional en la persona de sus súbditos [...] *Desde el momento que un Estado hace suya la causa de uno de sus nacionales ante un tribunal internacional, a los ojos de este último el Estado es el único reclamante*²⁸.

Vale decir, en el plano internacional, se producía una doble carencia de subjetividad de las personas físicas (y también jurídicas): *ad intra*, “el trato que cada Estado deparara a los hombres que vivían en su territorio era una cuestión doméstica ni siquiera considerada en los atisbos de formación de una sociedad internacional”²⁹. Como enseñó Juan Carlos Puig, en este Derecho de Gentes “tampoco cuenta la persona humana como tal, ya que ésta permanece adscripta al Estado.

²⁷ Grecia reclamaba que Palestina (bajo administración británica, en esa época) había desconocido derechos contractuales del señor Mavrommatis otorgados por concesiones para la construcción de un sistema de transporte (tranvía) y para suministro de agua y electricidad.

²⁸ “*It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law [...] Once a State has taken up a case on behalf of one of its subjects before an international tribunal, in the eyes of the latter the State is sole claimant*” (*The Mavrommatis Palestine Concessions*, en *Collection of Judgments, Publications of the Permanent Court of International Justice*, Series A, N° 2, August 30th, 1924, p. 12), disponible en el sitio web: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf. El destacado es nuestro.

²⁹ PINTO, ob. cit., p. 3.

Las más despiadadas persecuciones podían desencadenar los gobiernos, sin que ello afectara en principio al orden internacional”³⁰; *ad extra*, si “era víctima de una violación del Derecho Internacional perpetrada por un Estado distinto de su nacionalidad, únicamente podía obtener compensación a su daño en el plano internacional si la reclamaba el Estado de que era nacional, y ello después del trámite de agotamiento de los recursos internos, y ello en el entendido de que el ejercicio de la protección diplomática era facultativo y estaba sujeto a los avatares de la política internacional. En efecto, el Estado de la nacionalidad sólo ejercía la protección diplomática en la medida en que no perturbase las relaciones particulares con el Estado autor de la violación. Es decir, entre el individuo y el Derecho Internacional se interponía siempre de modo irremediable la pantalla del Estado y los intereses soberanos de éste”³¹.

De tal suerte, el positivismo jurídico personificó al Estado dotándolo de voluntad propia y reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado concedía. Se negaba *ius standi* a los individuos³² que, paradójicamente, daban vida a los Estados. El Derecho Internacional era concebido en función del Estado y, definitivamente, al margen de la persona y su dignidad. No podría ser más gráfico Politis cuando sostenía: “el Estado soberano era para sus súbditos una jaula de hierro desde la que aquéllos no podían comunicarse con el exterior”³³.

³⁰ PUIG, Juan Carlos, *Derecho de la comunidad internacional*, vol. I, *Parte general*, 1ª ed., 2ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 21.

³¹ PASTOR RIDRUEJO, ob. cit.

³² Conf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos*, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, 2ª ed., Memorias del Seminario, 23 y 24 de noviembre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2003, ps. 3 y ss.

³³ POLITIS, Nicolas, *Les nouvelles tendances du Droit International*, Librairie Hachette, París, 1927; citado en CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Droit International et souveraineté des Etats. Cours général de Droit International Public*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1996, t. 257, ps. 35-222 (p. 220). El destacado es nuestro.

2. Recapitulando

El *jus publicum universale*; o también, *Derecho Internacional tradicional* se caracterizó por ser³⁴:

- 1) Un Derecho horizontal, de coexistencia entre Estados (formalmente) iguales e independientes.
- 2) Un Derecho cuyos únicos sujetos eran los Estados.
- 3) Un Derecho fundado en dos principios cardinales: la soberanía estatal (igualdad era la norma entre los Estados europeos y americanos) y el *estándar de civilización* (que sirvió para instrumentalizar jurídicamente en favor de Europa la conquista, la colonización y la desigualdad de los pueblos no-europeos).
- 4) Un Derecho laico: la religión y los fundamentos metafísicos quedaron al margen del mundo jurídico.
- 5) Un Derecho cuya única fuente y fundamento era la voluntad de los Estados. El acuerdo de voluntades se manifestaba de modo expreso (tratados) o tácito (costumbres). El *pacta sunt servanda* devino criterio normativo fundamental para la existencia misma del sistema.
- 6) Un Derecho en el que los Estados eran los únicos productores y destinatarios de las normas jurídicas internacionales que ellos mismos creaban.
- 7) Un Derecho cuyas normas eran siempre *dispositivas*. No había más límite que la voluntad estatal para crear, modificar o extinguir derechos. No existía principio supremo de justicia³⁵, ni norma superior, imperativa, inderogable o de *ius cogens* (de allí que fueran lícitos los tratados sobre trata de personas o comercio de esclavos).
- 8) Un Derecho absolutamente descentralizado: no había instancias internacionales institucionalizadas.
- 9) Un Derecho en el que la guerra era un recurso absolutamente lícito para solucionar los conflictos. Los Estados podían ejercer la autoprotección o autotutela.

³⁴ Seguimos, parcialmente, a CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Derechos humanos y Derecho Internacional*, en *Isegoría*, N° 2, 2000, ps. 69-81.

³⁵ PUIG, ob. cit., p. 21.

- 10) Un Derecho concebido en función del Estado: el ser humano carecía de legitimación procesal (*ius standi*).

Parte III – El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Contra toda esperanza, el desarrollo reciente del Derecho Internacional parece expandirse “en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para [...] proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación”³⁶.

1. El inicio del *Derecho Internacional contemporáneo*: la irrupción de los derechos humanos

Fue luego de los tristes acontecimientos que rodearon a la Segunda Guerra Mundial y de las graves y masivas violaciones a la dignidad de la persona humana acaecidas en ese conflicto³⁷, en que la comunidad internacional, pensando en la mejor manera de reconstruir el mundo de posguerra a partir de los valores de la paz y la seguridad, entendió que los Estados debían prestar especial atención a la protección de la persona, a su dignidad, a sus derechos más preciados.

La sociedad internacional organizada comprendió que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste debe respetar y garantizar. De allí que las primeras respuestas posteriores a la guerra provinieron del Derecho: la creación de Naciones Unidas y la consagración en instrumentos internacionales de los derechos fundamentales de las personas.

No puede desconocerse que la consideración e irrupción de los derechos humanos al campo internacional, considerada “una de las

³⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Voto concurrente. Corte IDH. Opinión consultiva*, OC 18/03 del 17-9-2003 referida a la *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*.

³⁷ Los campos de exterminio nazi, los sistemáticos y masivos actos de tortura, expusieron con crudeza hasta dónde es capaz de llegar el hombre en su perverso plan de aniquilar toda dignidad humana.

grandes conquistas del siglo XX”³⁸, motivando incluso el surgimiento de una nueva rama distinta dentro del Derecho Internacional, el “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, se dio, principalmente, por el reconocimiento de un nuevo actor hasta ese momento negado por la doctrina clásica del Derecho Internacional: el individuo.

La consideración de la persona humana como nuevo sujeto del Derecho de Gentes *significó un cambio paradigmático* en las responsabilidades que los Estados debían asumir en orden a la protección de los derechos básicos e inalienables de los seres humanos.

La consabida personalidad internacional del individuo se apoyó en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales de la persona humana obrando como límite y respuesta ante los abusos del Estado, experimentados en aquel conflicto y que habían puesto en evidencia que el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder público ponía en serio riesgo la propia dignidad humana.

Desde entonces, las acciones de los Estados no habrán de justificarse si ellas conllevan la sistemática violación de derechos fundamentales. En adelante, los Estados ya no podrán hacer *lo que quieren* con los derechos de las personas, sino *aquello que deben* en pos de asegurar proyectos de vida y desarrollo que mejoren, cada día, el bienestar de las personas y los pueblos.

Los horrores de la Segunda Guerra Mundial, no obstante sus dramáticas consecuencias, significaron un punto de inflexión determinante. Es aquí cuando se comenzó a hablar de un proceso de *internacionalización de los derechos humanos*, que marcó a futuro un *nuevo paradigma en la construcción de un “ius gentium” centrado (y preocupado) en la persona humana*; proceso caracterizado, según Juan Carlos Gardella como “un proceso dinámico que avanza a través de convenciones y declaraciones internacionales y regionales, como así también mediante los instrumentos políticos-jurídicos en el interior de una cantidad creciente de países, procurando concretar tanto la definición de derechos considerados fundamentales para todos y cada uno de los seres humanos frente al poder, cuanto la estructuración de mecanismos

³⁸ GARZÓN, Baltazar, *Cuento de Navidad. Es posible un mundo diferente*, 1ª ed., Prometeo, Buenos Aires, 2002, p. 33.

para sancionar sus violaciones”³⁹. Para Nikken: “todo este proceso ha tenido como fundamento conceptual que los derechos humanos se alzan más allá de las soberanías nacionales y no son una concesión graciosa de los Estados, porque ellos son inherentes a la persona humana”⁴⁰. *Los derechos humanos se nos presentan como íntimamente vinculados a la dignidad de la persona.*

Necesariamente, la normativa internacional comenzó a reflejar esta transformación paradigmática. Se puso en marcha el objetivo de *positivar, de llevar a la letra y al papel*, la conciencia jurídica universal en miras a proteger los derechos fundamentales de la persona humana.

En primer término, la *Carta de Naciones Unidas*, aprobada en el año 1945, estableció entre sus propósitos “*Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*” (art. 1, 3).

En segundo lugar, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada en 1948, cristalizó cuáles debían ser los derechos humanos mínimos que los Estados se comprometían a garantizar, lista incompleta y no taxativa, pero que sirvió como punto de partida para el desarrollo progresivo de otros derechos que se fueron sumando con el correr de los tiempos.

La vocación de universalidad plasmada en la Declaración implicó el definitivo reconocimiento de que los derechos humanos no pueden nacer del hecho de pertenecer a determinado Estado, sino que su verdadero fundamento está en la dignidad intrínseca de la persona humana y que,

³⁹ GARDELLA, Juan Carlos, *Sobre las fundamentaciones filosóficas de los derechos humanos*, en *Derechos humanos. Un debate necesario*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Edición Argentina, Buenos Aires, 1989, p. 58.

⁴⁰ NIKKEN, Pedro, *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y a la pobreza*, ponencia presentada en el XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 18 al 29 de agosto de 2008, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, 2008, vol. 48. Disponible en Internet en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23706.pdf> (última consulta: 20-2-2012).

en definitiva, como bien reza su Preámbulo, los principales derechos humanos reconocidos por los Estados Parte constituyen un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse” y que “...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”⁴¹. Al respecto sostiene Gros Espiell que “La Declaración de 1948 posee un carácter universal y afirma la posibilidad de una concepción común a toda la Humanidad de los derechos humanos, fundada en la dignidad de la persona”⁴².

A estas dos cartas fundacionales, se agregan en 1966, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Con relación a ellos, se puede sostener que “la separación en cuerpos normativos distintos de las diferentes ‘categorías’ de derechos, fue fiel reflejo de una contienda política internacional que logró filtrarse al campo de los derechos humanos”⁴³.

A través de estos instrumentos internacionales se desplegó el edificio jurídico-conceptual de la comunidad internacional, completados luego con otros tratados universales y, fundamentalmente, con la enorme contribución de *instrumentos regionales* de protección (por ejemplo: la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*⁴⁴, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* y la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*; entre otros).

⁴¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aprobada por resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el 10-12-48. Puede consultarse su texto completo en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

⁴² GROS ESPIELL, Héctor, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después*, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, 1999, ps. 16 y 17.

⁴³ TRUCCO, Marcelo, *Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y su influencia en los sistemas universales y regionales de protección*, en *Tratado de los tratados internacionales comentado*, 3 ts., La Ley, Buenos Aires, 2011.

⁴⁴ De igual manera, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* confirma la esencia natural y universal de los derechos del hombre al afirmar que “no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana”. También el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* afirma que los derechos humanos “derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

2. La “humanización” del Derecho Internacional

Esta nueva etapa que se abrió a partir de la segunda mitad del siglo XX, reflejó, como sostiene Cançado Trindade: “un proceso de *humanización* del Derecho Internacional contemporáneo”, agregando que el orden internacional “al reconocer derechos inherentes a todo ser humano, ha desautorizado el arcaico dogma positivista que pretendía autoritariamente reducir tales derechos a los ‘concedidos’ por el Estado”⁴⁵, concluyendo que “la consagración de la personalidad jurídica internacional de la persona humana representó una verdadera revolución jurídica, que vino a dar un contenido ético a las normas tanto del Derecho Público interno como del Derecho Internacional”⁴⁶.

Se inició, así, un tránsito –aún inacabado– de la *clásica visión del Derecho Internacional “estato-céntrica”*, basada en la soberanía de los Estados, a otra “*centrada-en-la-persona*” que reconoce al individuo como destinatario importante de protección internacional.

Los derechos humanos universales, superiores y anteriores al Estado y a cualquier forma de organización político-social, e inherentes al ser humano, se afirmaban ahora como oponibles al propio poder público. En esa inteligencia, cabe resaltar la aceptación, hoy indiscutida, de normas taxativas, imperativas o de *ius cogens*, anteriores y superiores a la voluntad de los Estados; que no admiten justificación ni pueden ser derogadas por voluntad de aquéllos. Gran parte de esas normas inderogables están basadas en la protección de la dignidad de la persona y de la humanidad como valores fundamentales de la comunidad internacional. De allí que la violación de una norma de *ius cogens* constituya un crimen internacional (entre otros: los crímenes de genocidio, lesa humanidad, tortura, etc.).

⁴⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Voto concurrente; Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, del 28-8-2002, Serie A, N° 17, párr. 21.

⁴⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *La persona humana como sujeto del Derecho Internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI*, ponencia ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 9 al 20 de julio de 2007, San José de Costa Rica, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 46, San José de Costa Rica, 2007, p. 280.

Este cambio de paradigma, naturalmente, *no sólo transforma al Derecho Internacional, sino a todo el Derecho en general*: los derechos humanos devienen constitucionales y supraestatales y se convierten en límites no sólo internos sino también externos a la potestad de los Estados⁴⁷.

En este *orden público humanista*, como reflexiona Cançado Trindade: “el interés público o el interés general coincide plenamente con la prevalencia de los derechos humanos lo que implica el reconocimiento de que los derechos humanos constituyen el fundamento básico, ellos propios, del ordenamiento jurídico”⁴⁸.

3. Diversas manifestaciones de la “humanización” y del paradigma personalista del Derecho Internacional

La *humanización* de este nuevo Derecho Internacional, y del emergente *paradigma personalista* que conlleva, se verifica en distintos aspectos:

1) *La persona humana y los pueblos se constituyen en nuevos sujetos de la comunidad internacional*: la primera, en cuanto titular de derechos frente a su propio Estado y, los segundos, en cuantos portadores del derecho de autodeterminación⁴⁹.

2) La comprensión de la *integralidad e interdependencia de los derechos* de la persona humana y de los pueblos implicó poner en crisis “la teoría de las generaciones de los derechos humanos”, pues en la actualidad resulta superada la concepción de su “categorización”, apostando, por el contrario, a una dimensión integradora basada en la dignidad humana que no admite divisiones ni fragmentaciones.

Dicha interdependencia de la persona se manifiesta en el respeto de su cultura, de su propia identidad, de la realización del ser humano conforme a sus criterios tradicionales, que requiere de un desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales y de la preservación del medio ambiente.

⁴⁷ Conf. DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel, *Constitucionalismo universal: La internacionalización y estandarización de los derechos humanos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, octubre de 2009, ps. 48 y 49.

⁴⁸ CANÇADO TRINDADE, *La persona humana como sujeto...* cit., p. 328.

⁴⁹ Conf. DE DIENHEIM BARRIGUETE, ob. cit., p. 49.

3) Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Internacional de Justicia rescató la imperiosa necesidad por parte de los Estados de atender y respetar en sus relaciones recíprocas “consideraciones elementales de humanidad” en todo tiempo y lugar, constituyéndose éste en uno de los principios rectores aceptados por las naciones civilizadas⁵⁰.

4) El reconocimiento de que la dignidad humana debe respetarse aun en situaciones de conflictos armados internacionales e internos. La adopción de los *Convenios de Ginebra* de 1949 y de sus *protocolos adicionales* de 1977 implicaron la consolidación del “Derecho Internacional humanitario”, proclamando que la vida, la integridad física y la dignidad de las personas representan valores superiores que no pueden ser arbitraria e injustamente soslayados y violados bajo el pretexto de la guerra o del uso de la fuerza armada. Así, la prohibición de la tortura a prisioneros de guerra, la protección a la población civil, entre otros, fundamentan la idea de que aun la guerra reconoce límites, basados principalmente en la defensa de la vida humana.

5) La irrupción de las categorías de crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y agresión, como *crímenes contra el Derecho de Gentes*, imprescriptibles y, por lo tanto, perseguibles en todo tiempo, contribuyeron no sólo a evitar la impunidad de sus autores sino a la caracterización de crímenes que por su trascendencia, magnitud y gravedad *repugnan a la comunidad internacional en su conjunto*.

6) La *legitimación procesal activa* de la persona humana y de los pueblos (es decir, la posibilidad de reclamar ante instancias interna-

⁵⁰ Así fue señalado en el célebre *Caso del Canal de Corfú* resuelto por la Corte Internacional de Justicia en 1949 que expresa: “*The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them. ‘Such obligations are based’, not on the Hague Convention of 1907, N° VIII, which is applicable in time of war, but ‘on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war’; the principle of the freedom of maritime communication; and every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States*” (*Corfu Channel case [United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania]*, Judgment of April 9th, 1949, International Court of Justice Reports 1949, p. 22). El destacado es nuestro.

cionales –órganos judiciales y cuasi-judiciales– por sus derechos). Naturalmente, admitir a la persona como sujeto del Derecho Internacional implicó, asimismo, dotarla de capacidad para llevar ante las instancias internacionales el reclamo y las denuncias contra los Estados por violaciones a los derechos humanos.

Esta posibilidad abrió nuevas y renovadas esperanzas para las personas en tanto ya no dependen exclusivamente de la voluntad de los Estados para ver reconocidos y garantizados sus derechos fundamentales. Si los Estados no cumplen con sus compromisos, allí surge la comunidad internacional intentando a través de sus órganos e instituciones aportar justicia donde estaba consagrada la impunidad⁵¹. De consiguiente, el individuo comienza a adquirir aquel *ius standi* negado históricamente por el *Derecho Internacional clásico*.

Esta legitimación activa representa la verdadera dimensión de la subjetividad del individuo, pues lo coloca en forma directa frente al Derecho Internacional, no sólo como destinatario de normas internacionales, sino como actor impostergable en la búsqueda de justicia y satisfacción de sus derechos.

7) La *legitimación procesal pasiva* del ser humano (es decir, la posibilidad de ser demandada personalmente ante instancias internacionales).

Al mismo tiempo, reconocer a la persona como sujeto de Derecho Internacional implicó también el deber de asumir obligaciones frente a dicha comunidad. Con posterioridad a la Segunda Guerra, se avanzó en la idea de que aquellas personas que cometieran graves crímenes contra la humanidad o atentaran gravemente contra la paz, debían dar cuentas de sus actos ante esa misma comunidad internacional vulnerada por sus acciones ilícitas.

Los juicios de Núremberg y Tokio contra los jerarcas nazis y japoneses⁵², los tribunales especiales creados por Naciones Unidas para

⁵¹ El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se presenta complementario y coadyuvante de los procedimientos internos previstos por los Estados en orden a garantizar y satisfacer los derechos humanos de toda persona sometida a su jurisdicción.

⁵² Esos tribunales sentaron, en 1945, un principio de importancia vital: *que quienes toman parte en violaciones flagrantes del Derecho Internacional humanitario no pueden ampararse en la autoridad del Estado en cuyo nombre las cometen. Tienen que asumir responsabilidad personal por sus actos y hacer frente a sus consecuencias*.

investigar y enjuiciar los genocidios en la ex-Yugoslavia y en Ruanda, y la actual Corte Penal Internacional son claros ejemplos de la persistente lucha por reconciliar a los pueblos pero a partir de los postulados de la verdad y la justicia.

8) El desarrollo de una *hermenéutica jurídica internacional* que se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana y que encuentra un criterio clave de interpretación en el *principio pro homine* –también denominado *pro persona*⁵³– que informa todo el universo de los derechos humanos, y “en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del Derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”⁵⁴.

Esta *hermenéutica humanizadora* encuentra correlato en *construcciones conceptuales propias del Derecho Internacional contemporáneo*; entre otras, Cançado Trindade menciona: la noción de *ius gentium* (cuya evolución y expansión material ha contado con el aporte de, por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia, v. gr., caso “Tadic”, 1997, referido a la prohibición absoluta de la tortura, y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, v. gr, en su *Opinión Consultiva N° 18* sobre la *Condición jurídica y derechos de migrantes indocumentados*, 2003, relativa al principio de la igualdad y la no-discriminación, además de la prohibición absoluta de la tortura), el desarrollo y caracterización de las obligaciones *erga omnes*, la aparición de los conceptos de *patrimonio común de la humanidad* y de

⁵³ Como prefiere denominarlo, por ejemplo, Fabián Salvioli. Sobre el particular, consultar su trabajo: *Un análisis desde el principio “pro persona”, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en BAZÁN, Víctor (coord.), *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003, ps. 143-155.

⁵⁴ PINTO, Mónica, *El principio “pro homine”. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (coords.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto, 1997, p. 163.

interés común de la humanidad (plasmados en diversos instrumentos internacionales sobre: espacio exterior, Derecho del mar, bioética, Derecho ambiental y distintas Convenciones de la UNESCO sobre bienes culturales, propiedad inmaterial o diversidad cultural), la formulación del derecho al desarrollo y del derecho a la paz, y la presencia de los principios de jurisdicción universal y de complementariedad (entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional del individuo)⁵⁵.

9) *La construcción de un verdadero “corpus iuris” de protección de derechos humanos*, cimentado en los instrumentos universales y regionales y, principalmente, en la doctrina emanada de los órganos y tribunales regionales de derechos humanos. La obligatoriedad para los Estados de las resoluciones emanadas de dichos tribunales, implica para los mismos atenerse a estándares que orientan y marcan el camino de interpretación de los derechos reconocidos en aquellos instrumentos⁵⁶.

10) El desarrollo progresivo de una verdadera *educación en, para y por los derechos humanos* que rescata la unidad de la humanidad en la riqueza de sus diversidades culturales, políticas, religiosas.

11) La concientización del *derecho de participación* de cada persona y de cada pueblo en el desarrollo de sus propios derechos y de los destinos de la propia comunidad y, al mismo tiempo, en el deber de la comunidad internacional (Estados, organismos internacionales, empresas) de reconocer este derecho de consulta y participación.

Especialmente, cabe resaltar la revalorización de los derechos de *los pueblos*, en general, y de *los pueblos indígenas y tribales*, en particular, en tanto titulares de derechos y subjetividad internacionales, históricamente negados por el voluntarismo positivista⁵⁷.

⁵⁵ Conf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Hacia el nuevo Derecho Internacional para la persona humana: Manifestaciones de la humanización del Derecho Internacional*, en *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, N° 50, enero-julio de 2007, ps. 44-61.

⁵⁶ La actual doctrina del “control de convencionalidad”, señalada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obliga a los Estados no sólo al cumplimiento de los tratados y convenciones ratificados, sino al seguimiento de la doctrina establecida por el propio tribunal regional, como intérprete final y auténtico de las normas emanadas de aquellos instrumentos.

⁵⁷ Cabe destacar en esta tarea, entre otras, la labor de la Corte Interamericana de

Parte IV – Reflexiones finales

Con la aparición del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* comenzó a reconfigurarse, con lentos avances, el orden jurídico universal. Al hilo de la defensa irrestricta de la dignidad humana, emergió un *nuevo paradigma*, más inclusivo y personalista, “centrado en la persona”.

Esta sola presencia de humanidad trastocó la idea misma del Derecho de Gentes. Si otrora la persona sólo era objeto de regulación, ahora es sujeto de la comunidad internacional, de carácter parcial, pero subjetividad al fin de cuentas.

De una *concepción westfaliana* del orden jurídico mundial se inició el tránsito hacia otra *humanista* cuya finalidad última consiste en el respeto a la dignidad humana y en el pleno desarrollo y promoción de la personalidad, tanto en su expresión individual cuanto colectiva. De allí que a *los pueblos*, en general, y a *los pueblos indígenas y tribales*, en particular, se les reconozca progresivamente derechos y subjetividad internacionales que les fueron históricamente negadas en la doctrina clásica. De allí también que el *medio ambiente y la naturaleza* sean comprendidas por el nuevo *ius gentium*.

En cualquier caso, el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* no implica la ruptura definitiva con el *Derecho Internacional clásico*; por el contrario, rescatando de él, entre otras válidas dimensiones, la idea de comunidad internacional, los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, y revalorizando el rol del Estado, es posible reforzar la vigencia de los derechos humanos en el espacio-mundo jurídico internacional. Al propio tiempo, la *postura humanista* genera una visión plural, compleja, heterónoma y *centrada en la dignidad de la persona humana*⁵⁸ y, por tanto, *más inclusiva, intercultural y solidaria*.

Derechos Humanos. Mención especial merece la sentencia (fondo y reparaciones) del 27-6-2012 en el “Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador” (reconociendo, entre otros, los derechos a la consulta previa, a la identidad cultural, a la vida e integridad personal).

⁵⁸ Conf. MURILLO, Jorge Raúl, *La influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el instituto de las medidas provisionales (o cautelares) del Derecho de Gentes. Algunas consideraciones*, en *Cuestiones de Derecho Procesal*, en E. D. del noviembre de 2011, ps. 21/54.

De consiguiente, al iniciarse el siglo XXI, comienza a emerger un nuevo *ius gentium*, un verdadero *Derecho Internacional para la humanidad* que tiene en los derechos humanos su base fundamental y en el *ius cogens* su pilar. La *raison d'humanité* comienza a primar sobre la antigua *raison d'État*⁵⁹.

Si la historia de los hombres y de los pueblos sobre la tierra, y también la del Derecho Internacional, es –en definitiva– la larga marcha por el reconocimiento y la defensa creciente de los derechos de la persona; entonces, el *tiempo de la dignidad humana*, y de su progresiva realización, *ha llegado* al Derecho de Gentes.

Lógicamente, en un mundo crecientemente globalizado, donde los propios Estados ven disminuir su poder a manos del sistema financiero o de las empresas transnacionales, donde existen múltiples conflictos armados y migraciones de millones de personas y desplazados internos, con pobreza estructural y exclusión, con contaminación del medioambiente, ardua es la labor y demasiados los obstáculos por vencer.

Pero, así como “un viaje de mil millas comienza con un solo paso”, al decir de Lao-Tsé; así también, y con moderado optimismo, podemos contemplar varias huellas desandadas hacia el reconocimiento de la dignidad de la persona en la comunidad jurídica internacional de los últimos sesenta años... En cualquier caso, el camino continúa..., el trabajo también...

Bibliografía consultada

- BULL, Hedley, *La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden mundial*, Prólogo de Catalina García Segura, trad. de Irene Martín Cortés, Catarata, Madrid, 2005.
- CALDUCH CERVERA, Rafael, *Dinámica de la sociedad internacional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Hacia el nuevo Derecho Internacional para la persona humana: Manifestaciones de la humanización del Derecho Internacional*, en *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, N° 50, enero-julio de 2007, ps. 44-61.

⁵⁹ Conf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *International law for humankind: Towards a new “jus gentium”*, 2ª ed. rev., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013, en especial, remitimos a su Parte V.

- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *International law for humankind: Towards a new "jus gentium"*, 2ª ed. rev., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013.
- *La persona humana como sujeto del Derecho Internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI*, ponencia ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 9 al 20 de julio de 2007, San José de Costa Rica, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 46, San José de Costa Rica, 2007.
- *Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos*, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, 2ª ed., Memorias del Seminario, 23 y 24 de noviembre de 1999, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2003.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Derechos humanos y Derecho Internacional*, en *Isegoría*, N° 2, 2000.
- *Droit International et souveraineté des Etats. Cours général de Droit International Public*, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1996, t. 257.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Lecciones de historia de la filosofía del Derecho (Historia jusfilosófica de la jusfilosofía)*, t. II, *Edad Media. Edad Moderna*, 1ª ed., Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1993.
- DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel, *Constitucionalismo universal: La internacionalización y estandarización de los derechos humanos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, octubre de 2009.
- DÍAZ ESPINOZA, Raúl, *El proyecto filosófico de la modernidad y su crítica desde el exterior constitutivo*, en *Contextualizaciones Latinoamericanas*, Año 5, N° 9, julio-diciembre de 2013, ps. 1-7.
- DUSSEL, Enrique, *1492: El encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad*, Plural Editores/UMSA, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, La Paz, 1994.
- ESPÓSITO, Carlos D., *Soberanía, derecho y política en la sociedad internacional. Ensayo sobre la autonomía relativa del Derecho Internacional*, en *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 34, N° 1, 1999.

- GAMARRA CHOPO, Yolanda (coord.), *El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, Institución Fernando El Católico (CSIC), Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2011.
- GARDELLA, Juan Carlos, *Sobre las fundamentaciones filosóficas de los derechos humanos*, en *Derechos Humanos. Un debate necesario*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Edición Argentina, Buenos Aires, 1989.
- GARZÓN, Baltazar, *Cuento de Navidad. Es posible un mundo diferente*, 1ª ed., Prometeo, Buenos Aires, 2002.
- GROS ESPIELL, Héctor, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después*, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, 1999.
- HEGEL, Georg W. F., *Rasgos fundamentales de la filosofía del Derecho o compendio de Derecho natural y ciencia del Estado*, trad. del alemán de Eduardo Vásquez, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.
- IRANZO DOSDAD, Ángela, *Religión y relaciones internacionales. Genealogías*, en *Foro Interno. Anuario de teoría política*, N° 6, 2006.
- LACHS, Manfred, *El Derecho Internacional: Enseñanza y enseñanzas*, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 8, N° 16, trad. del inglés a cargo de María Soledad Manín y Andrea Cruz, ps. 117-202.
- MALDONADO SIMÁN, Beatriz, *La disputa de Valladolid y la guerra justa*, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel; CRUZ BARNEZ, Óscar; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ORTÍZ AHLF, Loretta, (coords.), *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, 1ª ed., UNAM, México DF, 2008, t. II.
- MURILLO, Jorge Raúl, *La influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el instituto de las medidas provisionales (o cautelares) del Derecho de Gentes. Algunas consideraciones*, en *Cuestiones de Derecho Procesal*, en E. D. del noviembre de 2011, ps. 21/54.
- NIKKEN, Pedro, *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y a la pobreza*, ponencia presentada en el XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 18 al 29 de agosto de 2008, y en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, vol. 48, 2008.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *La humanización del Derecho Internacional y el acceso del individuo a sus instituciones jurisdiccionales*, en GAMA-

- RRA CHOPO, Yolanda (coord.), *Lecciones sobre justicia internacional*, Institución “Fernando El Católico” (CSIC), Excma. Diputación de Zaragoza, Fundación “Manuel Jiménez Abad”, Zaragoza, 2009.
- PINTO, Mónica, *El principio “pro homine”. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (coords.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- *Temas de derechos humanos*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- PUIG, Juan Carlos, *Derecho de la comunidad internacional*, vol. I, *Parte general*, 1ª ed., 2ª reimp., Depalma, Buenos Aires, 1986.
- ROLDÁN BARBERO, Javier, *La investigación en Derecho Internacional Público*, en *Revista de Estudios Jurídicos*, N° 9, 2009 (segunda época).
- SALVIOLI, Fabián, *Un análisis desde el principio “pro persona”, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de derechos humanos*, en BAZÁN, Víctor (coord.), *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003.
- SUPIOT, Alain, “*Homo juridicus*”. *Ensayo sobre la función antropológica del Derecho*, trad. de Silvio Mattoni, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007.
- TRUCCO, Marcelo, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y su influencia en los sistemas universales y regionales de protección*, en *Tratado de los tratados internacionales comentado*, 3 ts., La Ley, Buenos Aires, 2011.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Doctrines sur les fondement du Droit des Gens*, ed. rev., ampl. y act. por R. Kolb, A. Pedone, París, 2007.
- *Historia del Derecho Internacional Público*, versión española de Paloma García Picazo, Tecnos, Madrid, 1998.
- VEC, Miloš, *Universalization, particularization, and discrimination. European perspectives on a cultural history of 19th century international law*, en *InterDisciplines*, vol. 2, 2012, ps. 79-102.
- ZEA, Leopoldo, *América en la historia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

LA CLASE MEDIA ARGENTINA Y SU REALIDAD EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LA VIVIENDA*

por DÉBORA G. PAREDES**, LUISINA HUERTA***
y JOSÉ RAMOS BRUERA****, coordinado por
ADRIANA TALLER y ANALÍA ANTIK

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho a la vivienda y su operatividad. 3. Problemática de acceso a la vivienda de la clase media argentina. 4. Políticas públicas e instrumentos utilizados por el Estado para facilitar el acceso a la vivienda de la clase media. 5. Análisis del PRO.CRE.AR como instrumento jurídico empleado por el Estado para facilitar el acceso a la vivienda de la clase media. 6. Impacto socioeconómico del PRO.CRE.AR. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación 1DER147 *Pobreza y marginalidad; sectores medios e inaccesibilidad: un problema común para el acceso a la vivienda*, bajo la dirección de la Dra. Noemí Nicolau y radicado en la maestría de Derecho Privado, la Carrera de Especialización de Derecho Inmobiliario, Urbanístico y de la Construcción y del Centro de Investigaciones en Derecho Administrativo (CIDEA), todos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. El mismo fue coordinado por las profesoras Adriana Taller y Analía Antik, directora y secretaria académica del CIDEA, respectivamente.

** Jefe de Trabajos Prácticos por Concurso de la asignatura Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, secretaria administrativa del Centro de Investigaciones de Derecho Administrativo (CIDEA) y profesora superior en Abogacía por la Pontificia Universidad Católica Argentina.

*** Aspirante a ayudante alumna de la asignatura Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario e integrante del Centro de Investigaciones en Derecho Administrativo (CIDEA).

**** Ayudante de Primera de la asignatura Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario e integrante del Centro de Investigaciones en Derecho Administrativo (CIDEA).

Resumen

El camino hacia la casa propia de las familias argentinas que pertenecen a la clase media es muy difícil, a diferencia de la clase alta que tiene el problema de la vivienda resuelto y de la clase baja que es un sector que el Estado intenta contener a través del desarrollo de planes sociales específicos. El desafío del Estado será elaborar una política pública que logre brindar a la clase media una financiación real y efectiva que les permita acceder a la vivienda propia.

Debería repensarse, si lo que se intenta alentar a la población es la expectativa de lograr ser propietario de una vivienda, o si, por el contrario, resguarda mayores valores de solidaridad y justicia social el hecho de fomentar la tenencia de una vivienda a largo plazo, con regímenes jurídicos creados al efecto, sin considerar la propiedad dominial de la misma.

Abstract

The path to an own house for the Argentine families that belong to the middle class is very difficult. The State's challenge will be to develop an effective public policy that will provide the middle class of a real and effective funding that enable them access to homeownership. We should rethink if what we are trying to encourage is for people the expectation of homeownership, or if we are encouraging the holding of a long-term housing with legal regimes created for this purpose, regardless of its manorial property.

Palabras clave

Acceso a vivienda propia. Políticas públicas.

Keywords

Own house. Public Policy.

1. Introducción

Robert Park, prestigioso sociólogo urbano estadounidense, escribía: “La ciudad; ha sido descrita como el hábitat natural del hombre civi-

lizado. En la ciudad, el hombre ha desarrollado la filosofía y la ciencia, y se ha convertido no sólo en un animal racional sino también en un animal sofisticado. La ciudad y el entorno urbano representan para el hombre la tentativa más coherente y, en general, la más satisfactoria de recrear el mundo en que vive de acuerdo a su propio deseo. Pero si la ciudad es el mundo que el hombre ha creado, también constituye el mundo donde está condenado a vivir en lo sucesivo. Así pues, indirectamente y sin tener plena conciencia de la naturaleza de su obra, al crear la ciudad, el hombre se recrea a sí mismo. En este sentido y en este aspecto podemos concebir la ciudad como un laboratorio social”¹.

Las urbes se erigen como lugar de encuentro y de relaciones e intercambios personales, que se convierten en centros de actividades administrativas, religiosas, políticas, educativas, sociales y económicas.

Para desarrollar su vida plenamente, el hombre necesita tener satisfecha sus necesidades básicas, entre las que se encuentra el acceso a una vivienda digna, es allí donde analizaremos el rol del Estado como garante del ejercicio de este derecho humano con jerarquía constitucional.

Cabe aclarar que el derecho de propiedad no implica ni significa el ejercicio del derecho a especular, por ello el Estado debe regular el ejercicio de ese derecho, impidiendo tal maniobra por parte de los particulares, con miras al beneficio común de la sociedad, garantizando la plena vigencia del principio de función social de la propiedad².

Es bajo estas circunstancias, que el Estado de Derecho debe intervenir, no sólo a los fines de imponer restricciones legales en sus facultades de policía a situaciones fácticas que se tornan incontrolables por parte de la iniciativa privada; sino también a través del desarrollo de políticas públicas o planes sociales estatales que posibiliten el real acceso a la vivienda digna de la población.

En orden a las ideas expuestas anteriormente, analizaremos la rea-

¹ PARK, R., *La ciudad y la ecología urbana y otros ensayos*, Serbal, España, 1999, en http://es.wikipedia.org/wiki/Robert_Ezra_Park.

² ANTIK, A., conferencia dictada en el III Congreso de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, *Nuevos escenarios y reforma de la Administración Local*, Tema: *Regulación del mercado de suelo. Competencia municipal, supranacional e incertidumbre global*, A Coruña, España, 29 y 30 de abril de 2013.

lidad que atraviesa la clase media argentina y sus concretas posibilidades de acceso a la vivienda, de acuerdo a las políticas públicas implementadas a través del tiempo por el Estado nacional.

A tal fin, evaluaremos el impacto y los efectos que provocó hasta el momento, la puesta en marcha del Programa Crédito Argentino del Bicentenario para la Vivienda Única Familiar (PRO.CRE.AR), regulado por el decreto nacional 902/2012.

Partimos de la hipótesis de que cada vez son más las familias argentinas que desean acceder a las líneas de crédito que ofrece dicho programa, entendiendo que ello se debe a que el mismo brinda a la clase media reales posibilidades de calificar para un crédito, cuando en el sector privado ello es de suma dificultad. Asimismo, consideramos que los obstáculos que luego deberán afrontar las familias beneficiarias de los créditos son consecuencia de la crisis económica que atraviesa nuestro país, que redundan en el elevado precio de los terrenos urbanos y en el incremento de los precios de los materiales y de la mano de obra.

Dicha situación lleva a las familias beneficiarias del programa a resignar su pretensión, ya que en algunos casos deben edificar una casa más pequeña o con materiales más económicos, en tanto que en otros deben pedir dinero prestado a familiares o amigos, siempre que cuenten con dicha posibilidad. Otros deben adquirir un lote en zonas alejadas a Rosario, donde los precios son menores, y los menos afortunados deben desistir de la compra y construcción y/o refacción de su vivienda, resignando la aceptación del crédito, toda vez que de antemano saben que dicho dinero es insuficiente para costear la totalidad de las obras.

No obstante lo expuesto, el Estado intenta paliar dicha situación a través de los acuerdos de precios vinculados a materiales para evitar maniobras especulativas, tal como afirman funcionarios consultados sobre la problemática³.

³ Declaraciones efectuadas por el jefe de la Regional Litoral Anses al diario *La Capital* de Rosario en la nota bajo el título *El camino hacia la casa propia con el plan Procrear*, del 17-8-2014, Sección Economía, www.lacapital.com.ar/contenidos/2014/08/17/noticia_0002.html.

En definitiva, el camino hacia la casa propia de las familias argentinas que pertenecen a la clase media es muy difícil, a diferencia de la clase alta que tiene el problema resuelto y de la clase baja, que a pesar de su vulnerabilidad, es un sector que el Estado intenta contener a través del desarrollo de planes sociales específicos. El desafío del Estado consiste en elaborar una política pública que logre brindar a la clase media una financiación real y efectiva que les permita acceder a la vivienda propia.

2. El derecho a la vivienda y su operatividad

El siglo XXI se encamina a convertirse en la era de las ciudades como consecuencia de que la mayoría de la población mundial vive en ellas. En el año 2007, según datos de Naciones Unidas, la población urbana superó a la rural en el planeta; un crecimiento imparable del proceso de urbanización que llevará a que en el año 2050 el 75% de la población mundial viva en ciudades⁴.

Un paso fundamental en la construcción del derecho a la ciudad ha sido la elaboración de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad articulada por *Hábitat International Coalition* (HIC).

Un conjunto de movimientos populares, organizaciones no gubernamentales, asociaciones profesionales, foros y redes nacionales e internacionales de la sociedad civil comprometidas con las luchas sociales por ciudades justas, democráticas, humanas y sustentables, construyeron una Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad que tiene por objeto recoger los compromisos y medidas que deben ser asumidos por la sociedad civil, los gobiernos locales y nacionales, parlamentarios y organismos internacionales para que todas las personas vivan dignamente en las ciudades.

Esta iniciativa tuvo lugar dentro de las actividades preparatorias de la II Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente que bajo el título *Cumbre de la Tierra* se llevó a cabo en Río de Janeiro (Brasil) en 1992.

⁴ AMERISO, C., *El municipio del siglo XXI*, en *Revista UNR Ambiental*, N° 179, Rosario, 2012, ps. 180 y ss.

En el marco de este proceso surge una cuestión trascendental, tanto a nivel social como jurídico: el derecho a la vivienda.

La vivienda fue reconocida como parte del derecho a un nivel de vida adecuado en la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948 (art. 25), y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (art. 11).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (principal órgano de Naciones Unidas, que tiene por finalidad supervisar la manera en que se efectiviza por parte de los Estados el Derecho a la Vivienda), entiende que debe interpretarse al mismo como un concepto amplio. Para el Derecho Internacional, el derecho a la vivienda adecuada debe garantizar y abarcar aspectos mínimos, como por ejemplo: mecanismos protectorios de la tenencia (en especial contra el desalojo); la proximidad de servicios sanitarios, eléctricos, de salud, agua potable, educación y opciones de empleo; la habitabilidad, es decir, seguridad contra las inclemencias climáticas, la asequibilidad con respecto a aquellos grupos más desfavorecidos y en situación de desventaja (niños, ancianos, víctimas de desastres naturales, personas con capacidades diferentes); entre otros⁵.

No obstante, el derecho a la vivienda continúa generando extensos debates alrededor del mundo en cuanto a las posibilidades y expectativas de los sectores sociales más bajos de lograr acceder a una vivienda adecuada.

En Argentina, tal derecho encuentra recepción constitucional en el

⁵ Confr. Informe del Relator Especial sobre Derecho a la Vivienda, 5-2-2007, A/HRC/4/18. El relator especial durante todo su mandato ha advertido contra los peligros de la práctica de los desalojos forzosos. A consecuencia de un seminario internacional sobre los desalojos forzosos, se han elaborado unos principios básicos y directrices destinados a ayudar a los Estados y a la comunidad internacional a reducir considerablemente esa práctica. El relator especial pide al Consejo de Derechos Humanos que asegure la amplia difusión de los principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento originados por el desarrollo que figuran en el anexo de su informe e insta a los Estados a que los incorporen en las leyes y las políticas nacionales. Además, en este informe se examina la importancia de fortalecer el marco jurídico para promover y ejercer el derecho humano a la tierra, y se proponen estrategias al respecto, una cuestión que el relator especial considera especialmente importante para ejercer el derecho a una vivienda adecuada; en http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=79&Itemid=70.

artículo 14 bis y en un plexo de tratados internacionales con jerarquía constitucional, sin soslayar que la Reforma operada en 1994 ha reforzado el mandato de la Carta Magna de tutela para situaciones de vulnerabilidad, al advertir en el artículo 75, inciso 23, que el Congreso debe: “legislar y promover medidas de acción positivas [...] que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales vigentes...”

Sin embargo, factores como: la deficiente normativa vigente tanto a nivel nacional como local; la ausencia de una ley nacional y provincial de ordenamiento y uso del suelo; la no determinación de la materia como cuestión trascendental en las políticas públicas estatales y la inexistencia de instrumentos jurídicos contractuales por medio de los cuales sea viable y eficaz la adquisición de viviendas; dejan carente de contenido el ejercicio de este derecho.

Asimismo, la sobrevaluación de los valores de mercado en el marco de negocios inmobiliarios, sumado a la inflación que afecta a las economías de países en desarrollo, son causas que propician un entorno económico, donde deviene imposible el acceso a la tierra y a la vivienda por parte de los sectores más vulnerables.

Por otro lado, con respecto al acceso a los servicios públicos como cuestión integrante del derecho a la vivienda, se ha constatado que debido al proceso de privatizaciones ocurrido en Argentina durante la década del noventa, se produjo un desmejoramiento en la situación de los sectores medios más bajos para poder adquirir servicios, la cual se manifiesta a través de una desigual distribución de los mismos, debido entre otras causas, a la ausencia de tarifa razonable acorde a sus ingresos.

En este contexto, la carencia de un marco legal de ordenamiento y regulación del uso del suelo constituye indudablemente una de las debilidades más profundas del ordenamiento jurídico actual, ya que si bien la Argentina ha ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que mediante el artículo 21 establece la función social de la propiedad, el mismo no es reflejado de tal manera en las políticas públicas. Desde esta perspectiva, se propone aunar esfuerzos para promover un proceso de reforma urbana en nuestro país.

En este orden de ideas, es valioso destacar que si bien no contamos con una ley, sí existe un Proyecto de Ley Nacional de Uso del Suelo y Ordenamiento Territorial y Urbanístico que data del año 2009, el cual, además de enmarcar el uso y ocupación del suelo en el principio de función social de la propiedad y de definir distintos conceptos relevantes para el Derecho Urbanístico, prevé en el artículo 13, inciso 4º, que los municipios podrán establecer como instrumento de gestión el derecho de adquisición preferencial por parte de los mismos, sobre inmuebles urbanos objeto de enajenación onerosa entre particulares. A tal efecto el ordenamiento territorial y urbanístico, delimitará las áreas sujetas al derecho de preferencia y fijará el plazo de vigencia del mismo que no podrá ser mayor de cinco años renovables. Tal derecho se ejercerá toda vez que el poder público se vea necesitado de áreas para regularización fundiaria, ejecución de programas y proyectos habitacionales de interés social, constitución de reserva fundiaria, creación de espacios públicos de esparcimiento y áreas verdes, entre otros.

En igual sentido, en el marco de la Provincia de Santa Fe, se encuentra en tratamiento legislativo el Proyecto de Ley de Uso del Suelo y Hábitat, el cual dispone que el Gobierno provincial y los Gobiernos locales que adhieran a la ley, podrán ejercer el derecho de preferencia, a los fines de adquirir inmuebles objeto de transferencia entre particulares. Se entiende por derecho de preferencia, aquella preeminencia que tiene la autoridad de aplicación para la adquisición de inmuebles urbanos o suburbanos objeto de una operación comercial entre particulares. El mismo, podrá ser ejercido cuando el Estado requiera suelo urbano para determinados fines específicos, tales como: regularización de asentamientos, implantación de equipamientos urbanos comunitarios, creación de espacios públicos y áreas verdes, protección de áreas de interés histórico, cultural y paisajístico, entre otros.

Como principios generales, recepta la función social de la propiedad, la democratización del acceso al suelo y, erige a la Secretaría de Estado del Hábitat como autoridad de aplicación.

Se crea el Registro Provincial de Barrios y Asentamientos irregulares, con el objeto de constituir un instrumento único de relevamiento y de promoción de urbanización y/o dotación de servicios.

Por otro lado, el Proyecto de ley en cuestión faculta a la Autoridad de Aplicación para el supuesto de detección de maniobras especulativas con relación al suelo de dominio privado, declarar su interés social y urbanístico, quedando habilitado a iniciar el trámite de expropiación.

Ahora bien, aunque dichas regulaciones emergen como un avance en las prerrogativas del Estado en materia de ordenamiento y regulación del suelo, no podemos perder de vista que dichas normativas, nacional y provincial, de carácter público podrían colisionar con el derecho de propiedad individual, consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución Nacional, dando lugar a controversias que podrían plantear los particulares, las cuales deberían ser resueltas a la luz del principio de razonabilidad que actúa como límite al ejercicio del poder de policía del Estado.

En suma, se puede afirmar que, pese a los proyectos legislativos mencionados que receptan el principio de función social de la propiedad y regulan el uso del suelo y el acceso a la vivienda –mediante la recepción de instrumentos jurídicos que así lo permiten–, no es posible aún soslayar el carácter operativo del derecho a la vivienda digna, que así deviene por mandato de nuestra ley suprema. Tal afirmación implica que las normativas nacionales y locales aprobadas o en tratamiento constituyen acciones positivas tendientes a efectivizar, materializar los preceptos constitucionales vigentes, plasmados no sólo en la disposiciones de la Carta Magna, sino también en una serie de Pactos y tratados internacionales, a los cuales Argentina ha jerarquizado otorgándole rango constitucional y que por lo tanto son de aplicación directa.

Por ello, consideramos que los proyectos de leyes de suelo mencionados constituyen un avance en la materia, motivo por el cual restará esperar su sanción y su reglamentación a los fines de analizar su operatividad.

3. Problemática de acceso a la vivienda de la clase media argentina

De lo dicho hasta acá se desprende que el derecho de acceso a la vivienda digna es un derecho humano esencial, con jerarquía consti-

tucional. Sin embargo, hasta tanto se garantice su ejercicio, seguirá siendo uno de los derechos más vulnerados para gran parte de la población argentina y del mundo no desarrollado.

Ahora bien, es nuestra intención analizar la problemática de acceso a la vivienda que atraviesa la clase media argentina, la cual entendemos como aquel sector de la población compuesto por una clase trabajadora que no puede acceder a una vivienda social por no pertenecer al sector carenciado, pero tampoco a un crédito hipotecario u otras líneas de crédito, debido a las condiciones altamente restrictivas de los mismos.

Cabe destacar que definir a este sector de la población comprendido en la denominada clase media, no es tarea sencilla, ya que ocho de cada diez argentinos dicen pertenecer a ese segmento social, sin saber a ciencia cierta el nivel de ingresos o las características que identifican a este sector⁶.

Según la última medición de la Consultora W y Trial Panel sobre una metodología de la Asociación Argentina de Marketing, los denominados ABC1 (clase alta) son aquellos que viven en familias con ingresos totales superiores a 33 mil pesos mensuales y configuran el siete por ciento de la población argentina. En el otro extremo, los hogares que ganan menos de 3.100 por mes están en la clase baja (D2/E) y comprenden el catorce por ciento de la población y la clase media (C2, alta, y C3, típica) se ubica entre 6.700 y 33 mil pesos y comprende al cuarenta y siete por ciento de la población⁷.

Así, según el mencionado informe, la clase media configura el porcentaje más grande de la población argentina y se divide en dos subgrupos: clase media típica: comprende a los que perciben por mes entre \$ 6.700 y \$ 12.000 y la clase media alta: incluye a los que obtienen ingresos de entre \$ 12.000 y \$ 33.000 por mes, destacando además que una de cada tres familias argentinas pertenece a la clase media típica.

Esta clase media es la que enfrenta reales dificultades a la hora de

⁶ PIÑEIRO MICHEL, G., *La clase media y “década K”: de la alegría por el boom del consumo al mal humor por el cepo del dólar*, edición online, 13-6-2014, en http://www.iprofesional.com/notas/188975-Ser-clase-media-en-Argentina-cuanto-se-debe-ganar-y-los-limites-actuales-de-la-movilidad-social-ascendente?page_y=3117.

⁷ MARTÍNEZ, P. y DÁVILA, D., *Precios con el impacto social*, edición online, 27-10-2013, en *Negocios*, <http://www.lavoz.com.ar/negocios/una-cuestion-de-clases>.

acceder a la vivienda. Ello se debe en gran parte a la situación económica que atraviesa el país, marcada por la inflación y la sobrevaluación de los alquileres y los terrenos en venta.

Más adelante analizaremos las líneas de crédito que ofrece el programa PRO.CRE.AR, pero desde ya se adelanta que las mismas refieren a la construcción o refacción de viviendas únicas, motivo por el cual, si bien miles de familias argentinas –catorce mil rosarinas– resultaron sorteadas como beneficiarias de dichos créditos, el notable aumento en los precios de las tierras urbanas y en el valor de los materiales y mano de obra necesarios para la construcción, dificultan y en algunos casos imposibilitan la concreción del objetivo del programa. En otras palabras, la situación obliga a los beneficiarios a desembolsar fondos propios o resignar sus expectativas de acceder a la casa propia.

Por otra parte, las normas dictadas por las provincias y los municipios en ejercicio del poder de policía urbanística, también influyen en los valores de mercado de suelo. Así, al clasificarlo en suelo rural, urbano, etcétera, según las funciones específicas que se le asignen, se le imponen también diferentes regímenes para el uso del suelo y, en consecuencia, será diferente el ejercicio del derecho a urbanizar y edificar de los propietarios de terrenos conforme su ubicación y su clasificación según la normativa vigente, la cual los facultará o no a materializar determinado tipo de construcción. Ello será una variable que incidirá en el valor de los terrenos.

Por los motivos expuestos, no podemos dejar de analizar la realidad que atraviesa el mercado inmobiliario, que en los hechos nos muestran que en algunos lugares del país se ofrecen tierras en venta a valores realmente exorbitantes.

Desde el punto de vista del urbanismo y de la planificación territorial, el suelo es el espacio físico sobre el que se construyen los edificios y las infraestructuras. Así entendido, es una categoría económica importante para la descripción del mercado de la vivienda y la determinación del valor de las inversiones; donde el suelo es escaso aparece la ocasión para la actividad financiera especulativa y la corrupción política⁸.

⁸ TALLER, A. y ANTIK, A., *Urbanismo, calidad de vida y derecho*, en *Colección Zeus-Doctrina*, Revista N° 16, t. 111, del 21-12-2009, ps. 841 y ss.

4. Políticas públicas e instrumentos utilizados por el Estado para facilitar el acceso a la vivienda de la clase media⁹

A lo largo de la historia, el Estado argentino ha manifestado su preocupación por el acceso a la vivienda digna, mediante la sanción de diversas leyes y creación de organismos estatales al efecto.

Un primer indicio de esto se ha plasmado a partir de la sanción de la Ley de Tierras de 1884, mediante la cual el Poder Ejecutivo concedía la posesión de un lote de tierra a todo ciudadano o extranjero que tuviera carta de soberanía, para la ocupación directa del terreno para su uso exclusivo y beneficio, debiendo levantar una habitación, introducir hacienda, y labrar no menos de diez hectáreas durante el término de cinco años, vencido el cual se otorgaba el título definitivo de propiedad.

No obstante, al margen de la mencionada ley, el país carecía de acciones o políticas públicas destinadas a la vivienda urbana.

Luego, en el año 1905 se promulga la primera ley nacional referida a la vivienda de sectores de menores recursos, denominada “Ley de Casas Baratas” N° 4824. La Comisión Nacional de Casas Baratas funcionó hasta el año 1944, reemplazada por el Consejo de la Vivienda, y en 1945 en su lugar se crea la Administración Nacional de Vivienda, cuyo propósito era el mejoramiento de las condiciones higiénicas, técnicas, económicas y sociales de las viviendas urbanas y campesinas en todo el territorio argentino.

El mismo decreto que reguló la Administración Nacional de Vivienda, estableció la creación del Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) destinado al estudio, construcción y creación de viviendas económicas, el que terminó de conformarse con la ley 19.929 del año 1972.

Finalmente, en marzo de 1995 ya se había organizado un nuevo régimen para la vivienda y la construcción con el dictado de la ley

⁹ Confr. ANTIK, A.; NICOLAU, N.; TALLER, A. y TRIVISONNO, J., *Políticas públicas, vivienda e instrumentos jurídicos*, breve análisis de los instrumentos jurídicos que pueden emplearse en las políticas públicas destinadas a fomentar el acceso a la vivienda de la población de menores recursos, Imprenta Facultad de Derecho, UNR, Rosario, 2013, ps. 1 y ss.

24.441, que redimensiona la captación de fondos de particulares para ser administrados por el Banco Hipotecario Nacional, lo cual significó una reforma considerable en la legislación FONAVI.

El Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) ya no posee la trascendencia que supo tener. Tal es así, que en la última década, la promoción de la vivienda social se ha desarrollado mediante distintos planes del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios que, en su mayoría, implican la celebración de convenios con las provincias y personas jurídicas privadas con y sin fines de lucro. Así, nacen Convenios Marcos, algunos llamados de Emergencia Habitacional y otros de Solidaridad; hasta que en el año 2012 se pone en marcha el Fondo Fiduciario Público designado Programa Crédito Argentino del Bicentenario para la vivienda única familiar (PRO.CRE.AR), el cual se encuentra en plena ejecución y que seguidamente analizaremos.

Por otro lado, corresponde mencionar algunos casos jurisprudenciales que se han dado a lo largo de estos años y que refieren al deficiente funcionamiento de los planes mencionados tendientes a facilitar el acceso a la vivienda, por ejemplo, casos de incumplimiento en cabeza de organismos públicos o de intermediarios, en la adjudicación de créditos para la vivienda social.

En autos caratulados “S., V. S. y otros c/Provincia de Buenos Aires y otros”¹⁰ de fecha 30 de septiembre de 2009, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata resolvió condenar a la Provincia de Buenos Aires a abonar a los actores un importe mensual para alquilar una vivienda similar a la que le fuera adjudicada pero no entregada por demoras en el plan de viviendas. El caso interesa también porque el tribunal establece una medida conminatoria. Se condena a pagar lo ordenado en la sentencia, bajo apercibimiento de astreintes, las que se harán efectivas contra el funcionario responsable, solidariamente con el presidente del Instituto de la Vivienda.

Otro precedente lo configura un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos caratulados “Loguzzo, Alicia Beatriz c/Fe-

¹⁰ L. L. Online, AR/JUR/33594/2009.

deración de Obreros y Empleados Telefónicos Foetra”¹¹ de fecha 6 de febrero de 2003, en el cual el máximo tribunal intervino por una cuestión de incompetencia, pero resulta significativo ya que pone en evidencia los problemas que se erigen cuando media la intermediación en los programas de vivienda social, dado que en este caso concreto la actora demandó la restitución del dinero que había aportado al mencionado gremio durante la vigencia del contrato, con más los daños ocasionados por haber sido rechazada por el Banco Hipotecario en el momento de ser adjudicataria de la vivienda.

5. Análisis del PRO.CRE.AR como instrumento jurídico empleado por el Estado para facilitar el acceso a la vivienda de la clase media

Mediante decreto 902/2012 el Gobierno nacional creó el Fondo Fiduciario Público denominado Programa Crédito Argentino del Bicentenario para la vivienda única familiar (PRO.CRE.AR), el cual tiene por finalidad facilitar el acceso a la vivienda propia de la población y la generación de empleo como políticas de desarrollo económico y social.

El fiduciante es el Estado nacional, el fiduciario es el Banco Hipotecario SA, como administrador de los bienes fideicomitidos y el beneficiario es el fiduciante. Además se crea un Comité Ejecutivo del Fideicomiso, encargado de fijar las condiciones, impartir instrucciones y/o autorizar en forma previa las actividades a cargo del fiduciario y efectuar su seguimiento.

El Fondo tiene una duración de treinta años, contados desde la fecha de su constitución mediante la celebración del correspondiente contrato de fideicomiso (el máximo plazo que permite la ley 24.441), y está constituido por los siguientes bienes fideicomitidos: los recursos provenientes del tesoro nacional que le asigne el Estado nacional, los bienes inmuebles que le transfiera en forma directa el Estado nacional, los ingresos obtenidos por emisión de valores fiduciarios de deuda que emita el fiduciario con el aval del tesoro nacional y en los términos

¹¹ L. L. Online, AR/JUR/8540/2003, CSJN, *Fallos*: 326:81.

establecidos en el contrato y/o prospecto respectivo, el producido de sus operaciones, la renta, frutos e inversión de los bienes fideicomitidos, los ingresos provenientes de otros empréstitos que contraiga, pudiendo garantizarlos con bienes del fondo y otros aportes, contribuciones, subsidios, legados o donaciones específicas destinados al mismo.

Los bienes fideicomitidos se destinarán a la construcción de viviendas y al desarrollo integral de proyectos urbanísticos e inmobiliarios con el objeto de facilitar el acceso a la vivienda familiar, única y permanente de sectores socioeconómicos principalmente bajos y medios de la población, y al otorgamiento de créditos hipotecarios para la adquisición o para la construcción de dichas viviendas, de conformidad con las pautas que se establezcan en el contrato de fideicomiso y las que determine el Comité Ejecutivo.

Según la información que se recoge en el sitio web de la Administración Nacional de la Seguridad Social¹², las líneas de créditos que se ofrecen son las siguientes: construcción, ampliación y terminación y refacción, para quienes posean un terreno edificable o en condiciones de serlo, ya sea propio o de su cónyuge o concubino o de familiar directo, entendiéndose por tal el padre, la madre y/o el/los hijo/s. Y para quienes no posean terreno propio o estén en condiciones de adquirirlo, las líneas de créditos disponibles son dos: compra de terreno y construcción y compra de vivienda a estrenar.

Como es habitual se considera para el otorgamiento del crédito el ingreso total del grupo familiar. Se exige registrar ingresos netos mensuales demostrables del grupo familiar conviviente –solicitante y su cónyuge o concubino/a– de hasta \$ 35.000 (para las líneas: construcción y compra de terreno y construcción). Los solicitantes deben tener entre 18 y 65 años de edad para acceder a los créditos y las adjudicaciones se realizarán mediante sorteos que se efectuarán por la Lotería Nacional.

El plazo máximo de financiación será de 30 años para aquellos aspirantes que pertenezcan a la clase media/baja y que posean un ingreso familiar neto de hasta \$ 8.000 y de hasta 20 años para el resto de los aspirantes de clase media con ingresos netos mensuales mayores a \$ 8.000 y hasta \$ 35.000 (para las líneas construcción y compra de terreno y construcción), de hasta \$ 28.000 (para ampliación y terminación de vivienda) y de hasta \$ 22.000 (para refacción).

Es importante destacar que la relación cuota-ingreso no podrá ser mayor al 40%, tomándose en consideración el ingreso neto familiar. A los fines de determinar el monto del empréstito también se considerarán las deudas contraídas por los solicitantes, créditos prendarios, etcétera, los cuales representarán una disminución de los mencionados ingresos. Por último, las tasas de intereses serán variables, del 2 al 14%, siendo mayores para las familias que acrediten mayores ingresos y se amortizarán de acuerdo al sistema francés.

Dado que el Estado otorga el crédito con garantía hipotecaria sobre los inmuebles a construir, ampliar, terminar o refaccionar, exige que los mismos reúnan determinadas condiciones: deben encontrarse en zona urbana o semiurbana no inundable, ser de titularidad dominial del solicitante o de su cónyuge o concubino/a y encontrarse libre de gravámenes. Se admiten terrenos de titularidad dominial de los padres o hijos de alguno de los solicitantes, en tanto allí se encuentre construida la vivienda familiar.

Ahora bien, corresponde analizar por separado las características de las mencionadas líneas de créditos, tal como surge de la página web de Anses antes referida:

- *Línea de crédito para “Construcción”*: está destinada a aquellas familias que cuenten con un terreno propio o de un familiar directo (padre, hijo, cónyuge o concubino/a) y que deseen acceder a un crédito hipotecario para la construcción de una vivienda única, familiar y de ocupación permanente y para que las personas que tengan la posibilidad de comprar un terreno y adquirirlo luego de salir sorteado para comenzar el proceso de tramitación del crédito hipotecario. En estos casos la construcción de la vivienda podrá basarse en un proyecto propio o en alguno de los prototipos de vivienda que pone a disposición el Programa para sus beneficiarios. Se financia únicamente la construcción de la vivienda hasta los montos máximos establecidos para esta línea.
- *Línea “Ampliación y terminación”*: está destinada a familias que cuenten con una vivienda construida en un terreno propio o de un familiar directo (padre, hijo, cónyuge o concubino/a) y que deseen ampliar o terminar la misma. La ampliación de su vivienda les permitirá a los beneficiarios construir hasta 50 m², aumentando

la superficie actual de la vivienda, la cual en su estado actual debe ser habitable, contando como mínimo con un ambiente, baño y cocina. La terminación: está destinada a finalizar la construcción de su vivienda. Se requiere que la obra se haya iniciado y presente un avance mayor al 50% del total del proyecto y la superficie máxima a construir será de 150 m².

- *Línea “Refacción”*: destinada a obras y/o trabajos a realizar en una vivienda habitable que requiera mejoras en deficiencias parciales o mantener el grado de conservación de la vivienda, procurando optimizar su estado y valor. La propiedad a refaccionar debe ser vivienda única, familiar y de ocupación permanente del solicitante y no superar los 150 m² cubiertos. Por otra parte, para quienes no posean terreno propio las líneas de crédito son dos: compra de terreno y construcción y compra de vivienda a estrenar.
- *Línea “Compra de terreno y construcción”*: está destinada a familias que aún no posean un terreno y quieran construir su vivienda única, familiar y de ocupación permanente. Tiene como objetivo financiar la compra de hasta el 100% del valor del terreno y hasta el 100% del proyecto de obra restante sin superar los montos máximos establecidos para esta línea. El diseño de la vivienda a construir debe corresponder a uno de los modelos de casas que PRO.CRE.AR ofrece en forma gratuita a sus beneficiarios, lo cual les permite ahorrar tiempo y costos en la realización de la obra.
- *Línea “Compra de vivienda a estrenar”*: está destinada exclusivamente para la compra de vivienda única, familiar y de ocupación permanente. Permite financiar hasta el 90% del valor de compra de un departamento o casa a estrenar de hasta 100 m² (las superficies semicubiertas se computarán al 50%) con un monto de hasta \$ 600.000 (\$ 700.000 para la zona sur del país) y con tasas desde el 2,5% y en hasta 30 años. Se denomina vivienda a estrenar aquella cuyo certificado de inicio de obra no fuere anterior al 1° de enero de 2010 y que no haya sido escriturada con anterioridad, ni habitada al momento de inicio del trámite del crédito. La vivienda deberá encontrarse en condiciones de habitabilidad y apta para su escrituración, es decir, con la docu-

mentación necesaria para ello, con las habilitaciones y permisos nacionales y/o provinciales y/o municipales, subdivisiones e inscripciones que correspondan, dentro de los próximos 12 meses contados desde la fecha del sorteo en la cual resultó beneficiario.

6. Impacto socioeconómico del PRO.CRE.AR

No obstante lo beneficioso que resulta la puesta en marcha de PRO.CRE.AR, quienes actualmente cuentan con la suerte de reunir los requisitos para ser adjudicatarios y salir sorteados, se encuentran con una gran dificultad que empaña el objetivo de acceder a su propia vivienda, la cual puede resumirse con la frase “el monto del crédito actualmente no alcanza”, y esto se debe a principalmente dos factores relacionados directamente con la situación económica que atraviesa nuestro país.

Por un lado la inflación, que afecta no solamente al valor de los terrenos e inmuebles construidos, sino también a los materiales de la construcción y a la mano de obra.

Según publicaciones periodísticas consultadas, en el transcurso de enero de 2013 a febrero de 2014 “...construir una casa apta para el PRO.CRE.AR aumentó un 25,5% [...] el costo ya supera los 6.000 pesos finales por metro cuadrado”¹³. Y consultando con otra fuente más actualizada, teniendo como referencia el mes de julio de 2014, según datos de Reporte Inmobiliario¹⁴ dentro de la línea hipotecaria PRO.CRE.AR, el valor de construcción del metro cuadrado fluctúa en torno a los \$ 7.600.

Por otro lado, el factor más determinante que llega a frustrar los objetivos del programa es la dificultad para acceder a terrenos que cumplan con los requisitos y precios estipulados en el mismo. Según se desprende de un informe realizado por un diario mendocino: “PRO.CRE.AR, establece que el terreno debe tener un valor

¹² Ver www.anses.gov.ar.

¹³ Ver <http://www.elciudadanoweb.com/el-procrear-amenazado/>.

¹⁴ ¿Cuánto sale una casa PRO.CRE.AR?, en *Reporte Inmobiliario*, edición online, 12-8-2014, <http://www.reporteinmobiliario.com.ar/nuke/article2767-cuanto-sale-una-casa-procrear.html>.

mínimo de \$ 15.000 y un máximo de \$ 120.000 para los beneficiarios que ganen hasta \$ 6.000 mensuales y hasta \$ 150.000 para las familias que perciban un salario mayor. El problema es que son escasos los terrenos de esos precios en zonas urbanas, la mayoría se encuentran entre los \$ 150.000 y los \$ 200.000, en cuanto al tamaño, el grueso de la oferta está entre los 230 y los 300 metros”¹⁵.

Por su parte el diario *El Litoral*, en un informe de noviembre de 2013, fecha cercana al octavo sorteo del plan, comenta que en 8 meses se duplicó el valor de los terrenos aptos para el programa, que se ubican en barrios cerrados en la Autopista Santa Fe-Rosario, en la zona de Gran Santa Fe¹⁶.

En la ciudad de Rosario ocurre lo mismo, se logra apreciar una notable y alarmante escasez de terrenos en venta por valores inferiores a los \$ 150.000, valor máximo permitido por el programa PRO.CRE.AR. De un relevamiento realizado en las inmobiliarias de nuestra ciudad advertimos que el valor más bajo hallado de un terreno ubicado en el ejido urbano era de \$ 300.000, al mes de julio de 2014, terreno que obviamente se hallaba ubicado en una zona alejada del centro. En cuanto a valores máximos, no estamos en condiciones de mencionar un tope, ya que encontramos terrenos en venta a valores extremadamente altos, con fundamento en la posibilidad de edificación.

De lo expuesto surge claramente los obstáculos que deben enfrentar los beneficiarios de los créditos PRO.CRE.AR. En la página web de Anses se encuentran publicados los resultados de los sorteos del programa efectuados hasta la fecha, nueve en total, siendo el primero de fecha 20 de julio de 2012 y el último de fecha 10 de junio de 2014. Los resultados son los siguientes: 1º sorteo (20-7-2012): 21.968 familias participantes y 11.659 sorteadas; 2º sorteo (24-8-2012): 25.572 familias participantes y 13.813 sorteadas; 3º sorteo (21-9-2012): 17.809 familias participantes y 9.463 sorteadas; 4º sorteo y repechaje (26-10-2012): 42.304 participantes y 24.251 sorteadas, segundo repechaje (25-1-2013): 18.053 familias sorteadas y 9.358 sorteadas; 5º sorteo (22-3-

¹⁵ Ver <http://archivo.losandes.com.ar/notas/2013/11/3/demanda-plan-procrear-hace-subir-precios-lotes-748069.asp>.

¹⁶ *Hay pocos terrenos y viviendas para beneficiarios del PRO.CRE.AR*, en www.elitoral.com/index.php/diarios/2013/11/10.../AREA-01.html.

2013): 36.444 familias participantes y 19.001 sorteadas; 6° sorteo y repechaje (26-4-2013): 52.655 familias participantes y 28.072 sorteadas, línea construcción: 38.593 inscriptos y 20.770 sorteados, línea ampliación-terminación/refacción: 14.062 y 7.302 sorteados; 7° sorteo (19-7-2014): 70.588 familias participantes y 35.833 sorteadas, línea construcción: 38.303 inscriptos y 20.062 sorteados, línea ampliación-terminación/refacción: 32.285 inscriptos y 15.771 sorteados; 8° sorteo y repechaje (22-10-2013): 364.868 familias participantes y 158.176 sorteadas, línea construcción: 93.280 inscriptos y 41.979 sorteados, líneas ampliación-terminación/refacción: 76.891 inscriptos y 36.196 sorteados, línea compra de vivienda a estrenar: 84.509 inscriptos y 20.000 sorteados, línea compra de terreno y construcción: 110.158 inscriptos y 60.001 sorteados; 9° sorteo y repechaje (10-6-2014): 235.057 familias participantes y 137.925 sorteadas, línea construcción: 130.746 inscriptas y 73.998 sorteadas, línea ampliación-terminación/refacción: 104.311 inscriptos y 63.927 sorteados¹⁷.

Los datos mencionados nos muestran claramente que cada vez son más las familias de clase media interesadas en acceder a estas líneas de créditos. Basta con comparar el primer sorteo con los dos últimos para corroborar que la cantidad de participantes se ha multiplicado notablemente.

Una mención especial requiere la línea de crédito para vivienda a estrenar, la cual tuvo un debut y pronta despedida. Consideramos que ello se debió a la imposibilidad de los beneficiarios de reunir las condiciones requeridas en el mercado inmobiliario. Al respecto nos informaron en el Banco Hipotecario SA¹⁸ que la línea de crédito para vivienda a estrenar se encuentra suspendida y que desconocen los motivos, tampoco saben si será reinstalada en el futuro.

Por otra parte, muy distante de la realidad que persigue el plan de créditos argentinos del bicentenario, se encuentra la realidad que padece el sistema financiero respecto de los créditos hipotecarios. Esta situación se puede evidenciar observando dos indicadores a los que pudimos acceder gracias a un informe semanal realizado

¹⁷ Ver www.anses.gov.ar.

¹⁸ Trabajo de campo realizado en el marco de proyecto de investigación.

por el Centro de Investigación Sociales y Económicas de la Fundación Libertad¹⁹; por un lado se realiza una comparación del crédito hipotecario con referencia a su participación en el total de préstamos del sector financiero del país, y por otro lado se lo compara a nivel regional y mundial teniendo en cuenta su relación con el producto bruto interno del país.

En cuanto a su relación sobre el total de préstamos en el sector financiero, lo primero que sugiere el informe es que “a pesar del plan habitacional (PRO.CRE.AR), el total de créditos hipotecarios se encuentra estancado en términos nominales desde diciembre de 2013”, encontrándose en este amesetamiento debido a múltiples variables, entre los que se mencionan un fuerte aumento en la tasa de interés, la pérdida del poder adquisitivo de los salarios debido a la inflación, y un estancamiento de la economía real. Concretamente en lo que va del 2014 los créditos hipotecarios junto con los prendarios muestran una menor variación con respecto al 2013, 2,2% y 1,6% respectivamente, en relación con los créditos personales 4,5% y los adelantos 17,3%. Por último, en este punto es necesario destacar que en los últimos 10 años los créditos hipotecarios pasaron del 38% sobre el total, al 9%, es decir de cada 100 pesos que se vuelcan al sistema financiero, sólo 9 están destinados a créditos hipotecarios.

Comparado con otros países de la región y del mundo se observa que Argentina tiene uno de los peores ratios del mundo, siendo del 1,3% del producto bruto interno (PBI), muy por detrás del promedio de los países de la zona euro donde el porcentaje se ubica alrededor del 46,9%, incluso comparado con economías vecinas como la de Brasil donde el índice es de 4,1%, o Chile donde los valores rondan alrededor del 17% del producto bruto interno del vecino país²⁰.

Es por esta situación que el titular de la Cámara Inmobiliaria local (Cadeiros), Carlos Rovitti, consideró que PRO.CRE.AR tuvo impacto positivo, aunque limitado, en el mercado inmobiliario local. Sostuvo que “Ayudó mucho a crear movimiento en el mercado, en particular

¹⁹ Trabajo de campo realizado en el marco de proyecto de investigación y confr. en www.lanacion.com.ar/politica/argentinaendefault.

²⁰ Fuente: Departamento de Estudios en base a ABECIP, BCRA, Cámara de Comercio de Lima y IERAL, 2011, www.lanacion.com.ar/economia, 18-7-2012.

en las zonas cercanas a Rosario como Villa Gobernador Gálvez, Funes y Roldán porque en la ciudad hay pocos terrenos y a valores poco accesibles”. E hizo una comparación para respaldar su afirmación: “En el primer semestre de 2013 de cada cien operaciones inmobiliarias, 9 eran terrenos. En el primer semestre de este año, los terrenos treparon a 28 de cada cien operaciones”. Sin embargo, Rovitti aclaró que PRO.CRE.AR es “sólo un paliativo” y recordó que unas 270 mil personas alquilan hoy en la ciudad, con lo que el problema está lejos de resolverse²¹.

7. Conclusión

Abordar en profundidad la problemática del acceso a la vivienda adecuada por parte de los sectores más vulnerables conlleva, en primer lugar, a afirmar que el derecho a la vivienda digna constituye actualmente un derecho social de rango constitucional (art. 75, inc. 22).

Sin embargo, no ha sido fácil el trayecto para definir el significado de derecho social, como entidad jurídica. Podemos concluir²² que el derecho social a la vivienda es el conjunto de principios, normas y herramientas de política pública que permite acceder a los bienes necesarios para gozar de unas condiciones de vida dignas a la población en general, siendo obligación del Estado proveer los bienes necesarios para ello, contando con las debidas garantías procesales para su eficaz protección, bajo los principios de legalidad, de igualdad estructural de oportunidades y de razonabilidad.

Ligada a esta reflexión emerge la cuestión de la operatividad de los derechos sociales y las garantías procesales, que en Argentina posee estatus jurídico constitucional desde la Reforma de 1994, lo que produjo que los derechos sociales escapen, excedan al ámbito de la política,

²¹ Diario *La Capital* de Rosario en la nota bajo el título *El camino hacia la casa propia con el plan PRO.CRE.AR*, 17-8-2014, Sección Economía, www.lacapital.com.ar/contenidos/2014/08/17/noticia_0002.html.

²² ANTIK, A., *Operatividad de los derechos sociales en materia de vivienda*. Conferencia dictada en el IV Congreso Internacional de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Perspectivas y retos de la Administración después de los años de crisis, Università LUM Jean Monnet, Facoltà di Giurisprudenza, Casamassima (Italia), 7 y 8 de mayo de 2014.

para pasar a ser custodiados por los jueces, que pueden declarar la no efectividad de una norma y su inconstitucionalidad al caso concreto.

De la mano de su jerarquía constitucional, no es posible dejar a un lado los datos oficiales que informan y emanan de los Gobiernos, lo que pone de relieve la singular importancia de la información a la cual se accede, que cuando es escasa, imprecisa, errónea, compromete una apropiada planificación y ejecución de políticas públicas en materia de vivienda; entendiendo como tales a aquellas acciones de gobierno que tienen por objeto inmediato el abastecimiento de necesidades, demandas sociales, mediante la utilización de recursos.

De esta forma, la regulación legal puede tener también un efecto beneficioso al reducir el vacío de información en el mercado. Si no existen normas de construcción previamente definidas, los urbanizadores pueden aprovecharse de los compradores inexpertos y cobrarles en exceso por una vivienda que es insegura, o podrían venderles un terreno en una nueva urbanización que no proporciona servicios adecuados, como ocurre con frecuencia²³.

En este sentido cabe remarcar que el mencionado Proyecto de ley de Suelo y Hábitat de la Provincia de Santa Fe tiene como objetivo promover el derecho constitucional al hábitat y la vivienda digna –en concordancia con el artículo 15 de la Constitución provincial– que establece la función social de la propiedad privada, a fin de facilitar a la población en general el acceso a la tierra urbanizada. Las herramientas que contempla dicha normativa permitirán a los municipios que adhieran a dicha ley hacerse de suelo y destinarlo a una política habitacional. Cada vez que se habilite un nuevo emprendimiento de desarrollo urbano de gran escala y/o habilitación de un nuevo suelo urbano en parcelas mayores a 10.000 m², será obligatoria la cesión gratuita a favor de los gobiernos locales que adhieran a dicha ley, de como mínimo un 10% de la superficie, la cual podrá compensarse en suelo, infraestructura o el valor equivalente en otra localización, y para uso exclusivo destinado a urbanizaciones de interés social.

Por otro lado, es preciso considerar una cuestión de carácter

²³ BIDERMAN, C.; SMOLKA, M. y SANT'ANNA, A., *Informalidad de la vivienda urbana: ¿Influyen en ella la regulación de la construcción y del uso del suelo?*, en Revista del Lincoln Institute of Land Policy, 2009.

sociocultural, al menos en el caso concreto de Argentina respecto del derecho a una vivienda digna, dado que aquí es percibido y analizado como derecho a la propiedad de la misma, es decir, con carácter de erigirse al beneficiario en propietario del inmueble, lo cual no ha sido pensado en igual sentido en otras partes del mundo, ya que lo que supone el derecho en análisis es, precisamente, otorgar respuesta estatal a la demanda habitacional de considerable extensión temporal. Tal es así que el Código Civil y Comercial, recientemente sancionado, plantea en su artículo 1197 la posibilidad de regular un plazo máximo de 20 años sobre aquellos inmuebles dados en locación con destino de vivienda. Pensar en un contrato de locación con una duración de 20 años implica (al margen de los porcentajes de aumento y previsión de procesos inflacionarios) brindar una solución a largo plazo²⁴. Máxime, considerando la realidad de nuestra ciudad, en la que unas 270.000 personas alquilan, según informa el titular de la Cámara Inmobiliaria local (Cadeiros), Carlos Rovitti al diario *La Capital*²⁵.

Asimismo, otra forma de intervención del Estado en el ámbito inmobiliario es establecer límites a los alquileres, para fomentar líneas de crédito con destino de vivienda. Ejemplo de ello es el caso de Reino Unido, que para alentar los créditos hipotecarios produjo, mediante regulación normativa, que el canon de un alquiler sea más oneroso que un crédito hipotecario.

Empero, los principales retos que tuviéramos que abordar de cara al futuro, comprenderían la coordinación y ejecución armónica de políticas públicas habitacionales que logren aglutinar cuestiones como registración laboral suficiente, si como contrapartida se exige como requisito de ingreso a los distintos programas de acceso a la vivienda poder acreditar poseer trabajo.

²⁴ Confr. ANTIK, A., *Mecanismos de acceso a la vivienda en América Latina. Algunos casos*, conferencia dictada en el II Congreso Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Globalización, Equidad, Inclusión Social, Medio Ambiente y Derecho Administrativo, Santa Fe, 21 al 23 de mayo de 2012.

²⁵ Diario *La Capital* de Rosario en la nota bajo el título *El camino hacia la casa propia con el plan PRO.CRE.AR*, 17-8-2014, Sección Economía, www.lacapital.com.ar/contenidos/2014/08/17/noticia_0002.html.

Una realidad que no se puede soslayar, es que el Estado ha sido promotor del trabajo informal y no registrado, si analizamos institutos como la pasantía laboral, regulada por ley nacional 26.427, en lo que refiere a pasantías educativas, y otras pasantías, que incluso se desempeñan en diversas reparticiones del Estado. Si una persona obtiene parte de sus ingresos como resultado de una pasantía, con deficiente o nula registración laboral, cuántas posibilidades tiene hoy de demostrar este ingreso como condición de ingreso a un plan habitacional o de obtener líneas de crédito con una baja tasa de interés o de ser locatario en el marco de un contrato de locación con destino de vivienda, bajo las actuales condiciones de mercado.

Concomitantemente, no es menos cierto que la posibilidad de obtener líneas crediticias o resultar adjudicatarios de planes de vivienda guardan una estrecha relación con el aspecto inflacionario en los países en desarrollo, dado que una vez otorgado el crédito o la subvención para construir, ésta se consume rápidamente con los brotes de inflación o depreciación monetaria, y en la mayoría de los casos esto se traduce en la imposibilidad de finalizar con la construcción de una vivienda o de pagar el crédito en debido tiempo, lo que nos coloca en la obligación de esbozar un modo de concordar el hecho de otorgar un crédito y el modo de restituirlo en circunstancias de inflación. Es en este punto donde el Estado debe desenvolver su papel intervencionista con el fin de resguardar a los particulares procurando el menor perjuicio posible respecto de ellos en el momento de pago de las tasas de interés, evitando que los únicos beneficiados de estas situaciones sean las instituciones crediticias o grupos de inversores privados.

A lo largo de los planteamientos realizados, se deduce que la actuación del Estado, en sus distintos niveles, al día de la fecha, ha resultado escasa, insuficiente, carente de soluciones a grandes grupos sociales en materia de vivienda social.

Debería repensarse, si lo que se intenta alentar en la población es la expectativa de lograr ser propietario de una vivienda, o si por el contrario resguarda mayores valores de solidaridad y justicia social el hecho de fomentar la tenencia de una vivienda a largo plazo, con regímenes jurídicos creados al efecto, sin considerar la propiedad dominial de la misma.

8. Bibliografía

- AMERISO, Claudia, *El municipio del siglo XXI*, en *Revista UNR Ambiental*, N° 179, Rosario, 2012.
- ANTIK, Analía, *Mecanismos de acceso a la vivienda en América Latina. Algunos casos*, II Congreso de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Globalización, Equidad, Inclusión Social, Medio Ambiente y Derecho Administrativo, Santa Fe, 21 al 23 de mayo de 2012.
- *Operatividad de los derechos sociales en materia de vivienda*, en IV Congreso Internacional de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Perspectivas y retos de la Administración después de los años de crisis, Università LUM Jean Monnet, Facoltà di Giurisprudenza, Casamassima, Italia, 7 y 8 de mayo de 2014.
- *Regulación del mercado de suelo. Competencia municipal, supranacional e incertidumbre global*, en III Congreso de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, *Nuevos escenarios y reforma de la Administración Local*, A Coruña, España, 29 y 30 de abril de 2013.
- ANTIK, Analía; NICOLAU, Noemí; TALLER, Adriana y TRIVISONNO, Julieta, *Políticas públicas, vivienda e instrumentos jurídicos*. Breve análisis de los instrumentos jurídicos que pueden emplearse en las políticas públicas destinadas a fomentar el acceso a la vivienda de la población de menores recursos, Imprenta de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2013.
- BIDERMAN, Ciro; SMOLKA, Martim O. y SANT'ANNA, Anna, *Informalidad de la vivienda urbana: ¿Influyen en ella la regulación de la construcción y del uso del suelo?*, en *Revista del Lincoln Institute of Land Policy*, Boston, 2009.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, ts. I y II.
- PARK, Robert, *La ciudad y la ecología urbana y otros ensayos*, Serbal, España, 1999.
- TALLER, Adriana y ANTIK, Analía, *Curso de Derecho Urbanístico*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2011.
- *Diez años de urbanismo*, en *Revista de Derecho Público*, N° 2013-1, *Número especial 10º aniversario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013.
- *Urbanismo, calidad de vida y derecho*, en *Colección Zeus-Doctrina*, *Revista* N° 16, t. 111, del 21-12-2009.

LA GOBERNANZA DEL ÁRTICO FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO

por ADRIANA B. TRIPELLI*

SUMARIO: I. Introducción. II. El Ártico y su gobernanza. III. Respuestas para la gobernanza del Ártico desde el DIP frente al cambio climático. IV. Reflexiones finales.

Resumen

Como consecuencia del cambio climático la gobernanza del Ártico está sufriendo importantes modificaciones. En general, es una región cubierta en forma permanente por “permafrost”, habiéndose verificado que por debajo de su superficie hay mar congelado. Debido al cambio climático, el Ártico está sufriendo un proceso acelerado de deshielo y un aumento de las temperaturas, impacto ambiental que inevitablemente modifica su otrora paisaje desértico y congelado, por uno prometedor para desarrollar nuevas actividades económicas de elevado riesgo ambiental que alterarán su ecosistema (exploraciones petroleras, gasíferas, mineras, etc.). En este artículo se analizan las nuevas respuestas que desde el Derecho Internacional Público, los ocho Estados árticos (Canadá, Estados Unidos, Dinamarca por Groenlandia, Noruega, Rusia, Finlandia, Islandia y Suecia) están diseñando para responder a las importantes modificaciones que la región está sufriendo por el cambio climático.

* Abogada, Mag. y Dra. en Derecho, Prof. Asociada de Derecho Internacional Público y de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la UNR, docente de posgrado en Derecho Ambiental.

Abstract

As a result of climate change, the Arctic governance is undergoing major changes. Overall, it is a region covered by a permanent “permafrost”. It has been checked that below the surface there is a frozen sea. Due to climate change, the Arctic is undergoing an accelerated process of melting and temperature increase, environmental impact that inevitably modifies its once frozen and desert landscape, for another one promising to develop new economic activities with high environmental risk that will alter the ecosystem (oil exploration, gas, mining, etc.). In this paper we analyse the new responses of the Public International Law and the eight Arctic states (Canada, USA, Denmark Greenland, Norway, Russia, Finland, Iceland and Sweden), designed to address the important changes that the region is suffering due to climate change.

Palabras clave

Cambio climático. Estados árticos. Derecho Internacional Público.

Keywords

Climate change. Arctic States. Public International Law.

I. Introducción

Como consecuencia del cambio climático, la gobernanza del Ártico¹ está sufriendo importantes modificaciones.

¹ El nombre “Ártico” proviene del griego *Arktos*, que significa “oso”. La palabra *Arktos* se utilizaba en Grecia astronómicamente para denominar a la región del Norte donde el sol no se pone durante el verano. No obstante, también es cierto que en el Ártico, a diferencia de la Antártida (“no Ártico”), existen osos polares. Suele delimitarse el inicio del Ártico en su superficie terrestre con la frontera de vegetación arbórea (*treeline*), mientras que en la parte oceánica, se considera que su inicio se da con el encuentro de las aguas árticas de baja salinidad con las del Océano Atlántico y del Pacífico. No obstante, suele referirse a la región del Ártico como aquella cuyo límite se halla rodeando los 66° 32’ 51’’ de latitud norte, línea conocida como Círculo Polar. COLACRAI DE TREVISAN, Miryam, *El Ártico y la Antártida*, CERIR-CECAR, Rosario, 2000, p. 10.

Recordemos que el Ártico, genéricamente, es una región que comprende todas las áreas del extremo norte de nuestro planeta, es decir el territorio que se encuentra alrededor del Polo Norte (suelo y aguas en su mayor parte congeladas). Su superficie terrestre es de alrededor de 12.5 millones de km² y cerca de 15 millones de km² corresponden al Océano Ártico. Suele afirmarse que el Ártico es un mar rodeado de islas y bordes continentales pertenecientes al extremo norte circumpolar de Europa, Canadá, Estados Unidos, Rusia y grandes islas y archipiélagos como Groenlandia y Spitzberg. En general, es una región que se encuentra cubierta en forma permanente por “permafrost”, suelo continuamente congelado constituido por una espesa capa de hielo que cubre gran parte de su superficie, habiéndose verificado que por debajo de la misma no hay masa continental, sino mar congelado.

El Ártico, a diferencia de la Antártida (Polo Sur), no es un continente, sino que es una región del planeta donde confluyen territorios de distintos Estados soberanos y territorios que no se encuentran bajo jurisdicción de Estado alguno, aplicándose por ende en la zona los principios y sistemas internacionales estructurales del Derecho Internacional Público (DIP): en su superficie terrestre, los Estados que la detentan –Canadá, Estados Unidos, Dinamarca por Groenlandia, Noruega, Rusia, Finlandia, Islandia y Suecia, conocidos como los Estados circumpolares– ejercen soberanía sobre el territorio ártico que se encuentra dentro de sus límites políticos, mientras que en su superficie oceánica, los ocho Estados árticos ejercen mayor o menor nivel de soberanía según la delimitación de sus espacios marítimos en base a la Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar de 1982 (también conocida como Convención de Montego Bay)². A su vez, parte de la superficie oceánica constituye “alta mar” y “fondos oceánicos”, es decir, territorios que no se encuentran bajo jurisdicción de ningún Estado y cuyo uso y explotación se encuentran exclusivamente regulados por el DIP a través de la Convención de Montego Bay.

En suma, y en teoría, el régimen jurídico aplicable en el Ártico no

² Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982), en TRAVIESO, Juan Antonio, *Código de Derecho Internacional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 571.

se diferencia del tratamiento que da el Derecho Internacional a cualquier espacio terrestre, marino y aéreo suprayacente bajo soberanía territorial, quedando sometido al régimen general de competencias soberanas del Estado. Sin embargo, el conflicto se presenta por el incremento de reclamos y disputas territoriales por sus recursos, acrecentados por el proceso de deshielo producido por el cambio climático y los desarrollos tecnológicos hoy disponibles para aprovecharlos.

El Ártico se ha caracterizado por ser un ambiente desértico congelado con un clima no tan severo, donde, y a diferencia de la Antártida, la biodiversidad y la habitación humana son posibles, motivo por el cual también lo son las actividades económicas (pesca y caza de fauna autóctona polar en épocas más primitivas, a las que se le fueron sumando gradualmente, y con motivo del desarrollo tecnológico, actividades de explotación de hidrocarburos y de minas de carbón, nuevas rutas marítimas surcadas por buques que contienen petróleo y sustancias peligrosas y cruceros turísticos, etc.). Cabe recordar también que a diferencia de la Antártida, el Ártico fue escenario de la Guerra Fría, donde se desarrollaron ensayos nucleares y se instalaron alrededor de 700 bases militares en Alaska, hoy abandonadas, verdaderos pasivos ambientales con alto grado de residuos peligrosos como el PCB, sitios aún no remediados. Todas estas actividades impactaron y aún hoy impactan negativamente en el ambiente ártico con mayor intensidad debido a la vulnerabilidad de su ecosistema.

A su vez, y como consecuencia del cambio climático, se ha verificado en el Ártico un proceso acelerado de deshielo y un aumento de las temperaturas, impacto ambiental que inevitablemente modifica el otrora paisaje desértico y congelado, por uno que hoy se presenta prometedor para potenciar las actividades económicas que se vienen desarrollando en la región y proyectar otras nuevas, en su mayoría, de elevado riesgo ambiental, las que indudablemente alterarán significativamente su ecosistema.

Importantes estudios científicos demuestran que el Ártico juega un rol importante como indicador del clima mundial y, por ello, se lo concibe como un “observatorio” de los impactos ambientales que el cambio climático provoca en el planeta. Por ejemplo, se ha observado que la temperatura media del Ártico aumenta más rápidamente que

en el resto de la Tierra³; que la capa de hielo que cubre el Océano Ártico disminuye rápidamente, tanto en extensión como en espesor, a punto tal que en el año 2012 el volumen de hielo durante el verano fue el más bajo desde que se lo comenzó a medir en 1979; que su ecosistema también se ve afectado, pues al transformarse la región en una más accesible, se proyectan actividades económicas que probablemente faciliten nuevas oportunidades para su crecimiento económico (¿desarrollo?), como, por ejemplo, el incremento de su potencial turístico, la presencia de nuevas rutas de navegación y de nuevas exploraciones petroleras, gasíferas, mineras, etcétera.

La finalidad del presente artículo es analizar las nuevas respuestas que, desde el DIP, los ocho Estados árticos están diseñando para responder a las importantes modificaciones que la región está sufriendo por el cambio climático a través del Consejo Ártico.

Inicialmente desarrollaremos la evolución histórica de su gobernanza⁴ diseñada por los ocho Estados árticos a través del Consejo, organismo intergubernamental. Posteriormente, revisaremos la nueva labor que el Consejo viene desarrollando a fin de dar respuestas a los desafíos que el cambio climático provoca en la región. A partir de los nuevos estudios y evaluaciones científicas, el Consejo parece orientarse hacia una nueva forma de gobernanza, promoviendo la generación de normas vinculantes para gestionar la región y proteger su ambiente. En efecto, la reciente labor del Consejo frente al cambio climático denota que el mismo se encuentra en pleno proceso de transformación, tendiendo a convertirse en un cuerpo legislativo y ejecutivo que puede generar normas vinculantes a través de la firma de tratados internacionales, alejándose así, y progresivamente, de su impronta inicial de promoción de la cooperación internacional entre los ocho Estados árticos mediante normas de *soft law*⁵.

³ *Arctic Climate Impact Assessment (ACIA), Synthesis Report. Impacts of a Warming Arctic*, en www.acia.uaf.edu.

⁴ Entendemos por “gobernanza” a los organismos, instrumentos normativos y mecanismos internacionales que regulan a la región del Ártico.

⁵ Inicialmente, el Consejo Ártico desarrollaba su labor a través de un cuerpo asesor que sólo proponía normas de *soft law* o de Derecho blando, es decir, normas no vinculantes.

En suma, y con este artículo, intentaremos reflexionar sobre el rol que el DIP, con sus herramientas, puede jugar a fin de brindar una respuesta a las nuevas transformaciones y desafíos que el cambio climático está provocando en la región.

II. El Ártico y su gobernanza

Históricamente, la gobernanza en el Ártico puede dividirse en tres grandes etapas, cada una de ellas con características propias que responden a los esquemas de las relaciones internacionales de la época: a) la etapa del bipolarismo con la impronta del bilateralismo y la militarización del Ártico; b) los inicios de la globalización, con la incorporación de temáticas ambientales, de desarrollo y de respeto de los derechos de los pueblos originarios y con la creación de un organismo intergubernamental, el Consejo Ártico, que promovía normas de *soft law*, y c) finalmente, la etapa en curso, donde como consecuencia del cambio climático y el posible desarrollo de nuevas y mayores actividades económicas en la región, surge una nueva versión de gobernanza del Consejo a través del impulso de normas de *hard law*.

En efecto, durante la Guerra Fría, la relación entre los Estados árticos se caracterizó por el bilateralismo. Si bien es cierto que los Estados árticos en general firmaron acuerdos globales sobre temáticas específicas, ninguno de ellos tenía como objeto la protección del ambiente ártico ni la regulación de las actividades propias de la región⁶. Según Colacrai: “A medida que se fueron incrementando las actividades

⁶ En efecto, todos o algunos de los Estados árticos firmaron tratados multilaterales, a saber: el de la Comisión Ballenera Internacional de 1946, el Convenio MARPOL de 1973 y su Protocolo de 1978, el Acuerdo para la Cooperación Multilateral sobre las Pesquerías del Atlántico Noroccidental de 1978, la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985 y su Protocolo de Montreal de 1987, el Convenio contra la Contaminación por Hidrocarburos de 1990 y el Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992. Estos tratados multilaterales constituían un apoyo fundamental para la “seguridad” del Ártico, y en esta área, específicamente, observamos también que los Estados árticos formaban parte de la Organización del Tratado del Atlántico Norte de 1949 (OTAN), con exclusión de la Unión Soviética, organización que facilitaba los ejercicios militares en la región, más específicamente en territorio ártico de Estados Unidos, Canadá y Groenlandia.

económicas y el comercio en la región ártica, se produjeron diversos acercamientos a nivel bilateral para regular actividades en otras áreas, en particular relativas a cuestiones ambientales e intercambios científicos. En este último aspecto, conviene remarcar que las actividades científicas en el Ártico tuvieron, hasta fechas muy recientes, un carácter ‘nacional’ y la colaboración entre las partes constituyó algo marginal y excepcional. Esto puede encontrar explicación en el hecho que las investigaciones realizadas y sus resultados, constituían un apoyo fundamental para la ‘seguridad’ de la región”⁷.

Con el inicio del fin de la Guerra Fría, durante los ’80, comenzó a construirse un nuevo esquema entre los Estados árticos que propiciaba la negociación de acuerdos multilaterales, siempre bajo un régimen de *soft law*. Así, por ejemplo, la Iniciativa de Mourmansk de 1987 (o iniciativa de Gorbachov), por la que se promovieron negociaciones entre el Este y el Oeste para disminuir la confrontación en la zona, mediante la disminución de actividades militares a fin de crear un marco de confianza que posibilitara la aplicación de medidas de seguridad en la navegación, o la propuesta de crear una zona nórdica libre de armamento nuclear para instalar la necesidad de una cooperación en materia de protección ambiental, o el intercambio de información científica y la posibilidad de crear un órgano conjunto para investigar el Ártico, incluyendo la perspectiva de los pueblos originarios⁸. Propuestas semejantes fueron también presentadas por Finlandia⁹, Dinamarca (por Groenlandia)¹⁰, y por actores no gubernamentales, como el pueblo de los Inuit que en 1977 propuso la creación de la

⁷ COLACRAI DE TREVISAN, ob. cit., p. 79.

⁸ Podemos mencionar también la propuesta de Canadá de 1985 para crear un Comité Especial Mixto del Senado Canadiense y de la Cámara de los Comunes para intervenir en las relaciones internacionales canadienses frente al Ártico, con la finalidad de financiar un programa de intercambio con la URSS, promover mayores relaciones con Groenlandia y elaborar un programa para facilitar la firma de acuerdos de colaboración entre los Estados árticos para desmilitarizar la región.

⁹ En 1987 el Instituto Finlandés de Relaciones Internacionales realizó un seminario en Helsinki para tratar la seguridad en el Ártico, según la propuesta previa canadiense.

¹⁰ Groenlandia también presentó iniciativas, como, por ejemplo, el reconocimiento del Ártico como una “región distinta y unificada”, con un régimen global que incluyera a las poblaciones originarias para lograr el desarrollo en la región.

Conferencia Circumpolar Ártica para defender los derechos de los pueblos originarios árticos, subdesarrollados y sometidos a condiciones de vulnerabilidad. Esta organización incluso proclamó la necesidad de proteger el Ártico en forma urgente bajo el lema *The Arctic. Our Common Responsibility*. La temática ambiental ártica también favoreció la necesidad de fomentar la cooperación entre los Estados árticos, elaborándose por ejemplo en 1991 la Estrategia de Protección del Medio Ambiente Ártico (AEPS)¹¹.

Fue recién con el fin de la Guerra Fría, y el inicio de la globalización en los '90, que los Estados árticos promovieron un nuevo régimen en pro de un multilateralismo de cooperación, con carácter cuasigubernamental, tendiente a la organización institucional de la región. Nace en esta etapa el Consejo Ártico en diciembre de 1996, y con él un nuevo proceso de cooperación. El primer ministro canadiense, Mulroney, en 1989, en una conferencia que dio en el Instituto del Ártico y el Antártico en Leningrado, refirió a la necesidad de constituir un Consejo para los Estados del Ártico con fines de colaboración. Luego de una serie de avances y retrocesos¹², en 1995 se realizó en Ottawa una reunión cumbre entre el primer ministro canadiense, Chrétien, y el presidente de Estados Unidos, Clinton, cuyo fruto principal fue la posterior celebración de un acuerdo entre los Estados árticos en diciembre de 1996 en Ottawa, por el cual se creó el Consejo Ártico, foro regional de alto nivel para fomentar la cooperación entre estos Estados a través de un sistema de consultas intergubernamentales y la adopción de medidas por consenso, siempre bajo el formato del *soft law*.

El Consejo Ártico fue concebido como un organismo intergubernamental, de nivel ministerial, que contaba con una estructura mínima para las actividades administrativas y el intercambio de información. Sus objetivos se enmarcaban en el paradigma de la protección internacional del ambiente, el desarrollo sostenible, abordando temas relacionados con los recursos naturales, los derechos de las poblaciones

¹¹ Nótese que en 1991, se firmó también el Protocolo de Madrid o Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente.

¹² Por ejemplo el Informe Marco para el Establecimiento de un Consejo Internacional del Ártico de 1990.

originarias y la protección ambiental de la región a través del intercambio de información y la educación ambiental¹³. El Consejo actuaba como un organismo de coordinación, y en este marco promovió la “Estrategia Ambiental Ártica” y una serie de programas de monitoreo¹⁴.

Durante esta etapa, solía criticarse al Consejo por su constitución interministerial –que lo sometía a la diplomacia interestatal–, y a la Declaración de Ottawa del ’96 por su notoria impronta de *soft law*. En efecto, la Declaración contiene un menú escaso de simples compromisos que en la práctica no se tradujeron en acciones concretas eficaces. Sin embargo, no puede negarse que la Declaración y el Consejo sentaron las bases para entender al Ártico desde una concepción circumpolar y regional. Por otra parte, se modificó la visión sobre el Ártico, en tanto comenzó a ser definido como una “región distinta” que por sus características y factores (ecosistemas, demografía, seguridad, comunicaciones, actividades económicas, etc.) requería para su gobernanza un régimen con obligaciones específicas, de *hard law*. No puede tampoco negarse que el nuevo camino trazado se vio influenciado por los avances tecnológicos que, junto a un nuevo esquema de cooperación circumpolar, posibilitaron la realización de estudios científicos de distinta índole, entre ellos la evaluación del impacto ambiental en la zona con motivo del cambio climático.

En la actualidad, la gobernanza en el Ártico es muy compleja. En efecto, tres de los ocho Estados árticos –Canadá, Estados Unidos y Rusia– ejercen ciertos poderes a nivel federal y también sobre sus entes subnacionales, como por ejemplo Nunavut (Canadá)¹⁵ y Alaska (Estados Unidos). Por otra parte, si bien la Unión Europea no es un Estado soberano, su estructura y funcionamiento se asemeja bastante al de un Estado federal, y Finlandia, Suecia y Dinamarca son miembros

¹³ Ver www.arctic-council.org.

¹⁴ Cabe resaltar que por el lobby estadounidense, la temática de la desmilitarización no fue incluida dentro de su agenda.

¹⁵ Nunavut es un territorio autónomo que se separó de Canadá en 1999 e incluye gran parte de las Islas Árticas (Ellesmere, Baffin, Devon, Southampton y la mitad oriental de Victoria y de Melville sobre la costa central de Canadá en el Océano Ártico y sobre las islas de la Bahía Hudson). Su autonomía fue un anhelo del pueblo Inuit.

de la misma, de manera que algunas decisiones que se tomen a nivel de la Unión y que puedan versar sobre temáticas relacionadas con el Ártico (protección del ambiente, por ejemplo) también influyen en la zona¹⁶.

El Consejo Ártico está constituido por Estados miembros (los ocho Estados árticos). También ha admitido como Observadores a doce Estados¹⁷, nueve organismos intergubernamentales¹⁸ y once ONG¹⁹.

El Consejo cuenta también con Participantes Permanentes, que son los pueblos originarios que tienen derechos de consulta plena en el marco de las negociaciones y las decisiones del Consejo. Sobre cuatro millones de habitantes de la región, alrededor de quinientos mil pertenecen a pueblos originarios²⁰. Según el mecanismo establecido, los Estados miembros deben consultar a los Participantes Permanentes antes de arribar a un acuerdo por consenso, regla que posibilita una

¹⁶ Dinamarca es un Estado ártico ya que parte de su territorio son islas situadas en el Ártico, hoy regiones autónomas del gobierno central. Tal es el caso, por ejemplo, de las islas Faroe, pequeño archipiélago situado en el Atlántico Norte (entre Escocia, Noruega e Islandia), y de Groenlandia, isla situada entre el Océano Atlántico y el Océano Ártico, también región autónoma de Dinamarca. Su población nativa Inuit recientemente adquirió el estatus de pueblo autodeterminado, profundizando así su autonomía y posibilidad de constituirse en un nuevo Estado (sucesión de Estados).

¹⁷ Francia, Alemania, Países Bajos, Polonia, España, Reino Unido, República Popular China, Italia, Japón, Corea, Singapur e India.

¹⁸ La Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja (IFRC), la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), la *Nordic Environment Finance Corporation* (NEFCO), la Comisión de Mamíferos Marinos del Atlántico Norte (NAMMCO), el Comité Permanente de la Asamblea de Parlamentarios de la Región Ártica (SCARP), la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE-ONU), el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

¹⁹ El Comité Consultivo sobre la Protección del Mar (ACOPS), la Puerta del Ártico Circumpolar, la Asociación Mundial de Pastores Reindeer (AWRH), la *Circumpolar Conservation Union* (CCU), el Comité Científico Internacional del Ártico (IASC), la Asociación Internacional de Ciencias Sociales del Ártico (IASSA), la Unión Internacional para la Salud Circumpolar (IUCH), el Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), el Foro del Norte (NF), la Universidad del Ártico (UArctic) y el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF).

²⁰ El Consejo Ártico Athabaskan, la Asociación Internacional Aleut, el *Gwich'in Council International*, el Consejo Circumpolar Inuit, la Asociación Rusa de Pueblos Indígenas del Norte y el Consejo Saami.

mayor participación de los pueblos originarios durante el proceso de toma de decisiones.

El Consejo se reúne cada seis meses aproximadamente con los representantes de alto nivel de cada uno de los ocho Estados árticos²¹, con los representantes de los Participantes Permanentes y con los Observadores. A su vez, cada dos años se reúne a nivel ministerial (ministros de Relaciones Exteriores o de Medio Ambiente)²², y al final de estas reuniones se redacta una Declaración de carácter no vinculante, en la que se resumen los logros obtenidos durante esa presidencia y se anuncian los objetivos para la siguiente.

Hasta el 2011, la gobernanza en el Ártico funcionó durante quince años a través de un sistema de cooperación internacional con reglas de *soft law* y fue vehiculizada a través de los seis Grupos de Trabajo del Consejo Ártico que centraban su tarea en la protección del ambiente y el logro del desarrollo sostenible²³.

Como consecuencia del cambio climático, el Consejo reforzó recientemente sus funciones. En mayo de 2011, y con motivo de un encuentro ministerial, se decidió establecer una Secretaría Permanente y promover la adopción de instrumentos jurídicos vinculantes: el Acuerdo de Cooperación para la Búsqueda y Rescate Aeronáutico y Marítimo en el Ártico y el Acuerdo de Cooperación sobre Preparación y Lucha contra la Contaminación Petrolera Marina.

III. Respuestas para la gobernanza del Ártico desde el DIP frente al cambio climático

Los primeros trabajos sobre evaluación del impacto ambiental por cambio climático en el Ártico se iniciaron durante la presidencia de Estados Unidos a través del Consejo Ártico y del Comité Internacional

²¹ Denominados SAO: *Senior Arctic Official*.

²² Esta reunión es bianual ya que la presidencia del Consejo, que es rotativa, también lo es.

²³ Los seis Grupos de Trabajo son los siguientes: Programa de Acción de los Contaminantes del Ártico; Vigilancia del Ártico y el Programa de Evaluación; Conservación de la Flora y la Fauna en el Ártico; Prevención, Preparación y Respuesta; Protección del Medio Marino del Ártico, y Grupo de Trabajo de Desarrollo Sostenible y Grupo de Expertos.

de Ciencia Ártica (IASC)²⁴ entre 1998 y 2000, surgiendo así la Evaluación del Impacto Climático en el Ártico (ACIA)²⁵.

Posteriormente, en 2001, en el Informe del IPCC se afirmó que el calentamiento del clima es más intenso en el Ártico y por ello el Consejo Ártico financió un informe del ACIA donde se afirma que el Ártico es una región que facilita la observación temprana de los efectos del cambio climático en el planeta. Además de revelar los altos impactos ambientales del cambio climático en el ambiente ártico, su ecosistema y en las comunidades locales, el ACIA lideró también el cambio de percepción del Ártico como un desierto congelado, inaccesible e inhóspito, donde era prácticamente imposible desarrollar actividades económicas. A partir de la labor del ACIA, el Ártico comenzó a ser considerado como una región en pleno proceso de transformación ambiental, convirtiéndose hoy en una zona dinámica y rica en recursos naturales y con un alto potencial económico, motivo por el cual resulta necesario establecer reglas más estrictas y vinculantes para su gobernanza²⁶. Por tal motivo, el Consejo consideró necesario realizar nuevas evaluaciones con relación a las actividades petroleras, gasíferas y de navegación en la región.

El rol del Consejo en materia científica ha sido muy importante, no sólo porque algunos de los miembros del ACIA eran también miembros del IPCC²⁷, sino también porque su apoyo en las evaluaciones

²⁴ El Comité Internacional de Ciencia Ártica (IASC, por su denominación en inglés) es una ONG que se creó en 1990 para facilitar la cooperación en materia de investigación científica en el Ártico. Hoy cuenta con 19 Estados: Canadá, China, Dinamarca/Groenlandia, Finlandia, Francia, Alemania, Islandia, Italia, Japón, Países Bajos, Noruega, Polonia, Rusia, República de Corea, España, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos y España. Ver www.iasc.info.

²⁵ ACIA es un proyecto internacional del Consejo Ártico y del IASC para evaluar y sintetizar los conocimientos sobre la variabilidad del clima, el cambio climático y el aumento de la radiación ultravioleta y sus consecuencias en el Ártico. Los resultados de la evaluación fueron publicados en 2004 con motivo del Simposio Científico Internacional que se celebró en Reykjavik, Islandia. Ver www.acia.uaf.edu.

²⁶ KOIVURORA, Timo, *Limits and Possibilities of the Arctic Council in a Rapidly Changing Scene of Arctic Governance*, 46 *Polar Rec.*, 2010.

²⁷ Los Informes del IPCC fueron determinantes a la hora de comprender las causas y efectos del cambio climático en el Ártico y los datos del ACIA fueron a su vez utilizados para el 4º Informe del IPCC de 2007.

científicas influenció en la gobernanza del Ártico, ya que los gobiernos de la región comenzaron a elaborar planes de adaptación frente al cambio climático.

En suma, y ante los nuevos desafíos del cambio climático en el Ártico, el Consejo fue gradualmente dando nuevas respuestas superadoras a las tradicionales regulaciones de *soft law* basadas en manuales, normas guías y mejores prácticas ambientales. Si bien algunas de estas normas fueron respetadas en la práctica, el Consejo carecía de poder para revisar su cumplimiento y los Estados árticos percibían a las recomendaciones del Consejo como una intromisión en su soberanía. Tal fue el caso, por ejemplo, del monitoreo realizado por el Grupo de Trabajo de Conservación de la Flora y la Fauna en el Ártico a la Red Circumpolar de Áreas Protegidas²⁸, y lo mismo sucedió con las Guías de Evaluación de Impacto Ambiental. Ambos procesos fueron gradualmente abandonados y reemplazados por el Programa de Áreas Protegidas de la Convención de Biodiversidad de 1992 y las Guías de Evaluación de Impacto Ambiental directamente fueron olvidadas.

El Consejo Ártico comenzó entonces a modificar gradualmente su tradicional rol con las normas de *soft law* para responder al cambio climático. En 2009, mediante una evaluación de la navegación en el Ártico (AMSA)²⁹, el Consejo solicitó a sus miembros que actuaran en forma conjunta para adoptar reglas vinculantes sobre la navegación en el Ártico bajo condiciones polares extremas. La labor jurídica de convertir las reglas de *soft law* del Código Polar de 2009³⁰ en normas de *hard law*, se encuentra hoy en pleno progreso bajo el trabajo conjunto del Consejo con la Organización Marítima Internacional (OMI).

²⁸ KOIVURORA, Timo, *Governance of Protected Areas in the Arctic*, en www.utrechtlawreview.org.

²⁹ *Arctic Marine Shipping Assessment* (AMSA) es un estudio integral sobre la seguridad y la protección del ambiente en el Ártico que se basa en tres grandes líneas de trabajo: mejorar la seguridad de la navegación, proteger a los habitantes y al ambiente ártico y construir una infraestructura marina antártica. Ver www.arctic.gov.

³⁰ La OMI aprobó en el 2009 el Código Polar, una guía para naves en operaciones en aguas polares que invita a los países a adherirse a esta normativa en forma voluntaria a partir del 1-1-2011. Ver www.omi.org.

En la actualidad, la labor del Consejo se centra en la promoción de tratados internacionales vinculantes entre los Estados árticos. Un ejemplo lo observamos con la labor que desarrolla el Consejo para mejorar la seguridad humana y ambiental en la región, que sólo cuenta con infraestructura básica para responder a situaciones de emergencia. En mayo de 2011 se firmó entre los Estados árticos el Acuerdo de Cooperación para la Búsqueda y Rescate Aeronáutico y Marítimo en el Ártico (SAR). Este tratado, que entró en vigor en enero de 2013, coordina la búsqueda y el rescate marítimo y aeronáutico en la región estableciendo como regla general que se realicen sin perjuicio de las fronteras de los Estados árticos. El objeto del tratado es reforzar la coordinación para búsqueda y rescate estableciendo obligaciones vinculantes y responsabilidades para cada uno de los Estados árticos dentro de su propia jurisdicción, mediante procedimientos de cooperación en casos de emergencia. En realidad, este tratado es el primer acuerdo vinculante negociado bajo el paraguas del Consejo.

En la última reunión ministerial del Consejo celebrada en Kiruna (Suecia) en mayo de 2013 y con la nueva presidencia de Canadá, se aprobó también el Acuerdo de Cooperación sobre Preparación y Lucha contra la Contaminación Petrolera Marina³¹, segundo tratado vinculante negociado por el Consejo, y con éste surge un nuevo e importante signo de su creciente gobernanza en la región. El objetivo del acuerdo es fortalecer la cooperación, coordinación y asistencia mutua entre los Estados para proteger el ambiente marino ártico de la contaminación producida por derrames de petróleo.

IV. Reflexiones finales

¿Cuál es el rol que el Derecho Internacional puede jugar frente al impacto ambiental que el cambio climático está provocando en el Ártico?

El DIP puede jugar un rol importante al momento de buscar nuevas respuestas frente al cambio climático. Tal como lo hemos desarrollado en este trabajo, una de las respuestas está dada por el nuevo papel

³¹ *Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution Preparedness and Response in the Arctic*, ver www.arctic-council.org.

protagónico que está asumiendo un organismo intergubernamental como el Consejo Ártico, con su intento de protección del ambiente a través de la promoción de la firma de tratados vinculantes específicos entre los ocho Estados árticos.

En efecto, el Consejo está asumiendo un nuevo liderazgo para promover en los ocho Estados árticos respuestas proactivas de adaptación frente al peligro de riesgos ambientales derivados del cambio climático, riesgos nuevos éstos en la región que debido al proceso de deshielo en la zona, genera un incremento de las actividades económicas. Sin embargo, no podemos dejar de considerar que tanto el cumplimiento del SAR como el del Acuerdo de Cooperación sobre Preparación y Lucha contra la Contaminación Marina Petrolera, si bien fueron negociados bajo los auspicios del Consejo, dependen de la voluntad autónoma de sus Estados partes y de la efectiva coordinación entre ellos³².

Los tratados internacionales con obligaciones vinculantes como el SAR y el Acuerdo de Cooperación sobre Preparación y Lucha contra la Contaminación Marina Petrolera (normas de *hard law*), y un organismo intergubernamental como el Consejo, son utilizados por los Estados para sentar las bases de una cooperación regional con el objetivo de establecer reglas a largo plazo. Ésta es la propuesta que avalan hoy los Estados árticos al respaldar al Consejo como el principal foro de cooperación en la región³³. Si bien el Consejo Ártico no surge de un tratado internacional, su institucionalización fue el fruto de la cooperación gradual de sus miembros e incluso hoy es considerado como un ente de cooperación internacional permanente entre los distintos

³² A modo de ejemplo, basta mencionar que el SAR promueve la cooperación entre los ministros de Defensa de los Estados árticos. No obstante, debemos también tener en consideración que resta aún determinar el rol de la Secretaría Permanente y de los Grupos de Trabajo del Consejo cuando ambos tratados sean efectivamente implementados.

³³ Algunos actores árticos se oponen a profundizar el rol del Consejo, ya que debido a su estructura y funcionamiento actual pueden intervenir en los procesos de toma de decisiones. Por ejemplo, las organizaciones de los pueblos originarios de la región pueden participar activamente en el Consejo como Participantes Permanentes, estatus que comparten con otras ONG, y a pesar de carecer de capacidad jurídica internacional, su estatus actual les permite relacionarse con la Comisión Europea, gobiernos nacionales y entes subnacionales.

actores e interesados en la región. El Consejo fue capaz de combinar su trabajo científico con mecanismos de *soft law* y de *hard law*, mix que facilita su funcionamiento con respuestas multifacéticas frente a los desafíos del cambio climático.

Otra herramienta que ofrece el DIP frente a problemáticas ambientales globales con efectos regionales como el cambio climático es la celebración de un tratado marco que establezca principios básicos de gobernanza para la protección ambiental de una zona vulnerable del planeta –por ejemplo, el Sistema Antártico³⁴–, propuesta que fue puesta a consideración recientemente por el Parlamento Ártico en su reunión de septiembre de 2012³⁵, pero que fue rechazada por considerar que

³⁴ La Antártida es el “sexto continente” o el “continente blanco”. Sus particularidades geográficas y físicas hicieron también que muchos gobiernos y doctrinarios sostuvieran que la misma no era fácticamente susceptible de ocupación territorial efectiva y, por lo tanto, ningún Estado podía pretender su adquisición, cuestión territorial que suscitó situaciones conflictivas. Esta problemática, a medida que fueron creciendo las actividades en el continente, se hizo cada vez más compleja, y por ello se intensificó la participación de un mayor número de Estados, viéndose incluso comprometida la paz en la región. Con motivo del Año Geofísico Internacional (1957-1958) y a fin de preservar la paz, la cooperación y la investigación científica, los conflictos territoriales fueron “congelados” provisoriamente y se firmó el Tratado Antártico en Washington en 1959, el que entró en vigor en 1961. El Tratado Antártico es el tratado madre de lo que hoy se denomina el “Sistema Antártico”, régimen oponible *erga omnes* que facilitó que Estados con distintos niveles de desarrollo y estructuras sociopolíticas pudieran administrar con éxito principios fundamentales en búsqueda del interés de la humanidad. El Tratado Antártico fue inicialmente firmado por doce Estados (Estados partes originarios). Su Preámbulo enuncia sus propósitos y principios: la utilización pacífica de la Antártida, la cooperación internacional y la libertad de investigación científica, cuya vigencia se asegura como ilimitada en el tiempo. Es por ello que el Tratado reconoce “...que es interés de la humanidad que la Antártida continúe utilizándose siempre exclusivamente para fines pacíficos y que no llegue a ser escenario u objeto de discordia internacional”. La protección del ambiente fue siempre uno de los objetivos centrales del Tratado, si bien la cuestión de la protección ambiental no formaba parte de la agenda internacional en 1959. Los primeros intentos de protección del ambiente antártico fueron sectorizados (flora, fauna, recursos marinos, etc.) y sólo recién a fines del siglo XX, el Sistema pudo contar con un instrumento internacional específico ambiental, el Protocolo de Madrid de 1991, por el cual se impone una moratoria a las actividades mineras y se la declara reserva natural.

³⁵ *Parliamentarians of the Arctic Region. Conference Statement N° 1*, 2012, en www.arcticparl.org.

puede invadir la soberanía de los ocho Estados árticos. A nuestro parecer, e indudablemente desde una visión académica, un tratado marco para el Ártico que contenga principios básicos de protección ambiental semejantes a los del Sistema Antártico representa una plataforma ideal para integrar al DIP con las políticas estatales, aún muy fragmentadas para un ecosistema frágil que para su gestión integral no reconoce fronteras políticas. Recordemos que el Ártico es una zona de la Tierra muy vulnerable al cambio climático y sus efectos en la región van a generar, a través de un efecto dominó, consecuencias globales. Pero no debemos ser ilusos, ya que frente a la disyuntiva de proteger los intereses nacionales o el ambiente regional y planetario, los Estados y otros actores con intereses económicos prefieren promover medidas de corto plazo que resuelvan necesidades actuales.

El equilibrio internacional que se impone para proteger al Ártico de los efectos del cambio climático requiere de mecanismos de gobernanza internacional innovadores. El nuevo rol que en su transición está jugando el Consejo es sin duda una respuesta. Pero tan sólo una respuesta de otras posibles. Habrá entonces que observar su evolución y futuros desarrollos para verificar si la elección de esta respuesta por parte de los ocho Estados árticos se articula realmente con el logro del desarrollo sostenible.

LOS TÍTULOS VALORES, LA LEY DE SALVATAJE DE ENTIDADES DEPORTIVAS (25.284) Y CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

por MARCELO VEDROVNIK

SUMARIO: 1. Un antecedente judicial. 2. El artículo 19 de la ley 25.284. Certificados representativos del pasivo consolidado. 3. ¿Cuál es el concepto de título valor? 4. Los certificados emitidos conforme al artículo 19 de la ley 25.284, ¿son entonces títulos valores? 5. La libertad de creación de títulos valores y el Código Civil y Comercial.

Resumen

Nos proponemos analizar si los certificados previstos en el artículo 19 de la ley 25.284 (Salvataje de Entidades Deportivas) pueden ser considerados títulos valores.

Y más aún, profundizaremos ese análisis frente a la previsión del artículo 1820 del Código unificado que regula la denominada “libertad de creación de los títulos valores”.

Concretamente, nos interrogamos acerca de si el artículo 19 de la ley 25.284 incorporó a nuestro Derecho un nuevo título valor, o será en definitiva el nuevo Código unificado, al regular la libertad de creación de los mismos, quien les otorgue carta de ciudadanía.

Abstract

We propose to analyze if the certificates provided in Article 19 of

the Law number 25.284 (Salvage of Sports Entities Act) may be considered securities.

We pretend to deepen the analysis on the provision in Article 1820 of the draft bill for the unification of the civil and commercial codes, that regulates the so-called “freedom of creation of securities”.

Specifically, we question if the Article 19 of Law number 25.284 incorporated into our Law new securities or if it will be the new unified Code –regulating the freedom in creating them–, the one who gives them citizenship in our Law system.

Palabras clave

Títulos valores. Salvataje entidades deportivas. Concurso preventivo.

Keywords

Securities. Salvage of Sports Entities Act. Bankruptcy prevention.

1. Un antecedente judicial

El concurso preventivo de Newells Old Boys de Rosario continuado bajo la vigencia de la ley 25.284.

En el marco del proceso de salvataje del Club Atlético Newells Old Boys, que tramita ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Duodécima Nominación de Rosario, el 13 de diciembre de 2013, el juez interviniente en el mismo dictó la resolución 3954, la cual entre otras cuestiones dispone la emisión de certificados que documentan las cuotas correspondientes a los créditos a cuyo pago se compromete el concursado, en un todo de acuerdo a la propuesta de pago que formulara y fuera aprobada judicialmente.

No analizaremos aquí lo referido a dicha forma de pago, ni la temática vinculada a quien emite los certificados, cuestiones que hemos propuesto en otro lugar¹.

¹ VEDROVNIK, Marcelo, *¿Los certificados previstos en el artículo 19 de la ley 25.284 son títulos valores?*, en *Microjuris*, MJ-DOC-6742-AR MJD 6742, del 3-6-2014.

Sí nos detendremos en el análisis que nos permita discernir si los certificados a los que alude la mentada resolución judicial, previstos en el artículo 19 de la ley 25.284 son títulos valores.

Emprenderemos dicha tarea, no sólo teniendo en cuenta la legislación vigente, sino analizando el artículo 1820 del Código Unificado.

2. El artículo 19 de la ley 25.284. Certificados representativos del pasivo consolidado

El mencionado artículo establece: “Emisión de los certificados. La administración fiduciaria emitirá certificados representativos del pasivo consolidado, a favor de los acreedores definitivamente declarados como tales.

”Los certificados deberán ser nominativos y podrán negociarse por vía de endoso. En ningún caso devengarán intereses.

”Se deberá dejar constancia en los respectivos títulos del régimen cancelatorio previsto en la presente ley.

”La reglamentación establecerá las condiciones de emisión de los certificados y las enunciaciones necesarias para identificar el fideicomiso al que pertenecen, con breve descripción de los derechos que confiere”.

A su turno, el decreto 852/2007 reglamentario de la ley que antecede estableció: “El órgano fiduciario emitirá por sí o por terceros, los certificados o títulos de deuda representativos del pasivo consolidado, en la forma prevista en lo pertinente en los artículos 19, 20, 21 y 22 de la ley 24.441, a favor de los acreedores definitivamente declarados como tales.

”Los certificados o títulos podrán ser escriturales y nominativos endosables. No devengarán intereses y deberá constar en ellos el régimen cancelatorio previsto en la ley que se reglamenta o el que establezca el órgano fiduciario en forma específica para el pasivo consolidado. La garantía de tales certificados o títulos será el patrimonio del fideicomiso y se ajustarán, en lo atinente a sus enunciaciones, a lo establecido por el artículo 21 de la ley 24.441. El órgano fiduciario deberá llevar un libro habilitado por el juez interviniente

en el proceso concursal o de quiebra, en el que se registrará la emisión de cada certificado o título, nombre, domicilio y número de documento de su titular, así como las sucesivas transferencias, o bien delegar el cumplimiento de tales requisitos en instituciones autorizadas legalmente”.

3. ¿Cuál es el concepto de título valor?

Nos formulamos este interrogante pues en definitiva lo que pretendemos saber es si incorpora la ley 25.284 en el artículo transcrito precedentemente y en su reglamentación un nuevo título valor.

Además, ¿constituye una tarea simple definir qué es un título valor?

El doctor Rodolfo O. Fontanarrosa señaló que el primer escollo que se opone en lo atinente a la materia que nos interesa es la dificultad de establecer sobre bases firmes e indiscutibles el concepto esencial de título valor y así, ciertos documentos serán o no considerados títulos valores según la posición teórica que se adopte, lo que, a su vez, repercute sobre los criterios de inclusión o exclusión de ellas en una disciplina legislativa de alcance general.

En esa línea argumental podría decirse que existen dos posibilidades:

- (i) Establecer anticipadamente en la ley cuáles son los elementos esenciales de un título valor, es decir, determinar cuáles no pueden faltar nunca para que estemos en presencia de un título valor. De esa forma, todo acto jurídico que encuadre en dicha fórmula, que cumpla tales requisitos, ingresará en la categoría “título valor” aplicándosele las reglas específicas que lo rige.
- (ii) Legislar básicamente sobre determinados títulos valores, por ejemplo, la letra de cambio, el cheque, el pagaré y luego establecer a qué otros títulos se les aplicarán las reglas de estos últimos que han sido regulados como títulos valores.

Dobson nos enseña que este último es el establecido por el Derecho argentino. “El sistema consiste en regular básicamente la letra de cambio (ley madre) y luego hacer aplicable esta regulación a diversos títulos, mediante expresas disposiciones legales. Por el contrario, si en la legislación atinente a otro título no se hacen aplicables las dis-

posiciones de la letra de cambio, entonces sus instituciones básicas no podrán ser aplicables”².

También, sería útil para decidir la cuestión rememorar una de las clásicas –y más sobrias– conceptualizaciones acerca de qué se entiende por título valor.

Así, Vivante nos enseña que título valor es el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo en el contenido³.

Podríamos señalar que en la necesidad, literalidad y autonomía, encontramos tres de las principales notas tipificantes de los títulos valores, recordando que existen otros caracteres aplicables a ellos.

Alguna doctrina ha sostenido que uno de los caracteres esenciales de los títulos valores a punto de definir su carácter de tal refiere a la forma de su circulación.

En efecto, circulando un título por endoso, y otorgando derechos autónomos a quien así lo reciba, nos encontramos –según esta postura– en presencia de un título valor.

Así se ha definido al endoso como “el acto jurídico cambiario, unilateral, completo, formalmente accesorio y sustancialmente autónomo del libramiento de la letra, que se comporta como negocio abstracto, mediante el cual se transmite la propiedad del documento y con ello la titularidad del derecho emergente de él, habilitando al endosatario para ejercer todos los derechos resultantes del título, a la vez que el endosante asume la obligación de garantía, de aceptación y de pago de la letra”⁴.

Esta postura –de conceptualizar como título valor a todo documento que circule por endoso– no es unánime, pues existen otros que opinan que la nota tipificante del título valor es su carácter necesario, también referido en la definición anteriormente transcrita.

Así, podríamos decir que para definir cuándo estamos en presencia de un título valor, caben otras dos alternativas a las que señalamos precedentemente: (i) Títulos valores son aquellos en los que el derecho

² DOBSON, Juan Malcom, *Libertad de creación de títulos valores*, Libro homenaje al Dr. Ricardo Prono.

³ VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. III, p. 154.

⁴ GOMEZ LEO, Osvaldo R., *Instituciones de Derecho Cambiario*, t. II-A, *Letra de cambio y pagaré*, p. 427.

en ellos contenido es autónomo y puede ser transferido conforme a los principios de la autonomía. El concepto esencial es el de la autonomía en la transmisión del derecho. (ii) Títulos valores son aquellos en los que para disponer del derecho es necesario ser tenedor del documento en él contenido. El concepto central es el de la necesidad del documento para efectuar la cesión⁵.

4. Los certificados emitidos conforme al artículo 19 de la ley 25.284, ¿son entonces títulos valores?

No cabe duda de que si adoptamos uno de los criterios que antes señalamos y que afirma que un documento es título valor cuando la ley expresamente lo define como tal, o cuando dice que las disposiciones, verbigracia, de la letra de cambio le son aplicables, la pregunta deberá ser contestada en forma negativa.

Ahora bien, si por el contrario sostenemos que todo título que circule por endoso y otorgue derechos autónomos a quien así lo reciba, es un título valor, no cabe duda que los certificados a los que nos estamos refiriendo son títulos valores.

Desde ya anticipamos que ésa será la posición que defenderemos.

En efecto, entendemos que los certificados regulados en el artículo 19 de la ley 25.284 son títulos valores, con todas las implicancias que ello trae aparejado, por diversas razones, entre las cuales citamos:

- (i). Liminarmente no existen dudas acerca de que estos certificados –a los que encuadramos dentro del concepto de títulos valores– sólo podrán existir en tanto se haya dispuesto la aplicación de la ley 25.284 a una entidad deportiva quebrada o concursada preventivamente, que una vez consolidado su pasivo, decida titularizarlo a través de estos certificados, para abonarlo en determinado lapso temporal.
- (ii). En ese contexto, el fiduciario o la Comisión Directiva (según estemos ante una quiebra o concurso preventivo con continuidad del órgano de administración) emitirá los mentados certi-

⁵ HUECK, Alfred y CANARIS, Claus W., *Derecho de los títulos valor*, ps. 1/10.

ficados, que deberán cumplir con las disposiciones legales y reglamentarias, verbigracia, ser nominativos o escriturales, circular por endoso, no devengar intereses, tener como garantía el patrimonio fideicomitado, etcétera.

- (iii). Así las cosas quien reciba uno de estos títulos –el acreedor verificado y/o declarado admisible en el proceso concursal o su endosatario– contará con un instrumento que encuadra en la definición de título valor, pudiéndolo hacer circular por endoso, accionar por la vía ejecutiva para su cobro, agredir patrimonialmente a los obligados cambiarios sin necesidad de ofrecer contracautela al solicitar una medida precautoria, acceder a un proceso ejecutivo con posibilidad de defensas abreviadas, etcétera. Sin lugar a dudas todas estas circunstancias son beneficiosas para el acreedor, para la circulación del crédito y para garantizar un mayor éxito y seguridad en la percepción de su acreencia.
- (iv). Desde la óptica del deudor, sabrá anticipadamente que ha titularizado su deuda en un título valor que deberá ser honrado a su vencimiento, pues de lo contrario, las consecuencias que antes hemos enumerado se aplicarán en su contra. Y no parece injusto que un acreedor concursal o falencial, frecuentemente postergado en sus derechos de cobro de la acreencia cuente con algunos beneficios para en definitiva obtener la satisfacción de su crédito.
- (v). Todo ello, sin siquiera mencionar los beneficios que otorga la circunstancia de que el crédito esté documentado en un título valor, apuntando a la fácil circulación del mismo, posibilidad de descontar el instrumento en una entidad financiera, negociarlo en algún mercado de valores, siendo objeto de un aval por parte de una sociedad de garantía recíproca, etcétera.

5. La libertad de creación de títulos valores y el Código Civil y Comercial

Dos proyectos de unificación anteriores la libertad de creación de los títulos valores.

En efecto, el del año 1993 lo hizo en su artículo 2299, y el del año 1998 en el artículo 1762.

Actualmente, el Código unificado establece en su artículo 1820: “Libertad de creación. Cualquier persona puede crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija. Se comprende en esta facultad la denominación del tipo o clase de título, su forma de circulación con arreglo a las leyes generales, sus garantías, rescate, plazos, su calidad de convertible o no en otra clase de título, derechos de los terceros titulares y demás regulaciones que hacen a la configuración de los derechos de las partes interesadas, que deben expresarse con claridad y no prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores especialmente previstos en la legislación vigente.

”Sólo pueden emitirse títulos valores abstractos no regulados por la ley cuando se destinan a ofertas públicas, con el cumplimiento de los recaudos de la legislación específica; y también cuando los emisores son entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de contralor de los mercados de valores”.

Ya en su oportunidad Celestino Araya refería a la libertad de creación de los títulos valores y sostenía: “Corresponde aclarar que no rige con respecto a todos los títulos de créditos privados la libertad de creación.

”Es libre absolutamente con referencia a algunos títulos, pero con relación a otros, siempre que se den algunas situaciones especiales. Es libre absolutamente la creación de letras de cambio y de pagarés. Toda persona puede asumir deudas cambiarias en la medida en que las exigencias lo determinen, correspondiendo a aquellos a quienes las letras sean libradas evaluar si son aptas para circular y lograr crédito en favor de aquel que las emite. El poder público no está facultado para fiscalizar la emisión de letras de cambio giradas por los particulares.

”Es libre la creación de otros títulos en cuanto opere la presencia de negocio fundamental determinativo, como el transporte de cosa por tierra para la carta de porte, de sociedad para la emisión de acciones o de obligaciones sociales o de una situación dada, por ejemplo relación de provisión, para librar cheques.

”En otros casos no se admite la libertad de emisión, es decir, rige el principio del vínculo a la emisión”⁶.

Por ello, podríamos sostener que, sea en el marco de tal libertad de creación, o sea por considerar que la nota tipificante de un título valor está dada por su forma de circulación –endoso– los certificados previstos en el artículo 19 de la ley 25.284 y cuya emisión ha sido encomendada por el juez concursal al órgano fiduciario que interviene en el salvataje de el club, son títulos valores con todas las implicancias que ello trae aparejado.

Otros podrán sostener que sólo estamos en presencia de un título valor cuando, sin perjuicio de su forma de circulación, su carácter necesario y literal, etcétera, es la ley la que expresamente le atribuye tal condición.

Desde esa óptica, deberemos concluir que los instrumentos que estamos analizando no son títulos valores.

Si bien respetamos dicha posición, que presenta sólidos fundamentos, creemos que no sólo es más conveniente, sino que tiene asidero y fundamentación suficiente considerar a los certificados previstos en el artículo 19 de la ley 25.284 como títulos valores, a todos los efectos que venimos estudiando.

Sin lugar a dudas, la aplicación en la práctica de la ley de salvataje de entidades deportivas y la emisión de estos certificados –a la fecha de escribir este artículo el caso de Newells Old Boys es el único en nuestro país– contribuirá al debate que proponemos.

⁶ ARAYA, Celestino, *Títulos circulatorios*, p. 79.

**TRABAJOS PREMIADOS DE ALUMNOS
DE LA FACULTAD DE DERECHO – UNR**

LA MIRADA SUBYACENTE

Los obstáculos ideológicos en el devenir jurídico

por FRANCO GATTI¹

SUMARIO: Introducción. I. Los poderes que subyacen en el Derecho. 1. Los poderes salvajes en la ciencia y en el Derecho. 2. Iusfilosofía y ocultamiento. 3. Norma jurídica: creación “patente” y “subyacente”. 4. Las categorías en el terreno. 5. Aplicación “patente” y “subyacente” de la norma jurídica. II. El sinceramiento funcional. 1. Obstáculos ideológicos. 2. Descolonización y desnaturalización del Derecho. 3. La mirada subyacente y su perfil inconformista. 4. Reproducción y creatividad jurídica. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

La tradición jurídica ha marcado históricamente una tendencia signada por la reproducción automática de los contenidos normativos, y la consecuente contribución a perpetuar los intereses allí cristalizados. El desafío de nuestros tiempos radica en evidenciar el conglomerado de poderes que subyacen tanto en la creación como en la aplicación de las normas jurídicas. En cause de alcanzar tal propósito, resulta ineludible revelar los obstáculos ideológicos que detienen el análisis crítico y condenan al derecho a permanecer en un perfil netamente conservador. La mirada subyacente contribuye desde la incomodidad, propia de toda perspectiva rebelde, a devolverle a nuestra disciplina su enorme potencialidad transformadora, colocándola al servicio de las necesidades sociales y de la efectividad de los derechos humanos.

¹ Estudiante de Derecho, actualmente cursando quinto año de la carrera. Ayudante de cátedra de las asignaturas Introducción al Derecho y Derecho Político. Cuadro de honor: mejor promedio (primer y segundo semestre del año 2013).

Abstract

Legal tradition has historically marked a tendency signaled by the automaton reproduction of normative content and the consequent contribution to perpetuating interests crystallized in them. The challenge of our times lies into show the conglomerated powers that underlie the creation and the application of legal rules. To achieve that purpose, it is unavoidable reveal the ideological obstacles that stop the critical analysis and condemn Law to remain purely submitted to a conservative profile. The underlying gaze contributes from the discomfort, befitting to all rebel perspective, to give back to our discipline its enormous transformative potential, placing it at the service of social needs and the effectiveness of Human Rights.

Palabras clave

Derecho. Crítica. Ideología.

Keywords

Law. Critic. Ideology.

Introducción

Abordar la disciplina jurídica significa, ante todo, asumir su complejidad. Allí se aglutinan un sinnúmero de factores que terminan por colocarla perpetuamente en el núcleo de los debates sociales, echando por tierra cualquier aspiración de abordaje “neutral” u “objetivo”. En paralelo, la enorme sensibilidad social que caracteriza a este fenómeno exige un compromiso proporcional en el esfuerzo de su estudio y, fundamentalmente, en su ejercicio y ampliación. De esta forma, resulta menesteroso replantear desde la academia los perfiles jurídicos a partir de los cuales aprehendemos el contenido del Derecho, lo transmitimos y transformamos.

La tensión es el motor protagónico de nuestra ciencia, pues precisamente en el acalorado diálogo del poder, en las batallas teórico-prácticas, en el decir de las minorías –y principalmente en su callarse ponen en juego los destinos políticos y las estructuras normativas

que van detrás –o delante– de ellos. Develar este conflicto genético y contemporáneo al desarrollo del Derecho supone, ante todo, un sinceramiento ideológico, y habilita que las potencialidades evolutivas se democraticen.

Reconociendo que son las lentes del observador las que constituyen el objeto enfocado, resulta a todas luces evidente que el Derecho –donde las subjetividades parecen florecer y exponerse con enorme intensidad– es manipulado en su definición, fines y fortaleza, por quien logra tenerlo entre manos. Así, mientras que en cierta época fue un arma de dominación religiosa, luego se lo diseñó exquisitamente como trampolín de una burguesía deseosa de poder político, y, con mayor cercanía en el tiempo, sirvió de pretexto para quienes se hicieron carne de la destructiva minimización del estado². En nuestros tiempos persisten los resabios del conservadurismo liberal que duerme –y vive– en los códigos decimonónicos y en normas reticentes al progreso igualitario. Pero, la efervescencia de espíritus críticos, incómodos, desafiantes, desde la ciudadanía, la política y el Derecho, nos permite recobrar la fe. La única fe valiosa: aquella que otorga confianza en la superación absoluta de los tiempos de verdades fosilizadas, aquella que es convincente en la construcción de un poder democratizado y cercano a los invisibilizados, aquella que sólo es propietaria de la subjetividad creadora y modificadora de realidades.

En este orden de ideas, el Derecho es acreedor de un desafío imposterizable que, en rigor, está en cabeza de quienes lo edifican, piensan, reproducen, enseñan y aprenden.

I. Los poderes que subyacen en el Derecho

1. Los poderes salvajes en la ciencia y en el Derecho

Luigi Ferrajoli destaca que en los últimos tiempos se ha producido una profunda concentración y confusión de poderes, y más que a la lesión en la división de los poderes públicos, se refiere a la progresiva eliminación de una separación más importante: la de la esfera pública

² Utilizaré la voz “estado” en minúscula, adhiriendo a la elección de Zaffaroni, que prefiere evitar la mayúscula por remitir a un estado autoritario.

y la privada³. En ese contexto, la estrecha relación entre los intereses económicos y mediáticos con las instituciones estatales condujo a un estado de situación insoslayable: “el dinero es útil para hacer política e información, la información para hacer dinero y política, la política para hacer dinero e información”⁴. Tal es el círculo vicioso, que la primacía de los poderes privados resulta evidente y quienes dominan la materialidad permanecen en espera constante por sitios de influencia en el ámbito público. Ello da como resultado la aparición de lo que Boaventura de Sousa Santos llama “estado-empresario” el cual implica “privatizar todas las funciones que el estado no debe desempeñar con exclusividad y someter la administración pública a criterios de eficiencia, eficacia, creatividad, competitividad, y servicio a los consumidores del propio mundo empresarial”⁵. No obstante, es conveniente considerar a otros poderes también “salvajes” –adhiriendo a la categoría inaugurada por Ferrajoli– entre los cuales el religioso cobra un rol preponderante, sobre todo en las sociedades que aún conservan un misticismo influyente. Así, queda diseñada la trama intrincada de ambiciones, intereses y poderes, convivientes en tiempo y espacio, determinando no sólo el sentido de las relaciones económicas y sociales, sino también ejerciendo una denostada presión sobre las decisiones políticas, los desarrollos científicos y las cristalizaciones normativas.

La epistemología ha puesto la mirada en los poderes fácticos, atendiendo sobre todo a que no es menor la trascendencia que implica conferir a una disciplina el status científico. En este orden de ideas, mención especial merece el aporte de la Escuela epistemológica materialista francesa, que puso el acento en el estudio contextualizado del objeto, echando por tierra el reduccionismo de la Escuela anglosajona e insistiendo en la ligazón entre el observador y la materia observada. Esta corriente produjo una “alternativa propia en el campo de la teoría del conocimiento: esto es, la afirmación de que el estatuto teórico de la epistemología no identifica condiciones de constitución

³ FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011, p. 52.

⁴ Ídem nota anterior, p. 53.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*, CLACSO, Buenos Aires, 2006, p. 87.

de conocimiento, sino de producción de conocimientos, mediante la cual el objeto a conocer es aprehendido por el sujeto a través de una práctica específica: la práctica teórica”⁶.

Thomas Kuhn, en su clásica obra *La estructura de las revoluciones científicas*, conmocionó la tradición epistémica, enseñando que “la evolución científica no debe ser concebida como una acumulación de conocimientos progresivamente más amplios y consistentes, sino como una ruptura, una caída, una superación de cierto modelo explicativo y su reemplazo por otro que lo contradice y supera”⁷. De esta manera, la instalación de un paradigma y la negación del preexistente necesariamente configuran una batalla ideológica, acompañada por intereses que puján y suman esfuerzos en pos de sus propias aspiraciones. Kuhn no ha pronunciado lo anterior en su propio discurso, pero al entender que la ciencia es construida por visiones paradigmáticas o –como las llamó más tarde– matrices explicativas, obliga a desechar las voces defensoras del conocimiento inmutable y llama a cuestionar el origen de los paradigmas que alcanzan a consolidarse. No es menor que la propia ciencia, normalmente concebida y descrita en clave de absolutismo y perpetuidad, admita debilidad frente al entorno, que la penetra y condiciona en sus recortes, métodos y respuestas.

En el escenario descrito el Derecho se expone como referencia ineludible, puesto que mantiene con el poder un vínculo íntimo por la cercanía y expuesto por la trascendencia práctica irreprochable. La inscripción del fenómeno jurídico en la categoría de las ciencias sociales denota con algidez que un abordaje descontextualizado y ligero sólo conduce al ocultamiento y la manipulación.

2. *Iusfilosofía y ocultamiento*

La significación de los vocablos se perfila como un tema inquietante, profundo y generador de amplios epicentros de cuestionamiento, debido a que involucra a la lengua –retomando la diferenciación de Saussure entre lenguaje y lengua–, la cual es una institución social, un complejo

⁶ ASEFF, Lucía María, *La interpretación de la ley y otros textos críticos*, Juris, Rosario, 2003, p. 9.

⁷ CÁRCOVA, Carlos María, *Las teorías jurídicas pospositivistas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 23.

sistema de reglas que funcionan como normas determinantes del comportamiento humano. Carlos Nino explica que el llamado “realismo verbal” asevera la existencia de una relación entre los significados de las expresiones lingüísticas y la realidad, y en consecuencia habría una sola definición válida para cada palabra. En un enfoque opuesto, la denominada “filosofía analítica” entiende que el vínculo entre el lenguaje y la realidad ha sido establecido arbitrariamente por los hombres, y aunque hay un acuerdo consuetudinario en nombrar a ciertas cosas con determinados símbolos, nadie está constreñido a seguir los usos vigentes⁸. Conforme a esta línea de razonamiento, y a tenor de la sensibilidad ideológica que abraza a nuestra disciplina, queda al desnudo la ingente falacia que busca instalar un único y verdadero concepto de Derecho. Las más diversas voces se han congregado alrededor de la delimitación y definición del objeto de estudio que nos convoca, las cuales, desde la dominación o desde la subordinación, sembraron la discordia y robustecieron la perspicacia del debate.

Tal como se advirtió precedentemente, las concepciones iusfilosóficas imperantes en el devenir del tiempo estuvieron atadas a las apertencias hegemónicas, que no sólo diseñaron instituciones funcionales –educativas, económicas, religiosas–, sino que también afianzaron una visión particular del Derecho. En aquellos momentos en que les fue posible a los poderosos darse sus propias normas, consolidaron el positivismo exegético e irrestricto, mientras que cuando debieron sobrevivir con un sistema positivo inconveniente, le colocaron por encima un conjunto de principios morales y de justicia aparentemente universales, que ellos mismos se encargaron de interpretar con la suficiencia pertinente para desbaratar a las normas “injustas”.

El giro copernicano que posibilitó echar luz sobre esta parcialidad jurídica estuvo dado por el insoslayable aporte del materialismo jurídico. Esta corriente hizo estallar el monopolio de la voz teorizante y abrió el juego para darle peso específico a la palabra de los dominados. Se trata de una conmoción que emerge desde la invisibilidad y con perspectiva de denuncia porque entiende al Derecho como “un meca-

⁸ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 12.

nismo de preservación de las hegemonías, de las asimetrías sociales, de la dominación y la explotación”⁹. En suma, se lo comprende como un reflejo de la estructura, de las relaciones de producción, y en efecto, si éstas son las propias de un sistema capitalista, la superestructura jurídica no podrá contener más que normas protectoras de la propiedad privada –en términos prácticamente absolutos–. Se trató de un aporte valiente y paradigmático, y hay quienes lo consideran “pesimista” o “negativo”, ya que revela el rol reproductor del derecho y no abre grietas de esperanza en cuanto a su funcionalidad progresista. Prefiero apropiarme de la preciosa ruptura desatada por el marxismo y comprenderla como el puntapié de teorías superadoras que le reconocen respeto y admiración.

Las teorías críticas, aggiornadas y desprejuiciadas, marcan un hito en el pensamiento jurídico, recogen todos sus antecedentes y los observan con gafas inquietas, desmitificadas, contextualizadas y francas. Al decir de Alicia Ruiz: “las teorías críticas giran en torno a los temas omitidos por el pensamiento jurídico que va de Ihering a Kelsen, pasando por Weber. Al hacerlo, producen una ruptura de carácter epistemológico porque abandonan un modelo explicativo y lo sustituyen por un modelo dialéctico-comprensivo. Se oponen a un concepto reduccionista del Derecho, que lo presenta como pura norma, la concepción que lo caracteriza como una práctica discursiva, que es social (como todo discurso), y específica (porque produce sentidos propios y diferentes de otros discursos), y que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto propios de una formación histórico-social determinada”¹⁰.

No obstante lo apuntado, esta nueva propuesta tiene la virtud de desenmascarar los artilugios intelectuales de los que se han valido las llamadas “teorías de corte idealista” para ocultar y sustraer de la discusión aspectos cruciales del fenómeno jurídico. El iusnaturalismo, afín a los criterios metafísicos y anclando el derecho a la religión, la razón o la naturaleza, obstaculiza de manera contundente cualquier

⁹ CÁRCOVA, ob. cit., p. 150.

¹⁰ RUIZ, Alicia, *Idas y vueltas por una teoría crítica del Derecho*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 5.

chance de poner en crisis sus postulados. Es decir, la remisión constante a ideas de carácter absoluto desarticula el debate y la transformación, condenándolas a la eternidad. Las fuentes de esos conceptos, como desarrolla Nino, provienen de la religión, la naturaleza, la historia, la razón humana¹¹, pero ¿quién lee y determina el contenido de las mismas? Entiendo que las verdades son coyunturales como los son las estadías de los humanos en las esferas del poder, y en consecuencia la definición de lo moral –o inmoral–, de lo natural –o no natural–, de lo racional –o irracional–, es simplemente un producto hegemónico. Así, los postuladores iusnaturalistas esconden el contacto profundo e insistente del Derecho con el poder, y lo hacen recurriendo a lo que llamo “nociones encriptadas”, pues persisten recubiertas de un manto protectorio, férreo e inaccesible que las aleja del terreno donde, una vez descubiertas, pierden toda factibilidad.

Por su parte, el iuspositivismo sostiene un criterio reduccionista, pregona un objeto netamente normativo y un científico que se ocupe estrictamente de las características lógico-metodológicas que informan su estructura. Carlos Cárcova es contundente al respecto: “el positivismo jurídico desarrolla una visión estilizada que aporta rigor al precio de disecar el objeto sobre el que se despliega”¹². Por lo tanto, amén de la certeza que eventualmente sugiere esta corriente, el máximo reparo crítico hace pie en el olvido intencional a circunstancias tan trascendentes como son el abordaje situado de la norma, la cristalización de tensiones que ella supone, los poderes e intereses que interactúan en su origen y aplicación, entre otras.

En conclusión, de lo expuesto surge cuáles son los efectos prácticos de las convicciones teóricas que pugnan en derredor del concepto de derecho. El positivismo jurídico es acotado, conservador, utilitario a los intereses imperantes y falaz en su autosuficiencia. El iusnaturalismo –y las escuelas que, sin asumirlo, terminan por serle compatibles– comete la grave falta de entreverar lo inmóvil y estático con una disciplina dinámica por definición y ello no sólo sesga la mirada y oculta, sino que también es profundamente antidemocrático. “La particularidad de la democracia consiste en que siempre está abierta a la revisión y

¹¹ NINO, ob. cit., p. 29.

¹² CÁRCOVA, ob. cit., p. 149.

al cuestionamiento”¹³, lo cual lejos está de la ambición iusnaturalista. Merece destacarse que por más insuficiente que se presente el iuspositivismo, acompañado de una convicción democrática, siempre es susceptible de recoger el devenir y las necesidades mutantes de las sociedades, a contracara de su clásico oponente que, mediante una lectura rígida, detiene la fortaleza intrínseca del fenómeno.

3. *Norma jurídica: creación “patente” y “subyacente”*

Hans Kelsen entiende al Derecho como “un sistema de normas que regulan las conductas recíprocas de los hombres”¹⁴, y así –como un fiel positivista– atribuye protagonismo excluyente a las normas jurídicas. La validez de las mismas está dada por su mera existencia, pues no son tales en tanto en cuanto no resulten de un proceso legalmente previsto, en otros términos, sólo merece la calificación de jurídica aquella norma dictada por autoridad competente conforme al régimen preestablecido. A partir de allí, comienza la majestuosa obra kelseniana, pero nos deja un compromiso, a quienes sobre sus bases adherimos a las teorías críticas –posteriores y sedientas de completar el análisis positivista–. La responsabilidad yace en dar un paso atrás y otro delante de aquel momento clave en el que se pone en marcha el estudio positivista, es decir, está en nuestras manos ir más allá del ordenamiento “puesto” y colocar sobre el tapete el ambiente previo y posterior a su fijación. La doctora Aseff lo clarifica de la siguiente manera: “el ordenamiento jurídico está constituido predominantemente por normas pero no solamente, en tanto éstas no son sino el corolario de un complejo proceso de carácter social que tanto las precede como las excede. Por eso es preciso construir una concepción del Derecho que supere su identificación excluyente con la norma, y que descubra al mismo tiempo el fenómeno realmente implicado en su nacimiento y desarrollo: el de la práctica social específica”¹⁵.

Apropiándonos de una noción amplia, histórica y situada del Derecho, es menester preguntarnos cuáles son los factores concluyentes para delimitar qué aspectos del mundo fenoménico son captados por

¹³ RUIZ, ob. cit., p. 81.

¹⁴ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2010, p. 31.

¹⁵ ASEFF, ob. cit., p. 28.

las normas jurídicas –y consecuentemente cuáles se excluyen–. Pero no sólo ello, sino también qué penetraciones modificadoras de la materialidad son promovidas por el Derecho positivo y qué posibles cambios se contienen a ultranza como verdaderas amenazas. La respuesta es, a priori, simple, y paralelamente, compleja en su entramado. Para ello, propongo concretar una distinción en lo concerniente a la construcción de las normas jurídicas: por un lado la “creación patente” –aquella que efectivamente la convierte en positiva, la formal, efectuada por la autoridad competente– y la “creación subyacente” –la cual refiere a las polémicas del poder que acechan a los creadores formales para “moldearles” la voluntad–.

Desde la óptica puramente formal, las normas emergen de actos creadores, y tienen validez por ser respetuosas en su origen de un procedimiento demarcado por otras de jerarquía superior. El parlamento, los funcionarios revestidos de la competencia necesaria, los jueces, incluso los propios particulares por vía contractual, son los constructores patentes de las normas. Cada uno de ellos se halla habilitado por la ley para desarrollar esa labor y su resultado, consecuentemente, será apriorísticamente válido¹⁶. He de ahí que están vigentes normativas criminales con penas desproporcionadas, códigos ilimitadamente tuitivos de la propiedad privada, constituciones que promueven la retirada del estado, contratos que ponen al consumidor a merced de la buena voluntad de los empresarios, entre otros ejemplos. Pero ¿son todas ellas el resultado de un verdadero y libre consenso?

Asumo, por lo menos, que la libertad lejos está de ser irrestricta, menos aún en un entorno que compele permanentemente desde los medios de comunicación, desde las corporaciones económicas, desde los intereses religiosos, desde las codicias políticas. También constriñe la necesidad, creada por un sistema que fabrica exclusión, que nos convoca a todos a la preparación del gran banquete y de inmediato nos niega sentarnos a la mesa, cuando ya acabamos de serle útil. Y como si fueran pocos los adversarios de la ficticia libertad, no es lícito olvidar al “miedo”, que al decir de Galeano: “muerde los talones del

¹⁶ No es lícito olvidar la disquisición inaugurada por Ferrajoli, en virtud de la cual la norma respetuosa de la legalidad no necesariamente es válida –por ejemplo, si es incongruente con los postulados constitucionales–.

mundo, de un mundo que anda a los tumbos. Miedo de perder: perder el trabajo, perder el dinero, perder la comida, perder la casa, perder”¹⁷. Conforme a lo dicho, sólo ilusamente es viable entender que el legislador, el administrador, el juez, el consumidor, el trabajador, concurren a parir una norma en un ambiente de plena libertad. Encontramos aquí, lo que llamamos “creación subyacente”, por medio de la cual penetramos la instancia formal –o patente–, echamos de menos al procedimiento reglado y al elaborador autorizado y buceamos en el conglomerado de tensiones que se disputan espacios detrás de una firma, de una aseveración verbal, de una alzada de mano, de una conducta concluyente.

4. *Las categorías en el terreno*

El positivismo jurídico seguramente se ofuscaría categóricamente frente a la teorización planteada ut supra. Para sus adherentes sólo merece reparo enfocar el costado superficial, formal, patente, de la elaboración normativa. Con ello, se desentiende de la riqueza que se presenta tras bambalinas, lo cual no implica que coloquemos allí al nacimiento efectivo de la norma y pretendamos contrariar al ordenamiento vigente. Se trata nada más –y nada menos– que de alumbrar las sombras de la solemnidad edificadora, de observar detrás de las espaldas de hombres y mujeres que en un momento determinado “hacen Derecho”, como si ello fuera producto de corazonadas inspiradas.

Platón nos enseña a través de la “fábula de Giges”, que la clave del poder se halla en ocultar los hilos que lo mueven, y no hay cosa que le incomode más que la denuncia, la caída del velo protectorio y la consecuente vulnerabilidad del desnudo.

Con ánimo de abonar lo postulado hasta el momento, vale apropiarse de un ejemplo notoriamente polémico: el dictado de las leyes de punto final y obediencia debida, en el contexto argentino de la década del ochenta. La madurez democrática de nuestros tiempos sentencia, sin reparo alguno, que ambas experiencias son testimonio fiel de la im-

¹⁷ GALEANO, Eduardo, *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2012, p. 169.

punidad y merecen la mayor repugnancia desde el lente de los derechos humanos. Hubo, entonces, una “creación patente”, promovida por el presidente de la Nación y efectivizada por el Poder Legislativo, y en paralelo, una “creación subyacente”, con las fuerzas armadas encuarteladas, y la reminiscencia del terror que aún rozaba la piel de los argentinos.

En sintonía con lo anterior, pueden agregarse múltiples referencias que permiten visibilizar la dualidad planteada. La flexibilización laboral de la década del noventa, por ejemplo, significó igualmente la expresión política de pretensiones económicas –nacionales y fundamentalmente internacionales– y es, sin duda, un sitio de recurrencia permanente para ejemplificar el avance legislativo de la ideología neoliberal.

También convergen las hegemonías coyunturales en el embaucador plano de la “autonomía de la voluntad”, principio que estimo en declarada crisis. La libertad de contratación, y la jerarquización jurídica que de ella han hecho las codificaciones decimonónicas, es exclusivamente un trofeo del liberalismo. Nuestro Código Civil equipara la fuerza vinculante de los contratos particulares con la ley misma, y a partir de allí se desata un derrotero de situaciones que colocan a estos bastiones capitalistas en instrumentos para el sometimiento de las partes débiles.

Simultáneamente y tal como los poderes fácticos intervienen en pos de alcanzar la positivización de sus intereses, también actúan obstruyendo la definición de luchas hambrientas de generar rupturas normativas. Es decir, al mismo tiempo que el poder diagrama su propio escenario jurídico promoviendo el accionar de los creadores formales, se ocupa acabadamente de contener otras influencias. No es inocente ni casual que hasta el año 2009 se haya forzado la supervivencia de la ley de radiodifusión –hija de la antidemocracia– y aun después de alcanzada la mudanza de paradigmas se continúe tensionando su aplicación efectiva. Tampoco es menor que la conquista de la ley de fertilización asistida haya demandado un gran esfuerzo, y como ella tantos otros supuestos –ley de identidad de género, ley de matrimonio igualitario, y mucho antes la propia ley de divorcio–.

5. Aplicación “patente” y “subyacente” de la norma jurídica

Las categorías inauguradas en el título anterior no se detienen en la faz constructiva de la norma jurídica, la trascienden y acompañan en su aplicación. Kelsen demuestra que “la mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del Derecho. Aplican una norma de grado superior y crean una de grado inferior”¹⁸, sólo excluye a los actos de coacción que aplican únicamente normas individuales –sentencias judiciales, por ejemplo– y la creación de la norma fundamental hipotética, en principio, no compromete aplicación alguna. En la tarea de creación-aplicación se involucra nada menos que la interpretación jurídica, el tema más transversal e ideológico de la ciencia del Derecho. Cuando el magistrado sentencia, aplica el ordenamiento jurídico en sus especificidades, los particulares hacen lo propio al momento de la contratación e incluso el legislador necesariamente pone en juego a la Constitución y otras normas, en su tarea. Dichos procesos, que el positivismo pretendió ceñir y definir en términos automáticos, se hallan empapados de cientos de elementos –políticos, económicos, religiosos– que los determinan y condicionan.

La figura del juez ingresa exhibiéndose como el prototipo del sujeto intérprete y sobre cuyas espaldas pesa la aplicación del conglomerado normativo. En ese trance, se lo ha distinguido históricamente mediante divergentes representaciones, destacándose aquella que lo creía capaz de deducir mecánicamente del ordenamiento autosuficiente las soluciones a todos los litigios puestos ante sus “despolitizados” ojos. La escuela de la exégesis ideó y le dio a la amanecida burguesía la llave para afrontar, en el plano judicial, los intentos de supervivencia del antiguo régimen. La falacia de apetecida “neutralidad” no es compleja de acreditar, la misma es “psicológicamente insostenible. El juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad. Aun cuando la obediencia al Derecho esté profundamente arraigada en el espíritu del juez, como actitud moral y profesional, ver en ella el único móvil o factor es aceptar una ficción. El juez no es un autómatas que en forma mecánica transforma hechos,

¹⁸ KELSEN, ob. cit., p. 154.

reglas y normas en decisiones”¹⁹. De manera aún más convincente, Novoa Montreal aporta que “cuando el juez entra a conocer una controversia trata de reconducir el hecho concreto bajo una hipótesis normativa, pero la verdad es que antes de cumplir esta operación el juez ya ha llevado el hecho concreto a uno de los conceptos generales que dispone”²⁰, y concluye afirmando que el magistrado es un manipulador del hecho, para convertirlo en idéntico al previsto normativamente.

No hay reparos, entonces, para concluir el carácter ficcional de la objetividad que pretende reinar en la aplicación del Derecho, y merece subrayarse que “toda ficción halla como telón de fondo una realidad ineludible, las escenas fantásticas pretenden distraer a los espectadores mediante la creación de un clima ideal y en igual medida, los intentos de imponer sobre el juez el mote de ‘neutral’ esconden mucho más de lo que exponen. Esto es así, puesto que si se consolida la idea de neutralidad, pasa a entenderse que toda decisión judicial se dicta en distancia absoluta de cualquier invasión extraña a la norma, y por ende se construye una especie de ‘marco de impunidad’ que viene a justificar toda expresión de la judicatura”²¹.

La categoría de la “aplicación subyacente” permite “demos-trar”²² que las formas del Derecho, lo que nos viene dado y elude con gran cintura el andarivel de la deconstrucción crítica, atesora sus razones de ser. Se trata de evidenciar por medio de una herramienta teórica elementos indispensables para el abordaje crítico de las normas, es un aporte de raíz iusfilosófica con notables implicancias prácticas. La contribución despegga de un sinceramiento ideológico y se direcciona hacia el destierro de la simulada inocencia jurídica, optimizando la comprensión de nuestra disciplina y fertilizándola, para que, una vez puesta en el patrimonio colectivo, recorra el sendero progresista.

¹⁹ ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994, p. 121.

²⁰ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Crítica y desmitificación del Derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1984, p. 68.

²¹ GATTI, Franco, *La independencia como lucha, la neutralidad como ficción. El sistema de justicia y los paradigmas democráticos*, obra colectiva de publicación digital, IX Congreso Nacional de Derecho Político, Rosario, 2012, p. 10.

²² La voz “demos” remite a pueblo, “demos-trar” implica poner a la luz, a evidencia del pueblo, de la colectividad.

II. El sinceramiento funcional

1. *Obstáculos ideológicos*

La pretensión hasta el momento se ha orientado en hurgar en los entretelones del Derecho puesto, auspiciando el descubrimiento de las riñas ideológicas que invaden a su creación y aplicación formal. Acertadamente, podría decirse que mediante un desarrollo prepositivo fueron colocadas en la pizarra dogmática llaves serviles a un abordaje innovador e inconformista. Con dichos materiales entre manos, es tiempo de interpelar las causas por las cuales se silencian las categorías profundizadas y finalmente insertarlas en la funcionalidad pragmática.

En cause de obtener la primera de las aspiraciones señaladas, resulta ineludible desnudar las obstrucciones actuantes en la apreciación crítica del fenómeno jurídico. Estimo pertinente recordar el abordaje teórico de los “obstáculos epistemológicos”, cuya importancia se circunscribe al ámbito del saber científico. Así: “En cada acto de conocimiento aparecen dos clases de obstáculos. Unos que podríamos denominar ‘externos’, se refieren a la forma como los fenómenos se presentan: caótica y fugazmente. Otros, los ‘internos’, están implicados por el acto mismo de conocer. Estos últimos, que generan estancamientos y retrocesos, confusiones y entorpecimientos, son los que Bachelard llama «obstáculos epistemológicos»”²³. Por lo tanto, es inescindible al abordaje científico la descarga subjetiva de quien se pone en contacto con el objeto. El bagaje residual de los conocimientos vulgares, la estructura emocional, la escena geográfica y temporal hacen que la pureza de aspiración científica descansa en la plena ilusión. Tal es así que “nuestra conciencia no puede volverse ingenua por decreto, y frente a un fenómeno cualquiera no prescindimos de hecho, de nuestros conocimientos usuales. Es así que conocemos en contra de un conocimiento anterior, superando errores, trascendiendo intuiciones, destruyendo opiniones”²⁴.

Las murallas que significan tales “obstáculos epistemológicos” se elevan como impedimentos para lograr superar el nivel precientífico

²³ CÁRCOVA, ob. cit., p. 8.

²⁴ Ídem nota anterior, p. 10.

y aprehender definitiva y científicamente el objeto de estudio. Entiendo que, en rigor, estamos frente a verdaderos obstáculos ideológicos. Las voces citadas no echan mano a tal denominación, pero, en definitiva, detrás de las limitaciones viven intereses coyunturales.

Estrictamente, el momento en el cual se entra en contacto con el Derecho presupone la existencia de un sujeto histórico, configurado y apegado a los valores predominantes en los sistemas educativos, las relaciones familiares, la literatura de mayor difusión y la información modelada –y hasta tergiversada–. En otros términos, quien se enfrenta al desafío de aprender, aplicar o enseñar el Derecho, llega tan ideologizado como el sistema jurídico mismo. Posicionado de cara al fenómeno hará foco en puntuales aspectos y desechará otros, se permitirá desconfiar de algunos de sus costados o los asumirá livianamente, será inquieto y disconforme, buscando transformar lo que tiene frente a sus ojos, o por el contrario, lo entenderá justo y razonable. Formulará constantes y permanentes elecciones, que nacerán de aquella carga referida, y asumirá posiciones con repercusiones claras.

Conforme a lo anterior, todos iluminamos al fenómeno con nuestros propios instrumentos, el punto de inflexión radica en comprender que hay herramientas más accesibles, exhibidas como alternativas excluyentes, únicas capaces de acabar con la oscuridad. El sistema nos ofrece un modelo de subjetividad, aunque, siendo más rigurosos, se trata de una oferta coactiva, prácticamente monopólica. Asistimos a “una dictadura de la uniformización obligatoria, más devastadora que cualquier dictadura de partido único: impone, en el mundo entero, un modo de vida que reproduce a los seres humanos como fotocopias del consumidor ejemplar”²⁵.

Jurídicamente, el paradigma de producción hegemónica conspira con la interacción crítica, forja intérpretes conservadores que procuren no desvirtuar el sendero que da trámite a las protecciones del orden instituido. Novoa Monreal hace especial hincapié en identificar ciertos conceptos o instituciones jurídicas de “clara inspiración político-económica”, que no sólo cumplen el fin de poner en vigencia el esquema ideológico sino que aspiran a perpetuarlo bajo la apariencia de “prin-

²⁵ GALEANO, ob. cit., p. 260.

cipios jurídicos” que es el carácter que los juristas tradicionales les asignan. Según el autor, “el primero es la propiedad privada con sentido absoluto en su contenido, perpetuo en cuanto a su duración, ilimitado en cuanto a su monto y transmisible sin restricciones [...] Otro mecanismo utilizado con el fin de impedir cambios sociales es la libertad de contratar, transformada elegantemente, cuando ella penetra al campo de las actividades económicas, en una solemne y abstracta ‘autonomía de la voluntad’. La tesis consiste en que la sola voluntad de dos particulares es capaz de producir efectos irreversibles en el mundo jurídico, con un alcance tan efectivo que ni siquiera el legislador podría tocarlos ni modificarlos”²⁶.

Por lo tanto, resulta claro que la filosofía liberal, con extensa trayectoria de predominio, no es permisiva y continúa férrea, orquestando una constelación de institutos, entrenando intérpretes y procurando que quienes atinen a romper sus marcos no superen la invisibilidad.

2. *Descolonización y desnaturalización del Derecho*

A fin de alcanzar una apreciación próspera de las categorías descriptas, merecen contemplarse los obstáculos precedentemente evidenciados, y conjuntamente propiciar una pesquisa crítica en aquellas “bases”, supuestamente seguras y escasamente revisadas, sobre las que se asienta el pensamiento jurídico.

Inicialmente, la occidentalización en la que se inscribe nuestro sistema jurídico no puede escapar a los ejes analíticos que buscan dilucidar cuáles son los factores demandantes de espacios en el escenario del Derecho. Boaventura de Sousa Santos se ha ocupado del tema, centrando la exposición en los derechos humanos y sosteniendo que “la cuestión de la universalidad de los derechos humanos es una cuestión de la cultura occidental, por lo tanto los derechos humanos son universales sólo cuando se los considera desde una óptica occidental”²⁷. Sin embargo, pocas voces asumen esta realidad, pues asistimos a una tradición histórica que se posiciona de un lado del mundo y así cons-

²⁶ NOVOA MONREAL, ob. cit., p. 90.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Para descolonizar occidente*, CLACSO, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2010, p. 88.

truye y destruye aquello que se presenta como “universal”. La relatividad cultural, el reconocimiento de la incompletud, la fidelidad a los orígenes y la valorización de lo repudiado y descalificado, configuran el reto actual del progresismo jurídico. La capacidad comprensiva de estos extremos es la llave para impregnarle al abordaje de “subyacencia” una cuota más de sinceridad. Pero no sólo eso, también abrirá paso a reconocer que el derecho oficial –colonizado– convive con ordenamientos paralelos, ligados por su propia idiosincrasia y extraños a los mandatos estatales –nacidos como consecuencia de la importación cultural, económica y normativa–.

Boaventura de Sousa Santos, desde la sociología, nos interroga profundamente y desacomoda a una miopía centenaria que ha desechado en sus apreciaciones el montaje ideológico heredado y ha evitado llevar a cabo una resignificación de los relatos desde la perspectiva terrenal. El autor pone de relieve la existencia de un “pensamiento abismal”, cuyas manifestaciones consumadas son el pensamiento y el derecho moderno. Sobre este último apunta que “en el campo del derecho moderno, este lado de la línea está determinado por lo que se considera legal o ilegal de acuerdo con el estado oficial o con el Derecho Internacional. Lo legal y lo ilegal son las únicas dos formas relevantes de existir ante el derecho”²⁸. Es transversal la relevancia de lo anterior, puesto que si entendemos que el Derecho nos constituye, es absurdo olvidar que lo hace a partir de parámetros prefabricados, despojados de revisión y digeridos acríticamente por los autómatas adiestrados.

En el plano político, Scalabrini Ortiz anticipaba que “nos hallamos frente a la imperiosa necesidad de afrontar los problemas argentinos con criterio argentino, porque el vicio más funesto que padecemos es la entrega permanente y ominosa de la soberanía nacional a la colonización de grandes potencias”²⁹. Idéntica noción es trasladable al ámbito jurídico, las recetas importadas atomizan la identidad y atentan contra el paradigma mediante el que batallamos por instalar una concepción de derecho transformadora y cercana a las necesidades sociales.

La descolonización jurídica es una aspiración que llama a perma-

²⁸ Ídem nota anterior, p. 14.

²⁹ SCALABRINI ORTIZ, Raúl, *Política británica en el Río de La Plata. Las dos políticas: la visible y la invisible*, en *Cuadernos de FORJA*, 1936.

necer incómodos en el estudio, a la conciencia inquieta que auspicia “la contemplación de la diversidad y la comprensión del tiempo histórico”³⁰. Con ello, se llama a conmover las estructuras sobre las que hace pie el Derecho argentino y a romper con la mediocridad jurídica que acepta sin contralor los pilares políticos que sostienen un sistema mayormente conservador.

Conjuntamente, otro elemento que violenta la posibilidad de dotar al fenómeno jurídico de capacidad transformadora y elimina la mirada “subyacente” es la remisión constante e insistente a la naturaleza. Ya se ha dicho que el iusnaturalismo, como paradigma iusfilosófico, es el abanderado de esta relación entre Derecho y naturaleza, pero también hay resabios de estas referencias en otras escuelas que de una u otra forma acompañan ese perfil.

Desde la superficialidad suele darse una connotación positiva al contenido de los postulados procedentes de la “naturaleza”. Pareciera que “lo natural” transita por el andarivel de la benevolencia, la justicia, lo equitativo, en fin, de lo que no debemos desobedecer. La ingenuidad de tal observación es evidente, ya que la lectura que se concreta sobre la naturaleza siempre está en manos de quienes coyunturalmente detentan el poder. De hecho, poco tiempo ha pasado desde que la adopción era la vía “antinatural” de formar familia, y la heterosexualidad la única posibilidad para contraer matrimonio civil. Cuando los intereses que consolidaron dichas “naturalidades” cedieron, cayeron también parte de sus producidos, mientras que otros continúan en supervivencia.

La instrumentalidad de naturalizar al Derecho está dada por el uso funcional que se otorga a conceptos definidos como “inmutables y universales”, derramándose el maquillaje que disimula las intenciones de sus sostenedores. Es decir, a contrario sensu de lo que postula la escuela del Derecho natural, su contenido termina por ser variable y circunstancial. Queda ratificado aquello de que el carácter crucial de toda ficción es que “se sabe autocontradictoria, porque a la vez que afirma algo del mundo se sabe falsa, tiene conciencia de falsedad”³¹.

³⁰ BOBBIO, Norberto, en RUIZ, ob. cit., p. 4.

³¹ GUZMÁN, Rayda, *Unidades de ficción*, en rev. on line *Encrucijadas*, Centro de Investigaciones Posdoctorales de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela, www.academia.edu, consultada el 23-5-2014, p. 4.

El enorme mito del Derecho eterno, universal, justo e inderogable, muestra su lado más oscuro, su costado servil, manipulable y obstructor.

Más allá de lo destacado, la gravedad mayor yace en otro sitio, el problema que convoca a la comunidad jurídica se halla en los obstáculos contruidos en torno a la idea de naturaleza, precisamente en la erradicación de cualquier intento crítico. Lo natural se expone como indiscutible, encriptado, e insusceptible de ser atravesado por la subjetividad discursiva y conforma así una frontera impenetrable. Ello desconoce que la lucha del Derecho es permanente y no agota su potencial en la regulación de la vida social, extiende sus raíces en quizás la esperanza más amplia, la de modificar la realidad. Quien diga lo contrario, esconde toda su fuerza, lo limita ideológicamente, lo desarticula, desde una eminente posición política.

Es momento de renovar los desafíos en el seno de la disciplina jurídica. Su descolonización y desnaturalización representan la cruzada decisiva, para que los esfuerzos teóricos y los sacrificios sociales, militantes de un Derecho inclusivo y renovador, no se diluyan en la codicia de intereses que son digitados “de aquel lado de la línea”.

3. *La mirada subyacente y su perfil inconformista*

Hasta aquí se han desplegado una serie de elementos que intentan exponer al Derecho en su dinámica relación con los protagonistas del poder y echar luz sobre nociones y teorizaciones presuntamente desideologizadas. Para facilitar esta tarea se acudió a la formulación de dos categorías de análisis –patencia y subyacencia–, acreditándose que, más allá de lo prima facie visible, el fenómeno jurídico esconde debajo de la alfombra su mayor riqueza. Novoa Monreal lo reafirma, aseverando que “el Derecho es ideológico, pues constituye una falsa figuración que es empleada para ocultar la realidad que vive la sociedad escindida en clases”³². Estas conclusiones intelectuales aspiran a trascender el academicismo y adquirir sentido práctico.

Poner en evidencia que la norma no es fruto de la libre voluntad de los legisladores, ni que las sentencias judiciales brotan de magistrados neutrales, significa, ante todo, una forma de democratización.

³² NOVOA MONREAL, ob. cit., p. 59.

Bobbio entiende que “para conocer si ha dado un desarrollo de la democracia en un determinado país, se debe investigar no si aumentó o no el número de quienes tienen derecho a participar en las decisiones que le atañen, sino los espacios en que se ejerce ese derecho”³³. Precisamente por ello, impregnar al Derecho de espíritu democrático requiere del compromiso pertinente para revelarlo en todos sus costados. Desmitificar estas circunstancias, habilita la apertura de espacios perceptivos de los discursos no hegemónicos, extiende la disputa protectionista de los intereses regionales, desde una lectura terrenal que abra paso a la descolonización de las subjetividades.

La interpretación subyacente no se contenta con elevarse en el éxito de la completitud teórica, florece deseosa de despertar corajes aletargados que echen de menos la simpática tranquilidad de perpetuar marcos históricos. Esta superación del conformismo jurídico compete a los hombres y mujeres del derecho, en cada una de sus particularidades, y para ello:

- Insta al Derecho Civil a desatarse de los imperativos decimonónicos que aún se anclan en acompañar las necesidades de un sistema pensado y proyectado en idioma monetario. De esa forma, postula la conveniencia de no reducir las estrategias jurídicas a la libre circulación de la riqueza y orientar la energía normativa en la atención de los partícipes más débiles. Asimismo, refuerza el sometimiento del llamado “Derecho Privado” a los preceptos constitucionales, lidiando contra quienes persigan abordarlo en desarticulación con los derechos humanos.
- Interroga al Derecho Penal acerca de su despliegue funcional, mostrándolo como objeto de recurrencia permanente por parte de grupos económicos y mediáticos. Bajo esta perspectiva, ostenta su relación con la política e incentiva el debate constante acerca de las causas de la criminalización, los motivos del delito y del accionar selectivo del aparato estatal.
- Refuerza las conquistas del Derecho Laboral y vuelve a la carga sobre la responsabilidad de disuadir las desigualdades fácticas

³³ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 35.

por medio de derechos efectivos que protejan la debilidad de los trabajadores. La mirada subyacente trasciende la instancia formal del vínculo laboral, auspicia el máximo amparo de la dignidad de quienes ofrecen su fuerza de trabajo, haciendo hincapié no sólo en la remuneración económica, sino también en la autossatisfacción y el llamado “salario psicológico”.

- Instala a las perspectivas de género como bandera de un Derecho aggiornato y progresista, poniendo sobre el tapete la función de los estereotipos androcéntricos y el papel constitutivo de la norma. Con este aporte recoge la trayectoria pujante de las mujeres y de los colectivos defensores de la diversidad sexual, comenzando a saldar una deuda pendiente.
- Coloca al Derecho Constitucional como un destino ineludible, destacando la convicción de que los derechos humanos son “necesidades humanas socialmente objetivadas”³⁴, fortaleciendo su defensa y ampliación incansable.

En definitiva, la mirada subyacente purifica y talla un cristal para atravesar a una y a todas las normas que interactúan en tiempo y espacio. Se trata de una expresión concluyente de la importancia que reviste la teoría general del Derecho, que nutre desde el conflicto ideológico y delinea el marco óptico para ingresar en la especificidad con coherencia y compromiso.

Dar cuenta de que el poder crea su propio sistema normativo permite a la ciudadanía advertir que el avasallamiento de sus derechos, en general, se origina en sitios recónditos y alejados de la banca de un legislador o el despacho de un juez –sin perjuicio de la responsabilidad que les corresponda–. La máxima ambición de este estudio radica en hacer notar que si las normas y su aplicación responden a lo coyuntural de la primacía de ciertos poderes, el compromiso de la sociedad es capaz de tensionar con la fortaleza suficiente para que la mayor resonancia sea la del respeto y la efectividad de sus derechos humanos. Romper con la ficticia inocencia y objetividad del Derecho, lo pone

³⁴ BARCESAT, Eduardo, *Hablar seriamente de derechos humanos*, art. periodístico publicado en <http://www.pagina12.com.ar/2001/suple/Madres/01-09/01-09-21/>. Fecha de consulta: 20-5-2014.

en manos de todos –no sólo de sus operadores– y lo empodera como el medio por excelencia para cristalizar exigencias y extender los horizontes de las luchas sociales.

La incumbencia ideológica que nos urge transitar debe quitar al Derecho de la locación cinematográfica a partir de la que lo enseñamos y aprendemos, porque mientras consumimos con gula irremediable los films hollywoodenses, tenemos en la cercanía la fertilidad necesaria para escribir nuestras propias normas, nuestras propias sentencias, nuestras propias decisiones, y definitivamente, nuestra propia historia.

4. *Reproducción y creatividad jurídica*

Todo el esfuerzo de conmoción jurídica propiciado confronta con la más desalentadora de las realidades, en la que prima la reproducción acrítica. Alicia Ruiz enseña que “el Derecho no se cristaliza significativamente en el momento de su creación, ni tampoco su sentido se completa cuando es aplicado. El Derecho produce sentido al circular, una multiplicidad de sentidos abiertos y cambiantes. La ley, como el guión de una obra de teatro, propone directivas para la puesta del texto en escena”³⁵. Lo fructuoso del recorrido lo determina la oposición, el intercambio, la comprensión de que no se manipulan elementos acabados, sino que son frágiles a los avatares que sacuden a las formaciones económico-sociales.

El vital “mérito” del sistema –si se quiere, de lo “hegemónico”– se halla en haber calado lo suficientemente hondo en las construcciones psicológicas de sus actores, dando lugar a la máxima ironía, que presenta a los más perjudicados o negados como fervientes defensores del statu quo. Ello es el producto de la consolidada reproducción académica, que no distingue a los autómatas y premia la transmisión incuestionada de los lineamientos preelaborados.

En *El discurso del método*, Descartes plantea “mi propósito no se extendió nunca más allá del intento de reformar mis propios pensamientos y de edificar en un terrero enteramente mío”³⁶, de esa forma postula su intención de repensar los conocimientos heredados y so-

³⁵ RUIZ, ob. cit., p. 40.

³⁶ DESCARTES, René, *El discurso del método*, Alianza, Madrid, 1980, p. 34.

meterlos a examen, ya sea para reafirmarlos o modificarlos. La vigencia del mensaje no merece ser desconocida, sufrimos un nivel de domesticación que bloquea la reconstrucción de las subjetividades; lo admirable parece situarse en quienes mantienen discursos incólumes, como si favorecer la innovación intelectual fuera sinónimo de inadaptación.

“No hay gente que tenga ideología y otra que pueda ufanarse de no tenerla; estos últimos suelen creer –erróneamente– que pueden ponerse ‘por encima’ de quienes asumen explícitamente su ideología. Pero en verdad, ideología tenemos todos. Están los que saben que la tienen, y por ello pueden razonar sobre ella, modificarla. En cambio, los que se creen ‘independientes’ ni siquiera se han enterado de la ideología que los atraviesa. Por tanto suelen creer, con ingenuidad conmovedora, que ellos dicen ‘cómo son las cosas’, que sus opiniones son neutras y objetivas. De tal manera, confunden el modo singular en que sus lentes les hacen ver la realidad, con la realidad misma”³⁷.

La conducta crítica frente al Derecho abona la emergencia de personalidades creativas, capaces de encontrar en el sistema normativo una oportunidad renovadora, “ponerse en el punto de vista no de la conservación sino del cambio o incluso del cambio radical o revolucionario, que es el punto de vista de toda teoría crítica”³⁸.

La reproducción patológica nos ha condenado a la paralización, ha atrofiado el poderío de la academia como caldo de cultivo de reformas afines a los requerimientos contextualizados. García Márquez concluye que “nuestra mayor virtud es la creatividad y, sin embargo, no hemos hecho mucho más que sobrevivir a doctrinas recalentadas”³⁹, en materia jurídica ello significa una amenaza agravada. El Derecho, como fenómeno social, se apropia de una ocupación capital, la de revertir las penurias comunitarias mediante un diálogo intenso con el estado, una confrontación con los poderes salvajes y una interpretación que fomente la transformación progresista. Pero, para enrumbarse en ese sentido,

³⁷ FOLLARI, Roberto, *Ideología e ideologías*, art. periodístico publicado en el diario *Página 12*, <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-247701-2014-06-03.html>. Fecha de consulta: 4-6-2014.

³⁸ CÁRCOVA, ob. cit., p. 136.

³⁹ GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel, *Yo no vengo a decir un discurso*, Sudamericana, Buenos Aires, 2010, p. 116.

el puntapié inicial implicará soltarle la mano a los mandatos del poder y conducirse hacia la creatividad, que hunde sus raíces en una concepción crítica e inconformista de la disciplina jurídica.

Conclusión

Los lineamientos trazados, con sus peculiaridades, son armónicos y comparten un denominador común preciso, un llamamiento a la incomodidad, a desalojar las áreas mullidas en las que ha reposado tradicionalmente el discurso jurídico. Las construcciones dogmáticas, los mensajes académicos, la predisposición estudiantil, tienden a la superficialidad silenciosa, al análisis de tránsito, rentable en el corto plazo, aliado de la celeridad exigida por los cronómetros encendidos desde el poder. La consolidación de estas prácticas ha revestido al Derecho de las connotaciones más desalentadoras, lo ha encasillado en una posición irreparablemente conservadora y fundamentalmente, lo ha apartado de sus destinatarios.

La mirada subyacente persigue un estallido de sinceramiento, arrojándose de la valentía propia de las perspectivas críticas, no distingue al momento de confesar las evidencias, expone a los elencos del poder y no incurre en la liviandad de ser amnésica frente a las voracidades de los intereses salvajes. Es contundente en denunciar las raíces antidemocráticas de la iusfilosofía tributaria de la moral, la naturaleza, lo inmutable y encriptado. Con su operar, este nuevo cristal óptico atraviesa las fronteras de la reproducción acrítica, que opera como vector incuestionado entre las ambiciones de las cúspides políticas y económicas y la automaticidad de los estudiosos del fenómeno jurídico. Se trata de una propuesta definitivamente incómoda, puesto que al desafiar a las estructuras milenarias contenedoras de un Derecho diverso, transformador y provocador, aviva las más recias oposiciones, propias de todo proceso que auspicia un perfil socializador y democratizador.

Develar la falsa ingenuidad de la disciplina jurídica, iluminar las ficciones que la componen y comprender qué tensiones originan las respuestas del Derecho supone enfrentarse a un escenario pesimista. Desde la visión de los sujetos relegados, desatendidos por la historia, la interpretación subyacente expone los motivos de la miopía jurídica,

las razones de los privilegios y de su perpetuidad. Pero ello no debe leerse en clave de desaliento; es una instancia imprescindible para dar paso a la transformación, es la precipitación de una amargura que logre erguirnos con la fortificación necesaria para dar la batalla ideológica. Tal como alguna vez dijo Adolfo Bioy Casares, somos acreedores de “una inteligencia pesimista, pero de un temperamento irremediablemente optimista”⁴⁰. Asumamos la incomodidad de la rebeldía que desarticula, y con las ideas como bastión, demostremos que ellas, antes de materializarse, poseen una “extraña semejanza con la utopía”⁴¹.

Bibliografía

- ASSEF, Lucía, *La interpretación de la ley y otros textos críticos de teoría general*, Juris, Rosario, 2003.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- BOBBIO, Norberto y otros, *Diccionario de Política*, Siglo XXI, México, 1994.
- BUTLER, Judith, *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, Paidós, Buenos Aires, 2010.
- CÁRCOVA, Carlos María, *La opacidad del Derecho*, Trotta, Madrid, 1998.
- *Las teorías jurídicas pospositivistas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.
- *Materiales para una teoría crítica del Derecho*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.
- DESCARTES, René, *El discurso del método*, Alianza, Madrid, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2010.
- *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2001.
- GALEANO, Eduardo, *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2012.
- GATTI, Franco, en *La independencia como lucha, la neutralidad como ficción. El sistema de justicia y los paradigmas democráticos*, obra colectiva de publicación digital, IX Congreso Nacional de Derecho Político, Rosario, 2012.

⁴⁰ BIOY CASARES, Adolfo, entrevista en el diario *El país*, del 19-7-92.

⁴¹ SARTRE, Jean Paul, en SANTOS, *Para descolonizar occidente* cit., p. 116.

- GUZMÁN, Rayda, *Unidades de ficción*, en rev. on line *Encrucijadas*, Centro de Investigaciones Posdoctorales de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. de Albert Calsamiglia, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.
- *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1983.
- LUNA SERRANO, Agustín, *Las ficciones del Derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, Acadèmia de Jurisprudència i legislació de Catalunya, Barcelona, 2004.
- MARÍ, Enrique E., *Derecho y psicoanálisis. Teoría de la ficción y función dogmática*, Hachette, Buenos Aires, 1987.
- *Teoría de las ficciones*, Eudeba, Buenos Aires, 2002.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Crítica y desmitificación del Derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1984.
- ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994.
- RUIZ, Alicia, *Idas y vueltas: por una teoría crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Para descolonizar occidente*, CLACSO, Buenos Aires, 2010.
- *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*, CLACSO, Buenos Aires, 2006.

ADMINISTRACIÓN DE CONSORCIOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL*

por LUISINA HUERTA

SUMARIO: I. Introducción. II. Normativa vigente en materia de consorcios de propiedad horizontal. 1. Consideraciones generales. 2. Ley 941 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Registro Público de Administradores de Consorcios. 3. Ley Nacional 13.512 y disposiciones vigentes del Código Civil. III. Institutos jurídicos aplicables a la actividad de los administradores de consorcios de propiedad horizontal. 1. El contrato de mandato aplicado a la figura de los administradores de consorcios de propiedad horizontal. 2. Obligaciones del mandante y mandatario: la específica obligación de rendir cuentas por parte de los administradores de consorcios de propiedad horizontal. 3. Administración de consorcios en el ámbito del Sistema de Defensa del Consumidor. IV. Perspectivas jurídicas en la materia. Análisis jurisprudencial. 1. Disposiciones del Anteproyecto del Código Civil y Comercial con relación a la figura de los administradores de consorcios. 2. Responsabilidad civil de los administradores de consorcios y su recepción en la jurisprudencia argentina. V. Conclusión. VI. Bibliografía. Anexo.

Resumen

En el funcionamiento diario de los consorcios de propiedad horizontal coexiste junto a la persona jurídica del consorcio, el sujeto del administrador; en un gran porcentaje de los casos, esa actividad la desarrolla una persona ajena a los mismos propietarios. Bajo esa realidad, se suscitan interminables conflictos por parte del accionar abusivo del administrador, tema a explorar en este trabajo.

* Trabajo premiado en el IX Congreso Nacional de Derecho, Facultad de Derecho, UNR, 2012.

Abstract

In the daily operation of horizontal property consortium coexists along with the legal entity of the consortium, the person of the administrator. On a large percentage of cases, this activity is carried out by a persons who is not an owner. In this reality, we can find endless conflicts generated by the abusive actions of the administrator, a subject to explore in this paper.

Palabras clave

Consortios de propiedad horizontal. Administrador. Accionar abusivo.

Keywords

Horizontal property consortium. Administrator. Abusive behaviour.

I. Introducción

La explosión demográfica que ha traído aparejada la expansión de las grandes urbes conlleva a que la población reconsidere nuevos sistemas de planeamiento y edificación de viviendas, en su mayoría, basados en complejos de edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal.

Esto tiene como consecuencia inmediata la relativización del derecho real de dominio, que al decir de Highton de Nolasco, la extensión de las facultades del titular del dominio se mide en función de las mayores o menores restricciones, significando que la idea del dominio no es absoluta. El mismo cede frente a la simultaneidad de propietarios que deben emplear un mecanismo distinto del existente en el régimen civil tradicional que atañe al derecho de propiedad, para poder establecer a priori sus derechos y obligaciones respecto de aquellos espacios que se tornan comunes y de los que continúan bajo el ámbito privado.

En consonancia, se hace presente la aparición de un nuevo sujeto bajo el régimen de la propiedad horizontal, corolario no sólo de la existencia de numerosas viviendas que conforman un mismo bloque habitacional, sino de la necesidad de aglutinar las funciones que demandará el sistema, surgiendo así el administrador de consorcios de propietarios.

A la luz de esa circunstancia que se acentúa con el transcurso del tiempo, el Derecho ha debido adaptarse a una realidad que exige cambios innegables en la sanción de normas, producto de lo cual la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es un claro ejemplo de ello, con la aprobación en el año 2002 de la Ley 941 que crea el Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal.

La existencia del mismo constituye un importante progreso dentro de la problemática, no sólo por la publicidad que deviene de la mano de los Registros, sino también a los fines de proteger a los propietarios de unidades, que a partir de la mencionada ley gozan de una mayor tutela de sus derechos a la vista del carácter abusivo que en numerosos casos ha demostrado la actuación de los administradores.

Por otro lado, es menester contar con un plexo de normas referidas al desenvolvimiento de la propiedad horizontal, ya que hasta el momento, y al no contener un sistema uniforme, se debe recurrir al método de integración para resolver los inconvenientes que se suscitan en la articulación de los consorcios, cuando las disposiciones del Código Civil y de la Ley Nacional 13.512 resultan insuficientes por no contemplar supuestos específicos, que además convergen en permanente tensión con la aplicación del Sistema del Consumidor, bajo el manto de la ley 24.240 y consiguientes reformas.

No obstante, es insoslayable el alcance del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, que se encuentra en tratamiento legislativo, y que regula la actividad de los administradores de los consorcios de propiedad horizontal, bajo el carácter de mandatarios, con sutiles innovaciones respecto del régimen vigente, que se expondrán a lo largo del texto.

El presente trabajo tiene como objetivo abordar la actual situación de los institutos jurídicos existentes a nivel nacional con relación a la responsabilidad civil de los administradores de consorcios de propiedad horizontal.

El fundamento de dicha investigación se basa en la carencia de normas específicas respecto de la actividad concreta que llevan adelante los administradores, al momento de juzgar su intervención y consecuente rendición de cuentas.

La exposición de la referida monografía tendrá carácter explicativo de las normas vigentes y los actuales vacíos legales.

II. Normativa vigente en materia de consorcios de propiedad horizontal

1. Consideraciones generales

El Derecho Privado argentino se estructura bajo grandes lineamientos liberales, lo que da lugar a una fuerte injerencia del principio de autonomía privada, con ciertas limitaciones sobre el mismo, cuando referimos a bienes tutelados que exceden los intereses meramente particulares, y/o que pertenecen al interés general de la sociedad, donde al Estado le compete intervenir y regular las relaciones que se presentan con mayor fuerza. Así, verbigracia, el Derecho de Familia se desenvuelve bajo principios basados en el orden público, desplazando en general los acuerdos privados que podrían llegar a acordar las partes.

A *contrario sensu*, en el Derecho Civil, salvo algunas excepciones que también existen, nos mantenemos frente a un escenario de relaciones, atravesadas por transacciones y acuerdos permanentes, que caracterizan la necesidad de celeridad en la vida de los negocios, razón por la cual el Derecho debe dar respuesta constante a un sin número de situaciones que se presentan a diario, y que para muchas de las cuales no siempre contamos con una norma que lo regule, desencadenándose pleitos que se judicializan cuando no es posible lograr conciliar a las partes.

Dentro el tema que nos avoca, en el funcionamiento diario de los consorcios de propiedad horizontal, coexiste junto a la persona jurídica del consorcio el sujeto del administrador, que en un gran porcentaje de los casos la actividad la desarrolla una persona ajena a los mismos propietarios, quienes deciden ab initio delegar a éste los actos que requiere el mantenimiento de un edificio. Bajo esa realidad, se suscitan interminables conflictos por parte del accionar abusivo del administrador, y que es el tema que nos corresponde explorar.

Es notable que frente a esto aún no se divise por parte del legislador, sea a nivel nacional o en el ámbito de nuestra provincia, la iniciativa

en firme de crear un Registro Público de Administradores de Consorcios, como sí ya lo ha hecho la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o bien en el caso concreto de la Ciudad de Rosario aún se aguarda la reglamentación de la normativa sancionada que apunta a direccionar la actividad de los administradores de consorcios.

En materia de derechos reales, y más puntualmente respecto de los registros, Vélez Sársfield no instituyó la publicidad registral inmobiliaria como sistema, en apariencia por cuestiones de coyuntura organizativa o falta de medios en el país, esencialmente por su propia convicción, no impuso la creación de registros inmobiliarios, prefiriendo la publicidad posesoria, diferenciándose y tomando un camino distinto al trazado por Freitas, repetidas veces fuente de su obra¹.

Acorde con lo precedente, si nos referimos a la temática de la propiedad horizontal, uno de los derechos reales que prevé expresamente el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, no podemos dejar de decir que si el mismo participa en su carácter de absoluto, y es oponible *erga omnes*, es decir, que la sociedad en su conjunto deba respetarlo y abstenerse de interferir en la relación que vincula al titular del derecho con la cosa que constituye su objeto, aquellos sobre lo que recae la relación; resulta menester que la existencia de la figura del administrador se encuentre bajo un sistema que prevea su publicidad, con la finalidad de resguardar no sólo a los propietarios de unidades, sino también a los terceros que se relacionarán jurídicamente con el edificio, sea prestando servicios, actuando como aseguradora, entre otros.

El Código Civil argentino, vigente desde el 1º de enero de 1871, sólo contempla el funcionamiento de los registros de hipotecas, asignando a la actividad registradora, tal como surge de los artículos 3134 y 3143, a las jurisdicciones provinciales, coincidentemente con lo normado por la Constitución Nacional. Esto tiene como antecedente que, antes de la vigencia del Derecho nacional, se aplicaba en nuestro territorio el Derecho español, especialmente la Ley Hipotecaria española, de Registro de Hipotecas y Censos.

¹ KIPER, Claudio y otros, *Código Civil comentado. Derecho reales*, Rubinza-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. III, p. 619.

Este sistema se mantuvo hasta la reforma del año 1968 (ley 17.711), que introduce la registración como un nuevo elemento publicitario, a través del artículo 2505, alterando el sistema y desplazando la función que Vélez asignó originariamente a la tradición-posesión, y simultáneamente se sanciona la ley de fondo 17.801.

El sistema registral inmobiliario de nuestro país es de carácter declarativo, y no constitutivo de derechos reales. Esto trae aparejado dos grandes consecuencias. La primera es que la registración no es un elemento constitutivo del derecho, sino que éste nace y se perfecciona extra registralmente y genera todas las potestades propias del derecho real entre su titular el sujeto y la cosa sobre la que recae.

La segunda consiste en que la registración es independiente de la constitución o transferencia del derecho, así lo registrado será consecuente con la realidad extra registral, y lo publicitado será un derecho real verdadero.

De esto resulta que la creación de un Registro Público de Administradores de Consorcios, empapado de un carácter tuitivo, se emplearía para que todos aquellos que acrediten un interés legítimo puedan consultar acerca del sujeto que lleva adelante la administración de los consorcios.

2. Ley 941 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Registro Público de Administradores de Consorcios

La ley en cuestión fue aprobada en el año 2002 por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Contiene veintidós artículos y tres cláusulas transitorias.

En primer término, la norma dispone la creación del Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal, a cargo de la máxima autoridad del Gobierno de la Ciudad en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

A esto se agrega la obligatoriedad respecto de la inscripción de la Administración de Consorcios, sea ésta a título gratuito u oneroso.

Sucesivamente, la ley contempla la figura de los administradores voluntarios, que son aquellos propietarios que residan en unidades fun-

cionales de edificios y cumplan la función de administrador sin percibir retribución alguna.

Los requisitos para la inscripción en el Registro Público, con excepción de los administradores voluntarios, demanda además de los datos personales, número de CUIT, constitución de domicilio especial en la ciudad, un certificado expedido por el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal, como así también un certificado de aprobación de un curso de capacitación en administración de consorcios de propiedad horizontal, lo que efectivamente posibilita demostrar la idoneidad para el cargo.

Además, prevé la publicidad del Registro, al cual se puede acceder gratuitamente, y se encuentra disponible en la página web del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires².

Respecto de las obligaciones del administrador es necesario destacar algunos aspectos positivos que regula la norma; entre ellos: a) El depósito de los fondos del consorcio en una cuenta bancaria a nombre del consorcio de propietarios, salvo disposición contraria de la asamblea de propietarios. Los fondos de los que hace mención el articulado de la norma son aquellos que se liquidan como rubro en los gastos comunes (expensas) bajo la denominación de Fondo de Reserva, dinero con el que el consorcio cuenta pero que se encuentran en manos de la administración y que cuya cuestión radica en el desconocimiento por parte de los propietarios del consorcio acerca de su destino. b) Siempre que la asamblea ordinaria o extraordinaria lo disponga, la gestión del administrador de consorcios de propiedad horizontal debe ser auditada contablemente y acompañada por un informe realizado por profesionales de Ciencias Económicas, como así también se podrá disponer de la realización de una auditoría legal.

Finalmente, dentro de los incisos correspondientes a las obligaciones del administrador, se observa una serie de disposiciones respecto de cómo deben ser los recibos de pago de expensas, y los datos que deben contener.

A su vez, los administradores son compelidos a presentar anual-

² Ver http://www.buenosaires.gov.ar/areas/produccion/def_consumidor/consorcios.php?menu_id=10327.

mente y bajo forma de declaración jurada un informe al Registro que contenga un listado actualizado de los consorcios que administra, consignando si lo hace a título gratuito u oneroso, detalles de los pagos efectuados en concepto de mantenimientos e inspecciones legalmente obligatorios, copia de las actas de asambleas relativas a rendiciones de cuentas, detalle de los pagos de los aportes y contribuciones previsionales, de seguridad social y cualquier otro aporte de carácter obligatorio; exceptuándose de dicha declaración jurada a los administradores voluntarios o gratuitos.

El mandato de administración que regula la actuación del administrador, salvo disposición en contrario establecida en el Reglamento de Copropiedad y Administración de cada consorcio, tendrá un plazo de hasta un (1) año para el ejercicio de su función, pudiendo ser renovado por la asamblea ordinaria o extraordinaria con la mayoría estipulada en dicho reglamento o en su defecto por los dos tercios de los propietarios presentes.

Por otro lado, se regula un régimen de infracciones y sanciones, y en el último capítulo de la ley el respectivo procedimiento administrativo, que tiene como objetivo que la autoridad de aplicación recepcione las denuncias correspondientes o actúe de oficio cuando toma conocimiento de la posible comisión por parte de los administradores de actos contrarios a la ley en análisis.

Si encontrare mérito suficiente en la misma, podrá ordenar la instrucción del sumario correspondiente. Luego corre traslado al infractor por el término de diez (10) días para que formule descargo y ofrezca prueba de la que pretenda valerse. Notificado o vencido el plazo dado para ellos, el instructor procede a recibir la causa a prueba, determinando aquella que resulte admisible.

Concluidas las diligencias sumariales, previo informe final del instructor, la autoridad de aplicación dicta resolución definitiva dentro de los veinte (20) días hábiles. La misma será publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Supletoriamente, se aplican las disposiciones contenidas en la Ley 757 sobre Procedimiento para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y lo dispuesto por el decreto 1510/97, de Procedimiento Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por último, las cláusulas transitorias tratan lo que ocurre con aquellos administradores que se encuentran frente a administraciones de consorcios con anterioridad a la sanción de la ley, para los cuales dispone la inscripción en el Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal dentro de los noventa (90) días corridos, contados a partir de la reglamentación de la ley; hecho que tuvo lugar en el año 2010.

3. *Ley Nacional 13.512 y disposiciones vigentes del Código Civil*

Desde la sanción del Código Civil, Vélez Sársfield opuso resistencia a la división horizontal de los edificios; criterio que fue plasmado en el artículo 2617 del mencionado cuerpo normativo, donde expresamente dispone: “El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente, ni por contrato, ni por actos de última voluntad”. Esto, en abierta pugna con lo que disponía el artículo 664 del Código Civil francés de 1804 –una de sus fuentes inmediatas–, lo que tiene como fundamento realidades antagónicas: la extensión de nuestro territorio no guardaba relación proporcional con la cantidad de población, por lo que no tenía razón de ser la edificación en altura. Situación que no era la de Europa continental, donde el espacio es al día de hoy un elemento vital.

Las reservas que Vélez señala en la nota al artículo 2617 sobre los conflictos que puede acarrear la división horizontal de los edificios quedaron en evidencia en los repertorios de jurisprudencia, pero no son más de los que se han planteado con motivo de negocios inmobiliarios tales como: la locación, la compraventa, la permuta, el pago por entrega de bienes, etcétera. Por otra parte, el criterio del Codificador era conteste con la postura que expone en las notas a los artículos 2502 y 2503, contraria a la creación indiscriminada de derechos reales sobre la cosa³.

La proscripción de la división horizontal de los edificios desde la sanción del Código subsistió hasta el 26 de agosto de 1948, en que se dicta la ley 13.512, teniendo como fuentes directas normas de las legislaciones italiana, uruguaya, chilena y brasileña; con un fin eminentemente social de remediar el déficit habitacional que se había ges-

³ CAUSE, Jorge Raúl, *Código Civil comentado. Derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. II, p. 379.

tado como consecuencia del gradual proceso de industrialización, determinantes del éxodo de la población rural a los grandes centros de producción.

De esta forma, según el artículo 18 de la ley, a los efectos de ella, quedan derogados en forma expresa, además de las clásicas disposiciones que se opongan a lo estatuido en la ley, los siguientes artículos del Código Civil:

a) artículo 2617; b) artículo 2685 *in fine*, que permite a los condóminos abandonar su parte indivisa para liberarse de la obligación de contribuir a los gastos de reparación y conservación de la cosa común, ya que el artículo 8º de la norma establece que “Ningún propietario podrá liberarse de contribuir a las expensas comunes por renuncia del uso y goce de los bienes o servicios comunes ni por abandono del piso o departamento que le pertenece”.

Respecto de las tesis más difundidas acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal son: la que considera un condominio que se integra con un condominio de indivisión forzosa y la que la caracteriza como un derecho real autónomo⁴.

- *Dominio que integra un condominio de indivisión forzosa*: al referirse al derecho sobre las unidades –partes exclusivas– la ley 13.512 habla siempre de “propietarios” (arts. 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 13 y 15) así como al mencionar el que recae sobre partes comunes, habla de “copropietarios” (art. 2º).

En lo que respecta al derecho sobre las partes comunes, pertenece por una parte indivisa a cada consorcista, y puede, lisa y llanamente, caracterizarse como un condominio de indivisión forzosa, similar al legislado en el artículo 2710 y siguientes del Código, lo cual fundamenta la derogación del artículo 2693 por el artículo 18 de la ley 13.512. El dominio y el condominio de indivisión forzosa se encuentran “indisolublemente unidos” en una relación de principal (el dominio) a accesorio (el condominio de indivisión forzosa)⁵.

- *Derecho real autónomo*: estamos ante una figura sui generis en

⁴ MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, 7ª ed. act., Zavallá, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 244.

⁵ *Ibidem*.

la cual se combinan dos formas jurídicas distintas: dominio y condominio, cuya unidad de destino las reúne en un todo indivisible. De esta forma, las distintas salas de la Cámara Nacional en lo Civil se han pronunciado acerca de ambas posturas.

A favor de la tesis del dominio más condominio de indivisión forzosa: “El régimen creado por la ley 13.512 sobre división horizontal de la propiedad presenta todos los caracteres esenciales del dominio respecto de las partes privativas y un condominio de indivisión forzosa en lo atinente a las comunes. El dueño de un piso o departamento está asimilado en el ejercicio de su derecho al propietario de cualquier bien raíz”⁶.

Mientras que a favor de la tesis del derecho real autónomo: “La ley 13.512 no crea sólo una nueva forma de condómino, sino una modificación sustancial del régimen del dominio previsto en el Código Civil, ya que deroga el artículo 2617 de este último. Por consiguiente, tanto actúa para originar un condominio particular (el llamado de ‘propiedad horizontal’) como para consumir la división del condominio clásico”⁷.

Entrando de lleno al tema que nos compete, la ley prevé órganos que llevarán adelante la vida de la propiedad horizontal. Entre ellos, podemos citar: al consorcio de copropietarios, el administrador, y la asamblea.

Respecto del administrador, conforme al artículo 9º de la ley 13.512, el Reglamento de Copropiedad debe prever obligatoriamente por lo menos los siguientes puntos: “a) Designación de un representante de los propietarios que puede ser uno de ellos o un extraño, que tendrá facultades para administrar las cosas de aprovechamiento común y proveer a la recaudación y empleo de los fondos necesarios para tal fin. Dicho representante podrá elegir el personal de servicio de la casa y despedirlo, y b) determinar las bases de su remuneración del representante y la forma de su remoción”, debiendo nombrarse, en su caso, el reemplazante por acto de escritura pública”.

⁶ Fallo del 16-7-54: J. A. 164-III-312; CNCiv., sala A, E. D. 120-408.

⁷ CNCiv., sala A, L. L. 88-355; sala C, L. L. 98-735 (4660-S); JCom. N° 22, firme, E. D. 122-668.

En cuanto a la naturaleza jurídica que reviste el administrador, ella dependerá de la posición en que nos coloquemos respecto de la existencia o inexistencia del consorcio, como entidad distinta de los copropietarios.

En efecto, si sostenemos que el consorcio carece de personalidad, el administrador aparece como el mandatario o representante de los copropietarios y así es, precisamente, como lo denomina la ley 13.512 todas las veces que a él se refiere (arts. 9º, 11 y 15)⁸.

Si se sostiene, por el contrario, que el consorcio es persona jurídica, el administrador aparecerá como órgano de dicha persona, como su representante o mandatario legal. Así lo ha caracterizado la jurisprudencia, aunque no en forma unánime⁹.

Cualquiera de las dos posturas en la que nos enrolemos, su actuación está regida por las previsiones estatutarias y de la ley 13.512, por las reglas del mandato contenidas en el Código Civil (arts. 1869, 1870, inc. 1º, Cód. Civ.).

En nuestro sistema legal y reglamentario es obligatorio que el consorcio tenga su representante legal. Así lo establecen no solamente la ley 13.512 sino también los reglamentos dictados para el orden nacional y las provincias. El artículo 10 de la ley lo denomina “representante de los condóminos”; en cambio el decreto reglamentario lo llama, en su artículo 3º, inciso 7º, “representante o administrador” al considerar su designación, retribución, forma de remoción, facultades y obligaciones.

III. Institutos jurídicos aplicables a la actividad de los administradores de consorcios de propiedad horizontal

1. *El contrato de mandato aplicado a la figura de los administradores de consorcios de propiedad horizontal*

El Código define el mandato diciendo: “El mandato, como contrato,

⁸ MARIANI DE VIDAL, *Derechos reales* cit., t. II, p. 287.

⁹ Consideró que se trataba de un representante de los copropietarios (representación legal unificada) y no del consorcio, por inexistencia de personalidad de éste. CNCiv., sala B, D. J. 1991-1-626.

tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza” (art. 1869).

Por su parte, el Código de Comercio expresa: “El mandato comercial, en general, es un contrato por el cual una persona se obliga a administrar uno o más negocios lícitos de comercio que otra le encomienda” (art. 221). El mandato es comercial cuando tiene por objeto actos de comercio, no se presume gratuito (art. 221, última parte).

Pero si bien es verdad que la definición del artículo 1869 es más propia de un “contrato de representación”, como lo sostiene Bibiloni, y que Vélez no distinguió el mandato, como negocio base con el cual puede vincularse o conectarse el apoderamiento, y el negocio unilateral de apoderamiento, del cual emerge la representación, también lo que es la caracterización de la figura no se desprende sólo de la norma destinada a conceptualizarla sino del contexto legal. De la coordinación de los artículos 1869 y 1929 resulta que la representación puede o no desprenderse del mandato y el mandatario actuar, por ende, en su nombre y por cuenta ajena. De donde le asiste razón a Acuña Anzorena cuando afirma que la representación no es esencial al mandato, pese a ser rasgo característico del mismo¹⁰.

El mandato se encuentra inmerso en los contratos de colaboración, cuya finalidad es desplegar la realización de un acto jurídico, catalogable como tal de acuerdo al artículo 944 y también en aquellos asignados como actos jurídicos *stricto sensu* o actos semejantes a los negocios jurídicos (Brebbia).

Una de las notas esenciales del mandato es que su estructura y eficacia descansa en la confianza que el mandante dispensa al mandatario y la fidelidad en su actuación que éste debe al mandante (Diez-Picazo).

A las relaciones entre administrador y consorcio, amén de las disposiciones contenidas en la ley 13.512, le son aplicables las reglas del mandato dispuestas en el Código Civil. Se considera mandatario legal o necesario, activo y pasivo, del conjunto de copropietarios al administrador del consorcio, no siendo necesaria la representación de poderes especiales.

¹⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Mandatos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 59.

Si el reglamento de copropiedad y administración atribuye al administrador amplias facultades para actuar judicialmente no es admisible discutir la validez del poder otorgado por el administrador del consorcio a un mandatario judicial¹¹.

En el carácter de mandatario o apoderado del consorcio, el artículo 11 de la ley nos dice que el representante de los propietarios actuará en todas las gestiones ante las autoridades administrativas de cualquier clase, como mandatario legal o exclusivo de ellos. Es decir, que también podrá estar en juicio, podrá efectuar todo tipo de presentaciones, reclamos o pedidos inherentes a su formación de administrador, deberá asegurar el edificio contra incendio (art. 11), certificará las deudas por expensas comunes (arts. 5° y 6°, decreto reglamentario 18.734), entre otras facultades.

Dentro de las facultades implícitas, podrá actuar ante terceros en general y ante el Poder Judicial. En los casos en que deba contar con un poder especial, si por el reglamento no se le hubiera otorgado, deberá contenerlo para no incurrir en responsabilidad directa y personal.

2. Obligaciones del mandante y mandatario: la específica obligación de rendir cuentas por parte de los administradores de consorcios de propiedad horizontal

Dentro de la serie de deberes que atañen a ambas partes bajo la mecánica de cualquier tipo contractual, en el contrato de mandato resulta de singular importancia la obligación de rendir cuentas por parte del mandatario. Puede decirse que todos aquellos que administran bienes ajenos tienen la obligación de rendir cuentas de su gestión.

Por tal motivo, los administradores de consorcio de propiedad horizontal, regidos por la ley 13.512, son alcanzados por esta obligación de hacer.

Aún cuando dicha obligación sea de fuente legal, las partes en ejercicio de la autonomía privada podrían modificar su alcance.

En el ámbito de la Ley de Propiedad Horizontal, los administradores

¹¹ ARIZA, Ariel, en *Código Civil comentado. Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. II, p. 418.

de los Consorcios están sujetos a las disposiciones del Código Civil, en lo que respecta a la rendición de cuentas.

La obligación de rendición de cuentas se torna exigible a la finalización de la gestión del mandatario, sea por cumplimiento del negocio o por cualquiera otra causal de extinción de la relación.

En cambio, durante la vigencia del contrato el mandatario está obligado a suministrar información al mandante, recabando de éste, en el caso que sea necesario, nuevas instrucciones¹².

Consecuentemente, dado que la relación de mandato se desarrolla entre el administrador del consorcio de propietarios y éste, las liquidaciones e informaciones entregadas a cada consorcista no configuran rendiciones parciales que puedan imputarse a la rendición de cuentas que debe realizar el administrador al finalizar su gestión¹³.

Es aplicable el artículo 1909 del Código Civil que dispone: “El mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a entregar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato”.

La rendición de cuentas debe ser instruida y documentada, como lo dispone el artículo 70 del Código de Comercio, que contiene un principio general transmisible a todas las situaciones.

Se ha sostenido que el administrador de un consorcio es designado y removido por la asamblea de copropietarios, según la mayoría que determine el reglamento de copropiedad, razón por la cual debe rendir cuentas ante la asamblea, su mandante. En consecuencia, los propietarios no pueden demandar la rendición de cuentas y sólo pueden solicitar la convocatoria de asamblea a tal efecto. De fracasar ésta, cuentan con los medios legales previstos en la ley 13.512¹⁴.

La liberación de la obligación de rendir cuentas, a juicio compartido por Mosset Iturraspe, exime al mandatario de la carga de la prueba, aunque su obligación sea de resultado. Es, por lo tanto, el mandante quien debe probar el incumplimiento o el apartamiento de las instrucciones, o la existencia de un saldo a favor, supuesto más probable en el caso de los consorcios.

¹² ARIZA, en *Código Civil comentado. Contratos* cit., t. II, p. 308.

¹³ CNCiv., sala E, 20-3-95, L. L. del 13-5-96, f. 94.267.

¹⁴ CNCiv., sala C, L. L. 110-528.

La doctrina y jurisprudencia tienen establecido que la rendición debe hacerse aun cuando no se hayan producido desplazamientos patrimoniales, del mandante al mandatario o del tercero al mandatario.

La negativa importa una violación de una obligación por su deudor, importa una conducta antijurídica, que puede dar pie para una presunción sobre configuración del delito previsto en el artículo 173, inciso 7° del Código Penal (administración fraudulenta).

A la rendición efectiva de las cuentas puede llegarse por dos caminos: el voluntario o espontáneo, aunque importe el cumplimiento de la obligación nacida de un contrato, o bien forzado, resultante de una constricción judicial. Mediando controversia acerca de la procedencia o no de la rendición de cuentas el camino para llegar a una sentencia que clarifique el punto es un juicio especial, denominado precisamente de “rendición de cuentas”¹⁵.

Asimismo, para lograr su cumplimiento forzado los códigos procesales incorporan un medio compulsivo de gran eficacia como es condenar a rendirlas bajo apercibimiento de tener por exactas las cuentas que presente el actor, quien las peticiona.

Respecto del juicio, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se ocupa del tema en los artículos 652 a 657; mientras que en la Provincia de Santa Fe está regulado dentro del Capítulo *Procesos Especiales*, en los artículos 527 a 530.

El Código Procesal de la Nación trata, en rigor, dos cuestiones diferentes:

- a) La acción para lograr que las cuentas sean rendidas.
- b) La acción, de la cual es titular el deudor de las cuentas, para lograr que las mismas sean aprobadas o “demandadas por aprobación de las cuentas” (art. 657).

La demanda por obligación de rendir cuentas en el Código Procesal Civil de la Nación tramitará por juicio sumario, a menos que integrase otras pretensiones que debieran sustanciarse en juicio ordinario. El traslado de la demanda se hará bajo apercibimiento de que si el demandado no la contestare, o admitiere la obligación y no las rindiere dentro del plazo que el juez fije al conferir dicho traslado, se tendrán

¹⁵ MOSSET ITURRASPE, *Mandatos* cit., p. 322.

por aprobadas las que presente el actor, en todo aquello que el demandado no pruebe que sean inexactas (art. 652, CPCCN). La disposición del 653 autoriza que tramite por vía de incidente.

En el Código Procesal Civil de Santa Fe, esto se detalla en el artículo 527, que prescribe que el proceso por rendición de cuentas seguirá el trámite sumarísimo. Si la sentencia declarare la obligación de rendirlas, fijará para ello un término no menor de diez días ni mayor de treinta y contendrá el apercibimiento de que si así no se hiciere se tendrán por exactas las que presente el actor dentro de los quince días siguientes.

A continuación, dispone el artículo 530 que todo saldo reconocido por el obligado confiere al actor acción ejecutiva, sin que ello importe la exactitud de la cuenta objeto del juicio, es decir permite iniciar juicio ejecutivo según los artículos 452 y siguientes¹⁶.

Con la impugnación finaliza la etapa que es propia del juicio de rendición de cuentas. Pero puede admitirse, como dice el Código de Santa Fe, que el escrito de impugnación sea cabeza de un nuevo juicio, que se tenga como demanda.

Las acciones de responsabilidad por incumplimiento, o de cobro de pesos, o de reivindicación, etcétera, se promoverán por separado¹⁷.

En cuanto a la prescripción de la acción tendiente a obtener la rendición de cuentas por parte del administrador, se ha resuelto que el plazo de prescripción de la obligación de rendir cuentas que pesa sobre el administrador del consorcio es el ordinario de diez años (art. 4023, Cód. Civ.), dado el carácter de obligación personal. Esto que ha sido motivo de largos debates en la doctrina y jurisprudencia se vería radicado con la puesta en vigencia de la nueva legislación civil.

Por último, atañe resaltar que en materia de rendición de cuentas, el Anteproyecto lo regula en el artículo 1334 dentro las disposiciones del contrato de mandato, prescribiendo que la misma debe ser realizada conforme el artículo 858 y siguientes; y que salvo estipulación en contrario, las cuentas se rinden en el domicilio a cargo del mandatario.

¹⁶ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, 6ª ed. act. por Andrea Meroi, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 308.

¹⁷ MOSSET ITURRASPE, ob. cit., p. 328.

3. *Administración de consorcios en el ámbito del Sistema de Defensa del Consumidor*

En Argentina, el régimen normativo de defensa del consumidor, al decir de Noemí Nicolau, constituye un microsistema dentro de la regulación del Código Civil, que altera profundamente el alcance de las disposiciones de éste y del Código de Comercio.

Este microsistema se fue conformando a través de sucesivas etapas, la primera de ellas tiene lugar en el año 1993 con la sanción de la ley 24.240. Posteriormente, con la reforma constitucional del año 1994, se consagran nuevas garantías para los consumidores y usuarios en el artículo 42.

Así, la ley 24.240 sufre reformas, hasta llegar a la última que fue la ley 26.361, que instaura una nueva estructura, ampliando la tutela de los derechos fundamentales de los consumidores, como por ejemplo el derecho a la información, extendiendo la nómina de prácticas comerciales abusivas, mejorando la posición del consumidor en materia de garantías legales, que conllevan a un fortalecimiento del amparo individual y colectivo de los consumidores.

Ha sido Lorenzetti quien de manera precursora se ha planteado la vinculación entre el contrato de mandato y las relaciones de consumo. Tal vinculación es provechosa puesto que puede permitir identificar novedosas utilidades de la figura del mandato que deben ser vistas con especial cautela.

Existen relaciones de consumo en las que directamente y como objeto principal se encomienda al mandatario la gestión del interés ajeno, verbigracia, el caso de los administradores de consorcios de propiedad horizontal¹⁸.

Así fue entendido por el legislador en la ley 26.361, que optó por expandir la materia objeto de la ley a los inmuebles y derechos, perfectamente aplicable a los administradores de consorcios.

Con relación a las cláusulas abusivas, la Ley de Defensa del Consumidor dispone tener por no convenientes a aquellas cláusulas que limitan la responsabilidad por daños e invierten la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Ejemplo de esto se puede observar en el artículo 8º de la ley 14.005, que resta virtualidad a la cláusula que

¹⁸ ARIZA, ob. cit., p. 416.

faculta al vendedor a resolver el contrato cuando se hubiera abonado el 25% del precio o se hubieran introducido mejoras equivalentes al 50% del valor del lote. Otro ejemplo lo encontramos en la Ley de Seguro 17.418 que restringe la autonomía de la voluntad al consagrar contenidos negociales inmutables, que excepcionalmente pueden modificarse a favor del asegurado. La Ley de Leasing 25.248 también es otro claro ejemplo de esto.

Como consecuencia, considero que el Anteproyecto ha olvidado contemplar en forma expresa la aplicación del régimen del consumidor a los administradores de consorcios, más allá de que la jurisprudencia se ha inclinado por extender la eficacia a los contratos de mandato.

Esta adicional aplicación de las disposiciones de la ley 24.240 permite reforzar la posición del mandante en cuanto al derecho a la información y a la responsabilidad del mandatario.

IV. Perspectivas jurídicas en la materia. Análisis jurisprudencial

1. Disposiciones del Anteproyecto del Código Civil y Comercial con relación a la figura de los Administradores de Consorcios

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial, que en estos momentos se encuentra bajo debate legislativo, ha contemplado profundos cambios en lo que respecta a propiedad horizontal.

En primer lugar, porque incluye en forma expresa a la propiedad horizontal como derecho real, dentro de un cuerpo único y sistematizado de normas, en contraposición a la ley especial 13.512 que rige en estos momentos.

Por otro lado, disipa todo tipo de discusión acerca del carácter o naturaleza jurídica del ente del consorcio de propietarios, otorgándole plena personalidad jurídica al mismo, desde la afectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal, y finalizando tal personalidad al momento de la desafectación al régimen.

También prevé en el artículo 2056, incisos que el Reglamento de Propiedad y Administración debe acordar acerca del plazo de ejercicio de la función del administrador, salvo el supuesto del artículo 2066 de cese automático, si el mismo no es ratificado en oportunidad de la primera asamblea, disposiciones diferentes a las vigentes en éste momento.

Otro evidente acierto del Anteproyecto es lo que prescribe en relación a la obligación de rendir cuentas por parte de los administradores, situación alcanzada por el artículo 2067, inciso e, que insta a la rendición dentro de los sesenta días de la fecha de cierre del ejercicio financiero fijado en el Reglamento. Concordante con esto, el capítulo nos remite a los artículos 858 y siguientes. Además dispone quienes se encuentran obligados a llevar a cabo dicha rendición, como así también el momento oportuno, que será a la finalización del negocio, y si es de ejecución continuada, al concluir cada uno de los períodos o al final de cada año calendario, supuesto encuadrable en el caso de los Administradores.

No obstante, es preciso subrayar dos vacíos legales atinentes al Anteproyecto, ausentes de la exposición de motivos del mismo; por un lado lo que concierne al destino de los Fondos de Reserva, exigiendo el depósito en una cuenta corriente bancaria a nombre del consorcio, como si lo prevé la ley 941, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya finalidad radica en tener conocimiento veraz respecto del estado de los fondos. Por otro lado, lo que refiere a establecer si la renuncia o remoción del administrador por parte de la Asamblea implica o no la extensión de escritura pública. Esto último teniendo en vista la prontitud y practicidad que envuelve el tráfico de las relaciones contractuales.

2. Responsabilidad civil de los administradores de consorcios y su recepción en la jurisprudencia argentina

La actuación del Administrador conlleva a la existencia de diversas relaciones jurídicas, cuyo incumplimiento puede aparejar su propia responsabilidad personal, la del conjunto de copropietarios si nos posicionamos ante la tesis que niega personalidad jurídica al consorcio, o bien la del consorcio de copropietarios, si adherimos a la teoría contraria.

Ante la falta de normas específicas que regulen esta responsabilidad, ha de acudirse a las disposiciones que rigen la responsabilidad del representante de las personas jurídicas y el mandato en el Código Civil, siendo que el mandatario responde ante el mandante por inejecución de sus obligaciones, y aunque respecto de terceros, en principio, y por aplicación de los artículos 1870, 1929 y 1946 del Código Civil,

resulta la responsabilidad del representado por los hechos de su representante, ello dará lugar a la responsabilidad del administrador ante su representado.

Paralelamente, el artículo 59 de la Ley de Sociedades 19.550 dispone, como pauta interpretativa para juzgar la conducta, “que el administrador o representante debe obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”.

La responsabilidad del administrador es contractual ante el consorcio que lo ha designado a través de una asamblea, por lo cual debe responder al consorcio y no a los propietarios individualmente considerados, en el marco de las normas del mandato civil.

En la mayoría de los casos, las obligaciones que asume y que la ley le impone son de resultado. Por lo tanto, todas las actividades que no han sido ejecutadas traen aparejada responsabilidad, salvo ruptura del nexo de causalidad. Cuando el desempeño de la administración lo lleva adelante un profesional, el deber de diligencia, atención y previsión se acentúan¹⁹.

El deber de responder aparece cuando se produzca algún daño, sin perjuicio de la causal de remoción que deviene de la inejecución o ejecución tardía. Por ejemplo, en el caso de la obligación de contratar seguro de incendio, si no se produce el siniestro, la mora en cubrir el seguro, no dará lugar a una acción de daños y perjuicios, pero permite quitar la confianza del representante.

Caso típico de responsabilidad es el de retención en beneficio propio o mal empleo de los fondos recaudados.

Al administrador del consorcio de propietarios le son aplicables las normas del Derecho Civil que rigen el mandato. A nivel de fallo plenario se ha decidido que la responsabilidad por vía del mandato es aplicable aun antes de constituirse el consorcio, si la parte vendedora, promotora de un consorcio por la ley 13.512, se ha reservado la administración como condición de venta, y la ha ejercido durante el tiempo en que todavía no quedó constituido el consorcio.

Con respecto al artículo 9º de la ley 13.512, el mismo faculta al

¹⁹ HIGHTON DE NOLASCO, Elena, en colaboración con profesores de su cátedra, *Responsabilidad civil. Administradores, consorcios, consorcistas y vecinos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1986, p. 173.

administrador a “elegir el personal de servicio de la casa y a despedirlo”, pero no libera de responsabilidad al representante legal frente al ente consorcial, cuando se trata del despido sin causa del encargado del edificio fundado en un error de hecho inexcusable²⁰.

Para ejemplificar, traigo a colación un fallo del corriente año que versa sobre un obrero que realizando tareas de reparación y pintura en un edificio cae de un 5° piso, como consecuencia de lo cual queda con una incapacidad total del 40%. El administrador del consorcio intervino en el contrato de obra en calidad de representante legal del consorcio de propietarios, y en ese marco no se obligó personalmente, su responsabilidad civil frente al trabajador accidentado remite a un factor de atribución subjetivo y a una fuente extracontractual. Según el artículo 8° de la ley 941 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los administradores de consorcios sólo pueden contratar la provisión de bienes, servicios o la realización de obras con aquellos prestadores que reúnan, entre otros requisitos: “Seguros de riesgos del trabajo del personal a su cargo, en los casos que así lo exija la legislación vigente” (inc. 2°). El factor de atribución de responsabilidad es subjetivo (arts. 1109 y 1074, Cód. Civ.) y desde la óptica del artículo 902 del Código Civil, la omisión del deber legal señalado, que es imperativo para todo administrador de consorcio, permite concluir en la existencia de relación causal adecuada entre la antijuridicidad y el daño²¹.

El siguiente extracto es de un fallo respecto de la obligación de rendir cuentas: “las liquidaciones de expensas no son rendiciones de cuentas parciales. Tampoco basta con poner a disposición los libros y documentación respaldatoria, el administrador debe rendir cuenta documentada de su gestión, la que debe ser aprobada por la asamblea...”²²

V. Conclusión

A través del breve análisis realizado sobre los institutos previstos

²⁰ Ver <http://www.administracion.milnueve84.com.ar/archivos/el-administrador-en-la-pphh.shtml>.

²¹ CNAT, sala I, 15-3-2012, expte. 16.038/10.

²² CCCom., sala J, 15-10-2009, en autos “Consortio de Propietarios Avda. Coronel Díaz 1489/97 c/Administración Aníbal Azulay SRL”, disponible en URL:<http://ar.vlex.com/tags/jurisprudencia-consorcios-546184>.

por nuestro Derecho positivo, se divisa el progreso que constituye el Anteproyecto del Código Civil y Comercial en materia de propiedad horizontal y responsabilidad. En primer lugar, por incluir expresamente a la propiedad horizontal dentro del *numerus clausus* que conforman los derechos reales, regulando la figura no sólo en una ley especial como ha sido hasta el momento la 13.512 (ley que nació perfectible al decir del profesor Hernán Racciatti, por la coyuntura social que atravesaba el país al momento de su aprobación), sino también porque además disipa la discusión respecto de la naturaleza jurídica de la figura del consorcio de propietarios, otorgándole plena personalidad jurídica, desapareciendo la misma por la desafectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal.

La duración del administrador en el cargo, que exige ser prevista en el Reglamento de Propiedad y Administración, también es otro gran avance para determinar el período de rendición de cuentas al concluir el cargo, y el consiguiente plazo de la acción de prescripción derivado de este deber.

Paralelamente, la ley 941, que crea el Registro de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contempla la duración del administrador en el cargo por un año, salvo disposición en contrario del Reglamento de Propiedad y Administración.

No obstante, los tribunales nacionales aún se muestran renuentes a la sanción de la figura del administrador por no contar con una normativa expresa de la materia, aplicándose en la mayoría de los casos las reglas del contrato de mandato.

Lo hasta aquí trabajado corresponde sólo a una escueta parte que es la problemática de los consorcios dentro de las infinitas relaciones que aguardan por ser rectificadas en otras ramas de la ciencia jurídica, así el Derecho se asoma como herramienta alternativa de cambio, como intento de alzarse ante el escenario de conflicto social.

VI. Bibliografía

KIPER, Claudio y otros, *Código Civil comentado. Derecho reales*, Rubinza-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. III.

- LORENZETTI, Ricardo Luis y otros, *Código Civil comentado. Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. II.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, 7ª ed. act., Zavallía, Buenos Aires, 2004, t. II.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Mandatos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y ALEGRIA, Héctor (dirs.), *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.
- NICOLAU, Noemí Lidia y otros, *Fundamentos de Derecho Contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, ts. I y II.
- RONDINA, Homero, *Medianería y propiedad horizontal*, Violeta Ediciones SRL, 1998.
- TALLER, Adriana; ANTIK, Analía y NICOLAU, Noemí Lidia, *Curso de Derecho Urbanístico*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.
- rsid3942272 T2 = Citas en Internet
- Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: www.buenosaires.gov.ar/areas/produccion/def_consumidor/consorcios.php?menu_id=10327.
- www.ligadelconsorcista.org.
- www.saij.jus.gov.ar.

Anexo

1. Nota periodística. Diario “La Nación”. Fecha: 19-10-2011

En la ciudad. Por incumplimiento de las normas

Administradores de consorcios, en la mira, por Ángeles Castro, “La Nación”

El gobierno porteño dio de baja al 44 por ciento de los 8000 administradores de consorcios inscriptos en el registro oficial que los habilita a ejercer la actividad y les impidió volver a anotarse por un año, lapso en el que no deberán ofrecer sus servicios a propietarios de inmuebles de la ciudad.

La medida, publicada en el Boletín Oficial y que incluye a 3549 administradores, fue adoptada por el director general de Defensa del

Consumidor, Juan Gallo, luego de que aquéllos no cumplieron con la obligación de reempadronarse.

Según fuentes oficiales, en algunos casos la falta de adhesión al reempadronamiento –que originalmente vencía a fines de 2010, pero que se prorrogó por tres meses– puede obedecer a que algunos abandonaron sus funciones o bien se habían inscripto tentativamente. No obstante, se sospecha que la mayoría no se presentó a la convocatoria porque trabaja al margen de la normativa vigente.

En 2009, la Legislatura porteña endureció los requisitos para esa prestación, labor que históricamente despertó objeciones y duras críticas entre copropietarios, a raíz de numerosas estafas cometidas por no pocos administradores en perjuicio de los dueños de departamentos de renta horizontal. Según el censo 2010, el 65,5% de los porteños vive en edificios afectados a ese régimen.

Entre otros puntos, la norma estableció para los administradores la obligación de inscribirse en el registro público y de presentar ante el consorcio el certificado de acreditación de esa condición anualmente. Para anotarse, deben demostrar que no están inhabilitados para ejercer operaciones comerciales y que no tienen fallos en su contra. Se determinó que su mandato sólo dura un año y su renovación debe evaluarse en asamblea; antes, el mandato no tenía duración prefijada y los vecinos se enfrentaban a serias dificultades para poder reemplazar a un administrador.

También se les exigió realizar una declaración jurada para informar sobre los pagos de aportes y contribuciones previsionales, las pólizas de seguros, el pago de servicios, impuestos y tasas de las partes comunes, medidas de seguridad obligatorias y la contratación de personal matriculado en los casos que corresponda.

Con el fin de actualizar la información respecto del universo de administradores sobre los que se aplicaría la ley, la Dirección General de Defensa del Consumidor llamó a mediados de 2010 a un reempadronamiento.

Como se dijo, de los 8000 administradores inscriptos, 3549 no realizaron el trámite y fueron dados de baja. En otros 248 casos el gobierno detectó irregularidades en la documentación y permanecen

observados. “La situación de estos últimos se decidirá este mes. De los dados de baja, algunos no pudieron cumplir las condiciones exigidas o no ejercen. Otros están acostumbrados a vivir en la informalidad y la ilegalidad”, consideró Gallo.

Cuando ya estén revisados los casos dados de baja ante el reclamo de algún afectado, el registro público *online* –que aún contiene la totalidad de los 8000 administradores (http://www.buenosaires.gov.ar/areas/jef_gabinete/atencion_ciudadana/def_consumidor/consorcios/consulta_a_dm.php?menu_id=10329)– será depurado. Los copropietarios que deseen indagar sobre si su administrador fue dado de baja pueden consultar el Boletín Oficial (<http://boletinoficial.buenosaires.gob.ar>).

El diputado Sergio Abrevaya (Coalición Cívica), que impulsó la ley con mayores exigencias a los administradores, no descartó que –además de los motivos enumerados por Gallo– haya habido inconvenientes técnicos.

“De todos modos, los controles deben ser efectuados, y los administradores que no cumplen, sancionados. Hay un grupo que insiste en funcionar en la ilegalidad y estafa a los consorcios, incluso diciendo que la ley no está vigente”, dijo el diputado.

Con él coincidió el titular de la Federación de Asociaciones de Consorcios (Fedeco), Samuel Knopoff. “El registro estuvo cerrado seis meses, lo que puede haber dificultado el reempadronamiento. Por otro lado, sigue funcionando otra cantidad que –si bien realizó el trámite– hace caso omiso de sus obligaciones legales. Todavía los controles son escasos”, opinó.

Alicia Gutiérrez, presidenta de la Unión de Consorcistas de la República Argentina (UCRA), consideró: “Con esta acertada disposición se espera lograr que en el padrón se encuentren los administradores que se desempeñan con la idoneidad y honestidad que requiere el cargo”.

Desde la Liga del Consorcista, Osvaldo Loisi, opinó: “Hoy los copropietarios son el jamón del sándwich entre el gremio de los encargados y la corporación de los administradores, cuando tanto unos como otros deberían estar al servicio de los dueños de departamentos”.

Consulte si su administrador fue dado de baja:

La medida por la que el gobierno porteño dio de baja a casi la

mitad de los administradores de consorcios de la ciudad, inhabilitándolos por un año en sus funciones, puede ser consultada, con la lista correspondiente de esos prestadores, en los siguientes sitios:

- *Página oficial*: en el gobierno porteño, en el sitio www.buenosaires.gov.ar (buscar Defensa del Consumidor) o por el mail aregis.troconsorcios@buenosaires.gov.ar.
- *En Fedeco*: 4555-1722, 154-478-6452, casyc_consortorios@yahoo.com.ar, sknopoff@fibertel.com.ar.
- *En UCRA*: en el sitio www.ucra.org.ar o por el mail ucra@argentina.com.
- *En la Liga de Consorcistas*: en el sitio www.ligadelconsorcista.org o por el mail info@ligadelconsorcista.org.

2. *Artículo disponible en: <http://www.abogados.com.ar/ratifican-multa-contr-administrador-de-consorcio-por-falta-de-presentacion-en-tiempo-oportuno-de-declaracion-jurada-anual/8818>*

Ratifican multa contra administrador de consorcio por falta de presentación en tiempo oportuno de declaración jurada anual.

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ratificó la multa que había sido impuesta contra un administrador de consorcios que se encontraba inscripto en el Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal por no haber presentado la declaración jurada anual en tiempo oportuno.

En el marco de la causa “J. E. B. c/Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelación”, el señor E. J. presentó recurso de apelación contra la disposición 3246-DGDyPC-2009, por medio de la cual se le impuso la sanción de multa por infracción a los artículos 9º y 10, inciso d, de la ley 941, y se dispuso que el sancionado debía publicar la disposición condenatoria en el diario *La Razón*, conforme lo dispuesto por el artículo 18 del Anexo I del decreto 17-GCBA-2003.

Al imponer dicha sanción, la Administración tuvo en cuenta que el actor se encontraba inscripto en el Registro Público de Administra-

dores de Consorcios de Propiedad Horizontal y que no presentó la declaración jurada anual correspondiente al período 2005 en tiempo oportuno.

En su apelación, el accionante sostuvo que si bien la sanción impuesta es la menor de la escala prevista en el régimen imperante, considera que ninguna sanción debió imponérsele, ni multa, ni mucho menos la publicación de la sentencia, debido a que la omisión que se le imputa fue de carácter formal.

Los jueces que integran la sala I explicaron que la autoridad de aplicación había sancionado con multa al actor por violación a lo establecido en los artículos 9º y 10, inciso d, de la ley 941-GCBA-2002.

Los jueces explicaron que el primero de dichos artículos sostiene que “*declaración jurada*: los administradores deben presentar un informe anual con carácter de declaración jurada conteniendo: a) La lista de consorcios en los cuales desempeñan sus tareas, detallando las altas y bajas producidas en el período. b) Los pagos de los aportes y contribuciones previsionales, los correspondientes a la seguridad social, aportes convencionales de carácter obligatorio y la cuota sindical si correspondiese, por los trabajadores de edificios pertenecientes a los consorcios que administran”.

Los magistrados señalaron que el artículo 10 establece que “son infracciones a la presente Ley [...] d) El incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 9º, cuando tales incumplimientos obedecieran a razones atribuibles al administrador”.

Los camaristas determinaron que “el recurso de apelación interpuesto por el actor no ha de prosperar, en primer lugar, porque ha quedado efectivamente demostrado que incumplió con la obligación de presentar en término la declaración jurada exigida, tal como fuera reconocido por él mismo”, mientras que “en segundo lugar, porque conforme el marco normativo señalado en el apartado anterior, las disposiciones 266-DGDyPC-2006 y 2298-DGDyPC-2006 fijaron con exactitud los plazos para la presentación de las declaraciones juradas correspondientes al período en cuestión”.

Por último, los magistrados remarcaron que tampoco corresponde prosperar el recurso presentado “debido a que los argumentos expuestos

por el actor al momento de fundar su recurso apuntan solamente a expresar su disconformidad con el modo en que se llevó a cabo el procedimiento, la demora en la que incurrió la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor y el funcionamiento general de ese organismo, sin demostrar en cambio los errores de la administración a la hora de imponer la multa”.

En base a lo expuesto, en la sentencia del 19 de septiembre del presente año, los jueces resolvieron que “corresponde rechazar el presente recurso y en consecuencia confirmar la disposición 3246-DGDyPC-2009 por medio de la cual se impusiera la sanción de multa por infracción a los artículos 9º y 10, inciso d, de la ley 941. Se propone, finalmente, que las costas se impongan a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT)”.

RESPONSABILIDAD POR TRANSGÉNICOS: ANTE LA DUDA, PRECAUCIÓN*

por MARÍA CARLA PELLEGRINO**

SUMARIO: A modo de introito. I. Términos necesarios que definen y organizan. II. Historia de los cultivos y alimentos. III. Ventajas y desventajas de los OMG. IV. Situación normativa en Argentina. V. Medidas necesarias a tomar ante eventuales daños. 1. Principio de precaución. 2. Derecho a la información. VI. Conclusiones. Bibliografía. Sitiografía.

Resumen

La preocupación preventiva ha estado presente en el Derecho desde tiempos pretéritos, y a pesar de que se ha ido acentuado con el correr de los años, su aplicación, a nuestro gusto, ha sido escasa. Las innovadoras tecnologías y riesgos de desarrollo de la actualidad requieren un nuevo criterio de precaución que opera ante la incertidumbre de potenciales daños. Este principio se ha insertado ya en el Derecho Ambiental, y hoy se hace necesario analizar la posibilidad de importarlo al Derecho de Daños en general.

Los riesgos son de amplia variedad y los agentes que los provocan son múltiples, generándose así un amplio espectro de posibilidades a considerar, dentro de las cuales hemos elegido como objeto de análisis los organismos modificados genéticamente.

Estos organismos han generado una situación de posibles daños que preocupa a la población. Este tema ha motivado la investigación cuyos resultados se presentan en el siguiente trabajo.

* Concurso al premio "Jean-Jacques Rousseau", Facultad de Derecho, UNR.

** Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho.

Abstract

Preventive precaution in Law has been present since preterite times, and with the passing of the years though it has been accentuated, its application to our taste, has been scarce. Innovative technologies and today development risks require a new precautionary criteria to operate facing the uncertainty of potential damage. This principle has already been inserted into the Environmental Law, and today it is necessary to explore the possibility of importing it to Tort Law in general.

The risks are of wide range, and the agents that cause them are manifold, creating a broad spectrum of possibilities to consider; within which we have chosen as the subject of analysis the genetically modified organisms.

These organisms have created a situation of potential harm that preoccupies the population. This issue has prompted research which results are presented in this paper.

Palabras clave

Derecho Ambiental. Responsabilidad.

Keywords

Environmental Law. Responsibility.

A modo de introito

Nos planteamos los siguientes interrogantes: ¿Por qué el Derecho actúa luego de las consecuencias no queridas? ¿Por qué el conflicto se “soluciona” con la sanción, la reparación, la condena? ¿No es acaso más conveniente y lógico prevenir esas consecuencias?

Nuestro Derecho, hoy día, a pesar de sus importantes avances, permanece en el defasaje derecho-realidad social típico de los sistemas codificados. Esto se debe a los constantes cambios del mundo contemporáneo que complejizan día a día las relaciones entre los hombres.

¿Es hora de un cambio de paradigma? ¿Es hora de actuar *ex ante*? ¿Es tiempo de prevención y de precaución? ¿Debe construirse un nuevo Derecho que actúe antes de que aparezca el problema?

La prevención podría ahorrar consecuencias indeseadas, personas insatisfechas, acumulación de expedientes en los juzgados, estrés, pérdida de tiempo y energía.

En este trabajo se quiere demostrar la actual necesidad de cambio que atraviesa la Responsabilidad Civil (o Derecho de Daños, según cómo se lo desee llamar, y sin entrar en discusiones ajenas a esta ponencia), y la conveniencia de permeabilizarla, dejando incorporar a ella elementos de otras ramas del Derecho, como el Derecho Ambiental y el Derecho del Consumidor, que están en permanente vanguardia.

Un cambio de criterio implicará quizá matizar la tarea del juez. Éste siempre aplica la norma a un hecho del pasado, ¿por qué no permitir que en la sentencia fije lineamientos para que el beneficiario de esa norma particular no incurra en hechos semejantes en el futuro?

Como tema sustancial, y a modo de ejemplo, se focaliza la problemática de la salud y el medio ambiente en relación con la biotecnología y las necesidades y consecuencias que podrían generarse en el futuro, pero sin dejarse de lado la realidad del presente. Se hace necesario compatibilizar los intereses contrapuestos entre Economía-Comercio versus Ecología-Salud. Esto puede lograrse a través del Desarrollo Sustentable, y el Derecho es la principal herramienta.

Son muchas las preguntas que emergen: ¿Somos concientes de lo que consumimos? ¿Estamos informados acerca de qué es un transgénico? ¿Son éstos perjudiciales para la salud o el ambiente? ¿Qué puede hacerse desde el Derecho para compatibilizar la diversidad de intereses que existe entre productores-comerciantes-consumidores?

En esta ponencia se quiere transmitir información multifocalizada y objetiva sobre temas actuales en los que abunda la dispersión y lagunas legislativas; y también plantear algunos lineamientos que debe tener en cuenta el legislador acerca de cultivos y alimentos transgénicos. Entre ellos: si es necesaria la diferenciación entre alimentos transgénicos y los que no lo son; si es conveniente actuar *ex ante* o *ex post* a posibles consecuencias dañosas; cómo juegan los principios de prevención y de precaución en esta materia; cómo se diferencian de la tradicional responsabilidad civil; y analizar la posibilidad de incorporar esos elementos al Derecho Civil.

Los pasos metodológicos seguidos son los siguientes: I) Definición de las palabras clave para el entendimiento de esta problemática. II) Breve exposición acerca de cómo han sido los cultivos y alimentos a lo largo de la historia. III) Ventajas e inconvenientes de los organismos genéticamente modificados. IV) Normas vigentes relacionadas a esta cuestión. V) Determinación de las medidas necesarias a tomar ante eventuales daños. VI) Conclusiones.

I. Términos necesarios que definen y organizan

Organismo modificado genéticamente (OMG) o transgénico: “es cualquier organismo vivo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología moderna”¹.

Organismo vivo: “es cualquier entidad biológica capaz de transferir o replicar material genético, incluidos los organismos estériles, los virus y los viroides”².

En otras palabras, un OMG es un organismo que ha sido manipulado en el laboratorio para modificar alguna de sus características específicas. Se puede introducir en su ADN un gen de otro organismo de su misma especie o de otra distinta, o se puede modificar o suprimir un gen del mismo organismo. A partir de estos nuevos organismos se elaboran, por ejemplo, productos alimenticios llamados alimentos transgénicos.

Biotecnología moderna: “es la utilización de técnicas moleculares para identificar, seleccionar y modificar las secuencias de ADN para lograr una característica genética específica (por ejemplo: la resistencia a insectos) a partir de un organismo donante (microorganismo, animal o vegetal) y transferir la secuencia al organismo receptor de modo que éste exprese esa característica”³.

¹ Art. 3° del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Montreal, 2000).

² *Ibidem*.

³ OMS. Dpto. de inocuidad de alimentos. *Biotecnología moderna de los alimentos, salud y desarrollo humano: estudio basado en evidencias*, 2005, p. 5. Impreso en Suiza.

Gen: “es la unidad física y funcional del material hereditario que determina un carácter del individuo y que se transmite de generación en generación. Su base material la constituye una porción de cromosoma que codifica la información mediante secuencias de ADN”.

Hibridación: tiene por objeto la mejora genética, pero se hace a través de sistemas normales de reproducción y mediante cruces de individuos de la misma especie o especies emparentadas. No se utiliza la biotecnología moderna, sino la tradicional.

II. Historia de los cultivos y alimentos

La agricultura surgió durante el neolítico en varios lugares de la tierra hace alrededor de 10.000 años. En el curso de los primeros 5.000 años fueron domesticadas plantas silvestres como el trigo, la papa y el arroz. Gracias a eso, y a haberse seleccionado y usado estos cultivos desde hace muchos años, es que Molina⁴ establece que el mejoramiento genético es tan viejo como la agricultura misma.

Existen evidencias de que entre los años 6.000 y 2.000 a. C., para satisfacer sus necesidades alimentarias, el hombre creó técnicas para la fabricación del pan, elaboración de cerveza, fermentación del vino, las cuales se consideran técnicas biotecnológicas.

De lo expuesto se deduce que tanto la biotecnología como el mejoramiento genético no son ciencias nuevas, ya que ambas se practicaban en forma empírica mucho tiempo antes de la era cristiana. El mejoramiento genético tradicional ha permitido obtener nuevas especies de plantas con mejores rendimientos y/o con características agromónicas más favorables, logrando incrementar el rendimiento de cultivos de importancia social y económica.

Si bien la hibridación lograda mediante programas de producción tradicionales ha sido y seguirá siendo extremadamente valiosa, este proceso tiene limitaciones. En el cultivo de plantas por ejemplo, la práctica convencional combina todos los genes de la planta madre y genera una progenie que posee rasgos deseables y no deseables. Para

⁴ MOLINA, G. J. D., 1993 Comentarios a la plática *El fitomejoramiento como disciplina científica*. Ciencia 44:95-97, citado en *La biotecnología y el mejoramiento genético vegetal*, en *Revista Kuxulkab*, vol. VII, N° 14.

eliminar estos últimos, los agricultores deben “retrocruzar” (cruzar hacia atrás) las nuevas variedades de plantas con otras a lo largo de varias generaciones. Este proceso consume tiempo y es costoso.

En la actualidad, la necesidad de producir más y de mejor calidad por unidad de superficie para satisfacer la demanda alimenticia de la humanidad es alarmante, pues la proporción de suelos cultivables disminuye cada año y la población mundial incrementa, lo que puede derivar en la agravación del hambre y la pobreza.

La biotecnología moderna permite transferir sólo el gen deseado de manera más precisa y controlada, y dentro de un período relativamente más breve que el tradicional. Además, posee una enorme capacidad para revolucionar la agricultura, la producción de alimentos, la nutrición mundial y la salud. Sin embargo, como cualquier nueva aplicación de la tecnología, es necesario evaluar los posibles riesgos para la salud. “Expertos en seguridad y organismos reguladores de todo el mundo han diseñado estructuras científicas y métodos de evaluación para estimar la seguridad del alimento y el efecto sobre el medio ambiente de los cultivos de OMG”⁵. La gran discusión en cuanto a esto se debe a los distintos criterios de análisis y control en cada país.

III. Ventajas y desventajas de los OMG

Algunos OMG responden mejor a las necesidades nutricionales y alimentarias (por ejemplo, se diseñó una variedad de arroz OMG que contiene mayor porcentaje de vitamina A) y a las preferencias del mercado; prevén enfermedades; son portadores de vacunas; presentan mejores características sensoriales y permiten una mayor disponibilidad de alimentos.

Sin perjuicio de todas esas ventajas, la desinformación juega en

⁵ Maureen A. Mackey, jefa del grupo de asuntos regulados en Nutrición, Monsanto Company y Charles R. Santerre, profesor adjunto del Dpto. de Alimentos y Nutrición de la Univ. Purdue y profesor adjunto del Programa de ciencias del Medio Ambiente, Ohio, State university, *La biotecnología y nuestra provisión de alimentos*, en Revista *Nutrition Today*, vol. 35, N° 4, julio/agosto de 2000, pp. 1-11. Edición impresa en español. Soc. Impresora, Buenos Aires, noviembre de 2000.

contra de los consumidores, pues desconocen qué alimentos contienen OMG y cuáles no, dado que en sus etiquetas no se indica tal cualidad.

Esto es grave debido a la situación de incertidumbre que genera. Los múltiples estudios científicos no muestran evidencias definitivas de daños concretos a causa de los OMG⁶, pero por otro lado, la comunidad científica insiste en que el riesgo cero no existe⁷.

Los posibles y eventuales daños que podrían causar los OMG en los consumidores son de alergias, desarrollo de resistencias a antibióticos y toxicidad, entre otros. Sobre estos últimos no hay reportes publicados que demuestren definitivamente que un gen resistente a antibióticos haya sido transferido a la flora bacteriana de las personas o que les haya producido toxicidad, pero el debate sigue abierto⁸.

Respecto a la alergenicidad, los estudios son más ciertos: los OMG podrían causar problemas alérgicos de dos formas: pueden contener un alergénico conocido, o contener proteínas con potencial alergénico desconocido que puede causar el desarrollo de una alergia en la población. Diferentes estudios han mostrado que alergen transferidos de otros organismos a OMGs pueden causar una reacción alérgica en personas que presentan alergias alimentarias. Por ejemplo, soja transgénica que contenía un gen insertado de una nuez brasileña mostró que ocasionaba reacciones alérgicas en personas alérgicas a esta nuez pero no tenían historia de ser alérgicos a la soja tradicional⁹.

Para la prevención de estos problemas, lo óptimo es la rotulación de los alimentos, mencionando si tienen genes incorporados genéticamente y de qué especie, entonces quien los compra y consume sabe si puede ingerirlo o no. Por ejemplo, si una persona es alérgica al pescado, debe saber si la soja que está consumiendo tiene genes transferidos de aquel animal. Sobre esto se ampliará más adelante.

⁶ Como lo afirma la Cátedra de Bromatología de la Facultad de Farmacia y Ciencias Bioquímicas de la Universidad Nacional de Rosario.

⁷ OMS. Dpto. de inocuidad de alimentos. Ob. cit., p. 13.

⁸ YAÑEZ, Jaime A., *Riesgos e implicancias, y la situación actual de los organismos genéticamente modificados*, en *Revista Tau Alimentario*, N° 4, 2007, p. 20, www.taualimentario.com.

⁹ CASTAÑÓN NAJERA, Guillermo, *La biotecnología y el mejoramiento genético vegetal*, en *Revista de Divulgación Kuxulkab*, vol. VII, N° 14, p. 10.

En cuanto a beneficios para los productores, los OMG son organismos mejor adaptados a factores ambientales adversos, y tienen además crecimiento y desarrollo acelerado, lo que permite una intensificación de la producción y reducción de los costos; algunos permiten asimismo el retardo del procedimiento de maduración. También son resistentes a los herbicidas, infecciones microbianas y plagas por insectos.

Además existen ventajas para el medioambiente, ya que los organismos genéticamente modificados permiten un uso más racional de la tierra, el agua y los nutrientes; disminuye (según los casos, ya que ciertos OMG requieren de mucha mayor cantidad de agroquímicos) el empleo de sustancias como fertilizantes y plaguicidas.

Por otro lado, hay posibles riesgos para la naturaleza a causa de la contaminación de variedades tradicionales: el polen de las especies transgénicas puede fecundar a cultivos convencionales, obteniéndose híbridos. Esto atenta contra la biodiversidad, ya que es posible la pérdida de especies tradicionales y especies exóticas aún desconocidas por el hombre, ocasionando un daño irreversible y grave. Puede darse el caso de que una planta silvestre, desconocida en cuanto a su naturaleza y propiedades, tenga efectos terapéuticos para una enfermedad incurable hasta el momento, y que por polinización cruzada con un cultivo OMG, pierda esas características. Esto es preocupante, y debe hacerse todo lo posible para evitarlo.

Otro perjuicio que podría producirse por los no previstos efectos recombinantes con otros genes, es la mutación que sufren las hierbas silvestres aledañas que pueden adquirir la resistencia al componente del herbicida, volviéndose incompatibles, o requiriendo cada vez mayor cantidad de herbicidas, con la consiguiente erosión de los suelos y contaminación del agua. En Canadá por ejemplo, la fuga de genes desde cultivos resistentes a herbicidas ocasionó la aparición de malas hierbas con rasgos resistentes afectando con eso la biodiversidad natural de las especies existentes¹⁰.

Al decir de Hernández: “no se tienen pruebas suficientes del comportamiento experimental de los organismos antes de liberarse. Es decir,

¹⁰ CASTAÑÓN NAJERA, ob. cit., p. 12.

se omite que las condiciones biofísicas y climáticas naturales, no pueden ser reproducidas en el laboratorio”¹¹.

Todos estos posibles riesgos son evitables. La biotecnología es harto importante y de ella depende gran parte del futuro, pero también depende de cómo se actúe hoy. Con prevención y precaución se puede lograr una biotecnología segura y sustentable.

No obstante tener beneficios considerables, la biotecnología, el uso de cultivos transgénicos y alimentos OMG debe reglamentarse con ética y responsabilidad.

La FAO sigue subrayando la importancia de una gestión atenta y una comunicación eficaz de los riesgos, al tiempo que indica con optimismo las perspectivas reales de resolver problemas importantes de nutrición e incluso de prevenir problemas relacionados con la inocuidad de los alimentos mediante OMGs creados especialmente para tal fin¹².

IV. Situación normativa en Argentina

Las normas más significativas (sin intenciones de abarcar todo el plexo normativo) en diversos aspectos de la problemática que traen aparejados los OMGs son:

A nivel internacional, Argentina ha firmado el Convenio sobre Diversidad Biológica (Río, junio de 1992), aprobado por ley 24.375. También el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (PCSB), con entrada en vigencia en 2002, y cuyo artículo 15 dispone que las evaluaciones del riesgo que se realicen se llevarán a cabo con arreglo a procedimientos científicos sólidos, “...y se basarán como mínimo en la información facilitada y otras pruebas científicas disponibles para determinar y evaluar los posibles efectos adversos de los OMG, todo ello con el fin de la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo en cuenta los riesgos para la salud humana”. Este instrumento no fue ratificado por nuestro país.

A nivel nacional, entre múltiples normas, contamos con la Ley General del Ambiente (25.675), la cual es una ley marco en materia

¹¹ Ídem nota anterior, p. 11.

¹² FAO. Producido por la Oficina del Director General. *Los OMG, los consumidores y la inocuidad de los alimentos*, p. 1, en <http://www.fao.org/docrep/003/x9602s07.htm>.

de presupuestos mínimos de protección ambiental, constituye el andamiaje institucional básico de las leyes sectoriales, y establece los principios e instrumentos de la política ambiental nacional. En su artículo 4° establece el Principio Precautorio. También contamos con la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario (24.240), que protege tanto el ámbito patrimonial como extrapatrimonial (como por ejemplo, la salud) de los consumidores y usuarios. Además, rige actualmente la Ley de Semillas y Creaciones Fitogénicas (20.247).

La reglamentación más específica en cuanto a la problemática de este trabajo es de naturaleza administrativa y se encuentra en las resoluciones del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación y de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos (SAGPyA): El Ministerio de Agricultura y Ganadería establece el marco para las actividades que involucren OMG pertenecientes a especies de uso agropecuario. Esta normativa establece la obligatoriedad de contar con la autorización previa de la SAGyP para la liberación al agroecosistema, así como las consecuencias de efectuar liberaciones no autorizadas o de un modo distinto del autorizado. Además, fija los lineamientos de colaboración inter-administrativa entre los distintos organismos estatales que participan en la evaluación y fiscalización de los OMG.

Las normas que conforman este marco regulatorio están basadas en principios y métodos científico-técnicos. Estas normas estipulan el *análisis de riesgo* como método para garantizar el uso seguro de los OMG en el ámbito agropecuario. Este análisis consta de tres fases: la evaluación de riesgos, su gestión y monitoreo, y la comunicación.

La normativa argentina está basada en las características y comportamientos identificados de los OMG. En cuanto a los procedimientos empleados para su evaluación, se tienen en cuenta aquellos aspectos que pudieran diferir del comportamiento del mismo organismo no modificado (homólogo convencional), tanto en el agroecosistema como en lo que respecta a la inocuidad para consumo humano y animal. Al parecer, se aplica el criterio de equivalencia sustancial, el cual luego se elucidará.

Las normas que definen las condiciones que deben reunirse para permitir la *liberación* al agroecosistema de dichos organismos son aplicadas por la Dirección de Biotecnología y la Comisión Nacional de

Biotecnología Agropecuaria (Conabia) al evaluar cada solicitud presentada. Las normas que establecen los requisitos que deben reunirse para realizar la evaluación de *inocuidad* alimentaria de dichos organismos son aplicadas por el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (Senasa) y el Comité Ético Asesor en el Uso de OMG¹³ (CTAUOMG).

Con relación a las primeras, para cada actividad existe una regulación que explica el objetivo de la misma y los parámetros a los que debe ajustarse. Los interesados en llevar a cabo actividades reguladas deben contar con la autorización expresa de la SAGyP. Para ello se debe completar la *solicitud* correspondiente a la actividad a realizarse. Los organismos competentes evalúan la solicitud y luego cada organismo emite un dictamen no vinculante. Con esos dictámenes se asesora a la SAGyP, quien toma la decisión final.

Debe destacarse que cada una de estas evaluaciones es independiente, y que todos los dictámenes que se elevan a la SAGyP son no vinculantes.

Este último aspecto es generador de discusiones. Se realizan múltiples evaluaciones, experimentaciones y análisis de los OMG, para que los resultados no tengan efecto determinante en las autorizaciones dadas por la SAGyP. Por un lado esto aumenta la responsabilidad de esta Secretaría, pero por el otro, se deja abierta aún más la puerta de la duda ante la inocuidad de los OMG autorizados.

Todas estas cuestiones obligan a establecer medidas de actuación desde el Derecho, para que éste no llegue tarde y actuar como lo hizo casi desde siempre: a posteriori, es decir, luego de haberse experimentado las consecuencias dañinas.

A nivel de la Provincia de Santa Fe, la Ley 10.000 de Intereses Difusos podría aplicarse a casos en donde evidentemente se están ocasionando perjuicios o éstos son inminentes, a causa de cultivos o alimentos OMGs. Además, rige la Ley 11.717 (1999) de Medio Ambiente y Desarrollo sustentable, que entre otros principios contiene el de prevención y, según nuestra interpretación amplia, también el de precaución.

¹³ Ver <http://www.minagri.gob.ar/site/index/php>.

V. Medidas necesarias a tomar ante eventuales daños

Como se ha expuesto, en base a los estudios realizados hasta el presente, no puede afirmarse que los transgénicos sean inofensivos u ofensivos. Los riesgos existen, y fueron informados por la FAO y la OMS¹⁴.

Ante esta incertidumbre científica, ¿qué puede hacerse desde el Derecho? La respuesta parece simple: puede acudirse a la Responsabilidad Civil en algunos casos, en otros al Derecho del Consumidor, y en otros al Derecho Ambiental, pero ¿qué institutos se aplicarán en cada uno de los casos?

Veamos cada una de las hipótesis que pueden plantearse:

Para casos de certidumbre científica acerca de los daños: Comencemos a analizar la responsabilidad civil. Ésta opera de tres maneras: resarcitoria, punitiva y preventiva.

Respecto a esta última –si bien está implícita en las dos primeras– la encontramos en nuestro Derecho positivo en el artículo 2499 del Código Civil (CC), acción ejercida por quien tema que de una cosa derive un daño. Estamos en la postura de la lectura amplia del mismo. Además, la tutela preventiva tiene base constitucional explícita en el artículo 43 de la Constitución Nacional (CN) que habilita a imponer el amparo preventivo ante actos de particulares o de autoridades, que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías reconocidos en la CN.

El actual Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de la Nación prevé expresamente el “Deber de prevención del daño”, y en los artículos 1710 a 1713 se exponen los requisitos y consecuencias.

Respecto a la faz resarcitoria, la responsabilidad por la actividad de los biotecnólogos y los institutos y laboratorios biotecnológicos no ha sido incorporada específicamente al régimen normativo vigente, por lo que se recurre a las figuras de responsabilidad similares y a las normas de nuestro Código Civil¹⁵. La responsabilidad del biotecnólogo

¹⁴ FAO, ob. cit., ps. 1-3; OMS, ob. cit., ps 11-28, en www.who.int/foodsafety/publications/capacity/biotech/biotech_sp.

¹⁵ Cf. BLANCO GARRIDO, Sonia, *Apuntes para un régimen de la responsabilidad en el ámbito de la biotecnología*, en *Cuadernos de Bioética*, año 1, N° 6, Ad-Hoc, Buenos Aires, setiembre de 2000, ps. 91-94.

es tanto de tipo contractual y de medios¹⁶ respecto al co-contratante, y de tipo extracontractual en el resto de los casos. La doctrina y jurisprudencia aplica aplican el mismo criterio que para responsabilidad médica.

Además son de aplicación los artículos 1119 ante la existencia de un instituto de investigaciones, y 1113 del Código Civil.

En cuanto a la faz punitiva, el Proyecto de Unificación antes citado, contempla como facultad del juez, la sanción pecuniaria disuasiva a quien actúe con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva.

Aparte de la responsabilidad del instituto y del biotecnólogo, está la del Estado, quien es el que autoriza las investigaciones, liberaciones y comercio de los productos biotecnológicos. Esta responsabilidad es de suma importancia, y se rige tanto por el artículo 1112 del Código Civil como por el Derecho Administrativo y por el Ambiental Administrativo.

En los casos en que el daño se manifieste en el medio ambiente (como la pérdida de biodiversidad por ejemplo), cabe la aplicación especial del Derecho Ambiental. Esta rama tiene sus especificidades, por eso goza de un régimen propio, adecuado a la magnitud de los daños, y la compleja determinación de la relación de causalidad.

Con respecto a los casos en donde reina la incertidumbre científica acerca de los posibles daños, la normativa vigente sólo atiende a cuestiones del Derecho Ambiental (gracias a la idea de la precaución).

En materia de responsabilidad por daños en general, se ha operado una profunda evolución: de la reparación del daño injustamente causado, al injustamente sufrido (segunda mitad el siglo XX), y de éste último, a la idea de la prevención del daño inminente y temido. Pese a este importante despliegue, hoy no es suficiente y necesitamos institutos que operen en la incertidumbre científica.

Ante esta situación, acudimos al principio de precaución, que está inserto en el amplio espectro de protección del ambiente. Dicho principio, al incrementar fuertemente el deber de diligencia, podría instaurar una nueva dimensión tutelar en la responsabilidad civil: la neutralización

¹⁶ CNCiv., sala D, 30-9-81, E. D. 97-186.

de riesgos que pueden ocasionar efectos calamitosos. Así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre¹⁷.

Es por ello que este estimable principio podría incorporarse en el Código Civil a fin de tener una herramienta clara y precisa ante cualquier caso en donde existe incertidumbre, más allá de Derecho Ambiental.

Los principios de prevención y de precaución son principios plenamente aplicables en el Derecho de Daños. Ambos principios reconocen su fundamento en el *alterum non lædere* y son una manifestación del principio *pro homine*. Ambos están receptados por la legislación argentina, siendo susceptibles de aplicación analógica (art. 2499 del Cód. Civ. y Ley General del Ambiente), pero su incorporación de modo expreso sería lo óptimo.

1. Principio de precaución

El término español “precaución” proviene del latín *præcautio* (*præ*: antes; *cautio*: cautela).

Este principio se invoca para mantener el statu quo, impedir actividades, obtener revisión de autorizaciones a la actividad autorizada, exigir medidas concretas.

Kourilsky ha entendido que “la precaución consiste en la actitud que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que puede razonablemente esperar que implicará un daño grave para la salud y seguridad por encima de la libertad de intercambios entre particulares y entre Estados. Este principio ordena tomar todas las medidas que permitan, en base a un costo social y económico aceptable y posible, eliminarlo. Al mismo tiempo, el principio de precaución obliga a informar a las personas implicadas acerca del riesgo y de tener en cuenta sus sugerencias acerca de las medidas

¹⁷ GOLDEMBERG, Isidoro H. y CAFFERATA, Néstor, *El principio de precaución*, en J. A. 2002-IV-1442.

a adoptar. Este dispositivo de precaución debe ser proporcionado a la gravedad del riesgo y debe ser en todo momento reversible”¹⁸.

Sus elementos son:

- Previsión razonable de posible daño;
- Incertidumbre sobre la existencia de ese riesgo;
- Emergencia de un deber de acción frente a las dos situaciones previas (acción precautoria): esta medida cautelar constituye una intervención que se realiza antes de que el riesgo ocurra, buscando evitarlo o disminuirlo.

Las primeras expresiones de este principio tuvieron su origen en Alemania en los años 70 dentro del Derecho Ambiental; luego fue plasmándose en el ámbito del Derecho Internacional y se consagró en 1992 en la Convención de Río sobre la Diversidad Biológica, donde en su Preámbulo establece que “cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar al mínimo esa amenaza”.

En Argentina ha sido recepcionado expresamente por la ley 25.675, conocida como Ley General del Ambiente, además cabe agregar que con la reforma constitucional al darse a los tratados rango constitucional y al consagrarse en el artículo 41 un derecho al medioambiente sano y a la calidad de vida y en el artículo 42 los derechos de los consumidores, tiene plena vigencia e importancia la discusión de los daños que puedan ocasionarse en virtud del “riesgo de desarrollo” y su cruzamiento con el principio de precaución¹⁹.

El principio de precaución jamás implicaría un cese del avance tecnológico, sino el manejo de una biotecnología más segura. El propio Adam Smith sostuvo que el funcionamiento del mercado en cuanto a generador de bienestar colectivo, pasaba no sólo por la acción organizadora de la mano invisible, sino por la existencia de un aparato de justicia resolutor de conflictos a cargo del Estado.

¹⁸ KOURILSKY, Phillipe y VINEY, Genèvieve, *Le principe de précaution: rapport au Premier Ministre, Documentation Française*, p. 1334.

¹⁹ STJ de Río Negro, 17-3-2005, “Bordenave, Sofía A. s/Mandamus”, del voto del Dr. Soderó Nievas.

Es necesario evaluar la magnitud de los riesgos posibles y en función de ellos adoptar las medidas tendientes a eliminar o reducir los daños. Esto lleva a desarrollar el tema del deber de información que debe ser brindado al consumidor para que pueda decidir libremente.

2. Derecho a la información

El derecho a la información de los consumidores y usuarios tiene jerarquía constitucional (art. 42, CN). Además, está expresamente reglamentado en la ley 24.240 (LDC), que dispone en su artículo 4° que quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos.

Una sistemática interpretación de los artículos 4°, 5° y 6° de la LDC, y 42 de la CN, lleva a considerar esencial la información de la existencia o no de OMGs en los productos. El espíritu de este derecho es dar datos suficientes a la parte más débil de la relación de consumo. Se tiene en mira que los consumidores puedan tener el derecho a elegir fácilmente si quieren comprar (entre otros productos) transgénicos o no, y tal decisión sólo puede tomarse mediante el correcto etiquetado específico. Respecto a este tema, se han perfilado tres grandes posiciones en el Derecho Comparado:

- 1) Etiquetar todos los productos que contengan OMG.
- 2) No etiquetar, salvo que los productos difieran de los tradicionales en el contenido proteico o ADN causados por modificaciones genéticas.
- 3) No etiquetar, a menos que no exista equivalencia sustancial.

Mediante la equivalencia sustancial se desea demostrar que, si un alimento que contiene OMG, es químicamente similar a otro natural, es seguro para el consumo humano. Por ejemplo, dos semillas una transgénica y otra no, se dirá que tienen equivalencia sustancial si tienen las mismas proteínas, carbohidratos, vitaminas y minerales, fibras, aminoácidos, grasas, lecitina, tomando como base el porcentaje normal de estos componentes. Pero no se realizan pruebas de alergenidad, ni bioquímicas, ni se estudia si su consumo produce consecuencias

inmunológicas. Pocas veces se realizan pruebas de toxicidad para liberar un alimento al consumo público, aunque éstas sí se hacen en los laboratorios. La aplicación del principio de equivalencia sustancial se basa en la larga historia de uso inocuo de su contraparte tradicional.

La prueba basada en la equivalencia sustancial y su argumentación parece ser insuficiente para asegurar la total inocuidad de los alimentos que contienen OMG, porque no enfoca todos los aspectos que interesan a la salud.

El objetivo del rótulo de un alimento es brindar información y asesoramiento suficiente para que el consumidor pueda seleccionar los productos de acuerdo a sus necesidades, almacenarlos en forma correcta y consumirlos en forma segura. Según el Código Alimentario Argentino (CAA), un rótulo alimenticio es toda inscripción, leyenda, imagen o materia descriptiva o gráfica que se haya escrito, impreso, estarcido, marcado, marcado en relieve o huecograbado o adherido al envase del alimento, destinada a informar al consumidor sobre las características de un alimento.

El CAA establece las normativas de etiquetado que rigen en todo el país. Esta información obligatoria no incluye los procesos de producción, que son evaluados y aprobados por las autoridades gubernamentales competentes. Así, en el envase del yogurt no se informa qué cepas de bacterias lácticas fermentadoras se usaron, pero sí se sabe que su uso fue autorizado. Tampoco se sabe de qué vacas se obtuvo la leche para el yogurt, aunque esta materia prima debió haber sido previamente aprobada por el Senasa. Las normas del CCA tampoco obligan a informar sobre el contenido de OMGs en los productos envasados.

En la controversia en torno al rotulado de alimentos transgénicos, el argumento más fuerte por parte de los consumidores se apoya en el derecho a conocer las características del producto y realizar una elección informada y conciente. Otros consideran importante conocer la forma en que fue producido, por ejemplo, si se empleó la ingeniería genética en su elaboración.

Cualquiera sea la postura que se sostenga, para ejercer una decisión

responsable, los consumidores deben recibir información sobre la composición de los alimentos y su valor nutricional.

Por todo lo expuesto, proponemos métodos de confinación de riesgos:

1) Como medida de precaución a la salud, el etiquetado de alimentos: que el Capítulo V del CAA incorpore como información obligatoria la cualidad de OMG de los ingredientes del producto, de modo que el envase lo especifique en forma clara, simple y legible. Por ejemplo, en una caja de cereales para el desayuno uno de sus componentes es el maíz. Cuando se enumeren los ingredientes, si éste es OMG, debe decir “maíz modificado genéticamente, al cual se le han incorporado genes provenientes de nueces”.

2) Para que lo primero sea una herramienta de conocimiento y no de engaño o confusión, deben implementarse políticas de información académica acerca de qué es la biotecnología, qué es un OMG, sus beneficios y sus riesgos ciertos e inciertos, entre otros datos de interés. Esta campaña de difusión debería hacerse a nivel primario, secundario, y terciario, además de los documentales o publicidades informativas que pueden complementarla.

3) Como precaución con respecto al medioambiente, es necesario tomar medidas urgentes y obligatorias para todos los productores agropecuarios, a fin de evitar la polinización cruzada entre los cultivos OMG y los tradicionales, evitando la pérdida de la biodiversidad, la aparición de súper malezas y cualquier otro perjuicio potencial. Esto puede lograrse, entre otras maneras, con la determinación de distancias mínimas obligatorias entre los cultivos OMG y no OMG, y con trampas de polen con setos no transgénicos.

4) Ante el incumplimiento por parte de los productores agropecuarios de las medidas precautorias establecidas, serán responsables solidariamente con las empresas químicas creadoras de las semillas transgénicas por los daños que ocasionen. Sin perjuicio de ello, podrán ser pasibles de sanciones como multas civiles, y apercibimientos, inhabilitaciones por parte de los órganos administrativos, etcétera.

5) Monitoreo constante: todas las anteriores medidas deben ir acompañadas de un permanente e intensivo control *ex post* por parte de

organismos fiscalizadores compuestos con personal multidisciplinario (científicos, representantes de asociaciones de consumidores, ingenieros agrónomos, etc.).

6) Establecer vías de participación ciudadana (foros, asambleas, canales comunicativos en donde se puedan plantear inquietudes y dar propuestas acerca de los OMGs, la alimentación, modos de recibir la información, etc.).

7) Como medida legislativa necesaria, elaboración de una ley específica de OMGs: debería dictarse una ley al estilo código en donde se reglamente todo lo relativo a los organismos genéticamente modificados (eliminando la naturaleza administrativa de la mayoría de la normativa), desde investigación, desarrollo, liberación al medio, comercialización, medidas preventivas y precautorias obligatorias, sanciones, autoridad de aplicación, y todos los derechos y obligaciones que de esa actividad se deriven. La autoridad de aplicación y de fiscalización debería estar compuesta por integrantes de distintas áreas del saber: científicos, biotecnólogos, ingenieros agrónomos, y miembros de asociaciones de consumidores y de comités de bioética y bioderecho.

8) Incorporación del principio de precaución al Código Civil: dicho artículo podría redactarse de la siguiente manera: Principio precautorio. *Cuando exista la amenaza de un daño grave, la falta de certidumbre definitiva no podrá usarse como justificación para posponer medidas encaminadas a evitarlo. Estas medidas son obligatorias cuando el creador o responsable del riesgo sea requerido, por el juez, o cuando una norma así se lo exija. Las medidas precautorias pueden ser de cualquier naturaleza, pero deben guardar relación de proporcionalidad con el potencial daño, y son revisables en todo momento. La carga de la prueba estará en quien esté en mejores condiciones de probar.*

9) Para evaluar la proporcionalidad de la medida precautoria debe hacerse un análisis de costo-beneficio.

10) Frente al supuesto del “riesgo de desarrollo”, una vez establecida la causa del daño, el origen del mismo pasa a ser conocido y por lo tanto deberá actuarse a fin de evitar futuros daños de igual naturaleza (prevención), y con respecto a los consolidados sobre los cuales no

se han tomado medidas sólo cabe plantear la responsabilidad sobre esos daños (reparación).

11) La obligación de resarcir es real y particularmente justa cuando había reales posibilidades de impedir daños, y opera como acicate para coartarlos o hacerlos fenecer.

12) El juez, en todos estos casos deberá analizar las consecuencias específicas y concretas, pudiendo a pedido de parte, fijar pautas para que el beneficiario de la sentencia en un futuro no vuelva a cometer hechos dañosos semejantes, o requiriendo a las autoridades competentes que lo hagan.

13) Puede considerarse la creación de tribunales específicos para atender a cuestiones científico-técnicas.

14) Como medida punitiva: establecer multas civiles para las empresas químicas creadoras de OMGs, que maliciosamente incumplan con las normativas establecidas.

La medida número doce puede parecer inconstitucional y excesiva en cuanto a las facultades del juez. Pero estamos evaluando casos excepcionales, los cuales admiten resoluciones de estas características. El fundamento para esto debe encontrarse partiendo de la afirmación en cuanto a que si el sistema jurídico adopta una abúlica actitud ante un eventual daño o la inminencia del mismo, estaría consagrando el derecho a perjudicar con tal que el causante del perjuicio esté dispuesto a resarcirlo y, eventualmente, a afrontar las multas civiles. Esto sería lo inconstitucional. La CN desde su Preámbulo erige como objeto de la organización del sistema jurídico, “afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común y promover el bienestar general”. Con los criterios que proponemos perfilamos el camino hacia ello. Por otro lado, el Proyecto de Reformas del Código Civil de 1998, le otorgaba al juez esta facultad en el artículo 1586. Y el nuevo Proyecto de Unificación reconoce a los Derechos de incidencia colectiva por encima de los individuales, lo cual le da una pauta al juez para valorar el conflicto.

VI. Conclusiones

La biotecnología moderna ha aportado desde sus inicios beneficios y mejoras en muchos ámbitos, pero sería ingenuo de parte de la hu-

manidad no actuar con prevención y precaución de futuros y eventuales inconvenientes que pueda ésta generar. Aún cuando los efectos se produzcan en un largo plazo es necesario empezar hoy.

Hemos analizado todas las etapas de la responsabilidad por OMGs, desde la precaución antes de que el daño sea cierto, la prevención cuando aquél cobra certidumbre, y la reparación cuando el daño fue causado.

El objetivo principal de cualquier sistema de reacción contra perjuicios injustos es impedir que ocurran. La prevención constituye una función insoslayable de la responsabilidad por daños.

Las directivas que hemos propuesto para salvaguardar intereses básicos de toda persona humana no son incompatibles con razonables utilidades mientras aquéllas sean apropiadas y mensuradas, máxime cuando esto resulta en la posibilidad de ahorrar en responsabilidades evitadas. El principio de precaución jamás implicaría un cese del avance tecnológico, sino el manejo de una biotecnología más segura, sustentable y aceptable por parte de la sociedad.

El ejemplo de los transgénicos ha permitido dos cosas al mismo tiempo: ver la necesidad que existe en cuanto a una reglamentación específica; y pensar en la posibilidad de otros casos en los que haya incertidumbre, como pueden ser las ondas que emite la señal de teléfono celular, los rayos microondas en electrodomésticos en donde se cocinan los alimentos, el contacto con los agroquímicos, etcétera. Ante todos estos posibles casos es que existe la necesidad de incorporar un instituto a nuestro Código Civil que fije pautas de actuación.

Bibliografía

- ARCOCHA, Carlos Enrique y RUBINO ALLENDE, Horacio, *Derecho Ambiental y recursos naturales*, UNR, setiembre de 2000.
- CASTAÑÓN NAJERA, Guillermo, *La biotecnología y el mejoramiento genético vegetal*, en *Revista de Divulgación Kuxulkab*, vol. VII, Nº 14, julio de 2002.
- FIGUEREDO, Roberto L. (gerente complejo de laboratorios de la Bolsa de Comercio de Rosario), *Laboratorio de genética molecular*, en *Revista Institucional*, Año XCVIII, Nº 1506, del 19-12-2008.

- GHERSI, Carlos Alberto, *Teoría general de la reparación de daños*, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- MARCKEY, Maureen A. y SANTERRE, Charles R., *La biotecnología y nuestra provisión de alimentos*, en *Revista Nutrition Today*, vol. 35, N° 4, julio/agosto de 2000.
- OMS, Departamento de inocuidad de alimentos, *Biotecnología moderna de los alimentos, salud y desarrollo humano: estudio basado en evidencias*, impreso en Suiza, 2005.
- STIGLITZ, Gabriel A., *Derecho del Consumidor. Doctrina. Jurisprudencia. Legislación. Congresos y Jornadas. Bibliografía*, Juris, Rosario, 1994, t. 5.
- STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rubén S., *Comentarios a la Defensa del Consumidor. Ley 24.240*, Juris, Rosario, 1993.
- YANEZ, Jaime A., *Riesgos e implicancias, y la situación actual de los organismos genéticamente modificados*, en *Revista Tau Alimentario*, N° 4, 2007.

Sitiografía

www.who.int
www.fao.org
www.miniagri.org.ar
www.infoleg.gov.ar
www.taualimentario.com
www.biotech.bioetica.org
www.publicaciones.ujat.mx

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 21 DE NOVIEMBRE DE 2014 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE

