

El Derecho en debate: cuestiones jurídicas contemporáneas

Edición y compilación:
Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará
Eugenia Gómez del Río



Agüero / Andruet (h) / Arroyo / Barmat / Bertoldi de Fourcade / Chiapero / Dreyzin de Klor /
Etchichury / Ferrer / Frascaroli / Hernández (h) / J. A. Barbará / J. E. Barbará / Junyent Bas /
Lascano (h) / Peralta / Parmigiani de Barbará / Pérez Barberá / Pérez Corti /
Povlanich / Richard / Seleme / Tavip / Zavatti de Rougier

El Derecho en debate

**Cuestiones jurídicas
contemporáneas**

Edición y compilación:

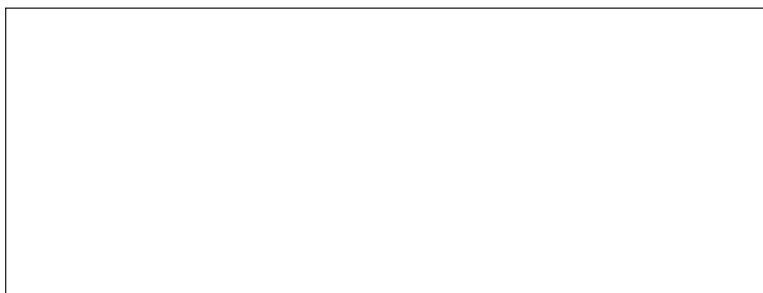
Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará
Eugenia Gómez del Río

Coordinación:

María Isabel Yaya

Córdoba
2013

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.



Cuidado de la edición: Diego Vigna
Diseño de tapa: Renata Malpassi



Ciencia, Derecho y Sociedad
Editorial de la Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales de la Universidad
Nacional de Córdoba

ADVOCATUS

Obispo Trejo 181 - Córdoba
editorial@advocatus.com.ar
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en Argentina

Ciencia, Derecho y Sociedad

Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de
la Universidad Nacional de Córdoba

Consejo Editor

Dra. Marcela ASPPELL. UNC • Dra. Martha DÍAZ de LANDA. UNC
Dra. Myriam Consuelo PARMIGIANI. UNC

Comité Académico Asesor

Dr. Ernesto ABRIL	Dr. Francisco JUNYENT BAS
Dr. Luis Felipe ALIAGAYOFRE	Dr. Carlos LASCANO
Dr. Julio Isidro ALTAMIRA GIGENA	Dr. Carlos LISTA
Dr. Raúl ALTAMIRA GIGENA	Dra. María Cristina MERCADO DE SALA
Dr. Juan Manuel APARICIO	Dr. Luis MOISSET DE ESPANÉS
Dr. Jorge BARBARÁ	Dra. Alicia MORALES LAMBERTI
Dra. María Inés BERGOGLIO	Dr. Miguel Angel ORTIZ PELLEGRINI
Dr. José BOCCHIARDO	Dr. Juan Carlos PALMERO
Dr. José Ignacio CAFFERATA NORES	Dr. Daniel PIZARRO
Dr. Ricardo CARACCILO	Dr. Víctor Félix REINALDI
Dr. Manuel CORNET	Dr. Ernesto REY CARO
Dr. Jorge DE LA RÚA	Dr. Efraín Hugo RICHARD
Dra. Adriana DREYZIN de KLOR	Dr. Horacio ROITMAN
Dr. Ignacio ESCUTI	Dr. José Ignacio ROMERO
Dr. Eduardo Ignacio FANZOLATO	Dra. Amalia URIONDO de MARTINOLI
Dr. Sergio GUESTRIN	Dr. Humberto VÁZQUEZ
Dr. Ricardo HARO	Dr. Gustavo VALLESPINOS
Dr. Antonio María HERNÁNDEZ	Dr. Ramón Pedro YANZI FERREIRA
Lic. Liliana IANNACCONE	Dr. Alberto ZARZA MENSAQUE

Comité Académico Externo

Dr. Manlio BELLOMO – Universidad de Catania (Italia)

Dr. Claus ROXIN – Universidad de Múnich

Dr. Ernesto GARZÓN VALDÉS – Universidad de Maguncia

Dr. Jorge MALEM – Universidad Pompeu Fabre. Barcelona

Dr. Juan Carlos GORLIER – Center for Latin and Caribbean Studies – USA

Dra. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI – Universidad de Cuyo

Dr. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO – Universidad Complutense de Madrid

Secretaría Administrativa

Cr. José María GARCÍA

ÍNDICE

Prólogo

Eugenia Gómez del Río y Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará 11

Parte I: Discusiones sobre la reforma del Estado

¿Regionalización intraprovincial vs. autonomía local?

Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará 21

Condiciones estructurales de los órganos de control

Jorge Edmundo Barbará 49

Principales aspectos de la Reforma Política de Córdoba (2008-2011)

José M. Pérez Corti 65

Parte II: Discusiones en torno al desarrollo de un Derecho Judicial

El Poder Judicial de Córdoba y los desafíos modernos de la jurisdicción

Armando S. Andruet (h) 97

Parte III: Discusiones en torno a la obtención y distribución de los recursos fiscales

Cuestiones de justicia tributaria y derechos humanos

Eduardo Arroyo 111

Rebelión fiscal: política, ética y tributos <i>Hugo Omar Seleme</i>	125
Banco Mundial y Asignación Universal por Hijo: pobreza, derechos sociales y condiciones <i>Horacio Javier Etchichury</i>	151
La coparticipación impositiva federal <i>Antonio María Hernández (h)</i>	163
 Parte IV: Discusiones en torno a paradigmas alternativos e innovaciones en materia penal y procesal penal	
Nuevos paradigmas: la necesidad de racionalizar la persecución penal en la provincia de Córdoba <i>Norberto Daniel Barmat</i>	187
La antijuridicidad específicamente penal y la disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio <i>Carlos Julio Lascano (h)</i>	201
Contrapunitivismo y neopunitivismo: perspectiva histórica y moral <i>Gabriel Pérez Barberá y Alejandro Agüero</i>	
Razones para la reforma legislativa de los homicidios por odio del artículo 80 del Código Penal (A propósito del femicidio, del homicidio por homofobia y del homicidio por odio a la identidad de género) <i>José Milton Peralta</i>	239
Informe acerca de las discusiones sobre el Código Procesal Penal de Córdoba a 20 años de su sanción <i>María Susana Frascaroli y Carlos Francisco Ferrer</i>	255

Parte V: Discusiones en torno a la constitucionalización del Derecho Privado

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: la mentada “Constitucionalización” del derecho privado y sus implicancias en torno a la politicidad de la actividad judicial <i>Jorge Augusto Barbará</i>	271
Propiedad y vivienda en el nuevo Código: cómo regularlas a la luz de principios constitucionales y derechos humanos <i>Horacio Javier Etchichury</i>	299

Parte VI: Discusiones en torno a la autonomía de la voluntad

Autonomía de la voluntad y la subsistencia del Estado de Derecho. Regímenes incompatibles <i>Jorge Edmundo Barbará</i>	311
Fortalecimiento de la autonomía personal. Tendencia a extender los ámbitos de aplicación <i>María Cristina Plovovich</i>	335
La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía: el debate que no fue <i>Hugo Omar Seleme</i>	349

Parte VII: Discusiones en torno a la regulación jurídica de la familia

Procesal de familia. Principios incluidos en el Proyecto de Código Unificado Civil y Comercial <i>María Virginia Bertoldi de Fourcade</i>	368
Lineamientos generales de la regulación del matrimonio, divorcio y uniones convivenciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial <i>Gabriel Eugenio Tavip</i>	383

La maternidad subrogada en el Derecho comparado: su normativa y jurisprudencia <i>Adriana M. Zavatti de Rougier</i>	403
La subrogación materna y un debate imprescindible: aportes desde el Derecho Internacional Privado <i>Adriana Dreyzin de Klor y Carolina Harrington</i>	423
Maternidad subrogada <i>Silvana María Chiapero</i>	453
 Parte VIII: Discusiones en torno a nuevas concepciones jurídicas en materia comercial	
El estatuto del comerciante no deviene aplicable al civil concursado o quebrado. A propósito del sobreendeudamiento del consumidor <i>Francisco Junyent Bas</i>	481
Sobre las relaciones de organización y los Proyectos de Código Civil y Comercial y Ley General de Sociedades <i>Efraín Hugo Richard</i>	499
Anexo informativo	533

PRÓLOGO

El *Programa de Debate y Argumentación Jurídica*, con sus dos ciclos “El Derecho en debate: cuestiones jurídicas contemporáneas”¹, generó un espacio académico innovador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Este libro aspira a mostrar, precisamente, algunos de los componentes que integraron ese logro.

Entre los meses de agosto y noviembre de los años 2011 y 2012 se desarrollaron exitosamente conferencias, paneles y sesiones de discusión, cuyo detalle se puede revisar en el Anexo Informativo. A lo largo de estos eventos se abordaron problemas jurídicos de gran actualidad, haciendo hincapié siempre en su conexión con las transformaciones sociales en su más amplio sentido: económicas, culturales, políticas, científicas, etcétera. En todos los casos, a las presentaciones hechas por especialistas siguió una reflexión crítica e intercambio de diversos pareceres con los otros especialistas participantes en los paneles y con el público, integrado por docentes, egresados y alumnos de la carrera de Abogacía.

Los ciclos “El Derecho en debate: cuestiones jurídicas contemporáneas”, no obstante ser iniciativas de un reducido grupo de docentes de la carrera de Abogacía que asumieron el desafío de su diseño y gestión, encontraron una respuesta pronta

¹ El *Programa de Debate y Argumentación Jurídica*, por dos años consecutivos, calificó con alto puntaje en la selección de proyectos a cuya presentación fueron convocados de modo abierto todos los docentes de la Universidad Nacional de Córdoba a través del *Programa de Apoyo y Mejoramiento de la Enseñanza de Grado de la UNC (PROMED)*. Con los fondos obtenidos se hicieron frente a gastos de difusión y publicación; también, a la compra de equipamiento como una contribución a la mejora de los espacios de trabajo académico. Así mismo y apoyado en los *Ciclos*, el *Programa de Debate y Argumentación Jurídica* permitió a los alumnos asistentes la obtención de créditos aplicables al trayecto flexible de la carrera de Abogacía y a los egresados una certificación de aprobación, bajo determinados requisitos y condiciones académicas preestablecidas. Los miembros responsables del *Programa* fueron la Dra. María Eugenia Gómez del Río, la Dra. Myriam Consuelo Parmigiani y la Mgter. María Isabel Yaya (Directoras), la Ab. Adriana Zavatti y la Mgter. Silvana Begala (Coordinadoras Académicas) y la Abogada Ana Lucía Romano y el Lic. Damián Peranovich (Asistencia técnica y comunicacional).

y entusiasta en la comunidad académica, e incluso más allá de ésta. Este libro es, sin duda, testimonio de ese entusiasmo, ya que recoge la producción de textos preparados generosamente para la publicación por muchos de los participantes; textos que nacieron a partir de las conferencias y los debates realizados.

La preocupación por el mejoramiento de la calidad académica es la idea fuerza que presidió al Programa. Más específicamente, para su concreción hizo de la categoría de *transversalidad* el eje de sus esfuerzos, en base al diagnóstico de que la existencia de un déficit comunicacional y de reflexiones y discusiones compartidas entre cátedras y disciplinas, así como entre docentes, investigadores y estudiantes, crea la amenaza de un quehacer fragmentado que desaprovecha sinergias e incluso debilita los muchos enclaves de creatividad y excelencia que ostenta hoy nuestra carrera de Abogacía.

Con este marco de referencia, los ciclos de reuniones, exposiciones y debates se organizaron en base a dos criterios: la selección de temas por su actualidad en el mundo jurídico y su conexión con las mutaciones sociales, así como el abordaje de esos temas desde una convergencia disciplinar entre áreas de una misma disciplina o entre distintas disciplinas. El programa del desarrollo de los ciclos que se ofrece en el Anexo permite detectar estos criterios. El intercambio y el diálogo entre saberes enriqueció enormemente el debate y dejó planteadas cuestiones relevantes para la reflexión crítica posterior.

El presente libro aspira a ofrecer al lector un panorama suficientemente ajustado de las temáticas tratadas en los ciclos de 2011 y 2012. A tal fin, sigue una lógica de afinidad temática y reúne material perteneciente a ambos ciclos en las distintas Partes en que se ordena.

La Parte I, con el título de *Discusiones en torno a la reforma del Estado*, integra problemas comprendidos técnicamente tanto dentro de las denominada “Reforma del Estado” en sentido estricto, cuanto dentro de la así llamada “Reforma Política”, bajo el común denominador de la preocupación por instituciones que hacen a la democratización del poder político, instrumentando los valores de participación y transparencia. El artículo de Jorge Edmundo Barbará advierte sobre la falta de independencia de los organismos de control en Argentina al estar signados por una composición político-partidista y una consecuentemente baja división del trabajo social. Myriam Consuelo Parmigiani, por su parte, problematiza el proceso de regionalización cumplido en la provincia de Córdoba (Argentina), deteniéndose en la ley 9206/04 y planteando la pregunta sobre la persistencia, cambio o desinstitucionalización de las autonomías locales. Finalmente, José María Pérez Corti trata una importante innovación, como es la sanción del nuevo Código Electoral de la Provincia de Córdoba (ley n° 9571/08, parcialmente reformado en el año 2010), operada luego de la profunda crisis que patentizó el sistema en el año 2007. El autor comenta las diversas instituciones relevantes y hace especial hincapié en el rol que cumple el Poder Judicial en el proceso electoral reformado.

La Parte II sobre *Discusiones en torno al desarrollo de un Derecho Judicial* se compone de la disertación de Armando S. Andruet (h) titulada “El Poder Judicial de Córdoba y los desafíos modernos de la jurisdicción”. En ella discute el concepto de jurisdicción y asume a la misma como derecho en acción y sujeta, por tanto, a los desafíos de una realidad histórica modificada y en rápido cambio. Revisa las cuatro nuevas territorialidades en que se emplaza la jurisdicción (pragmática, ética, científica y política), para avanzar luego, desde ese enmarque teórico, a la definición del perfil que deben lograr las nuevas prácticas judiciales y a la presentación de concreciones en el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Una preocupación valórica atraviesa toda la Parte III, referida a *Discusiones en torno a la obtención y distribución de los recursos fiscales*. Al tratar la cuestión de la justicia tributaria, Eduardo Arroyo reflexiona sobre diversas posiciones teóricas y condicionamientos, para concluir sosteniendo la necesidad de plantear una justicia tributaria de mínimos que atienda a los derechos humanos tanto en la orientación del gasto público como en la regulación del deber de contribuir. Hugo Seleme asume el desafío de renovar el tratamiento de la clásica cuestión de la rebelión fiscal desde la Ética y articula una cuidadosa diferenciación entre los criterios de justificación moral, de legitimidad y de justicia para evaluar las instituciones tributarias, con las consecuencias correspondientes en punto a los requerimientos éticos que pesan en cada caso sobre los ciudadanos. Horacio Javier Etchichury incorpora la problemática de la distribución equitativa de los recursos fiscales a través de la revisión de una política pública contra la pobreza de gran alcance: la Asignación Universal por Hijo (AUH), establecida en Argentina a través del DNU n° 1602/2009. Luego de hacer hincapié en la participación del Banco Mundial en esta política y de mostrar cómo la misma lleva la impronta de las condicionalidades definidas por dicho organismo con una determinada concepción de las políticas sociales, ingresa en el tratamiento de su constitucionalidad, en particular con respecto al derecho a la igualdad. Por último, la cuestión de la distribución equitativa de los recursos fiscales vuelve a presentarse en el artículo de Antonio María Hernández, pero ya en el plano de la organización del poder estatal y asociado a las relaciones intergubernamentales federales: el autor reseña las transformaciones operadas en materia de coparticipación impositiva, destaca las reformas constitucionales del año 1994 en procura del tránsito hacia un auténtico federalismo fiscal y denuncia la mora en la implementación de las mismas, así como la creciente centralización operada en el país.

En las *Discusiones en torno a paradigmas alternativos e innovaciones en materia penal y procesal penal* (Parte IV del libro), Norberto Daniel Barmat, apoyado en abundantes datos estadísticos, plantea las dificultades operativas para implementar el principio de oficiosidad de la acción penal y las consecuencias perjudiciales de tal limitación, por lo que aboga por un cambio de paradigma que

permita incorporar al proceso penal criterios de oportunidad, innovando en la legislación de la provincia de Córdoba, tal como ya se ha hecho en otras jurisdicciones del país. Con idéntica preocupación como punto de partida, Carlos Julio Lascano analiza cuáles son los rendimientos prácticos esperables de la aplicación de la antijuridicidad específicamente penal postulada por Hans-Ludwig Günther, con respecto al objetivo de lograr una más racional contención de la coerción penal estatal. Intenta evitar, de tal modo, los resultados insatisfactorios que pueden producirse acudiendo a los criterios procesales de oportunidad, en lugar de atacar el problema de raíz dentro del tipo injusto. Gabriel Pérez Barberá y Alejandro Agüero colocan a continuación en diálogo a la Historiografía crítica del Derecho, al Derecho Penal y a la Ética, para dilucidar la valencia ética de un punitivismo que, acotado a delitos de lesa humanidad, asume la forma de neopunitivismo: éste es compatible con el liberalismo igualitario y, sostienen los autores, provee de soluciones éticamente más plausibles al Derecho Penal que el denominado contrapunitivismo fuerte, al que subyace la ideología liberal conservadora. José Milton Peralta, en momentos previos a la reforma del artículo 80 del Código Penal, se pregunta por la razón para diferenciar, agravando la pena, el homicidio por odio bajo la configuración de femicidio, homicidio por homofobia y homicidio por odio a la identidad de género: su respuesta deshecha la respuesta de la modalidad de comisión del delito, para destacar que en todos los casos se está frente a delitos de sometimiento de la víctima con clara violación de la autonomía individual. Evalúa positivamente la innovación y advierte que aunque la nueva normatividad pueda considerarse infrainclusiva, la regulación cerrada es superior a una norma de carácter general y que, en definitiva, los cambios en el orden jurídico van reflejando los cambios culturales.

Las *Discusiones en torno al Código Procesal Penal de Córdoba a 20 años de su sanción* (Parte V del libro) reúnen a un calificado grupo de especialistas en un rico diálogo científico-académico, del que da cuenta el informe con la síntesis de las intervenciones y conclusiones preparado por M. Susana Frascaroli y Carlos Francisco Ferrer. En su rol de coordinadora, M. Susana Frascaroli inicia la primera jornada de trabajo resaltando que en el año 2011 se cumplirían veinte años de la sanción legislativa del nuevo Código Procesal Penal de Córdoba (ley n° 8123), en cuya redacción y trámite legislativo intervinieron varios profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; destaca la influencia del nuevo CPP Cba. en el estudio del Derecho Procesal, su influencia en otras legislaciones provinciales y, por tanto, la importancia de reflexionar sobre las fortalezas y posibles necesidades de innovación de este logro jurídico institucional de tal forma consolidado. Por su parte, José I. Cafferata Nores, luego de realizar en su intervención una precisa reseña de las principales fuentes e innovaciones del CPP Cba. de 1991 –que avanza en la consagración del principio acusatorio–, insiste en que no se trató de una obra “oficial” sino en colaboración

con todos los operadores jurídicos, lo que hace de ella un sólido producto institucional de la cultura jurídica cordobesa, si bien abierta a los cambios que nuevas necesidades vayan exigiendo. A continuación, Víctor María Vélez enfatiza el rol que le cupo a José I. Cafferata Nores en la elaboración y sanción del CPP Cba. de 1991 y recuerda múltiples opiniones coincidentes. Jorge R. Montero se ocupa del problema de la denominada “prueba invisible” en el proceso penal, la conceptualiza y detalla las vías por las que ésta puede ingresar indebidamente a la convicción de los jueces. En su disertación, María Cristina Barberá de Risso propone de modo preciso y fundamentado varias reformas a la normativa procesal penal vigente. Luego, M. Susana Frascaroli aborda puntualmente la institución del juicio por jurados populares y el peligro que implica una posible desviación hacia cuestiones técnico-jurídicas. Al desarrollar la cuestión del doble control en la investigación fiscal preparatoria como factor de extensión y burocratización, Maximiliano Hairabedián insiste sobre el carácter pionero de la legislación procesal penal cordobesa e indica algunas reformas que estaría necesitando a la fecha, orientadas a un funcionamiento más ágil del sistema. Durante el segundo día de trabajo se sucedieron asimismo calificadas exposiciones con sus consecuentes debates, con la coordinación de Carlos Francisco Ferrer. Éste, además de su rol de coordinador, aborda la trascendencia de la innovación producida por ley n° 8123 y reflexiona sobre aspectos actitudinales de los operadores judiciales, así como organizativos, que deben ser rectificadas para afianzar el nuevo sistema. La regulación legal del testimonio de niños a nivel nacional y provincial es la temática sobre la que realiza su aporte Inés Lucero, exponiendo los aciertos y defectos de los principales aspectos legislados. Eugenio Pérez Moreno asume el tratamiento de la verdad y la prueba, cuestión nuclear que encuentra satisfactoriamente resuelta en el CPP Cba. y hace presente asimismo el impacto en la materia por obra de la incorporación de jueces legos al proceso. Roberto I. Cornejo se ocupa de distintos aspectos de la investigación penal preparatoria, desde la perspectiva del juez de control y propone varias reformas sobre cuya pertinencia argumenta. Luego, Maximiliano Hairabedián y María de los Milagros Gorgas tratan de modo conjunto el tema del control de la prisión preventiva en audiencia oral y señalan algunas debilidades de la institución y los cambios que requiere. Seguidamente, Daniela Bianciotti se detiene en los inconvenientes que suele generar en la práctica la aplicación de la norma contenida en el último párrafo del artículo 359 del CPP Cba. en caso de discrepancia del juez de control con la requisitoria fiscal de sobreseimiento, y sugiere una interpretación normativa que evitaría situaciones disfuncionales al sistema. Daniel Ferrer Vieyra realiza nuevamente un balance general de las fortalezas y debilidades del sistema procesal penal de Córdoba, si bien con un enfoque original en relación al de anteriores participantes. Patricia Soria, Carolina Mauri e Ivana Rossi formulan un balance crítico sobre el funcionamiento del CPPCba. de 1991, advirtiendo sobre la persistencia, en los

hechos, de viejas prácticas incompatibles con la reforma producida. Finalmente, Daniela Bianciotti y Berenice Olmedo exponen su trabajo sobre la repercusión del sobreseimiento por prescripción de la acción penal sobre el cese de los efectos del delito de usurpación y toman posición frente a la diversidad de posturas jurisprudenciales al respecto.

Con el título de *Discusiones en torno a la Constitucionalización del Derecho Privado*, la Parte V ofrece dos análisis sobre una temática de hondas repercusiones teóricas y prácticas asociadas a una perspectiva no dicotómica del orden jurídico. Así, Jorge Augusto Barbará analiza cómo el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, en sus tres primeros artículos, consagra una determinada concepción de lo que es –o debe ser– el Derecho, la cual, a grandes rasgos, puede ser identificada como una concepción que lo entiende como un fenómeno integrativo o interpretativo que no resulta coincidente con la concepción de Derecho subyacente al articulado de nuestro Código vigente. El autor muestra el modo en que la misma obligará –o debiera obligar– a asumir debates y decisiones en el ámbito judicial que, conforme a cierto paradigma tradicional de división de los Poderes, se han considerado típicamente reservados a los otros dos Poderes del Estado. Horacio Javier Etchichury, por su parte, se avoca en su artículo al tratamiento que reciben los derechos de propiedad y a una vivienda digna en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Lo hace a la luz de principios constitucionales y de derechos humanos, para lo cual revisa los antecedentes y la actual situación constitucional luego de la reforma del año 1994; desde una interpretación integradora de dicha Reforma, avanza sobre la normativa del Proyecto mencionado, señalando omisiones y debilidades.

En la Parte VI, *Las discusiones en torno al principio de autonomía de la voluntad* se enriquecen con un tratamiento desde distintas vertientes disciplinares: las del Derecho Político, el Derecho Privado y la Ética. Jorge Edmundo Barbará enfatiza que el Estado de Derecho se asienta en la ideología contractualista propia del Derecho Natural Racional, el cual reconoce su piedra angular en el principio de autonomía de la voluntad. Atribuye la formulación en sentido material del Estado de Derecho al pensamiento kantiano, con la consecuente base en una sociedad pluralista y concluye alertando sobre la necesaria compatibilidad entre las innovaciones jurídicas y su ideología, con el plexo ideológico que subyace a cada sistema normativo como un todo. María Cristina Plovanich revisa el concepto de dignidad humana y lo enlaza con el proceso de constitucionalización del Derecho Privado para aplicarlo a la situación jurídica actual de niños, niñas, adolescentes, enfermos, afectados en la salud mental y ancianos, en punto a su autodeterminación, a su autonomía y dignidad. Avanza luego sobre los cambios introducidos en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 apoyados en la distinción entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio, y concluye apuntando que su efectiva vigencia está condicionada por variables culturales. Por

su parte, Hugo Omar Seleme insiste en que las múltiples innovaciones que dicho Proyecto realiza en el campo del derecho de familia no han sido materia de una discusión ético política suficientemente extendida y pluralista. El instituto de la maternidad por subrogación le sirve para argumentar sobre esta aserción. Considera no concluyentes, o bien irrelevantes desde el punto de vista ético los fundamentos invocados por los redactores, y dado a que no recurre en su impugnación a razones religiosas ni metafísicas, el autor agrega el argumento político de que en un Estado en que los sujetos se consideran a sí mismos como autónomos no pueden desacordar.

La Parte VII, con *Discusiones en torno a la regulación jurídica de la familia*, comienza con el artículo de María Victoria Bertoldi de Fourcade referido al derecho procesal de familia, cuya autonomía científica e incluso legislativa creciente se refleja en el Proyecto de 2012; la autora destaca, precisamente, que la dimensión metodológica imprime originalidad a la innovación propugnada, enfatiza su importancia y se detiene en la revisión de los principios generales receptados, aplicables a los procesos en los que se controvierta la materia familiar. A continuación, Gabriel Eugenio Tavip expone los lineamientos generales de la regulación del matrimonio, del divorcio y de las uniones convivenciales en el Proyecto, materias todas sobre la que se ratifican, profundizan o cambian sustancialmente aspectos comprendidos en el ahora denominado derecho de las relaciones familiares. Afirma que el fundamento se encuentra en el proceso de constitucionalización del derecho privado y que, salvo algunas situaciones puntuales que refiere, la reforma refuerza los derechos de libertad e igualdad y el principio de autonomía individual. Luego, siempre en el campo de las relaciones familiares y estrechamente asociada a los avances científico-tecnológicos, ocupa un lugar destacado en el debate la cuestión de la maternidad subrogada. Sobre ella, Adriana Zavatti de Rougier asume la tarea de presentar el panorama que presenta la institución en la legislación y en la jurisprudencia comparada, marcando la heterogeneidad de soluciones existentes, las consecuencias de tal situación y el desafío que ello importa para las definiciones de innovación en los derechos de cada país. Adriana Dreyzin de Klor y Carolina Harrington destacan las transformaciones que viven hoy a nivel fáctico y jurídico las relaciones de familia, la variabilidad de soluciones según los países y la tendencia a hacer del individuo su eje, entre otros aspectos; utilizan como disparador para el debate casos jurisprudenciales extranjeros sobre maternidad subrogada, que les permiten demostrar la importancia del aporte del derecho internacional privado en la resolución de situaciones complejas para neutralizar o paliar consecuencias negativas de la fragmentación jurídica en el mundo globalizado. Finalmente, Silvana María Chiapero, luego de hacerse cargo de que el desarrollo científico ha generado la reivindicación de un derecho a la fertilidad, articula su desarrollo en una distinción que juzga fundamental, como

la que existe entre procreación y reproducción; revisa el concepto, distintas situaciones y denominaciones así como antecedentes de la maternidad subrogada, la validez y tipología de los contratos en la materia y las consecuencias en orden a la filiación. Su postura, que en todos los casos deja sentada, se rige por una concepción de la autonomía individual que encuentra su límite infranqueable en la dignidad humana y en el interés superior del niño.

En la Parte VIII, relativa a *Discusiones en torno a nuevas concepciones jurídicas en materia comercial*, Francisco Junyent Bas aboga por la incorporación de una solución específica para el caso el consumidor sobreendeudado, con la mirada puesta en la tutela de la economía familiar. Analiza antecedentes y dimensiones conceptuales jurídicas, para apoyar su posición de que la situación del consumidor sobreendeudado no puede confundirse con la situación del comerciante, ni mucho menos reglarse bajo un mismo esquema legal. Destaca que esto es ignorado no solamente por el actual esquema legislativo nacional, sino que los proyectos que se encuentran en el Congreso reglan conjuntamente a los pequeños concursos sin advertir las diferencias existentes entre el comerciante y el deudor. Efraín Hugo Richard aborda las relaciones de organización, constituyendo en el núcleo de su desarrollo la concepción de la empresa como una unidad económica, social y técnica, respecto a la cual resalta la exigencia de comprenderla funcional y organizativamente desde su actividad. Es un campo que debe ser trabajado con un método que el autor denomina “de empresa”, que impone vincular la multilateralidad de la relaciones, su proyección integral, con visión económica pero al mismo tiempo solidaria. Sin embargo, y a pesar de tan clara especificidad, advierte que los actos colectivos colegiales no tienen hoy una regulación sistemática y que su regulación tampoco ha sido encarada por el Proyecto de Código Civil y Comercial en análisis legislativo a la fecha.

Las responsables de la edición, juntamente con todos los miembros del equipo del *Programa de Debate y Argumentación Jurídica*, agradecen muy especialmente a los académicos que con el aporte de sus trabajos han hecho posible concretar la presente publicación. Vaya también el agradecimiento para los muchos docentes, adscriptos, becarios y alumnos que participaron durante los años 2011 y 2012 en las jornadas de los ciclos “El Derecho en debate: cuestiones jurídicas contemporáneas”. El apoyo de la Universidad Nacional de Córdoba a través de la Secretaría de Asuntos Académicos del Rectorado, así como de las autoridades de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, resulta de ineludible reconocimiento.

*Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará
María Eugenia Gómez del Río*

PARTE I

DISCUSIONES SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO

¿Regionalización intraprovincial vs. autonomía local? ¹

Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular Ordinaria de Derecho Político y Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesora Titular de Teoría Política II (Universidad Católica de Córdoba). Investigadora Categoría I, Ministerio de Educación de la Nación. Profesora de posgrado en diversas universidades.

Introducción

En el marco del panel “Reforma del Estado y Reforma Política”, del ciclo “El derecho en debate: cuestiones jurídicas contemporáneas”, me ha parecido pertinente traer a consideración el posible conflicto entre regionalización y autonomías locales, esto es, atender al campo de tensión generado por una institución innovadora –la regionalización intraprovincial– que modifica los patrones existentes de distribución espacial del poder al interior del Estado provincial.

Se trata de una problemática escasamente abordada desde la Ciencia Jurídica, limitándose en general los especialistas a dar cuenta de las habilitaciones constitucionales a la regionalización y, eventualmente, a hacer sucintas referencias a alguna regulación infraconstitucional provincial sobre la materia. La nubilidad y dificultades de persistencia que en general han manifestado en la República Argentina las asociaciones intermunicipales que tienen alcances amplios en sus objetivos y número de localidades (Parmigiani de Barbará, 2008_a) podrían explicar este relativo desinterés.

Simultáneamente, no caben dudas sobre la necesidad –tanto en los países centrales cuanto en los países en vías de desarrollo y, por cierto, más aún en éstos– de avanzar sobre nuevas formas de articulación socio-territorial que superen los *encapsulamientos* jurídicos, administrativos y políticos urbanos. Doctrinarios y gestores públicos enfatizan hoy que pueblos y ciudades deben construir múltiples

¹ Este trabajo tiene como base otros anteriores de la autora, detallados en la bibliografía.

redes de entrelazamiento (que incluyan además a la sociedad civil), redes a la vez estables y flexibles que incrementen sus capacidades institucionales para la prestación más eficiente de servicios públicos y para la promoción del desarrollo sustentable a través de la potenciación de sinergias provenientes de recursos endógenos.

La cuestión de las relaciones intergubernamentales a nivel local posee pues una relevancia ascendente y tiene ganado un espacio propio en las discusiones y propuestas innovadoras dentro de la denominada “segunda generación” de Reformas del Estado, entendida como políticas públicas orientadas a remediar los defectos o completar los aciertos de una primera generación de reformas que, iniciadas en los ‘70, continuaron y se profundizaron en los ‘80 y (sobre todo en América Latina) en los ‘90 a través de estrategias de descentralización, privatización, cambios en la burocracia estatal de acuerdo al modelo gerencial, etcétera.

Ciertamente, el fenómeno (y su correspondiente concepto) denominado “Reforma del Estado” trasciende en mucho a una reforma administrativa: la primera redefine los límites entre el Estado y la sociedad, así como el empoderamiento/desempoderamiento jurídico-político de órganos del Estado y de actores sociales, modificando la distribución de bienes materiales y simbólicos en una sociedad y las instancias claves que sobre ella han de resolver. La reforma administrativa, en cambio, consiste en un esfuerzo sistemático y masivo de modificar ciertas características del aparato estatal en cuanto implementador de las políticas decididas, dotándolo de mayor eficiencia y eficacia. Queda claro pues que la Reforma del Estado es por definición profundamente política² y, por lo tanto, cuando se habla de Reforma Política, convencionalmente suele asumirse por tal un proceso específicamente orientado a la calidad de los organismos y procedimientos asociados a la competencia por el poder en un sistema democrático (régimen de los partidos políticos, sistemas electorales, modalidades de emisión del sufragio, control judicial electoral, entre otros aspectos).

Con este despeje conceptual, este desarrollo se propone abordar dentro del campo de la Reforma del Estado las innovaciones sobre regionalización producidas en la provincia de Córdoba. Esta selección de caso resulta plausible ya que Córdoba constituye en el concierto nacional un caso particularmente representativo de esa tendencia, expresada en las leyes provinciales de regionalización inducida; primero la ley n° 8864/00 y luego la n° 9206/04. A su respecto, con el interés de conocimiento expuesto al comienzo, planteo la pregunta acerca de *si la nueva modalidad de relacionamiento intermunicipal bajo la forma regional*

² No es de extrañar entonces que, por ejemplo, el gobernador de Córdoba calificara a la ley 9206/04 de regionalización como el primer paso de la Reforma Política prometida, como se verá luego.

regulada por la ley provincial n° 9206 implica una modificación en el modo de entender la autonomía municipal, de envergadura tal que pueda detectarse un cambio institucional que trascienda al de una modalidad de gestión distinta para avanzar sobre el régimen jurídico-político de distribución espacial de las competencias del poder en el sistema argentino. La importancia de la pregunta se impone por sí misma.

1. El contexto de la política de regionalización

Los procesos de Reforma del Estado en las últimas décadas han tenido en la descentralización uno de sus ejes fundamentales. La descentralización implica el traspaso de atribuciones, funciones y, por lo tanto, de poder en tanto capacidad de decisión y acción, a instancias jurídicamente diferenciadas (o bien la retención de dichas atribuciones, funciones y poder por esas instancias). Entendido en un sentido amplio, el término no se circunscribe al nivel local (municipal y comunal) que es materia de atención en este trabajo, sino que describe toda diferenciación relevante en la distribución funcional/territorial del poder bajo las muy diversas formas que asume la estructura de la estatalidad³.

Interesa remarcar que la transformación descrita de los patrones espaciales de distribución de las competencias estatales se ha apoyado en una ideología descentralizadora casi incuestionada, que la valoriza como mecanismo de reaseguro de la democracia y supone resultados tales como el fortalecimiento de la sociedad, una mayor sensibilidad del gobierno frente a la demanda social, representatividad, eficiencia y adecuado uso de los recursos. Bajo estas premisas se han concretado profundos y rápidos procesos de descentralización con otorgamiento de competencias políticas y/o administrativas (dado que puede asumir diversas modalidades), particularmente en América Latina y los países del Este de Europa.

Es indudable la importancia ascendente de los niveles subnacionales de gobierno, en razón de que la provisión de una serie de servicios públicos, decisión y/o implementación de políticas sociales relativas a educación, salud, vivienda; así como de otras estrechamente ligadas al desarrollo (provisión de infraestructura de transporte y comunicaciones; programas de apoyo a las Pymes; regulación y control de la preservación ambiental; desgravaciones impositivas, etcétera), han

³ En sentido coincidente, Hernández (2000: 33) expresa: “Para nosotros, en un concepto amplio de descentralización ingresan formas estatales como las confederaciones, las federaciones y las regionales o federo-regionales, además de las distintas clasificaciones de las descentralizaciones relacionadas con competencias de tipo político o de tipo administrativo. La descentralización se aplica tanto en estados unitarios cuanto en federales y también entre los diversos niveles estatales. Es más, también se incluye en este concepto lo que acontece incluso dentro de los propios gobiernos locales, en una incesante tarea de acercar el gobierno a los ciudadanos”.

quedado en gran medida bajo su responsabilidad. Sin embargo, conviene ser cautos respecto a las posibilidades efectivas de los niveles locales de asumir responsabilidades que con frecuencia se han transferido de modo apresurado, bajo presiones políticas, sin estudios previos de factibilidad y sin acompañar la descentralización de la función por los recursos fiscales financieros requeridos para ello, de tal suerte que se ha parecido más a una “descarga” de problemas que a un rediseño territorial de las competencias del poder estatal para aumentar la participación ciudadana y la eficiencia en la gestión⁴.

La textura institucional de los gobiernos locales manifiesta en general una importante debilidad, derivada de sus falencias administrativas y de gestión, de desequilibrios financieros ya crónicos y de las dependencias de la política extralocal. Esto puede incluso estar agravado por un problema de *fragmentación* que ocasiona superposiciones costosas u obstructivas o vacíos en la producción de bienes y servicios de interés generalizable. Cuando a ello se agrega –lo que es usual, porque se retroalimentan– un déficit de escala técnica y económica, aparece el problema de la *sustentabilidad*. No es posible precisar el tamaño que debe tener la localidad para que esto ocurra, pues juegan otras variables además de las estrictamente demográficas y también porque el fenómeno tiene una gravedad distinta en los países centrales respecto de los países en vías de desarrollo. Puede, sin embargo, aseverarse que Argentina presenta serias distorsiones en este sentido (M. Iturburu, 2001). Específicamente, estudios estadísticos realizados en la provincia de Córdoba demuestran que a medida que se incrementa la población disminuyen tanto los gastos totales cuanto los gastos salariales *per capita*, si bien los primeros lo hacen a una mayor tasa.

El cuadro descrito no invalida la legitimidad de los gobiernos locales como formaciones vehiculizantes de modalidades más inmediatas, ágiles y participativas para satisfacer los intereses generalizables en una sociedad, pero implica una seria

⁴ Sin desconocer las potencialidades de la descentralización, han ido en aumento en los últimos años las advertencias sobre la aceptación apresurada de diseños institucionales estándares que no atiendan a las diferentes realidades estructurales socio-demográficas, económicas y políticas en que se aplican. Arocena afirma que “No podemos seguir razonando a partir de un simple rechazo de las posibilidades de la iniciativa local, pero tampoco a partir de una aceptación ingenua de sus virtualidades. La confianza en los procesos locales de desarrollo debe ir acompañada de una capacidad crítica, que analice resultados, que verifique la obtención de objetivos, que acompañe las acciones con mecanismos de evaluación” (Arocena, 1997: 57). Con esta perspectiva es que emprendimos hace ya algunos años un estudio empírico de la descentralización de los servicios de salud en la provincia de Córdoba, en cuyas conclusiones se afirma que “(...) una operatoria estandarizada a través de la firma de convenios-tipo (...) habría impedido una verdadera negociación capaz de adaptar la descentralización a las necesidades y posibilidades locales” y se previene sobre los efectos sociales negativos de un “excesivo entusiasmo descentralizador” (Díaz de Landa; Parmigiani de Barbará, 1996: 155-166).

advertencia en orden a la factibilidad del cumplimiento de las funciones que les competen.

De ahí que la *coordinación intergubernamental negociada* se presenta como un valioso mecanismo para facilitar el cumplimiento de las metas propias, en un contexto cambiante, complejo e interdependiente. El núcleo de esta coordinación lo constituyen acciones intencionales (condicionadas obviamente por múltiples factores históricos, culturales, geográficos, tecnológicos, etcétera) que la distinguen de la pura coordinación de mercado; pero también es diferente de la coordinación jerárquica.

La autocoordinación horizontal a través de la negociación que la existencia de redes formales o informales facilita –sea bajo la forma de *coordinación negativa o de veto* o bajo la de *coordinación positiva o cooperación*–, brinda chances para una conducción estatal más flexible bajo condiciones contextuales cambiantes y de creciente entrelazamiento internacional, sectorial y funcional (Parmigiani de Barbará, 2001).

Más aún: es posible ir más allá de las redes de relaciones estructuradas según criterios funcionales particulares (servicios u obras determinadas) o generales (el desarrollo económico, por ejemplo) incorporándole la dimensión territorial: aparecerá en tal caso una formación regional. Ésta puede ser conceptualizada como *un sistema de relaciones sociales altamente interdependientes, diferenciadas y/o complementarias y territorialmente organizadas cuyo vigor, en términos de desarrollo de potencialidades y capacidad de persistencia, se asocia a su aptitud para interrelacionarse con otros sistemas sin afectar negativamente su capital sinérgico* (Parmigiani de Barbará, 2001). Junto a la contigüidad espacial, resultan centrales en los fenómenos de regionalización las categorías de auto-coordinación (consenso) y de flexibilidad (posibilidad de modificación de los integrantes y de las funciones), a fin de adaptarse a un entorno complejo y de alta movilidad.

Resulta oportuno recordar el *Documento sobre Gestión Pública Iberoamericana para el siglo XXI*⁵ emanado del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), organismo creado por los países de la región. Entre los legados históricos negativos que contabiliza para América Latina, el

⁵ Aprobado por la XL^o Reunión Ordinaria del Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en la reunión realizada en Santo Domingo, República Dominicana, 8-9 de noviembre de 2010.

documento menciona la “excesiva centralización” político-administrativa⁶, campo en el que simultáneamente reconoce que se han producido comparativamente los avances reformadores más importantes por obra, ante todo, de los procesos de descentralización territorial del poder del Estado acaecidos algunos en la década del ‘70 e intensificados en los ‘80. Esto ha generado la emergencia de nuevos actores gubernamentales, llevando a incrementar en número y complejidad las relaciones intergubernamentales subnacionales en el marco de la nueva gobernanza pública⁷.

Frente a este desenvolvimiento positivo, el documento sin embargo advierte que “las relaciones intergubernamentales enfrentan, igualmente, dificultades en el campo de la coordinación de las acciones. El hecho es que el modelo descentralizador adoptado especialmente en América Latina, a pesar de los factores positivos asociados a él, muchas veces generó una autonomía y una pulverización político-administrativa exageradas”; concluyendo que para terminar la lista de desafíos relacionados con la cuestión territorial, “los países iberoamericanos –en especial aquellos en los cuales hay un mayor número de niveles de gobiernos autónomos– deben tener instituciones y una cultura política capaz de hacer frente a las complejas relaciones intergubernamentales existentes en naciones marcadas por la descentralización del poder. Se trata de una novedad histórica, y ello exige que se eviten tanto respuestas centralistas como un juego fragmentador”. Y para hacer frente a estas dificultades, descentralizar sí, pero fortalecer las capacidades estatales de los gobiernos subnacionales y aumentar la cooperación intergubernamental constituyen los pasos fundamentales.

El documento citado, cuyo diagnóstico y estrategias de solución comparto, es contundente al afirmar que la clave de la estrategia para la gobernanza en los nuevos tiempos pasa por la *regulación* adecuada, junto con la *coordinación*. “La constatación de cambios positivos en términos de la articulación interna y externa de los gobiernos iberoamericanos no significa que no existan problemas importan-

⁶ Según el documento, hay siete legados negativos que marcan la historia del Estado latinoamericano: el patrimonialismo, el formalismo burocrático, el proceso incompleto de modernización, la fragilidad de la gestión pública en el área social, la excesiva centralización, la imitación de fórmulas extranjeras y el déficit democrático.

⁷ La “gobernanza pública” es uno de los conceptos más importantes para entender las recientes transformaciones, implicando una horizontalización de la arquitectura de la estatidad y del relacionamiento entre Estado y sociedad. Comprende tres niveles: intragubernamental (vinculado con las características en la organización y funcionamiento de la administración pública), intergubernamental (a nivel interno –cuestión de la que trata esta ponencia– y a nivel internacional) y de participación de actores privados (ciudadanos, ONG’s, empresas, etcétera) en el proceso de decisión e implementación de políticas públicas (huelga decir que esto último no implica necesariamente un Estado ausente o débil).

tes en el campo de la gobernanza. En los tres planos en que ella se presenta⁸, su problemática en la región se puede resumir en dos ideas básicas: coordinación y regulación. Ambas se dan de manera diferente en cada esfera, pero son los puntos de referencia de una cuestión mayor y estratégica para la región, a saber, la creación de una nueva capacidad de gobernar que considere los cambios y especificidades del siglo XXI”.

2. Análisis de modelos de institucionalización formal del asociativismo municipal como formaciones regionales: el caso de la provincia de Córdoba

Contando con el antecedente del funcionamiento exitoso de muchos de los denominados “entes intermunicipales”, constituidos por el acuerdo entre municipios y comunas para la realización conjunta de obras y/o servicios públicos determinados e incluso para la consecución del objetivo más general de la promoción del desarrollo, se está intentando realizar en esta provincia argentina una reingeniería institucional más profunda, avanzando hacia la regionalización de la totalidad del territorio provincial. Esto es lo que le otorga relevancia para su consideración en esta oportunidad.

Un primer avance en tal sentido lo constituyó la ley provincial n° 8.864 de 2000; pero un diseño más innovador e integral es el previsto por la denominada “Ley Orgánica de Regionalización de la Provincia de Córdoba”, n° 9206. Sancionada el 29 de diciembre de 2004, esta ley fue iniciada por el Poder Ejecutivo provincial; visualizada como instrumento indispensable y adecuado para el denominado “nuevo federalismo cordobés” y parte de la prometida reforma política⁹.

Para contextualizar la iniciativa hay que tener presente que Córdoba es una de las provincias argentinas con mayor desarrollo del municipalismo y la descen-

⁸ Ver nota anterior.

⁹ “El gobierno provincial se apresta a reimpulsar la regionalización política, un proyecto tendiente a promover la asociación de municipios y comunas para la realización de obras y la prestación de servicios. La idea había asido anticipada por el gobernador José Manuel de la Sota en la apertura a sesiones ordinarias de la Legislatura, el 1° de febrero pasado, y fue ratificada por el mandatario a fines de julio, en una disertación ante un selecto auditorio de empresarios y ejecutivos de empresas” (“La provincia relanza la regionalización”, 2004). “De la Sota reunirá a todos los intendentes a mediados de octubre para plantearles lo que él considera el ‘nuevo federalismo cordobés’, contemplado en una iniciativa de regionalización que hace tiempo es analizada por el Gobierno provincial, (...) Por eso, al hablar ayer en las Jornadas Internacionales de Finanzas Públicas en la Facultad de Ciencias Económicas...” (“De la Sota ratificó la regionalización de municipios y comunas”, 2004). En correspondencia con el significado político e institucional que se le ha atribuido, la presentación y difusión del proyecto se efectuó en un importante acto con la presencia de las máximas autoridades provinciales y de los gobiernos locales y con todos los ribetes de instancia fundacional, en el Estadio Orfeo Superdomo, el 19 de octubre de 2004. Pocos días después el proyecto era enviado al Poder Legislativo para su estudio y tratamiento.

tralización, pero que simultáneamente –y como es frecuente en todo el país–, sus gobiernos locales manifiestan en general una baja calidad institucional en razón de dificultades administrativas y financieras crónicas y dependencias de los gobiernos provincial y nacional. Registra además muchas situaciones de *inframunicipalismo* –localidades con escasa sustentabilidad porque su tamaño genera un déficit de escala técnica y económica. En efecto, cabe recordar que esta provincia argentina de 165.321 km² y una población de 3.061.611 habitantes cuenta con una gran cantidad de unidades político-administrativas locales: su número asciende a 427 (249 municipios y 178 comunas), lo que significa un promedio de 7.170 habitantes por unidad local. Si además se tiene presente que su ciudad capital concentra 1.267.774 habitantes y que hay siete ciudades con más de 30.000 habitantes que totalizan en conjunto el número de 450.463, y estos valores se restan del total poblacional, el promedio baja sensiblemente a 3206 habitantes por localidad. Los guarismos adquieren aún mayor significación advirtiéndole que existe una cantidad importante de gobiernos locales con menos de 1.000 habitantes. Por otra parte, hay muchas poblaciones con menos de 2.000 habitantes que revisten el carácter de municipios y no de comunas, contrariando las previsiones constitucionales e incrementando la debilidad institucional.

La fragmentación en las relaciones intergubernamentales tanto a nivel vertical cuanto horizontal a que hice referencia antes, y que ocasiona superposiciones costosas u obstructivas o vacíos en la producción de bienes y servicios de interés generalizable, agravó aún más el problema: las experiencias exitosas en materia de coordinación horizontal local-local a través de entes intermunicipales que mencioné han resultado insuficientes para removerlo. Resultan muy ilustrativas al respecto –a la vez que reflejan con nitidez el nivel motivacional de la acción de los actores que se activaron en la innovación– las expresiones de una Intendente en ocasión de defender el proyecto de regionalización, luego transformado en ley n° 9.206 en el seno de la Comisión de Asuntos Institucionales, Municipales y Comunales de la Legislatura Provincial¹⁰. Es pertinente su reproducción textual:

Sra. Intendente Bedano: Señor Presidente, lo que nosotros venimos a pedirle es ayuda y que nos acompañen. Ayuda, *porque estamos convencidos de que ha llegado un momento casi límite en que tanto las comunas como los pueblos y las ciudades ya no tienen ninguna*

¹⁰ Por invitación de la citada Comisión, varios intendentes de distinta extracción partidaria (además de funcionarios del Poder Ejecutivo) asistieron a su reunión de fecha 14 de diciembre de 2005 para explicar el proyecto, en carácter de miembros y representantes de la denominada “Mesa Provincia-Municipios”.

posibilidad de salvarse solas. Los pueblos pequeños por ser pequeños y porque a lo mejor hoy carecen de una infraestructura de recursos humanos y materiales que les permitan abarcar estos nuevos roles de los que hablaba hace un momento el intendente de Mina Clavero, y las ciudades grandes porque a pesar de tener estructuras más grandes los problemas son dobles en su magnitud. Esta ley –y esto lo podemos decir tranquilos ante ustedes– en realidad es el resultado de muchos años de no haber aceptado el desafío de asociarnos. Si naturalmente, como la sociedad lo venía exigiendo, los distintos mandatos desde hace mucho tiempo en las distintas ciudades y pueblos hubieran aprendido a asociarse y trabajar conjuntamente, seguramente que la regionalización de la provincia hoy sería un hecho y no haría falta ninguna ley o, en todo caso, el proceso hubiera sido mucho más natural. Actualmente, desde los costos que tienen las maquinarias que debemos comprar se hace imposible de afrontar desde una sola administración y nuestros parques viales están añejos y fuera de uso, hasta lo que significa optimizar los recursos humanos que tenemos, todo esto hace que haya llegado el punto límite que tengamos que asociarnos.¹¹

2.1. Consideraciones previas sobre el sentido e importancia de las reglas formales

Toda política pública y, en consecuencia, también la de regionalización, implica un complejo proceso de interacción para la producción de bienes colectivos condicionado por diversos factores, los que a su vez son reproducidos, transformados y/o resignificados en el curso de dicho proceso. Entre estos factores, las modernas corrientes neoinstitucionalistas destacan la importancia de las instituciones, rescatando a éstas del cono de sombra al que fueron relegadas por los excesos behavioristas y estructuralistas: como afirma Wiesner (1997: 231), “no hay políticas en abstracto; lo que hay son políticas e instituciones”.

Las instituciones son patrones de conductas formales e informales, con algún grado significativo de estabilidad y de capacidad para moldear la conducta de los individuos, entre los que también “debe haber cierto sentido de valores compartidos” (Guy Peters, 2003: 37)¹². Ellas asignan capacidad de acción, recursos e

¹¹ Fuente: versión taquigráfica oficial de la reunión referida; el resaltado en bastardilla me pertenece.

¹² Este último requerimiento es fundamental en el “institucionalismo normativo” de March y Olsen, pero no se encuentra ausente de otras versiones del neoinstitucionalismo, incluida la de la

información (Scharpf, 1997) y desarrollan ciertas lógicas que orientan y condicionan el comportamiento de los actores. Opto por utilizar la expresión “lógica” en plural para abarcar tanto la “lógica de lo adecuado” afincada en lo normativo (valores) del institucionalismo normativo, como la de los incentivos del institucionalismo de la elección racional e incluso la de la “dependencia del rumbo” del institucionalismo histórico. Esto es así no por un sincretismo superficial, sino por cómo el análisis empírico de las políticas públicas ha puesto de manifiesto que operan sobre ellas lógicas diversas que es necesario considerar para una mejor descripción, explicación y crítica¹³

Ha quedado dicho que en el concepto de *institución* se comprenden no sólo las reglas formales sancionadas por el sistema judicial y la maquinaria del Estado¹⁴, sino también las normas sociales que los actores generalmente respetan y cuya violación es sancionada con pérdida de reputación, desaprobación social, apartamiento de la cooperación, exclusión de recompensas, o incluso el ostracismo. Pero en este trabajo, la reflexión sobre las políticas de reforma del Estado configuradas por la descentralización y la regionalización se circunscribirá fundamentalmente, dentro del vasto campo de las instituciones sociales, a las reglas formales; a partir de estas últimas, esto es, a partir de las posibilidades y restricciones que prevén, de las capacidades y recursos que otorgan o niegan a los órganos estatales en sus diversas instancias jurisdiccionales (provincial y locales), serán analizadas las innovaciones producidas en las referidas políticas de reforma, fundamentalmente siempre desde el ángulo de su diseño formal.

En coincidencia pues con las nuevas corrientes neoinstitucionalistas, si bien no se asume como determinante el esquema formal normativamente presupuesto, el papel de éste en el proceso de implementación es una cuestión empírica a considerar en sistemas de acción concretos, adoptando como supuesto que tales sistemas se configuran a partir de la interacción de actores orientados por objetivos o propósitos con variable disposición de recursos para lograr consensos orientados tanto por sus marcos de interpretación de la “institucionalidad legitimante” de sus propósitos, como por su evaluación de la “pertinencia de la institucionalidad deseada” (Díaz de Landa; Parmigiani de Barbará, 2004).

elección racional (pues de lo contrario los incentivos no podrían funcionar de modo generalizado como tales entre los participantes en la acción colectiva, ya que en último término también subyace en el interés un componente valórico).

¹³ Un buen ejemplo en este sentido es el *enfoque neoinstitucional centrado en actores* (Mayntz y Scharpf, 1995: 39-72) que permite la consideración de sucesivos y complementarios niveles de análisis. He tenido la oportunidad de comprobar personalmente su fertilidad a través de su aplicación en varias investigaciones (en particular, la expuesta en Parmigiani de Bárbara, 2001).

¹⁴ En la literatura institucionalista clásica, son las denominadas instituciones normas e instituciones órganos.

2.2. Reglas constitucionales, autonomía y formaciones para la cooperación

Hay que tener presente que las previsiones constitucionales existentes afirman la autonomía municipal, pero también prohijan la cooperación intergubernamental en sus diversas modalidades de complejidad.

La legitimación de los gobiernos locales en Argentina hunde sus raíces en la tradición colonial; de ahí que cuando la Constitución Nacional de 1853 organizó al país bajo la forma federal impuso a las provincias en su artículo 5 la obligación de respetar el régimen municipal al dictar sus constituciones. Si bien la doctrina se dividió largo tiempo entre los autores que sostenían sólo la “autarquía” de los municipios y los que afirmaban su “autonomía”, fue claro siempre que se trataba de unidades jurídico-políticas de gobierno, con personería de derecho público, y que debían contar con los recursos legales y financieros suficientes para atender las necesidades e intereses nacidos de la vecindad.

La cuestión fue zanjada por la reforma de la Constitución Nacional de 1994, en la que operó con vigor la idea-fuerza de la descentralización, como ponen de manifiesto las regulaciones relativas al federalismo, la autonomía municipal y la ciudad de Buenos Aires (Hernández, 2000). No fue modificado el mencionado artículo 5 de la CN, pero un nuevo artículo explicita tal mandato al expresar que el aseguramiento de la autonomía municipal debe hacerse “(...) reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero” (art. 123, CN). Con ello (y aunque admitiendo variabilidades) está requiriendo garantizarla de modo suficiente y coherente con los principios que informan la Carta Magna, a través por ejemplo del dictado de las propias cartas orgánicas para localidades de cierta envergadura, la elección popular de los gobernantes, la prestación de servicios, el ejercicio del poder de policía ambiental, entre otros, y la definición de su fuente de recursos y uso de los mismos.

Por su parte, la Constitución de la Provincia de Córdoba (CPC) de 1987, al igual que la mayoría de las constituciones provinciales argentinas, reconoce también expresamente la autonomía municipal “(...) política, administrativa, económica, financiera e institucional” (art. 180, CPC), y define la competencia de los municipios así como regula detenidamente otros aspectos que hacen al régimen municipal en el Título Segundo (“Municipalidades y Comunas”) de la Segunda Parte.

Consagrada con tal claridad la autonomía provincial, cuando se ingresa a la temática de las relaciones interjurisdiccionales deberá tenerse presente no sólo que las mismas deben basarse en el consenso, sino también que el consenso no puede incluir una delegación a otra instancia de las atribuciones que constitucional y legalmente le son atribuidas a las unidades locales. Esta advertencia es particularmente significativa cuando las relaciones se ordenan según patrones formalizados y más estables –incluso con la constitución de órganos específicos– y en relación a un conjunto de campos o dominios significativos e interrelacionados de la política pública, tal como sucede en las crecientes modalidades asociativas (áreas metro-

politanas, corredores productivos, entes intermunicipales, regiones, etcétera); ellas no pueden avanzar sobre las autonomías de municipios y comunas o incluso del propio estado provincial que las contiene.

Pero no cabe duda que constitucionalmente es posible la concreción de formaciones de cooperación auto-coordinada para una gestión más eficiente y efectiva de diversos fines, en forma ascendente; es decir, a partir de los gobiernos locales y en las que pueden participar también otros niveles jurisdiccionales e incluso actores de la sociedad civil (entidades de asesoramiento técnico, por ejemplo). La Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987 prevé de modo expreso, en efecto, la creación de “organismos intermunicipales” (también denominados “entes intermunicipales” o “entes intercomunales”), en su art. 190: “Las Municipalidades pueden celebrar convenios entre sí, y constituir organismos intermunicipales para la prestación de servicios, realización de obras públicas, cooperación técnica y financiera o actividades de interés común de su competencia. Pueden celebrar acuerdos con la Provincia, el Gobierno Federal u organismos descentralizados, para el ejercicio coordinado de facultades concurrentes e intereses comunes”. Estos entes tienen personería jurídica de derecho público emanada de la propia constitución provincial, y sus finalidades pueden ser de distinto tipo, duración y alcance (construir un camino; realizar el servicio de recolección de residuos; proveer de energía eléctrica, etcétera; o bien varias de ellas o una de tipo integral como propender al desarrollo), pero no son una instancia jurídico-política nueva y distinta de los municipios, sino creaciones de éstos y de su autonomía. Su carácter sólo instrumental o adjetivo es coincidente con el que la doctrina atribuye a las regiones interprovinciales en el Estado federal argentino (arts. 124 y 125 de la Constitución de la Nación Argentina; la mayoría de las constituciones provinciales contienen normas semejantes).

En síntesis, la previsión de los constituyentes provinciales fue clara y temprana sobre acciones alternativas que remedien una posible fragmentación derivada de la descentralización; dichas acciones están en el campo de la cooperación intergubernamental y revisten carácter consensuado (su formalización se realiza a través de convenios), pudiendo llegar incluso a constituir una organización diferenciada (“organismos intermunicipales”), con objetivos específicos o amplios y por tiempo determinado o con carácter permanente.

2.3. Primer diseño de regionalización: modelo selectivo y diferido

La crisis económica nacional desde fines de los ‘90, con sus componentes de recesión, desempleo y abultada deuda pública, fueron socavando los ya de por sí menguados recursos locales, al decrecer la capacidad contributiva y de pago de servicios de las propias poblaciones y mermar también los ingresos provenientes de la coparticipación provincial y federal, incrementándose simultáneamente la demanda de servicios (salud, agua, transporte, etcétera) al Estado local en una comunidad con capacidad de pago decreciente al sector privado.

El contexto de crisis se constituyó así –tal vez paradójicamente– en la “situación de acción” (Scharpf, 1997), en la oportunidad generadora de un intento de innovación más profunda tanto en los patrones espaciales de distribución del poder a través de una nueva modalidad de relacionamiento de las unidades locales, cuanto en la dinámica política y de gestión al interior de dichas unidades.

Este intento se plasmó en el “Acuerdo económico, financiero y fiscal entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal” –también denominado Pacto de Saneamiento Fiscal–, firmado el 5 de febrero del año 2000 y transformado en ley provincial n° 8.864 en julio del mismo año. Las reformulaciones introducidas por el “Acta-acuerdo para la reformulación del Pacto de Saneamiento/Acuerdo económico, financiero y fiscal entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal” (08/11/2001), a la que sucedió un “Convenio-marco de refinanciación y compensación de obligaciones recíprocas entre Provincia y Municipios y Comunas” (09/05/2002), si bien no alteraron formalmente la política inicialmente proyectada, dieron cuenta de las dificultades para la concreción de la misma más allá de la estricta renegociación de la deuda (puesto que en los hechos no se exigió la efectivización de las innovaciones acordadas como contrapartida para las sucesivas renegociaciones). Ello instala válidamente en el análisis el interrogante acerca de si la mencionada “situación de acción” constituyó una real “oportunidad de cambio” (March y Olsen, 1989); esto es, una instancia histórica en que los modelos mentales y los recursos de los actores se conjugan en torno a la necesidad de un cambio más profundo de las instituciones.

En relación específica al reordenamiento territorial de las relaciones intermunicipales, el Pacto Fiscal previó la obligación de constituir entes de recaudación y gestión. Dado que éstos, en el caso de las municipalidades y comunas con menos de 30.000 habitantes, requerían una integración regional por parte de las unidades locales (“entes regionales de recaudación fiscal y gestión”), significa que si bien se asoció la estrategia de saneamiento al incremento de la eficacia recaudatoria local mediante la tercerización, la eficacia se ligó a su vez, en el caso de gobiernos locales de menor escala, a una asociación entre ellos con base territorial (regionalización). De allí que esta modalidad de regionalización pueda caracterizarse como “selectiva y diferida”.

Se adoptó una estrategia compleja, relacionando en un único “paquete de políticas” varias cuestiones: a) el “salvataje” fiscal por parte de la provincia de Córdoba a sus municipios y comunas con una pesada deuda a favor del Estado provincial, sus organismos y empresas, de alrededor de 220 millones de dólares; b) una serie de importantes disposiciones de carácter político-institucional que estaban orientadas a convertirlo en un verdadero instrumento de reformas profundas y rápidas de los gobiernos locales, tanto hacia el interior de ellos en su gestión

administrativa, financiera e incluso en sus órganos políticos, cuanto en las relaciones intergubernamentales local-local y todo ello orientado a la consecución del desarrollo sustentable.¹⁵

Impulsado por el Ejecutivo provincial y diseñado por éste bajo la modalidad de “coordinación bajo la sombra de la jerarquía”, el Pacto concluido mostró desde el comienzo dificultades en su implementación. La pretendida innovación terminó diluyéndose al fin, como dije, en una simple reprogramación de plazos para el pago de las deudas municipales. La ausencia de “modelos mentales” compartidos, tanto a nivel cognitivo como motivacional –expresándolo en los términos del enfoque neoinstitucional–, explica sin duda este fracaso. Estas explicaciones han sido analizadas detenidamente en un trabajo anterior¹⁶, pero me interesa reproducir aquí la referencia a un aspecto motivacional: el relativo a las ideas, en cuanto manifiesta la necesidad de preservar la autonomía como valor propio de la estructura y dinámica jurídico-política constitucionalmente consagrada, esto es, en cuanto manifiesta la institucionalidad legitimante:

(...) b) Finalmente, la idea-fuerza de la preservación de la autonomía local generó renuencias importantes a la implementación del Pacto de Sanseamiento Fiscal. Más allá de que la misma –por su legitimidad indiscutida–, haya sido instrumentalizada en distintos momentos del proceso para reforzar regateos en negociaciones basadas en intereses puntuales financieros y/o políticos, lo cierto es que la misma está incorporada a los modelos mentales de los actores y no debe ser desatendida. Precisamente la posibilidad de incluir la cuestión de la regionalización provincial entre los temas a tratar en la Convención Constituyente que sesionó en la provincia de Córdoba en setiembre del 2001 con el objetivo de discutir la denominada “reforma política”¹⁷, constituyó un punto conflictivo con la oposición para llegar a

¹⁵ Esto está expresamente establecido como objetivo en el apartado primero, incorporado como Anexo Único a la ley 8864: “Adoptar políticas uniformes que armonicen y posibiliten el logro de la finalidad común de fortalecer –en forma sostenida y continua– el régimen Municipal y Comunal, de modo tal que permita un significativo aumento en la calidad de vida local, un mejoramiento en los servicios a su cargo, el crecimiento de la economía provincial y la reactivación de las economías regionales”. De ahí que el nombre completo de este acuerdo sea “Acuerdo económico financiero y fiscal entre la Provincia de Córdoba con Municipios y Comunas para el fortalecimiento sustentable del régimen municipal y comunal”. Un mayor detalle de las reformas se encuentra en Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará (2003_p).

¹⁶ Véase Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará (2003_p).

¹⁷ La misma estribó fundamentalmente en la transformación del Legislativo bicameral en unicameral, con reducción del número de legisladores y unificación de los mandatos del Poder Ejecutivo con el nuevo cuerpo de legisladores.

la sanción de la ley declarativa de la necesidad de reforma parcial de la constitución provincial. Difundido como “proyecto de regionalización”, los alcances del mismo no llegaron sin embargo a conocerse claramente pues fue retirado por el oficialismo, a fin de evitar que abortara la reforma política que se priorizaba. Pero circuló la idea de “zonas” comprensivas de varios municipios y comunas representadas en los órganos de “entes” y a cargo de cuestiones administrativas, para incrementar la eficiencia en la gestión. Las voces opositoras enfatizaron, precisamente, la supuesta amenaza que se cernía sobre las autonomías locales¹⁸, particularmente de las localidades pequeñas y de menores recursos, aunque también existieron sospechas de segundas intenciones de tipo político-electoralista¹⁹ (Parmigiani de Barbará, 2003_b).

2.4. Segundo diseño de regionalización: modelo integral superpuesto

En el reordenamiento espacial diseñado por la ley n° 8.864 antes sintetizado, aún cuando la dinámica de coordinación adoptada respondió a la modalidad de “coordinación bajo la sombra de la jerarquía” con el consecuente rol de iniciador por parte del gobierno provincial, existió el consentimiento de municipios y comunas, por lo que se encuadró en las normas constitucionales existentes (art. 190, CPC). La renuencia manifestada a través de un discurso de preservación de la autonomía denotaría pues una distorsión por sobredimensionamiento de los valores contenidos en dichas normas, probablemente asociable a la desconfianza generalizada que caracteriza al sistema político argentino; desconfianza particularmente intensa al momento preciso de intentarse la implementación del modelo de regionalización de la ley n° 8.864.

Resulta muy interesante señalar que, al parecer, la renuencia y la desconfianza habrían remitido, luego de algunos años de trabajo conjunto (hasta la actualidad,

¹⁸ Justo es advertir que más allá de las verdaderas intenciones, la imprecisión y ambigüedad que registran algunos documentos gubernamentales cuyos textos equiparan regionalización con integración, no resultan idóneos para aventar temores. Véase, a manera de ejemplo, el siguiente fragmento. “Los instrumentos de los distintos compromisos mutuos (...) debe ser resuelta entre todos, con la mayor voluntad, tolerancia y capacidad de diálogo, *pues esa mancomunidad es la clave de la integración y regionalización* provincial que se propone, cuyo éxito está probado en otras latitudes, especialmente en países europeos.” (Estudios y Propuestas/ Documento N° 2/II Foro de Intendentes de la Región Centro/Gobierno de la Provincia de Córdoba). Lo resaltado en bastardilla me pertenece.

¹⁹ Dado que podrían modificarse los límites regionales correspondientes a los departamentos y ellos constituirían la base de la representación en el Senado en la CPC de 1987 (art. 83); parcialmente, esto se mantiene para la actual Legislatura unicameral (art. 104, CPC de 2001).

y continúa) entre gobiernos locales con distinto signo partidario y el Ejecutivo provincial, en la Unidad de Trabajo Provincia-Municipios (UTPM). Si el tiempo muestra la permanencia de tal actitud, se habrían verificado las previsiones de la doctrina (Wright, 1997), en el sentido de que el logro de consensos y de cooperación en las relaciones intergubernamentales se ve favorecido cuando se da un contexto de respeto y aceptación de la diversidad de las distintas entidades involucradas; un rol destacado juegan también los liderazgos políticos empeñados en valorizar y promover la acción cooperativa, así como la orientación de las preocupaciones hacia cuestiones operativas, concretas, en lugar de grandes cuestiones o proyectos muy ambiciosos y, finalmente, las situaciones de crisis. Todas estas variables se advierten, en efecto, en el caso bajo análisis: al pluralismo de la UTPM, se agrega que el Ministro responsable del área en la nueva etapa es un destacado dirigente de origen local que ha presidido de modo entusiasta la Asociación Argentina de Municipios, bajo la idea-fuerza del asociativismo municipal. En cuanto a la preocupación por cuestiones concretas de gestión municipal, son ampliamente reveladoras las expresiones de los intendentes en ocasión del proceso de elaboración del nuevo proyecto: ejercicio del poder de policía en las denominadas “zonas grises” formalmente bajo la jurisdicción provincial; resolución de conflictos en materia de delimitación de los ejidos municipales; control bromatológico; atención de caminos y escuelas rurales; patrullaje rural; infracciones a la preservación del medio ambiente; sistematización del curso de aguas; tratamiento de residuos; forestación y reforestación, etcétera.

Lo interesante es, reitero, que en el exitoso espacio de diálogo y concertación de acuerdos constituido por la UTPM –creada por la ley n° 8.864 e informalmente denominada Mesa de Trabajo Provincia-Municipios–, no sólo se logró acordar el refinanciamiento total de las deudas de los gobiernos locales, sino que se habría avanzado hacia una resignificación de la institucionalidad legitimante que surge de la Constitución Provincial, traducida en la promoción y apoyo a la ley n° 9.206.

Con la ley n° 9.206/04 ha emergido en Córdoba un nuevo y ambicioso diseño de la regionalización intraprovincial, que tiene como objetivos básicos explícitos el progreso del asociativismo municipal, el incremento de la descentralización de las competencias provinciales y el fortalecimiento de la autonomía municipal²⁰, con el

²⁰ “Quiero decirles a modo de síntesis que desde este Ministerio, como articuladores de la política que tiene que ver con los municipios y comunas de la provincia de Córdoba, aspirábamos a que se cumplimentaran tres objetivos que creíamos básicos y que fueran acordados por todos los integrantes de la provincia de Córdoba y por el Ministerio de Gobierno, que es el fortalecimiento de las autonomías municipales, una mayor descentralización de las competencias de la provincia de Córdoba a los municipios y el rol del asociativismo de los municipios y comunas. A estos tres objetivos que son las referencias o las banderas del espíritu de este proyecto de ley, ustedes los van a encontrar en cada uno de los articulados de este presente proyecto”: expresiones del Viceministro

fin último del desarrollo sustentable²¹. Para la consecución de tales propósitos se han creado las llamadas “Comunidades Regionales”²², como resulta del mismo texto legal:

de Gobierno de la Provincia en ocasión de la concurrencia de la UTPM a la Comisión de Asuntos Institucionales, Municipales y Comunes (versión taquigráfica de la reunión del 14/12/04).

²¹ El sentido otorgado a esta expresión, que condensa (según se pretende) como idea-fuerza los valores puestos en juego en la innovación, se manifiesta en el extenso discurso del legislador oficialista Méndez, en ocasión del debate en el recinto de la Legislatura previo a la sanción de la ley n° 9.206. El análisis de la versión taquigráfica (22/12/04) muestra –secuencialmente–: a) la valorización de la descentralización (“[...] este gobierno, mi gobierno, plantea el proyecto de Comunidades Regionales conjuntamente con la Mesa Provincia–Municipios, filosóficamente convencido que son los gobiernos locales los que pueden configurarse como instancias ágiles y entes creativos, primero, por su mayor proximidad a los problemas y segundo, gracias a sus estructuras burocráticas más flexibles, por su dimensión y menor grado de formalización [...]”); b) la constatación de los procesos de integración a distintos niveles como fenómeno generalizado y su valorización, afirmando la presencia en ellos de “...un denominador común: el concepto de región...”; c) la comprensión de la región como una formación dinámica, compleja y de coordinación fundamentalmente horizontal de los procesos de políticas públicas entre diversos niveles jurisdiccionales y con actores de la sociedad civil, siempre con una referencia al espacio; aparece asimismo aquí el concepto de “sinapsis” o articulación entre organizaciones, para referenciar la importancia del “asociativismo”; d) la íntima relación entre regionalización y desarrollo, en la medida en que éste se entienda no sólo económicamente sino integralmente, realizando la equidad, garantizando la calidad de vida y potenciando sinergias propias (perspectiva endógena, sin desconocer los factores exógenos).

Por otra parte, la centralidad que el desarrollo tiene en el rediseño institucional de la ley n° 9.206 queda bien patentizado a través del contenido otorgado a la asistencia a los gobiernos locales, a la que se dedica un título específico con tres artículos: TÍTULO XI- DE LA ASISTENCIA PROVINCIAL- Asesoramiento y Asistencia Técnica. Artículo 21.- LAS Comunidades Regionales podrán solicitar asesoramiento y asistencia técnica de las áreas especializadas de los entes y organismos públicos del Estado Provincial. Indicadores de Desarrollo Regional. Artículo 22.- PARA evaluar el desarrollo de las Comunidades Regionales, se implementará un instrumento integrado por un conjunto de indicadores interrelacionados que se denominará “Indicador de Desarrollo Regional para la Gestión”. El mismo tendrá ocho (8) componentes del concepto de desarrollo: 1) Capital Físico, 2) Actividad Económica, 3) Capital Humano, 4) Capital Social, 5) Gestión de Recursos Financieros, 6) Transparencia, 7) Capacidad Institucional, 8) Participación Política. Unidad Operativa. Artículo 23.- PARA operativizar el Indicador de Desarrollo Regional para la Gestión, recoger y procesar la información y emitir informes anuales actualizados, el Ministerio de Gobierno constituirá una Unidad de Trabajo que garantice objetividad, rigurosidad, idoneidad técnica y economía operativa, a cuyo efecto podrá celebrar convenios o acuerdos con universidades, instituciones y organismos públicos y/o privados.

²² En ocasión de la concurrencia de miembros de la UTPM a la Comisión de Asuntos Institucionales, Municipales y Comunes, la Intendente de la ciudad de Villa María marcó con claridad el giro de la política de regionalización provincial y su eje en la descentralización hacia las comunidades regionales: “También queríamos decirles que esta ley es totalmente distinta a la que en su momento aprobó la formación de los Entes Regionales porque estos constituyen una manera de asociarnos con algunos municipios para ciertas tareas puntuales pero no tiene nada que ver con la descentralización del ejercicio del poder de policía que hoy la Provincia no puede ejercer a distancia” (versión taquigráfica de la reunión del 14/12/04).

Objetivos.

Artículo 9º.- LAS Comunidades Regionales tienen como objetivo contribuir a hacer más efectiva la gestión de la Provincia y de los Municipios y Comunas en las regiones, generar polos de desarrollo, facilitar la descentralización de funciones y la transferencia de competencias y lograr las demás finalidades establecidas en el Artículo 175 de la Constitución Provincial.

Por su parte, el referido artículo 175 CPC, ubicado en la Segunda Parte (Autoridades de la Provincia), Sección cuarta (Administración Pública Provincial y Municipal), dispone: “Regionalización.- Artículo 175.- Una ley especial establece la regionalización de la Provincia a los fines de facilitar la desconcentración administrativa, la más eficiente prestación de los servicios públicos y unificar los diversos criterios de división territorial”.

Como ya destacué, a diferencia del anterior diseño que concitó resistencias tempranas, este nuevo diseño fue elaborado y consensuado en el seno de la UTPM antes de su elevación a la Legislatura por el Ejecutivo provincial para su sanción. Más aún: al proyecto se adjuntó el acuerdo fundamentado por parte de la UTPM, y luego miembros sobresalientes de ésta y pertenecientes a distintas fuerzas políticas concurren a explicarlo y apoyarlo ante la Comisión de Asuntos Institucionales, Municipales y Comunales de la Legislatura; el discurso adquirió por momentos una fuerte vehemencia, otorgando a la estrategia regionalizadora proyectada el carácter de instrumento indispensable y urgente para la viabilidad de los gobiernos locales.

La Ley Orgánica de Regionalización de la Provincia de Córdoba consta de 27 artículos organizados en doce títulos. En lo sustancial que interesa resumir aquí, dispone la regionalización de todo el territorio provincial a través de la creación de Comunidades Regionales cuyos límites se corresponden con los departamentos existentes, y comprende todas las unidades locales que en ellos se localizan. A través de la denominación “Comunidad Regional” el legislador pretende, desde un punto de vista discursivo, aludir a la idea de que las futuras regiones desarrollarán una identidad propia y un sentimiento de pertenencia de sus miembros, en la medida en que, por medio de ellas, se agruparán municipios y comunas con afinidades culturales, históricas, sociales y económicas entre sí. Pero dado que los departamentos son demarcaciones territoriales al solo efecto electoral (art. 78, inc. 1, CPC)²³, la ley ha flexibilizado el criterio para favorecer el cumplimiento de sus

²³ Si bien recientemente se han tomado como base para la organización de la policía provincial y también para las políticas desplegadas desde el Ministerio de Educación Provincial, de modo correspondiente con los nuevos patrones espaciales para el ejercicio de las competencias político-administrativas.

objetivos y respetar, simultáneamente, los necesarios consensos que garantizan la autonomía²⁴.

Las Comunidades Regionales son personas jurídicas de derecho público con capacidad para adquirir y enajenar bienes y realizar todo tipo de actos jurídicos (art. 5, ley n° 9.206). La integración a ellas –reitero– por parte de los municipios y comunas localizados en el departamento respectivo es totalmente voluntaria y dispuesta por Ordenanza Municipal o Resolución de la Comisión Vecinal, sometiéndose sólo entonces al régimen previsto por la nueva ley: se está pues frente al tipo de coordinación “negociada bajo la sombra de la jerarquía” (Scharpf, 1993), en donde la restricción deviene de la estandarización de las soluciones para resolver satisfactoriamente el “dilema del gran número” y de la eventual pérdida de los incentivos previstos para la cooperación²⁵.

Los artículos 7 a 10, al regular la jurisdicción y competencia de las Comunidades Regionales, contienen el núcleo de la reforma. En principio, la jurisdicción de las nuevas formaciones regionales recae sobre las denominadas “zonas grises” de la geografía provincial, las que están fuera de los ejidos municipales (del tipo “villa”) y en las que con frecuencia existe un ejercicio difuso del poder de policía provincial a raíz de las distancias, con el consiguiente incremento de costos para la administración pública y merma de acción efectiva. Se excluyen expresamente “los radios urbanos donde los Municipios y Comunas prestan efectivamente los servicios permanentes a la población, salvo convenio especial de algún Municipio o Comuna con la Comunidad Regional” (art. 7). Por el art. 8 el Gobierno de la provincia “delega en las Comunidades Regionales el ejercicio del Poder de Policía

²⁴ “Excepciones. Artículo 4°.- POR excepción fundada en las características geográficas, económicas y de desarrollo de una zona determinada o en las características de las poblaciones que quedan comprendidas en la Región o en la facilidad de comunicación entre ellas, el Poder Ejecutivo, a solicitud de los Municipios o Comunas que demuestren interés, podrá: a) Autorizar y reconocer más de una Comunidad Regional en un mismo Departamento, fijando la competencia territorial de cada una de ellas; b) Autorizar que se integren a una Comunidad Regional de un Departamento, municipalidades o comunas de otros Departamentos vecinos, previo consentimiento expreso de la Comunidad Regional de la que se pretenda formar parte, y c) Autorizar que una Municipalidad o Comuna se integre a más de una Comunidad Regional, previo consentimiento expreso de la Comunidad Regional de la que se pretenda formar parte. En el caso de la excepción prevista en el inciso a) precedente, el territorio de competencia de cada Comunidad Regional comprenderá la superficie total de los circuitos electorales correspondientes a los Municipios y Comunas que la integren.”

²⁵ Si bien se requiere el consentimiento de las unidades locales para integrar las comunidades regionales e incluso adicionalmente para transferirles funciones, la atribución de recursos genera un espacio de imposición jerárquica: “(...)Premios y castigos. De la Sota aclaró que con la propuesta no se va a plantear que se fusionen los municipios ni la pérdida de la autonomía, pero “sí un sistema de premios y castigos para que los municipios se regionalicen, para que vean el espacio regional y aprovechen mejor los recursos” (“De la Sota ratificó la regionalización de municipios y comunas”, *La Voz del Interior*, 23/09/04).

en las materias de su competencia, dentro de todo el territorio en el que estas Comunidades Regionales tienen jurisdicción y competencia territorial. Las facultades y obligaciones derivadas de la delegación, serán asumidas por la Comunidad Regional a partir de la fecha en que tal delegación sea expresamente aceptada por ella, previo acuerdo con el Poder Ejecutivo de la Provincia respecto de los recursos para el ejercicio de la delegación”. Las Comunidades Regionales tienen asimismo en el ámbito de su jurisdicción “(...) la competencia material que la legislación vigente atribuya a los Municipios y Comunas (...)” (art.10, ap. A).

La ley prevé también el gobierno de la Comunidad Regional; el mismo está a cargo de una Comisión *ad honorem* integrada por todos los intendentes y presidentes comunales de las localidades miembros, por el legislador provincial del departamento respectivo y por el/los legisladores provinciales electos tomando a la provincia como distrito único (art. 78, inc. 2, CPC), según el domicilio registrado antes de la elección. La Comisión designa anualmente una Mesa Ejecutiva y una Sindicatura, ambas *ad honorem*; eventualmente podrá nombrar un agente exterior a su seno, como administrador rentado (art. 11); debe aprobar su reglamento interno y el quórum para sesionar se establece en la mitad más uno de los miembros, adoptándose las decisiones por simple mayoría (arts. 13 y 14), salvo disposiciones específicas de cada Comunidad. Finalmente, el artículo 15 la atribuye recursos derivados directamente de su actividad (tasas, precios públicos, patentes, multas, etcétera) y por vía coparticipada.

He utilizado para denominar a este modelo de regionalización los términos “integral y superpuesto”. La primera expresión alude, desde el punto de vista espacial, a su extensión a todo el territorio provincial (a todas sus “zonas grises” en primer lugar, pero también a otros posibles segmentos territoriales dentro de las unidades locales a partir de eventual transferencia o delegación de competencias de las mismas o de la descentralización realizada por el gobierno provincial: en todo caso, el espacio de cierre o clausura jurídico-institucional está previsto y son los departamentos en que se divide la provincia, sin diferenciaciones en razón del tamaño u otras características de las localidades en ellos ubicadas); desde el punto de vista funcional, alude a la amplitud de las competencias y funciones delegables o transferibles por la provincia y por los municipios y comunas: todas las que por la materia sean propias de las jurisdicciones locales.

La expresión “superpuesto” apunta a la complejidad del entramado asociativo previsto y puede adquirir un sentido positivo o negativo, según el aspecto en el que se haga hincapié. Las lógicas de la concertación y la flexibilidad están presentes tanto en el diseño de la Comunidad Regional en sí misma, cuanto en su *coexistencia* con otros emprendimientos asociativos existentes o a crearse bajo la forma de “entes intermunicipales” –si bien no se utiliza tal denominación– (art. 190, CPC, y arts. 17 y 18, ley n° 9.206), lo cual constituye en principio un componente positivo. Y digo en principio, pues al preverse que “(...) los Municipios y Comunas que

integran una Comunidad Regional podrán generar otras asociaciones, entendidas como espacios extra o supra Comunidades Regionales de concertación territorial (...)” (art. 18, ley n° 9.206), se abre un campo enormemente amplio de posibilidades, a la vez que igualmente impreciso jurídicamente; no está de más recordar que la doctrina ha enfatizado el principio de “exclusividad territorial”²⁶ para las regiones interprovinciales (Frías, 1998) a pesar del carácter instrumental claro e indiscutido de las mismas a diferencia de las nuevas Comunidades Regionales.

Inversamente, la denominación adquiere una connotación negativa si se atiende a que la innovación bajo estudio estaría “superponiendo” un nuevo nivel de gobierno a los cuatro expresa y excluyentemente previstos en la Constitución Nacional (Hernández, 2000; 2005): el federal, el provincial, el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el de los municipios autónomos.

3. Fortalezas y debilidades del proceso innovador en curso

Realizada la síntesis del nuevo diseño institucional de regionalización en la provincia de Córdoba, creo reunidos los elementos suficientes para reflexionar sobre cómo se combinan en ella la “institucionalidad legitimante” de los objetivos perseguidos y la correspondiente “pertinencia de la institucionalidad deseada”.

Como ya en cierto modo adelanté, estimo que en el caso se ha producido una resignificación de la institucionalidad formal legitimante, que en último término en un Estado de derecho no puede ser sino el ordenamiento constitucional.

Resulta clara la demanda de los actores políticos locales y provinciales sobre las necesidad de generalizar prácticas asociativas intergubernamentales, para lo cual resultaría conveniente un grado significativo de estructuración bajo formas regionales asociativas y ello así para obras y servicios que requieren complementariedad y/o escala pero, sobre todo, y en lo inmediato en la provincia de Córdoba, para el ejercicio de las competencias propias del poder de policía en las zonas a las cuales la administración provincial no puede atender con eficiencia. El déficit de la gestión provincial a su vez perjudica a los gobiernos locales vecinos, que deben hacerse cargo sin las competencias y recursos correspondientes, ya por requerimiento de los vecinos o porque la propia localidad se perjudica. Hay que enfatizar aquí la coincidencia de las demandas de los actores con la afirmación de la teoría sobre la actual transversalidad de la mayoría de los problemas (control de plagas, preservación del medio ambiente –incendio forestales, régimen de aguas, tratamiento de residuos, etcétera–, control del tránsito vehicular y del transporte de carga, campañas de salud preventivas, entre otros) y de las iniciativas para la

²⁶ “Dicho principio implica, en el caso argentino, que una provincia puede dividir su territorio entre diversas regiones, pero no pueden superponerse territorios regionales, con el accionar entrecruzado de órganos distintos” (Parmigiani de Barbará, 2001: 40).

promoción del desarrollo sustentable. También hay que advertir que se ha pretendido armonizar este requerimiento de asociativismo/regionalización con una sólida autonomía municipal y que ello se encuentra todo el tiempo presente en el discurso legitimador de la innovación.

El diseño sancionado por la ley n° 9.206 pareciera entonces satisfacer la nueva institucionalidad deseada. A nivel discursivo, el apoyo de todos los sectores políticos, de ambos poderes políticos del Estado provincial y de los gobiernos locales, así lo estarían indicando. Allí reside la principal fortaleza de la innovación. No es desdeñable la previsión de incentivo de tipo económico-financiero, dado que el Poder Ejecutivo anunció una presupuestación trianual, con inclusión de las previsiones que sean elevadas por las Comunidades Regionales a fin de federalizar el gasto y la inversión (recuérdese que el discurso político ha incorporado la política de regionalización bajo la idea de “proceso de federalización”). A la conjunción entre valores e intereses que estarían apuntalando a la innovación según las lógicas del institucionalismo normativo y de la elección racional, se espera agregar una lógica emparentada con la “dependencia del camino” del institucionalismo histórico, de la mano del denominado isomorfismo institucional²⁷: “Frente a los conflictos, (...) el secretario de Gobierno explicó: muchos se han dado cuenta de que más allá de las peleas políticas, la regionalización es una herramienta para el futuro. En cuatro meses hemos puesto en marcha este proceso y cuando los intendentes, los jefes comunales y la gente se den cuenta de que funciona, se acelerarán los tiempos y las obras” (“Ya se crearon 12 comunidades regionales”, 2005).

Pero, *¿se compadece la regionalización hoy formalizada con la institucionalidad constitucional legitimante*, tal como la interpreta al menos la doctrina y ha sido hasta no hace mucho tiempo la idea trasuntada en las prácticas de los actores políticos? Si la respuesta es negativa, las reglas constitucionales se recortan no como habilitantes sino como limitantes, en el panorama de transformaciones institucionales que se avizoran como favorables al desarrollo.

En ese sentido, obsérvese que el art. 175 de la CPC se refiere a la regionalización en términos de “desconcentración administrativa”, lo cual no supone crear una nueva persona jurídica sino transferir funciones a un organismo de la propia administración central, siempre dependiente jerárquicamente de la misma (la literatura especializada en Derecho Administrativo es copiosa y uniforme al respecto: Dromi, 1983; Marienhoff, 1990; Sayagués Laso, 1987; Linares,

²⁷ “(...) En un entorno de incertidumbre sobre las relaciones causa-efecto los directivos suelen utilizar el recurso de imitar el comportamiento de otras organizaciones de su entorno de referencia, percibidas como exitosas, produciendo el denominado isomorfismo institucional” (Guillén, 1994; citado por Salvador, 2000).

1986; Cassagne, 1977; Buitrago, y Dramas, 1999; Giannini, 1991, entre muchos otros). Por otra parte, el art. 13 de la CPC es expreso en cuanto a la prohibición de delegar funciones, salvo los casos previstos en la Constitución, y declara insanablemente nula cualquier trasgresión; sin embargo, el art. 8 de la ley n° 9.206 establece una delegación de competencias a favor de una instancia jurídico-política constitucionalmente inexistente (las Comunidades Regionales), contrariando la disposición expresa del art. 185, Segunda Parte, CPC: “(...) Por ley el Gobierno Provincial delega a los municipios el ejercicio de su poder de policía, en materias de competencia municipal en zonas no sujetas a su jurisdicción territorial”; además, las unidades locales también le pueden transferir a la Comunidad Regional funciones que le son propias (art. 10, ap. D, ley n° 9.206).

Llama la atención la ausencia de argumentos jurídicos en la presentación del proyecto a la Legislatura por el miembro informante de las comisiones intervinientes. Incluso resulta confusa la referencia a las regiones interprovinciales: por cierto, la importancia de la regionalización ha sido una idea-fuerza que imperó vigorosamente en la Constitución de la Nación reformada en 1994 (art. 124) para las relaciones interprovinciales. Sin embargo, la doctrina es también aquí prácticamente unánime en que tales regiones constituyen una instancia adjetiva, un espacio de concertación, sin que puedan transferírseles el ejercicio de funciones o competencias (Frías, 1980; Hernández, 2000, Castorina de Tarquini, 1990, Parmigiani de Barbará, 2000; Barrera Buteler, 1996). En todo caso, la situación equivalente está configurada en la CPC por los entes u organismos intermunicipales previstos en su art. 190.

4. Reflexiones finales

A manera de conclusión, propongo una advertencia como reflexión final. La nueva institucionalidad regional en la provincia de Córdoba, luego de haberse superado una etapa lenta de rediseño de los ejidos municipales y comunales con aprobación de la Legislatura, ha logrado finalmente la constitución de las 25 Comunidades Regionales que tienen como base los correspondientes departamentos (se exceptúa por obvias razones el Departamento Capital). Pero la ley no se ha reglamentado, ni han desarrollado las Comunidades Regionales una normativa para el ejercicio de las competencias acordadas, lo que genera dificultades en el ejercicio de la jurisdicción sobre las zonas grises. No se observan tampoco emprendimientos regionales significativos, ni acciones de coordinación efectivas más allá del discurso ensalzando “la solidaridad regional” e insistiendo sobre su necesidad. Las diferencias político-partidarias interfieren significativamente en la coordinación cooperativa, así como las diferencias de intereses entre las distintas localidades y sus asimetrías de recursos de poder (tamaño, ubicación geográfica, desarrollo económico, etcétera). Las instancias supraordenadas –particularmente la nacional– proporcionan oportunidades para

conductas de defección o de *free rider*, a cambio de apoyos electorales de las poblaciones de los respectivos distritos.

De todos modos esta innovación, proclamada con el vigor de una auténtica política de Estado, subsiste; con magros resultados, con baja eficacia, es decir, con muy débil institucionalidad, pero subsiste.

¿Significará que están emergiendo nuevos modelos mentales propicios para el cambio institucional? Si tal fuera el caso, quedará pendiente entonces la reforma constitucional, en bien de la previsibilidad y la confianza a que ayudan precisos sentidos constitucionales compartidos por todos y respetando, naturalmente, el sistema de distribución territorial del poder consagrado por la Constitución de la Nación Argentina.

Bibliografía

- BARRERA BUTELER, G. (1996), *Provincia y Nación*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- (2000), “Organismos Intermunicipales”, en *Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional, Revista Foro de Córdoba*, N° 2.
- BIDART CAMPOS, G. (1968), *Derecho Constitucional I y II*. Buenos Aires: Ediar SA.
- BOISIER, S. (1994), “Crisis y alternativas en los procesos de regionalización”. *Revista de la CEPAL* 52.
- BUITRAGO, I. J. y DRAMAS F. M. (1999), *Elementos de Derecho Administrativo*. Santiago de Chile: Oxford University Press.
- CASSAGNE, J. C. (1977), *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- CASTORINA de TARQUINI, M. C. (1990), “La Provincia en la Región”. En *Derecho Público Provincia* (Perez Ghilou y otros). Buenos Aires: Ed. Depalma.
- CINGOLANI, M. (1997), “La cooperación intermunicipal como instrumento de la política de desarrollo. Estudio de caso de dos entes de cooperación intermunicipal en la Provincia de Córdoba”. En *Hacia un nuevo modelo de gestión local. Municipio y Sociedad Civil en Argentina*. Buenos Aires: FLACSO, CBC/UBA, UCC.
- (2001) “La cooperación intermunicipal después de la descentralización en la Provincia de Córdoba: oportunidades y restricciones”. En *Cooperación intermunicipal en Argentina*. Buenos Aires: INAP-Eudeba.
- CRAVACUORE, D; ILARI, S. y VILLAR, A. (2004), *La articulación de la gestión municipal. Actores y políticas*. Bernal, Argentina: Editorial Universidad Nacional de Quilmes.

- “DE LA SOTA RATIFICÓ LA REGIONALIZACIÓN DE MUNICIPIOS Y COMUNAS” (2004). Diario *La Voz del Interior*, 23 de septiembre. Córdoba, Argentina.
- DÍAZ de LANDA, M. y GIGENA, A. (2002), “La regionalización en Córdoba como estrategia de gobernalidad de sistemas locales en materia fiscal”. [Online: http://www.inap.gov.ar/redes/redmuni_publicaciones.htm].
- DÍAZ de LANDA, M.; PARMIGIANI de BARBARÁ, M. C. et al. (1996), *En lo pequeño y lo pobre... ¿Qué pasa con la salud? Un estudio sobre la descentralización en salud en Comunas de la Provincia de Córdoba*. Córdoba: Editorial Alveroni.
- (2004), “Cooperación intermunicipal inducida para el desarrollo regional-local: el Pacto de Saneamiento Fiscal en la Provincia de Córdoba”. En *Anuario VI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS)*. Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.
- DROMI, J. R. (1983), *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- EKMEKDJIAN, M. A. (1999), *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- FRÍAS, P. J. (1980), *Introducción al derecho Público Provincial*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- (1998), *El Proceso Federal Argentino*. Córdoba: Ed. El Copista.
- GARCÍA DELGADO, D. (comp.) (1997), *Hacia un nuevo modelo de gestión local. Municipio y Sociedad Civil en Argentina*. Buenos Aires: FLACSO, CBC/UBA, UCC.
- GIANNINI, M. S. (1991), *Derecho Administrativo*. Madrid: Ed. Ministerio para las Administraciones Públicas.
- HERNÁNDEZ, A. M. (h) (2000), *Integración y globalización: Rol de las Regiones, Provincias y Municipio*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- (2005), “La descentralización del poder en el Estado Argentino”. En *La descentralización del poder en el Estado Contemporáneo*. Buenos Aires: Ed. por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
- ITURBURU, M. (2001), “Nuevos acuerdos institucionales para afrontar el inframunicipalismo argentino”. En *Cooperación intermunicipal en Argentina*. Buenos Aires: INAP-Eudeba.
- JORDANA, J. (2002), *Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina – Casos de Argentina y Bolivia*. BID-UE. Serie Documentos de Trabajo. Washington, USA.
- LINARES, J. F. (1986), *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

- “LA PROVINCIA RELANZA LA IDEA DE LA REGIONALIZACIÓN” (2004). Diario *La Voz del Interior*, 29 de agosto. Córdoba, Argentina.
- MARCH J. y OLSEN J. (1989), *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*. Nueva York: The Free Press.
- MARIENHOFF, M. S. (1990), *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- MAYNTZ, R. y SCHARPF, F. (1995), “Der Ansatz des akteurzentrierten Institutionalismus”. En *Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung*. Frankfurt a.M./New York: Campus.
- MÉNDEZ, J. L. (1997), “Estudio Introductorio”. En Wright, D. S., *Para entender las relaciones intergubernamentales*. México: FCE.
- MESSNER, D. (1999), “Del Estado céntrico a la “sociedad de redes. Nuevas exigencias de la coordinación social”. En Lechner, N. (Coord.) et al., *Reforma del estado y coordinación social*. México: PyV Ed.
- NORTH, D. C. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Nueva York: Cambridge University Press.
- PARMIGIANI de BARBARÁ, M. C. (2001), *Estado, Sociedad y Región. Un análisis neoinstitucional de la Región Centro de la República Argentina*. Córdoba, Argentina: Edit. Ciencia, Derecho y Sociedad/UNC.
- (2002), “La coordinación intergubernamental subnacional de cara a la crisis: posibilidades y límites”. *VII Congreso Internacional del CLAD*. Lisboa, Portugal. [Online: <http://www.clad.org.ve/docume.html>].
- (2003_a), “El reordenamiento territorial de las políticas públicas en la República Argentina: propuestas, concreciones y perspectivas miradas desde la crisis”. *VIII Congreso Internacional del CLAD*. Panamá. [Online: <http://www.clad.org.ve/docume.html>].
- (2003_b), “Los patrones espaciales de distribución de competencias en la reconstrucción de las capacidades estatales”. CD del Segundo Congreso Argentino de Administración Pública «Sociedad, Gobierno y Administración». ISBN 987-20177-1-9.
- (2003_c), “Instituciones jaqueadas: Reformas político-institucionales a nivel subnacional en el marco de la crisis en Argentina”. *Anuario VI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-2001/2002*. Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.
- (2006), “Modelos de regionalización subnacional en la Provincia de Córdoba”. En *Anuario IX del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS-2001/2002*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Córdoba, Argentina.
- (2008_a), “El reordenamiento territorial de las relaciones intergubernamentales locales bajo formas regionales: antecedentes y balances de experiencias

- en Argentina”. Ponencia incorporada a la página permanente del Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). [Online: <http://www.clad.org.ve/docume.html>].
- (2008), “Regionalización subnacional e institucionalidad en un contexto de autonomías locales”. En *Anuario X del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales –CIJS-2007*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Córdoba, Argentina.
- PETERS, G. B. (2003), *El nuevo institucionalismo*. Barcelona: Gedisa.
- SAYAGUÉS LASO, E. (1987), *Tratado de derecho Administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- SCHARPF, F. W. (1993), “Positive und negative Koordination in Verhandlungssystemen”. En *Sonderheft 24*, Opladen, WVG.
- (1997), *Games real actors play*. Westview Press, Boulder.
- SALVADOR, M. (2000), “Procesos de modernización y prestación de servicios públicos: el papel de las instituciones en la gestión de las administraciones públicas”. *V Congreso Internacional del CLAD*. Santo Domingo-República Dominicana. [Online: www.clad.org.ve/congres5.html].
- WIESNER, E. (1997), “La economía neoinstitucional, la descentralización y la gobernabilidad local”. En *Descentralización fiscal en América Latina. Nuevos desafíos y agenda de trabajo*. CEPAL/GTZ.
- WRIGHT, D. S. (1997), *Para entender las relaciones intergubernamentales*. México: FCE.
- “YA SE CREARON 12 COMUNIDADES REGIONALES” (2005). Diario *La Voz del Interior*, 12 de junio. Córdoba, Argentina.

Condiciones estructurales de los órganos de control

Jorge Edmundo Barbará

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Político (AADP). Profesor Titular Ordinario de “Derecho Político” en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y de “Introducción a la Ciencia Política y a las Relaciones Internacionales y de Historia del Pensamiento Político” en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. Profesor de posgrado en diversas universidades. Ex Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. Ex Convencional constituyente de la Provincia de Córdoba.

1. La eliminación de la política

Hans Kelsen sostiene que

[L]a suerte de la democracia moderna depende en gran proporción de que llegue a elaborarse un sistema de instituciones de control. Una democracia sin control será siempre insostenible, pues el desprecio de la autorrestricción que impone el principio de la legalidad equivale al suicidio de la democracia.

Cuando el principio democrático –en interés de su propio mantenimiento– se limita esencialmente al proceso legislativo y a la designación de los órganos ejecutivos superiores y se aparta, en cambio, de los estadios de volición del Estado –administración pública y de justicia– que componen la función ejecutiva, queda trazada la línea divisoria que debe limitar el radio de acción de los partidos políticos. El principio de la legalidad, a que está sujeta necesariamente *toda*¹ función ejecutiva, excluye cualquier influencia partidista sobre la aplicación de las leyes por los tribunales o autoridades administrativas. Éste es el único significado legítimo que puede tener la aspiración a eliminar de las funciones del Estado a la política dentro de la democracia y de cualquier otra forma de Estado (1977: 107).

¹ El destacado nos pertenece.

Para Kelsen la acción de la política se circunscribe a la esfera de creación de las normas, particularmente allí donde es de aplicación el principio de mayorías y minorías, crucial para la existencia de la democracia.

En la ejecución de las normas, sea por un órgano administrativo, sea por un órgano judicial, la política partidista queda excluida. De lo contrario, la democracia se suicida.

Esta eliminación de la política necesariamente se aplica a “*toda* función ejecutiva”.

Desde que Kelsen escribiera la obra a la que corresponde la cita transcrita, hasta el presente, han transcurrido aproximadamente 90 años. En este lapso se ha producido una expansión y una complejización fenomenal de la estructura estatal, particularmente en relación a la función ejecutiva.

Exactamente en este proceso de evolución aparecieron las instituciones de regulación y control, en especial de aquel sector en que se encuentran en juego intereses colectivos, particularmente en el sector de los servicios públicos y de los servicios financieros.

En Argentina ese proceso cobró mayor intensidad con motivo de la reforma del Estado que tuvo lugar en los años noventa, en especial a partir del dictado de la ley 23.696 denominada, precisamente, Ley de Reforma del Estado.

Y es en este nuevo escenario que la existencia de esta nueva diferenciación de la administración pública sigue reclamando, para el adecuado funcionamiento de tales instituciones, la eliminación de la política, toda vez que ha sido precisamente la desconfianza en los actores políticos aquello que principalmente justifica la creación de entes reguladores y de control independientes en cabeza de expertos.

En este sentido se expresa el Premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz, ya en el siglo XXI, cuando sostiene que

una forma de restricción que los gobiernos a menudo se imponen a sí mismos es la delegación de responsabilidades a cuerpos independientes, por lo general compuestos por “expertos”, para la toma de ciertas decisiones. Son numerosos –si no la mayoría– los países que han adoptado bancos centrales independientes, y el FMI ha estado presionando a todos los países para que hagan lo mismo. Muchos países tienen cuerpos reguladores independientes, por ejemplo en las telecomunicaciones y otros monopolios naturales. Son numerosos los argumentos que sustentan esta independencia, *la mayoría de los cuales aluden a la desconfianza en el proceso democrático*² (Stiglitz, 2002: 36).

² El destacado nos pertenece.

Kelsen sostiene la necesidad de la eliminación de la política partidista en las instancias de aplicación o ejecución del derecho positivo porque, una vez consagrado como derecho positivo un determinado valor político a través de una ley, allí queda afirmada constitucionalmente una determinada dirección política, no pudiendo, en consecuencia, surgir en la instancia de ejecución una lucha de intereses políticos adversos.

Si se trasladaran a los órganos de ejecución o de aplicación de la ley las discusiones propias de las instancias legislativas, particularmente cuando la composición política y las mayorías y minorías de aquéllos fueran diferentes a la de las cámaras legislativas, ello supondría el peligro inminente de aniquilamiento de la democracia en la legislación.

De allí que la burocracia, informada de manera autocrática-burocrática, resulta necesaria para el mantenimiento de la democracia, toda vez que si se tratara de reproducir en la función de ejecución el principio democrático partidista de mayorías y minorías, se expondría la existencia misma del sistema democrático.

Las instituciones de control judicial, confiadas a expertos y no a políticos, tienen por misión el control de los actos administrativos individuales a través de la jurisdicción contencioso administrativa y el control de normas generales, incluidas las leyes, a través de la jurisdicción constitucional. En el primer caso, el control se refiere a su legalidad; en el segundo, a su constitucionalidad.

En este último caso, la función de control es trascendente para la democracia en razón de que el mantenimiento de la Constitución dentro del proceso legislativo representa un interés eminente para la minoría, para no quedar expuesta a la arbitrariedad de la mayoría. Es por ello que Kelsen manifiesta la necesidad de que se conceda a la minoría la posibilidad de apelar directa o indirectamente a un tribunal constitucional.

El cuidado de la esencia de la democracia, es decir, la protección de la minoría, depende de un sistema de instituciones de control depuradas de partidismo político.

Las razones por las cuales Stiglitz nos advierte sobre la “desconfianza en el proceso político democrático” transcurren por otro escenario que el de Kelsen. Transcurre por un escenario de análisis político sobre prácticas irresponsables de los gobiernos en la gestión de la economía y en el necesario contrapeso que significa la existencia de instituciones regulatorias independientes a cargo de expertos.

El caso en cuyo análisis se detiene Stiglitz es el de las prácticas macroeconómicas de los gobiernos en períodos preeleccionarios y en el imprescindible requerimiento de bancos centrales independientes compuesto por expertos.

Para Stiglitz, “(...) los gobiernos tienen incentivos para tratar de inflar la economía inmediatamente antes de una elección, dada la miopía del electorado, que no comprende lo que está pasando. Los ciudadanos perciben que sus ingresos

aumentan, pero no toman conciencia del precio que habrán de pagar por ello en el futuro (...)” (2002).

Esto supone, por parte de los gobiernos, un abuso de su poder que no es detenido por disciplina democrática electoral alguna.

Precisamente para establecer un dique a semejantes prácticas de abuso, con las consiguientes consecuencias perjudiciales para la ciudadanía, los gobiernos ceden poderes a cuerpos independientes constituidos por expertos.

Ciertamente que esa delegación de poder significa una reducción de las facultades discrecionales con que cuentan los gobiernos. Pero esa restricción es deseable en razón de las desventajas que acarrea el abuso de poder.

Está claro que si bien los entes reguladores independientes pueden reducir los problemas derivados de los incentivos que mueven a los políticos, no es menos cierto que tales entes pueden presentar otros problemas. Particularmente estos problemas se refieren a que estos organismos pueden resultar capturados precisamente por aquellos a quienes tienen que regular y controlar y que pueden caer en la tentación de una expansión del poder de su propia burocracia.

En el caso de bancos centrales independientes, la captura supone que los mismos reflejan los intereses de la comunidad financiera antes que los intereses colectivos a que se deben. Y el incremento y fortalecimiento de sus poderes burocráticos pueden llegar a priorizar sus propios incentivos institucionales con preferencia al sentido que poseen dentro de todo el sistema institucional estatal.

Dicha problemática puede afectar sustancialmente a estos cuerpos reguladores.

Stiglitz nos dice que el hecho de que los entes reguladores sean independientes y a cargo de expertos, no significa que no deban ser representativos. Éste es un asunto de reponsabilidad (*accountability*).

En efecto, la libertad que significa la independencia del regulador no es un permiso para ignorar “lisa y llanamente la voluntad general”.

Siempre en el caso de bancos centrales, la representatividad significa advertir que los problemas de la política monetaria afectan a todos los sectores de la economía, a toda la comunidad, y no sólo a la comunidad financiera. Es que las divergencias de intereses entre una y otra pueden ser enormes.

En este último sentido, si nos situamos dentro de un Estado carente de una red de seguridad social adecuada, el resultado de una política monetaria demasiado rígida puede ser un desempleo de graves consecuencias sociales y económicas en el largo plazo. Por ejemplo, las interrupciones forzosas de la educación debido a que las familias no pueden seguir pagando las cuotas en el ámbito privado, previsiblemente significará que esas interrupciones se tornarán definitivas. Por lo tanto, en el pensamiento del regulador no sólo debe ponderarse la situación de comerciantes –o del empresariado en general– a quienes puede afectar una determinada política monetaria.

El economista bajo análisis nos coloca en el escenario de un país que desee ahora enviar un mensaje creíble, en relación prácticas consuetudinarias reprochables anteriores, tales como largas historias de inflación o en la ya mencionada recurrente utilización de políticas monetarias de corto plazo empleadas por los políticos recalentando la economía en la carrera electoral.

Para ello el país debe establecer y asumir un determinado “compromiso”.

Este “compromiso” consiste, en definitiva, en que los cuerpos reguladores no sólo deben ser independientes del poder político sino que deben encontrarse a cargo de expertos.

Precisamente uno de los argumentos para la independencia de los entes es que con ello se facilita el uso de la experticia.

La ejecución de las políticas públicas decididas por la legislación, no obstante la presumible actuación de expertos previo a esa decisión, requiere de la delegación de facultades a expertos en el ámbito de cuerpos independientes que se encuentran habilitados para ejecutar el sentido o intención de la legislación en razón de los complejos problemas de carácter técnico que debe afrontar el regulador.

Aquí se señalan dos problemas: en primer lugar, que en la práctica, normalmente, los entes independientes no están formados por expertos sino por políticos que reflejan intereses especiales de carácter político; en segundo lugar, que las fronteras entre decisiones técnicas y decisiones políticas son difusas.

Siempre bajo el supuesto de bancos centrales independientes, se advierte que siendo la regulación macroeconómica su función más importante, en la mayoría de los países su directorio no está compuesto por macroeconomistas que lideren esa área en los respectivos países o siquiera por quienes posean un alto nivel de experticia en economía financiera y en las relaciones con la economía real³.

La falta de experticia facilita que los reguladores sean influenciados por grupos de intereses sectoriales, estrechando sus perspectivas y aumentando las consecuencias de su falta de representatividad.

En el carácter de conclusión o de “balance final” Stiglitz expresa:

La delegación y el compromiso mediante mecanismos de independencia trae consigo el pago de dos altos precios: menos responsabiliza-

³ Stiglitz menciona que “la primera vez que un connotado analista macroeconómico fue destinado para integrar la Fed Board fue durante la Administración Clinton, pero esta designación no fue seguida por otras similares. El único macroeconomista con reputación internacional que fue designado para la Junta (Directiva) como vice-presidente, Alan Blinder, renunció frustrado. Hubo otros economistas de primera línea –Janet Yellen, que se movilizó para convertirse en jefe del Consejo de Asesores Económicos, o David Mullins, ex profesor en la Harvard Business School–, pero fueron más la excepción que la regla” (2002: 39).

ción democrática y menos flexibilidad para adaptarse y ajustarse a las circunstancias cambiantes. Pero el compromiso tiene potencialmente dos grandes ventajas: los compromisos reducen la probabilidad del poder discrecional y la confianza en una mayor macroestabilidad puede ofrecer un mejor entorno para la inversión. Existe un continuum en los grados de independencia, y el grado real de independencia puede ser marcadamente diferente del que aparece en el mapa “organizacional”. Un banco central que reporta a un ministro de finanzas puede ser bastante independiente en una sociedad en la que la norma se expresa firmemente en contra de la intervención. Como se ha hecho notar anteriormente, en los Estados Unidos, el banco central supuestamente independiente ha mostrado un alto nivel de sensibilidad política (2002: 40).

Arriba hemos advertido que para Stiglitz la delegación de facultades regulatorias en cuerpos independientes compuestos por expertos asume el carácter de un “compromiso” de un país.

En verdad dicho “compromiso” reviste el carácter de una especie dentro de un género más amplio de los “compromisos” a los que alude este autor. En tal sentido, y desde una perspectiva general, conceptualiza como “compromiso”

la existencia de un contrato social fundamental entre el gobierno de un país y los ciudadanos a quienes se supone que sirve. Se trata de un contrato implícito; no hay juez que juzgue si ha habido una violación de la letra o del espíritu del contrato. La ciudadanía de un país es fiscal, juez y jurado. Si los ciudadanos se convencen de que tuvo lugar una ruptura del contrato, en la próxima ocasión electoral querrán reemplazar al gobierno. Si intervienen procesos no democráticos, los ciudadanos tratarán de expresar su descontento con marchas, si se les permite, con demostraciones espontáneas y con la revolución si se suprimen otras formas de expresión (Stiglitz, 2002: 33).

En sustancia, las cláusulas del contrato social deben ser honradas para preservar la estabilidad social y política.

Según se observa, un gobierno que contrata con su pueblo es un gobierno que asume obligaciones, y esta asunción restringe su libertad, es decir, restringe el ámbito de discrecionalidad de su poder en beneficio de los ciudadanos.⁴

⁴ Para Stiglitz los términos del contrato social se centran en el valor equidad, particularmente cuando se trata de repartir cargas en tiempos de crisis. Y así nos dice: “En estos términos, las

Ello, y no otra cosa, significa la voluntad política de instituir entes reguladores independientes en cabeza de expertos.

Ahora bien, el Poder Judicial *también* es un órgano de control en relación a la legalidad de la Administración y a la constitucionalidad de las normas legales, función de control que no es sino una forma de ejercer, sobre actos normativos de los órganos políticos, su función primaria de aplicar normas jurídicas sobre cuestiones de hecho al momento de dirimir controversias según fuere la naturaleza de las cuestiones a resolver y de las normas a aplicar, *también* conformado por expertos, esto es, por expertos en el conocimiento del derecho positivo.

La anhelada independencia del Poder Judicial *también* encuentra su justificación en las desventajas del abuso de poder que supondría el ejercicio de las funciones de aplicación del derecho positivo no por expertos sino por órganos políticos.

No obsta a las reflexiones precedentes la ampliación de las funciones de control del Poder Judicial no ya en referencia a la legalidad de los actos de la Administración sino a su juridicidad. Y ello porque es la propia ley, en el caso, la propia Constitución, la que le acuerda esa función, normalmente a partir de la incorporación al plexo del derecho positivo doméstico, con rango preeminente, de normas de derecho internacional, cuya precisión casuística cede en beneficio de una indeterminación lingüística que se compadece con principios antes que con preceptos jurídicos. De tal manera queda ampliada por obra del propio legislador, en el caso el constituyente, la función de control del órgano judicial.⁵

políticas del FMI que suministran miles de millones de dólares para afianzar a los bancos occidentales, pero que fuerzan la realización de recortes en los subsidios para alimentos y combustible a los sectores más pobres, fueron vistas como una ruptura del contrato social. En muchos países, una alta inflación no anticipada se consideró como una ruptura del contrato social: los trabajadores habían apartado dinero en la forma de ahorros, en la creencia de que el gobierno llevaría a cabo una labor razonable en cuanto a mantener la estabilidad de los precios (...)” (2002: 33).

⁵ En Argentina, al reformarse la Constitución Nacional en 1994, se incorporaron, con jerarquía constitucional, un generoso número de convenios internacionales que la propia Constitución expresamente menciona, además de acordarle rango superior a las leyes de tratados y concordatos que nuestro país concluyera y que fueran aprobados por el Congreso Nacional, conforme lo dispone el art. 75, inc. 22 de dicha Constitución. Al quedar configurado de semejante manera el derecho positivo doméstico, con tal cascada normativa, el deber jurídico del juzgador ha sido ampliado sustancialmente. A poco que se repare que los tratados internacionales, particularmente los enunciados expresamente en la disposición mencionada, tienden a establecer obligaciones y límites al poder político estatal, la ampliación de la función judicial particularmente se referencia

2. El imperativo de la división de trabajo social

La aparición de instituciones de control no sólo se debe al comportamiento de un poder político que por una ideología determinada o por una conciencia ética decide autolimitar o restringir su propio poder para no incurrir en abusos del mismo.

La aparición de dichas instituciones se debe también a un imperativo de la división del trabajo social, en cuya virtud, en un determinado estadio de la evolución histórica del sistema estatal, se torna necesario una diferenciación del mismo para cumplir más eficazmente con las funciones a su cargo.

La diferenciación entre funciones legislativas, ejecutivas y judiciales precede en largos siglos a la protección de la libertad individual que Montesquieu sostiene como fundamento de aquella diferenciación.

En efecto, Montesquieu enuncia en el libro XI, capítulo VI, de su *Del Espíritu de las Leyes* que viera la luz en 1748, bajo el acápite “De la Constitución de Inglaterra”, sus famosas reflexiones sobre la división de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial.⁶ Sin embargo, Aristóteles, en el libro VI, capítulos XII, XIII y XIV, de *La Política*, escrita en el siglo IV A.J., ya había descrito con bastante precisión esta diferenciación de poderes, al tratar, en aquel libro VI sobre “De la democracia y de la oligarquía. División de Poderes”.⁷

Es, pues, una exigencia de la división del trabajo la diferenciación del sistema estatal, la existencia de los tres poderes mencionados, independientemente de que, en un caso, estemos en presencia de una indiferenciación entre Estado y Sociedad atento el carácter de la democracia directa de Atenas y de la ideología todo-parte que el propio Aristóteles refiere en el libro I, capítulo I de *La Política* y que, en otro

al control de los poderes políticos a través de la efectivización de exigencias previstas en tales normas de aplicación preferente.

⁶ Montesquieu inaugura este capítulo VI del libro XI con el enunciado y caracterización de cada uno de estos tres poderes, en los primeros dos párrafos. Inmediatamente a continuación conceptualiza la libertad individual por el lado de la seguridad que “cada uno” requiere de su gobierno para no temerle: “La libertad política de un ciudadano, es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad; para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal, que ningún ciudadano pueda temer a otro” (1971).

⁷ Aristóteles inaugura también el capítulo XII, bajo el acápite “División de Poderes – Poder Legislativo”, con la directa referencia a estos tres poderes: “Vamos a examinar ahora cuáles son los poderes constituidos en la república en general y en cada especie particular de organización política, enunciando ante todo un principio fundamental. En todo Estado existen necesariamente tres poderes que un legislador sabio debe procurar armonizar entre sí y con la especie de gobierno. De la acertada combinación de estos poderes depende la menor o mayor bondad de los gobiernos y aún puede decirse que los Estados no difieren sino en esta organización. Estos poderes son: el deliberante, el ejecutivo, considerado en las atribuciones y en la elección de los magistrados, y el judicial” (1996). Habiéndose referido en este capítulo XII al poder legislativo, en los capítulos XIII y XIV va a tratar, respectivamente, del poder ejecutivo y del poder judicial.

caso, nos encontremos en presencia de la diferenciación entre Estado y Sociedad, con la consecuente ideología del Estado representativo que recepta las libertades individuales de las que se ocupara, unos sesenta años antes que Montesquieu, precisamente en Inglaterra, John Locke.

Será, por tanto, la división del trabajo social la que vaya determinando una diferenciación cada vez mayor del aparato estatal en cuanto al ejercicio cada vez más especializado del poder de policía a través de consecuentes órganos estatales especiales.

Resulta aquí de aplicación el principio preciso que sienta Hermann Heller, en su *Teoría del Estado*, al abordar la problemática de la justificación del Estado:

La institución estatal se justifica, pues, por el hecho de que en una determinada etapa de la división del trabajo y del intercambio social la certidumbre de sentido y de ejecución del derecho hacen preciso el Estado. Del mismo modo que el aumento del tráfico urbano hasta cierto grado reclama una regulación del mismo, e incluso órganos especiales de policía de tráfico, así también el desarrollo de la civilización hace precisa una organización estatal cada vez más diferenciada para el establecimiento, aplicación y ejecución del derecho (1998: 285).

La diferenciación estatal en órganos especiales facultados para el ejercicio de un poder de policía específico aparece, pues, como una resultante de la división del trabajo social, como correlato de la evolución social, y, por ello mismo, como condición de justificación del propio Estado.

Cuando Heller se refiere a la justificación del Estado se está refiriendo a la relación de congruencia que debe existir entre los preceptos jurídicos positivos y los principios morales del derecho. Ello significa que “cuando se declara que el Estado sólo puede ser consagrado por su calidad de organización para la seguridad jurídica, quiere decir que sólo puede justificarse en cuanto sirva a la aplicación y ejecución de los principios morales del derecho” (Heller, 1998: 285).

En consecuencia, cuando la complejidad de la vida social, en su evolución cultural, demanda respuestas regulatorias específicas por parte del Estado, y éste, autolimitando su poder discrecional, delega esas funciones en cuerpos independientes, está actuando en el sentido de aquello que aparece como *bueno* para la sociedad, es decir, éticamente deseable.

De la misma manera que el proletariado de fines del siglo XIX y principios del siglo XX demandó el establecimiento de una regulación que acogiera y protegiera sus derechos y de órganos administrativos y judiciales especiales para que la aplicara, el usuario, cliente o consumidor de fines del siglo XX y principios del siglo XXI demandó el establecimiento de una legislación tuitiva y órganos especializados para su aplicación.

No es una coincidencia, sino la aplicación de los principios enunciados, la circunstancia que tanto las demandas de las clases trabajadoras obreras como las de los consumidores, clientes o usuarios, se acogieron en el máximo nivel regulatorio de los Estados; esto es, a nivel constitucional.

Basta observar el contenido de las constituciones en los respectivos períodos para constatar cuáles fueron los valores subyacentes en cuya referencia se produjo una diferenciación en nivel de establecimiento de nuevas regulaciones y en el nivel de nuevos órganos para el aseguramiento de tales regulaciones.

Sería, por tanto, un error conceptual suponer que las instituciones regulatorias y de control independientes y constituidas por expertos derivan de un mero imperativo técnico de la división del trabajo social, pero exentos de fundamentos éticos desde el punto de vista social.

No es una coincidencia casual sino, antes bien, una clara congruencia con el orden conceptual expuesto, que Stiglitz, al precisar el núcleo crucial de los *compromisos* en cuya virtud un gobierno reduce sus poderes discrecionales delegando facultades en entes reguladores independientes a cargo de expertos, el mismo reside en que sus términos “se centran típicamente en las nociones de equidad” (2002: 33).

3. Los entes reguladores y de control en Argentina: sus debilidades

Nos ocuparemos de efectuar una mirada actual a la situación de los entes reguladores y de control en Argentina, en particular a aquellos que aparecieron con motivo del proceso de privatizaciones de los servicios públicos en los noventa.

Ciertamente que sobre este tema nos hemos venido ocupando desde 1993.

Desde entonces hemos insistido en la trascendencia que revisten estas instituciones para el poder político; para los operadores, sean estos públicos o privados, y particularmente para los usuarios.

Sin embargo, hemos también destacado que no ha existido voluntad política para reconocer su trascendencia institucional, despreciándose tanto su carácter independiente cuanto el requerimiento de experticia en su composición personal.⁸

⁸ En uno de nuestros trabajos, publicado en 2008 bajo el título “Argentina: Entes Reguladores independientes a cargo de expertos: ¿anacronismo o deuda institucional pendiente?”, nos ocupamos de analizar el informe de la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) presentado en 2008 sobre la base de la “Auditoría Transversal sobre Aplicación de Sanciones y Multas” practicada sobre diversos entes reguladores y de control de los servicios públicos a nivel nacional. La denominación “Auditoría Transversal” obedeció a que dicha auditoría tuvo un abordaje “horizontal” sobre los diferentes entes y un abordaje “transversal” a partir de la inclusión de algunas secretarías y subsecretarías dependientes del Ministerio de Planificación Federal, Inversión

A la mencionada debilidad institucional es menester agregarle que el escenario del proceso privatizador ha variado.

En efecto, la aparición de entes reguladores en los noventa se debió a que la prestación de servicios públicos a cargo del Estado, de manera monopólica o cuasi monopólica, se transfirió al sector privado, instalándose de tal manera un mercado abierto y competitivo si existía pluralidad de operadores, o bien, un esquema de monopolio natural o legal si la naturaleza del servicio así lo exigía.

De tal manera, la justificación de la creación de los entes consistió en que no parecía razonable que el poder estatal que concediera los servicios, fuera simultáneamente el que controlara y regulara a los nuevos jugadores privados.

De allí la necesidad de entes reguladores de control independientes a cargo de expertos.

Ello significó un escenario ocupado por tres actores: el Estado, que asumía el poder de policía bajo la institucionalidad de entes independientes; el o los operadores privados, y los usuarios de servicios públicos prestados por estos últimos.

Ciertamente, a medida que se fue sectorizando el mercado según los respectivos servicios públicos que sucesivamente se privatizaban, aparecía la necesidad de especialización del Estado a partir del ejercicio de un poder de policía especializado y ejercido por los respectivos entes.

Sin embargo, a partir de 2002, y más precisamente a partir del año 2003, el Estado fue interviniendo progresivamente, quedando sin efecto algunos de los contratos de concesión, e involucrándose a través del aporte de subsidios en los cuadros tarifarios de las concesiones subsistentes.

Este nuevo escenario, que supone un cambio estructural, debilita también la institucionalidad de los entes y requiere de rediseños que los potencie para los nuevos tiempos.

Pública y Servicios, con competencia en la resolución de recursos de alzada respecto de las resoluciones de los entes auditados. En razón de las severas fallas detectadas por la auditoría en los diferentes entes auditados, particularmente en el área de transporte ferroviario metropolitano, entre otras consideraciones, respecto de la prestación de estos servicios, advertimos que “(...) si no se mantiene adecuadamente un determinado material rodante advirtiéndose que el mismo se encuentra en estado deplorable, ello supone ausencia de inversión por parte del prestador, favoreciéndose a una rentabilidad malsana, bajo riesgo, inclusive, de pérdida de vidas humanas por existencia de un transporte en estado deplorable, convirtiéndose el regulador, aún cuando fuera de manera no intencional, en un partner del prestador (...)” (Barbará, 2008). Lamentablemente nuestra advertencia fue letra muerta, pagándose con ello, hasta el presente, con dos accidentes ferroviarios, ambos impresionantes, que significaron la muerte de decenas de personas y cientos de heridos, algunos de ellos particularmente graves, con las inherentes consecuencias devastadoras para las respectivas familias.

Por último, creemos pertinente hacer presente la manera que la corrupción afecta a los entes frustrando su sentido.

En “La corrupción en la Argentina: un diagnóstico de la actual situación”, publicado en octubre de 2010 por Ezequiel Brodschi, Eduardo Fracchia y Martín López Amorós, es posible acceder a un abarcador y fundado estudio sobre un fenómeno particularmente responsable de que Argentina no haya alcanzado un nivel de desarrollo equiparable a los pocos países desarrollados del planeta.

En este estudio, sin perjuicio de los casos regulatorios, por exceso o por defecto, que los autores mencionan y que hacen a los aspectos cualitativos de la corrupción, ellos se ocupan específicamente del proceso privatizador y de los entes reguladores en los siguientes términos:

(...) Pero este fracaso de las privatizaciones no es para nada ajeno al problema de la corrupción. Como ya mencionamos la escasa transparencia con que se realizaron y la poca publicidad en el proceso generó que el público no haya obtenido la información para juzgar temas tan importantes como la valoración de la empresa y los procesos de reclutamiento de los compradores potenciales. En la práctica se observaron ventas de los activos públicos por valores inferiores a los reales. Este fue el caso de ENTEL o el de YPF donde en la tasación se redujeron deliberadamente reservas petroleras disponibles.

Además de la presunta corrupción en los procesos privatizadores, *los procesos de control* deben continuar a lo largo de toda la concesión debido a que al ser servicios públicos es indispensable que el gobierno tenga la potestad de controlar estos mercados. En este marco el proceso que dio lugar a la privatización y concesión de gran parte de las empresas estatales en la década de los '90 obligó a crear organismos cuya principal misión fuese la regulación de la prestación de los servicios. Sin embargo, los entes de regulación son marcadamente vulnerables a los avances de la corrupción.

Es de vital importancia entonces procurar el buen funcionamiento de los Entes Reguladores a fin de tener organismos públicos cuyo carácter sea no sólo transparente sino también más eficientes a fin de poder ejercer un mejor control sobre las concesiones, el cumplimiento de los contratos, las obligaciones en cuanto a las inversiones, etc. En vistas de dicho objetivo una de las formas para apreciar el correcto funcionamiento de estos entes es participar activamente de las reuniones de Directorio. En este sentido Poder Ciudadano realiza un Observatorio Cívico de los Entes Reguladores de Servicios Públicos

en donde analiza si se cumplen los requisitos de transparencia que la ley establece según el decreto 1172/03.

En principio se destaca que algunos entes no pueden ser alcanzados por el decreto ya que se encuentran intervenidos. Al no efectuarse reuniones de directorio, no es posible conocer si aplican para la totalidad de los criterios de transparencia pública. Estos entes son:

- Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC).
- Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT).
- Administración general de Puertos (AGP).
- Órgano de Control de Concesiones Viales (OCCOVI), si bien no se encuentra intervenido, su directorio sólo está conformado por un director ejecutivo, designado por el PEN.

Un aspecto a resaltar es la intervención no resuelta de algunos entes. Algunos de estos Entes se encuentran intervenidos desde el año 2001 y 2002. Las intervenciones, definidas por el Poder Ejecutivo no se han resuelto y fueron renovadas a lo largo de estos años. Es de suma importancia la definición de la situación en la que se encuentran los organismos intervenidos. El informe destaca como fortalezas los importantes debates que se producen en algunos Directorios con asesores o personas especializadas en determinados temas que contribuyen positivamente en la información necesaria para la toma de resoluciones permitiendo ahondar en los temas más complejos. Por otro lado se remarca que si bien se producen algunas irregularidades, las publicaciones de convocatorias a reuniones y las actas resultantes se efectúan en la forma estipulada por el Decreto.

En contraposición el informe resalta una serie de debilidades que se presenta de manera estructural en algunos Entes:

- No conformación del Directorio por falta de quórum en ENARGAS que no permite desarrollar reuniones en forma continua limitando la participación de los ciudadanos en estos espacios.
- Retraso en el inicio de las reuniones impidiendo el normal ingreso de los ciudadanos a las reuniones y limitando su participación por el excesivo tiempo de espera no previsto.
- Nivel de tratamiento de las agendas: En algunos casos el nivel de tratamiento de los temas de agenda es pobre y suele ser tratado en bloque, lo cual dificulta el correcto tratamiento de cada uno de los temas que fueron establecidos por separado en las convocatorias.
- Postergación del tratamiento de algunos temas en el tiempo: en algunos casos se utilizan mecanismos para diferir temas (complejos e

importantes) en el tiempo, adjudicando la necesidad de un mayor análisis de los mismos o por necesidad de recurrir a expedientes o materiales extras. Si bien es positivo que algunos temas sean abordados con mayor profundidad y ello implique la necesidad de diferir su tratamiento, el empleo de cuartos intermedios o de generación de reuniones urgentes son mecanismos que impiden que un ciudadano pueda presenciar el tratamiento de los temas: las reuniones urgentes son avisadas con menos de 5 días de anticipación (en general, se avisan el día anterior) y los cuartos intermedios se pasan para otros días o dentro del mismo día en otro horario.

-Retraso en el ingreso de los voluntarios a las reuniones

-Publicación tardía de las actas que atenta contra la transparencia de los procesos y dificulta el acceso a la información que los organismos deben proporcionar (...) (Brodski; Fraccia; López Amorós, 2010: 36-38).

La transcripción permite observar la manera en que los entes quedan expuestos a la corrupción a partir del temperamento asumido por el Poder Ejecutivo de intervenir a los entes, disolviendo el Directorio y manteniendo indefinidamente las intervenciones en los mismos⁹.

Por lo demás, un ente intervenido a través de un delegado del poder político carece manifiestamente del carácter de independencia que da sentido a su existencia. Su exposición a la cooptación por parte del órgano ejecutivo aparece evidente, además de su vulnerabilidad a los procedimientos de captura del, o de los, operadores privados, o eventualmente a la captura a la inversa por parte de los propios usuarios¹⁰.

⁹ No es un dato menor que ha debido intervenir la Justicia intimando al Poder Ejecutivo para que pusiera fin a las intervenciones y conformara los entes en la manera colegiada que disponía la ley. En tal sentido, el 14 de agosto de 2009 la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal dispuso intimar al Poder Ejecutivo a fin de que resolviera poner fin a la intervención de ENARGAS (Ente Nacional Regulador del Gas creado por ley n° 24.076 y reglamentado por el decreto n° 1738/92) y procediera a la designación del Directorio conforme al respectivo procedimiento legal. Poco después, y desde el mismo fuero, se ordenó a la Secretaría de Energía a que cumpliera con el procedimiento legalmente previsto para la provisión de cargos del Directorio del ENRE (Ente Nacional Regulador de la Electricidad creado por la ley n° 24.065 y reglamentado por el decreto n° 1398/92).

¹⁰ Véase, entre otros, “El Estado post privatizador. Los entes reguladores” (J. E. Barbará, 1994); “La teoría de la captura de los entes reguladores. El caso del sistema postal o de correos” (J. E. Barbará, 1996); “Privatización y Participación: diseño institucional y control horizontal en entes reguladores” (J. E. Barbará, 2000); “El control judicial de entes reguladores y de control: luces y sombras en la evaluación de los entes” (J. E. Barbará, 2007), todos detallados en la bibliografía.

Asimismo, hemos estimado sugerentes las observaciones que los autores refieren, formuladas por la organización no gubernamental “Poder Ciudadano”, que con ponderable cultura cívica realiza esfuerzos de seguimiento de instituciones cruciales para la *vida buena* de los argentinos, realizando una función de control social imprescindible para cooperar en el logro de instituciones que cumplan con aquello que da sentido a su existencia.

Por último, las debilidades que hemos señalado nos permiten advertir que los órganos de control aquí considerados no se adecuan a los condicionantes estructurales en cuyo análisis nos hemos detenido; es decir, en el hecho de que en su organización y funcionamiento se excluya la política y en que su racionalidad responda al principio de división de trabajo social que los requiere. De allí su debilidad.

Bibliografía

- ARISTÓTELES (1996), *La Política*. Madrid: Alba editores.
- BARBARÁ, Jorge Edmundo (1994), “El Estado post privatizador. Los entes reguladores”. En *La Ley*, 27 de mayo, Buenos Aires.
- (1996), “La teoría de la captura de los entes reguladores. El caso del sistema postal o de correos”. En *La Ley*, Buenos Aires.
- (2000), “Privatización y Participación: diseño institucional y control horizontal en entes reguladores”. En *Revista Contribuciones 4*, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, Buenos Aires.
- (2007), “El control judicial de entes reguladores y de control: luces y sombras en la evaluación de los entes”. En *Anuario X, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.
- BRODSCHI, Ezequiel; FRACCHIA, Eduardo; LÓPEZ AMORÓS, Martín (2010), “La Corrupción en Argentina: Un diagnóstico de la actual situación”. [Online: <http://mba.americaeconomia.com/biblioteca/papers/la-corrupcion-en-la-argentina-un-diagnostico-de-la-actual-situacion>].
- HELLER, Hermann (1998), *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- KELSEN, Hans (1977), *Esencia y Valor de la Democracia*. Barcelona: Ed. Guadarrama.
- MONTESQUIEU (1971), *Del Espíritu de las Leyes*. Buenos Aires: Ed. Claridad.
- STIGLITZ, Joseph (2002), “Mejorando la eficiencia y la capacidad de respuesta del sector público: lecciones de la experiencia reciente”. En *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n° 22, Caracas, Venezuela.

Principales aspectos de la Reforma Política de Córdoba (2008-2011)¹

José M. Pérez Corti

Abogado, Magister en Partidos Políticos (UNC). Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales (UCC), del Centro de Estudios Avanzados (UNC), y de la Escuela de Gobierno y Política (UNSaM). Relator de Sala de la Relatoría Electoral, de Competencia Originaria y Asuntos Institucionales del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Miembro del Foro Federal de Organismos Electorales Provinciales; de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; y del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

Introducción

La crisis político-electoral del año 2007 fue el resultado del largo camino recorrido por la política y por las instituciones de nuestra provincia, que desde el año 1983 adoptaron normas y comportamientos que afectaron seriamente los cimientos del régimen electoral provincial, facilitando así su degradación absoluta e irremediable.

Esta degradación –largamente ignorada por quienes podrían haberla evitado– hizo crisis en los comicios del 2 de septiembre de 2007. La implementación de una estrategia de cooptación de sufragios como lo fueron las denominadas sumatorias de votos o listas espejo en sus más impensables combinaciones; la eliminación gradual y definitiva de regulaciones destinadas al control de los partidos políticos; la ausencia de un régimen de financiamiento tanto partidario como de las campañas electorales; la inexistencia de una política destinada a la formación ciudadana como pilar de un auténtico sistema democrático y representativo, rol que estaba a cargo de los mismos partidos políticos; la anomia ciudadana a la hora de cumplir con las cargas públicas como autoridades de mesa que contemplaba la legislación;

¹ Esta ponencia fue elaborada en base al trabajo de investigación titulado “Boleta Única de Sufragio: Su implementación en Córdoba” (Pérez Corti, 2012).

y la conformación de un fuero electoral débil y carente de una adecuada infraestructura, planificación a mediano y largo plazo, carente de toda política de capacitación de sus recursos humanos, fueron algunos de los detonantes de una crisis previsible pero sistemáticamente ignorada y silenciada. Una tormenta perfecta, según la catalogaron algunos cuando la crisis ya se había desatado y amenazaba las instituciones fundamentales de la provincia con el fantasma de la intervención federal.

Es ese cuadro de situación el que desencadena el –a esta altura– imparable proceso de reforma político electoral que requería el régimen electoral provincial. El camino trazado se desarrolló en dos etapas, correspondiendo la primera (2008-2010) a la etapa de re-diseño, la que se llevó a cabo mediante un proceso de diagnóstico del que surgieron diversas propuestas, sometidas posteriormente al análisis y debate del Poder Legislativo, el cual finalmente procedió a la sanción de las nuevas normas electorales que serían de aplicación en el proceso electoral cordobés del año 2011. La segunda etapa (2010-2011) correspondió a su implementación, habiendo estado a cargo del Poder Judicial; quien en el histórico desafío legalmente asumido, recibió el acompañamiento de la Comisión Interpoderes de Seguimiento de los Procesos Electorales (CISPE).

En este breve trabajo abordaremos con simpleza y claridad los principales aspectos que caracterizaron tanto la reforma al régimen electoral, como la implementación de las mismas por parte del Poder Judicial de Córdoba.

1. Principales reformas introducidas por la ley 9571

El nuevo Código Electoral de la provincia (ley 9571) sancionado a fines del año 2008 y modificado posteriormente en el año 2010, introdujo importantes modificaciones a la estructura electoral existente hasta ese momento.

Así, en cuestiones de organización y control del acto comicial, introdujo la figura del Fiscal Público Electoral (FiPE) como coordinador de establecimiento de votación, profesionalizando tanto esa función como la de Autoridad de Mesa de Votación (AMV), asignándoles este último rol a los docentes provinciales y contemplando para ambos funcionarios electorales la capacitación previa y obligatoria.

Reemplazó la vetusta boleta partidaria por la Boleta Única de Sufragio (BUS), contemplando también la posibilidad de la incorporación gradual de sistemas electrónicos de votación.

En relación a los registros de electores o padrones, los mismos fueron unificados superando la diferenciación por sexos; además de haberle reconocido a los extranjeros el derecho de sufragio a nivel provincial.

Finalmente, cabe destacar la prohibición de las sumatorias de votos o listas espejo, sincerando y transparentando así la oferta electoral de candidaturas a través de la oficialización de listas que pertenecen sólo a una fuerza política.

2. Funcionarios Públicos Electorales (FuPEs)

Uno de los grandes aciertos de la reforma fue la profesionalización de las funciones electorales que deben desarrollarse el día de los comicios. Así se creó la figura del Fiscal Público Electoral y se modernizó la de las autoridades de mesas de votación, asignándoles a ambos roles esenciales en la gestión, control y resguardo de las principales acciones a desarrollarse el día de los comicios.

2.1. Fiscal Público Electoral (FiPE)

El Fiscal Público Electoral (FiPE) es un funcionario o agente del Poder Judicial de la provincia que tiene como rol principal cumplir la función de coordinador general de cada establecimiento de votación.

En este sentido, actuará como nexo entre la Justicia Electoral y las autoridades de mesas de votación, representando a la Justicia ante éstas; teniendo a su cargo coordinar, gestionar, controlar y velar por el cumplimiento de todas las disposiciones legales vigentes durante el desarrollo del acto comicial, como así también la implementación y el cumplimiento de toda disposición, resolución y/u orden emanada de la Justicia Electoral.

2.2. Autoridad de Mesa de Votación (AMV)

Es la máxima autoridad de cada mesa de votación, debiendo actuar con absoluta independencia y sin obedecer orden alguna en relación a las funciones a su cargo, las que se limitan sólo a la mesa de votación en la que fueron designados. Por cada mesa habrá de designarse un titular y un auxiliar que desarrollarán conjuntamente las funciones en cabeza del Presidente de Mesa, debiendo reemplazarlo el auxiliar en caso de ausencia o impedimento.

3. Boleta Única de Sufragio (BUS)

Se trata de un nuevo tipo de boleta de votación incorporada al Código Electoral (ley 9571 y modificación), la que reemplazó a la añosa boleta partidaria vigente hasta ese momento en la provincia de Córdoba. Su modelo incorpora en un solo soporte papel la totalidad de la oferta electoral disponible para la ciudadanía durante el acto electoral, organizándose en base a líneas correspondientes a cada fuerza política participante, y columnas a través de las que se organizan las diferentes candidaturas que se postulan para los diferentes cargos o bancas sometidos a elección o renovación.

En su anverso, la boleta única contiene justamente la totalidad de las ofertas partidarias por cada rango de candidatura disponible; además de los datos correspondientes al año y rango de la elección, como así también los números de sección, circuito y mesas electorales a las que pertenece. Tales datos también se encuentran impresos y replicados en el talón del que se desprende cada boleta

única, como una forma de garantizar la transparencia y autenticidad de las mismas. A continuación se puede apreciar un modelo utilizado para el profuso plan de capacitación electoral y la amplia campaña de difusión ciudadana de la BUS.

		ELECCIONES PROVINCIALES 2011				SECCIÓN N°	CIRCUITO N°	MESA N°
		NIVEL PROVINCIAL				NIVEL MUNICIPAL / COMUNAL		
SECCIÓN N°	CIRCUITO N°	MESA N°	GOBERNADOR <small>Provincia de Córdoba</small> PARTIDO AZUL	LEGISLADORES DISTRITO ÚNICO <small>Provincia de Córdoba</small> LEGISLADOR PARLAMENTARIAL	TRIBUNAL DE CUENTAS <small>Provincia de Córdoba</small>	INTENDENTE <small>Municipio de Córdoba</small> CONCEJAL	TRIBUNAL DE CUENTAS <small>Municipio de Córdoba</small>	
		MESA N°	GOBERNADOR <small>Provincia de Córdoba</small> PARTIDO AMARILLO	LEGISLADORES DISTRITO ÚNICO <small>Provincia de Córdoba</small> LEGISLADOR PARLAMENTARIAL	TRIBUNAL DE CUENTAS <small>Provincia de Córdoba</small>	INTENDENTE <small>Municipio de Córdoba</small> CONCEJAL	TRIBUNAL DE CUENTAS <small>Municipio de Córdoba</small>	
		MESA N°	GOBERNADOR <small>Provincia de Córdoba</small> PARTIDO MAGENTA	LEGISLADORES DISTRITO ÚNICO <small>Provincia de Córdoba</small> LEGISLADOR PARLAMENTARIAL	TRIBUNAL DE CUENTAS <small>Provincia de Córdoba</small>	INTENDENTE <small>Municipio de Córdoba</small> CONCEJAL	TRIBUNAL DE CUENTAS <small>Municipio de Córdoba</small>	
		MESA N°	GOBERNADOR <small>Provincia de Córdoba</small> PARTIDO VERDE	LEGISLADORES DISTRITO ÚNICO <small>Provincia de Córdoba</small> LEGISLADOR PARLAMENTARIAL	TRIBUNAL DE CUENTAS <small>Provincia de Córdoba</small>			
		MESA N°	GOBERNADOR <small>Provincia de Córdoba</small> PARTIDO NARANJO	LEGISLADORES DISTRITO ÚNICO <small>Provincia de Córdoba</small> LEGISLADOR PARLAMENTARIAL	TRIBUNAL DE CUENTAS <small>Provincia de Córdoba</small>			
		MESA N°	GOBERNADOR <small>Provincia de Córdoba</small> PARTIDO MAGENTA	LEGISLADORES DISTRITO ÚNICO <small>Provincia de Córdoba</small> LEGISLADOR PARLAMENTARIAL	TRIBUNAL DE CUENTAS <small>Provincia de Córdoba</small>	INTENDENTE <small>Municipio de Córdoba</small> CONCEJAL	TRIBUNAL DE CUENTAS <small>Municipio de Córdoba</small>	
		MESA N°	GOBERNADOR <small>Provincia de Córdoba</small> PARTIDO MOLETA	LEGISLADORES DISTRITO ÚNICO <small>Provincia de Córdoba</small> LEGISLADOR PARLAMENTARIAL	TRIBUNAL DE CUENTAS <small>Provincia de Córdoba</small>	INTENDENTE <small>Municipio de Córdoba</small> CONCEJAL	TRIBUNAL DE CUENTAS <small>Municipio de Córdoba</small>	

En su reverso, nos encontramos con los espacios específicamente destinados a la firma de las autoridades de mesa y de los fiscales partidarios. Además también se encuentran allí las instrucciones de uso y forma de plegado de la misma, mediante una clara secuenciación de los dobleces que debe llevar adelante el elector antes de salir de la cabina de votación. Tales características se observan con claridad en la siguiente imagen.

<p>Firma del PRESIDENTE Aclaración D.N.I.</p> <p>Firma del SUPLENTE Aclaración D.N.I.</p>			<p>excesivamente</p>
<p>Firma del PARTIDARIO Aclaración D.N.I. PARTIDO</p>	<p>Firma del PARTIDARIO Aclaración D.N.I. PARTIDO</p>	<p>Firma del PARTIDARIO Aclaración D.N.I. PARTIDO</p>	
<p>Firma del PARTIDARIO Aclaración D.N.I. PARTIDO</p>	<p>Firma del PARTIDARIO Aclaración D.N.I. PARTIDO</p>	<p>Firma del PARTIDARIO Aclaración D.N.I. PARTIDO</p>	
<p>Instrucciones para la emisión del sufragio</p> <p>1) La Autoridad de Mesa de Votación (AMV) le entregará la Boleta Única de Sufragio (BUS) firmada por él y los fiscales partidarios presentes, conjuntamente con un foliolegajo de línea indeleble.</p> <p>2) Ust. deberá ingresar al lugar o cabina de votación para marcar con una cruz, tildé o símbolo similar dentro de los casilleros impresos en la Boleta Única de Sufragio (BUS) la opción electoral de su preferencia.</p> <p>Atenciones:</p> <p>a) En caso de tener alguna duda al momento de emitir el sufragio, consulte a la Autoridad de Mesa de Votación y siga las instrucciones del afiche ubicado en el lugar o cabina de votación.</p> <p>b) Preste atención al insertar la cruz, tildé o símbolo similar, ya que dicha marca, no podrá sobrepasar, sobremarcar los límites del recuadro, lo que podría importar tachadura que invalide su voto.</p> <p>c) Si la Boleta Única de Sufragio (BUS) se rompe o si Ust. se equivocó al realizar su marca, consulte a la Autoridad de Mesa de Votación como proceder, en cuyo caso, tome el recaudo de cobrar la boleta por los pliegues correspondientes para resguardar el secreto del sufragio.</p> <p>3) Manifestada su voluntad en la Boleta Única de Sufragio (BUS) deberá doblarla por los pliegues indicados de modo que no se pueda conocer la preferencia marcada, dejando a la vista las firmas de las Autoridades de Mesa de Votación (AMV) y fiscales partidarios presentes, e insertarla en la Boleta Única de Sufragio (BUS) dentro de la urna.</p>			<p>1</p> <p>2</p>

3.1. Implementación y gestión de la Boleta Única de Sufragio

3.1.1. El Plan Estratégico de Implementación de la Reforma Política (PEIRP)

La nueva legislación electoral de la provincia² puso a cargo del Poder Judicial la implementación de las reformas introducidas. Por ello, desde marzo de 2010 el Tribunal Superior de Justicia comenzó a adoptar medidas tendientes a garantizar

² Durante el final del año 2008 fueron sancionadas las leyes 9571 (Código Electoral Provincial), 9572 (Régimen Jurídico de los Partidos Políticos) y 9573 (Modificaciones a la Ley Orgánica Municipal 8102), cuyos contenidos y particularidades tuvimos oportunidad de reseñar en “La reforma del régimen electoral de la provincia de Córdoba” (Pérez Corti, 2009), disponibles en <http://www.joseperezcorti.com.ar/doctrina.htm>.

Por otra parte, y también a fines de 2010, fueron sancionadas las leyes 9838 (Procedimiento de Aplicación de Faltas y Sanciones Electorales), 9839 (Suspensión del Régimen de Financiamiento contemplado en la ley 9571) y 9840 (Fuero Electoral provincial), cuyos textos y contenidos pueden ser consultados en http://www.joseperezcorti.com.ar/legislacion_cordoba.htm.

una adecuada gestión y ejecución de las modificaciones, procedimientos e institutos incorporados al régimen electoral provincial, asignando esa responsabilidad a la Relatoría Electoral, de Competencia Originaria y Asuntos Institucionales³.

A tal fin, entre marzo y junio de 2010, la Relatoría en cuestión conformó el Equipo de Gestión y Dirección de Proyectos Electorales (EGDPE) e implementó la metodología del *Project Management Institute* (PMI©)⁴. Desde el EGDPE se diseñó, planificó y puso en práctica el Plan Estratégico de Implementación de la Reforma Política (PEIRP).

El PEIRP constaba de ocho proyectos o programas⁵, entre los cuales uno era justamente el relativo a la implementación de la Boleta Única de Sufragio (BUS); en él estaban comprendidas desde el diseño de un incipiente modelo de la boleta para permitir el inicio de las acciones de capacitación⁶, pasando por el desarrollo de los borradores de los pliegos de contratación de su diseño, impresión y distribución⁷, e incluyendo su difusión institucional y social⁸.

³ Con fecha 05/02/2010 se dictó el Acuerdo n° 08/2010 por el cual se cubrió la vacante existente en la Relatoría Electoral, de Competencia Originaria y Asuntos Institucionales, haciendo expresa mención a que uno de los objetivos centrales de tal designación radicaba en "(...) coadyuvar a la implementación de la reforma electoral dispuesta por la Legislación Provincial (...)".

⁴ El EGDPE cumplió el rol de oficina de dirección de proyectos (PMO, según su sigla en inglés) y, como tal, su conformación respondió a la estructura natural de la misma. Su integración estuvo conformada por el suscripto como Director, y por un equipo de dirección de proyectos integrado por la Lic. Iara Namur y la Ab. Inés M. de Olmos.

⁵ Desde el Tribunal Superior de Justicia, los doctores Luis E. Rubio, Armando S. Andruet (h) y Domingo J. Sesin asumieron –en representación del Alto Cuerpo– la responsabilidad inmediata de la implementación de la reforma política y de su gestión a lo largo de más de un año y medio de ardua labor.

⁶ Enmarcadas en el Plan Estratégico de Capacitación de Funcionarios Electorales (PECFE), destinado a la capacitación de los Funcionarios Públicos Electorales (FuPEs), entre quienes estaban comprendidos tanto los Fiscales Públicos Electorales (FiPEs) –funcionarios y empleados judiciales que estarían a cargo de la coordinación de los centros de votación– como las Autoridades de Mesa de Votación (AMVs) –docentes provinciales que tuvieran a su cargo cada mesa de votación. El Plan fue creado por el Tribunal Superior de Justicia mediante Acuerdo n° 531, Serie "A", con fecha 12 de octubre de 2010.

⁷ Correspondiente a la actividad desarrollada desde la Relatoría Electoral, de Competencia Originaria y Asuntos Institucionales con la coordinación del Ab. Javier Fazio y en forma articulada con el Área de Administración de la Administración General del Poder Judicial.

⁸ A través del Plan Estratégico de Comunicación de la Reforma Electoral (PECRE), en el marco del cual se conformó el Equipo de Prensa y Difusión Electoral (EPDE) y tuvo lugar la relevante Campaña de Comunicación Electoral (CCE) que el Tribunal Superior de Justicia dispuso poner en marcha para dar la más amplia difusión a la reforma, y especialmente a la instalación y utilización práctica de la Boleta Única de Sufragio (BUS).

En base a las diferentes experiencias de boleta única registradas anticipadamente en la provincia de Córdoba⁹, desde la Relatoría Electoral, de Competencia Originaria y Asuntos Instituciones se llevó adelante un breve estudio sobre los diferentes modelos de boleta única de sufragio, identificando aquel al que correspondía el modelo Córdoba (ley 9571 y modificación) y procurando luego una evaluación aproximativa del impacto posible de su uso durante el acto comicial, evaluando especialmente sus posibles implicancias sobre los electores que por primera vez iban a utilizarlo.

La primera conclusión a la que se arribó –como ya lo expresáramos precedentemente– fue que la boleta única a utilizarse en Córdoba correspondía al modelo de partidos no fraccionable¹⁰.

A partir de ello, era posible esperar una manifiesta disminución del *voto cruzado*, y quizás una menor gravitación del *efecto fatiga* (Scherlis, 2011)¹¹.

También se vislumbraron tres aspectos críticos de su implementación el día de los comicios, correspondientes a la capacitación ciudadana, al escrutinio de mesa –y consecuentemente al denominado escrutinio provisorio (art. 127, ley 9571)–, y al nivel o porcentajes de votos nulos que se podrían registrar.

⁹ El Equipo Judicial de Capacitación Electoral (EJCE) asumió la responsabilidad de llevar adelante sucesivas misiones de observación electoral de los comicios municipales en los que se fue implementando gradualmente la Boleta Única de Sufragio (BUS), recabando de esta manera información directa que luego fuera objeto de un profundo estudio de campo por parte del mismo equipo y con el objeto de poder arribar a conclusiones adecuadas que sirvieran de insumos para la toma de decisiones en relación a su aplicación durante el proceso electoral provincial del año 2011. Así, fueron observados, relevados y posteriormente analizados críticamente los comicios de Colonia Caroya (10-04-2011: Primarias Partidarias; 04-07-2011: Elección Municipal), Pilar (12-06-2011: Elección Municipal) y Villa General Belgrano (26-06-2011: Elección Municipal). Estos equipos de observación electoral estuvieron integrados por Inés de Olmos, Judith Meisner, María Emilia Mimessi, Ernesto Torres, Cecilia Mastroi, Lucas Nassiz, Pablo A. Cuenca Tagle, Joaquín Vocos, Miguel A. Del Pino Díaz y Alicia M. Ferrer.

¹⁰ En este modelo la oferta electoral se organiza por partidos, cada uno de los cuales es representado en una columna o línea diferente de una misma boleta, en la cual se listan los diferentes candidatos para la totalidad de los cargos en juego.

¹¹ Siguiendo a Gerardo Scherlis (2011), podemos decir que se trata de dos efectos que acompañan el uso de la boleta única por el electorado, a los que brevemente hemos de describir de la siguiente forma:

-*Voto Cruzado* (Jerrold Rusk, 1970): es la manifiesta limitación del efecto arrastre y del fortalecimiento de la autonomía del ciudadano en la configuración de sus opciones por cada elección, aumentando la posibilidad de un gobierno dividido y el consiguiente riesgo de afectar su gobernabilidad.

-*Efecto Fatiga* (Jack Walker, 1966): El votante se cansa de marcar y se limita a votar por las categorías que considera más importantes, o por aquellas en las que mejor conoce a los candidatos, absteniéndose de hacerlo en los niveles inferiores de la boleta.

A través de este ensayo, se elaboró un breve diagnóstico sobre el escenario que habría de afrontarse con la implementación de la boleta única, y en orden a las estimaciones en él formuladas se adoptaron decisiones mediante las cuales se pusieron en marcha acciones tendientes a neutralizar los aspectos negativos y a procurar la consolidación de aquellos aspectos en los que podían profundizarse las fortalezas del nuevo mecanismo de votación.

Tratándose de la primer experiencia electoral de la provincia en la cual se iba a poner en marcha la boleta única, a mediados de noviembre de 2010 desde la Relatoría Electoral, de Competencia Originaria y Asuntos Institucionales se comenzó a trabajar en los anteproyectos de pliegos de contratación del diseño, impresión y provisión de boletas únicas de sufragio¹².

Los borradores de las boletas fueron remitidos al Área de Administración de la Administración General del Poder Judicial en febrero de 2011, a efectos de que fueran evaluados por los responsables del área y posteriormente puestos a disposición del Tribunal Electoral provincial *ad hoc* para que diera inicio formal al proceso de contratación.

Luego de la formalización de los pliegos de contratación, éstos fueron publicados con el objeto de que se presentaran ofertas para el “(...) diseño, impresión y provisión de las boletas únicas de sufragio (...)” que habrían de utilizarse durante las elecciones provinciales del 7 de agosto de 2011.

Resultado de tal procedimiento fue la adjudicación dispuesta por el Poder Judicial; momento a partir del cual el Tribunal Electoral provincial *ad hoc* asumió la responsabilidad de suministrar la información necesaria y llevar a cabo las tareas de control indispensables para garantizar la provisión en tiempo y forma de las boletas de sufragio.

De esta forma, el Tribunal Electoral provincial *ad hoc* llevó adelante la audiencia del artículo 57 del Código Electoral provincial (ley 9571), en la que fueron exhibidos la totalidad de modelos de boletas de sufragio, a efectos de que las diferentes fuerzas políticas participantes formularan sus observaciones e impugnaciones. Una vez firme las decisiones adoptadas por el Tribunal Electoral con motivo del resultado de dicha audiencia, se pudo avanzar en las acciones destinadas al inicio de las tareas de impresión y provisión de la BUS.

Finalmente la empresa adjudicataria hizo entrega de aproximadamente tres millones (3.000.000) de ejemplares definitivos de boletas únicas de sufragio correspondientes a los ciento noventa y nueve (199) modelos de acuerdo a las

¹² Tal actividad fue desarrollada desde la Relatoría Electoral, de Competencia Originaria y Asuntos Institucionales con la coordinación del Ab. Javier Fazio y en forma articulada con el Área de Administración de la Administración General del Poder Judicial.

convocatorias electorales municipales y comunales vigentes que requerían la provisión de sus respectivos ejemplares, combinados por los veintiséis (26) departamentos provinciales y las candidaturas distritales oportunamente oficializadas.

Los mismos fueron puestos a disposición de la empresa adjudicataria del operativo electoral por el Tribunal Electoral, a efectos de dar inicio a las tareas de armado de urnas (*finishing*) con miras a su distribución territorial.

3.1.2. El Plan Estratégico de Capacitación de Funcionarios Electorales (PECFE)

3.1.2.1. Contenido y objetivos

Como se expresara anteriormente, el PEIRP estaba conformado por un total de ocho programas, uno de los cuales –sino el más importante debido a su relevancia estratégica, su extensión y su intensidad– era el Plan Estratégico de Capacitación de Funcionarios Electorales (PECFE)¹³.

Dicho plan estuvo dirigido a la capacitación de los Funcionarios Públicos Electorales (FuPEs), comprendiendo tanto los Fiscales Públicos Electorales (FiPEs) –funcionarios y empleados judiciales que estarían a cargo de la coordinación de los centros de votación–, como las Autoridades de Mesa de Votación (AMVs) –docentes provinciales que tuvieran a su cargo cada mesa de votación–; y su implementación fue dispuesta por el Tribunal Superior de Justicia mediante Acuerdo n° 531, Serie “A” de fecha 12 de octubre de 2010, encargándosele al Equipo Judicial de Capacitación Electoral (EJCE) en ese mismo acto¹⁴.

La capacitación fue diseñada, planificada y gestionada a partir de un esquema piramidal de formación y entrenamiento estructurado de manera escalonada, abarcando un total de más de tres mil quinientos (3.500) funcionarios y empleados

¹³ Por tratarse de un programa de capacitación, el PECFE fue incorporado al Centro de Perfeccionamiento Judicial “Ricardo C. Núñez”, quedando a cargo de uno de sus directores, el Dr. Armando S. Andruet (h) y siendo su Coordinador Ejecutivo quien aquí suscribe.

¹⁴ Este equipo contó con la siguiente estructura e integración: Una Coordinadora General, Ab. Inés de Olmos; una Coordinadora Ejecutiva, Judith Meisner; una Coordinadora Pedagógica, Lic. María Isabel Yaya de Cáceres; un equipo de diez capacitadores, María Emilia Mimessi, Ernesto Torres, Cecilia Mastri, Lucas Nassiz, Ana Inés Gómez, Pablo A. Cuenca Tagle, Sofía Inés Giménez, Joaquín Vocos, Carina Inés Puerta y Candelaria Angulo; un equipo de soporte compuesto por Miguel A. Del Pino Díaz y Benjamín Sársfield; y un equipo auxiliar conformado por Víctor A. Páez, José A. Roldán, Miguel A. Aguirre, Jorge W. Ruiz, Juan C. Romero, Carlos A. Tapia y Carlos González. Cabe consignar que en una primera etapa, también formó parte del equipo de capacitación Alicia M. Ferrer.

judiciales con el objetivo de que fueran afectados como FiPEs¹⁵; más de veinte mil (20.000) docentes provinciales que cumplirían el rol de AMVs¹⁶, e incorporando al proceso de capacitación a las fuerzas de seguridad de la provincia¹⁷, hito histórico registrado por primera vez en Córdoba.

Pero las actividades confiadas por el Tribunal Superior de Justicia al Equipo Judicial de Capacitación Electoral (EJCE) no se limitaron sólo a las expresadas. Advirtiendo la importancia agonal de la capacitación en el proceso de implementación de la BUS, el EJCE trabajó en el diseño y planificación de los Programas Especiales de Capacitación Electoral (PECE), los que posteriormente también tuvo a su cargo implementar. Las múltiples actividades que integraban este capítulo de la capacitación electoral estuvieron orientadas hacia la formación de las estructuras partidarias, juntas electorales municipales y comunales, jueces de paz, universidades, comunicadores sociales y medios de comunicación (periodistas, reporteros y prensa en general).

Desde el inicio de la puesta en marcha de la reforma política en el año 2010, la importancia, relevancia y rol crucial de la capacitación en el proceso de instalación de la boleta única estuvo claramente identificado, y su abordaje por el Poder Judicial fue desarrollado con una adecuada visión institucional que asentó su construcción e instalación social y política en tres pilares fundamentales: profesionalización, planificación y gestión de la capacitación electoral.

¹⁵ Para los comicios provinciales fueron habilitados más de 1.200 establecimientos de votación, por cada uno de los cuales debían asignarse FiPEs en proporción a las mesas de votación habilitadas, conforme lo dispone el Código Electoral provincial (ley 9571 y modificación artículos 80 y 84); aunque en esta primera experiencia electoral, desde el Equipo Judicial de Capacitación Electoral (EJCE) se le propuso al Tribunal Electoral provincial *ad hoc* la incorporación de la figura del FiPE Auxiliar, cuya designación tuviera por objeto afectarlo específicamente a la orientación ciudadana en cada establecimiento de votación; propuesta que fuera autorizada por dicho Tribunal e implementada por el equipo de capacitación.

¹⁶ El total de mesas mixtas (femeninas y masculinas) de votación habilitadas para electores argentinos por el Tribunal Electoral provincial *ad hoc* fue de 7.564 (esto puede corroborarse en <http://www.justiciacordoba.gob.ar/jel/index.html>), y por cada una de ellas el Código Electoral provincial (ley 9571 y modificación) contempla la designación de dos autoridades de mesa (un Presidente y un Suplente). Consecuentemente, para los comicios del 7 de agosto de 2011 era necesario contar con aproximadamente 15.128 AMVs.

¹⁷ Desde el Tribunal Superior de Justicia, el Dr. Armando S. Andruet (h) –como máximo responsable del PECFE– acordó con la Jefatura de la Policía de la provincia, el dictado de tres Talleres de Capacitación Electoral para las Fuerzas de Seguridad (TCE-FS), los que estuvieron dirigidos a la plana mayor de la fuerza policial tanto en su faz jerárquica como operativa, incluyendo referentes de la Escuela de Cadetes de la Policía de la provincia a efectos de avanzar en la incorporación formal de estas acciones en el proceso de formación de la Policía. A dichos talleres concurrieron más de cuatrocientos (400) comisarios –entre comisarios mayores y jefes de áreas operativas–, y más de doscientos (200) comisarios y efectivos de diferentes rangos, como así también integrantes de diferentes centros de formación y capacitación policial.

3.1.2.2. Abordaje de la BUS en la capacitación de los funcionarios electorales

El escenario de la capacitación –voluminosa en cuanto a sus destinatarios y dispersa en relación a la ubicación geográfica de los mismos–, requirió que desde el Equipo Judicial de Capacitación Electoral (EJCE) se trabajara en el diseño de una boleta única de sufragio (BUS) que pudiese ser implementada como un instrumento eficaz de difusión y como herramienta imprescindible de adiestramiento y de práctica de los FuPEs.

Dado que el proceso de capacitación se inició durante el año 2010, fecha en la que aún no se encontraba conformado el Tribunal Electoral provincial *ad hoc*, debió avanzarse en estos aspectos antes de contar con la autoridad de la elección debidamente constituida. Tal responsabilidad fue asignada por el Tribunal Superior de Justicia a la Oficina de Capacitación Electoral desde el inicio del PEIRP¹⁸.

Siguiendo los lineamientos contenidos en el Código Electoral Provincial, se desarrolló un incipiente modelo de boleta única, lo suficientemente claro y lineal como para facilitar el proceso de asimilación social.

Pero no sólo se trabajó en el desarrollo del primer modelo de BUS, sino que a partir de éste se llevó adelante un importante ensayo de votación con el objeto de determinar con precisión y suficiente antelación las dimensiones que debían poseer las urnas que albergarían en su interior las nuevas boletas. Para ello se llevó adelante un simulacro de votación, en el cual se conformaron tantas boletas únicas –correspondientes al modelo de BUS para capacitación– como electores podía haber inscriptos por mesa de votación¹⁹, plegándolas como contempla el Código Electoral y procediendo a introducir las de una dentro de una urna similar a la utilizada en las elecciones provinciales del 2 de septiembre de 2007²⁰, mientras en paralelo se iba generando un registro de eventos que permitiese contar con la información necesaria para definir las medidas finales que debería tener la urna que albergaría a la novedosa boleta única.

El resultado fue sumamente esclarecedor, puesto que al cabo del ingreso de 37 BUS se detectó que la secuencia de cerrado de las tapas superiores de la urna no resultaba indistinto a la hora de facilitar el ingreso de los sufragios, identificándose con precisión cuál debía ser la misma para evitar que algunas de las tapas de

¹⁸ TSJ, Acuerdo n° 531, Serie “A”, de fecha 12 de octubre de 2010, art. 4°.

¹⁹ Conforme surge del art. 42 del Código Electoral provincial (ley 9571), cada mesa puede tener hasta trescientos cincuenta (350) inscriptos.

²⁰ Se trata de urnas de igual dimensión que las utilizadas en los procesos electorales nacionales, y cuyas medidas son 30 cm. de ancho por 46 cm. de alto y 17 cm. de profundidad. Pero en el caso de la ranura para introducir los sufragios, se procedió a agrandarla, llevándola de su dimensión original de + 0,5 cm. de alto por 14 cm. de ancho, a una apertura de + 1 cm. de alto por 22 cm. de ancho.

la parte superior no interfiriera con la boca de ingreso de la BUS. A partir de la boleta 191, éstas comenzaron a ser ingresadas inclinándolas para arriba. Con el ingreso de la boleta número 214, comenzaron a detectarse los inconvenientes que su acumulación dentro la urna iban produciendo y que para superarlos hacía necesario recurrir a algunos movimientos y/o golpes aplicados sobre la urna; golpes que fueron cada vez más persistentes hasta llegar a la cantidad de 312 boletas, cifra que indicó que se había alcanzado indefectiblemente el máximo de la capacidad de la urna. Esto fue definitivamente constatado tras la apertura de la urna y recuento final de sufragios, confirmando la cifra.

En consecuencia, se procedió a confeccionar una urna con mayores dimensiones para ser utilizada en el dictado de los talleres de capacitación electoral, permitiendo así que sus asistentes pudieran comenzar a familiarizarse con la lógica de la boleta única y a internalizar su lógica de funcionamiento. Esas medidas también sirvieron como punto de partida para la confección de los pliegos de contratación del operativo electoral; evitando así imprevistos a la hora de la utilización de la boleta única durante los comicios del 7 de agosto de 2011.

3.1.2.3. Diseño de una Herramienta de Escrutinio (HdE). Características y entrenamiento

En virtud del diagnóstico efectuado y bajo la supervisión de la Relatoría Electoral, de Competencia Originaria y Asuntos Institucionales, el Equipo Judicial de Capacitación Electoral (EJCE) comenzó a trabajar en el desarrollo de una herramienta de escrutinio que permitiera dotar a las autoridades de mesa de un documento simple, ágil y efectivo a la hora de llevar adelante el escrutinio de la mesa a su cargo, de modo tal que se pudiese neutralizar los efectos negativos de la boleta única en esta instancia comicial.

En noviembre de 2010 ya se contaba con la versión definitiva de esta herramienta, que fue incorporada al proceso de capacitación de los Fiscales Públicos Electorales (FiPEs) y de las Autoridades de Mesa de Votación (AMVs) con el objeto de familiarizarlos en su utilización mediante la realización de simulacros y ejercicios durante los talleres de capacitación electoral.

Dicha herramienta también fue incorporada al listado de documentos electorales contemplado en los pliegos de contratación del operativo electoral, estipulando que debía garantizarse su provisión en cada urna para que las respectivas AMVs contasen con ella en las mesas a su cargo.

De esta manera, se procuró lograr un adecuado nivel de uniformidad en el procedimiento a seguir por las autoridades de mesa, con lo cual necesariamente habría de agilizarse también el desarrollo del escrutinio de cada mesa, uno de los principales desafíos de la implementación de la BUS.

3.1.2.4. Programas Especiales de Capacitación Electoral

Dentro del PECFE, no sólo se abordó la capacitación de los funcionarios electorales, sino que también se implementó un capítulo especial denominado Programas Especiales de Capacitación Electoral (PECE), en el cual se desarrollaron todas aquellas acciones que estaban orientadas a compartir y difundir los aspectos centrales de la reforma política, especialmente en lo relativo a la utilización de la boleta única tanto a nivel provincial como nacional.

Para ello se trabajó sobre determinados universos específicos, como los estudiantes universitarios, la dirigencia política, los comunicadores sociales y los medios masivos de comunicación. Esto conformó una incipiente y novedosa experiencia de construcción de ciudadanía con miras a la reinserción en el espacio público de todos los actores de la vida social de la provincia, y con el objeto de restañar la relación entre representantes y representados a través de la asunción por parte de los últimos del rol central que la Constitución les asigna mediante la determinación del carácter de electores en un régimen republicano, representativo y democrático.

- *Universidades, Asociaciones y ONG's*: se participó activamente en actividades organizadas por asociaciones y ONG's, como también dictando Talleres de Capacitación Electoral Universitaria (TCE-U) orientados a alumnos de diferentes casas de estudio. En los talleres se desarrolló una introducción al contexto histórico por el cual se implantaron las reformas al régimen electoral provincial, como también el proceso mediante el cual éstas fueron llevadas a cabo, y un detalle de la extensión, alcance y contenidos que abarcaban.

Dichos encuentros y talleres tuvieron lugar en las siguientes oportunidades e instituciones:

- Foro Federal de Organismos Electorales Provinciales de la República Argentina: XVIII° Jornadas de Organismos Electorales Provinciales, Santa Fe, diciembre de 2010;
- Red de Acción Política (RAP): Ciclo de Seminarios RAP Córdoba, “Ley de Boleta Única: Desafíos y Recomendaciones para su instrumentación”, Universidad Empresarial Siglo 21, 24 de febrero de 2011;
- Instituto de estudios para una Nueva Generación (i-GEN) y Fundación Friedrich Ebert: Conferencia “Reforma Electoral en Córdoba – Boleta Única – Voto Electrónico”, 14 de marzo de 2011;
- Civilitas: Seminario de Capacitación Electoral, 7 de junio de 2011;
- Universidad Blas Pascal: Carrera de Abogacía, cátedras de Ciencia Política y Derecho Constitucional, 21 de junio de 2011;
- Universidad Empresarial Siglo 21: Carrera de Ciencias Jurídicas y Política, Abogacía, cátedra de Derecho Constitucional, Taller de Capacitación

Electoral, 22 de junio de 2011; y en la Escuela de Negocios, Taller sobre Urna Electrónica de Brasil, 11 de junio de 2011;

- Universidad Nacional de Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Carrera de Abogacía, cátedras de Derecho Constitucional, Derecho Público Provincial y Municipal y Derecho Electoral Argentino, Jornada sobre Reforma Electoral, 27 de junio de 2011; Taller de Capacitación Electoral, 29 de junio de 2011;
- Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de Córdoba: Taller de Capacitación Electoral, 25 de julio de 2011;
- Universidad Católica de Córdoba: Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, X° Congreso Nacional de Ciencia Política, participando en los paneles sobre “La implementación de la Boleta Única en Argentina. Balance y perspectivas a la luz de los casos de Santa Fe y Córdoba” y sobre “El voto electrónico. Aspectos institucionales, sociales y jurídicos. La observación electoral”, 29 de julio de 2011.

En la mayoría de estos encuentros, además de tener una activa participación, se montaba un stand de difusión y consulta sobre la reforma política y la boleta única de sufragio, a cargo del Equipo Judicial de Capacitación Electoral (EJCE), poniendo a disposición de los asistentes modelos de boleta única y toda la folletería de difusión y capacitación ciudadana desarrollada a tales fines.

- *Partidos Políticos:* como parte de la estrategia de capacitación no sólo ciudadana sino también dirigencial, se pusieron a disposición de los partidos políticos alianzas electorales y confederaciones partidarias, tanto provinciales como municipales y comunales, y Talleres de Capacitación Electoral para Partidos Políticos (TCE-PP), que se desarrollaron a fines del año 2010 y en julio de 2011.

Esta fue otra experiencia importante que no se había registrado antes en la provincia de Córdoba, esto es, la socialización del conocimiento y de las destrezas electorales desarrolladas por el Poder Judicial con uno de los principales actores del proceso electoral: las fuerzas políticas.

- *Comunicadores sociales y medios de comunicación:* con la convicción de que uno de los aspectos críticos de la implementación la boleta única y de toda la reforma política radicaba en una adecuada estrategia de comunicación que permitiera su correcta difusión e instalación ciudadana, se llevaron a cabo Talleres de Capacitación Electoral para Comunicadores Sociales y Medios de Comunicación (TCE-CS&MC), de los que participaron importantes y destacados referentes de los medios locales y nacionales.

El objetivo de éstos consistió en el desarrollo de un breve marco histórico que permitiera contextualizar las reformas introducidas al régimen electoral y el posterior desarrollo de las mismas, con un amplio e irrestricto espacio de debate para abordar cada una de las observaciones, dudas, consultas y/o requerimientos que surgieran durante el desarrollo de dichos talleres.

Pero también se trabajó en presentaciones a nivel nacional, destinadas a darle la más amplia difusión al proceso de implementación de la reforma política que se estaba llevando a cabo en Córdoba. De esta manera se agendaron presentaciones ante diferentes organizaciones institucionales y del tercer sector, en las que se presentó una pormenorizada memoria descriptiva del Plan Estratégico de Implementación de la Reforma Política (PEIRP), como así también de cada uno de sus programas. A modo de ejemplo, en diciembre de 2010 se llevó a cabo dicha presentación en el marco de las XVIII^o Jornadas de Organismos Electorales Provinciales que tuvieron lugar en la ciudad de Santa Fe, organizadas por el Foro Federal de Organismos Electorales Provinciales y el Tribunal Electoral Provincial de dicha provincia, ante más de diez delegaciones provinciales integradas por magistrados y funcionarios electorales, y con la presencia del Dr. Rafael Gutiérrez como Presidente del Tribunal anfitrión, junto a todo el equipo de trabajo del Tribunal Electoral local.

3.1.3. El Plan Estratégico de Comunicación de la Reforma Electoral (PECRE)

3.1.3.1. Principales lineamientos y cursos de acción

Durante todo el proceso de implementación de la reforma política en Córdoba, uno de los pilares sobre el que se erigió su planificación, gestión y dirección fue la constante generación de una dinámica estrategia comunicacional que abriera y fortaleciera los canales de acceso a la información pública de todo lo relativo a la experiencia electoral que se venía poniendo en marcha con miras a los comicios del 7 de agosto. Definitivamente, para el Poder Judicial de Córdoba uno de los factores de éxito de esta labor radicaba en la comunicación y difusión de su contenido y de su desarrollo.

El primer gran objetivo de esta política comunicacional fue inducir a la ciudadanía a involucrarse activamente en el proceso electoral, invitándola a retomar el espacio público y a reasumir su ciudadanía política como principal variable del cambio democrático de la sociedad que conforma. Para ello era necesario dotar a cada elector del conocimiento y de las destrezas necesarias para que el ejercicio de sus derechos políticos fuese la vía apropiada de expresión de sus opiniones e intereses, de lo que dependería la legitimidad del régimen electoral, del

mandato emanado de la voluntad popular y consecuentemente del gobierno surgido de las urnas tras los comicios.

Por esto, y con el objeto de poner a disposición de todos los actores del proceso electoral, y muy especialmente de la ciudadanía, se evaluó la necesidad de poner en marcha una amplia y profunda campaña de difusión y capacitación ciudadana. Es por eso que entre los proyectos comprendidos en el PEIRP también se encontraba el Plan Estratégico de Comunicación de la Reforma Electoral (PECRE), mediante el cual se planificó cuidadosamente cada una de las acciones a desarrollar en materia comunicacional con miras a una adecuada difusión de la boleta única y de los aspectos más relevantes de las reformas introducidas al régimen electoral provincial.

El programa contemplaba los aspectos centrales de la comunicación: el diseño de una Campaña de Comunicación Electoral (CCE) y la conformación de un comando de articulación institucional que permitiera su adecuado diseño, seguimiento y evaluación constantes; y finalmente la conformación de un Equipo de Prensa y Comunicación Estratégica (EP&CE).

El diseño, ejecución e implementación de la Campaña de Comunicación Electoral (CCE) fue contratada mediante licitación n° 25/2010²¹, resultando adjudicada a Nueva Década Producciones S.R.L. De inmediato quedó conformado un comando de articulación institucional integrado por los responsables de la cuenta por parte de la prestataria, dos representantes del Tribunal Superior de Justicia, uno del Tribunal Electoral provincial *ad hoc* y un integrante de la Administración General del Poder Judicial²².

Paralelamente se dejó conformado el Equipo de Prensa y Comunicación Estratégica (EP&CE)²³, articulando la Oficina de Prensa y Relaciones Socio Institucionales del Poder Judicial²⁴ con la Justicia Electoral de la provincia en todas sus instancias, funciones y roles asignados. El Equipo quedó a cargo de la articulación periodística con los medios de comunicación y la sociedad en general²⁵.

²¹ Ac. 254, Serie “C”, 27 de diciembre de 2010: “Contratación del asesoramiento, diseño, desarrollo e implementación de una estrategia de difusión de las acciones abordadas por el Tribunal Superior de Justicia”.

²² Por la empresa Nueva Década Producciones S.R.L. lo integraban Duilio Di Bella y Marco Bonet; por el T.S.J. el Dr. Armando S. Andruet (h) y quien suscribe como Relator Electoral, de Competencia Originaria y Asuntos Institucionales; por el Tribunal Electoral provincial *ad hoc*, el Vocal Carlos Aníbal Azócar; y por el Área de Administración de la Administración General del Poder Judicial, la Cra. Beatriz Roland.

²³ Dicho equipo se integró con el Lic. Leonardo Altamirano (Prensa Poder Judicial) y con el abogado y periodista Federico Abel.

²⁴ TSJ, Acuerdo Reglamentario n° 916/07.

²⁵ En lo relativo a la comunicación interna dentro del Poder Judicial, el EP&CE trabajó mancomunadamente con la Coordinadora General del Equipo Judicial de Capacitación Electoral

A partir de ese momento se trabajó en el desarrollo de una campaña gradual de difusión de la reforma política, asumiendo que no se contaría con la versión final de la boleta única de sufragio hasta muy avanzado el proceso electoral provincial, puesto que así lo expresa el Código Electoral en su artículo 52 supeditando su diseño y confección a las disposiciones que él establece.

De este modo hubo que comenzar por instalar *comunicacionalmente* la reforma política, socializando los principales aspectos relativos a su contenido; esto es, la Boleta Única de Sufragio, los Fiscales Públicos Electorales (FiPEs), las Autoridades de Mesa de Votación (AMVs); padrón mixto, voto de extranjeros, eliminación de las sumatorias, entre otros.

La Campaña de Comunicación Electoral fue diseñada para abarcar inicialmente la totalidad del contenido reformado, de modo tal que el ciudadano pudiese comenzar a asimilar conceptos, nociones y procedimientos que importaban un importante cambio en la mecánica general de la votación el día de la elección.

Progresivamente, a medida que la campaña se desarrollaba, su contenido y mensaje iba concentrándose en los aspectos identificados como más críticos y relevantes, haciendo hincapié en los Fiscales Públicos Electorales (FiPEs), en las Autoridades de Mesa de Votación (AMVs) y en la Boleta Única de Sufragio (BUS), cuyo modelo aprobado por el Tribunal Electoral provincial *ad hoc*, como dije, no estuvo disponible sino bien adentrado el proceso electoral²⁶.

3.1.3.2. Planteamiento de la BUS en relación a la ciudadanía

En el marco contextual descripto, y tratándose de la primera vez en la que se implementaría este instrumento de votación, se decidió no comenzar por la difusión de la boleta única, a efectos de evitar posibles cambios y modificaciones al modelo final. Esto fue objeto de no pocas críticas, pero desde el inicio del PECRE se tuvo en cuenta que difundir una boleta única para luego tener que rectificar la información suministrada sería el peor escenario comunicacional a afrontar, razón por la cual –luego de una profunda evaluación de la situación–, se resolvió dejar su difusión e instalación ciudadana para la última etapa de la campaña.

(EJCE), Ab. Inés de Olmos, desarrollando una importante e interesante primer experiencia de comunicación intrainstitucional planificada y gestionada desde esta perspectiva, dando excelentes resultados en materia de articulación institucional de todos los actores internos del proceso electoral a cargo del Poder Judicial.

²⁶ En efecto, la aprobación de la versión final de la BUS se produjo luego de una serie de decisiones judiciales, entre las cuales es posible citar las siguientes: Resoluciones n° 33 (04-07-2011) y n° 35 (05-07-2011); Autos n° 10 (13-07-2011) y n° 11 (14-07-2011); todos ellos del Tribunal Electoral provincial *ad hoc*. Las resoluciones pueden ser consultadas en: <http://www.justiciacordoba.gob.ar/jel/index.html>.

El seguimiento de esta decisión fue continuo y preciso, comprendiendo no sólo la evaluación constante del proceso electoral y de sus aspectos operativos y jurisdiccionales, sino también la implementación de encuestas de opinión que permitieran efectuar una adecuada valoración de la evolución de la Campaña de Comunicación Electoral (CCE).

Así, a un mes de la elección provincial del 7 de agosto²⁷, nueve de cada diez ciudadanos habían escuchado hablar de la boleta única, y sólo un 66% decía saber de qué se trataba²⁸. A la hora de consultarles si sabían cómo se debía usar, sólo el 51% respondía afirmativamente²⁹, y el 35% temía no saber utilizarla y terminar anulando su voto sin desearlo, o votando a alguien en forma equivocada.

Posteriormente, y a escasos tres días de la elección³⁰, el 93% de los cordobeses decía haber escuchado hablar de la BUS; un 86% dijo saber de qué se trataba, y el 90% de los entrevistados afirmó saber utilizarla, lo que significó un crecimiento del 57% en relación a la encuesta anterior.

En este nuevo escenario, y ante la inmediatez de las elecciones, se decidió incorporar una serie de nuevas preguntas planteando escenarios hipotéticos en relación a las posibilidades de uso de la boleta única. Las preguntas arrojaron interesantes datos al respecto, especialmente para quienes tenían la responsabilidad de coordinar, gestionar y ejecutar la Campaña de Comunicación Electoral (CCE).

El 92% de los entrevistados sabía cómo indicar al candidato que elegiría, revelando que lo haría marcando la boleta única con una cruz o tilde en el recuadro

²⁷ Encuesta probabilística telefónica realizada entre el sábado 9 y el domingo 10 de julio de 2011, mediante la aplicación de un cuestionario estructurado con mayoría de preguntas estructuradas y cerradas; aplicada sobre un universo de 388 personas, siendo una muestra de características polietápica, con un margen de error del + 5% y un nivel de confianza del 95%. La encuesta estuvo a cargo de Perspectivas Sociales (Estudios Sociales de Mercado: www.perspectivassociales.com).

²⁸ Un 34% de los consultados no sabía de qué se trataba la boleta única. Entre ellos existía un leve predominio de mujeres sobre hombres; el 40% eran personas mayores de 50 años y un 10% tenían entre 41 y 50 años, siendo su nivel de instrucción medio, y en su amplia mayoría no vivían en la capital de la provincia.

²⁹ De los que sí sabían de qué trataba la boleta única, pero no cómo utilizarla, un 21% no sabía cómo debía hacer para votar, existiendo entre ellos un leve predominio de hombres sobre mujeres. El 30% tenía entre 21 y 30 años, y el 21% se encontraba en la década siguiente. Su nivel de instrucción era medio o superior y la mitad de ellos no vivía en la ciudad Capital sino en localidades del interior provincial.

³⁰ Encuesta probabilística telefónica realizada entre el miércoles 3 y el jueves 4 de agosto de 2011, mediante la aplicación de un cuestionario estructurado con mayoría de preguntas estructuradas y cerradas; aplicada sobre un universo de 382 personas, siendo una muestra de características polietápica, con un margen de error del + 5% y un nivel de confianza del 95%. La encuesta estuvo a cargo de Perspectivas Sociales (Estudios Sociales de Mercado: www.perspectivassociales.com).

que figura a la derecha del candidato³¹. Este porcentaje ascendía al 96% en relación a los que sabían cómo hacer para votar todos los cargos de un mismo partido político, desagregándose en un 85% que conocía en la BUS el espacio puntual que indicaba “lista completa”. Por su parte, el 11% restante dijo que se debía colocar una cruz o marca al lado de cada cargo en una misma fila que representaba al partido.

La situación cambiaba cuando se trataba de votar a un candidato a gobernador de un partido y a los legisladores de otro. El 81% respondió que sabía cómo hacerlo, pero un 12% pensaba que debía votar la lista completa del partido del gobernador que querían elegir para luego agregar una cruz en el recuadro de legisladores del otro partido, con la consecuente hipotética anulación del voto para esta última categoría de candidatos.

En el caso del voto en blanco es donde quizás costaba más desplazar del inconsciente colectivo el viejo sistema de boleta partidaria, generando mayor confusión entre los encuestados. Un 57% sabía cómo hacerlo correctamente, pero un 20% sostuvo que para votar en blanco el elector debía depositar en la urna el sobre sin nada dentro, con lo cual evidenciaban su creencia de que se seguiría el mismo mecanismo vigente antes de la reforma.

Finalmente, en esta última muestra sólo el 12% temía no saber utilizar la boleta única y terminar anulando su voto sin desearlo, o votando a alguien a quien no querían elegir. El 88% restante expresaba su seguridad a la hora de usarla.

3.1.3.3. Instrumentos y herramientas de difusión

Entre las diferentes acciones de comunicación que se pusieron en marcha en el marco del PECRE, cabe destacar las siguientes:

- *Sitio Web*: se diseñó y puso en funcionamiento el sitio *Elecciones Córdoba 2011*, que sirvió como plataforma de consultas y contacto con el Poder Judicial como máximo gestor del proceso electoral. Se podía acceder al sitio a través de cualquiera de los tres dominios reservados (www.eleccionescordoba.gob.ar / www.eleccionescordoba.com.ar / www.eleccionescordoba.com), y en él se podía utilizar un interesante simulador de boleta única que se convirtió en la principal vía de difusión e instalación ciudadana mientras no se contaba con el modelo definitivo aprobado por el Tribunal Electoral. De esta manera, se encontró una solución flexible y adecuada para poder canalizar todas las consultas que se derivaban

³¹ Este es un dato relevante a la hora de evaluar los porcentajes de votos en blanco registrados para algunas categorías de candidatos, especialmente a la hora de especular con hipótesis relativas a la posible confusión o no del electorado.

de la Campaña de Comunicación Electoral (CCE) y de las acciones de Docencia y Capacitación Ciudadana (DCC).

- *Campaña de Comunicación Electoral (CCE)*: esta campaña abarcó todos los medios de comunicación (prensa escrita, radial y televisiva; redes sociales; Internet), cubriendo el 95% del territorio provincial. También se pusieron en marcha acciones de BTL³² destinadas esencialmente a facilitar el contacto ciudadano con la boleta única, su uso y la consulta y evacuación personalizada de dudas. Para ello se conformaron 10 brigadas de BTL que en los últimos 15 días recorrieron todo el territorio provincial con el modelo definitivo de boleta única.
- *Docencia y Capacitación Ciudadana (DCC)*: otra importante acción de comunicación emprendida en el marco de la campaña de comunicación consistió en poner a disposición de la ciudadanía a través de los medios masivos de comunicación radiales y televisivos a un referente del Poder Judicial que asumiera la respuesta de las consultas y dudas que pudieran surgir durante el desarrollo de las diferentes entrevistas agendadas por el Equipo de Prensa & Comunicación Estratégica (EP&CE). De esta manera se procuró poner al alcance del ciudadano todas las respuestas e información que ellos requerían, asumiendo un modelo de comunicación personal y semi-masivo, experiencia que no se había registrado antes en Córdoba y que dio muy buenos resultados.

4. El día de la elección: domingo 7 de agosto de 2011

El día de la elección provincial conformó la instancia definitiva en la que la boleta única debía superar su máxima prueba en este largo período de implementación.

³² “*Below the line* (traducido literalmente al castellano significa *debajo de la línea*) más conocido por su acrónimo BTL, es una técnica de mercadeo consistente en el empleo de formas de comunicación no masivas dirigidas a segmentos específicos. BTL es también conocido como mercadeo de guerrilla. La promoción de productos o servicios se lleva a cabo mediante acciones que se caracterizan por el empleo de altas dosis de creatividad, sorpresa y sentido de la oportunidad, creándose novedosos canales para comunicar mensajes publicitarios. Emplea medios tales como el merchandising, eventos, mecenazgo, medios de difusión no convencionales, promociones, mercadeo directo y redes sociales, entre otros. Suele ser el complemento de campañas en medios de comunicación masivos o tradicionales, denominadas «sobre la línea» (traducción literal de *above the line*, también conocido por sus siglas ATL). En los modelos de comunicación personal, el *feedback* o retroalimentación es instantáneo; en cambio con la comunicación masiva, ésta no es tan inmediata; los medios BTL no solo agilizan la respuesta, sino que hacen más mensurable la efectividad de la publicidad”. (Consultado en Wikipedia, el 11 de octubre de 2011. [Online: http://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Below_the_line&oldid=49400205]).

Para ello se adoptaron medidas de soporte y asistencia que permitieran garantizar el adecuado cumplimiento de las responsabilidades a cargo de los Funcionarios Públicos Electorales (FuPEs); esto es, los Fiscales Públicos Electorales (FiPEs) y las Autoridades de Mesa de Votación (AMVs).

En primer lugar, se habilitó una línea telefónica gratuita (0800-555-3873 FuPE) mediante la cual se receptaron y evacuaron toda clase de consultas, dudas e inconvenientes que pudieran plantearse a los FiPEs y a las AMVs³³.

Como segunda medida, el Equipo Judicial de Capacitación Electoral (EJCE) fue convocado por el Tribunal Electoral provincial *ad hoc* a efectos de integrarse durante ese día como equipo de soporte, asumiendo el primero la asistencia a los FiPEs y el segundo a las AMVs, de manera tal que se alcanzara un óptimo grado de eficientización de las funciones asignadas a cada uno de ellos y a través de sus propios equipos de trabajo.

Como tercera medida, desde el EJCE se convocó a los FiPEs de Nivel 1³⁴ a primera hora del domingo 7 de agosto, a efectos de que permanecieran en el edificio del Palacio de Justicia I en guardia pasiva electoral para dar soporte y asistencia a los FiPEs que se encontraban desempeñando funciones en los distintos establecimientos, como así también para asistir los numerosos llamados receptados desde la mesa de atención telefónica (0800-555-3873 FuPE) con diversas consultas y reclamos, roles que fueron cumplidos durante todo el día de la elección con óptimos resultados.

Una cuarta acción de relevancia llevada a cabo por el EJCE y con efectos decisivos a la hora de garantizar el escrutinio de mesa en la Capital consistió en poner en marcha una estrategia de soporte presencial y de refuerzo operativo de los FiPEs ubicados en cada uno de los establecimientos de la ciudad. Para ello se planificó una precisa logística de recorridos y asistencia funcional a partir de las

³³ Cabe destacar que durante el proceso electoral se contó con una línea gratuita destinada al ciudadano (0800-555-8686 VOTO) a través de la cual se evacuaban todo tipo de consultas y dudas. La línea permitía acceder a la Mesa de Atención Ciudadana a cargo de la Universidad Empresarial Siglo 21, que –articulándose con el Equipo Judicial de Capacitación Electoral (EJCE)– conformó una unidad de soporte y asistencia en condiciones de afrontar todas las consultas que la ciudadanía planteaba. A su vez articuló su funcionamiento con las acciones de prensa y difusión que a través de la Campaña de Comunicación Electoral (CCE) y del Equipo de Prensa y Comunicación Electoral (EP&CE) se iban acordando en el marco del PECRE.

³⁴ Este grupo, integrado con funcionarios judiciales de mayor jerarquía y experiencia, fue conformado, capacitado y entrenado por el Equipo Judicial de Capacitación Electoral (EJCE) como un equipo polifuncional altamente profesionalizado para cumplir diversos roles a futuro: tanto la conformación de nuevos equipos de capacitación como la de servir de apoyo y/o refuerzo no sólo a nivel de capacitación sino también en roles logísticos, operativos, de coordinación y/o enlace en elecciones provinciales y/o municipales.

rutas de recolección de los certificados de escrutinio de mesa, asignando a cada una de ellas un FiPE móvil que tenía como objetivo relevar el estado de situación de cada establecimiento de votación correspondiente a su ruta o recorrido, debiendo dar soporte efectivo a los centros de votación en los que detectara demoras y/o inconvenientes durante el desarrollo de los escrutinios de las mesas allí ubicadas.

Simultáneamente, se destacaron FiPEs en cada oficina concentradora de datos, a efectos de fiscalizar en forma adecuada el proceso de recepción, tratamiento y transmisión de datos al centro de carga y difusión del escrutinio provisorio.

A partir del objetivo expresado, e identificándolo como un factor de éxito a la hora de alcanzar una adecuada *performance* durante el doble proceso de escrutinio a desarrollarse (de mesa y provisorio), se entendió conveniente realizar una capacitación extraordinaria a los FiPEs de Nivel 1 sobre la utilización de la herramienta de escrutinio y los aspectos operativos del escrutinio de mesa. Esto como medida de refuerzo de las destrezas ya adquiridas y como una alternativa de incorporación de las novedades surgidas durante todo ese domingo, y las consecuentes recomendaciones para afrontar el escenario planteado.

Dichos funcionarios judiciales fueron quienes a partir de las 17 horas del domingo asistieron a todos los establecimientos de votación de la ciudad de Córdoba en el momento clave del cierre de los establecimientos y mesas de votación, y del inicio de los escrutinios de mesas, desplegándose en más de doscientos (200) móviles, con el objetivo de reforzar las funciones de los FiPEs afectados a cada establecimiento y así lograr un eficiente y uniforme proceso de escrutinio de mesa, sin errores ni demoras que pudieran interferir con la publicación de la información.

No obstante, y a pesar del éxito de todas las acciones emprendidas, el escrutinio provisorio y la publicación de sus resultados no estuvieron a la altura de la *performance* alcanzada por el Poder Judicial en cada una de las funciones y tareas a su cargo. En efecto, si bien el repliegue de los certificados de escrutinio al centro de carga y publicación de datos contratado se cumplió con éxito, habiendo alcanzado la totalidad de los certificados a la 1:30 del lunes 8 de agosto, lamentablemente la carga y la publicación de la información –debido a problemas aparentemente técnicos de la misma empresa contratista– recién finalizó pasadas las 11 horas del lunes.

5. Evaluación institucional de la Boleta Única de Sufragio

Durante todo el desarrollo del Plan Estratégico de Implementación de la Reforma Política (PEIRP), el Equipo de Gestión y Dirección de Proyectos Electorales (EGDPE) del Poder Judicial de Córdoba trabajó llevando adelante encuestas de satisfacción, sondeos de opinión y estudios de campo o relevamiento de datos *in*

situ, con tal de poder contar siempre con información cierta y confiable que dotara a la institución de los insumos necesarios a futuro para poder desarrollar procesos de revisión crítica de los proyectos implementados y así introducir modificaciones concretas sobre la base cierta de información surgida de procesos metodológicos y de fuentes de producción confiables. A esto se sumó, como herramienta regular de toda acción emprendida, el desarrollo y la acumulación de lecciones aprendidas, de modo tal que el proceso de revisión no fuese sólo a futuro sino inmediato y constante en todo lo que estuviera al alcance del equipo y del Poder Judicial.

Esta estrategia de calidad y transparencia de gestión fue la que condujo a la implementación de algunas metodologías de evaluación y de auditoría del proceso de implementación de la reforma política, haciendo especial hincapié en sus aspectos centrales, entre los que se encuentra la Boleta Única de Sufragio (BUS).

5.1. Experiencias y Misiones de Observación Electoral

Uno de los aspectos más relevantes y trascendentes en este sentido fue el dictado del Acuerdo Reglamentario n° 1066, Serie “A”, de fecha 12 de julio de 2011³⁵, aprobando los “Lineamientos generales para experiencias y misiones de observación electoral de nacionales y extranjeros”, y el correspondiente “Código de conducta para observaciones electorales”³⁶. Es ésta la primera norma regulatoria de las misiones de observación electoral en la provincia de Córdoba, y el segundo programa formal de observación del país³⁷. Durante el desarrollo del proceso electoral del 7 de agosto de 2011, y mediante la puesta en marcha del régimen propio de observación electoral, se registraron numerosas solicitudes de acredita-

³⁵ El texto completo de dicha acordada está disponible en el sitio oficial del Poder Judicial de Córdoba: http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/paginaszz/servicios_fallosrecientes_textocompleto.aspx?id=3523.

³⁶ Los principales lineamientos del acuerdo fueron impartidos por el Dr. Armando S. Andruet (h), como responsable del PECFE; su proyecto fue llevado adelante por quien suscribe como Relator Electoral, de Competencia Originaria y Asuntos Institucionales del T.S.J. Para el desarrollo del proyecto se trabajó sobre un numeroso cúmulo de precedentes y documentos relativos a misiones y experiencias de observación electoral, tanto provinciales como nacionales e internacionales, debiendo agradecer en especial los aportes formulados desinteresadamente desde el Instituto Federal de Gobierno de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba (<http://www.ifg.org.ar>) y por la Ab. Silvana F. Yazbek.

³⁷ En efecto, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con el Programa de Observación Electoral (<http://www.poe.org.ar>); y el 13 de octubre de 2011 la Cámara Nacional Electoral dictó la Acordada Extraordinaria n° 128, mediante la cual se creó el “Registro de entidades acreditadas para ejercer el acompañamiento cívico” y se aprobaron las correspondientes “Pautas de regulación de del acompañamiento cívico a los comicios por organizaciones de la Sociedad Civil” (<http://www.pjn.gov.ar/cne/documentos/Proyecto%20Acordada%20observacion%20electoral.pdf>).

ción como observadores electorales³⁸, y actualmente aún está pendiente la presentación de algunos de los informes sobre las misiones llevadas adelante³⁹; razón por la cual, y hasta tanto no se cuente con todos ellos, no es posible arribar a conclusiones finales en relación a sus contenidos. No obstante, la trascendencia de la experiencia desarrollada, como así también la riqueza de los aportes formulados a través de los informes de observación electoral ya entregados, permiten anticipar una valoración institucional –que si bien por ahora resulta parcial– sería definitivamente positiva en relación a la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba y a su desarrollo durante el proceso electoral.

5.2. Encuesta a Autoridades de Mesas de Votación

La evaluación institucional de la BUS también se desarrolló mediante la implementación de una encuesta a las autoridades de mesa llevada a cabo el mismo día de la elección.

Esta metodología de evaluación fue una iniciativa puesta a consideración del Tribunal Superior de Justicia por el Instituto Federal de Gobierno (IFG) de la Universidad Católica de Córdoba, quien propusiera también los borradores de las encuestas. Dichos borradores fueron revisados por la Relatoría Electoral, de Competencia Originaria y Asuntos Institucionales⁴⁰ para alcanzar una versión consensuada y superadora de la propuesta inicial, que sirviese como instrumento evaluador para ambas instituciones.

³⁸ Todo el programa de observación electoral para los comicios cordobeses del 7 de agosto de 2011 fue dirigido por el Dr. Armando S. Andruet (h) e implementado, gestionado y coordinado desde la Relatoría Electoral, de Competencia Originaria y Asuntos Institucionales del TSJ, a cargo del Ab. Javier Fazio. En el programa participaron observadores de la Organización de Estados Americanos (<http://www.oas.org/es/sap/deco/default.asp>), de la Junta Federal de Cortes (<http://www.jufejus.org.ar>), del Foro Federal de Organismos Electorales Provinciales de la República Argentina (www.forofederal.org.ar), del Instituto Federal de Gobierno (<http://www.ifg.org.ar>), de las Defensorías del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (<http://www.defensoria.org.ar>) y de la provincia de Córdoba (<http://www.defensorcordoba.org.ar>); y la ONG Córdoba Transparente (integrada por Fundeps y Ciudadanos 365 - <http://www.cordobatransparente.org>), entre otros.

³⁹ Especialmente el informe correspondiente a la Organización de Estados Americanos (OEA), que se encuentra a consideración del Director del Departamento para la Cooperación y Observación Electoral, Pablo Gutiérrez (<http://www.oas.org/es/sap/deco/pgutierrez.asp>). Cabe destacar que esta misión de observación electoral fue gestionada por el Poder Legislativo de la provincia.

⁴⁰ Quienes tuvieron a su cargo la revisión y confección de la versión final de las encuestas para las AMVs fueron el suscripto y el Ab. Javier Fazio; versión que fue aprobada en última instancia por el Dr. Armando S. Andruet (h) como responsable del PECFE y de las misiones de observación electoral.

Dado el avance del proceso electoral al momento de consolidar la implementación de este instrumento de evaluación institucional de la BUS, desde el Equipo Judicial de Capacitación Electoral (EJCE) se resolvió implementar su distribución y recolección a través de los FiPEs, que actuarían en la ciudad Capital y se desplegarían el día de la elección desde la sede del Palacio de Justicia de Tribunales I. La muestra recolectada y analizada finalmente alcanzó un universo de 100 casos, comprendiendo sólo la ciudad de Córdoba, sin distinción territorial ni sociodemográfica de los encuestados, puesto que se trató de un formulario anónimo, sin identificación de datos personales ni electorales (i.e. mesa o establecimiento de votación); y cuya respuesta dependió de la buena voluntad de las autoridades de mesa que lo recibieron, completaron y devolvieron a los FiPEs actuantes en cada centro de votación.

Remitiéndonos sólo a los aspectos directamente relacionados con la implementación de la Boleta Única, se les solicitó a las autoridades de mesa que evaluaran la nueva modalidad de votación en relación al sistema anterior de boleta partidaria utilizado en los comicios del 2 de septiembre de 2007, pudiendo esquematizar las respuestas obtenidas en la siguiente tabla de contenidos:

	Mejor que el sistema anterior	Igual que el sistema anterior	Peor que el sistema anterior	No sabe / No contesta
El sistema en su conjunto	63%	10%	5%	21%
Claridad en la presentación de la oferta electoral	50%	12%	12%	26%
Rapidez en la identificación de los candidatos	52%	11%	12%	25%
Facilidad en la emisión del voto	65%	7%	8%	20%
Transparencia	64%	8%	1%	27%
Equidad en la competencia para todos los partidos	60%	13%	1%	26%
Dinámica de fiscalización (¿Mejora o no los controles?)	53%	14%	5%	28%
Agilidad del escrutinio de mesa	39%	21%	15%	25%

Con relación al último ítem consignado, es sumamente interesante agregar que el 88% de las autoridades de mesa respondieron que las mesas a su cargo se cerraron en el horario estipulado; y que en relación a la demora que les insumió el escrutinio de las mismas, el 31% de ellas lo materializó utilizando entre 90 minutos y tres horas⁴¹, mientras que el 40% demoró entre tres y cuatro horas para su finalización⁴². Esto permite concluir que el 70% de las mesas había terminado sus respectivos escrutinios a las 22 horas del domingo de la elección⁴³.

⁴¹ Es decir que estas mesas habían finalizado su escrutinio entre las 19:30 horas y las 21 horas.

⁴² En estos casos, los escrutinios de mesa estuvieron disponibles para su carga entre las 21 y las 22 horas.

⁴³ Sólo el 11% de los encuestados reconoció haber utilizado más de cinco horas para desarrollar el escrutinio de su mesa, y el 18% no contestó esta pregunta.

El resultado de los datos recabados y aquí consignados da cuenta de que la primera experiencia de implementación de la boleta única en comicios provinciales en Córdoba fue percibida positivamente por las autoridades de mesa y por la ciudadanía en general, habiendo expresado los encuestados que el nuevo sistema supera al anterior de boleta partidaria en lo relativo a la claridad, facilidad en la emisión del voto, transparencia, equidad en la participación partidaria, dinámica de fiscalización, proceso de escrutinio e inclusive en lo concerniente a la agilidad del escrutinio de mesa⁴⁴. Esto no resultó sorprendente, puesto que de los estudios y relevamientos previos llevados a cabo desde el Equipo Judicial de Capacitación Electoral (EJCE) a partir de las primeras experiencias con boleta única que tuvieron lugar en diferentes municipios de la provincia de Córdoba, se había arribado a conclusiones similares, sin dejar de lado las diferencias que existían entre los universos relevados y el proceso electoral provincial.

Conclusiones

El proceso electoral provincial del 7 de agosto de 2011 fue la instancia final de un largo camino iniciado tras la crisis electoral del 2 de septiembre de 2007, en la que las instituciones de la provincia fueron sometidas al máximo grado de tensión como consecuencia del agotamiento del régimen electoral local, de la ausencia de planificación estratégica y de un resultado comicial por demás ajustado. La contención y adecuada gestión de tamaña crisis institucional recayó sobre el Poder Judicial de la provincia, y más puntualmente sobre algunas áreas específicas de la Justicia Electoral.

Una vez superada esa instancia crítica, se puso en marcha un complejo e importante proceso de reforma del régimen electoral, que arrojó como resultado – entre otros importantes cambios y modificaciones– la incorporación de la Boleta Única de Sufragio (BUS). El proceso se caracterizó por la firmeza con la que fue impulsado desde el Poder Ejecutivo provincial a través de la creación de la Comisión Consultiva de Expertos⁴⁵, y desde el Poder Legislativo con la puesta en marcha de la Comisión Especial para la Reforma Política en Córdoba⁴⁶.

⁴⁴ Esta es una diferencia importante con respecto a la primera experiencia llevada a cabo en la provincia de Santa Fe en las elecciones primarias del 22 de mayo de 2011, ya que en virtud del acuerdo suscripto entre el Gobierno de Santa Fe y la Organización de Estados Americanos (OEA) se implementó un cuestionario parecido o encuesta de opinión para las autoridades de mesa, cuyos guarismos finales arrojaron resultados inversos en este aspecto. En efecto, en dicha oportunidad sólo el 26% de los encuestados entendió que el llenado de actas con la boleta única era mejor que en el sistema anterior, mientras que el 46% lo consideró igual al anterior. Para profundizar se puede consultar el interesante estudio de Oscar M. Blando, “Santa Fe y la implementación de la boleta única: Una experiencia exitosa” (2011).

⁴⁵ Decreto 2192/2007 (Emisión: 10-12-2007, publicación B.O.P.: 11-02-2007).

⁴⁶ Poder Legislativo, Resolución 2097/2008.

Es así como el Poder Judicial asumió el importante desafío que le trasladara el legislador al asignarle la máxima responsabilidad en la implementación de la reforma, para lo cual adoptó una serie de medidas que permitieron superar satisfactoriamente los comicios provinciales.

En este orden, cabe destacar que el Poder Judicial de Córdoba asumió íntegramente la responsabilidad que el legislador le asignara, delegando muy pocos aspectos en otras instituciones o actores. Así, confió al Ministerio de Educación la capacitación de los docentes para desempeñarse como Autoridades de Mesa de Votación (AMV), y contrató los servicios de dos empresas diferentes para la implementación de la Campaña de Comunicación Electoral (CCE), por un lado, y del operativo electoral por el otro, con resultados muy dispares en cada caso concreto.

De esas tres competencias delegadas, sólo una alcanzó los objetivos fijados en el Plan Estratégico de Implementación de la Reforma Política (PEIRP). Fue el caso de la profunda campaña de comunicación y difusión ciudadana llevada a cabo por los profesionales que resultaron adjudicatarios de dicha contratación.

Las restantes tuvieron deficiencias que repercutieron seriamente en algunos aspectos del proceso electoral y que necesariamente deberán ser revisados con miras a un próximo proceso, ordinario o extraordinario.

Por otra parte, los niveles de votos nulos no superaron las previsiones tenidas en cuenta para esta primera experiencia electoral con Boleta Única de Sufragio⁴⁷, y estuvieron encuadrados dentro de los niveles registrados en la provincia de Santa Fe.

Sin embargo, se ha generado una polémica con respecto al casillero de *voto lista completa*, puesto que se registró un importante número de votos en los cuales el elector sólo marcó su preferencia por el cargo de Gobernador, sin agregar otras marcas a su voto. Esto permite especular con dos interpretaciones. La primera es que, al elegir, los ciudadanos presumieron que al votar al candidato a Gobernador también lo hacían por el resto de los postulados por su fuerza política, o que quizás confundieron el casillero de este cargo con el correspondiente al de *voto lista completa*. La segunda, que en realidad esto se deba al *efecto fatiga* del elector, inclinado sólo por elegir a quienes conoce, que son –justamente– los candidatos al cargo ejecutivo y quienes además concentraron en su gran mayoría la campaña electoral de cada fuerza política.

⁴⁷ Por cuestiones de orden práctico, y a efectos de facilitar la más amplia consulta de dichos resultados, se sugiere ingresar en <http://www.justiciacordoba.gob.ar/jel/ReportesEleccion20110807/default.html> o en http://www.joseperezcorti.com.ar/Sitios_de_Interes/Electoral/estadisticas_informacion_electoral.html.

A modo de cierre, corresponde reconocer que la experiencia desarrollada el 7 de agosto en Córdoba ha superado ampliamente las expectativas de la ciudadanía provincial, principal destinatario de toda reforma normativa; siendo la Boleta Única de Sufragio –junto con los Fiscales Públicos Electorales– uno de los casos de éxito más destacables.

Por su parte, el Poder Judicial ha cumplido satisfactoriamente el rol que se le asignó normativamente, poniendo al alcance de la sociedad un proceso electoral ordenado, profesionalizado, eficiente y transparente; superando así el objetivo inicialmente fijado por sus propias autoridades de devolverle a la ciudadanía la confianza pública en sus instituciones.

Como bien dijimos en muchas oportunidades (Pérez Corti, 2007; 2008; 2009), no resulta aconsejable esperar la transformación del sistema político con la mera modificación de normas formales. La realidad social condiciona severamente cualquier proyecto institucional y político. Por lo tanto debemos asumir que la formación de los recursos humanos en toda la estructura social configura la piedra angular sobre la que habrá de proyectarse el éxito o el fracaso de cualquier reforma.

El Poder Judicial de Córdoba, al menos en esta oportunidad, lo ha comprendido acabadamente, y con profesionalismo, coherencia y firmeza llevó adelante un proyecto en el que la ciudadanía, la dirigencia política y las instituciones en general se sintieron reflejados y respaldados.

Pero este es el inicio de un largo camino, en el cual como sociedad jurídica y políticamente organizada hemos comenzado a comprender que no se debe hablar sólo de proceso electoral, sino que es hora de asumir la noción de ciclo electoral, comprendiendo que el Derecho Electoral y sus instituciones conforman una matriz en constante reformulación, por lo que su metodología de transformación no debe quedar librada al azar y a las necesidades que deparen cada crisis del régimen, como sucedió en septiembre de 2007. Por el contrario, debe anticiparse a las crisis mediante la planificación y gestión de los requerimientos y necesidades que el sistema va explicitando año tras año, manteniendo el modelo de articulación inter-institucional generado en Córdoba para los comicios del 7 de agosto del 2011.

Sólo así es posible pensar en una auténtica democracia representativa y republicana, fuente de legitimidad constante de la dirigencia provincial. Otras alternativas cuyos riesgos e ineficacia ya hemos probado en reiteradas oportunidades, sería sano descartarlas definitivamente y sin excusas.

Bibliografía

Libros

MARTINO, Antonio A. (1999), *Sistemas Electorales*. Córdoba: Advocatus.

PÉREZ CORTI, José M. (2005), *Reforma Políticas y Voto Electrónico, Ciencia, Derecho y Sociedad*. Córdoba: Serie Congresos, Jornadas y Seminarios, U.N.C.

——— (2010), *Derecho Electoral Argentino*. Córdoba: Advocatus.

Artículos

ABAL MEDINA, Juan Manuel (2011), “Mitos y realidades de la Boleta Única”. *Diario Página 12*, 9 de agosto. Buenos Aires, Argentina.

BLANDO, Oscar M. (2011), “Santa Fe y la implementación de la boleta única: Una experiencia exitosa”. En *Suplemento Constitucional, La Ley*, 27 de setiembre.

GÓMEZ DE LA FUENTE, Pedro (2011), “Boleta única: ¿Panacea electoral o una nueva distracción?”. En *elDial.com*, DC16A9, 5 de setiembre.

PÉREZ CORTI, José M. (2007), “¿Es posible una reforma política sin educación?”. En Instituto Católico del Profesorado Myriam Corti: Contemporaneidad y Metafísica – Homenaje – Recordación. Córdoba: El Copista, y en *Foro de Córdoba*, XVIII-122, junio de 2008. [Online: <http://www.joseperezcorti.com.ar/doctrina.html>].

——— (2009), “La reforma al régimen electoral de la provincia de Córdoba (Primera parte)”. En *Abeledo Perrot* n° 5, mayo, Córdoba.

——— (2009), “La reforma al régimen electoral de la provincia de Córdoba (Segunda parte)”. En *Abeledo Perrot* n° 6, junio, Córdoba.

——— (2009), “La reforma del Régimen Electoral de la provincia de Córdoba (Tercera parte). El nuevo Código Electoral provincial”. En *Abeledo Perrot* n° 7, julio, Córdoba.

——— (2012), “Boleta Única de Sufragio: su implementación en Córdoba”. En *La Ley Córdoba*, año 29, n° 1, febrero. Págs. 1-27. Córdoba.

SCHERLIS, Gerardo (2011), “Los diferentes modelos de Boleta Única y su impacto sobre el comportamiento electoral. Hipótesis sobre los casos de Córdoba y Santa Fe”. Ponencia. X° Congreso Nacional de Ciencia Política, 27-30 de julio, Sociedad Argentina de Análisis Político – Universidad Católica de Córdoba. Córdoba, Argentina.

Fuentes

ACE Project. <http://aceproject.org>.

Córdoba Transparente (ONG). <http://www.cordobatransparente.org>.

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. <http://www.defensoria.org.ar>.

Defensoría del Pueblo de la provincia de Córdoba.

<http://www.defensorcordoba.org.ar>.

Foro Federal de Organismos Electorales Provinciales de la República Argentina.
www.forofederal.org.ar.

Instituto Federal de Gobierno - Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales – U.C.C. <http://www.ifg.org.ar>.

Junta Federal de Cortes y Tribunales Superiores de Justicia. <http://www.jufejus.org.ar>.

Organización de Estados Americanos. <http://www.oas.org/es/>.

Poder Judicial de Córdoba – Justicia Electoral. <http://www.justiciacordoba.gob.ar/jel/index.html>.

Poder Judicial de la Nación - Cámara Nacional Electoral. <http://www.pjn.gov.ar/cne/>.

Programa de Observación Electoral de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. <http://www.poe.org.ar>.

PARTE II

DISCUSIONES EN TORNO AL DESARROLLO DE UN DERECHO JUDICIAL

El Poder Judicial de Córdoba y los desafíos modernos de la jurisdicción ¹

Armando S. Andruet (h)

Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Director de la Especialización en Derecho Judicial y de la Judicatura, Universidad Católica de Córdoba. Director del Centro de Perfeccionamiento “Ricardo C. Núñez” del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Presidente de la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

I. Marco teórico

Voy a tratar de ajustarme definitivamente a los minutos brindados, para lo cual refiero que habré de hacer dos momentos en la exposición, a saber: primero indicaré –precariamente– un marco teórico acerca de qué cosa vamos a hablar durante el próximo tiempo y luego, como segundo, intentaré referenciar algunos espacios en donde creemos estar dando respuesta a los desafíos que la jurisdicción desde la gestión y la función judicial como tal genera.

El marco teórico, entonces, indagará acerca de si la jurisdicción² realmente puede tener verdaderos desafíos, o si se trata de una práctica en donde su

¹ Conferencia dictada en el marco de la Novena Sesión de Discusión y Debate: “Innovaciones Organizacionales y Funcionales en el Ámbito de los Poderes del Estado Nacional y Provincial”.

² Destacamos aun a costa de ser extenso un claro párrafo de Guasp, así ha dicho: “Puesto que el proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones, que han de verificar órganos específicos del Estado, resulta evidente que es básica en todo proceso la intervención de un cierto órgano estatal. Dicha intervención se conoce, como ya fue indicado, en el nombre de jurisdicción. La jurisdicción puede concebirse tanto desde un punto de vista subjetivo (conjunto de los órganos estatales que intervienen en el proceso) como desde un punto de vista objetivo (conjunto de materias procesales en las que intervienen los órganos del Estado), como desde un punto de vista de actividad (conjunto de actos realizados por los órganos estatales al intervenir e el proceso). Pero, al fijar el concepto de jurisdicción, conviene superar estas acepciones parciales y referirse a una idea más amplia, la idea de función, en virtud de la cual la jurisdicción, o

racionalidad normativa lo excluye. Luego, contestado afirmativamente dicho aspecto, diremos en qué instancia de conclusión o de avance estamos frente a esos desafíos.

Históricamente, todos sabemos que la jurisdicción ha sido vinculada con esto de “decir el derecho” (*iuris-dictio*); aunque en realidad decimos que más que “decir” el derecho, es “hacer el derecho”³. El derecho se hace, se construye: se vuelve el derecho una obra colectiva que se recrea permanente e históricamente, sea por quienes como tal lo dicen como por quienes –metafóricamente– lo escuchan. Por ello es natural y propio que el concepto de jurisdicción sea decir o hacer el derecho. Ello es lo que a la sensibilidad corriente de los hombres la jurisdicción como tal les evoca.

A la vez la *iurisdictio*, y ya en una explicación más técnica y propia del derecho procesal, equivale a algo así como “resolver los litigios desde una competencia asignada procesalmente para dejar satisfechos a los espíritus procesales”. De tal manera que jurisdicción y sentencia, desde esta perspectiva propia o corriente, son al fin de cuentas el sintagma natural de la vida judicial. Se resuelve entonces la jurisdicción en “decir-hacer el derecho”, y de terminar concluyéndola a dicha actividad en pronunciar sentencias judiciales.

Esto permite, entonces, poder decir que la sentencia judicial sintetiza a fin de cuentas, en rigor de verdad, el valor y la preocupación de todo desempeño judicial. Se agolpan en ella, intrínsecamente, al menos: pericia académica, argumentación y razonamiento forense, morosidad judicial, compromiso social, consecuencialismo político, definición moral, entre otras.

El desempeño judicial en realidad está fuertemente consolidado en esa función: dictar sentencias. Nuestro oficio como jueces es ése, el de la *iurisdictio* y su resultado que es dictar la sentencia. Y porque es oficio de los jueces, y aun sabiendo que no es éste el ámbito para discutir las cuestiones que hacen a la

administración de justicia en sentido estricto, se define como la función específica estatal por la cual el Poder público satisface pretensiones” (Guasp, 1968: 101).

³ Hemos tenido ocasión de señalar en otro lugar que el “derecho judicial en sentido restricto” presupone la realización práctica sólo de quien tiene a su cargo la función jurisdiccional o simplemente la *iurisdictio*, que es la que permite reconocerle a dicho juez no sólo la autoridad para dictar resoluciones sino también para poder ejercer un liderazgo dentro de un determinado tribunal. Pues la jurisdicción es lo que revela el ámbito de poder legítimo y efectivo que cada juez tiene para decir el derecho, el que a su vez, según hemos dicho, se organiza acorde a diferentes criterios de asignación de competencias que el mismo tiene. Aunque en rigor de verdad, habría que indicar que en vez de “decir el derecho” –que es propiamente la semántica etimológica del concepto *iurisdictio*–, lo que el juez cumple con ella es: “hacer el derecho”. Vale la pena aclarar que en esta pequeña consideración del juez “haciendo el derecho”, se asienta el núcleo central de lo que venimos nominando como “derecho judicial” (Andruet, 2008_a: 16).

responsabilidad política de los magistrados, no podemos ignorar que es justamente desde la sentencia el lugar adecuado en que se tendrá que hacer foco para observar, auscultar y cuestionar qué es lo que nosotros, como jueces, como tal hacemos. Si nuestro oficio es dictar sentencia, si nuestro desempeño es dictar sentencias, habrá que revisar cuánto bien o cuánto mal desempeñamos nuestro cumplimiento dictando sentencias⁴.

Ese es un tema por defecto muy árido y no susceptible de ser planteado en este escenario, que sin embargo abre a la discusión de la responsabilidad ética y política de los magistrados, justamente centrada en su desempeño jurisdiccional, y que se vincula definitivamente con el contenido de sus sentencias. Se trata indudablemente de una temática de alta valencia política y que siempre deviene odiosa para la magistratura en considerarla. Pero con independencia de ello, tiene que conocer el mundo judicial que rehuir a la incumbencia temática del contenido de las sentencias en su vinculación con la misma responsabilidad profesional es no hacer desaparecer la problematicidad de los análisis que sobre el mismo se constituyen. Es sin dudar un tema digno de todo análisis.

Lo cierto es que en la jurisdicción, en el “decir-hacer el derecho” y en concluir en sentencias que individualizan el proceso complejo anterior, está también impuesta dicha práctica de cumplirse así en razón de los tiempos actuales y la vertiginosidad que hoy existe. La liquidez de lo fáctico, la falta de consolidación de las cuestiones, a fin de cuentas ese mundo del cual Z. Bauman (2003; 2006) tanto ha hablado: lo absolutamente fluido en que se convierten las cosas. A ello hay que agregar que también dicho esquema sociológico va marcando progresivamente un debilitamiento del razonamiento práctico.

Parece así que el paradigma de la *iurisdictio* ha entrado en alguna suerte de inicio de estadio crítico y ello al menos por estos elementos: lo vertiginoso de los tiempos, la liquidez de lo fáctico, y la derrotabilidad de todo razonamiento práctico. La jurisdicción ha entrado en crisis por estos elementos externos a ella misma, que en el supuesto caso de que no sean debidamente percibidos, la respuesta que desde tal lugar se brinde nunca será siquiera aproximada a lo real. En tiempos de cambio y por ello de transformación, la judicatura tiene que estar muy atenta.

Eso lleva a pensar: ¿qué es la jurisdicción hoy? Por lo pronto, es mucho más que dictar sentencias: aquello de “decir-hacer el derecho” es mucho más que eso, y vamos a avanzar sobre esa base al marcar al menos cuatro *territorialidades* que hablan de este nuevo emplazamiento de la jurisdicción.

1) Una territorialidad aprehensible desde lo *operativo*. Aquí la jurisdicción supone tres tipos de prácticas: a) proacción, b) previsibilidad y c) perspicacia.

⁴ Vide S. Finn (2006: 383 y ss.).

Obviamente que son las actuales circunstancias las que permiten hacer que estas acciones sean válidas como contenido de la jurisdicción, puesto que, sin duda, en los viejos o incluso nuevos manuales de Derecho Procesal o incluso de Derecho Judicial, cuando se habla de la *iurisdictio* no se formulan estos conceptos, porque es la modernidad contrastada con la práctica judicial la que ha impuesto esta nueva matriz.

2) Desde una segunda territorialidad, es ver la *iurisdictio* desde lo *moral*. Los jueces, en realidad, hoy debemos ser hombres que tengan la capacidad de construir confianza pública; si los jueces no construyen confianza pública hay algo que definitivamente está funcionando mal, pero no solamente confianza pública sino tener capacidad de hacer, por sí mismos, a partir de la práctica anterior, constructores de conductas ejemplares en el agregado social, para lo cual el instrumento efectivo que hará las veces de adecuada polea de transmisión es la misma capacidad de gubernamentalidad moral que los jueces puedan tener⁵.

Los jueces tienen un gobierno de la *polis*, y dicho gobierno es a partir del mismo desempeño que cumplen, y nuestro desempeño –tal como hemos dicho– se resuelve a partir de sentencias. Entonces esta asunción por parte de los jueces de que su *iurisdictio* tiene esta territorialidad; que la vincula con lo moral, la confianza pública, la gobernanza de la *polis*, el compromiso social. A fin de cuentas gran parte de lo dicho bien se puede resolver en el extenso tópico de Ética Pública (Bergman y Rosenkrantz, 2009; Pereda, 2009).

Tal como se puede advertir, el concepto de Ética Pública y sus desagregados –entre otros: gobierno abierto, transparencia, difusión de la información de datos no sensibles, controles de gestión–, tiene hoy una enorme trascendencia que hace diez años no existía. Sin embargo, en la actualidad es una materia que atraviesa a toda gestión y que con el correr de los años ha encontrado diferentes modos de materializarse en las diferentes prácticas públicas y privadas, y que va desde la suscripción de protocolos de cumplimiento a códigos de ética.

3) La tercera territorialidad está brindada desde lo *científico*. Lo científico parecería ser el elemento que más encastra en la tradición jurídica, puesto que en buena medida lo hemos entendido como el tópico referido a la actualización constante en la científicidad de la disciplina académica del derecho, por parte de los jueces. Se trata de ese constante estudio que, paradójicamente, si comparamos la abogacía con otras profesiones –acaso, con la profesión médica–, advertimos cómo conceptos tales como el de actualización permanente tienen dimensiones totalmente diferentes en una profesión y en otra. Hoy hay que asimilar que el sesgo

⁵ Vide nuestro artículo “Gubernamentalidad moral de los jueces” en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 23.VI.11.

de la actualización es realmente muy valioso, y que dicha actualización requiere que también sea constante.

También dentro de este capítulo de lo científico, hay que considerar que la asimilación natural de la *iurisdictio* debe comprenderse como una cuestión necesariamente transdisciplinaria. Los jueces, hoy, resuelven materias que están muy alejadas de lo que aun la mejor norma jurídica haya podido postular; por ello es que se integra dicha científicidad del derecho y de la jurisdicción con lo que hoy se conocen como principios y directrices (Dworkin, 2012).

¿Por qué podemos considerar esos aspectos de esta manera? Porque los problemas son nuevos; porque tener que resolver –por ejemplo– acerca de cuestiones que involucren los embriones críoconservados no está disponible prácticamente en ningún manual de instrucción, pero sin embargo es un tópico que está dentro de la praxis real. Entonces eso supone tener que abreviar bajo modelos de lo transdisciplinario y no sólo atribuirle a la ciencia jurídica una capacidad resolutive para todas las cuestiones *nova et vetera*. En rigor, la realidad es compleja y la solución no puede ser simple (Morin, 2007; Sotolongo y Delgado Díaz, 2006).

4) Finalmente, la cuarta territorialidad que queremos presentar está considerada desde lo *político*. Desde lo político decimos, en orden al fortalecimiento constante de lo que ya hemos nombrado en otro lugar (Andruet, 2008_b) como la tríada de las virtudes judiciales básicas y fundamentales a la *iurisdictio*: independencia, imparcialidad y ecuanimidad.

Entonces, hemos recorrido cuatro territorios que hablan hoy de una jurisdicción diferente. Podemos ahora indagar acerca de ¿qué hay de común denominador en estas cuatro territorialidades? Al menos todas están atravesadas por un componente de lo humano, por un componente antropológico: la jurisdicción entonces no se explica si no está puesta en perspectiva antropológica (Kaufmann, 2007; Gómez Jiménez de Cisneros, 1959).

¿De qué manera serviría el derecho si no es para generar la concordia en el orden civil, si no es para coadyuvar al orden de la *polis*? De allí el inevitable componente político del derecho. ¿De qué manera serviría el derecho para pacificar las contiendas naturales que la gente genera, si no es a partir de un reconocimiento de lo antropológico? ¿Podría acaso el derecho obviar la perspectiva humana?, claro que no.

Y esto permite advertir que la jurisdicción, cuando está transida naturalmente por una perspectiva antropológica, promueve a que los jueces reconozcan los problemas que resuelven desde una mirada totalmente diferente. Gestionar problemas judiciales bajo un prisma antropológico ayuda a entender que los problemas, antes que cuestiones jurídicas, son problemas morales (Nussbaum, 2007).

Problemas morales que se resuelven naturalmente con la ayuda de instrumentos jurídicos; corriéndose el riesgo de que en dicha labor el instrumento jurídico sea exacerbado, maximizado, y entonces el instrumento para resolver problemas morales devenga más importante que la *quetio moralis*. Lo que es un despropósito.

Los instrumentos son metodologías y los problemas son la sustancia sobre la cual ellos habrán de operar. Entonces, tal vez hay que volver a repensar la importancia de saber atravesar la respuesta de la *iurisdictio* desde lo antropológico, haciéndolo desde esta mirada más comprometida (Saurí, 1965) y que parece que cierta necesidad moderna hizo olvidar a la judicatura en términos generales: positivismo, análisis del derecho, y otras propuestas desde ya muy valiosas, pero posiblemente no para el derecho en acción como es también la jurisdicción, sino para el derecho desde la reflexión que como tal; sin duda es por derrame un vector muy valioso para el anterior, pero que *per se* no es útil ni válido.

El compromiso en realidad de la jurisdicción es navegar mansamente –si se puede– en los procelosos mares de los naturales o creados egoísmos de las personas, sin que esos egoísmos lleguen a ponerlo al juez en una situación de obnubilación tal que como consecuencia de ello quede inane o que, a la vez, lo posicionen en una situación de tanta interpelación que su ansiedad lo haga torpe. A fin de cuentas, eso es, en realidad, saber buscar dónde está ese justo medio donde los jueces se mueven, que permite predicar un comportamiento ecuánime y quizás con otros aditamentos pueda llegar a ser justo también.

En realidad, si uno fuera ligero, debería creer que dicho medio está en aquello que se ubica entre no ser temerario ni tampoco ser temeroso. Podríamos decir también que la jurisdicción supone hoy un punto medio de un perfil de juez que se ubique en el hipotético segmento de las variaciones judiciales; en un alfa con un modelo de juez-funcionario, y sobre un omega de un juez próximo a una realización propia del pragmatismo fuerte en su realización. Y ¿cómo definir a ese punto medio? Seguramente volviendo a la vieja construcción aristotélica del hombre prudente, sabiendo que siempre la prudencia conlleva muchas dificultades para precisar muy bien qué es ella. Tal vez se pueda señalar que el juez prudente debe desarrollar una inteligencia práctica⁶.

Pensar la *iurisdictio* bajo estos territorios, con los alcances propuestos, está signado por los tiempos del nuevo siglo, donde el efecto mariposa hace que aquello que ocurre en Taiwán repercuta inmediatamente en nuestra mediterránea-

⁶ Ha señalado modernamente Anthony Kronman que las cualidades que constituirían el carácter profesional del jurista serían “conocimiento del mundo, cautela, escepticismo frente a ideas y programas establecidos en unible muy alto de abstracción y espíritu de simpatía distante que se desprende de un amplio conocimiento de las flaquezas de los seres humanos” (1986: 232).

nea provincia del sur del planeta. Tiempo en el que la aldea es global, las sociedades son abiertas, donde los mundos virtuales parecen tener infinitas realidades que se producen a nuestro gusto, donde muchas veces las relaciones interpersonales se matizan bajo los códigos de la intolerancia y el desencuentro. Es en dicha emergencia donde la jurisdicción parece que debe tener un *aggiornamento* para poder dar así nuevas soluciones a ese contexto de realidad en el que ahora socializamos.

Para eso hay que generar una nueva matriz de pensamiento y de acción de los jueces. Para ayudar a reflexionar en esa nueva matriz, y habiendo vinculado las cuatro territorialidades anteriores, permítannos entonces señalar algunas *prácticas* que podrían ser valiosas para hacer esta reconstrucción de una matriz de la *iurisdictio*, que a fin de cuentas es una malla de un perfil judicial al que sanamente cualquier ciudadano puede querer aspirar (Andruet, 2013).

Esas prácticas las vamos a precisar en cuatro esferas. Decimos inicialmente: 1) una esfera donde podamos ocuparnos de los temas de la capacitación, la investigación y la gestión. Es en estas prácticas donde se encuentra seguramente el *núcleo pragmático* de la jurisdicción. 2) También habrá otra esfera que está vinculada con la práctica de la eticidad y la fiducia pública, donde se construye no ya el núcleo pragmático, sino el *núcleo sociológico* de la *iurisdictio*. 3) Y por último, habrá un núcleo que será el *núcleo político* de la *iurisdictio*, vinculado con las prácticas de la independencia y la imparcialidad.

Para concluir, entonces, con este breve marco teórico, queremos reiterar sólo dos cuestiones básicas. Primero: la existencia de nuevos territorios para la jurisdicción, que es dónde y desde dónde ésta deberá dar las respuestas que corresponda. Así hemos dicho:

- Desde lo operativo: la proacción, la previsibilidad y la perspicacia.
- Desde lo moral: la confianza pública, la gobernanza, los compromisos sociales y la ética pública.
- Desde lo científico: la actualización constante y la asimilación natural de lo transdisciplinario.
- Desde lo político: el fortalecimiento en independencia, imparcialidad y ecuanimidad.

Suponen estas cuatro regiones un conjunto de núcleos de prácticas judiciales principales en cada uno de ellos, que bien podemos nombrar como:

- Un núcleo pragmático: capacitación, investigación y gestión.
- Un núcleo sociológico: eticidad y fiducia.
- Un núcleo político: independencia judicial.

II. Aplicaciones de núcleos de práctica judiciales a nuevos territorios de la jurisdicción

Ahora intentaremos muy sucintamente brindar algunas apreciaciones acerca de cada uno de estos aspectos que hemos calificado como *núcleos*, en cuanto sea posible develar en las aplicaciones de dichos núcleos a las prácticas judiciales en los nuevos territorios de la *iurisdictio*.

El *núcleo pragmático*, en cuanto corresponde a la capacitación, supone un conjunto de preocupaciones que en algún momento la *iurisdictio* debería razonablemente tener, o que posiblemente no las tenga nunca y por eso hay Poderes Judiciales mejores o peores que el Poder Judicial que integramos. Hay muchos Poderes Judiciales mejores, hay muchos Poderes Judiciales peores, mas poder dar esa métrica supone que en algún momento un Poder Judicial debe atender a este núcleo pragmático de la capacitación, para aspirar a ser mejor aun cuando no existen dudas de la misma bondad que el mismo pueda tener actualmente.

Bien se puede interrogar acerca de ¿cómo es que se ha hecho en esta provincia de Córdoba para ello? Respondemos, por lo pronto, atendiendo una indicación precisa de la Constitución de la Provincia señalada en el art. 166 inc. 3° ib., que impone al Tribunal Superior de Justicia la responsabilidad de construir y sostener una capacitación judicial desde un Centro de Capacitación Judicial. Con lo cual se demuestra *a priori* que no es un tema menor, ni para el legislador ni para los políticos, lo que concierne a la capacitación judicial. Y está muy bien que así sea.

En función de eso, el Tribunal Superior ha requerido a dos vocales del Cuerpo –uno de ellos quien suscribe; otro la Dra. Mercedes Blanc de Arabel– que fueran Directores de ese Centro; y dicho ámbito –Centro de Perfeccionamiento “Ricardo C. Núñez”– está construido en base a cuatro áreas, que de alguna manera se orientan a trabajar en el fortalecimiento de las prácticas de algunos de aquellos territorios a los que nos hemos referido antes.

Cuatro áreas integran ese Centro Núñez: Capacitación, Investigación, Comunicación y Oficina de la Mujer o temas de Género. Cada una de esas áreas tiene perfectamente protocolizado su funcionamiento; es decir, se ha tratado de asegurar que cada cosa sea de acuerdo a un itinerario, de acuerdo a un resultado, de acuerdo a una posibilidad de ser medido, de ser controlado. Lo que no puede ser medido no puede ser transferido, y lo que no puede ser transferido no puede ser controlado por nadie y por ello tratamos de no ejecutarlo.

Esto ha llevado sin duda a muchos problemas y descontento en propuestas y candidatos, pero a la vez cualquier institución tiene una gran fortaleza para saber cuándo rechazar propuestas que no se orientan en la meta que tiene definida. Por lo pronto, permite mostrar dónde está parado en cada momento el ámbito institucional, y poder predicar qué se está haciendo en concreto.

Los rangos de esa capacitación suponen tres niveles: 1) se capacita todo aquél que lo quiera hacer; 2) para ciertos temas se sugiere –por razones estratégicas o

tácticas— que alguien se capacite; 3) para ciertos temas se impone que alguien se capacite. El carácter de lo obligatorio y de lo voluntario en la capacitación siempre es una cuestión difícil de definir, y con mayor evidencia en colectivos como son los jueces; por ello se tiene que ponderar la utilidad común que una capacitación obligatoria redunde a los cuadros judiciales y no pueda a su vez ser tachada como de culturas de inducturamiento por sesgos intelectuales, que son también, como sabemos, los riesgos que implica la formación específica desde Escuelas o Centros Judiciales.

Hay que poner el foco del problema en el tema de la capacitación obligatoria, porque los jueces somos gente muy complicada. Por defecto, todo aquél que tiene poder es una persona complicada y los jueces tienen mucho poder; entonces, pedirles a los jueces que tengan una capacitación obligatoria suena para algunos como si se les dijera: “Usted supone entonces que yo no tengo una formación adecuada”.

Las interpretaciones siempre son múltiples, pero hay una razón que en nuestro parecer explica y excluye muchas respuestas a la pregunta. No vamos a tener ocasión de extendernos en ella, pero sintéticamente hay que decir que Córdoba tiene una fortaleza dentro de eso de la fiducia y la confianza —y que construye el núcleo sociológico—, como es que los magistrados tienen una exigencia ética y que se juzga a la luz de un Código de Ética, además de todas las otras responsabilidades que existen (Cappelletti, 1998).

Aparte de la responsabilidad política, civil, penal y disciplinaria, también existe una responsabilidad ética; porque existe un Código de Ética y hay un conjunto de antiguos magistrados y abogados que conforman un Tribunal de Ética. Allí, entonces, aparece que dentro del Código de Ética, hay una regla donde se afirma que la capacitación o formación integra parte de los requerimientos éticos de la magistratura y en función de ello es que podrán ser obligatorias ciertas temáticas. Cabe agregar que en dicho punto hay una total coincidencia con el Código Iberoamericano de Ética Judicial (Andruet, 2012: 43 y ss.).

Simplemente para terminar con los núcleos que propusimos, dos palabras acerca de la investigación. Los Poderes Judiciales, por definición, son los que tienen el mejor acceso a una información sensible; y esa información sensible a veces tiene mucha dificultad en poder ser aprehendida y obtenida por fuera de los espacios judiciales, para lo cual también se complejiza que hay muchos ámbitos judiciales que se vuelven claramente refractarios a ser permeados con ella, cuando por definición son muchas veces datos estadísticos consolidados los que se brindan.

Los jueces, debemos agregar, no solamente somos personas difíciles porque tenemos poder, sino que también cultivamos muchas veces en forma sistemática esquemas endogámicos, y entonces la información tiende a ser naturalmente una información encriptada y de baja circulación incluso hacia dentro de los propios Poderes Judiciales y casi nula con el mundo extramuros de los espacios judiciales.

Hace varios años, desde el Poder Judicial de Córdoba pusimos en marcha innovadoramente un capítulo de investigación, haciendo en consecuencia investigación aplicada en el Poder Judicial.

Cuando decimos *hacer investigación en el Poder Judicial* nos referimos por lo pronto a que dicho hacer sea evidentemente de textura científica. Para poder hacer investigación seriamente no sólo que hay que contar con las herramientas instrumentales adecuadas, sino también con las experticias de las personas entrenadas para dicho menester. Pero también el Poder Judicial comprendió que ese valor referencial de seriedad, cuando se manejan datos públicos de instituciones oficiales, tiene que estar acompañado operativamente por un socio académico estratégico que retire todo manto de incertidumbre o sesgo a la información relevada. Dicha cooperación académica ha sido ensayada en algunos proyectos muy importantes del Poder Judicial de Córdoba con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Sin embargo, no suele ser ése el derrotero de los Tribunales; por ello es que dijimos lo del coto cerrado: por la construcción endogámica. Entonces, a lo largo de varios años –quizás siete– hemos puesto en marcha muchas investigaciones desde exclusivamente el Poder Judicial y, en otros casos, asociados con el ámbito académico de la Facultad de Derecho de la UNC. Aquí, con la Dra. Consuelo Parmigiani y el Arquitecto Leopoldo Schapira hemos llevado adelante lo que en boca de la Universidad, no del Poder Judicial, ha sido una de las investigaciones más interesantes que se han cumplido en los últimos años. Estamos a pocas semanas de presentar el resultado de lo que es “La imagen de la Justicia de Córdoba”.

La “imagen de la Justicia de Córdoba”, pensando seriamente que no nos interesa primordialmente –aunque sí consecuencialmente– cuánto se descrea o se cree de la Justicia de Córdoba, pero sí nos importa mucho el tener por certeza que en algún momento se ha definido una base fáctica de saber qué es lo que se cree o qué es lo que se descrea de ella; para así poder volver a medir en algún tiempo cuánto hemos avanzado o cuánto seguimos sin avanzar.

Ésa es la única manera en que las instituciones pueden generar algún espacio de confianza pública que permita decir “la Justicia que integro es una Justicia buena”, y que no sea entonces una proposición sólo válida para quien la enuncia, sino para un auditorio mayor. Para ello es que el trabajo metodológicamente controlado, realizado a partir de todos los esquemas científicamente demostrados, permite arribar a un cuadro de falsación diferente en la materia y que, como tal, habrá que hacerlo así si en realidad se aspira a ser serios en los dichos y también en los hechos.

En algún momento un Poder Judicial tiene que asumir esa responsabilidad de saber quién es. El Poder Judicial de Córdoba, con toda su tradición, con toda su escuela jurídica, por razones que ignoramos o por razones que no nos interesa

indagar, no llegó nunca a querer saber quién era para los terceros. Agregamos que tampoco está muy claro que el propio Poder Judicial de Córdoba conozca qué clase de matriz judicial compone, para lo cual, en paralelo y muy moderadamente –por las suspicacias que se pueden conjugar– estamos llevando adelante otra investigación mayor acerca de los perfiles idiosincráticos de la magistratura local.

Para concluir con el primer núcleo que hemos descrito –núcleo pragmático–, debemos apuntar algunas palabras respecto a lo vinculado con las prácticas de la “gestión”. Dicho concepto en el ámbito del Poder Judicial tiene una amplitud notable, pues todo Poder Judicial debe gestionar, porque ello es eficientizar las rutinas. Y cabe agregar que las rutinas no son malas cuando son eficientes.

El trabajo judicial tiene innumerables nichos posibles para ser rematrizados. En muchos aspectos todavía es decimonónico, y en verdad sólo dejará de serlo no sólo cuando las nuevas tecnologías terminen de saturar y colonizar los espacios transaccionales de lo judicial y no judicial, sino cuando una nueva lógica de la práctica judicial sea apropiada por cada uno de los operadores judiciales. Mas no dudamos que ello todavía falta de tiempo para su concreción: los cambios paradigmáticos en las realizaciones burocráticas, cuando no son impuestos por medios autoritarios –que no es recomendable, claro está–, suelen ser lentos, pero de apropiación completa y estable a largo plazo.

Hablando con licencia académica en este capítulo del núcleo pragmático, la cuestión no está en los instrumentos que se pueden llegar a utilizar, sino en las cabezas de los operadores judiciales que están o no dispuestos a utilizarlos; pero ello es un tema que ahora nos excede en debatir y basta el apunte.

Dejamos para otra ocasión los desarrollos de los restantes núcleos: sociológico y político, porque nuestro tiempo ya está agotado. Muchas gracias.

Bibliografía

- ANDRUET, Armando Segundo (editor) (2008_a), “El derecho judicial. Los jueces y la sociedad”. En *Cuadernos de la Especialización en Derecho Judicial- Cuestiones de Derecho Procesal*, Córdoba: EDUCC.
- (2008_b), *Códigos de ética judicial. Discusión, realización y perspectiva*. Buenos Aires: La Ley.
- (2012), “Génesis, desarrollo y consolidación de la ética judicial en la República Argentina”. En *Ética Judicial – Visión Latinoamericana*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.
- (2013), “Perfil del juez y labor de los Consejos de la Magistratura”. En *Suplemento La Ley Constitucional*, n° 1, febrero, Buenos Aires.
- BAUMAN, Z. (2003), *Modernidad líquida*, México: FCE.

- (2006), *Vida líquida*. Barcelona: Paidós.
- BERGMAN, M. y ROSENKRANTZ, C. (2009), *Confianza y derecho en América Latina*. México: FCE.
- CAPPELLETTI, M. (1998), “La responsabilidad de los jueces”. En *Revista Jus*, La Plata.
- DWORKIN, R. (2012), *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- FINN, S. (2006), “Responsabilidad política del juez por el contenido de sus sentencias”. En Santiago, A. (dir.), *La Responsabilidad Judicial y sus Dimensiones. Tomo I*. Buenos Aires: Depalma.
- GÓMEZ JIMÉNEZ de CISNEROS, J. (1959), *Los hombres frente al derecho*. Madrid: Aguilar.
- GUASP, J. (1968), *Derecho procesal civil. Tomo I*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- KAUFMANN, A. (2007), *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá: Temis.
- KRONMAN, Anthony (1986), “Practical Wisdom and Professional Character”. En *Social Philosophy and Policy*, nº 4.
- MORIN, E. (2007), *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa.
- NUSSBAUM, M. (2007), *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.
- PEREDA, C. (2009), *Sobre la confianza*. Barcelona: Herder.
- SAURÍ, J. (1965), *El hombre comprometido*. Buenos Aires: Carlos Lohlé.
- SOTOLONGO CODINA, P. y DELGADO DÍAZ, C. (2006), *La revolución contemporánea del saber y la complejidad social*. Buenos Aires: Clacso.

PARTE III

DISCUSIONES SOBRE LA OBTENCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS FISCALES

Cuestiones de justicia tributaria y derechos humanos ¹

Eduardo Arroyo

Profesor Titular Ordinario de Derecho Tributario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC) y Director de la Especialización en Derecho Tributario, Secretaría de Posgrado, de la misma Facultad. Director del Instituto de Derecho Tributario. Profesor invitado en diversas universidades e institutos de posgrado.

As for philosophers, they make imaginary laws for imaginary commonwealths, and their discourses are as the stars, which give little light because they are so high.

Francis Bacon

I. Introducción

Los impuestos son obligaciones legales que establecen una relación de crédito y deuda entre una Administración Pública y un sujeto pasivo denominado *contribuyente*. A su vez, la recaudación de los mismos se realiza mediante el ejercicio de una función administrativa regulada por la ley.

Los impuestos así descritos son una creación normativa propia del Estado de Derecho entendiendo por tal (en lo que se refiere al ámbito tributario) aquel en el que concurren, al menos, los siguientes elementos: a) un órgano legislativo

¹ El presente trabajo es una versión de la ponencia presentada el 18 de agosto del 2011 en la Conferencia-Panel “Rebelión Fiscal: sí o no”. Agradezco al Dr. Hugo Seleme, Profesor Titular de Ética, quien con paciencia y comprensión me presentó cuestiones éticas relacionadas con los impuestos que ampliaron mi perspectiva sobre la justicia tributaria. La referencia de esta cita puede encontrarse en Bacon, F. (1974), *The Advancement of Learnings*, London, p. 49.

representativo de la ciudadanía con competencia exclusiva para dictar normas tributarias; b) una administración pública y en particular un organismo recaudador que actúa exclusivamente habilitado por la ley; y c) un poder judicial con facultades para revocar los actos de la administración tributaria como para declarar la inconstitucionalidad de la leyes tributarias.

Adicionalmente, los impuestos tal como han sido descritos presuponen el reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción, así como la libertad de comercio.

En este contexto, las prestaciones tributarias exigidas en virtud de la coacción estatal aseguran el cobro de los impuestos, pero la mera coactividad nada informa acerca de la justicia de las mismas. De allí la necesidad de la búsqueda de valores que legitimen tanto el cobro por parte del Estado como el deber de contribuir de los ciudadanos.

Planteamientos de este tipo llevan al análisis de distintas cuestiones que se conocen bajo el rótulo de *justicia tributaria*. El tema ha sido cuestionado por distintas razones.

En primer término, las constituciones liberales son compatibles con distintos tipos de ordenamientos tributarios. En la configuración de los ordenamientos inciden, además, posiciones ideológicas que van desde aquellas que propician un debilitamiento de la propiedad privada para instalar un socialismo mediante instrumentos fiscales a aquellas otras que consideran que una sociedad alcanza mayores niveles de desarrollo y justicia cuando ha internalizado una cultura de respeto al derecho de propiedad, de modo que sólo toleran un estado mínimo y austero que imponga un nivel reducido de exacciones fiscales.

Pareciera, entonces, que hay una suerte de renacimiento del viejo enfrentamiento entre un socialismo de obesas burocracias y un liberalismo en donde la propiedad y el libre comercio tienen unos límites mínimos.

Los hechos escapan a estas simplificaciones; las cuestiones de justicia tributaria no se resuelven en el cielo de los conceptos ni pueden extraviarse en la búsqueda de axiomas eternos, sino que dependen de una multiplicidad de factores en donde cumplirá un rol directivo la prudencia de los gobernantes y la activa participación ciudadana, particularmente en las decisiones sobre el gasto público.

También se ha señalado que la búsqueda de valores que justifiquen los impuestos es objeto de estudio de distintas disciplinas como la filosofía política, el derecho y la economía; en otras palabras, al ser la cuestión sede de convergencia interdisciplinaria surgen problemas terminológicos, conceptuales y metodológicos.

Es evidente que el fenómeno de los tributos y más ampliamente de la actividad financiera del Estado puede ser abordado desde múltiples disciplinas pero ello, si bien añade cierta complejidad, en todo caso requiere un esfuerzo en donde cada

ciencia, manteniendo sus propios instrumentos metodológicos, realice su aporte hacia una síntesis unificadora.

En este trabajo me limitaré a la presentación de algunas posiciones acerca de la justicia tributaria que han realizado quienes se han dedicado al derecho tributario. Con esta perspectiva expondré, en primer lugar, la teoría del derecho natural según Pérez de Ayala, para luego hacer una referencia a la teoría causalista de Grizziotti concluyendo con los principios de ética tributaria elaborados por Tipke. Finalmente, daré una introducción a la justicia tributaria que tiene como premisa la íntima conexión entre el ingreso y el gasto públicos en la que los impuestos tienen un carácter meramente instrumental que el Estado de Derecho debe emplear teniendo como prioridad la consolidación efectiva de los derechos humanos.

II. La doctrina del derecho natural

Un representante de la teoría del derecho natural en el ámbito del derecho tributario es Pérez de Ayala². Este notable tributarista español, siguiendo a Tomás de Aquino, señala que existen cuatro causas o razones que fundamentan la justicia de los impuestos. Dichas causas son las siguientes: a) Causa final: el producido del impuesto debe ser afectado al bien común de la sociedad; b) Causa eficiente: el impuesto debe ser aprobado por los representantes del pueblo con facultades suficientes para establecerlo; c) Causa material: el impuesto debe fundarse en realidades económicas; es decir, debe recaer sobre el sustento de una realidad económica que será el elemento que permitirá la recaudación del mismo; d) Causa formal: es el elemento que se refiere a la cuantía del impuesto³.

² La principal obra de Pérez de Ayala sobre el tema es *Algunos problemas interpretativos del art. 31.1 de la Constitución Española en un contexto jurisprudencial* (2008), Thomson-Civitas. Además, pueden citarse “El fundamento deontológico del impuesto, de la Ley Fiscal y de la obligación tributaria (un problema de metodología multidisciplinar entre la y el derecho natural. El derecho tributario y la ciencia de la Hacienda” (2002), en AAVV, *I Jornada Metodológica “Jaime García Añoveros” Sobre la metodología académica y la enseñanza del Derecho Financiero y tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, 1 de febrero. DOC. n° 11/02; “El Derecho positivo tributario entre el Iusnaturalismo y el Constructivismo jurídico. ¿Una antítesis insalvable?” (2005), *Revista de Tributación N° 1*, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Errepar.

³ Siglos más tarde, Suárez (1548-1617) retoma la posición causalista. Apunta que “la primera condición necesaria para que una ley sea justa es poder darla”. Como causa final afirma que la ley “(...) no puede ser justa si no se refiere al bien común ya que no ser así ‘no se guardaría la equidad’; sólo hay impuestos justos en la medida que son necesarios y útiles para el bien común”. Finalmente, considera que la causa formal es la proporción que se ha de guardar entre el tributo y los súbditos a los que se impone. Afirma que “no es justo que todos paguen por igual sino según las posibilidades y situación de cada uno y, en igualdad de circunstancias, más se le debe cobrar al rico que al pobre” (Suárez, 1968).

Según Pérez de Ayala, la teoría escolástica sobre la *causa impositionis* suministra “los criterios doctrinales y operativos suficientes para el establecimiento de impuestos justos” (2008: 13-14).

El autor presta una particular importancia a la “causa final” que está dada por el bien común como única finalidad que hace justo a un impuesto. Sostiene que en la actualidad es insostenible e impracticable la noción de bien común por cuanto no se puede establecer un bien “general y común” para todos. De allí que la situación que resulte de la elección democrática y pluralista podrá ser de interés general, entendido como interés de la mayoría, pero no es una situación en la que “todos son beneficiados”, de modo que se pierde la noción de bien común de acuerdo al postulado tomista (Pérez de Ayala, 2008: 25-26).

Al desaparecer el bien común el impuesto se construye en función de “la opción política democráticamente mayoritaria, con independencia de cuál sea su contenido ético objetivo” (2008: 27).

Lo expuesto le permite a Pérez de Ayala afirmar, con cierto escepticismo, que desprendidos los impuestos de su causa final se ingresa en el ámbito de las opciones políticas opinables, de modo que aquéllos pierden su justificación o necesidad moral objetiva (2002: 291).

III. El causalismo de la Escuela de Pavía

Benvenuto Griziotti fue el pionero del análisis integral del fenómeno financiero fundando la denominada “Escuela de Pavía”.

Para este autor la actividad financiera es un fenómeno complejo compuesto por diferentes elementos como el político, jurídico, económico y técnico, lo que requiere un abordaje multidisciplinario de los tributos.

Griziotti no duda en afirmar que los impuestos deben ser considerados, primariamente, como una norma general de carácter ético. De modo más amplio la “exacción de los ingresos públicos se basa en buena parte sobre normas de carácter ético que manifiestan su eficacia en la aquiescencia, en los sacrificios o al menos en que estos se soporten por los ciudadanos habida cuenta de que el Estado lo hace en interés de todos” (Griziotti, 1935: 212).

Para el autor, haciendo abstracción de las circunstancias particulares de toda época y grado de civilización, existe un fondo de criterios éticos para las diversas formas de imposición, que son los siguientes:

a) los beneficios derivados por el hecho de pertenecer a un agregado político, económico o social;

b) los beneficios particulares derivados de la actividad social;

c) la aptitud o capacidad de cada miembro para aportar la contribución requerida por la vida colectiva (1935: 213).

Señala que los tributos deben tener una causa que los justifique, sin la cual el Estado dispondría a su arbitrio del patrimonio de los ciudadanos. Pues bien, esa causa radica “en los beneficios generales y particulares que derivan de la asociación, en cuanto estos beneficios constituyen el fin práctico de la contribución y la razón económica y jurídica por la cual el contribuyente se adapta y desea formar parte de la asociación” (1935: 216). Estos factores son denominados por Griziotti como causa primera de los impuestos.

La actividad del Estado confiere a los contribuyentes un aumento de riqueza de forma directa o indirecta, lo que da origen a la que denomina *causa segunda de los impuestos*.

Para este autor el binomio “beneficios estatales–aumento de capacidad económica” es particularmente importante, de modo que sólo se está obligado al pago si al menos hay indicios que el obligado se ha beneficiado de los servicios del Estado.

IV. El planteamiento de Tipke

Tipke desarrolla su pensamiento sobre ética tributaria en la obra *Moral tributaria del Estado y de los Contribuyentes*.

Para este autor la “ética tributaria es la teoría que estudia la moralidad de las actuaciones en materia tributaria desarrolladas por los poderes públicos –legislativo, ejecutivo y judicial– y por el ciudadano contribuyente” (Tipke, 2002: 21).

Se plantea la siguiente pregunta: ¿qué principios convincentes y razonables deben inspirar la actuación de los poderes públicos y de los ciudadanos para que la tributación pueda considerarse justa?

El planteamiento, entonces, comienza por el desempeño de los poderes legislativos y ejecutivos; este último, a través de la actuación de la administración tributaria.

a) *Ética del poder legislativo – La búsqueda de un principio de justicia.*

Al órgano representante de la ciudadanía le corresponde la misión de distribuir los gastos que implica la vida en común.

Señala que históricamente el reparto de la carga tributaria se ha realizado de acuerdo a tres criterios. En primer lugar, se encuentra el principio de capitación por el cual todos los ciudadanos son llamados a concurrir al sostenimiento de los gastos con el mismo importe cualquiera que sea la renta que obtengan. Va suyo que este principio consagra, bajo la apariencia de igualdad, una de las máximas modalidades de injusticia tributaria.

A continuación apunta el principio de equivalencia, por el que cada contribuyente entrega en concepto de impuesto parte de su renta como compensación de los gastos ocasionados al Estado (equivalencia de costos) o de las prestaciones

recibidas (equivalencia de disfrute). Este principio también merece ser descartado sencillamente por su falta de practicidad, atento a la dificultad de medir los gastos que un individuo le ha causado al Estado.

Finalmente, Tipke se pronuncia a favor del principio de capacidad contributiva como principio rector de concurrencia al sostenimiento de los gastos públicos.

Parte de la premisa de que los impuestos sólo se pueden abonar cuando los contribuyentes disponen de renta, de modo que el principio de capacidad contributiva señala que “todos deben pagar impuestos con arreglo al importe de su renta, en la medida en que ésta exceda el mínimo existencial y no deba utilizarse para atender obligaciones particulares de carácter ineludible” (Tipke, 2002: 35).

El autor señala los excesos cada más frecuentes en los gastos públicos advirtiendo con prudencia que las constituciones liberales garantizan, fomentan, protegen la iniciativa privada, incluida la iniciativa económica, reconocen la libertad de empresa y garantizan la propiedad privada de modo que la tributación también debe respetar esos valores de la libertad y no puede sofocarlos mediante una carga tributaria excesiva (2002: 65).

b) Ética de la administración.

En relación a las Administraciones tributarias, Tipke establece una regla clave que consiste en señalar que estos organismos y sus funcionarios actúan en carácter de fiduciario de la comunidad integrada por todos los contribuyentes.

En este carácter su misión no es la de recaudar más, sino de “recaudar los impuestos con igualdad de acuerdo a lo que marcan las leyes” (2002: 82). Hay un derecho del contribuyente que cumple a que los demás también paguen los impuestos debidos.

Al respecto cabe destacar la singularidad de este planteamiento, en cuanto pretende una verdadera igualdad de hecho en el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

c) Ética del contribuyente.

Sobre esto el autor señala lo que él mismo califica como una obviedad, a saber: “El cumplimiento de las leyes es un deber moral”. De allí que no vacile en calificar como inmoral a “quien incurre *in fraudem legis* para evitar mediante un rodeo la ley que tiene como consecuencia jurídica el nacimiento de la deuda tributaria” (2002: 111).

V. Un planteamiento de justicia tributaria

V.1. La relación “ingresos públicos-gastos público”

La justicia tributaria requiere una perspectiva que, partiendo del deber de contribuir de conformidad a la capacidad contributiva, relacione dicho deber con su finalidad: el financiamiento de los gastos públicos.

Con razón se ha señalado la íntima relación que existe entre el concepto de *gasto público* y el concepto constitucional de *tributo*, hasta el punto que el segundo depende del primero; de allí que no puede concebirse la existencia del tributo sin gasto público (Vicente-Arche, 1975: 461). Se trata, en última instancia, de subrayar el deber del Estado frente al derecho de los ciudadanos de destinar las detracciones impositivas a fines públicos sin que resulte admisible la desviación o apropiación de los recursos públicos por parte de la burocracia gobernante.

Lo anterior significa el planteamiento de principios de justicia en el gasto público como criterio de justificación de los impuestos. Es cierto que se han planteado objeciones, lo que no significa que el gasto público sea impermeable a una perspectiva axiológica, ya que ello habilitaría un sistema impositivo avalado exclusivamente por la mera coacción estatal. Un criterio de este tipo no puede acompañarse, ya que la justicia de los impuestos quedaría en manos del azar legislativo y burocrático.

Cabe destacar que la actividad financiera, y con ella el establecimiento y la recaudación de los tributos, es una actividad pública dirigida a la obtención de recursos y a la realización de gastos en la que el rol del Estado es de carácter fiduciario⁴. El Estado no establece impuestos y la burocracia no los recauda con propósitos de mero atesoramiento, sino para la satisfacción de necesidades que puedan razonablemente calificarse como públicas.

Ahora bien, señalar la finalidad pública de los impuestos es modesto, incluso obvio, pero no irrelevante ya que es el punto de partida para el planteo de un conjunto de problemas tales como: ¿cuál es la distribución justa de los ingresos tributarios? ¿Qué necesidades consideran los representantes de la ciudadanía que puedan ser calificadas como públicas? ¿Qué nivel de afectación de las rentas de las personas resulta aceptable sin afectar el trabajo, la creatividad y la innovación?

En una sociedad plural, los poderes públicos pueden proponerse una amplia variedad de fines para cuya satisfacción cuentan con una diversidad de programas fiscales; desde los que establecen un elevado nivel de presión tributaria o bien sistemas en donde la presión tributaria resulta tolerable de modo que evita que el pago de los impuestos resulte un acto dramático. Hay que reconocer que no todos admiten de buen grado la virtud de la solidaridad cuando es impuesta coactivamente.

Ante una legítima diversidad de alternativas es necesario plantearse la necesidad de una justicia tributaria de mínimos; deberes que el Estado debería cumplir mediante la asignación y redistribución de los ingresos tributarios en función de un orden de valores.

⁴ Para el análisis de la relación tributos y gastos públicos se puede consultar A. Rodríguez Bereijo (1976) y E. Simon Acosta (1985).

En la actualidad existen una serie de teorías sobre la justicia; sin embargo, su justificación está estrechamente ligada al rol que le asignan a los derechos humanos. No me detendré en la fundamentación de los mismos, que excede el propósito de este trabajo. Es suficiente al respecto señalar que los “derechos humanos son lo que fundamentan la política, el Estado, y no a la inversa. Si existen derechos humanos y si, en consecuencia, están justificados, ha de ser porque ellos suponen fines en sí mismos, valores morales” (Atienza, 2004: 217).

Los derechos humanos implican un *test* de credibilidad de las teorías de la justicia en tanto establecen como centro la dignidad de la persona humana; son esos derechos los que deben guiar, al menos primariamente, el establecimiento y la aplicación de los impuestos por parte del Estado.

Se trata, pues, de destinar los fondos recaudados a garantizar unos bienes mínimos que están previstos tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En tal sentido cabe recordar, sólo a título de ejemplo, la necesidad de emplear los fondos recaudados para el afianzamiento de los siguientes derechos:

- Derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas;
- Derecho a la igualdad ante la ley;
- Derecho a la libertad religiosa y de culto;
- Derecho a la protección de la maternidad y de la infancia;
- Derecho a la preservación de la salud mediante medidas sanitarias y sociales adecuadas;
- Derecho a recibir gratuitamente educación primaria del Estado;
- Derecho a la seguridad social que comprenda tanto el haber jubilatorio como el correspondiente seguro de desempleo en caso de desocupación.

Por otra parte, el Estado, mediante la redistribución de los impuestos, puede orientar las deducciones de riqueza hacia los sectores más carenciados a través de medidas tales como el acceso a viviendas promocionadas o los subsidios directos.

En estos casos será la prudencia política la que tenga la responsabilidad de ponderar la diversidad de situaciones como la medida más conveniente, ya que en esta materia pocas decisiones son neutrales. Así, los subsidios directos a los sectores carenciados suelen ser una excelente medida siempre que estén acompañados por un adecuado control administrativo que garantice el destino de los subsidios. Por el contrario, dicha medida puede generar una cultura de beneficencia; una suerte de paternalismo estatal con oscuros fines de clientelismo político.

Positivamente, una política tributaria adecuada debe brindar una particular atención al trabajo como valor que hace la dignidad de la persona, con sistemas que lo fomenten y eviten la informalidad laboral con sus perniciosas consecuencias. Vivir en la legalidad debe ser algo al alcance de todo tipo de trabajadores.

En síntesis, es evidente que ante el pluralismo de opciones tanto en la configuración del sistema tributario como en la realización de los gastos públicos, el Estado debe establecer un orden axiológico en donde se otorgue una prioridad decisiva al establecimiento y vigencia de los derechos humanos considerados como bienes mínimos que exige la dignidad de la persona humana.

V.2. Principios que configuran el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público

El deber de contribuir a los gastos públicos está sujeto a ciertos principios, ya que no es admisible una legislación tributaria sin límites; sería una modalidad sofisticada de aniquilar la propiedad privada llegando a lo que Bobbio ha calificado el Estado-todo. De modo que es necesaria una referencia, en el marco de la relación “ingresos-gasto público”, a los principios que conforman el deber de contribuir.

Esos límites apuntados en apretada síntesis son los siguientes:

a) *Principio de legalidad.*

Los tributos deben ser establecidos a través de los órganos representativos de la ciudadanía mediante la ley como expresión de voluntad de la misma. Un tributo sin ley se confunde con una mera confiscación.

El principio de legalidad se proyecta también en la confección y ejecución del presupuesto del Estado. Este documento debe gozar del mayor consenso y participación de la ciudadanía posible; en este aspecto la experiencia de los denominados presupuestos participativos ha sido positiva, ya que han dotado de transparencia la aplicación de los dineros públicos.

b) *Principio de capacidad contributiva.*

El principio de capacidad contributiva consiste en la aptitud económica de los contribuyentes para satisfacer las obligaciones tributarias.

Mediante este principio se establece un límite al ejercicio de las facultades legislativas del Estado. Ello implica que el conjunto de los tributos, como cada tributo particular, no debe exceder la capacidad contributiva del contribuyente llamado al pago de la obligación tributaria. El principio, entonces, fija la “medida” de los impuestos excluyendo de la imposición aquellas sumas que hacen al sostenimiento del contribuyente y su grupo familiar. De allí que sólo “se debe porque se tiene capacidad contributiva y se debe según la capacidad contributiva que se tiene” (Rodríguez Bereijo, 2005: 237).

Se trata de un concepto jurídico indeterminado pero por cierto determinable, que variará según las condiciones de cada sociedad.

c) *Principio de igualdad.*

Guastini señala que el contenido de una norma de igualdad dirigida al legislador ordinario consiste en la prohibición de adoptar leyes que funden una

diferencia de tratamiento sobre diferencias bien determinadas y expresamente identificadas como, por ejemplo, la raza, el sexo, las opiniones (Guastini, 1999).

Como regla dirigida al legislador, la igualdad tributaria importa establecer diferencias en función del principio de capacidad contributiva, de modo que ante semejanzas en la capacidad contributiva la ley tributaria debe dar un tratamiento análogo. La igualdad, negativamente, prohíbe diferencias tributarias inequitativas.

El principio de igualdad ordena también una igualdad de tratamiento por parte de los organismos recaudadores, de modo que todos los contribuyentes sean tratados de igual modo sin preferencias arbitrarias; en otras palabras, se debe propiciar una verdadera igualdad de hecho por parte tanto de los organismos recaudadores como del poder judicial en la aplicación de las normas tributarias.

d) *Prohibición de tributos confiscatorios.*

El término *confiscar*, según el diccionario de la Real Academia Española, significa “penar con privación de bienes que son asumidos por el fisco”⁵. En el derecho tributario la expresión se emplea en sentido restringido, despojado de su carácter penal, para reducirse simplemente a unos efectos o resultados. Un impuesto resulta confiscatorio cuando establece obligaciones tributarias que en virtud de su excesiva onerosidad o desproporcionalidad colocan al obligado al pago en similares condiciones a las que se encontraría de haberle sido confiscada la renta o el patrimonio.

Al respecto, la Corte Suprema ha calificado los impuestos desproporcionados como una “verdadera exacción o confiscación” al restringir en forma excesiva el derecho de propiedad⁶, señalando asimismo que el régimen democrático de gobierno ha organizado la propiedad con límites infranqueables que excluyen la confiscación de la fortuna privada, ni por vía directa ni valiéndose de los impuestos⁷.

e) *Vigencia de la interdicción de la arbitrariedad en sede administrativa.*

En la actualidad se advierte que no es suficiente con la redacción de leyes tributarias justas, sino que los impuestos deben ser recaudados de acuerdo a procedimientos administrativos en los que rija el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Se trata de una regla negativa pero de gran trascendencia para asegurar la vigencia efectiva del principio de igualdad. Ello implica que los controles de la Administración Pública deben realizarse evitando órdenes que puedan calificarse de excesivas, desmesuradas o exorbitantes.

⁵ Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, 2001.

⁶ Fallos: 115-111 Rosa Melo de Cané s/ Testamentaria” sent. del 16 de diciembre de 1911.

⁷ Fallos 193:463 “Agustín Soldati y otra”, del 7 de septiembre de 1942.

En segundo lugar, los organismos recaudadores deben propiciar una cultura que fomente la plena vigencia del principio de igualdad, evitando los privilegios administrativos a determinados contribuyentes generalmente cercanos al poder político o haciendo uso de las facultades administrativas con fines políticos o persecutorios.

f) *Tutela judicial efectiva.*

La tutela judicial efectiva significa la posibilidad de revisión judicial de los actos emanados de las administraciones tributarias, como también la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

Asimismo, es necesario remover todo tipo de restricciones que limiten el acceso al control judicial, como la regla *solve et repete*, y también como no tornar ilusorias las medidas autosatisfactivas.

VI. Causas de pérdida de legitimidad del Estado en el cobro de impuesto

VI.1. Las leyes de blanqueo

Los llamados “blanqueos” o regímenes de regularización patrimonial son leyes que establecen una novación objetiva de las obligaciones tributarias no declaradas, de modo que el contribuyente que ingresa a estos regímenes se ve beneficiado por una nueva obligación menos onerosa y con el beneficio de la condonación de sanciones.

Las leyes de blanqueo en la Argentina han sido las siguientes:

1) El decreto - ley 4073/56 (B.O. 15/03/1956) permitió regularizar los incrementos patrimoniales no justificados al 31 de diciembre de 1955, a una alícuota entre el 3% y el 10%.

2) El decreto 6480/62 admitió la regularización de los incrementos patrimoniales no justificados y los bienes dispuestos o consumidos no justificados al 31 de diciembre de 1961, mediante el pago de una alícuota de entre el 5% y el 10%.

3) La ley 18.529 (B.O. 19/01/1970) liberó de impuestos y accesorios a quienes declararan incrementos patrimoniales no justificados y bienes dispuestos sin justificación al 31 de diciembre de 1968, a una alícuota del 8% o del 9%.

4) La ley 19.146 (B.O. 30/07/1971) convocó a regularizar las diferencias de impuestos que pudieran determinarse por períodos fiscales vencidos hasta el 31 de diciembre de 1970, siempre que los fondos se invirtieran en «Bonos Externos 1971» y se abonara la alícuota del 8%.

5) La ley 20.532 (B.O. 24/09/1973) que, en función de la declaración patrimonial al 31 de diciembre de 1972, permitió regularizar lo omitido mediante el pago de una alícuota de entre el 8% y el 15%.

6) La ley 21.589 (B.O. 21/06/1977) facilitó la regularización de los incrementos patrimoniales no justificados y los bienes dispuestos o consumidos sin justifica-

ción al 31 de diciembre de 1976, mediante el pago de una alícuota de entre el 0% y el 15%.

7) La ley 23.495 (B.O. 11/03/1987) que permitió regularizar los patrimonios y los bienes dispuestos o consumidos no justificados por cada ejercicio fiscal vencido al 31 de diciembre de 1985, mediante el pago de una alícuota de entre el 2% y 10%, con un régimen especial para el Impuesto al Valor Agregado e Impuestos Internos.

8) La ley 24.073 (B.O. 13/04/1992) por la que se pudo regularizar moneda extranjera, divisas y demás bienes en el exterior, así como moneda extranjera en el país, correspondiente a los períodos fiscales finalizados hasta el 1-4-91 mediante una alícuota básica de entre 1% y 3% según las fechas en que realizaba la «exteriorización».

9) Ley 26.476 (B.O. 24/12/2008) en el Título III denominado “Exteriorización de la tenencia de Moneda Nacional, Extranjera, Divisas y demás Bienes en el país y en el exterior”, permitió la regularización de las tenencias mencionadas con alícuotas entre el 1% al 8%.

Estas leyes de blanqueo implican un grave menoscabo al principio de igualdad tributaria, ya que en virtud de supuestas necesidades fiscales quien ha defraudado al fisco goza de un verdadero privilegio frente al contribuyente que adecuó fielmente su conducta a la ley abonando los impuestos que ésta exigía.

VI.2. El fenómeno de la corrupción - Ubicación de Argentina

En el último ranking de percepción de la corrupción que elabora la organización alemana Transparencia Internacional (TI), correspondiente al año 2011, Argentina se ubica en el puesto 100 sobre 183 países evaluados. Comparte la posición con Burkina Faso, Madagascar, Surinam, Indonesia, Malawi, Sao Tomé, Gabón, Djibouti, Méjico, Benin y Tanzania.

En una escala de 0 (muy corrupto) a 10 (muy transparente), la Argentina obtuvo 3, lo que implica un alto grado de corrupción.

Las consecuencias de esta cultura, con sus connotaciones éticas y económicas, resultan particularmente nocivas para crear una atmósfera social propicia al cumplimiento de las obligaciones tributarias. En particular, cuando la corrupción se extiende a los organismos recaudadores que mediante prácticas ilegales otorgan liberalidades a ciertos contribuyentes, orientan las fiscalizaciones y controles a contribuyentes calificados como enemigos políticos o bien conceden facilidades especiales a quienes se consideran amigos del poder. Un Estado con funcionarios, en cualquiera de sus niveles, con prácticas altamente corruptas erosiona la justicia tributaria.

VII. A modo de resumen

1) Los planteos de justicia tributaria que se han formulado tienen como presupuesto la vigencia del Estado de Derecho y el reconocimiento de la propiedad privada;

2) para la doctrina escolástica adoptada por Pérez de Ayala la justicia del impuesto debe cumplir con la denominada *causa impositionis* compuesta por cuatro elementos en los que adquiere una particular relevancia la causa final o bien común;

3) la causa de los impuestos es reconocida también por la Escuela de Pavía pero con un contenido distinto. Los impuestos tienen su justificación en los beneficios que reciben los ciudadanos por su pertenencia a un colectivo social (causa primera), lo que redundará en un aumento de su capacidad económica (causa segunda);

4) para el tributarista alemán Tipke, la justicia tributaria tiene como fundamento el principio de capacidad contributiva, que tiene en consideración las rentas disponibles de un individuo debiendo el Estado respetar mínimos no imponibles que garanticen la existencia digna del contribuyente y su familia;

5) algunos planteamientos acerca de la justicia tributaria presentan como obstáculo que los textos constitucionales admiten una amplia diversidad tanto de sistemas tributarios como de criterios acerca del gasto público, lo que dificulta la búsqueda de principios generales, en especial, en lo referente al gasto público;

6) en función de esa pluralidad de alternativas, es necesario el planteamiento de una justicia tributaria de mínimos que tenga en consideración los derechos humanos tanto en lo que hace a la orientación primaria del gasto público como a la regulación del deber de contribuir.

Bibliografía

- ACOSTA, Simón E. (1985), *El Derecho Financiero y la Ciencia Jurídica*.
Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- ATIENZA, M. (2004), *El sentido del Derecho*. Ariel Derecho.
- GRIZIOTTI, B. (1935), *Principios de Política, Derecho y Ciencia de la hacienda*. Primera edición. Madrid: Editorial Reus. Traducción de Enrique R. Mata.
- GUASTINI, R. (1999), *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Ed. Gedisa.
- PÉREZ DE AYALA, José Luis (2002), “El fundamento deontológico del impuesto, de la Ley Fiscal y de la obligación tributaria (un problema de metodología multidisciplinar entre la y el derecho natural. El derecho tributario y la ciencia de la Hacienda”. En AAVV, *I Jornada Metodológica “Jaime García*

- Añoveros*". *Sobre la metodología académica y la enseñanza del Derecho Financiero y tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, 1 de febrero.
- (2008), *Algunos problemas interpretativos del art. 31.1 de la Constitución Española en un contexto jurisprudencial*. Thomson-Civitas.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A. (1976), *Introducción al Estudio del Derecho Financiero*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- (2005), "Breve reflexión sobre los principios constitucionales de justicia tributaria". En *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 13, junio. Madrid, España.
- SUÁREZ, F. (1968), *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*. Volumen III (Libro V). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- TIPKE, K. (2002), *Moral tributaria del Estado y los contribuyentes*. Marcial Pons.
- VICENTE-ARCHE, D. (1975), "Apuntes sobre el instituto del tributo con especial referencia al Derecho Español". En *Civitas*, Revista Española de Derecho financiero, nº 7.

Rebelión fiscal: política, ética y tributos ¹

Hugo Omar Seleme

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Adjunto del CONICET. Profesor Titular de la Cátedra de Ética de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de la Maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho (UNC). Profesor visitante del Master of Laws in International Law del Heidelberg Center for Latin America y de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Director del Simposio de Ética y Filosofía Política. Codirector del Seminario de Ética, Filosofía Política y Derecho Constitucional del CIJS. Sus actuales líneas de investigación son la justicia global, la legitimidad política y la ética de las profesiones jurídicas.

Una pequeña rebelión de vez en cuando es algo bueno, y es tan necesario en el mundo político como las tormentas lo son en el mundo físico.²

Thomas Jefferson

I. Introducción

La evaluación moral de los tributos ha sido uno de los aspectos que más ha ocupado a los filósofos y teóricos políticos. El interés que éstos han mostrado por los tributos sólo encuentra paralelo en el evidenciado por los juristas y economistas. La eficiencia, la corrección moral y la juridicidad son tres valores que confluyen sobre

¹ Agradezco al Dr. Eduardo Arroyo, Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Tributario, quien compartió conmigo el panel “Rebelión fiscal: sí o no” e hizo importantes sugerencias que espero hayan ayudado a mejorar este trabajo. También debo gratitud al Dr. Bochiardo, a Cristian Fatauros y a quienes participaron en el animado debate al que dio lugar mi presentación; sus aportes y cuestionamientos han contribuido a afinar la presentación de mis ideas.

Con enorme generosidad Eduardo Arroyo revisó una versión previa del trabajo y ayudó a mejorar el estilo. Agradezco su enorme esfuerzo para hacer que la luz tenue que el texto puede brindar al menos sea clara. Por supuesto, si algunos pasajes del texto, a pesar de su esfuerzo, siguen siendo oscuros esto sólo es mi culpa.

² Carta de Thomas Jefferson a James Madison. 30 de enero de 1787.

la materia de los tributos. Esto determina que una evaluación integral deba necesariamente ser interdisciplinaria. El teórico –sea este un filósofo, un jurista o un economista– que no advierta la complejidad de la tarea de evaluar los tributos corre el riesgo de caer en simplificaciones. En particular, corre el riesgo de pensar que lo único que interesa son o bien los efectos económicos, o las cuestiones jurídicas, o las consideraciones morales.

Un riesgo adicional que provoca el carácter interdisciplinario de los problemas tributarios es que el teórico, al advertirlo, se sienta tentado a abordarlos desde todas las perspectivas pertinentes. A menos de que quien escribe sea un raro espécimen de erudito, un filósofo jurista y economista, el resultado nuevamente será la simplificación. En este caso, las que serán simplificadas serán las respuestas que se ofrezcan en algunos de estos dominios. Dado el grado de sofisticación que han alcanzado los debates filosóficos, jurídicos y económicos, es poco probable que una misma persona pueda tener conocimientos especializados sobre cada uno de ellos.

Parece, en consecuencia, que nos encontramos frente a un dilema. Los problemas tributarios tienen carácter interdisciplinario, pero es imposible abordarlos de modo interdisciplinario.

A pesar de las apariencias, creo que existe una vía para salir del atolladero. El camino consiste en renunciar a elaborar trabajos interdisciplinarios y, en cambio, comenzar a hacer trabajos dirigidos a especialistas en otras disciplinas. Cada especialista trabaja en su propia área pero con la mirada puesta en aquellos que no pertenecen a ella. Así, por ejemplo, el jurista no debe adentrarse en los asuntos filosóficos o económicos sino que debe abordar el problema desde el punto de vista jurídico de modo que sea entendible para quienes no son especialistas, esto es, para los filósofos y economistas.

Pienso que para que un trabajo logre alcanzar este objetivo tiene que satisfacer al menos dos extremos. En primer lugar, debe tratar un problema específico en lugar de presentar una teoría general. Si los problemas tributarios presentan carácter interdisciplinario, entonces lo que debe ser tratado desde cada disciplina son los problemas concretos.

En segundo lugar, el modo de abordar el problema tiene que ser accesible para quienes no son especialistas en la disciplina. Es necesario evitar las disquisiciones eruditas que sólo interesan a los especialistas.

Creo que si se procede de este modo, satisfaciendo las dos exigencias, un nuevo tipo de interdisciplina es posible: una interdisciplina que no se plasma en textos interdisciplinarios sino en textos escritos con la mirada puesta en especialistas de otras disciplinas.

El presente trabajo aspira a ser una contribución a la tarea de tender puentes desde una disciplina a otras conforme a las pautas anteriores. Dado que mi área de especialidad es la Filosofía Política, me resistiré a la tentación de hablar acerca

de lo que no sé y me concentraré en los aspectos ético-políticos involucrados en un problema concreto como es la rebelión fiscal.

Mi objetivo es ayudar, del modo limitado en que puedo hacerlo, a los juristas y economistas a realizar su propia tarea. Sin embargo, no lo haré hablando ni de derecho ni de economía sino de ética. Sobre las aristas legales y económicas del problema soy yo quien necesita escuchar a los juristas y economistas para corregir y mejorar el enfoque filosófico que voy a proponer.

II. Ética, instituciones fiscales y conductas individuales

Existen dos modos en que el ámbito fiscal y la moral se encuentran interrelacionados. En primer lugar, es posible preguntarse si la misma existencia de instituciones tributarias y el modo en que se encuentran diseñadas es moralmente correcto. En este caso, son las mismas instituciones tributarias las que son objeto de evaluación moral. En segundo lugar, es posible preguntarse por el modo moralmente correcto de actuar con relación a los tributos. Aquí se trata de evaluar la conducta que los individuos deben tener en relación con ellos. En este caso, el problema consiste en determinar cuándo los ciudadanos tienen el deber de no socavar la existencia del sistema tributario, el deber de obedecer sus normas voluntariamente o, al menos, de no oponerse a su aplicación coercitiva.

En lo que sigue pretendo enfocar desde la ética política uno de los más espinosos problemas vinculados a los tributos: la rebelión fiscal. Aunque de lo que se trata aquí, mayormente, es de evaluar las conductas individuales en el seno de las instituciones tributarias, abordar el problema también involucra adentrarse en la evaluación de las instituciones fiscales. Los dos modos en que la ética política y los tributos se encuentran interrelacionados –a nivel de evaluación de las instituciones y a nivel de evaluación de las conductas– se encuentran presentes en el problema de la rebelión fiscal.

Para abordar el problema, en primer lugar presentaré las distintas evaluaciones morales que pueden realizarse sobre un esquema institucional como el sistema tributario. Específicamente, distinguiré cuándo un sistema institucional se encuentra justificado, luego lo que implica sostener que dicho sistema es legítimo y finalmente, lo que significa afirmar que es justo. Justificación, legitimidad y justicia son tres dimensiones morales de evaluación que pueden aplicarse a los esquemas de instituciones públicas, incluidas las tributarias.

En segundo lugar, pretendo explicitar qué requerimientos morales se siguen con relación a los ciudadanos según que el esquema institucional que se les aplica se encuentre o no moralmente justificado, sea legítimo o ilegítimo, justo o injusto. Esta segunda tarea permitirá abordar con éxito el tratamiento de la rebelión fiscal.

La hipótesis que defenderé es que aunque la desobediencia puede ser una respuesta moralmente correcta frente al carácter injustificado, ilegítimo o injusto

de un esquema tributario, cada situación presenta sus propias peculiaridades que deben ser identificadas. La rebelión fiscal es un tipo de discurso político que pretende denunciar el carácter ilegítimo del sistema tributario. Que posea carácter político y que tenga por objetivo poner de manifiesto la ilegitimidad, genera exigencias morales que todo acto de rebelión debe satisfacer. Dedicaré la última parte del trabajo a explorarlas.

III. Justificación moral, legitimidad y justicia del esquema tributario

Comencemos con las diferentes formas de evaluar moralmente a las instituciones tributarias. Existen tres preguntas morales que pueden realizarse con relación a estas instituciones. En primer lugar, podemos preguntarnos por qué es moralmente valioso que existan tributos cuya satisfacción puede ser exigida coercitivamente. En segundo lugar, podemos preguntarnos cuándo las instituciones fiscales son propias de –o pueden ser atribuidas a– aquellos individuos a quienes se aplican coercitivamente. En el primer caso, nos preguntamos si es valioso tener un sistema tributario. En el segundo, una vez que hemos respondido que es valioso, tratamos de indagar si las normas tributarias son nuestras, esto es, si es moralmente correcto imputarnos su autoría. Esta segunda pregunta se refiere al problema del autogobierno. ¿Son nuestras las normas fiscales que se nos aplican coercitivamente? ¿Somos los autores del sistema tributario, o somos meros súbditos a quienes éstas se imponen?

Que se trata de dos modos diferentes de evaluación moral queda claro cuando se advierte que es posible que la existencia de un esquema institucional sea moralmente valiosa, aunque no esté moralmente justificado atribuir su autoría a aquellos a quienes se aplica. Imaginemos que concluimos que la existencia del Estado y del sistema tributario que sirve para financiarlo es moralmente valiosa. Esta conclusión en modo alguno nos obliga a decir que aquellos que habitan este sistema son los autores de las normas tributarias que se les aplican. Aun si considero que la existencia de algún sistema tributario es moralmente valiosa, esto no me compromete con afirmar que está moralmente justificado imputarme su autoría.

Finalmente, puedo preguntarme si el modo en que se encuentran configuradas las instituciones fiscales es moralmente valioso o correcto. Nuevamente esta es una pregunta diferente a las anteriores. Aquí presupongo que la existencia de tributos es moralmente valiosa y me pregunto cuál sería el modo moralmente correcto de configurar las instituciones fiscales. Ya he establecido que tener instituciones fiscales es mejor moralmente que no tenerlas y ahora me interesa determinar cuál es el diseño moralmente correcto. Tampoco esta pregunta es equivalente a la que se refiere a la autoría. Que seamos autores de ciertas instituciones fiscales no garantiza que estas sean moralmente correctas. No hay nada extraño en que esté moralmente justificado atribuirme la autoría de algo que es moralmente incorrecto.

De manera que existen tres aspectos que pueden evaluarse de las instituciones fiscales desde una perspectiva moral. En primer lugar puedo evaluar si su existencia se encuentra moralmente justificada. ¿Es moralmente valioso que exista un sistema fiscal que impone tributos de modo coercitivo? En segundo lugar puedo evaluar si el sistema es legítimo, esto es, si es correcto imputar su autoría a los ciudadanos a quienes se aplica. ¿Es moralmente correcto considerar a los ciudadanos sujetos al sistema tributario como sus autores? Finalmente, en tercer lugar, puedo evaluar su justicia. ¿Es moralmente correcto el modo en que el sistema tributario ayuda a distribuir las cargas y beneficios?

Que existan diferentes criterios de evaluación genera dos riesgos. El primero, consiste en creer que dado que se trata de distintos modos de evaluación, no guardan entre sí ninguna relación. El error consiste en pensar que si existen criterios diferentes, necesariamente estos deben ser independientes, de modo que el resultado que tiene la evaluación en un dominio no incide sobre los otros. El segundo riesgo, consiste en creer que el hecho de que si es posible preguntarnos por la justificación moral, la legitimidad y la justicia del sistema tributario, entonces es posible responder a estas preguntas sólo prestando atención a dicho sistema. Si de lo que se trata en los tres supuestos es de evaluar moralmente a los tributos, entonces sólo deberíamos concentrarnos en ellos. Del mismo modo podríamos proceder luego con el resto de las instituciones. Se podría evaluar de modo separado, por ejemplo, la propiedad privada, los contratos, la herencia, etcétera.³

Ambos riesgos son peligrosos, de modo que en lo que sigue me concentraré en mostrar sucesivamente el error sobre el que descansa cada uno de ellos. Comenzaré mostrando, en primer lugar, por qué las tres dimensiones de evaluación moral de las instituciones tributarias –justificación, legitimidad y justicia– aunque diferentes no son independientes. Luego, en segundo lugar, me dedicaré a mostrar por qué las instituciones tributarias no pueden ser evaluadas moralmente de modo parcelado, con independencia del resto de instituciones jurídicas.

Los tres tipos de evaluación se encuentran vinculados de la siguiente manera. En primer lugar, sólo si la existencia de un esquema institucional se encuentra moralmente justificada es posible ulteriormente afirmar que es legítimo. El punto de partida para arribar a esta conclusión es advertir que la característica paradigmática de las instituciones jurídicas es su carácter coactivo. Éstas se aplican a individuos y producen efectos sobre ellos con total independencia de cuál

³ Este segundo riesgo es puesto de manifiesto por Thomas Nagel y Liam Murphy, quienes señalan: “theories of vertical equity are frequently myopic, in that they attempt to treat justice in taxation as a separate and self-contained political issue. The result is not a partial account of justice in government, but rather a false one. For what counts as justice in taxation cannot be determined without considering how government allocates its resources” (Nagel, y Murphy, 2002: 14).

sea su voluntad. Señalar que las instituciones tributarias se encuentran justificadas consiste en afirmar que una situación en donde el Estado está facultado para recaudar impuestos de modo coercitivo, es mejor moralmente que una en la que tal facultad no existe. Afirmar que está moralmente justificado sólo implica señalar que tal esquema institucional permitiría que ciertas funciones moralmente valiosas sean satisfechas, por ejemplo, la protección de la integridad personal, los derechos individuales, etcétera.

El segundo modo de evaluación, el de la legitimidad, intenta determinar cuándo las instituciones coercitivas que cumplen funciones valiosas pueden ser moralmente imputables, en tanto *autores*, a aquellos a quienes se aplican. El carácter coercitivo de las instituciones genera una amenaza sobre los individuos a quienes se aplican. Esta consiste en que, debido al impacto que las instituciones tienen sobre ellos, sus vidas no sean dirigidas por ellos mismos sino por las instituciones que se les aplican coercitivamente. El modo de conjurar esta amenaza es garantizando que las instituciones sean *propias* de todos aquellos a quienes se aplican. Dicho de otro modo, si todos aquellos a quienes las instituciones se aplican son sus *autores*, la amenaza de que sus vidas sean dirigidas por decisiones ajenas, desaparece. Las instituciones siguen teniendo un profundo impacto sobre la existencia de los ciudadanos –en su nivel de vida, gustos, oportunidades, etcétera– pero ellos son *autores* de dichas instituciones, y por tanto siguen siendo *autores* de su propia vida.

El modo tradicional de entender cuándo alguien es *autor* de cierto arreglo institucional sostiene que esto se logra cuando ha participado en su diseño. Si todos han participado en la elaboración de las normas, o si las han consentido por ejemplo a través de un *referendum*, o si al menos han elegido a quienes las han elaborado, entonces son sus autores y éstas son legítimas. A pesar de su plausibilidad, creo que este modo de explicar la legitimidad no permite dar cuenta de algunas de las intuiciones comunes que tenemos al respecto. Específicamente no permite dar cuenta de por qué usualmente pensamos que no basta constatar que alguien no ha elaborado las normas, o no las ha consentido o se ha abstenido de votar, para excluirlo de cualquier responsabilidad moral con relación al sistema tributario.

Pienso que la razón de esto reside en que la legitimidad de un esquema institucional estatal –del cual el sistema tributario es parte– no depende de lo que los ciudadanos hacen respecto de las instituciones –participando, consintiendo, etcétera– sino de lo que las instituciones hacen respecto de los ciudadanos. Que esté justificado moralmente imputarles la autoría de las instituciones a los ciudadanos depende del modo en que las instituciones se comportan en relación con ellos y no del modo en que éstos se comportan en relación con aquéllas. En contra de lo que sostiene la posición tradicional, los ciudadanos no son autores del diseño institucional porque lo configuren a través de su participación efectiva sino que es el diseño institucional el que los configura como autores al ubicarlos en ese rol.

Sólo puedo aquí presentar brevemente la concepción de la *legitimidad como autoría* que he defendido en otro lugar.⁴ La idea básica de esta concepción es que si las instituciones satisfacen los intereses que los ciudadanos tienen en tanto *autores*, entonces los vuelven *autores* del esquema institucional. Que la satisfacción de ciertos intereses por parte de otro nos ubique en un rol no elegido, no es algo tan extraño como puede parecer. Así, por ejemplo, que alguien satisfaga con relación a un niño los intereses que este tiene en tanto hijo, basta para que consideremos moralmente correcto considerarlo padre o madre. El niño es puesto en el rol de hijo a través de la satisfacción de sus intereses, y es esto —y no el vínculo biológico— lo que lo configura como tal. Del mismo modo, las instituciones legítimas son aquellas que ponen a los ciudadanos en el rol de autores a través de la satisfacción de sus intereses de *autoría*, y es esto lo que los configura como tales.

El principal interés que los ciudadanos tienen con relación a las instituciones en tanto *autores* es el de participar efectivamente en su diseño. Si las instituciones posibilitan dicha participación efectiva, entonces los ubican en el rol de *autores* y, por tanto, son legítimas. Si las instituciones no tratan a los ciudadanos como meros súbditos entonces está moralmente justificado que se le imputen como *autores*. Las exigencias que las instituciones deben satisfacer para posibilitar la participación de aquellos a quienes se aplican son tres: a) los cargos públicos deben encontrarse abiertos a todos; b) debe existir un mecanismo de toma de decisiones colectivas que posibilite que las opiniones o intereses de todos cuenten, aun si no cuentan por igual; c) debe garantizar los derechos, libertades y el acceso a los recursos que posibiliten la aceptación voluntaria del esquema institucional.

Lo señalado basta para apreciar la relación que existe entre justificación y legitimidad. Que sea moralmente valioso que existan instituciones estatales coercitivas —es decir, que estén justificadas— genera un problema moral que necesita solución. Todo individuo tiene un interés en ser el *autor* de su propia existencia. La existencia de instituciones coercitivas que inciden sobre su vida —recursos, oportunidades, derechos— con independencia de su voluntad, genera la amenaza de que tal interés no pueda ser satisfecho. La legitimidad es la respuesta a este problema; sólo si estas instituciones son de *autoría* de todos aquellos a quienes se aplican coercitivamente, tal amenaza desaparece. Las instituciones siguen incidiendo sobre su vida, pero éstos siguen siendo los *autores* de su propia existencia porque son los *autores* de estas instituciones. El problema al que da

⁴ He presentado y defendido la concepción de la *legitimidad como autoría*, y la correlación que existe entre legitimidad y justicia en otros trabajos. Puede cotejarse Hugo Omar Seleme (2011), “The Moral Irrelevance of Global and International Inequality”, en *The Journal Jurisprudence*, págs. 271- 326; y en Hugo Omar Seleme (2010), “La Legitimidad Como Autoría”, en *Revista Brasileira de Filosofia*, págs. 73-99.

respuesta la legitimidad sólo se presenta allí donde está moralmente justificado que existan instituciones coercitivas. A menos que se muestre que la existencia de tributos que pueden ser cobrados coercitivamente por el Estado es valiosa, carece de sentido señalar que el ejercicio de la coacción –en la forma de tributos– sobre los ciudadanos es moralmente correcto debido a que éstos son *autores* del esquema coercitivo.

Dicho de otro modo, el problema moral de la coacción al que da respuesta la legitimidad sólo adquiere relevancia si previamente hemos mostrado que la existencia de un esquema coercitivo permite cumplir ciertas funciones moralmente valiosas. Si tal esquema no cumple ninguna función –está moralmente injustificado– carece de sentido preguntarnos cuándo está moralmente justificada su aplicación coercitiva. La pregunta por la legitimidad presupone que se ha dado una respuesta afirmativa a la pregunta por la justificación. La pregunta diría ¿cuándo es moralmente correcto imputar la autoría de un esquema institucional coercitivo que permite cumplir funciones moralmente valiosas a aquellos individuos a quienes se aplica? Sólo puede afirmarse que es políticamente legítimo un esquema institucional cuya existencia se encuentra moralmente justificada. La legitimidad del esquema tributario no es independiente de la justificación moral de su existencia, sino que la da por sentada.⁵

El concebir a la *legitimidad como autoría* también permite ver la relación que existe entre la legitimidad y la justicia de un esquema institucional. A menos que el esquema institucional sea legítimo no es posible afirmar su justicia o injusticia. Nuevamente, aquí sólo puedo esbozar la estructura del argumento que conduce a esta conclusión.⁶ La manera en que un esquema institucional distribuye las cargas y beneficios –el tamaño relativo de las porciones distributivas– posee relevancia moral cuando se aplica a su evaluación principios de justicia distributiva prioritaristas o igualitaristas.⁷ Estos principios sólo se aplican en aquellas circunstancias donde tres requerimientos se encuentran presentes. Primero, el requeri-

⁵ Lo señalado en el texto no implica que no pueda formularse la pregunta de cuándo está moralmente justificado atribuir la autoría de un esquema institucional que no cumple ninguna función moralmente valiosa. En el caso extremo, uno puede hasta preguntarse quiénes son los autores de un esquema institucional cuyo único objetivo es provocar el mal moral. Lo único que he señalado es que ésta no es la pregunta por la legitimidad política. La pregunta por la legitimidad política sólo tiene sentido una vez que se ha mostrado que la existencia del esquema institucional es moralmente valiosa.

⁶ Este modo de vincular la legitimidad y la justicia no es comúnmente aceptado en la literatura especializada.

⁷ Los principios igualitaristas prescriben eliminar la desigualdad, mejorando en términos relativos la posición de quien menos recibe. Los principios prioritaristas prescriben aumentar el tamaño de la posición que menos recibe, mejorándola en términos absolutos.

miento de que todos aquellos que ocupan las diferentes posiciones distributivas deban brindarse justificaciones recíprocamente aceptables acerca de la corrección del patrón de distribución generado por el esquema institucional. Segundo, el requerimiento de que estas justificaciones sean aceptables con independencia de la posición social y los talentos naturales que poseen aquellos a quienes van dirigidas. Tercero, el requerimiento de que estas justificaciones sean aceptables en tanto presuponen que cada individuo tiene un interés en maximizar el tamaño de su porción distributiva.

Combinando los tres requerimientos, la idea sería la siguiente. Si debo justificar ante otros la corrección del patrón de distribución que se nos aplica, de manera que sea aceptable para ellos con independencia de sus circunstancias sociales y naturales –presumiendo que tienen un interés maximizador– y ellos deben hacer lo mismo con respecto a mí, entonces el único patrón de distribución aceptable será uno que beneficie aun a quienes ocupan la peor posición distributiva, esto es, un patrón de distribución que es considerado correcto a partir de principios igualitaristas o prioritaristas.

El punto relevante aquí es que el primero de los requerimientos enunciados sólo se configura cuando existe un esquema institucional legítimo. Cuando un esquema es legítimo la *autoría* del esquema y de las decisiones adoptadas en su seno se atribuye a todos aquellos a quienes el esquema se aplica y la opinión de cada uno de ellos puede incidir sobre cuál será el contenido de la decisión que se adopte. Esta circunstancia, que cada ciudadano pueda incidir sobre el contenido de una decisión cuya autoría será adscripta a otros, genera el requerimiento de que cada ciudadano deba justificar las decisiones que adopta respecto al modo en que deben diseñarse las instituciones –y el patrón de distribución que producen– en base a un criterio de evaluación que sea aceptable por el resto de sus conciudadanos. En consecuencia, la legitimidad es una condición para que los principios de justicia sean aplicables. Sólo a esquemas institucionales legítimos se aplican principios de justicia distributiva. Sólo los esquemas institucionales legítimos pueden ser justos o injustos. Un esquema estatal ilegítimo no es ni justo ni injusto puesto que las exigencias de justicia no tienen allí cabida.

Un ejemplo puede ayudar a ilustrar el punto. Supongamos que habitamos un esquema institucional legítimo, que nos trata como *autores*, y que somos llamados a votar para reconfigurar la manera en que los ingresos son distribuidos, por ejemplo, por medio de una reforma tributaria. Mi voto (a favor, en contra o absteniéndome) con respecto a la reforma tributaria debe ser justificado como correcto ante todos mis conciudadanos, dado que cualquiera sea la decisión que sea adoptada no sólo será mía sino también suya en tanto todos somos *autores* del esquema institucional. Dado que soy capaz de incidir sobre el contenido de una decisión cuya autoría se imputará a todos, debo –a cambio– justificarla como correcta de acuerdo a un criterio de evaluación que sea aceptable para todos. Lo

mismo se aplica al voto de cada ciudadano. Por lo tanto, el diseño institucional que se adopte como resultado de esta elección debe satisfacer un criterio de evaluación que sea recíprocamente aceptable por todos los ciudadanos. Dicho de modo simple, a la hora de votar no debo preguntarme si el sistema tributario será aceptable sólo para mí, sino si será aceptable para todos, aun para aquellos que poseen menos recursos.

Las exigencias de justicia distributiva son aplicables –la exigencia de que las desigualdades sean aceptables aun por aquellos que menos recursos poseen– allí donde las exigencias de legitimidad han sido satisfechas. Es porque todos somos *autores* de un esquema institucional que incide sobre la distribución de los recursos que todos nos debemos recíprocamente justificaciones que sean aceptables para todos, esto es, justificaciones que muestran que las desigualdades benefician aun al que menos tiene, o dicho de otro modo, justificaciones que satisfacen principios prioritaristas o igualitaristas. Donde no existe legitimidad, las exigencias de justificaciones recíprocas –y por ende las exigencias de justicia– no tienen cabida. Un esquema ilegítimo sufre de un mal más radical que la injusticia.

Sintetizando lo señalado hasta aquí, podemos afirmar que a menos que la existencia de un esquema institucional coercitivo –como el sistema tributario– esté moralmente justificada, no puede afirmarse que sea legítimo. Carece de sentido decir que un esquema cuya existencia es inmoral, es moralmente legítimo. Sin embargo, sí puede darse el caso de que un esquema justificado sea ilegítimo porque no ubique a los ciudadanos en el rol de *autores*. Las exigencias de legitimidad tienen cabida allí donde existe un esquema institucional coercitivo que cumple ciertas funciones moralmente valiosas. Una vez que las exigencias de legitimidad se encuentran satisfechas, y todos los ciudadanos son *autores* del esquema institucional, aparecen las exigencias de justificaciones recíprocas y con ellas las exigencias de justicia distributiva. Sólo de un esquema legítimo puede predicarse su justicia e injusticia. Justificación, legitimidad y justicia son criterios diferentes de evaluación moral, pero no son criterios independientes.

El segundo riesgo que trae aparejada la existencia de criterios diferentes de evaluación moral, como hemos señalado, consiste en pensar que las diferentes instituciones pueden ser evaluadas tomándolas de modo aislado. Este enfoque parcelado se encuentra ampliamente difundido. Una causa de este fenómeno es la manera en que se enseña el derecho en nuestras facultades. La declarada autonomía de las ramas del derecho ha contribuido a pensar que cada parcela del derecho puede estudiarse y, lo que es más peligroso, puede evaluarse sin prestar atención al resto del sistema. Se ha producido una división del trabajo según la cual los civilistas, por ejemplo, se encargan de evaluar moralmente la responsabilidad contractual; los penalistas, la imposición del castigo; los tributaristas, la aplicación de tributos, y así sucesivamente.

A pesar de lo difundida que se encuentra esta idea, pienso que el modo que propone para evaluar las instituciones jurídicas es equivocado. En lo que sigue me detendré en las instituciones tributarias, aunque lo que diré puede ser extendido a cualquier tipo de institución. Permítanme mostrar lo inadecuado de este enfoque comenzando con la primera de nuestras preguntas, la referida a la justificación moral de la existencia de tributos. Como he señalado, de lo que se trata aquí es de comparar una situación en donde el Estado tiene la potestad de cobrar tributos de manera coercitiva con otra donde no la tiene. Justificar moralmente los tributos implica mostrar que la primera situación, donde existen tributos, es moralmente superior a la segunda.

Un argumento para defender moralmente la existencia de los tributos consiste en mostrar, por un lado, el valor moral de que exista un Estado y, por otro, la imposibilidad de que el Estado se financie a menos que se le conceda la potestad de cobrar coercitivamente tributos sobre sus ciudadanos. El argumento es simple; el primer paso consiste en mostrar la superioridad moral de la situación en la que existe Estado. La existencia del Estado se encuentra moralmente justificada porque éste cumple ciertas funciones moralmente valiosas. Podría argumentarse, por ejemplo, que sin Estado nuestra vida sería pobre, corta y brutal, tal como señala Hobbes. El segundo paso consiste en mostrar la necesidad de los tributos para que el Estado se financie y exista.

Ahora bien, el argumento anterior a favor de que el Estado cobre tributos contiene premisas implícitas que exceden el ámbito tributario. Presupone, por ejemplo, que la propiedad privada se encuentra moralmente justificada. Si, por el contrario, estuviese moralmente justificado que los medios de producción se encontrasen en poder del Estado, no bastaría mostrar que la existencia del Estado se encuentra moralmente justificada para concluir que también lo está la existencia de tributos. El Estado podría financiarse, y cumplir las funciones moralmente valiosas que justifican su existencia, sin necesidad alguna de cobrar tributos.

No es posible, por tanto, evaluar si es moralmente correcto que existan tributos sin evaluar a la vez la corrección moral de la propiedad privada. Cualquier discusión acerca de la justificación de los tributos involucra de modo necesario abordar el problema de la justificación moral de la propiedad privada. Dicho de otra manera, debemos comparar moralmente al menos tres escenarios. Uno en donde no existe Estado y por lo tanto tampoco existen tributos. Otro en el que existe un Estado donde no hay propiedad privada sobre ciertos recursos o medios de producción y los tributos no son necesarios. Finalmente, un tercer escenario en el que existe Estado pero la mayoría o la totalidad de los medios de producción se encuentran en manos de los particulares y en donde los tributos son necesarios. Sólo si podemos ofrecer razones morales que muestren la superioridad de esta última situación, entonces habremos justificado moralmente la existencia de tributos.

Tampoco es posible determinar la legitimidad del sistema tributario prestando atención sólo a las normas tributarias. Un sistema tributario es legítimo, hemos señalado, cuando es moralmente correcto imputarle su *autoría* a todos aquellos a quienes se aplica. Ahora bien, si esto es lo que lo vuelve legítimo, es claro que no puede determinarse la legitimidad de los tributos sólo a los tributos. El mismo esquema tributario puede ser legítimo o no según cual sea el modo en que se encuentran configuradas el resto de las instituciones que lo rodean.

Imaginemos un sistema tributario de tasa plana. ¿Es legítimo, es moralmente correcto imputarle su autoría a los ciudadanos? Depende. Para ser legítimo, por un lado, debe formar parte de un esquema institucional que conceda a los ciudadanos los derechos y libertades políticas que les permitan acceder a los roles públicos y hacer escuchar sus opiniones, tales como el derecho político a elegir sus representantes y a ser elegidos, a peticionar a las autoridades, a expresar sus opiniones, etcétera. Por el otro, debe concederle los derechos civiles y sociales que les garantice el acceso a los recursos mínimos para poder hacer uso de sus derechos políticos y justifiquen su aceptación voluntaria del esquema institucional.

Si, por ejemplo, el esquema institucional del que forma parte la norma tributaria que establece la tasa plana no garantiza que todos los individuos tengan los recursos mínimos necesarios para hacer uso de sus libertades políticas o para que su aceptación voluntaria del esquema sea racional, entonces el esquema institucional en su conjunto –y el sistema tributario que forma parte de él– es ilegítimo. Tampoco es legítimo si los ciudadanos no poseen derechos políticos o tienen vedados el acceso a los roles públicos, o carecen de derechos civiles. La legitimidad se predica del esquema institucional estatal en su conjunto y, por tanto, no es posible abordar de modo aislado la pregunta por la legitimidad del sistema tributario.

En tercer lugar, tampoco es posible determinar la justicia de un esquema tributario de modo aislado. Como hemos señalado, un esquema institucional es justo cuando el modo en que distribuye los recursos, libertades y derechos es aceptable por todos aquellos a quienes se aplica. El único modo de distribución que satisface esta exigencia es uno en el cual las desigualdades que existen redundan en beneficio de los que reciben menos. Un ejemplo concreto puede ayudar. ¿Cómo debería evaluarse si las retenciones agropecuarias son justas o no? Lo que debe determinarse es si han servido para aumentar los recursos que reciben quienes se encuentran en el decil más bajo de ingresos. Si esta política ha mejorado la posición de quienes reciben menos, entonces existen razones para señalar que es justa. Este esquema de distribución beneficia a todos. No sólo a quienes se encuentran en el decil más bajo, que ven aumentar sus recursos. También a los productores agropecuarios que aunque reciben menos de lo que recibirían sin retenciones, reciben mucho más que quien se encuentra en el decil más bajo.

Este juicio acerca de si la posición de quien menos recibe ha mejorado o no, no puede formularse mirando sólo al tipo y a la cuantía de los tributos. Es imposible determinar la justicia de un esquema tributario sin prestar atención al modo en que el Estado invierte aquello que recauda. ¿Es justo que los tributos no tomen más del 33% de la propiedad que gravan? ¿Es justo que quien más se beneficia más contribuya? Todas estas preguntas no pueden ser respondidas a menos que se amplíe la mirada y se observe la manera en que el Estado transfiere lo que recauda. Si se grava una renta extraordinaria con un impuesto que excede el 33% y se invierte en hospitales, educación, seguro de desempleo, etcétera, y esto termina elevando el monto de recursos de aquellos que reciben menos, entonces existen razones –aunque no concluyentes– para sostener que el impuesto es justo. Si, por otro lado, el impuesto no excede el 33%, pero la manera en que el Estado invierte sus recursos beneficia a quienes tienen más –por ejemplo, sólo invierte lo que recauda en brindar seguridad pública a los barrios más ricos–, entonces existen razones para afirmar que el sistema tributario es injusto.

Una consecuencia de importancia puede obtenerse a partir de lo señalado. Si la justicia de un esquema tributario depende del impacto que las instituciones tienen sobre quienes reciben menos, los principios que usualmente se utilizan para evaluar moralmente a los tributos no son adecuados. La razón de ello reside en que estos principios –el de igualdad, capacidad contributiva, no confiscatoriedad– sólo prestan atención a la persona que soporta la carga fiscal. Quien soporta el tributo debe ser tratado con equidad; la carga debe ser proporcional a su capacidad contributiva, su propiedad no debe ser confiscada. El punto es que ninguno de estos principios hace referencia al otro extremo de la tributación, el gasto público, del cual depende que los tributos sean o no justos.

A modo de síntesis podemos señalar que no es posible evaluar el carácter moralmente justificado, legítimo o justo de las instituciones tributarias de modo aislado. No es posible evaluar su justificación, sin abordar al menos el problema de la propiedad privada. No es posible evaluar su legitimidad, sin evaluar si existen los medios institucionales para la participación política. No es posible evaluar su justicia, sin prestar atención al modo en que el Estado invierte lo que recauda y al impacto que esto tiene en quien menos recibe. Adicionalmente, no es posible evaluar la legitimidad de un esquema tributario sin dar por sentado que está justificada la existencia de tributos. Sólo quien tiene una respuesta afirmativa al problema de la justificación, puede comenzar a preguntarse por la legitimidad. Tampoco es posible evaluar su justicia sin presuponer su legitimidad. Sólo quien tiene una respuesta afirmativa al problema de la legitimidad, puede comenzar a preguntarse por la justicia. Sólo de esquemas legítimos puede predicarse justicia o injusticia.

III. La evaluación moral de las conductas con relación a las instituciones tributarias

Que las instituciones tributarias se encuentren justificadas, sean legítimas o justas, cambia el tipo de exigencia moral que pesa sobre aquellos a quienes se aplican. Si la existencia de instituciones tributarias se encuentra meramente justificada, los ciudadanos sólo tienen el deber de no socavarlas. Su existencia es valiosa y no deben trabajar para su desaparición. Si además de justificado el sistema tributario es legítimo, entonces los ciudadanos son sus *autores*, y no tienen derecho a oponerse a su aplicación coercitiva. La afrenta moral que causa la coerción –que una decisión que no es *propia* se me imponga– desaparece si el esquema tributario es legítimo. En este caso no se trata de una decisión ajena sino de una cuya *autoría* me es imputable, esto es, de una decisión *propia*. Finalmente, si el sistema tributario además de justificado y legítimo es justo, entonces tengo el deber adicional de obedecerlo voluntariamente.

Por el contrario, si el sistema tributario no está moralmente justificado, entonces es moralmente permisible contribuir a su desarticulación intentando, por ejemplo, entorpecer la tarea fiscal. Si no es legítimo pero está justificado, no es permisible trabajar para que el sistema de tributos desaparezca pero es moralmente permisible que quienes se encuentran excluidos del sistema porque no son tratados como *autores*, se oponga a su imposición coercitiva. Si no es justo pero es legítimo y su existencia está justificada, ni el socavamiento ni la resistencia a la coerción son moralmente permisibles, sólo es permisible no obedecer las normas tributarias de modo voluntario.

De modo que en los tres supuestos pueden estar justificados actos de desobediencia o resistencia. Si la existencia de tributos no está moralmente justificada, por ejemplo porque el Estado es una institución intrínsecamente inmoral que de modo necesario vulnera la autonomía individual, entonces ciertamente no existe deber alguno de pagar tributos. También se encuentra justificado resistirse al intento del Estado de cobrar estos tributos a través de la acción de los tribunales y la fuerza pública. Adicionalmente, está justificado trabajar activamente para que los tributos desaparezcan.

Si los tributos son ilegítimos, porque el sistema no confiere la posibilidad de participación política, no está justificado que los excluidos persigan la desaparición de los tributos, pero no tienen deber moral de pagarlos voluntariamente y pueden resistirse a la acción de los tribunales o la fuerza pública cuando el Estado intenta ejecutarlos. Por último, si son injustos, no existe el deber de pagarlos voluntariamente pero no está permitido que los ciudadanos se resistan a la acción de los tribunales o a la fuerza pública, o que trabajen para lograr que los tributos desaparezcan.

El ejemplo de las retenciones puede ser nuevamente de ayuda. Si las retenciones son injustas, el productor agropecuario no tiene el deber de pagarlas

voluntariamente pero el Estado tiene derecho a utilizar los tribunales y la fuerza pública para obtener de manera coercitiva el pago. Puesto que sólo donde hay legitimidad tienen cabida las exigencias de justicia, todo esquema injusto es legítimo y si es legítimo nadie tiene derecho a resistirse a la coacción. Si las retenciones, en cambio, son ilegítimas porque los productores agropecuarios tienen vedado el acceso a cargos públicos, o no tienen los recursos mínimos para ejercer sus libertades políticas, entonces no sólo no tienen el deber de pagarlas de modo voluntario sino que tienen el derecho a resistirse a que les sean cobradas coercitivamente. Por último, si la existencia de las retenciones no está moralmente justificada, porque por ejemplo el Estado que se solventa con ellas no cumple ninguna función moralmente valiosa, entonces no sólo es permisible que no las paguen voluntariamente y se resistan al cobro coercitivo, sino también que lleven adelante acciones que tengan por objetivo provocar que el sistema de retenciones colapse.

Las exigencias morales que pesan sobre las conductas individuales de los ciudadanos varían según que el sistema tributario sea justo, legítimo o su existencia esté meramente justificada. Cuando el sistema tributario carece de alguno de estos tres atributos morales la desobediencia está moralmente justificada. No obstante, cuando la desobediencia intenta transmitir una opinión política acerca de las falencias morales del sistema –como sucede en el supuesto de rebelión fiscal– nuevas exigencias morales aparecen. La razón de ello es que el acto de desobediencia ya no es un mero acto individual sino un acto que intenta transmitir una opinión sobre las instituciones públicas, esto es, una conducta política.

IV. Las conductas políticas: Protesta Anti-Sistema, Rebelión Fiscal y Desobediencia Civil Fiscal

En algunas ocasiones los actos de desobediencia o resistencia son un mecanismo para transmitir una opinión política, esto es, una opinión sobre las instituciones públicas. Estos actos son el último recurso para llamar la atención de los conciudadanos sobre los déficits morales que presenta el esquema institucional con el objeto de que sean solucionados. El acto de no cumplir voluntariamente con las obligaciones tributarias puede ser utilizado para denunciar el carácter injustificado del sistema tributario, su carácter ilegítimo o injusto. Existen, por tanto, tres tipos de actos de desobediencia con contenido político: la Protesta Anti-Sistema –que aspira a llamar la atención sobre el carácter injustificado del sistema–, la Rebelión Fiscal –que denuncia su ilegitimidad– y la Desobediencia Civil Fiscal –que pretende poner de manifiesto su injusticia.⁸

⁸ He abordado el tratamiento de la Protesta Anti-Sistema, la Protesta Social y la Desobediencia Civil en mi trabajo “La Protesta Social como Discurso Político” (en prensa). En esta sección

Es necesario, entonces, tener presente dos cuestiones. En primer lugar, no todo acto de desobediencia que esté moralmente justificado constituye un acto de Protesta, Rebelión o Desobediencia Civil Fiscal. Estos actos tienen carácter político. Si quien desobedece no intenta transmitir una opinión política simplemente estamos en presencia de un acto de desobediencia individual. En segundo lugar, no todo acto de desobediencia que intenta transmitir una opinión política, es un acto de Rebelión Fiscal. La Rebelión Fiscal pretende denunciar un específico déficit moral del sistema: su ilegitimidad. Soy consciente de que usualmente el rótulo de Rebelión Fiscal es utilizado de modo indistinto para referirse a actos de desobediencia que denuncian la falta de legitimidad, la falta de justificación o la injusticia de las normas tributarias. Sin embargo, creo que conviene utilizar diferentes rótulos para cada supuesto debido a que las exigencias morales que se aplican a cada uno de ellos son diferentes. Considero que conviene tener un rótulo diferente para cada una de ellas.

Llamar la atención sobre el carácter político de estos actos de desobediencia, permite distinguirlos de los supuestos de Objeción de Conciencia Fiscal. El objetor de conciencia no pretende modificar el esquema tributario, no articula, a través de su acto de desobediencia, un discurso político acerca de cómo deberían reformarse las instituciones. El objetivo que persigue no es político sino meramente individual. Sólo pretende que en su caso se haga una excepción a la aplicación de cierta norma jurídica.

Que, a diferencia de la Objeción de Conciencia, la Protesta, la Rebelión y la Desobediencia Civil Fiscal sean formas de discurso político trae aparejado ciertas consecuencias. Todo discurso político es un intento por apelar a ciertos valores compartidos. De allí que, a menos que se presuponga que aquel a quien el discurso está dirigido comparte una cierta plataforma básica de valores, la acción discursiva carece de sentido. Sólo cuando se piensa que el resto de la ciudadanía comparte los mismos valores políticos que intentan expresarse a través de la acción de desobediencia, tiene sentido adoptar la estrategia de la Protesta, la Rebelión o la Desobediencia Civil Fiscal.

Sólo si pienso que mis conciudadanos poseen un tipo de sensibilidad moral que les permite comprender que las normas tributarias que desobedezco no están moralmente justificadas –porque, por ejemplo, sería mejor que no existiesen tributos– está justificado que realicen actos de Protesta Anti-Sistema. Sólo si pienso que comparto conmigo valores que les permiten advertir que no son legítimas –porque no es moralmente correcto considerarlas de mi *autoría*– está justificado que

aplico a la materia tributaria lo que de modo general señalaba en aquel trabajo. La Rebelión Fiscal sería un caso específico de Protesta Social.

incurran en Rebelión Fiscal. Sólo si pienso que ellos pueden advertir que son injustas –porque forman parte de un sistema donde las desigualdades no benefician al que menos posee– se justifica que recurran a la Desobediencia Civil Fiscal.

Lo señalado permite distinguir aquellos actos de desobediencia que pretenden modificar las instituciones públicas, pero que no obstante no son actos de Protesta, Rebelión o Desobediencia Civil Fiscal. Quien desobedece porque cree que sus conciudadanos son completamente insensibles a consideraciones morales y que el único modo de obtener algo de ellos es afectando sus intereses particulares, no utiliza su acto de desobediencia como un modo de apelar a valores políticos compartidos. Se trata sólo de una forma de amenaza. Si su objetivo no es llamar la atención sobre un problema apelando a valores morales compartidos, sino fortalecer su posición negociadora para obtener concesiones fiscales por parte del gobierno, no estamos en presencia de una forma de discurso político, sino frente a manifestaciones de fuerza. Este no es ni un mero acto de desobediencia individual –porque pretende incidir sobre el diseño de las instituciones públicas– ni un acto político de Protesta, Rebelión o Desobediencia Civil Fiscal. Es una forma moralmente injustificada de chantaje.

El hecho de que la Protesta, la Rebelión y la Desobediencia Civil Fiscal sean tipos de discursos políticos que denuncian la falta de justificación, legitimidad o justicia del esquema institucional, por un lado; y el modo en que estas tres valoraciones morales se encuentran interrelacionadas, por otro, permite explicar algunos de los rasgos específicos de cada supuesto. En primer lugar, permite distinguir los supuestos de Rebelión y Protesta Fiscal. La Rebelión Fiscal da por sentado que la existencia de tributos se encuentra moralmente justificada. El objetivo del acto de desobediencia no es la desaparición de las instituciones tributarias sino su modificación para tornarlas legítimas. Quien participa en la Rebelión Fiscal denuncia una situación de ilegitimidad –esto es, que no se encuentran satisfechas las condiciones para que él pueda ser considerado *autor* del sistema tributario–, con el objeto de subsanarla mediante la construcción de un esquema de instituciones tributarias legítimas.

Quien desobedece como un acto de Protesta, al igual que quien participa de la Rebelión, considera que el sistema tributario es ilegítimo. Sostiene que no puede ser impuesto coercitivamente sobre los ciudadanos. Sin embargo, la razón por la que arriba a esta conclusión es que piensa que la existencia misma de los tributos está moralmente injustificada. El objetivo que persigue la Protesta Fiscal es diferente del que persigue la Rebelión Fiscal, aun si en ambos casos se considera que el esquema institucional es ilegítimo. En el primer supuesto la existencia de instituciones tributarias se considera moralmente injustificada y, por ende, se las considera ilegítimas. La solución es la eliminación del tributo. En el segundo supuesto la existencia de instituciones tributarias se considera moralmente justificada, aunque el diseño institucional aparece como ilegítimo. La solución es la modificación de las instituciones tributarias existentes.

En segundo lugar, permite distinguir la Rebelión y la Desobediencia Civil Fiscal. Puesto que la legitimidad de las instituciones tributarias es una precondition para que pueda afirmarse que son justas o injustas, el Desobediente Civil Fiscal que denuncia la injusticia del esquema institucional debe presuponer su legitimidad. El Desobediente Fiscal denuncia la injusticia del esquema institucional, pero esto lo compromete con afirmar que es legítimo. Quien realiza actos de Rebelión Fiscal, en cambio, no reclama por la injusticia del esquema institucional sino que denuncia un mal mayor, su ilegitimidad.

Como consecuencia, el Desobediente Civil Fiscal debe aceptar la imposición coactiva del esquema tributario cuya injusticia intenta poner de manifiesto a través de su acto de desobediencia, ya que debe reconocer que estas instituciones son legítimas, esto es, de su *autoría*, y por tanto debe reconocer que su imposición coactiva no representa una afrenta moral. El Desobediente Civil Fiscal afirma: “este esquema institucional es mío, y por eso no es inmoral que se me imponga coactivamente, aunque el modo en que distribuye los derechos, oportunidades y recursos es moralmente incorrecto”. Su acto de desobediencia debe servir para transmitir este mensaje.

El Desobediente Civil Fiscal –por ejemplo, el productor agropecuario que cuestiona la justicia de las retenciones móviles– no tiene ninguna justificación moral para resistirse a la imposición por la fuerza de la norma que se rehúsa a obedecer de modo voluntario. Esto se aplica tanto al supuesto de Desobediencia Civil Fiscal Directa –donde la norma desobedecida es la norma tributaria que se considera injusta– como al supuesto de Desobediencia Civil Fiscal Indirecta –donde la norma desobedecida es una distinta a la norma tributaria cuya injusticia se denuncia; por ejemplo, la norma que prohíbe el corte de las vías públicas de comunicación. La razón de ello es que el Desobediente Civil Fiscal no cuestiona la legitimidad del esquema institucional sino su justicia, y por tanto no tiene razones para oponerse a su imposición coactiva.

Si la imposición coactiva de un esquema institucional legítimo se encuentra moralmente justificada, si la Desobediencia Civil Fiscal se encuentra justificada frente a una injusticia grave, y si la injusticia sólo se presenta en el seno de esquemas legítimos, la conclusión que se sigue es que todo acto moralmente justificado de Desobediencia Civil Fiscal no debe implicar ninguna resistencia a la coacción estatal.

Así, por ejemplo, el productor agropecuario que realiza un acto indirecto de Desobediencia Civil Fiscal y corta una ruta para llamar la atención sobre la injusticia del esquema tributario no debe oponerse a la aplicación coactiva de la norma que desobedece –que prohíbe el corte de las vías de comunicación– ni de la norma cuya injusticia denuncia –que establece retenciones a las exportaciones. Si su acto de Desobediencia se encuentra justificado –porque, efectivamente las retenciones son groseramente injustas– su resistencia a la acción de la fuerza

pública que intenta desbloquear la ruta o que intenta ejecutarle parte de sus bienes por haber incumplido con sus obligaciones fiscales, no está moralmente justificada. Más aun, su acto de resistencia a la coacción es incompatible con denunciar la injusticia del esquema institucional, porque denunciar su injusticia presupone su legitimidad, y el hecho de que sea legítimo implica que su imposición coercitiva es moralmente correcta.

Los actos de Rebelión Fiscal, por el contrario, intentan poner de manifiesto la ilegitimidad del esquema institucional. Quien protesta intenta denunciar que las instituciones que se le imponen coercitivamente no lo han ubicado en el rol de *autor*, lo han alienado. El mensaje de su acto de rebelión señala: “este esquema institucional no es mío, no está justificado que se me imponga coactivamente y debe ser reformado”. Que ni el esquema institucional ni las decisiones adoptadas en su seno sean propios del excluido que participa del acto de rebelión –que le sean ajenas, y en este sentido esté alienado– determina que su imposición coercitiva no se encuentre moralmente justificada.

Dicho de modo concreto, si el productor agropecuario quiere llamar la atención sobre el hecho de que no posee los recursos materiales mínimos para hacer uso de sus libertades, o que no hay mecanismos institucionales para que sus opiniones e intereses sean tenidos en cuenta a la hora de configurar el sistema tributario –por ejemplo, porque no tiene derecho a votar, a peticionar a sus representantes, etcétera– o está impedido de acceder a los cargos públicos que le permitirían reconfigurar el sistema –no tiene derecho a ser elegido como diputado, senador, etcétera–, entonces no debe aceptar la imposición coactiva del esquema institucional cuya ilegitimidad denuncia. Si efectivamente el esquema institucional no lo trata como *autor*, puede resistirse a la coacción –puede, por ejemplo, resistirse a la acción de la policía que intenta destrabar la ruta, o resistirse a la ejecución de los tributos– sin incurrir en ninguna inconsistencia pragmática.

Habiendo establecido las diferencias que existen entre la Protesta, la Rebelión y la Desobediencia Civil Fiscal, finalmente es posible detenernos en las condiciones que deben darse para que se encuentre moralmente justificada la Rebelión.⁹ En primer lugar, el esquema institucional en contra del cual se realiza la Rebelión Fiscal debe ser claramente ilegítimo. Sería ilegítimo, por ejemplo, si las instituciones no conceden a los ciudadanos los derechos y libertades políticas que les permiten acceder a los roles públicos y hacer escuchar sus opiniones, o no les garantizan los derechos civiles y sociales que hacen posible que el esquema institucional sea aceptado y no sólo obedecido.

⁹ Los requisitos guardan un paralelo con las exigencias establecidas por Garzón Valdez para justificar la Desobediencia Civil en Garzón Valdez (1981), “Acerca de la Desobediencia Civil”, en *Sistema* 42, págs. 79-92.

En segundo lugar, el acto de Rebelión debe ser generalizable. Tiene que encontrarse moralmente justificada aun la situación extrema en la que todos los excluidos realizaran el mismo acto de desobediencia o resistencia. Así, si estoy por cortar una ruta como un acto indirecto de Rebelión Fiscal para denunciar la ilegitimidad del sistema tributario, debo preguntarme si sería moralmente aceptable una situación en donde todos los excluidos cortasen las principales vías de transporte.¹⁰ Puesto que quien se rebela no pretende la abolición del Estado sino la reforma de sus instituciones fiscales, es especialmente importante preguntarse si la universalización de la Rebelión pondría en juego la existencia misma del Estado, esto es, si amenazaría la prestación por parte del Estado de aquellos servicios que justifican su misma existencia. Si este es el caso, tal acción no sería un caso justificado de Rebelión Fiscal.

En tercer lugar, el acto de desobediencia debe ser idóneo para transmitir el mensaje político de que el sistema es ilegítimo. Vinculado con lo anterior, es necesario, por ejemplo, que el acto elegido no sea uno que posea tal envergadura que transmita el mensaje equivocado de que el esquema institucional es ilegítimo porque la existencia misma del Estado o del sistema tributario se encuentra injustificada. Un ejemplo puede clarificar lo señalado. Si suponemos que aquello que justifica la existencia del Estado y de los tributos es, entre otras cosas, la garantía de la seguridad interna¹¹, un acto indirecto de Rebelión Fiscal que implique la toma de destacamentos policiales o la obstrucción de su funcionamiento, no se encontraría moralmente justificado. Esto es así, aun si el esquema institucional es gravemente ilegítimo. La razón de ello radica en que el acto no es idóneo para transmitir el mensaje de que el esquema institucional es simplemente ilegítimo o injusto –más bien transmite el mensaje de que la existencia del Estado, y su monopolio de la coacción, es injustificada y debe ser eliminada.

Por último, el cuarto requisito que debe configurarse para que la Rebelión Fiscal se encuentre justificada es que sea llevada adelante por quien efectivamente se encuentra excluido o alienado por el esquema institucional del cual el sistema tributario forma parte. Sólo aquel que no es tratado como *autor* del sistema tributario se encuentra moralmente justificado para realizar actos de protesta social fiscal. Sólo quien es excluido o alienado por el esquema institucional se

¹⁰ Para que una acción sea moralmente correcta debe poder ser universalizable. Lo señalado en el texto no es más que una aplicación de esta exigencia al caso de la protesta social.

¹¹ Lo señalado en este párrafo muestra la necesidad de contar con una respuesta al problema de la justificación del Estado si quiere enfrentarse con éxito el problema de la justificación de la protesta social. No existe espacio aquí para abordar tal tarea. Lo señalado en el texto, respecto de la justificación del Estado en base a la seguridad interna, pretende ser sólo un ejemplo de las respuestas que podrían darse al problema de la justificación.

encuentra justificado para rebelarse, desobedecer y resistirse a la ejecución coercitiva de los tributos como forma extrema de transmitir su opinión política. Aquellos a quienes el esquema institucional garantiza los derechos mínimos requeridos para ocupar el rol de *autor* no están justificados en participar en actos de Rebelión Fiscal. Ni siquiera están justificados en realizar este tipo de actos como un intento de denunciar la situación de exclusión en la que se encuentran otros.

Esto no significa que se encuentren liberados de todo requerimiento moral con relación a quienes no son tratados como *autores* por el esquema institucional del cual forma parte el sistema tributario. Según la concepción de la legitimidad como *autoría*, los ciudadanos que son tratados como *autores* por un esquema institucional que no trata del mismo modo a otros tienen respecto a éstos un deber moral especial. Según he explicado, la exigencia moral que engendra la imposición coactiva de un esquema estatal es la de que todos a quienes se aplica sean tratados por dicho esquema como *autores*, esto es, que satisfaga los intereses que en tanto *autores* poseen. Cuando existe un esquema ilegítimo que sólo ubica en el rol de *autores* a un grupo de individuos, la *autoría* de dicho esquema es sólo imputable a éstos.

Quienes no se encuentran impedidos por el diseño del esquema institucional de tomar parte de las decisiones colectivas ni de aceptar las decisiones colectivas así adoptadas –quienes tienen satisfechos sus intereses de *autoría*– son *autores* del esquema institucional que coercitivamente se aplica sobre quienes sí se encuentran impedidos de participar. Son los *autores* de este esquema institucional ilegítimo quienes coaccionan a sus conciudadanos y es sobre ellos que pesa la exigencia moral que engendra la coacción, esto es, la exigencia de que las condiciones necesarias para la participación política –las exigencias de legitimidad– se encuentren satisfechas. La imposición de un esquema institucional ilegítimo engendra en quienes tienen la posibilidad de participar políticamente –porque son puestos por el esquema institucional en el rol de *autor*– el deber de garantizar dicha posibilidad a todos a quienes se aplica.

Quienes somos puestos –como es mi caso y supongo que el de la mayoría de los lectores– en el rol de *autores* por un esquema institucional que aliena a otros, tenemos el deber moral de utilizar todos los mecanismos institucionales de participación para lograr que los excluidos sean tratados como *autores*. No obstante, el recurso de la Rebelión Fiscal nos está vedado. A diferencia del excluido no está justificado que yo afirme a través de mi acto de Rebelión: “este esquema institucional que excluye a otros no es mío, su imposición coercitiva sobre mí es inmoral y debe ser reformado”. Por el contrario, el esquema ilegítimo que me pone en el rol de *autor* es mío. Soy yo –y todos aquellos que tienen satisfechos sus intereses de *autoría*– el que coacciona a través del esquema institucional ilegítimo a quienes se encuentran alienados. Es sobre mí que pesa la responsabilidad por la afrenta que la coacción les infringe y es a mí a quien el excluido dirige su acto de Rebelión. Pienso que la creencia de que quienes no estamos excluidos podemos

participar en actos de protesta –adhiriendo al reclamo de otros– se asienta en la falta de conciencia de que es a nosotros a quienes se dirige el reclamo.

La Rebelión Fiscal es la forma extrema de discurso político que utiliza aquel a quien el esquema institucional no le concede voz. A quien no puede hablar con palabras sólo le queda expresarse a través de acciones. La Rebelión es el discurso político rudimentario del que no tiene disponible ninguna otra forma de discurso, esto es, de aquel que no tiene una voz audible por el esquema institucional. El deber moral de quienes sí tenemos una voz audible no es utilizar el recurso rudimentario del silenciado. Tampoco es nuestro deber ser su voz. El excluido no es un incapaz que necesita nuestra representación. Nuestro deber es levantar nuestra voz – utilizar todas las herramientas institucionales a nuestro alcance– para reclamar que la suya sea audible.

Supongamos que en el ejemplo de las retenciones agropecuarias que hemos estado utilizando existe un esquema institucional en donde lo recaudado por los tributos no es utilizado para garantizar que todos los ciudadanos tengan lo mínimo necesario para estar libre de la pobreza extrema. El esquema no trata a estas personas como *autores* y, por tanto, no es legítimo. Supongamos, adicionalmente, que aquel sobre quien recaen las retenciones sí tiene garantizado los derechos y recursos mínimos necesarios para que sus intereses de *autoría* se encuentren satisfechos. ¿Puede quien soporta la retención incumplir con su obligación tributaria y resistirse a su ejecución coactiva argumentando que el esquema es ilegítimo? La respuesta es no. El esquema que de modo ilegítimo se impone sobre otros es de su *autoría* y, por ende, no tiene derecho a resistirse a la ejecución coactiva. Quien sí puede resistirse a la aplicación coactiva del esquema tributario es aquel que no tiene los recursos mínimos para subsistir.¹²

La exigencia de que el acto de Rebelión Fiscal sea llevado adelante por quienes padecen el déficit moral del esquema institucional conduce a que sólo un conjunto de ciudadanos –los excluidos– se encuentren justificados en rebelarse. Esta conclusión no se sigue para el caso de Desobediencia Civil Fiscal. Si un esquema es injusto cualquier ciudadano puede ser un Desobediente. La razón de ello es la siguiente. Aunque los esquemas institucionales pueden ser más o menos injustos, la injusticia afecta a todos a quienes se aplica. Mientras un esquema institucional ilegítimo puede alienar a algunos, a la vez que trata a otros como *autores*, si un esquema institucional injusto entonces lo es con relación a todos los ciudadanos y por ende todos pueden protestar en contra de la injusticia que

¹² Cuando el esquema es ilegítimo por no garantizar los mínimos de subsistencia, es probable que los únicos tributos que debe pagar quien se encuentre en la situación de necesidad económica sean impuestos indirectos al consumo. Puesto que es impracticable que el contribuyente desobedezca este tipo de normas tributarias, los actos de protesta social fiscal deberán ser indirectos.

padecen. Este extremo generalmente no se advierte porque se piensa que quien recibe mayores derechos y recursos de los que en justicia le corresponden no es víctima de la injusticia. Las víctimas de la injusticia serían sólo aquellos que reciben menos de lo debido. Concluir esto es no advertir que la justicia puede ser vulnerada tanto por exceso como por defecto. Tanto si recibo más de lo que me es debido como si recibo menos, estoy padeciendo una injusticia.

De esto no se sigue que quien recibe más de lo debido y quien recibe menos padezcan lo mismo. Quien recibe menos padece dos males, el mal de la injusticia y el de la carencia de recursos y derechos. Quien recibe más padece sólo uno, el de la injusticia. Lo importante es que en ambos casos el mal de la injusticia que ambos padecen es idéntico. Aunque es usual hablar que algunas personas se benefician y otras se perjudican de la injusticia, creo que lo correcto es decir que la injusticia perjudica a todos. Por esta razón, cualquiera que viva en un esquema institucional injusto es víctima de la injusticia y –si se satisfacen otras condiciones– se encontraría justificado a recurrir a la Desobediencia Civil para expresar su opinión crítica.

Una exigencia moral adicional que pesa sobre los actos de Desobediencia Civil Fiscal y no se aplica a los supuestos de Rebelión Fiscal, es que antes de apelar a la Desobediencia deben haberse agotado las vías ordinarias de participación. No está moralmente justificado utilizar el recurso extremo de la Desobediencia como mecanismo para transmitir una opinión política acerca de la injusticia del sistema tributario, si no se ha intentado peticionar a las autoridades, ejercitar el voto, formar una corriente política, postularse como candidato, etcétera. Sólo si todos estos mecanismos normales de expresar las propias ideas han fracasado, entonces está justificado apelar a la Desobediencia. No sucede lo mismo en algunos supuestos de Rebelión Fiscal. Cuando el sistema tributario es ilegítimo porque no es sensible a las opiniones e intereses de los ciudadanos, porque el esquema institucional no garantiza ciertos derechos y libertades políticas, no puede exigirse que los medios ordinarios de participación hayan sido utilizados. La razón de la Rebelión en estos casos es que justamente estos medios ordinarios que confieren legitimidad al sistema no existen.¹³

¹³ Un caso más problemático se presenta cuando el sistema tributario no es legítimo porque las otras exigencias de legitimidad no están satisfechas. Pienso que si los ciudadanos no tienen garantizados los recursos y derechos que vuelven racional su aceptación voluntaria del esquema institucional, o no tienen acceso a los cargos públicos, pero sí existe un mecanismo de consulta de sus opiniones e intereses, entonces deben agotar los mecanismos ordinarios. Su resistencia a la aplicación coercitiva del sistema tributario está justificada aunque estos mecanismos no hayan sido utilizados –porque el sistema es ilegítimo– pero no está justificado utilizar el acto de resistencia como un modo extraordinario de expresar la opinión política si los mecanismos ordinarios no han sido agotados.

V. Conclusión

Tanto las instituciones tributarias como las conductas que los individuos llevan adelante dentro de éstas, pueden ser objeto de evaluación moral. Por lo que respecta a las instituciones, tres son los criterios que pueden utilizarse para evaluarlas: el criterio de justificación moral, el de legitimidad y el de justicia. Que las instituciones tributarias estén moralmente justificadas, sean legítimas o justas, implica que sobre las conductas personales de los ciudadanos pesan ciertos requerimientos morales. Si las instituciones están moralmente justificadas, tienen el deber de no contribuir a su socavamiento, esto es, a no trabajar activamente para su desaparición. Si son legítimas, entonces les pertenecen en tanto son sus *autores*, y no tienen derecho a resistirse a su imposición coactiva. Finalmente, si son justas entonces adicionalmente tienen el deber de obedecerlas de modo voluntario.

Por el contrario, si las instituciones no están moralmente justificadas, son ilegítimas o injustas, entonces la desobediencia y la resistencia a su imposición coercitiva es moralmente permisible. Estos actos de desobediencia y resistencia pueden adicionalmente ser utilizados como una forma de expresar un discurso político. En el caso de la Protesta lo que se denuncia es el carácter moralmente injustificado de los tributos. La Rebelión Fiscal y la Desobediencia Civil fiscal denuncian respectivamente su ilegitimidad y su injusticia.

El carácter político de estas acciones, por un lado, y el concebir a la *legitimidad como autoría*, por el otro, determina que a ellas se les apliquen exigencias morales adicionales. Una exigencia general que se aplica tanto a la Protesta como a la Rebelión y la Desobediencia es que quien la lleva adelante debe creer que sus conciudadanos comparten con él los mismos valores políticos básicos con respecto a cuando el esquema institucional está justificado, es legítimo o justo. Quien realiza actos de desobediencia o resistencia sin esta convicción no formula un discurso político en ningún sentido. A lo sumo se tratarán de actos de chantaje que intentan obtener algo de sus conciudadanos mediante la fuerza de negociación antes que por la fuerza de la argumentación.

Junto con esta exigencia general existen cuatro exigencias que específicamente se aplican a la Rebelión Fiscal: a) que el esquema sea claramente ilegítimo, porque no trata a algunos ciudadanos como *autores*; b) que el acto de Rebelión sea generalizable; c) que sea idóneo para transmitir la opinión política de que el esquema tributario es ilegítimo; d) que sea llevado adelante por quienes no son tratados como autores. El acto de Rebelión es el discurso político extremo que quien no tiene voz le dirige a aquellos que sí la tienen. Sólo los silenciados se encuentran justificados de hacer uso del mismo.

Bibliografía

NAGEL, Thomas y MURPHY, Liam (2002), *The Myth of Ownership Taxes and Justice*. Oxford: Oxford University Press.

SELEME, Hugo Omar (2010), “La legitimidad como autoría”. *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo, Brasil.

——— (2011), “The Moral Irrelevance of Global and International Inequality”. *The Journal Jurisprudence*.

GARZÓN VALDEZ, Ernesto (1981), “Acerca de la Desobediencia Civil”. *Sistema* 42.

Banco Mundial y Asignación Universal por Hijo: pobreza, derechos sociales y condiciones

Horacio Javier Etchichury

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). LL. M. (Master of Laws), Yale Law School, New Haven, Estados Unidos. Abogado y licenciado en Comunicación Social, UNC. Investigador Asistente, CONICET. Profesor de Derecho Constitucional, de Introducción al Derecho y de Epistemología de las Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

0. Introducción

En el presente trabajo analizamos la participación del Banco Mundial (BM) en la aplicación de una política contra la pobreza de gran alcance: la Asignación Universal por Hijo (AUH). En primer lugar, describimos (1) al BM y su relación con la Argentina. Luego, caracterizamos (2) las Transferencias Monetarias Condicionadas (TMC) como política, y nos detenemos en la AUH como un caso específico. Finalmente, señalamos (3) las cuestiones constitucionales que se plantean en torno a esta institución, en particular con respecto al derecho a la igualdad.

1. El Banco Mundial y las políticas contra la pobreza

El llamado “Grupo Banco Mundial” abarca un conjunto de instituciones entre las que se destacan el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), que toma recursos del mercado internacional de capitales, y la Asociación Internacional del Desarrollo (AID), que los toma de los países donantes y del BIRF. Más del 50% de los recursos, en el último cuarto de siglo, provino de Estados Unidos, Japón y Alemania (Abouharb y Cingranelli, 2007: 35). En este trabajo hablaremos de “Banco Mundial” o “BM” haciendo referencia al BIRF.

Fundado en 1944 junto al Fondo Monetario Internacional (FMI) en la Conferencia de Bretton Woods, el BM surge para promover la reconstrucción europea luego de 1945. Hasta 1956, casi dos tercios de sus préstamos se emplean

en países de Europa. Más tarde, hasta fines de la década de 1960, el Banco continúa su misión con los países en desarrollo. Impulsa la industrialización y las obras de infraestructura en Latinoamérica. A partir de 1968, en que Robert McNamara asume la presidencia del BM, el foco central de la institución pasa a ser la pobreza: se financian proyectos agrícolas y educativos, por su probable impacto positivo sobre la pobreza (Corbalán, 2002: 67-68). Hasta 1980, el Banco otorga créditos para proyectos específicos (diques, plantas de energía); luego se dedica a programas de ajuste estructural, de alcance mucho más amplio, que impulsan el comercio y la inversión orientada a exportar (Abouharb y Cingranelli, 2007: 58). Se trata de los créditos basados en políticas (*policy-based lending*). A través de estos créditos, el Banco vuelve a los primeros planos en el gerenciamiento de fondos destinados a los países en desarrollo (Corbalán, 2002: 68). A partir de 1999, los préstamos de ajuste estructural se convierten en los más frecuentes del BM, superando a los que se aplican a proyectos concretos u obras de reconstrucción, que deberían ser la regla, según las normas fundantes del Banco (Abouharb y Cingranelli, 2007: 63).

No se gobierna según un principio de voto igualitario para cada Estado. Por el contrario, las decisiones se toman por voto ponderado, donde cada país vota de acuerdo (aproximadamente) a los fondos que aporta. Estados Unidos posee 16,8% de las acciones en el BM y el FMI; los países del G8 reúnen el 44% en el BM y 47% en el FMI (Abouharb y Cingranelli, 2007: 108).

El BM, al igual que el FMI, establece reformas y políticas para países en vías de desarrollo a través de “acuerdos” y “condicionalidades” expresados como un conjunto de políticas que el país receptor del crédito deberá ejecutar. Consisten generalmente en un grupo de medidas de carácter liberal en lo económico, que apuntan a que el orden socioeconómico se oriente, principalmente, por las leyes del mercado (Pautassi, 2001: 141). Sin embargo, las constantes críticas a estas propuestas conducen a que en 1989 el presidente del BM, Lewis Preston, establezca la reducción de la pobreza como objetivo. Esto da lugar a la “segunda generación” de ajustes estructurales (Abouharb y Cingranelli, 2007: 63), que exigen protecciones para los sectores más pobres.

La relación de Argentina con el BM

Nuestro país se une al BM en 1956, iniciando un vínculo que creció en intensidad (Corbalán, 2002: 75 y ss.). El primer préstamo, concedido en 1961, se destina a la construcción de rutas, pero en las dos décadas siguientes los créditos no tienen demasiada relevancia ni frecuencia. Tras la restauración democrática de 1983, el gobierno argentino busca apoyo técnico y financiero del Banco, con el objetivo de reformar el sector público. A partir de la asunción de Carlos Menem, el BM multiplica los préstamos otorgados. Con ellos se financia el programa de “reforma del Estado” (ley 23.696, de agosto de 1989). Junto con el Banco Interamericano

de Desarrollo, el BM aporta 650 millones de dólares entre 1991 y 1992, para afrontar la salida de 120 mil empleados públicos. Otros préstamos se destinan a proyectos de “reforma estructural”, incluyendo reformas del Estado en provincias y municipios; siempre se siguen las pautas del programa nacional (privatizaciones, reducción de personal, etcétera). Finalmente, algunas líneas de préstamo se asignan a programas sociales y educativos, y a otras áreas de la actividad estatal.

En muchos casos, los vaticinios del BM sobre progreso y crecimiento no se verifican. Así, los países que ajustan no crecen (o crecen a un ritmo demasiado lento), eliminan o reducen inversión en salud, infraestructura y educación. A la vez, sus deudas externas siguen aumentando (Abouharb y Cingranelli, 2007: 3-10). Una publicación técnica del BM fechada en 1990 admite que luego de nueve años de políticas de ajuste, “pocos resultados claros se han obtenido en cuanto al éxito de estos programas” (Ribe et al., 1990: 2). Aún así, sigue promoviéndose el crecimiento a través del ajuste estructural, que se basa en la noción de reducir el Estado ampliando el mercado (Abouharb y Cingranelli, 2007: 235).

Abouharb y Cingranelli, en un estudio empírico sobre la cuestión, demuestran que los programas de ajuste estructural del BM y el FMI debilitan el respeto por los derechos humanos (más allá de que la intención de ambas instituciones pueda ser diferente¹) (2007: 230). Especialmente resultan afectados los derechos económicos y sociales, sobre todo de los más pobres (Abouharb y Cingranelli, 2007: 137; 234-235). Conklin y Davidson, al analizar el caso argentino, coinciden en esa conclusión. Afirman que en el corto plazo el costo de las medidas de estabilización del FMI golpean más a los asalariados y los pobres; eso ha llevado a una baja en el nivel de vida, a causa de la menor satisfacción de necesidades básicas (Conklin y Davidson, 1986: 284 y ss.). Se violenta así el principio de progresividad del Pacto (art. 2), y también el derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11).

Según las estadísticas² elaboradas por Abouharb y Cingranelli, la privatización genera despidos (en el caso argentino, afectando la estabilidad garantizada en el art. 14 bis de la Constitución). La flexibilización laboral perjudica los derechos de las personas que trabajan; el aumento de la tasa de interés impulsa el desempleo (2007: 11-12), en un claro recorte del derecho al trabajo (art. 6 del Pacto). A partir de los datos³, Abouharb y Cingranelli muestran que cuanto más se prolonga el

¹ Véase también Darrow (2003: 69), describiendo las conclusiones en el mismo sentido de un experto independiente perteneciente a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

² Estos autores toman el PQLI (*Physical Quality of Life Index*) como medida del respeto a derechos económicos y sociales: se basa en combinar la mortalidad infantil, la expectativa de vida al año de nacido y la tasa de analfabetismo; véase Abouharb y Cingranelli (2007: 142).

³ Los autores usan datos del informe anual sobre derechos humanos del Departamento de Estado norteamericano; allí se registran los derechos laborales esenciales de la Organización

ajuste estructural, menos se respetan los derechos laborales en un país, aun si el crecimiento económico se acelera (2007: 185; 200). Los informes de SAPRIN (*Structural Adjustment Participatory Review International Network*) señalan, en 2004, que las reformas laborales, los despidos por privatizaciones y la reducción de actividades trabajo-intensivas debilitaron la posición de los trabajadores. En consecuencia, disminuyeron el empleo y el salario, y la distribución del ingreso perdió equidad (SAPRIN, 2004: 107-109).

Los derechos sociales también sufren afectaciones por otras políticas. Es fácil recordar, como ejemplo, los congelamientos y recortes salariales (como el “déficit cero” pactado con el FMI en 2001) (Morgan-Foster, 2003: 598). Las políticas sociales “focalizadas”, dirigidas a grupos específicos de la comunidad, pueden alterar la progresividad en la vigencia de los derechos. Arancelar salud y educación⁴, a su turno, erige barreras contra el acceso al ejercicio de estos derechos.

2. Las TMC y el caso de la AUH

En general, las TMC consisten en programas sociales que entregan periódicamente una suma de dinero en efectivo al jefe o jefa de familia, siempre que se cumplan ciertas actividades o condiciones respecto de hijos e hijas. Por ejemplo, pueden fijarse como requisitos completar el calendario de vacunas obligatorias, o enviar regularmente los niños a la escuela. Se imponen límites al comportamiento de los beneficiarios. A diferencia de la noción de “derecho”, en las TMC (en tanto “beneficio”) la regla es el acceso condicionado, y no el acceso universal y sin condiciones.

Existen diversas modalidades para esta política, según la extensión de la comunidad a que llegue, y la clase y cantidad de condiciones exigidas. Los esquemas de algunos países incluyen amplios sectores de la población, como ocurre en Brasil a través del programa *Bolsa Família*. Este sistema abarca, según datos provistos por el Ministerio de Desarrollo Social brasileño, a más de 13 millones de familias⁵. Chile, en cambio, abarca sólo al grupo más pobre (“la población más vulnerable del país”, según se describe en los folletos oficiales del programa *Chile Solidario*⁶).

Internacional del Trabajo más la existencia o no de condiciones aceptables de trabajo. También aclaran que no toman en cuenta los índices de desempleo ni el nivel de salarios, y tampoco analizan el sector informal; véase Abouharb y Cingranelli (2007: 196; 199).

⁴ Véase, por ejemplo, Banco Mundial (1994: 31).

⁵ Véase <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia>.

⁶ Véase <http://www.chilesolidario.gob.cl/sist/sist2.php>.

El BM explica que la creciente implementación de las TMC ha mejorado la calidad de vida de las familias pobres, aumentando el consumo (Fiszbein et al., 2009: 2). Sin embargo, cabe señalar que estas transferencias, por sí mismas, no incrementan la infraestructura educativa o de salud. Trabajan sobre la base de lo existente; ampliar el sistema exige otras políticas. A la vez, las TMC parten de suponer que la pobreza deriva de una “falta de capital humano”, esto es, de una insuficiente escolarización, o de un deficiente cuidado de la salud, por citar dos ejemplos. Para remediar esa falta, se provee un mecanismo de acceso (el dinero). No se habilita la discusión sobre la justicia o injusticia de la estructura económica donde la pobreza surge y crece (Ramírez Herrera, 2008: 7).

El caso argentino: la AUH

A través del Decreto de Necesidad y Urgencia 1602/2009⁷ la Presidenta creó la AUH. Consiste en un pago mensual por cada hijo o hija menor de 18 años, hasta un máximo de cinco hijos por familia. Se entrega a cada madre o padre que esté sin empleo, o que tenga un trabajo en el sector informal, siempre y cuando no gane una cifra superior al salario mínimo, vital y móvil. Empezó a regir el 1 de noviembre de 2009 y actualmente cubre a 3.600.000 niños y niñas, según información emitida por ANSES⁸.

Esta asignación se presenta como una ampliación o extensión de una institución preexistente: las Asignaciones Familiares (AF), que se pagan a personas con empleo formal y un salario inferior a cierta cifra límite. A través del Decreto 1602 se incluye bajo un beneficio aparentemente similar a quienes carecen de trabajo registrado. Como veremos, las condiciones y requisitos no son idénticos para los trabajadores con un empleo formal.

Para la creación de la AUH, el Gobierno argentino recurrió a la asistencia del BM. A través del préstamo LN 7703-AR⁹, el Banco otorgó 450 millones de dólares para financiar la implementación de la AUH, entre otras medidas de protección social (Banco Mundial, 2011: 2). El monto prestado representó, en su momento, el 35% de los 1270 millones de dólares dedicados al proyecto de protección social. En 2011, el Banco otorgó un préstamo adicional, de 480 millones de dólares¹⁰. Sin

⁷ BO, 30 de octubre de 2009.

⁸ Véase <http://www.anses.gov.ar/autopista/asignacion-universal-hijo>.

⁹ Texto oficial del acuerdo para el préstamo, disponible en: <http://go.worldbank.org/VTF6V1O8W0>.

¹⁰ Véase el comunicado de prensa emitido por el BM, con fecha 10 de marzo de 2011, disponible en: <http://go.worldbank.org/AZ1J1ZKCP0>.

embargo, la importancia relativa de este crédito es mucho menor (inferior al 10% del total destinado a las medidas). El financiamiento principal proviene ahora de fondos estatales.

Según el BM, la AUH representó un paso importante en el proceso de cierre del sistema basado en el Plan Jefes y Jefas de Hogar, surgido tras la crisis de 2001. Argentina buscaba reemplazarlo con un esquema más estable, centrado en dos planes principales: 1) Seguro de Capacitación y Empleo, y 2) Asignaciones Familiares (de trabajadores formales, no formales y desempleados) (Banco Mundial, 2009: 3-6).

3. Cuestiones constitucionales

La AUH representa, entonces, una política de amplio alcance, con un impacto superior al de medidas anteriores. Su financiamiento se apoya, parcialmente, en fondos del BM. En este apartado, analizaremos la AUH a la luz del derecho constitucional a la igualdad.

Por exceder el eje central de este trabajo, no analizaremos otro importante aspecto constitucional. Nos referimos a la viabilidad misma de un esquema de TMC como garantía de derechos sociales. Como ya señalamos, la noción de “derecho” resulta difícilmente compatible con la de “condiciones”. Si bien todo derecho puede reglamentarse, las condiciones que excluyan del goce de un derecho merecen una discusión profunda acerca de su razonabilidad (CN, 28). No haremos aquí ese análisis, sino que –aun aceptando la “condicionalidad”– consideraremos su ajuste a la igualdad como derecho¹¹.

Esta revisión no implica, por supuesto, desconocer todas las consecuencias y efectos positivos de la implementación de la AUH. Entre ellos, se han informado el aumento de la matrícula escolar, el regreso de estudiantes que habían abandonado las aulas y la mejora en el consumo de las familias beneficiadas¹².

En principio, observamos que hay desigualdad en el trato dado a las personas beneficiarias de las asignaciones familiares. Las condiciones exigidas para recibir

¹¹ Tampoco analizaremos aquí otra cuestión constitucional, a saber, la legitimidad de la vía adoptada para la creación de la AUH. No parece haber razones que justifiquen la utilización del Decreto de Necesidad y Urgencia en este caso. Ni la lectura de los considerandos del decreto ni el panorama político y social de octubre de 2009, nos aportan elementos que demuestren la existencia de “circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes” (CN, 99 inc. 3). En principio, consideramos que esta asignación debía crearse por ley del Congreso.

¹² Una compilación de informes sobre el particular elaborados por universidades públicas argentinas puede hallarse en Ministerio de Educación, 2011.

la AUH son distintas a las requeridas para cobrar la AF. Así, las personas desempleadas o sin trabajo formal reciben un trato diferente al dado a quienes sí tienen trabajo registrado. A continuación, exponemos las diferencias:

1) En el máximo de ingresos admitido:

Toda persona con trabajo formal cobra AF siempre que su sueldo sea inferior a 5200 pesos¹³. En cambio, quienes cumplen tareas en el sector informal no reciben AUH si ganan más que el salario mínimo, vital y móvil¹⁴, actualmente fijado en 2300 pesos¹⁵.

Quien tiene un empleo informal y gana entre 2301 y 5200 pesos no cobra una asignación que sí recibe quien posee empleo registrado. Este trato desigual no parece justificado: la informalidad no puede utilizarse para castigar a la parte obrera; acarrea, en todo caso, una sanción para la patronal.

Esta primera diferencia viola el derecho a la igualdad real de oportunidades y de trato (CN, 16 y 75 inc. 23). Se niega a unos hijos lo que se reconoce a otros, sin explicitar qué fines podrían justificar la imposición de tal diferencia, en caso de que resultara razonable (CN, 28), esto es, proporcional como medio para la finalidad buscada.

En tanto el Estado argentino no aporta las razones justificatorias, los límites trazados por el DNU resultan inconstitucionales.

2) En el requisito de nacionalidad:

La AF se entrega por todo hijo soltero menor de 18 años que viva en Argentina. En el caso de la AUH, se añade un requisito de nacionalidad: el hijo debe ser argentino. Si se trata de un hijo extranjero, aparece una condición adicional: tres años o más de residencia legal¹⁶.

Esta exigencia, por supuesto, resulta cuestionable no sólo a la luz del derecho general a la igualdad, del modo ya explicado en el apartado anterior. En particular, resulta difícil de sostener frente a la clara previsión del art. 20 de la CN. Allí se garantiza a las personas extranjeras “todos los derechos civiles del ciudadano”. No

¹³ Tope salarial fijado por Decreto 1482/2011; véase <http://www.anses.gov.ar/trabajadores-actividad/asignaciones-familiares/montos.php>. Cabe señalar que existe una escala, según la cual disminuye el monto de la AF a medida que aumenta el salario (en tanto no exceda el límite máximo de 5200 pesos).

¹⁴ Decreto 1602/2009, art. 2.

¹⁵ Resolución 2/2011 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, dictada con fecha 26 de agosto de 2011 y publicada en *BO*, 30 de agosto de 2011.

¹⁶ Decreto 1602/2009, art. 6.

se ven, en los considerandos del DNU, las razones alegadas para introducir un trato diferente basado en la nacionalidad de las personas.

La situación se agrava si consideramos que se trata de niños (es decir, menores de 18 años), sujetos especialmente protegidos en el marco constitucional argentino (art. 75, inc. 23 CN, y Convención de los Derechos del Niño, dotada de jerarquía constitucional).

3) En las condiciones exigidas:

Como ya señalamos, resulta discutible la noción misma de “condiciones” al momento de reconocer un derecho. Sin embargo, aquí nos concentramos en otra cuestión: la desigualdad en dichas condiciones.

Por una parte, el trabajador formal sólo debe brindar información sobre fecha de nacimiento y CUIT correspondientes a sus hijos o hijas para poder recibir las AF. En cambio, quien desee cobrar la AUH debe presentar constancias de exámenes de salud periódicos y de aplicación de las vacunas; y a partir de los cinco años, certificados de escolaridad pública¹⁷. En síntesis: una persona debe acreditar o no el cumplimiento de ciertas pruebas médicas y la asistencia a la escuela, según se trate de empleados informales o formales. Una vez más, el trato desigual se funda en una circunstancia ajena a la voluntad de la persona. Se afecta, también aquí, el derecho a la igualdad.

La diferencia, por otra parte, presenta un aspecto estigmatizante. La exigencia de certificados en un caso implica un supuesto: que un trabajador no registrado es más proclive a no enviar sus hijos a la escuela o a no cuidar la salud de ellos. Por eso el Estado le exige sólo a quien recibe la AUH la presentación de constancias. Quien tiene empleo formal, en cambio, no necesita probar esas conductas; el Estado presupone que sí las cumple. Estos supuestos diferenciados se encarnan en el texto del DNU, que establece el trato desigual sin justificaciones. No se proveen razones para entender por qué el Estado sostiene estas ideas acerca de los trabajadores informales.

4) En el número de hijos:

La persona con empleo registrado recibe AF por cada uno de sus hijos o hijas, sin límite de cantidad. Por el contrario, la AUH sólo cubre hasta cinco hijos¹⁸. A modo de ejemplo, una familia con seis hijos obtendrá, en concepto de AF, un total

¹⁷ Decreto 1602/2009, art. 6.

¹⁸ Decreto 1602/2009, art. 5.

de 1620 pesos (270 pesos por cada menor de 18 años). Si se halla bajo el régimen de AUH, el monto desciende a 1350.

Aquí se plantean dos cuestiones distintas en relación con el derecho a la igualdad. En primer lugar, hay un trato desigual entre los trabajadores registrados y no registrados, ya que los primeros pueden recibir (a igual número de hijos) una cifra mayor en concepto de asignaciones familiares. En segundo término, se da un trato diferente a los hijos de los trabajadores informales, cuando son más de cinco. Los primeros cinco reciben asignación, mientras que a partir del sexto quedan excluidos, sin que se hayan ofrecido razones que justifiquen tal distinción.

Todas estas diferencias se hallan previstas también en los documentos del BM que analizan la conveniencia de los créditos otorgados. Esto no resulta sorprendente, ya que el Banco no diseña sus políticas ni evalúa sus proyectos a partir de los tratados internacionales de derechos humanos¹⁹, que consagran la igualdad entre otros derechos. La preocupación del BM pasa más bien por la eficacia de una política; en particular, analiza también su viabilidad política. En este sentido, una obra editada por el Banco sobre las TMC destaca que la inclusión de “condiciones” hace más fácil lograr el apoyo político de quienes no reciben esa asistencia (Fiszbein et al., 2009: 2). En otras palabras: las clases medias y altas se inclinan con mayor probabilidad a tolerar o sostener programas sociales que exijan alguna conducta de parte de la población beneficiaria.

La cuestión constitucional en materia de igualdad, en síntesis, puede describirse como sigue²⁰. El sistema trata de modo desigual a dos grupos de trabajadores: los registrados y los no registrados. Al segundo grupo le fija un máximo salarial admisible más bajo que al primero (salario mínimo vital y móvil, en un caso, y una cifra casi dos veces mayor, en el otro). Los hijos del segundo grupo deben reunir un requisito de nacionalidad (o de residencia) no exigido a los hijos del otro grupo. Los trabajadores no registrados deben cumplir con condiciones (presentar certificados de salud y de escolarización) que no se requieren a los trabajadores formales. Finalmente, hay un límite en el número de hijos de trabajadores no registrados que pueden recibir asignación; esa barrera no existe en el otro grupo.

¹⁹ Véase Darrow (2003).

²⁰ Una crítica similar por el trato desigual puede hallarse en el informe alternativo presentado en 2011 por organizaciones de la sociedad civil ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Dicho informe, junto a los de otras entidades, está disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/cescrs47.htm>.

Este trato desigual podría entenderse como una reglamentación (en el caso) del derecho a la igualdad. Por lo tanto, corresponde al Estado demostrar la razonabilidad (CN, 28) de las diferencias introducidas. Ello exige guardar proporcionalidad al momento de limitar derechos por vía reglamentaria. Debe existir relación entre “los medios elegidos con los propósitos perseguidos”²¹. María Angélica Gelli sostiene que una decisión razonable debe guardar: 1) una proporción entre los medios y los fines; y 2) una relación causal entre la limitación de derechos y el objetivo buscado (2005: 331). Cabe agregar que los fines también deben ser legítimos desde el punto de vista constitucional. Por lo tanto, cualquier limitación a un derecho debe resultar proporcional al fin buscado.

Esa justificación (o la enunciación de los fines buscados) es la que se halla ausente en el DNU y en sus considerandos. Ante tal omisión, sólo cabe concluir en la inconstitucionalidad de tales distinciones y en la necesidad de asegurar el mismo trato a todos los trabajadores.

Bibliografía

- ABOUHARB, M. Rodwan y CINGRANELLI, David (2007), *Human rights and structural adjustment*. Cambridge, Gran Bretaña: Cambridge University Press.
- BANCO MUNDIAL (1994), *World Development Report 1994: Infrastructure for Development*. Washington DC, EEUU.
- (2009), *Informe N° 47874-AR (Project appraisal document on a proposed loan in the amount of US\$450 million to the Argentine Republic for a basic protection project)*. 4 de mayo, Washington DC, EEUU. [Online: <http://go.worldbank.org/URX1Z8NY70>].
- (2011), *Informe N° 59201-AR (Documento del Proyecto referente a un préstamo adicional propuesto por un monto de US\$ 480 millones para la República Argentina destinado a un proyecto de protección básica)*. 7 de febrero, Washington DC, EEUU. [Online: <http://go.worldbank.org/XUHHFMCOT0>].
- CONKLIN, Margaret y DAVIDSON, Daphne (1986), “The I.M.F. and Economic and Social Human Rights: a Case Study of Argentina, 1958-1985”. *Human Rights Quarterly*, vol. 8, n° 2, mayo, pp. 227-269.

²¹ “Irizar, José M. c/ Provincia de Misiones”, 12 de septiembre de 1996; *Fallos*, 319:1934, voto de la mayoría, considerando 8, con citas concordantes de *Fallos*, 160:247, 171:349 y 243:98.

- CORBALÁN, María Alejandra (2002), *El Banco Mundial. Intervención y disciplinamiento. El caso argentino: enseñanzas para América Latina*. Buenos Aires: Biblos.
- DARROW, Mac (2003), *Between Light and Shadow: The World Bank, the International Monetary Fund and International Human Rights Law*. Portland, EEUU: Hart Publishing.
- FISZBEIN, Ariel et al. (2009), *Panorama general. Transferencias monetarias condicionadas. Reduciendo la pobreza actual y futura*. Washington DC, EEUU. [Online: <http://siteresources.worldbank.org/INTCCT/Resources/5757608-1234228266004/CCTS-Overview-Spanish.pdf>].
- GELLI, María Angélica (2005), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. Tercera Edición*. Buenos Aires: La Ley.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN DE LA NACIÓN (2011), *Análisis y evaluación de los aspectos educativos de la Asignación Universal por Hijo (AUH)*. Ministerio de Educación de la Nación, Buenos Aires. [Online: http://portal.educacion.gov.ar/?page_id=188].
- MORGAN-FOSTER, Jason (2003), “The Relationship of IMF Structural Adjustment Programs to Economic, Social, and Cultural Rights: the Argentine Case Revisited”. *Michigan Journal of International Law*, vol. 24, invierno, pp. 577-646.
- PAUTASSI, Laura (2001), “Estabilización, ajuste estructural y derechos sociales. Acerca de la relación entre orientación política y cambio técnico-económico”. En Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- RAMÍREZ HERRERA, Camilo (2008), “Las transferencias monetarias condicionadas. Un análisis de su implementación desde la perspectiva de los Derechos Sociales”. Ponencia presentada al I Congreso de Ciencia Política, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. [Online: http://congresocienciapolitica.uniandes.edu.co/pdf/descargar.php?f=../data/LINEA%204%20Políticas%20Públicas/MESA%201%20Política%20pública%20y%20descentralización/04_Ramírez%20Camilo%20Linea%204%20Mesa%201.pdf].
- RIBE, Helena, et al. (1990), “How adjustment programs can help the poor. The World Bank’s experience”. *World Bank Discussion Papers*, número 71, Washington DC, EEUU.
- SAPRIN (Structural Adjustment Participatory Review International Network) (2004), *Structural Adjustment: the SAPRIN Report. The policy roots of economic crisis, poverty and inequality*. Londres: Zed Books.

La coparticipación impositiva federal

Antonio María Hernández (h)

Profesor Ordinario de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba. Académico de Número y Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales y del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (2004-2010). Ex Convencional Constituyente de la Nación.

I. La coparticipación impositiva antes de la Reforma Constitucional de 1994

La distribución de competencias efectuada por la Constitución había establecido una separación de fuentes tributarias entre el Gobierno federal y los gobiernos provinciales, con tesoros distintos formados con los tributos respectivos.

Dicho sistema rigió entre 1853-1860 y hasta 1890, cuando se originó una nueva etapa (hasta 1935) caracterizada por la concurrencia de hecho de fuentes tributarias, dado que se crearon los impuestos al consumo por parte del Gobierno federal, que se superponían a los que cobraban las provincias. Esta segunda etapa fue originada en las necesidades del Tesoro Federal, que no podía afrontar los crecientes gastos con el producido de los derechos de importación y exportación. Esta cuestión, a la que se sumó en 1932 el establecimiento de impuestos directos por el Gobierno federal, según la excepción admitida por el art. 67, inc. 2, produjo en 1935 el nacimiento de la tercera y última etapa de coparticipación impositiva entre Nación y provincias.

Una necesidad universalizada de simplificar los ordenamientos impositivos ha impuesto, también en nuestro país, el régimen de coparticipación: la Nación legisla, recauda y reparte en virtud de un convenio con las provincias, y éstas redistribuyen con sus propios municipios.

Bajo este régimen se cobran tributos directos que pertenecen a las provincias pero que la Nación ha podido establecer bajo el sistema de delegación condicionada del art. 67, inc. 2, de la Constitución Nacional; e indirectos concurrentes entre la Nación y las provincias (Frías, 1987: 351).

La constitucionalidad de dicho sistema originó dudas, manifestadas por Jarach, Villegas y Frías —que compartimos en el anterior régimen—, por cuanto la coparticipación no se basaba en la delegación de recaudar que hacían las provincias en la Nación sino en la facultad de legislar en materia impositiva, ya que dicho orden gubernamental fijaba todos los elementos de las obligaciones tributarias (Frías, 1987: 354).

Más allá de la lesión a la Constitución y al federalismo, en las seis décadas siguientes se fue afirmando este sistema por la fuerza política y económica de los hechos.

Los primeros antecedentes legislativos de distribución de impuestos nacionales fueron las leyes 12.139 de unificación de impuestos internos, de 1934; la 12.143 de impuesto a las ventas, de 1935; y la 12.147 de prórroga del impuesto a los réditos, de 1935. La evolución legal posterior es muy compleja y excede el presente análisis, por cuya razón remitimos al interesante estudio efectuado por Oscar Cetrángolo, Laura Delfino y Juan Pablo Jiménez (1996^a), aunque vamos a señalar las leyes más importantes que sucesivamente se fueron dictando.

La ley 12.956 de distribución de impuestos nacionales, de 1947, disponía una distribución primaria de la recaudación del impuesto a los réditos, a las ventas, a las ganancias eventuales y a los beneficios extraordinarios del 79% para la Nación y del 21% para las provincias y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. La distribución secundaria entre las provincias y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires correspondía un 19% de acuerdo a estos índices: 30% por población, 30% según los gastos presupuestados, 30% según los recursos percibidos el año anterior y 10% según la recaudación dentro de la jurisdicción de cada provincia de dichos tributos; y el 2% restante de la distribución secundaria, en relación inversamente proporcional a la población.

Luego destacamos la ley 14.390 (del año 1954) de régimen de unificación de impuestos internos, de similares lineamientos que la anterior, y la 14.788 de coparticipación federal del producido de impuestos (1959), que estableció una distribución primaria que aumentaba la participación provincial anualmente en dos puntos, a partir de ese año: 72% para la Nación y 28% para las provincias. En consecuencia, se fijó para 1960 un 70% para la Nación y 30% para las provincias; para 1961 un 58% y un 32% y así hasta 1963, en que correspondió un 64% para la Nación y un 34% para las provincias.

La distribución secundaria distinguía un 75% sobre la base de una tercera parte por cada uno de los siguientes indicadores: población de cada provincia, recursos percibidos por cada provincia y monto de los gastos realizados por cada provincia, y el 25% restante en partes iguales para todas las provincias.

La Nación, de su parte correspondiente, debía entregar un 6% a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

Consideramos de gran importancia este precedente legislativo en la materia, sancionado por el Congreso de la Nación durante la presidencia de Arturo Frondizi. Con una clara decisión de tipo federal, implicó un notorio avance de la participación de las provincias en la distribución primaria, frente al retroceso de la parte del Gobierno federal. Y a ello sumamos los criterios técnicos y objetivos fijados para la distribución secundaria de la coparticipación.

Luego sobrevino la ley de facto 20.221 de coparticipación de impuestos nacionales, de 1973, que en el art. 1 prescribió como masa coparticipable el producido de los siguientes impuestos: a los réditos; ganancias eventuales; tierras aptas para la explotación agropecuaria; regularización patrimonial; posición neta de divisas; parque automotor; ventas; venta de valores mobiliarios; internos; adicional a los aceites lubricantes y sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes. En su art. 2 se indicó como distribución primaria un 48,5% en forma automática a la Nación, un 48,5% en forma automática al conjunto de las provincias que se adhirieran, y el 3% restante, en forma automática, a un Fondo de Desarrollo Regional.

El art. 3 ordenó como distribución secundaria entre las provincias: a) en forma directamente proporcional a la población, un 65%; b) en forma inversamente proporcional a la brecha de desarrollo entre cada provincia y el área más desarrollada del país, un 25%, y c) en forma inversamente proporcional a la densidad de población entre las provincias que no alcanzaran el promedio del conjunto de las provincias, un 10% de cada provincia.

El art. 4 disponía que la brecha de desarrollo de cada provincia era la “diferencia porcentual entre su nivel de desarrollo y el correspondiente al área que comprende a la Capital Federal y a la Provincia de Buenos Aires. Para la determinación del nivel de desarrollo de cada provincia se aplicará el promedio aritmético simple de los siguientes índices: a) calidad de la vivienda, según surja del último censo nacional de viviendas; b) grado de educación de los recursos humanos, según surja del último censo nacional de población; c) automóviles por habitante, correspondientes al año del último censo nacional de población”.

Por el art. 11 se creó un instituto muy importante, la Comisión Federal de Impuestos, con especiales atribuciones sobre la interpretación y aplicación de la ley y con participación de personas especializadas en materia impositiva, en representación de la Nación y de cada una de las provincias adheridas.

El art. 126 instituyó el Fondo de Desarrollo Regional, cuyo objetivo era “financiar inversiones en trabajos públicos de interés provincial o regional, desti-

nados a la formulación de la infraestructura requerida para el desarrollo del país, incluyendo estudios y proyectos”.

Entre 1985 y 1987, al no ratificarse la normativa anterior, rigieron algunos decretos y un convenio financiero transitorio, hasta que finalmente el Congreso sancionó la última ley de coparticipación 23.548, de 1988, cuyas disposiciones principales son las siguientes: en el art. 2 se amplió la masa coparticipable, al incluirse “todos los impuestos nacionales existentes o a crearse”; en el art. 3 se mejoró la participación provincial en la distribución primaria, pues dispuso: a) el 42,34% en forma automática a la Nación; b) el 54,66% en forma automática al conjunto de las provincias adheridas; c) el 2% en forma automática para el recupero del nivel relativo de las siguientes provincias: Buenos Aires, 1,57%; Chubut, 0,14%; Neuquén, 0,14% y Santa Cruz, 0,14%; y d) el 1% para el Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias. En el art. 4 se establecieron los porcentajes correspondientes a cada una de las provincias, a los efectos de la distribución secundaria: Buenos Aires, 19,93%; Catamarca, 2,86%; Córdoba, 9,22%; Corrientes, 3,86%; Chaco, 5,18%; Chubut, 1,38%; Entre Ríos, 5,07%; Formosa, 3,78%; Jujuy, 2,95%; La Pampa, 1,95%; La Rioja, 2,15%; Mendoza, 4,33%; Misiones, 3,43%; Neuquén, 1,54%; Río Negro, 2,62%; Salta, 3,98%; San Juan, 3,51%; San Luis, 2,37%; Santa Cruz, 1,38%; Santa Fe, 9,28%; Santiago del Estero, 4,29%, y Tucumán, 4,94%. En el art. 5 se dispuso que el fondo creado de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias “destinará a atender situaciones de emergencia y desequilibrios financieros de los gobiernos provinciales, y será previsto presupuestariamente en jurisdicción del Ministerio del Interior, quien será el encargado de su asignación”.

Asimismo, destacamos que esta ley ratificó la vigencia de la Comisión Federal de Impuestos en el art. 10, que tan importantes funciones cumplió en esta difícil relación financiera entre Nación y provincias.

Este instrumento legal, sancionado democráticamente por el Congreso en la presidencia de Raúl Alfonsín, que significó un evidente avance para el federalismo ya que se alcanzó la más alta participación provincial en la distribución primaria, sufrió en la presidencia posterior del Carlos Menem una serie sucesiva de modificaciones, tanto por medio de leyes como de decretos de necesidad y urgencia –para nosotros inconstitucionales– que alteraron fundamentalmente la situación, en perjuicio evidente del conjunto de las provincias ¹.

¹ Para un análisis circunstanciado de dichas modificaciones legales, véase el trabajo de Cetrángolo, Delfino y Jiménez (1996), “Antecedentes normativos del régimen de coparticipación federal de impuestos”, págs. 37 a 44.

Como veremos, se utilizó el expediente de las “asignaciones específicas” para detraer fondos de la coparticipación impositiva federal y así se fue aumentando progresivamente la parte correspondiente al gobierno federal.

Señalamos como ejemplo el decreto 2733/90 de impuesto sobre los combustibles líquidos, del que se destinó el 90% al financiamiento del sistema nacional de previsión social y sólo un 10% a la coparticipación según la ley 23.548. Otros ejemplos se observan en la ley 23.905 de modificación de diversos impuestos, de 1991, que afectó la coparticipación en el impuesto a la venta, compra o permuta de divisas y en el impuesto a los activos, detrayendo en un 90% y en un 50% lo correspondiente a las provincias respectivamente; la ley 23.966 de financiamiento de la previsión social, de 1991, que creó el impuesto sobre bienes personales no incorporados al proceso económico existente al 31 de diciembre de cada año, situados en el país y en el exterior, cuyo producido se destinó en un 90% para financiamiento del régimen de previsión social y sólo el 10% para los gobiernos provinciales y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y que también modificó el IVA destinando un 11% de su producido también a la previsión social, entre otras alteraciones a otros tributos y a su coparticipación. Y por último, la ley 24.073 de modificación de varios impuestos, de 1992, que principalmente modificó el destino de la recaudación del impuesto a las ganancias detrayendo la participación del conjunto de las provincias en un 16%, del que le correspondió un 10% al Fondo de Financiamiento de Programas Sociales en el Conurbano Bonaerense.

A estas graves alteraciones que perjudicaron a las provincias se agregaron, por un lado, las transferencias de servicios, dispuestas por la ley 24.049, especialmente en educación y salud, y por otro los dos pactos fiscales, el primero del 12 de agosto de 1992 y el segundo del 12 de agosto de 1993.

En el primer pacto las provincias debieron ceder el 15% de la coparticipación para el pago de las obligaciones previsionales nacionales, asegurándose en cambio un piso mínimo de 725.000.000 de pesos mensuales y la remisión de los recursos correspondientes del Fondo Nacional de la Vivienda, del Consejo Federal de Agua Potable y Saneamiento, del Fondo de Desarrollo Eléctrico del Interior y del Fondo Vial Federal.

En el segundo pacto, titulado “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, se obligaba a las provincias a derogar y modificar distintos impuestos de acuerdo a la política impositiva del gobierno federal y a transferir las cajas de jubilaciones al Sistema Nacional de Previsión Social. A su vez, el gobierno nacional garantizaba a las provincias un piso mínimo de 740.000.000 de pesos mensuales.

Para nosotros dichos pactos fueron inconstitucionales, ya que avasallaron las autonomías provinciales y violaron fundamentalmente el art. 104 de distribución de competencias en la federación argentina.

Para comprender el resultado de las modificaciones operadas sobre el sistema de la ley 23.548 basta mostrar que las provincias dejaron de percibir, entre 1992 y 1995, la suma de 13.800.000.000 pesos, que les hubiere correspondido por la aplicación de la ley ².

Asimismo, para terminar de presentar la extraordinaria incidencia de la coparticipación impositiva federal en las finanzas provinciales, debe tenerse presente que dicha clase de recursos había alcanzado un promedio del 50% en las provincias más avanzadas, como Buenos Aires, Santa Fe o Córdoba; mientras que en las más rezagadas, la cifra llegó aproximadamente al 90%, como muestra acabada de la dependencia con respecto al gobierno central.

En esta situación se llegó a la Convención Constituyente de Santa Fe y Paraná de 1994.

II. La coparticipación en la Reforma Constitucional de 1994

En primer término, la Reforma definió con claridad la distribución de competencias entre el gobierno federal y las provincias en relación a los tributos indirectos externos, como nacionales –en el inc. 1 del art. 75–; a los tributos indirectos internos, con carácter de concurrentes –en el inc. 2, primer párrafo, del art. 75–, y a los tributos directos, como correspondientes sólo en forma excepcional al gobierno federal –en el inc. 2, segundo párrafo, del art. 75–, tal como lo habían señalado la doctrina y la jurisprudencia en relación al texto originario.

Inmediatamente después, el inc. 2 del art. 75 estableció como coparticipables a los tributos indirectos internos y a los directos que en forma excepcional recaude el gobierno nacional, salvo la parte o el total de ellos que tengan asignación específica. Esta última cuestión fue objeto de intensas negociaciones, ya que fue un sistema comúnmente utilizado para detraer fondos de la masa coparticipativa perjudicando a las provincias, y por ello se fijaron especiales condiciones en el inc. 3, como oportunamente veremos. Aprovechamos para expresar que tampoco integran la masa coparticipable los tributos que corresponden a las provincias que poseen recursos naturales, por ejemplo regalías petroleras, como una derivación de su propiedad reconocida en el art. 124 de la Ley Suprema.

² Ver los cuadros comparativos basados en datos de la Secretaría de Hacienda de la Nación, elaborados por Oscar Cetrángolo y Juan Pablo Jiménez (1996_p) en el trabajo “El conflicto en torno a las relaciones financieras entre la Nación y las provincias. Segunda parte: desde la ley 23.548 hasta la actualidad”, págs. 26 y 27; así como la opinión coincidente de Alfredo Fólica (1996) en “Comentarios sobre la prórroga del impuesto a las ganancias y del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, pág. 3.

Seguidamente, el inc. 2 dice: “Una ley-convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos”.

Dicha ley-convenio debe cumplir además las siguientes condiciones según la Ley Suprema: 1) El Senado es la Cámara de origen. 2) La sanción debe ser con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. 3) No puede ser modificada unilateralmente. 4) Tampoco puede ser reglamentada. 5) Debe ser aprobada por las provincias. 6) La distribución entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, contemplando criterios objetivos de reparto. 7) Estos criterios deben ser: la equidad, la solidaridad y la prioridad para lograr un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

La incorporación del instituto de la ley-convenio a la Constitución es, para nosotros, una trascendental reforma destinada a afianzar el federalismo de concertación, en uno de los capítulos más conflictivos de la historia argentina: la relación financiera entre Nación y provincias.

La Ley Suprema, en un notable avance, obliga a la concertación: 1) Del Presidente y de los Gobernadores, en primer lugar, y también del Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, pues no se puede soslayar su participación, tanto en el debate sobre la distribución primaria, como luego en la distribución secundaria, como expresamente lo menciona el inc. 2 del art. 75, para formular la base de acuerdos sobre la coparticipación. 2) En segundo lugar, el proyecto de ley-convenio debe recibir aprobación por mayoría calificada –específicamente mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara–, lo que obliga entonces a un alto grado de consenso entre los representantes del pueblo y de las provincias, pues el funcionamiento legislativo indica las dificultades para alcanzar dicho quórum agravado. 3) En tercer lugar, para culminar este trabajoso trámite de la ley-convenio, signada por el consenso y la concertación, debe lograrse la aprobación por parte de cada una de las legislaturas provinciales.

Estos especiales requisitos intentan revertir, por un lado, las simples adhesiones que las provincias debían prestar a la legislación que imponía casi siempre el gobierno central frente a la dependencia de las provincias y, por otro lado, fijar un régimen definitivo con reglas claras que permita un desarrollo equilibrado de la federación, en lugar de la arbitrariedad que ha signado la relación Nación-provincias.

Respecto a la naturaleza de la ley-convenio, Masnatta piensa que es “una norma contractual de derecho intrafederal que se distingue de la generalidad de las leyes”, con “alma de contrato y cuerpo de ley” (1994: 240).

La Constitución ha prescrito la integración de la masa coparticipable con los impuestos indirectos internos y los directos que correspondan a la Nación en forma excepcional, según el inc. 2 del art. 75; pero ha admitido la posibilidad de detracción de una parte o de la totalidad de ellos mediante asignaciones específicas. Sin embargo, como por esta vía se afectó el federalismo³, el inc. 3 del art. 75 ha establecido requisitos especiales para ellas. En efecto, se ordena que las leyes que establezcan o modifiquen asignaciones específicas de recursos coparticipables tengan tiempo determinado y que sean sancionadas por un quórum especial de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Reiteramos que sobre todo este último requisito es muy importante como garantía para las provincias, ya que no es fácil alcanzar dicho quórum en la tarea legislativa, sin un alto grado de consenso⁴. Asimismo, en las arduas negociaciones sobre esta norma, se intentó que el quórum fuera aún más agravado —de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de las Cámaras—, pero finalmente el consenso se logró con la redacción sancionada, que no será la ideal pero que refleja la decisión de los constituyentes de acotar esta modalidad que resultó tan negativa para la coparticipación impositiva.

La reforma ha impuesto criterios de reparto, tanto para la distribución primaria como para la secundaria. En relación a la distribución primaria, entre la Nación por un lado y las provincias y la Ciudad de Buenos Aires por el otro, debemos señalar: a) lo vinculado a asignaciones específicas, recientemente analizadas, y b) “la relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto”, como dice el inc. 2 del art. 75, en una frase que se correlaciona con un párrafo posterior de la misma norma que expresa: “No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires, en su caso”. Resaltamos la trascendencia de este criterio, ya que una de las herramientas del gobierno federal para lesionar el federalismo fue imponer trasferencias de competencias, servicios o funciones a las provincias o a la Ciudad de Buenos Aires, con lo que centralizó recursos y federalizó los déficits.

³ Como antes vimos, y como también lo ha señalado Rodolfo Spisso (1991: 156-157) en casos como la creación del Fondo Transitorio para financiar desequilibrios fiscales provinciales (ley 23.562), o el impuesto sobre intereses y ajustes de los depósitos a plazo fijo en beneficio de determinadas provincias (ley 23.658).

⁴ En nuestro proyecto de reforma constitucional presentado en la Convención Constituyente no preveíamos la posibilidad de leyes de asignación específica, ya que estimábamos que dicho sistema podía lesionar los derechos de las provincias (Hernández, 1995).

Lamentablemente ya sabemos que tampoco se cumplió la Disposición Transitoria Sexta de la Reforma, que indicó como plazo para la sanción de la ley-convenio de coparticipación “antes de la finalización del año 1996”, pero señalamos que este criterio será determinante para el momento de la discusión sobre la distribución primaria, pues muchos servicios han pasado a la órbita provincial e incluso a la municipal en un proceso de descentralización que juzgamos fundamental para el futuro del país y que, en consecuencia, requerirá un aumento del porcentaje correspondiente a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires y después al resto de los municipios.

La disposición transitoria que acabamos de mencionar también insiste en el concepto a que nos referimos, pues prescribe que “la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada”, y asimismo agrega: “tampoco podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación. La presente cláusula no afecta los reclamos administrativos y judiciales en trámite originados por diferencias por distribución de competencias, servicios, funciones o recursos entre la Nación y las provincias”.

Respecto a los términos utilizados en la Constitución, Quiroga Lavié indica:

Una competencia es el ámbito de validez jurídica que habilita a crear o aplicar el derecho. Una función es un rol previsto dentro de la organización administrativa, para conseguir determinados objetivos programados por la administración. Un servicio es una actividad de bien público, los conocidos servicios públicos del derecho administrativo, que, por lo tanto, están sometidos a reglas impuestas por la necesidad de cumplir el servicio, lo cual implica el ejercicio del poder de policía (1996: 350).

Los criterios de reparto para la distribución secundaria entre las provincias y la Ciudad de Buenos Aires deben ser, según la norma constitucional que estamos estudiando: a) objetivos: es decir, exentos de parcialidad, con razonabilidad; b) equitativos: es decir, con justicia en el caso concreto, por ejemplo a mayor capacidad contributiva o poblacional sería equitativa una mayor distribución, como dice Quiroga Lavié (1996: 346); c) solidarios: con ayuda mutua entre las provincias, por ejemplo, redistribución que beneficie a las poblaciones rezagadas (Rosatti, 1994: 242)⁵; y d) prioritarios para el logro de un grado equivalente de desarrollo,

⁵ Y en el mismo sentido, Quiroga Lavié (1996: 346), que coloca como ejemplo la ley 20.221, que reconocía más recursos a las provincias más pobres, de acuerdo a la brecha de desarrollo con la provincia más rica.

calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional: estos claros conceptos, vinculados a los altos propósitos del art. 75, inc. 19, que aspira a ser la nueva cláusula del progreso, con especial énfasis en el “desarrollo humano”, obligan a un gran esfuerzo para corregir los desequilibrios, desigualdades e injusticias de la sociedad argentina.

Estos mismos criterios deben informar la Ley de Presupuesto, como lo indica el inc. 8 del art. 75, y las iniciativas sobre crecimiento armónico de la Nación, poblamiento de su territorio y políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, según lo prescribe el inc. 19 del art. 75.

Compartimos la opinión de Rosatti (1994: 243-244) de que la “calidad de vida” y la “igualdad de oportunidades” indican que la política tributaria “debe tener por destinatario al habitante concreto” antes que a las regiones, donde en todas ellas se advierten elevados índices de pobreza y marginalidad. Pero agregamos que el otro parámetro, “grado equivalente de desarrollo”, refuerza la idea de superar las actuales diferencias entre las provincias y se debe vincular con otra importante reforma: la constitucionalización de las regiones para el desarrollo económico y social⁶.

Para nosotros es de fundamental importancia que se alcance un nuevo sistema de coparticipación sobre estas bases, expresivas de los principios de solidaridad y lealtad federales, esenciales para las federaciones. No se puede desconocer que aún las más ricas y desarrolladas no dejan de presentar asimetrías políticas, económicas y sociales, como se observa por ejemplo en Estados Unidos y Canadá. ¿Acaso son similares los índices que se aprecian en California y Alabama o Mississippi, o en Alberta y Nova Scotia o Newfoundland?⁷

⁶ Para establecer el conjunto de indicadores que requiere la Constitución a través del “criterio objetivo de reparto”, el contador Federico Lannes, que fue ministro de Economía de Tucumán, sugiere tener en cuenta: “(...) la metodología del desarrollo integral y armónico ampliamente explicitada por L. J. Leuret en su *Dinámica concreta de desarrollo* (Ed. Herder, Barcelona). La misma pone énfasis en los análisis de las necesidades y los recursos (posibilidades y potencialidades), arbitra las opciones en función de los valores y prioriza el enfoque y el trabajo multidisciplinario. Fue utilizado en la confección de análisis de situaciones y propuestas de intervención (arbitraje de finalidad) para realidades tan diferentes y complejas como las de Brasil, Vietnam, Líbano, Senegal o Colombia. Complementaría este enfoque con el utilizado por José Luis de Imaz en su libro *Los hundidos* (Edic. La Bastilla), que constituye a mi juicio el trabajo más serio que se ha realizado hasta ahora en la Argentina para medir la marginalidad. La metodología empleada por el Dr. J. A. Cerro (en *Análisis del desarrollo desigual entre la capital y el interior*, Edit. Guadalupe) para analizar las características de las relaciones comerciales interregionales y medir el impacto que causan, en diferentes regiones, cambios en el nivel de gastos exógenos realizados en una determinada región. Esto ayudaría a tener una idea clara sobre el descomunal proceso de transferencia de recursos y de la débil capacidad de retener ingresos por parte de nuestras provincias y regiones”. (“La complejidad logística de formular un nuevo régimen de coparticipación federal por parte del Senado de la Nación”).

⁷ Resulta muy ilustrativo analizar el caso de la federación canadiense, donde las provincias “pobres” (Nova Scotia, New Brunswick, PEI y Newfoundland) reciben más fondos del gobierno

Por ello, también aquí han sido acertados los criterios del constituyente y sobre ellos debe avanzarse para producir un desarrollo más justo, equilibrado e integrado del país. No debe olvidarse la distancia que separa al distrito más rico –la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– de los más pobres –como Santiago del Estero y Formosa–, lo que refleja la magnitud de nuestros problemas y desafíos.

La ley-convenio de coparticipación impositiva no fue sancionada en los plazos fijados, con lo que se verificó una nueva violación a la Constitución. Además de ello, los sucesivos gobiernos han seguido centralizando las finanzas en perjuicio de las provincias.⁸

Más allá de la sentida protesta que efectuamos por esta demora –como hombres de derecho y convencionales constituyentes que trabajamos firmemente en defensa del federalismo–, alentamos la pronta sanción de este trascendental instrumento de la ley-convenio.

Se produjeron estudios al respecto⁹, un proyecto de la Comisión Federal de Impuestos y otro impulsado por el ex Presidente Néstor Kirchner y su Ministro Roberto Lavagna, que hemos calificado de inconstitucional¹⁰.

federal que las provincias “ricas” (Alberta, British Columbia, Notario, Saskatchewan, Manitoba y québec), en aplicación de un sistema de igualación (*equalization system*), que es un programa puramente federal. Asimismo existen distintos impuestos en las provincias, además de producirse una clara transferencia de recursos de las provincias ricas a las pobres (Butler, 2003).

⁸ Por ejemplo, el ex presidente Menem impulsó la sanción de las leyes 24.621 de prórroga del impuesto a las ganancias, y 24.671, de prórroga del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento que mantuvieron el *status quo*, de evidente perjuicio a las provincias y al federalismo argentino (Fólica, 1996). Y la misma política siguieron las presidencias posteriores, hasta llegar a la situación actual en que algunos señalan que la distribución primaria actual es de más del 80% para la Nación y sólo el resto para las provincias y municipios. Esta es una muestra más de la notoria decadencia en que se encuentra la República Federal, especialmente bajo los últimos gobiernos.

⁹ Como “Arreglos fiscales intergubernamentales en Argentina” de Ernesto Rezk, Marcelo Capello y Carlos Alberto Ponce del Instituto de Economía y Finanzas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba; trabajo presentado en el Seminario Internacional sobre Federalismo Fiscal y Finanzas Federales en Córdoba, 27 y 28 de junio de 1996. Otras ponencias presentadas en el Seminario de Coparticipación y Federalismo realizado en la Academia Nacional de Ciencias Económicas, el 14 de agosto de 1996, con la participación de los doctores Juan Zapata, Pedro J. Frías, Jorge Macón, Julio Cueto Rúa, Ricardo Enrique Bara, Ricardo López Murphy y Enrique Reig, presidente de la Academia y coordinador; y también “Apuntes para el diseño de un nuevo régimen de coparticipación federal de impuestos”, de Oscar Cetrángolo y Juan P. Jiménez (1996). Pedro J. Frías asumió las conclusiones del Dr. Aldo C. H. Nieva sobre la
(Esta nota continúa en la página siguiente.)

¹⁰ Nos referimos al “Acuerdo para la creación del Sistema de Coordinación de Relaciones Fiscales Intergubernamentales” de 2004, que según su art. 1 se conformaría por: 1) Un nuevo
(Esta nota continúa en la página siguiente.)

Estamos convencidos de que éste es uno de los debates más importantes, en el que habrá que utilizar al máximo la inteligencia, la imaginación, la prudencia y la solidaridad para resolver el “laberinto” de la coparticipación¹¹, que es una base fundamental para desarrollar el proyecto federal rumbo al siglo XXI.

En este sentido, resulta imprescindible poner el énfasis en la distribución primaria, pues se han producido muchas modificaciones sobre las competencias, servicios y funciones entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires. A ello hay que sumar el delicado problema de las transferencias intergubernamentales, la crisis en el sistema previsional, la futura regionalización, la profundización de

(Continuación de la nota 9.)

cuestión: “-Distribución primaria: El total de los tributos coparticipados deberá distribuirse en la siguiente forma: 40% para la Nación y la Ciudad de Buenos Aires, 55 % para el conjunto de provincias y 5% para el Fondo Solidario. -Distribución secundaria: Para la distribución entre provincias se utilizarán los siguientes indicadores básicos: un porcentaje por partes iguales, otro en proporción directa a la población, un tercero en proporción al índice de pobreza (necesidades básicas insatisfechas N.B.I.), un cuarto en relación directa a los servicios públicos a cargo de cada provincia, y un quinto propuesto por Alberto Montbrun sobre cuatro indicadores de eficiencia. - Fondo solidario: Cubriría las emergencias al modo de ayudas del tesoro nacional (A.T.N.) y la infraestructura regional para promoción de las regiones de desarrollo económico social que prevé la Constitución. Se propone que sea por índices aprobados por el órgano fiscal federal con no menos de dos tercios de los votos del total de jurisdicciones. -Órgano fiscal federal: Se integrará con un representante por la Nación, por cada provincia y por la ciudad de Buenos Aires. El Comité Ejecutivo contará con un representante permanente de la Nación y ocho de las provincias y la ciudad de Buenos Aires, que rotarán por zonas. Tendrá facultades de ejecución, asesoramiento y tribunal administrativo” (Frías, 1996: 2). Más recientemente, desde el Instituto de Federalismo de la Academia de Córdoba, hemos aportado un libro con visión interdisciplinaria, para ayudar al debate de la cuestión: “Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino”, de 2008, con dirección de Antonio María Hernández, Córdoba.

(Continuación de la nota 10.)

régimen de Coparticipación Federal. 2) La adopción de principios de Responsabilidad Fiscal y 3) un Consejo de Coordinación Fiscal y Financiero.

De la comparación de este Acuerdo con la Constitución Nacional en esta materia, surge de manera evidente que el mismo no se adecuaba a las precisas bases establecidas por la Ley Suprema. En primer lugar, porque no era una ley convenio. Y en segundo lugar, porque no estaban fijados específicamente los criterios objetivos de reparto señalados en las bases constitucionales de la coparticipación. Por otra parte, esta iniciativa sólo buscaba consolidar la situación actual que beneficia al gobierno federal en perjuicio de las provincias y municipios, al mantenerse prácticamente los mismos criterios en cuanto a la masa coparticipable, distribución primaria y secundaria y asignaciones específicas vigentes al 2004. Para un mayor análisis de este Acuerdo véase nuestra obra: Antonio María Hernández (2009), “Federalismo y constitucionalismo provincial”, págs. 110 y 111.

¹¹ En la acertada expresión del experto canadiense Richard Bird al referirse a la complejidad de nuestro sistema.

los procesos de integración y de descentralización y el deterioro de la situación económico-social, con altos índices de desocupación, marginalidad social y pobreza.

Un mayor reconocimiento de la participación de las provincias y la ciudad de Buenos Aires en la distribución primaria –que necesariamente debe repercutir después en la coparticipación a los municipios– hará relativamente más sencilla la discusión posterior de la distribución secundaria, donde se advierten las disputas entre las provincias grandes y las chicas, además de la incorporación de la ciudad de Buenos Aires. Asimismo deben ir derogándose las normas que fueron estableciendo asignaciones específicas, que fue el medio para ir detrayendo los fondos de la masa coparticipable, como lo observáramos.

Estudios interdisciplinarios y de derecho comparado¹² deben fundamentar la decisión política que finalmente establezca la ley-convenio que, respetando los criterios constitucionales, afirme la solución estructural y gradual de los problemas mediante un sistema integral, justo y perdurable.

Debe ejercitarse en esta materia una verdadera política arquitectónica que supere antagonismos partidarios, fortalezca las relaciones interjurisdiccionales y posibilite un desarrollo equilibrado del país¹³.

La Reforma Constitucional, en el inc. 2 del art.75, dispuso: “Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición”.

Esta fue otra trascendente decisión del constituyente, que elevó a la máxima jerarquía normativa un organismo con las funciones que actualmente desempeña la Comisión Federal de Impuestos, cuya creación se debió a la ley 20.221, con posterior ratificación en la vigente ley 23.548.

Con respecto a sus funciones, Pedro J. Frías también acuerda con la opinión de Aldo C. H. Nieva:

- 1) Interpretativas de la ley de coparticipación; 2) de ejecución: - aprobación de los porcentajes e índices de distribución; -elaboración de estudios y proyectos vinculados con las facultades impositivas

¹² Véanse al respecto Miguel Ángel Asensio (2000), “Federalismo Fiscal-Fundamentos. Análisis comparado y el caso argentino”; Ronald L. Watts (1999), “The spending power in federal systems: a comparative study”, y Answar Shah (ed.) (2006), “The practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives”.

¹³ Un ejemplo de manejo arbitrario que debe desaparecer en el futuro es el de los aportes del Tesoro nacional, ya que –cualquiera que fuere su designación– deben tener por objetivo solucionar emergencias provinciales o promover proyectos estratégicos de desarrollo.

concurrentes; -designación del directorio del organismo de recaudación; -formulación de su propio reglamento, ordenanza procesal y presupuesto para su funcionamiento. Los gastos serán sufragados por los adherentes al régimen, en proporción a la participación que les corresponda en la distribución secundaria; 3) de asesoramiento de los fiscos adheridos; 4) de tribunal administrativo para decidir si los gravámenes locales se oponen al régimen de coparticipación; 5) dictar las resoluciones del órgano fiscal federal, para ejecutar las disposiciones de las leyes comprendidas en el sistema de coparticipación; 6) las resoluciones del órgano fiscal federal serán recurribles por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Frías, 1996: 4-5).

Lamentablemente tampoco se cumplió el plazo fijado por la disposición transitoria sexta para la reglamentación de este órgano, coincidente con el de la ley convenio. Insistimos en la necesidad de cambiar sustancialmente el actual proceso postconstituyente de la histórica reforma de 1994¹⁴.

El desarrollo histórico sintético que hicimos de la coparticipación y el reciente sobre los aspectos normativos demuestran, según nuestro punto de vista, que la reforma de 1994 al constitucionalizar la coparticipación bajo estrictas condiciones también acertó en su diseño para fortalecer el federalismo.¹⁵ Pero no han faltado opiniones críticas, que han llegado incluso a sostener que se debe volver al sistema anterior de la separación absoluta de fuentes tributarias.

Insistimos en nuestra opinión por estas razones que sumamos a las ya vertidas: a) en primer lugar, porque la situación existente desde décadas atrás había consolidado la coparticipación, haciendo prácticamente imposible el abandono del sistema. Debe recordarse a Alberdi, que sostuvo que casi tan difícil como cambiar de lengua o de religión, es cambiar el sistema impositivo de un país. b) En segundo lugar, porque prácticamente no existe federación alguna en que no existan relaciones interjurisdiccionales y fiscales entre sus componentes. Es evidente que la coparticipación se ha extendido en el derecho federal comparado, con notables ejemplos como los de Alemania, Canadá y Australia. c) En tercer lugar, porque las medidas de centralización económica adoptadas por el gobierno nacional, incluso mediante decretos de necesidad y urgencia, habían sido avaladas por la Corte

¹⁴ Véase nuestro trabajo “Balance de la reforma constitucional de 1994”, de agosto de 2009.

¹⁵ Para un análisis integral del federalismo y en general de la descentralización del poder en la Reforma, véanse nuestras obras “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, de 1997, y “Federalismo y constitucionalismo provincial”, de 2009.

Suprema de Justicia de la Nación, particularmente en el conocido caso “Peralta”¹⁶. d) En cuarto lugar, porque la reforma tuvo y tiene extraordinaria legitimidad democrática, y en particular en esta materia, que contó con la participación en las comisiones respectivas de la Convención de diez gobernadores provinciales, que ejercían ambas funciones. Y por ello, la Convención pudo soportar fuertes presiones de la conducción económica nacional, que se oponía al tratamiento del tema, como es de público conocimiento, a través de la prensa nacional de aquellos tiempos. No deben olvidarse las opiniones del Ministro de Economía Domingo Cavallo al respecto, que incluso envió a su secretario Horacio T. Liendo con ese objetivo. e) En quinto lugar, porque estamos firmemente convencidos de que la Convención obró con el “realismo institucional” requerido por Linares Quintana como técnica de elaboración constitucional, al consagrar el mejor sistema posible –no ideal–, como fruto del acuerdo de las distintas fuerzas políticas, en un tema tan conflictivo. Esta era, por otra parte, la solución que desde hacía tiempo venía postulando Pedro J. Frías (1987; 1996)¹⁷. f) En sexto lugar, porque consideramos gravísimo el intento de volver al sistema anterior de la absoluta separación de fuentes, ya que importaría profundizar las diferencias entre las distintas provincias, mientras que en el derecho comparado federal se afirma la tendencia contraria: tratar de superar las desigualdades entre los componentes de la federación. g) En séptimo lugar, y frente a los que sostienen que es imposible alcanzar los acuerdos requeridos, contestamos con el criterio de la experimentación histórica que ello no es cierto, ya que luego de debates democráticos en el Congreso de la Nación se pudieron sancionar sistemas de coparticipación que implicaron avances para las provincias, en las presidencias de Frondizi y de Alfonsín.

III. La realidad de nuestro federalismo y el incumplimiento de la Constitución Nacional

A lo largo de la historia argentina hemos padecido un profundo proceso de centralización, que ha producido una notoria discordancia entre la constitución

¹⁶ Más allá de que sostuvimos la inconstitucionalidad de dichos decretos y en un proyecto presentado en la Cámara de Diputados de la Nación, planteamos la declaración de nulidad absoluta de ellos (“Trámite parlamentario n° 167”, págs. 11 a 14, en el libro *Labor parlamentaria del diputado de la Nación Dr. Antonio María Hernández (h.)* de 1995). Lo verdaderamente lamentable es que se hayan utilizado estos decretos en materia impositiva, pues se desconoció el principio de que no hay tributo sin ley, que hunde sus raíces históricas en la Carta Magna de 1215.

¹⁷ Ver en tal sentido “Derecho público provincial” (1987), especialmente el capítulo XVI, “La regla federal en la Constitución Provincial”, y en particular págs. 381 y siguientes. Más recientemente escribió Frías: “La ley-convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, ha sido reconocida en el texto pero era ya una costumbre constitucional. La preveía el anteproyecto del convencional Antonio M. Hernández. La novedad que habíamos auspiciado es que el Senado tenga la iniciativa. Por lo demás, los poderes fiscales no han cambiado de titular” (1996: 4).

normativa y la realidad vigente. Ello obliga a la consideración del federalismo en su faz sociológica o realista, que apunta a la observación de la real vigencia de las normas constitucionales.

Sobre las violaciones a la Ley Suprema, reiteramos los siguientes conceptos contenidos en un artículo que tituláramos “El fracaso del proyecto centralista”:

Los recientes informes de fines del año 2002 sobre Desarrollo Humano de las Naciones Unidas y del Instituto de Investigaciones de la Bolsa de Comercio de Córdoba han coincidido en su diagnóstico sobre los graves problemas de desigualdad, injusticia, inequidad y desintegración, ocasionados entre otras causas, por la extrema centralización del país. Baste observar para ello los índices de desarrollo humano contenidos en el primero de los informes, que en el caso de Formosa como punto más bajo alcanzan a 0,156 y que en el caso de la ciudad de Buenos Aires como punto más alto, llegan a 0,867, o sea casi 6 veces más, como demostración de las diferencias en relación al territorio (Hernández [h], 2003).

Se han confirmado los peligros y males que desde el siglo XIX señalaron entre otros Alberdi en sus *Bases* al oponerse a la capitalización de Buenos Aires; Sarmiento en *Argirópolis* y Alem en su famosa profecía del '80 en el debate sobre la federalización de la ciudad de Buenos Aires. Ya en el siglo XX, Martínez Estrada nos habló de la “cabeza de Goliath” y más recientemente Félix Luna en su libro *Buenos Aires y el país*, sostuvo que éste es un problema estructural no resuelto que atraviesa toda nuestra historia.

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

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

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

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

Este proceso negativo no pudo ser impedido ni siquiera por la reforma Constitucional de 1994, que tuvo como una de sus ideas-fuerza la profundización de la descentralización del poder.

Observamos que en tiempos recientes se ha profundizado el proyecto centralista, que afecta los principios federales como se observa en los siguientes temas vinculados a la coparticipación¹⁸:

a) El envío del proyecto por parte del Poder Ejecutivo durante el año 2004 del “Acuerdo para la creación del Sistema de Coordinación de Relaciones Fiscales Intergubernamentales”, al que antes tachamos de inconstitucional y que pretendía mantener un *status quo* sobre la distribución primaria y secundaria de aquellos años, en perjuicio de las finanzas provinciales y municipales.

b) El incremento de las detracciones efectuadas a la distribución primaria de las provincias mediante el expediente de las asignaciones específicas, que comenzara en el gobierno de Carlos Menem y que alcanzara a los tributos sobre el IVA, impuesto a las ganancias, a los combustibles, monotributos, adicional a los cigarrillos y al cheque, además del 15% de la masa coparticipable cedido para la Seguridad Social.¹⁹

¹⁸ Para un análisis más integral sobre el proyecto centralista y las violaciones constitucionales, véanse “Federalismo y Constitucionalismo provincial”, citado; “Derecho Público Provincial”, Antonio María Hernández, Coordinador, especialmente el capítulo III sobre Federalismo argentino, de nuestra autoría, y los sucesivos informes nacionales de los Cuadernos de Federalismo de la Academia.

¹⁹ En un artículo titulado “Cuánto le cuesta a Córdoba el país unitario K”, el periodista Juan Turello del diario *La Voz del Interior* sostuvo que “las retenciones y el aporte extraordinario para sostener a la Anses ya se llevan de la Provincia este año 8510 millones de pesos, lo cual equivale a lo que la Provincia gasta en el año” (Turello, 2008.). En relación a esto, no podemos dejar de señalar que observamos como una actitud valiosa la actitud de los gobiernos provinciales de San Luis y Santa Fe, que demandaron ante la Corte Suprema de Justicia a la Nación para recuperar ese 15% cedido a la ANSES por medio del Pacto Federal de 1992. Y con el mismo objetivo, debe señalarse que la Legislatura de la Provincia de Córdoba ha sancionado la ley N° 10.077 de agosto de 2012 que denuncia dicho Pacto Fiscal, lo que motivara posteriormente la intimación del Gobierno provincial al Gobierno federal para que restituya ese 15% de los fondos de coparticipación, lo que acaba de efectuarse. Seguramente que ante la respuesta negativa, la Provincia deberá demandar ante la Corte Suprema dicha devolución. Y lo mismo acaba de ser anunciado en estos días de agosto de 2012, por

c) A ello hay que agregar lo poco que las provincias perciben por las retenciones a las exportaciones de soja, maíz y trigo, que de acuerdo a la Constitución corresponden al Gobierno federal. Aunque debemos destacar que como consecuencia del conflicto con el campo por la Resolución 125, finalmente se creó por Decreto del Poder Ejecutivo el Fondo Federal Solidario, que destina con los mismos criterios de la coparticipación un 30% de esas retenciones a las provincias y municipios. Asimismo debe notarse que la garantía fijada para las provincias por el art. 7 de la Ley 23.548, de la percepción de un 34% como mínimo de la recaudación tributaria nacional, incluyendo tanto los impuestos coparticipables como los que no lo son, también ha sido violada, con enormes perjuicios para los otros órdenes gubernamentales.²⁰

c) El incumplimiento de las pautas federales del inc. 8 del art.75 en los presupuestos federales, que indican que el destino del gasto público federal va al área metropolitana y en particular a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el distrito más rico del país, donde confluyen la mayoría de los subsidios otorgados por el Poder Ejecutivo Nacional.

parte de la provincia de Corrientes. Será entonces la oportunidad de observar qué criterio asume al respecto nuestro más alto Tribunal de Justicia. Asimismo, es de notar que igualmente la provincia de Córdoba ha demandado al Gobierno federal para el cumplimiento de un acuerdo en torno a la deuda por la Caja de Jubilaciones Provincial, que había sido suscripto entre ambos gobiernos en el año 2009.

²⁰ El economista Dr. Salvador Treber, en un artículo titulado “¿Supina ignorancia o mala fe?” y publicado en *La Voz del Interior* de Córdoba, indica que a las provincias les hubiera correspondido durante el período 2003-2006 28.000 millones de pesos más. Y con respecto a este año en curso, la consultora Economía & Regiones ha sostenido que las provincias sacrificarán 5.500 millones de pesos más a favor de la Nación, ya que aunque reciban mayor cantidad de fondos por transferencias automáticas, su participación en el reparto de los tributos nacionales caerá al 31,5%, el nivel más bajo desde 2003 (Informe publicado en *Nueva Rioja digital*, La Rioja, Argentina, 1 de febrero de 2008). El director de dicha consultora, Rogelio Frigerio (n), ha señalado que el superávit fiscal del Gobierno central ha continuado por el aumento de las retenciones a las exportaciones, mientras que el déficit financiero de algunas provincias seguirá creciendo, encabezado por Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El periodista Juan Turello de *La Voz del Interior* ha indicado que las retenciones por las ventas de soja alcanzan a un 35% y las de maíz a un 25%, que quedan en las arcas del Gobierno “federal” y que, por dicho concepto, la provincia de Córdoba cederá unos 2.350 millones de pesos de la campaña 2007-2008, de los que no percibe nada, según datos aportados por el economista Juan Manuel Garzón. La nota también refiere que Garzón ha considerado el monto de las retenciones en relación a los Departamentos de la Provincia, resultando que en base a la población respectiva, quienes más aportan *per capita* son los habitantes de Río Seco y Tulumba, con un promedio de 3.950 dólares. Posteriormente se efectúa una comparación entre los servicios que reciben dichos habitantes con los de Puerto Madero, en la ciudad de Buenos Aires, que es la zona más rica del país, resultando que el agua, gas natural y electricidad es allí mucho más barata, en razón de los subsidios que se pagan en el área metropolitana, en detrimento del interior y en violación de los principios constitucionales del federalismo, agregamos nosotros (Turello, 2008_p).

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

Creemos esencial la constitución de un *Foro o Conferencia Nacional de Gobernadores* –como existe en otras federaciones como la mejicana o norteamericana–, a los fines de consolidar las relaciones interjurisdiccionales y lograr una interlocución más equilibrada de las provincias frente al poder hegemónico del Gobierno central.

Comprendemos la cruda realidad de la dependencia económica y financiera de las provincias y municipios con respecto a la caja del Gobierno “federal”, pero ello no justifica el desconocimiento de la Ley Suprema que se está cometiendo por quienes tienen la máxima responsabilidad en esta materia y que deben comenzar el proceso de la ley-convenio: los titulares de los Poderes Ejecutivos Federal y Provinciales.

Debe iniciarse ahora mismo este debate complejo y decisivo, según las bases constitucionales establecidas²¹. Ya es tiempo de que tratemos de resolver los problemas estructurales que nos afectan y que han producido una grave decadencia de la República Federal, que fue el sueño de los padres fundadores de la nacionalidad.

Bibliografía

- ASENSIO, Miguel Ángel (2000), *Federalismo Fiscal-Fundamentos. Análisis comparado y el caso argentino*. Buenos Aires: Ciudad Argentina y Universidad del Salvador.
- BUTLER, Michael (2003) “Federal-Provincial Fiscal Relations in Canada”. *Forum of Federations, Seminario Internacional sobre Federalismo*, 2-3 de marzo, Pilar, Buenos Aires.
- CAPELLO, Marcelo; PONCE, Carlos Alberto y REZK, Ernesto (1996), “Arreglos fiscales intergubernamentales en Argentina”. Seminario Internacional sobre Federalismo Fiscal y Finanzas Federales en Córdoba. 27-28 de junio. Instituto de Economía y Finanzas, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Córdoba.

²¹ Para contribuir a este demorado y fundamental debate reiteramos que el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que dirijo, ha editado el libro *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino* (Córdoba, 2008), con los aportes de economistas, juristas y de otras disciplinas.

- CETRÁNGOLO, Oscar; DELFINO, Laura y JÍMENEZ, Juan Pablo (1996_a), “Antecedentes normativos del régimen de coparticipación federal de impuestos”. *Serie Documentos* n° 1, abril, Centro de Estudios para el Cambio Estructural, Buenos Aires.
- CETRÁNGOLO, Oscar y JÍMENEZ, Juan Pablo (1996_b), “El conflicto en torno a las relaciones financieras entre la Nación y las provincias. Segunda parte: desde la ley 23.548 hasta la actualidad”. *Serie Estudios*, febrero, Centro de Estudios para el Cambio Estructural, Buenos Aires.
- CETRÁNGOLO, Oscar y JÍMENEZ, Juan Pablo (1996_c), “Apuntes para el diseño de un nuevo régimen de coparticipación federal de impuestos”. *Serie Estudios*, agosto, Centro de Estudios para el Cambio Estructural, Buenos Aires.
- FÓLICA, Alfredo (1996), “Comentarios sobre la prórroga del impuesto a las ganancias y del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”. *Serie Notas*, agosto, Centro de Estudios para el Cambio Estructural, Buenos Aires.
- FRÍAS, Pedro J. et al. (1987), *Derecho público provincial*. Buenos Aires: Depalma.
- (1996), “La coparticipación 1996”. *Seminario de Coparticipación y Federalismo*, Academia Nacional de Ciencias Económicas.
- HERNÁNDEZ, Antonio María (h.) (1995), *Reforma constitucional de 1994. Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández (h.)*. Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.
- (1995), “Trámite parlamentario n° 167 del 19 de diciembre de 1991”. En *Labor parlamentaria del diputado de la Nación Dr. Antonio María Hernández (h.)*, tomo I. Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.
- (1997), *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*. Buenos Aires: Depalma.
- (2003), “El fracaso del proyecto centralista”. En *Diario La Nación*, 8 de enero. Buenos Aires.
- (2008), *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino*. Colección *Federalismo*, dirigida de Antonio María Hernández (h.). Córdoba: Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- (2009_a), *Federalismo y constitucionalismo provincial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2009_b), “Balance de la reforma constitucional de 1994”. En *La Ley*, 24 de agosto, Buenos Aires.
- MASNATTA, Héctor (1994), “Competencia federal y régimen federal: sus economías y autonomía municipal”. En Rosatti, Horacio, *La reforma de la Constitución*. Buenos Aires: Rubinzal.

- QUIROGA LAVIÉ, Humberto (1996), *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Buenos Aires: Zavalía.
- ROSSATI, Horacio et al. (1994), *La reforma de la Constitución*. Buenos Aires: Rubinzal.
- SHAH, Anwar (ed.) (2006), “The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives”. Forum of Federations and International Association of Center for Federal Studies, “Global Dialogue on Federalism”, Book Series, Volume 5.
- SPISSO, Rodolfo (1991), *Derecho constitucional tributario*. Buenos Aires: Depalma.
- TREBER, Salvador (2008), “¿Supina ignorancia o mala fe?”. En diario *La Voz del Interior*, 7 de marzo. Córdoba.
- TURELLO, Juan (2008_a), “Cuánto le cuesta a Córdoba el país unitario K”. En diario *La Voz del Interior*, 9 de noviembre. Córdoba.
- (2008_b), “Río Seco y Tulumba no son Puerto Madero”. En diario *La Voz del Interior*, sección Economía, 9 de marzo. Córdoba.
- WATTS, Ronald L. (1999), “The Spending Power in Federal Systems: a Comparative Study”. Institute of Intergovernmental relations and Queen's University, Kingston, Ontario, Canada.

PARTE IV

DISCUSIONES EN TORNO A PARADIGMAS ALTERNATIVOS E INNOVACIONES EN MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL

Nuevos paradigmas: la necesidad de racionalizar la persecución penal en la provincia de Córdoba

Norberto Daniel Barmat

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Abogado-mediador. Profesor de Teorías del Conflicto y de la Decisión y Métodos de Resolución de Conflictos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Integrante de equipos de investigación y autor de numerosas ponencias y artículos científicos. Conferencista en eventos locales, nacionales e internacionales.

1. Introducción

A partir de la reforma de nuestra Carta Magna en el año 1994 y sobre la base de haberse acordado jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales, en la República Argentina *toda persona acusada de un delito tendrá derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas*.

Sin embargo, al prever el Código Penal que “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de: 1º) las que dependieren de instancia privada; 2º) las acciones privadas”; se interpretó que resulta una obligación del Estado promover oficiosamente la acción penal contra todos los autores de conductas antijurídicas, culpables y adecuadas a un tipo penal, no incluidas entre las referidas excepciones.

2. En qué medida se cumple el principio de oficiosidad de la acción penal

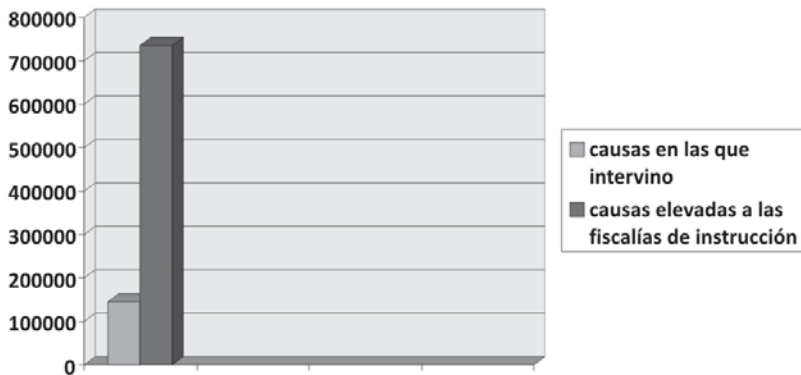
No obstante, la previsión contenida en el art. 71 del Código Penal se cumple en contadas ocasiones, porque se pretende del sistema penal un volumen de intervención que no guarda proporcionalidad con su real capacidad operativa.

Por una parte existe la denominada cifra negra de criminalidad, compuesta por una elevadísima cantidad de hechos delictivos no denunciados que no llegan a ser conocidos por los órganos encargados del control social institucional; es decir: no llegan al conocimiento de la policía y tampoco de la justicia. Los motivos para

no denunciar pueden ser: 1) no se cree en la policía ni en la justicia penal. 2) No se acepta la condición de víctima debido a que implica pérdida de dignidad y falta de solidaridad. 3) No se quiere evidenciar la victimización individual ni colectiva. 4) El aparato penal carece de plataforma adecuada para abordar con un mínimo de éxito la resolución del conflicto social de base. 5) Se tiene miedo a la venganza o amenazas posteriores por parte del autor del delito. 6) Se quiere olvidar lo ocurrido. 7) Se desconoce que se haya cometido un delito. 8) La víctima se siente total o parcialmente culpable de lo sucedido. 9) Se ignora que se pueda pedir la intervención del Estado (Aller, 2011: 272).

Existe, asimismo, una importante cantidad de hechos denunciados ante la policía (administrativa o judicial) que por diversas razones no son elevados a las Fiscalías desde la Policía Judicial o desde la Policía Administrativa actuando como Policía Judicial. Ello ocurre por múltiples motivos, como ausencia total y absoluta de pruebas –con pronóstico negativo de su obtención–, estado de investigación latente, etcétera.

Verbigracia, en un período de 10 años (1998-2007) la Policía Judicial tomó intervención en 735.196 hechos delictivos que habrían ocurrido en la ciudad de Córdoba. En el mismo periodo elevó a las fiscalías de instrucción un total de 145.112 causas, lo cual supone una proporción inferior al 20% del total conocido (Almirón, 2009: 12-13).



En el mismo sentido, muchas causas a las que no se les brinda un tratamiento procesal integral reciben como única respuesta por parte del sistema judicial el dictado de una sentencia en la que se sobresee a los imputados porque la pretensión penal se ha extinguido por el paso del tiempo o, habiendo vencido todos los términos de la investigación penal preparatoria y sus prórrogas, no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas.

Durante el trienio 2006-2008, el equivalente a un 10% de las causas elevadas a las fiscalías de instrucción, en el departamento Capital, fueron sobreseídas por estas razones vinculadas a la duración del proceso.

Causas sobreseídas por prescripción 2006-2008 Córdoba Capital

	Causas ingresadas y denuncias recibidas en fiscalías	Solicitud de prescripción (fiscalías) y sentencias de sobreseimiento (juzgados correccionales y cámaras del crimen)	Frecuencias
2006	18.325	2.150	11,73%
2007	17.618	1.911	10,84%
2008	28.835	2.033	7,05%

Fuente: www.justiciacordoba.gob.ar

Por otra parte, se observa un tratamiento procesal diferenciado para las causas remitidas a juicio. Las cámaras del crimen acuerdan absoluta prioridad en el juzgamiento de las causas denominadas con preso. Verbigracia, durante el trienio 2006-2008 la frecuencia con que fueron dictadas sentencias absolutorias y condenatorias por las cámaras del crimen del departamento Capital equivalieron al 92,9% en relación a las causas ingresadas con preso, y tan sólo representaron el 2,65% acerca de las causas que ingresaron sin preso.

Distinta es la proporción que se presenta en las causas tramitadas ante los juzgados correccionales, atento a que la competencia de estos tribunales en delitos considerados de menor gravedad implica el ingreso de un mayor número de causas sin preso en relación al ingreso de causas con preso. No obstante, en el mismo período, los juzgados correccionales del departamento Capital sólo dictaron sentencia luego del debate en una cantidad de causas equivalente al 15,32% del total ingresadas, y como dato estadístico relevante se puede mencionar que la suspensión del juicio a prueba fue otorgada en una cantidad de causas que representa el 9,78% en relación al total ingresadas.

A continuación se presentan los datos que reflejan dichas proporciones.

**Causas con respuesta del sistema en la etapa de juicio
Córdoba Capital - Período 2006-2008**

		Sentencias dictadas luego del debate por las Cámaras del Crimen				Sentencias dictadas luego del debate por los Juzgados Correccionales			
		Con preso		Sin preso		Causas Ingres.		Susp. Juicio a prueba	
		Causas Ingres	Sentenc	Causas Ingres	Sent	c/p	s/p		
2006	18.325	1.112	1.023	911	20	140	908	148	
2007	17.618	866	997	808	27	45	767	62	49
2008	28.835	1.108	847	1.026	26	91	717	199	56

Fuente: www.justiciacordoba.gob.ar

Las razones explicitadas precedentemente llevan a que resulte escasa la frecuencia con la que a los autores de conductas delictivas se les aplica una condena penal en la provincia de Córdoba. En relación al total de hechos conocidos por los órganos de control social institucional, reciben sanción por parte del sistema de justicia penal una proporción inferior al 2% de sus autores. Se ejemplifica esta afirmación mediante los datos correspondientes al trienio 2006-2008.

**Estadísticas de la provincia de Córdoba
Período 2006-2008**

	Hechos delictivos conocidos	Sentencias condenatorias	Frecuencia
2006	133.093	2.211	1,66%
2007	135.621	1.744	1,28%
2008	143.880	1.569	1,09%

Fuente: www.justiciacordoba.gob.ar

La imposibilidad material de perseguir penalmente, con similar utilización de los recursos disponibles a todos los autores de conductas típicas, antijurídicas y culpables, motivó que el Tribunal Superior de Justicia, mediante Acuerdo reglamentario n° 668, Serie A, del 3 de junio de 2003, dispusiera en relación a las causas que son elevadas a juicio por ante las Cámaras en lo Criminal y Juzgados Correccionales mantener las categorías de clasificación de causas con preso, sin

preso, con parte civil y querellas por delitos de acción privada incorporando otra categoría denominada con prioridad de juzgamiento. En el Anexo A de la referida acordada se establece que tendrán prioridad de juzgamiento:

1. Causas relacionadas con la Convención Contra la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes.
2. Causas relacionadas con la Convención del Niño.
3. Causas relacionadas con la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción.
4. Causas en que se encuentren imputados funcionarios públicos por hechos relativos al ejercicio de sus funciones específicas.
5. Causas en las que se encuentren imputados abogados.
6. Causas relacionadas con la “piratería del asfalto”.
7. Causas que constituyen cuestiones prejudiciales para pleitos no penales.
8. Causas por falso testimonio.
9. Causas donde se juzguen delitos contra de la integridad sexual, en contra de víctimas vulnerables.
10. Causas donde se juzguen modernas formas de delincuencia económica.
11. Delitos que se vinculan con la violencia familiar.
12. Delitos de tránsito: siempre que existan antecedentes específicos o los imputados actúen bajo efectos de drogas o alcohol.
13. Delitos contra la propiedad cometidos por sujetos reiterantes y las usurpaciones de inmuebles.
14. Delitos relacionados con la legalidad en el ejercicio de las profesiones.
15. Causas con querellante particular.

Las limitaciones operativas del sistema para perseguir penalmente a todos los autores de delitos de acción pública implican, en la práctica, que aquellas causas excluidas de este orden de prioridades difícilmente reciban el tratamiento procesal previsto normativamente.

3. La necesidad de innovar en materia procesal

La situación descripta amerita un sinceramiento en el ejercicio de la acción penal.

Ya existe una selección anómica de las causas que reciben un tratamiento procesal integral. En las demás puede suspenderse el juicio a prueba (debiendo el imputado hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible); archivarse cuando no se pueda proceder o cuando el hecho en ella contenido no encuadre en una figura penal; dictarse un sobreseimiento por prescripción de la acción penal o cuando no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a

juicio y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas.

Salvo en el caso de suspensión del juicio a prueba, en las restantes hipótesis alternativas a la sustanciación completa del proceso no se prevé a favor de la víctima o del damnificado por el delito sufrido respuesta reparatoria alguna.

Este cuadro de situación, que resultaba similar en las 23 jurisdicciones provinciales y en la correspondiente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, llevó a que en 12 jurisdicciones se incorporaran diversos criterios de oportunidad en sus ordenamientos procesales, entendiéndose por tales a *la posibilidad que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de:*

- a) no iniciar la acción;
- b) suspender provisionalmente la acción iniciada;
- c) limitarla en su extensión objetiva o subjetiva;
- d) hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia.

Las jurisdicciones que incorporaron criterios de oportunidad en su legislación procesal son: La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y las provincias de: Buenos Aires, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Río Negro, Santa Fe, Santiago del Estero y Tierra del Fuego.

Los diversos criterios de oportunidad previstos alternativamente en las legislaciones correspondientes a las citadas jurisdicciones, son:

- La insignificancia del hecho cometido.
- La colaboración del arrepentido.
- La pena natural sufrida por el ofensor.
- La selección de hechos innecesarios de punir atento a la pena que se aplicará por los restantes.
- Exigua contribución en el hecho por parte del imputado.
- El expreso pedido de la víctima para que el fiscal se abstenga de ejercer la acción penal.
- La enfermedad incurable en estado terminal o avanzada edad del imputado.

No obstante, en todas ellas se incluye como criterio de oportunidad la reparación a la víctima que pueda derivar de procesos de: negociación directa entre las partes, mediación o conciliación con la asistencia de terceros neutrales (Aguad y otros, 2011).

Seguidamente se presenta un cuadro con las jurisdicciones que adoptaron normativamente criterios de oportunidad, la referencia normativa que prevé tales criterios y la cantidad de habitantes en cada jurisdicción.

JURISDICCIÓN	NORMATIVA	HABITANTES (DATOS: CENSO 2010)
Ciudad de Buenos Aires	C.P.P. art. 199	2.890.151
Provincia de Buenos Aires	C.P.P. art. 56 bis	15.625.084
Chaco	Ley de Mediación 4989	1.055.259
Chubut	C.P.P. art. 44	509.108
Entre Ríos	C.P.P. art. 5	1.235.994
Jujuy	C.P.P. art. 101	673.307
La Pampa	C.P.P. art. 15	318.951
Mendoza	C.P.P. art. 26	1.738.929
Río Negro	C.P.P. art. 180 ter	638.645
Santa Fe	C.P.P. art. 19	3.194.537
Santiago del Estero	C.P.P. art. 61	874.006
Tierra del Fuego	C.P.P. art. 309 inc. 7	127.205

Como surge del cuadro precedente, las jurisdicciones que prevén criterios de oportunidad en su legislación procesal cuentan con una población que, en su conjunto, asciende a 28.881.176 habitantes. Este número equivale al 71,99% de la población total del país (40.117.096 conforme al censo realizado en el año 2010). A continuación se representan gráficamente ambas cifras, lo cual permite visualizar el porcentaje de población que, en la República Argentina, carece criterios de oportunidad en su legislación procesal.



Los habitantes de la provincia de Córdoba integran el escaso 28,01% de la población total del país que no cuenta con previsiones normativas que autoricen a los integrantes del Ministerio Público a disponer racionalmente sobre la promoción

y/o prosecución de la acción penal pública. Quizás resulte oportuno *aggiornar* la legislación cordobesa en este aspecto. La incorporación de criterios de oportunidad reglados, siguiendo el modelo alemán, permitiría racionalizar la persecución penal y, en consecuencia, acordar un tratamiento procesal integral ante ilícitos penales que, por su gravedad social, no admiten un tratamiento alternativo al que brinda el sistema punitivo. Simultáneamente, dicha innovación legislativa permitiría otro tipo de respuestas institucionales ante conductas consideradas de menor gravedad, que en muchísimas ocasiones no reciben tratamiento institucional alguno o el mismo es acordado en forma parcial ante la necesidad de atender otras causas consideradas prioritarias.

4. Razones que pueden argumentarse para resistir la incorporación de criterios de oportunidad en la legislación procesal. Respuestas posibles ante tales argumentos

4.1. Todo lo atinente al ejercicio y extinción de la acción penal constituye materia sustancial y por lo tanto debe formar parte de la legislación de fondo

Ricardo C. Núñez sostenía: “(...) La acción penal representa (...) la potestad de castigar en sí misma, como derecho sustancial constitutivo de uno de los presupuestos de la imputación penal. Esa es la concepción *material* de la acción penal. Por pertenecer a la punibilidad del delito, tratándose del derecho penal común, su regulación corresponde al Congreso (...)” (Núñez, 2011; en Aguad y otros, 2011: 38).

Para replicar este razonamiento se puede sostener, parafraseando a Oscar Pandolfi, que el artículo 71 del CP “(...) avanza sobre las facultades reservadas por las provincias en la CN (art. 75, inc. 12, 121 y 126 a contrario sensu) (...)” (Pandolfi, 2011; Aguad y otros, 2011: 35).

En efecto, el art. 71 del CP altera las jurisdicciones locales: nuestra Carta Magna establece que “cada provincia debe dictar para sí una constitución que asegure su administración de justicia”, y la disposición sustancial que establece la obligatoriedad de *iniciar de oficio todas las acciones penales* se inmiscuye en las prioridades que quiera establecer cada provincia al administrar su sistema de justicia.

4.2. La introducción de criterios de oportunidad por las provincias genera una situación de desigualdad entre los habitantes de distintos puntos del país

A este argumento le caben las siguientes objeciones: las previsiones contenidas en el art. 71 del Código Penal constituyen una ficción. En ninguna parte del mundo se puede perseguir penalmente a todos los autores de conductas tipificadas en las leyes penales.

¿A qué igualdad se aspira? La pretensión de igualdad ante la ley resulta una utopía, ya que la acción penal se promueve, históricamente, de manera desigual. Esta desigualdad en la persecución penal se produce porque, a diferencia de las causas tramitadas integralmente, en las restantes el hecho delictivo no llega a conocimiento de los órganos de control social institucional; la causa se formó ante una denuncia y no ha sido elevada a la fiscalía de instrucción; tramita sin preso, sin actor civil, sin querellante particular y no se le acordó prioridad en su juzgamiento; se practica la criminalización sesgada de individuos responsables de ilícitos penales (Barmat, 2000: 36-41); etcétera.

Por otra parte, la realidad supera a los principios dogmáticos. Se torna imprescindible contar con una justicia que maximice sus esfuerzos en procura de controlar el fenómeno delictivo.

No resulta funcional, a tales fines, que se dilapiden recursos humanos, infraestructurales, económicos y tecnológicos para receptor declaraciones a imputados y testigos, llevar adelante costosas pericias, comisionar funcionarios policiales y realizar todo tipo de actos procesales en relación a causas que luego son paralizadas hasta que se produzca, en la mayoría de ellas, la prescripción de la acción penal.

Así lo interpretaron las legislaturas de 11 provincias argentinas, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al incorporar normas de carácter procesal que, bajo ciertas reglas, permiten al órgano encargado de la acción penal efectuar una selección lógica de las causas e imputados que no ameritan la sustanciación de un proceso penal integral.

La desigualdad ante la ley se produce, en todo caso, en perjuicio de los habitantes de la provincia de Córdoba, al formar parte del 28,01% de la población total del país, por carecer de una legislación procesal que permita racionalizar la persecución penal en su jurisdicción.

5. Fundamentos constitucionales para incorporar criterios de oportunidad en la legislación procesal de la provincia de Córdoba

5.1. Jurisdicción en la administración de justicia

Conforme lo prevé el art. 5° de la CN, “cada provincia dictará para sí una Constitución (...) que asegure su administración de justicia”. En consecuencia, si las provincias deben administrar su sistema judicial, corresponde a éstas diseñar las estrategias que les permitan contar con un sistema de justicia eficiente. Si, tal como surge de los datos antes proporcionados, el principio de oficiosidad de la acción penal impide alcanzar dicha eficiencia, corresponde a las provincias adoptar criterios de excepción a dicho principio a fin de cumplir con el precepto constitucional de asegurar la administración de justicia.

5.2. Juzgamiento sin dilaciones indebidas

Esta garantía con jerarquía constitucional –prevista en el art. 14, inc. 3a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos–, y su similar contenida en el último párrafo del art. 39 de la Constitución Provincial –“Todo proceso debe concluir en un término razonable”– resultan de imposible cumplimiento en la mayor parte de los procesos judiciales, atento a la magnitud de demanda que se le formula al sistema judicial sin que éste pueda responder en similar medida.

Resulta plausible adecuar el volumen de causas penales a la capacidad operativa del sistema judicial, a fin de que éste pueda concluir los procesos sometidos a su conocimiento en términos razonables y sin dilaciones indebidas.

5.3. Acatamiento de tratados internacionales

Conforme lo prevé la Constitución Nacional en su artículo 75, inc. 2, última parte, “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Entre los tratados suscriptos por la República Argentina, con jerarquía superior a las leyes, se encuentra la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso del poder (ONU, 29-11-85). Dicho tratado prevé en su art. 7: “Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas”.

Quien se encuentra imputado de un delito, difícilmente se encuentre motivado a intervenir en un proceso de mediación, arbitraje, justicia consuetudinaria o autóctona, a menos que la eventual conciliación y reparación a favor de las víctimas le acarree un beneficio en su situación procesal. La adopción de un criterio de oportunidad que le permita al fiscal de instrucción archivar o sobreseer la causa cuando se lograra un acuerdo entre víctima y ofensor, permitirá honrar el compromiso adquirido al suscribir este tratado internacional, de jerarquía superior al Código Penal.

6. Fundamentos legales

6.1. Alcance del art. 71 del Código Penal

La previsión de este artículo expresa: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales”. Su alcance se limita al modo en que deben iniciarse estas acciones. Por el contrario, su prosecución se encuentra prevista normativamente en el ordenamiento procesal, al sostener originariamente el art. 5, último párrafo del CPP: “Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo expresa disposición legal en contrario”.

La eventual modificación de esta parte del artículo, incluyendo determinados criterios de oportunidad que impliquen suspender provisionalmente la acción

iniciada, limitarla en su extensión objetiva o subjetiva o hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, no alteraría el contenido del art. 71 del Código Penal, ya que su texto omite toda referencia a la prosecución de la acción penal una vez iniciada la misma.

7. Beneficios que podría acarrear la innovación propuesta

La implementación de la innovación procesal propuesta en este trabajo otorgaría a los funcionarios pertenecientes al Ministerio Público las herramientas imprescindibles para seleccionar, por razones de política criminal, aquellas conductas consideradas legislativamente de menor gravedad respecto de las cuales la persecución penal y eventual condena en poco contribuyen a lograr la ansiada pacificación social.

Por el contrario, la posibilidad de concentrar los esfuerzos en efficientizar la investigación de aquellos ilícitos penales considerados de mayor gravedad y para los cuales resulta disfuncional la utilización de respuestas alternativas a las que brinda el sistema penal, podría evitar la impunidad de sus autores, situación que actualmente se produce de manera intermitente al utilizarse criterios que, partiendo del principio de oficiosidad de la acción penal, distan de resultar los de mayor idoneidad para asegurar niveles de seguridad acordes con las actuales necesidades de la sociedad.

7.1. La armonización de criterios de oportunidad con la reparación del daño a la víctima o damnificado

La implementación de criterios que permitan establecer en qué casos no se iniciará o se suspenderá la persecución penal facilitaría el resarcimiento del perjuicio producido por el delito, al motivar a su autor para que intente resarcir el daño ocasionado si se establece la reparación como uno de dichos criterios de oportunidad.

La ley de mediación n° 8.858, actualmente en vigencia, prevé en su artículo 3°

Quedan excluidas del ámbito de la mediación las siguientes causas:

- a) Procesos penales por delitos de acción pública, con excepción de las acciones civiles derivadas del delito y que se tramiten en sede penal. Las causas penales donde se haya instado la constitución de actor civil y en las cuales el imputado no se encuentre privado de su libertad, podrán ser sometidas a mediación en el aspecto civil, una vez vencidos los términos de la oposición a la constitución del mismo, sin que ello implique la suspensión de término alguno.

Obsérvese que la mediación se ha excluido como método de resolución de los conflictos penales cuando los mismos se corresponden con delitos previstos normativamente como de acción pública.

La excepción establecida respecto de la acción civil tramitada en sede penal no altera dicha exclusión, ya que por resultar una acción accesoria al proceso penal, el eventual acuerdo que se logre en mediación sólo producirá efectos jurídicos en relación a la pretensión civil pero no repercutirá en el proceso penal, que no será suspendido durante la sustanciación de la instancia de mediación.

A contrario sensu, se encuentran incluidos en el ámbito de la mediación los procesos penales por delitos de acción privada previstos en el art. 73 del Código Penal. En estos casos, al resultar el particular ofendido quien detenta el ejercicio de la acción penal, si durante la instancia de mediación se alcanzara un acuerdo, el mismo produce los efectos previstos en el artículo 434 del CPP (Barmat y Rivero, 2001: 36-37).

Esta solución resultaría viable también para determinados delitos de acción pública, en caso de incorporarse en la ley procesal un criterio de oportunidad que le permita al fiscal de instrucción o magistrado interviniente la posibilidad de suspender la persecución penal, archivar la causa o sobreseerla cuando los supuestos ofensores y las supuestas víctimas o damnificados alcancen un acuerdo celebrado en el marco de una instancia de mediación.

8. Conclusiones

El sistema de justicia penal de la provincia de Córdoba, tal como se lleva a cabo en la actualidad, resulta disfuncional a los fines de colaborar en la disminución de los índices de criminalidad. Con el fundamento de que se debe perseguir de oficio a los autores de todas las conductas transgresoras de la ley penal, se dilapidan muchos esfuerzos en investigar causas que luego son paralizadas ante la imposibilidad material de proseguir con su instrucción o realizar, respecto de las mismas, el correspondiente juicio oral y público.

Todas las innovaciones procesales introducidas en la provincia de Córdoba a los fines de agilizar, eficientizar y en general mejorar el sistema judicial en el fuero penal, tales como la implementación del juicio abreviado, del juicio abreviado inicial, el ejercicio de la Jurisdicción por salas unipersonales para las causas de menor complejidad, la celebración de juicios por tribunales integrados con jurados, etcétera, resultan positivas pero insuficientes para alcanzar dicho propósito.

La capacidad operativa del sistema judicial es limitada. Por lo tanto, resulta imprescindible mantener una proporcionalidad entre la cantidad de causas que ingresen al sistema judicial y dicha capacidad operativa. La desproporción entre el volumen de requerimiento que se le efectúa al sistema y sus posibilidades reales de intervención no se correlaciona con el objetivo de lograr mayor eficiencia en la persecución penal. Por el contrario, ajustar el sistema al principio de mínima intervención y limitar su utilización como última ratio, permitiría que la justicia penal cumpla su cometido en relación a los autores y hechos respecto de los cuales resultan inviables otras alternativas, dejando estas últimas para diversificar la

respuesta estatal mediante opciones más ajustadas a sus posibilidades reales de intervención y a las necesidades e intereses de quienes se han visto perjudicados por el accionar delictivo.

Introducir innovaciones que adecuen a la capacidad operativa del sistema penal la cantidad de causas a investigar y juzgar, es una cuestión de política criminal privativa de la jurisdicción provincial. Por lo tanto, no amerita objeciones de inconstitucionalidad una reforma procesal que habilite tal adecuación.

9. Bibliografía

- AGUAD, Dolores y otros (2011), “La regulación provincial del principio de oportunidad. *Sistematización comparativa de las legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal*”. Publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, junio. Instituto de Ciencias Penales.
- ALMIRÓN, Hugo Antolín (2009), “El Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Córdoba, República Argentina frente a la aplicación de criterios de oportunidad procesal: Causas y efectos. propuestas para una persecución inteligente y eficaz”. Trabajo final del Curso Intermedio “Instrumentos para la Implementación de un Sistema Acusatorio Oral”. VI Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal.
- ALLER, Germán (2011), “Cuestiones victimológicas de actualidad: Origen de la victimología, seguridad, cifra negra, personalización del conflicto y proceso penal”. [Online: www.ilanud.or.cr/A_118.pdf. 10_12_2011].
- BARMAT, Norberto Daniel (2000), *La mediación ante el delito. Una alternativa para resolver conflictos penales en el siglo XXI*. Córdoba: Marcos Lerner, Editora Córdoba.
- y RIVERO, Silvia (2001), *Ley provincial de mediación N° 8858 y su reglamentación. Comentada-Anotada-Concordada*. Córdoba: Marcos Lerner, Editora Córdoba.

9.1. Legislación

Código Penal.

Códigos Procesales Penales de la Ciudad de Buenos Aires, de las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Chubut, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Río Negro, Santa Fe y Santiago del Estero.

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Provincia de Córdoba.

Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso del Poder.

200 Norberto Daniel Barmat - Nuevos paradigmas: la necesidad de racionalizar la persecución penal...

Ley de Mediación de la Provincia de Córdoba, n° 8.858.

Ley de Mediación Penal de la Provincia del Chaco, n° 4.989.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La antijuridicidad específicamente penal y la disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio

Carlos Julio Lascano (h)

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Profesor Titular de Derecho Penal I en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Nacional de La Rioja. Ex Director de la Carrera de Abogacía en la Universidad Nacional de La Rioja. Director de la Carrera de Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de La Rioja y Co-director de la Carrera de Especialización en Derecho Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, en convenio con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Profesor visitante de las Universidades de Huelva, Cádiz, La Rioja, Castilla-La Mancha, Pompeu Fabra y Alcalá de Henares en España. Director Organizador del Instituto de Derecho Penal y Criminología del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Rioja y ex Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Miembro fundador y ex Vice-presidente primero de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina. Miembro de la Asociación Internacional de Defensa Social para una Política Criminal Humanitaria (SIDS). Secretario Regional para América Latina. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ex Ministro de Justicia de la provincia de Córdoba. Miembro del Poder Judicial de la Nación como Vocal de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba.

1. Introducción

Partiendo de nuestra adscripción a un sistema funcional y bipartito de la teoría del delito, en el cual éste puede ser explicado en dos planos valorativos fundamentales, como son el injusto y la culpabilidad¹, nos proponemos analizar cuáles son los rendimientos prácticos esperables mediante la aplicación de la antijuridicidad

¹ Dicha opción sistémica en modo alguno impide que nuestro enfoque pueda tener cabida en una concepción tripartita, sólo que las valoraciones referidas a la relevancia de la afectación del bien jurídico, a la intensidad de la conducta, deben efectuarse en el tipo. Vale decir, que ante una conducta insignificante, el hecho ya no puede considerarse típico.

específicamente penal postulada por el Profesor Hans-Ludwig Günther, respecto del objetivo de lograr una más racional contención de la coerción penal estatal.

La admisión de una antijuridicidad específicamente penal dentro del sistema bimembre de imputación penal intenta evitar los resultados insatisfactorios que pueden producirse acudiendo a los criterios procesales de oportunidad, dentro de la denominada disponibilidad de la acción penal pública promovible de oficio, en lugar de atacar el problema de raíz dentro del tipo de injusto.

2. Antijuridicidad genérica y antijuridicidad específicamente penal

La distinción entre el injusto específicamente penal y otras clases de injusto fue precisada por Günther al explicar que no toda conducta contraria a Derecho es penada, sino que la ley, mediante el tipo penal, selecciona de entre el amplio círculo de acciones antijurídicas que infringen normas del ordenamiento jurídico y son jurídicamente desaprobadas, “aquellas acciones que incorporan un injusto digno de pena, jurídicopenalmente relevante y que desencadena la consecuencia jurídica ‘pena criminal’”.

El catedrático de la Universidad de Tübingen, expresa:

Por ello hablo de “injusto penal” para delimitarlo del concepto más amplio del injusto, que se forma a través de todas las parcelas jurídicas de un ordenamiento jurídico unitario. Todo injusto penal es simultáneamente injusto a efectos de todo el ordenamiento jurídico, pero no todo injusto a efectos de la totalidad del ordenamiento jurídico es ya un injusto penal, un injusto penalmente relevante. El injusto penal es una forma cualificada de injusto. La razón de la cualificación es el especial merecimiento de pena, que se deriva fundamentalmente del grado de aumento del injusto, o sea, del peso del bien jurídico afectado (desvalor del resultado) y de la reprobabilidad de las modalidades de la acción (desvalor de la acción). Y debido al principio *nullum crimen sine lege* es el legislador quien en primera línea decide al respecto mediante la redacción del tipo penal legal.

Tal caracterización, según Günther,

tiene sus raíces en consideraciones constitucionales y políticocriminales. Dado que castigar una infracción del orden jurídico por medio de la pena criminal supone la *forma más intensa de desaprobación de una conducta* que conoce el ordenamiento jurídico, también ha de existir una razón especialmente sólida y fuerte para

dicha reacción estatal (principio de proporcionalidad de los medios estatales, prohibición de exceso, subsidiariedad del Derecho penal).

En orden a la admisión de la influencia de las premisas político-criminales de la Constitución en la configuración de la tesis de Günther resultan relevantes las reflexiones de Amelung:

En los últimos tiempos, la función político-criminal del tipo penal se define cada vez más con ayuda de consideraciones jurídico-constitucionales. Así pues, son determinantes de su contenido la proporcionalidad, la necesidad y la idoneidad de una reacción jurídico-penal, que se estima la forma más grave de reacción de nuestro ordenamiento jurídico. Con ello, el objeto de la decisión político-criminal ya no aparece constituido por una cuestión de si una acción debe estar, en general, prohibida, sino por la relativa a si debe estar prohibida bajo pena. De este modo, la delimitación del injusto punible como *injusto agravado* se convierte en la función esencial del tipo penal.

Combinando los arts. 18 y 19 de la Constitución argentina, y teniendo en cuenta la limitación emergente de los principios de lesividad y proporcionalidad, a través del principio de *última ratio* del Derecho Penal estimamos que no sólo se trata de saber cuándo puede legitimarse desde el punto de vista constitucional que un determinado comportamiento pueda estar, en general, prohibido o mandado (*antijuridicidad general*), sino cuándo podría estar prohibido o mandado bajo amenaza de pena (*antijuridicidad específicamente penal*).

Por ello, la *antijuridicidad general* satisface los principios de legalidad, reserva penal y lesividad; la *antijuridicidad específicamente penal*, los de proporcionalidad, intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal.

El principio de legalidad determina que sólo a la ley penal “anterior al hecho del proceso” (art. 18 CN) le corresponde con exclusividad seleccionar –de entre los múltiples comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico general– el catálogo de conductas penalmente antijurídicas taxativamente descriptas en los tipos delictivos de la Parte Especial del Código Penal (principio de reserva penal, art. 19, segundo párrafo, CN). Conforme al principio de lesividad consagrado en el primer párrafo de dicha cláusula constitucional, el legislador sólo puede prohibir o mandar una conducta humana exteriorizada cuando ella lesione o ponga en peligro un bien jurídico, y dicha afectación no esté justificada por la necesidad de salvar otro bien jurídico preponderante.

Sin embargo, el legislador no está legitimado para prohibir bajo amenaza de pena cualquier comportamiento ilícito en general. Un Derecho Penal de mínima

intervención cuya función primordial es la protección subsidiaria de bienes jurídico-penales, sólo puede tipificar como delitos los comportamientos humanos exteriorizados que signifiquen las modalidades de ataque más peligrosas e intolerables para aquéllos.

3. Aplicación de la categoría de Günther a la disponibilidad de la persecución penal

La concepción de Günther ofrece mayor coherencia sistemática para resolver adecuadamente dentro del “tipo de injusto” –la primera categoría de la estructura bipartita del delito– la problemática de algunos criterios procesales de oportunidad, aplicables en la disponibilidad de la persecución penal.

Así lo advierte el propio catedrático de la Universidad de Tübingen:

Quien exija para la justificación en Derecho penal una aprobación y autorización jurídica para realizar el tipo penal, consecuentemente tendría que rechazar como injusto criminal incluso los más mínimos excesos respecto de tales autorizaciones, y una concepción así vulnera el mandato de adecuación y moderación en la incriminación de conductas. En cuanto a la mención que a veces se hace de las posibilidades de suspensión o sobreseimiento en tales casos conforme al Derecho procesal, en mi opinión es una declaración de quiebra o bancarrota de la dogmática del Derecho penal: pues ni el más convencido partidario de las reglas unitarias de justificación osará afirmar seriamente que las decisiones por razones de oportunidad dejadas al arbitrio del correspondiente Fiscal o Tribunal van a suponer una mayor ganancia en cuanto a seguridad jurídica que las limitaciones de la dogmática penal a la punibilidad dentro del marco de los requisitos del delito.

La posibilidad procesal otorgada al Ministerio Público de excluir la persecución penal pública mediante los denominados “criterios de oportunidad” reglados, plantea en nuestro país –cuya Constitución Nacional reserva a los Estados provinciales la regulación de los Códigos Procesales– una difícil disyuntiva: a) admitir la regulación de tales pautas de disponibilidad de la acción penal pública en cada Código local –en desmedro de la seguridad jurídica y el principio constitucional de igualdad ante la ley– lo cual implicaría ubicarnos sistemáticamente en las normas secundarias (normas de sanción) que se dirigen a los jueces, a quienes les ordenan la imposición de penas cuando se den ciertos presupuestos unidos a la infracción de las normas primarias; o b) introducir los criterios de oportunidad reglada en una reforma al Código Penal, cuyas normas primarias –que tienen como destinatarios a los ciudadanos– se caracterizan por contener la *prohibición*

jurídica de determinados hechos de especial gravedad, mediante la amenaza – también especialmente grave– de la pena.

Sin embargo, para quienes construimos el sistema bipartito de imputación penal en base a la teoría de las normas jurídico-penales y la admisión dentro del tipo de injusto de una *antijuridicidad específicamente penal*, la vía más apropiada para el cumplimiento de las funciones preventivas y garantísticas que se encomiendan en nuestros días a un Derecho Penal considerado como *extrema ratio*, sería agregar a las eximentes del art. 34 del Código Penal el supuesto en el cual la conducta haya producido en el caso concreto una afectación insignificante del bien jurídico protegido.

3.1.

José I. Cafferata Nores –quien junto a Julio Maier, Jorge de la Rúa y otros destacados juristas lideró en nuestro país la tendencia doctrinaria favorable a restringir la intervención punitiva estatal, en base a criterios de racionalidad y eficacia– sostiene que, ante la supuesta realización de un comportamiento penalmente tipificado, hay

dos alternativas posibles. O la reacción del Estado, buscando acreditar el hecho para castigarlo, tiene que darse en *todos los casos* en que exista la hipótesis de la comisión de un delito, sin excepción y con la misma energía; o bien, se puede *elegir* a través de los órganos estatales, en qué casos se va a provocar esta actividad, y en qué casos no, según diversas razones. La primera se denomina *legalidad*; la segunda *disponibilidad* o también *oportunidad* (aunque, en realidad, los criterios de oportunidad son las razones de la disponibilidad).

Cafferata Nores sostiene que el principio de *legalidad procesal* (o de *oficialidad*) consagrado por el art. 71 del Código Penal influye en la acción penal en dos momentos:

- a) En el inicial, donde se traduce en la “inevitabilidad de la promoción de la persecución represiva” que *necesariamente* debe comenzar ante la hipótesis de que se ha incurrido en una conducta delictiva.
- b) En un momento posterior, a través de la “irretractabilidad del ejercicio de la acción penal ya iniciada”, prohibiéndose generalmente su suspensión, interrupción o cese, y exigiéndose su prosecución hasta el dictado de la sentencia y el agotamiento de la pena.

Dentro del marco emergente de la reforma de 1994, a partir de la incorporación del art. 120 de la Constitución Nacional, debemos analizar el sistema del art. 71 CP que utiliza una fórmula imperativa (“Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales...”); dicha norma se correlaciona con el art. 274 CP que reprime la conducta de los funcionarios públicos a quienes compete perseguir el delito, que omitan cumplir con su deber.

En consecuencia, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales para perseguir y castigar los delitos, sin que ello pueda evitarse o relativizarse, so pena de incurrir en otro comportamiento penalmente ilícito.

Este principio de oficialidad –con las excepciones de las llamadas acciones dependientes de instancia privada y acciones privadas– significa que los órganos estatales encargados de la investigación y castigo de las acciones que la ley de fondo ha descripto como punibles, ante la existencia de un hecho con la apariencia de ser un delito –tengan conocimiento directo de él por las suyas o les sea anoticiado formalmente por una denuncia– deben actuar inexorablemente, sin supeditar su actividad persecutoria a consideraciones de conveniencia o utilidad, contra todas las personas que aparezcan involucradas en la perpetración de ese comportamiento típicamente antijurídico, a las que deberán someter al debido proceso para que el órgano jurisdiccional competente determine su responsabilidad penal o su inocencia.

Guillermo J. Fierro afirma que el criterio adoptado por el Código de 192 –producto del proceso histórico que delegó en el Estado el monopolio de persecución punitiva– es el que expresa mejor el principio *quot delicta, tot poena*, pero a esta altura de los acontecimientos debemos preguntarnos si el mantenimiento de este purismo teórico no importa una lamentable hipocresía frente al colapso del sistema judicial, que impide atender con un mínimo de seriedad la investigación y el juzgamiento de tan siquiera el diez por ciento del volumen de las causas sometidas a consideración, sin tener en cuenta la denominada “cifra negra” de la criminalidad. Por ello, con una visión realista y práctica, se postulan diversos mecanismos para descomprimir el aparato judicial punitivo.

Tal vez la principal solución que se ha postulado es la aplicación del denominado principio de oportunidad, que en numerosos casos ya existe de facto, dado que los operadores del sistema judicial, deliberadamente o por la fuerza de los hechos, escogen algunas causas (“con presos”, o como en nuestro fuero correccional de Córdoba, “sin presos y parte civil”), aunque generalmente se seleccionan informalmente las más graves, cuya repercusión social no toleraría que se paralizaran.

La aplicación de los criterios de oportunidad, por su naturaleza discrecional, requiere de controles exhaustivos y permanentes, tanto internos como externos, y constituye un desafío para la política criminal de cada país.

Las opciones seguidas en el Derecho comparado son varias, pero dos son las predominantes: a) la total discrecionalidad en manos del fiscal, propia del *plea*

bargaining norteamericano; b) el sistema de *oportunidad reglada*, característico del derecho continental europeo (tal vez su mejor ejemplo sea la Ordenanza Procesal Penal alemana), donde a partir de la vigencia del principio de legalidad procesal, se admiten excepciones por razones de oportunidad –bastante heterogéneas– que se encuentran previstas en la legislación penal o procesal penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado –a veces también de la víctima–, y requiere control del órgano jurisdiccional para establecer si el caso es de los que la ley autoriza en abstracto a tratar con criterio de oportunidad y si amerita concretamente dicho tratamiento.

Reconociendo la sustantividad de la acción penal, los supuestos de disponibilidad de la persecución penal pública deben ser establecidos por el Código Penal, pues ello representa una modificación normativa material. Por ende, creemos preferible la introducción de los criterios de oportunidad en la disponibilidad de la acción penal pública, mediante la reforma del Código Penal.

3.2.

En una posición distinta se ubican quienes, desde la moderna doctrina procesal, exigían revisar críticamente la concepción del principio de legalidad como “fundamento” del proceso penal y a la vez preparaban el terreno para la revalorización del principio de oportunidad procesal no sólo en su status científico en general, sino también en sus posibilidades de ser consagrado en los distintos ordenamientos procesales como verdadera excepción al principio de legalidad.

Entre nuestros procesalistas, un decidido impulsor de esta corriente de opinión es Alberto M. Binder, quien –pese a admitir que no existen razones definitivas para argumentar que el régimen de la acción penal deba ser regulado en el Código Penal o en el Código Procesal– afirma que –dada la enorme trascendencia práctica y el impacto que tiene el régimen de la acción sobre todos los aspectos dinámicos del sistema judicial– es preferible regularla en el Código Procesal Penal.

Siguiendo tales lineamientos, algunos códigos procesal-penales² y anteproyectos o proyectos³ de diversos Estados provinciales receptan la posibilidad de que, luego de iniciada la acción penal, ella pueda extinguirse por motivos diferentes a los contemplados en los arts. 59, 64, 76 bis y ss., y 132 del Código Penal.

En este momento no es factible detenernos a analizar los argumentos expuestos –a favor y en contra– de la posible afectación constitucional que tal forma de legislar trae aparejada.

² Mendoza, arts. 26 y 27; Chubut, arts. 44 a 48; Río Negro, arts. 180 ter, 180 quater y 180 quinto; Buenos Aires, arts. 56 y 56 bis.

³ Neuquén, arts. 36 a 39; Corrientes, arts. 36 y 37; La Rioja, arts. 36 a 41.

Sólo procuraremos aproximarnos al esclarecimiento de la naturaleza jurídica de algunos de los principales criterios de oportunidad procesal contemplados tanto en los proyectos y anteproyectos de reforma del Código Penal cuanto en los códigos y proyectos o anteproyectos en materia procesal penal.

En todos ellos, la hipótesis que se presenta como denominador común es la que se basa en el denominado “principio de insignificancia”, que puede operar para el tratamiento de la “criminalidad de bagatela”, cuando dentro de un comportamiento típico –que en principio es suficientemente grave– pueden encajar también supuestos concretos cuyo desvalor de acción o de resultado sea insignificante, lo que puede suceder cuando sólo se produce una mínima afectación del bien jurídico, cuya lesión o puesta en peligro prohíbe la norma jurídico-penal.

A tal situación se le han asignado distintas ubicaciones sistemáticas dentro de la teoría del delito, tanto en el ámbito de la tipicidad, de la antijuridicidad, de la culpabilidad o de la punibilidad.

Por nuestra parte, basándonos en las pautas político-criminales de los arts. 18 y 19 de nuestra Constitución –en especial, los principios de lesividad, proporcionalidad, subsidiariedad y fragmentariedad– sostenemos que la aplicación del principio de insignificancia derivado de la concepción del Derecho penal como *ultima ratio* configura una causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal, que elimina el “tipo de injusto”.

En consecuencia, un determinado comportamiento es atípico en el caso concreto cuando –pese a coincidir formalmente con la descripción abstracta del tipo objetivo– produce una lesión ínfima o poco significativa al bien jurídico cuya afectación se exige. Ello puede ocurrir cuando alguien se apodera de una cerilla del interior de una caja de fósforos de un supermercado; cuando una persona le corta un cabello a una persona sin su consentimiento; cuando el chofer de un colectivo urbano no frena en una parada y traslada a un pasajero unas cuadras más adelante, en contra de su voluntad de descender. En todos estos casos, las lesiones a la propiedad, a la integridad corporal y a la libertad son tan insignificantes que las conductas son objetivamente atípicas.

Por ello, en un Estado Social y Democrático de Derecho no debería ser deseable ni aceptable que el poder punitivo considere penalmente ilícitas y, por ende, persiga y castigue determinadas conductas intrascendentes o de escasa dañosidad social en el caso concreto, para lo cual lo recomendable sería –para no dejar duda sobre su ubicación sistemática como supuesto de atipicidad por exclusión de la antijuridicidad específicamente penal– agregar un inciso al artículo 34 del Código Penal que contemple el principio de insignificancia.

Una cosa muy diferente sería afirmar que –dada la limitación de recursos del Estado para perseguir todos los delitos– el sistema penal debería contemplar tal principio como uno de los criterios de oportunidad reglada a introducir como

excepción al art. 71 del Código Penal, que permitan al Ministerio Público –con control judicial– seleccionar y captar sólo aquellos comportamientos delictivos más gravemente lesivos del bien jurídico protegido.

En nuestra opinión, la primera alternativa resultaría más conveniente para posibilitar una solución que equilibre la necesidad de resolver la situación procesal del imputado sin tener que esperar una sentencia al final de un debate oral y luego de una prolongada etapa instructoria, con la menor afectación del principio de igualdad jurídica. La segunda opción implica consagrar una herramienta procesal encaminada a restringir el ejercicio de la acción penal, que estará siempre sujeta al arbitrio del órgano acusador para apartar de la persecución hechos considerados delictivos.

Para ilustrar la situación nos valdremos de un caso jurisprudencial resuelto por la Sala VI de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires⁴. La defensa había interpuesto recurso de apelación en contra del auto que dispuso el procesamiento del imputado por considerarlo *prima facie* autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa; éste había intentado apoderarse de las monedas que se encontraban en el interior de un teléfono público colocando un alambre por la ranura en las que se introducen las monedas para abonar una llamada telefónica, y logrando así hacer caer por el orificio destinado a la devolución de las monedas una pequeña cantidad de dinero que guardó en el bolsillo izquierdo trasero de su pantalón, siendo inmediatamente detenido por personal policial que observó el hecho. El tribunal resolvió por mayoría confirmar el procesamiento del imputado, modificando la calificación legal por la de hurto simple en grado de tentativa.

Lo destacable de este fallo es el voto disidente del juez de cámara Dr. Luis María Bunge Campos⁵:

(...) no toda lesión al bien jurídico “propiedad” configura la afectación típica requerida. En este sentido, debemos recordar que el patri-

⁴ Sentencia del 1/3/2007, “Rosich, Eric Adrián s/procesamiento”, publicada en *Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal* (2007), segunda quincena de mayo, año IV, vol. 90, Córdoba, con nota a fallo de José A. Buteler: “¿Insignificancia o vulneración de exigencia constitucional de lesión al bien jurídico?”. Págs. 5590 a 6001.

⁵ Concordante con su voto en la sentencia dictada en la causa “Gómez, Justo Ceferino s/proces. y monto del emb.”, 15/3/2006, publicada en la misma revista citada, págs. 6993 a 6999. Resulta curioso que esta causa, en la que se investigaba el delito de estafa reiterada (dos hechos), el principio de insignificancia admitido por Bunge Campos contó con la adhesión del juez de cámara Julio Marcelo Lucini, quien en la causa “Rosich” no compartió dicho criterio y conformó la mayoría junto a su colega Mario Filosof.

monio no es un elemento abstracto, sino un atributo de la personalidad, como tal no debe juzgarse en forma aislada, sino en relación con su titular. Lo que para uno es una afectación nimia e insignificante, para otro puede ser una afectación trascendente. Por ello el análisis de la afectación al bien jurídico no puede hacerse en forma abstracta o meramente formal. Desde el punto de vista de la teoría del delito, la afectación del bien jurídico cumple una función limitante de la tipicidad, no integrándola, de modo tal que una lesión insignificante, resultaría, por ende atípica al no revestir entidad suficiente para demandar la intervención del Estado. En este punto debemos necesariamente recordar el carácter de *ultima ratio* del derecho penal. El recordado Profesor Dr. Enrique García Vitor enseñaba que: “el principio de insignificancia representa un criterio de índole interpretativa, restrictivo de la tipicidad de la conducta, partiendo de la consideración del bien jurídico –conceptualizado sobre la base del principio de lesividad social y fragmentariedad–, y en la medida de su lesión o puesta en peligro concreto” (Enrique Ulises García Vitor, *La insignificancia en el Derecho Penal*, Hammurabi, Bs. As., 2000, p. 40). No podemos descuidar aquí el aspecto político-criminal que representa la aplicación de una pena a una afectación insignificante del bien jurídico; Zaffaroni, Alagia y Slokar ponen precisamente énfasis en este punto al decir que se trata de “casos en los que la afectación es mínima y el poder punitivo revelaría una irracionalidad tan manifiesta como indignante” (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As., 2003, p. 494). Explicado ello, entiendo que la insignificancia de la suma de dinero que el imputado habría intentado sustraer excluye la tipicidad de la conducta, por lo que corresponde revocar el procesamiento decretado por la Juez de Instrucción y disponer el sobreseimiento del imputado (arts. 334 y concordantes del C.P.P.N.).

Si bien en mayor o en menor medida, el hecho de considerar a la insignificancia un supuesto de atipicidad se ha visto reflejado en algunos pronunciamientos judiciales, tal como lo ha hecho la disidencia antes comentada, lo cierto es que la aplicación del principio siempre depende del hecho concreto y de la interpretación que se le asigne al tipo penal correspondiente (Lancman, 2011: 37).

El problema radica en que no existen parámetros uniformes para medir la lesividad de un determinado comportamiento, pero ello no impide analizar objetivamente cada situación para determinar la existencia de una ofensa significativa al bien jurídico. Así como una burda falsificación de un documento público no es apta para lesionar la fe pública, no cualquier apoderamiento ilegítimo es capaz de

lesionar la propiedad, máxime cuando se trata de un bien jurídico que admite grados de afectación (Lancman, 2011: 37-38). En definitiva, se trata de situaciones fácticas que deben ponderarse en cada caso, de modo similar a las que deben evaluarse para determinar si están o no reunidos los requisitos de la legítima defensa.

Por último, si la finalidad del Derecho Penal consiste en contener el poder punitivo y, al mismo tiempo, evitar conductas socialmente lesivas mediante la inculcación de motivaciones ajustadas a Derecho, el concepto de *delito* debe construirse en sintonía con ese fin. Se explica así que la función del injusto penal consista en determinar cuándo una acción, por ser especial e intensamente lesiva desde el punto de vista social, resulta jurídico-penalmente relevante. Y una acción adquiere tal carácter no sólo cuando está prohibida, por afectar un bien jurídico, sino fundamentalmente cuando ese bien jurídico ha sufrido un menoscabo significativo y la protección penal contra el ataque se muestre adecuada, necesaria y proporcionada (Gonella y Trotta, 2011).

Bibliografía

- GONELLA, Carlos y TROTTA, Facundo (2011), “Sobre algunos criterios de oportunidad: la oportunidad de la teoría del delito. Introducción y aspectos generales”. Exposición realizada en el Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba. Inédita.
- LANCMAN, Valeria A. (2011), “El principio de insignificancia”. Nota a fallo publicada en *Suplemento La Ley*. Penal y Procesal Penal, dir. Miguel A. Almeyra. 16 de junio, Buenos Aires.

Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral *

Gabriel Pérez Barberá

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional del Córdoba. Profesor Titular de Derecho Penal II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de carreras de postgrado en Derecho Penal en diversas universidades. Becario Doctoral del Servicio Alemán de Intercambio Académico y Becario de Investigación del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Alemania). Ha sido Director de la Policía Judicial de la Provincia de Córdoba y se desempeña actualmente como Juez de Cámara en lo Penal del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Alejandro Agüero

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Master Europeo en Historia y Comparación de las Instituciones Jurídicas y Políticas de los Países de la Europa Mediterránea, Universidad de Messina, Italia. Investigador del CONICET. Profesor de Historia del Derecho Argentino, Universidad Nacional de Córdoba. Ex profesor de Historia de las Instituciones Políticas, de Historia del Derecho Español y de Historia del Constitucionalismo, Universidad Autónoma de Madrid. Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Buenos Aires. Integrante del grupo de investigación HICOES (www.hicoes.org), con sede en Madrid. Su tesis doctoral (defendida en la Universidad Autónoma de Madrid en 2003) obtuvo el "Premio extraordinario de doctorado de la Facultad de Derecho de esa Universidad para el año lectivo 2003/2004. Este trabajo fue publicado como libro bajo el título, *Castigar y perdonar cuando conviene a la república. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, recibiendo el "Premio

* El presente texto no es más que la reproducción escrita de las conferencias brindadas por los autores con motivo de su participación en el programa. Como simple relación escrita, el texto conserva el estilo propio de la presentación oral, incluyendo eventualmente las citas bibliográficas imprescindibles. No constituye por lo tanto una versión definitiva de las investigaciones que sus autores llevan adelante con relación al tema, sino que sólo aspira a brindar al lector un panorama de las cuestiones puestas a debate durante la citada conferencia. Asimismo, aun tratándose originalmente de dicha reproducción, este texto fue publicado con anterioridad en Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II, N° 2, Marzo de 2012.

Internacional Ricardo Levene” correspondiente al trienio 2008-2010. Actualmente sus investigaciones se orientan hacia las formas de transición, experimentadas en el mundo hispano a partir de la crisis de la Monarquía, en el campo de la administración de justicia, con diversas publicaciones en revistas nacionales y extranjeras.

Introducción

La idea originaria de realizar un panel sobre el tema que intitula esta conferencia surgió a partir de una reflexión conjunta sobre la aparente desconexión con la que operan y se transmiten las disciplinas que llamamos dogmáticas, particularmente el derecho penal, de aquellas que se agrupan en torno a los estudios básicos, más concretamente, en este caso, la historia del derecho.

El tema que nos llevó a focalizar el punto en cuestión tiene que ver con las discusiones que en diversos ámbitos han suscitado las actitudes de quienes, desde el derecho, promueven o critican el enjuiciamiento y castigo de los responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar. Este tema, que como es notorio ha adquirido una valencia política altamente significativa en el curso de los últimos años, ofrece, a nuestro juicio, una buena ocasión para reflexionar en torno a las posibles relaciones entre historia, derecho penal y razonamiento moral.

Aunque resultaría anacrónico hablar en términos históricos de conceptos tan *exquisitamente* contemporáneos como “neo” o “contra” punitivismo, la primera parte de este trabajo apunta a señalar de qué modo la historia del discurso jurídico ha operado en la conformación de un marco de posibilidad argumental que, paradójicamente, permite al razonamiento jurídico y moral contemporáneo desenvolverse de manera a-histórica. Se procura de este modo poner de manifiesto que bajo esa aparente ahistoricidad se ocultan profundas tensiones sociales y políticas que resultan generalmente invisibilizadas en el razonamiento dogmático. Una breve elucidación de este proceso y del papel que la historia del derecho ha jugado en la configuración de esta particular forma de conocimiento jurídico será entonces el primer paso, para retomar luego algunas premisas derivadas de este primer momento y ponerlas en juego en el análisis sobre el tema central que queremos someter a discusión.

La función legitimante de la historia

Tradicionalmente la historia del derecho, aunque esto puede ser predicado de la disciplina histórica como actividad académica en general, funcionó como un gran proveedor de legitimación de lo que podemos llamar la construcción del paradigma del Estado-nación y su correlativo orden jurídico liberal. No exageramos si decimos que la historia, como ámbito académico y científico, nace en forma simultánea con el proceso político de construcción de ese complejo cultural que llamamos Estado-

nación, con el que llegaría a identificarse incluso la noción misma de orden jurídico (Garriga, 2004: 13 y ss.).

La historiografía política, pero particularmente la jurídica, proporcionaron legitimación a ese proceso mediante dos estrategias discursivas diferenciadas pero convergentes. La primera de ellas consistió en la naturalización de los conceptos institucionales. La indagación histórica desarrollada a partir de la segunda mitad del siglo XIX procedió aislando las estructuras institucionales de su contexto originario, produciendo la imagen de que determinadas construcciones culturales gozan de una existencia estable a través de los siglos y que, en todo caso, sus diversas manifestaciones y cambios obedecen a mutaciones más bien intrínsecas dictadas por su propia lógica de organización, despegando así a los nuevos dispositivos jurídicos de la determinación política y de la carga ideológica que los sostenían.

Valgan como ejemplos más evidentes de este fenómeno de naturalización los argumentos que se desplegaron recientemente con motivo de la ley de matrimonio igualitario por parte de quienes rechazaban la reforma. Sin embargo, hay ejemplos menos resonantes pero mucho más profundos de naturalización en conceptos que rara vez suelen considerarse desde una perspectiva diacrónica de significación. Consideremos, en este sentido, construcciones tan sólidas como el propio concepto de Estado, el concepto de ley, la idea misma de “legislación” como equivalente a orden jurídico, la división de poderes, el concepto de persona o sujeto de derecho, etcétera. Estos dogmas y conceptos fueron, y siguen siendo en muchos casos, retroproyectados al pasado como si se tratara de aspectos de una ontología que se había mantenido oculta por el primitivismo, la ignorancia o la vocación tiránica de las formas de organización política pretéritas.

Es precisamente en este punto donde entra a jugar la segunda estrategia de legitimación a la que hemos hecho referencia. Se trata de la lectura evolutiva de las expresiones culturales y, en particular, del derecho; esta lectura evolutiva (o teleológica) marcó las investigaciones desde el momento mismo de configuración de la disciplina histórica y sólo ha sido cuestionada seriamente en las últimas décadas del siglo pasado. Así, el discurso historiográfico tradicional coloca a las construcciones institucionales en una línea de tiempo continua, dominada por una perspectiva teleológico-evolutiva en la que cobran relevancia aquellos cambios que, de modo progresivo y ascendente, van acercando las instituciones del pasado al orden de valores del presente.¹ De este modo, el presente aparece como un estadio de evolución, en el que los patrones contingentes de racionalidad y de sensibilidad valorativa de un acotado sector de la burguesía europea de finales del siglo XVIII resultan elevados a la categoría de rasgos esenciales de la humanidad,

¹ Sobre esto véase Antonio M. Hespanha (2002).

y el proyecto político que surge de ellos se presenta como instancia superadora de expresiones culturales calificadas como primitivismos, barbarismos, etcétera.

El mejor ejemplo que podemos dar para este caso es el de la tradicional lectura de la evolución del derecho penal, donde conviven en una línea evolutiva fenómenos culturales tan diversos como los medievales juicios de dios, la Inquisición tardomedieval y moderna y el momento racional y emancipador constituido por el surgimiento del derecho penal liberal. Al igual que la primera estrategia señalada, ésta también neutraliza el peso de las tensiones ideológicas que empujan los cambios sociales y las modificaciones en el campo del derecho. En ambos casos se pierden de vista los momentos de ruptura, los desplazamientos semánticos y los cambios paradigmáticos que determinan las condiciones de sentido de las instituciones dentro de su propio contexto. La visión evolutiva deja complacido al lector, que siente el inmenso alivio de haber nacido en el presente, desplazando a un oscuro segundo plano la violencia inherente al nuevo sistema jurídico en el que vive.

Bajo esa aparente continuidad, el presente del historiador impone al pasado sus categorías, sus clasificaciones y sus valores naturalizados, para convertirlo en una suerte de fase primitiva o de etapa de preparación para el futuro-presente. Se genera así una imagen actualizante del pasado, en la que sólo resultan relevantes aquellos aspectos que son familiares al ojo del historiador, trivializándose todo lo que no encuentra cabida o no puede ser explicado desde sus propios esquemas conceptuales. Esta narrativa histórica opera silenciosamente sobre el presente, consolidando un imaginario desde el cual el jurista actual se permite asimilar a aquel primitivismo cualquier fenómeno divergente que, desprovisto de su complejidad por esa misma lógica, logra ser presentado como una avería incomprensible, como un retroceso a la oscuridad.² Esta funcionalidad presente –generalmente inadvertida– del discurso histórico, no resulta en absoluto ajena a su propio desarrollo como campo de saber-poder, puesto que, como hemos dicho, la historia del derecho, desde su origen, se configuró en una relación sinérgica con la propia forma de concebir el modelo jurídico liberal decimonónico, cuya matriz ideológica llega, en buena medida, hasta el presente.

² Considérese, a título de ejemplo, la siguiente afirmación que atañe directamente al tema central que aquí nos ocupa: “Afirmar esto de un modo tan categórico y sin tolerancia por soluciones sustitutivas de lo punitivo equivale a *refundar un derecho penal medieval y contrailustrado ya superado por la humanidad hace mucho tiempo*. Por ello, en materia penal, se puede decir que la jurisprudencia actual de la Corte IDH *atrassa unos 200 años*” (Pastor, 2005: 73 y ss.; 2006). *Cursivas agregadas.*

Crisis del modelo estatalista e historiografía crítica del derecho

La crisis del modelo estatalista, o del paradigma de la modernidad, como se lo reconoce también, dio lugar al surgimiento de nuevos modos de pensar el cambio histórico y de comprender las experiencias culturales pasadas. En el ámbito de la historia jurídica, desde las décadas finales del siglo XX cobró consistencia una corriente caracterizada por el intento de conseguir una comprensión del pasado menos comprometida, en lo posible, con las categorías y valores del presente, más sensible a los momentos de ruptura y no condicionada –también en lo posible– por la perspectiva teleológica o evolutiva que había estado en la matriz epistémica de la historiografía liberal. El resultado de estos nuevos enfoques ha generado una profunda revisión de los consensos historiográficos, dando lugar a una alteración de la imagen del pasado que, en forma especular, afecta también la imagen del presente. La distancia antropológica que debe mediar, según los nuevos postulados, entre el historiador y su objeto, favorece también una actitud similar entre el jurista y su orden presente. De este modo, la crítica del pasado estimula un posicionamiento crítico hacia el presente.

La lectura de las fuentes históricas más atenta a la alteridad del contexto de significación en el que fueron producidas, promovida por la historia crítica del derecho, rompió la familiaridad dogmática con la que los historiadores y juristas del presente dialogaban con las fuentes del pasado, y obligó a reconstruir lógicas de sentido y toda una gramática institucional que resultan casi por completo ajenas al lenguaje jurídico contemporáneo. Al mismo tiempo, develado el proceso de naturalización y advertidos los juristas de los condicionamientos derivados de la perspectiva evolutivo-teleológica, los dogmas jurídicos del presente aparecen desnudos en su radical contingencia histórica. De esta forma, la crítica a la historia continuista y teleológica incide en la propia representación del presente, poniendo en evidencia el carácter ilusorio de la atemporalidad de los dogmas jurídicos contemporáneos. Éstos, al igual que aquellos que una vez dominaron en el pasado, son fruto de posicionamientos ideológicos, de condiciones estructurales y de contingencias históricas (Hespanha, 2002: 34 y ss.).

La reflexión en torno al modo de hacer historia del derecho se acerca entonces, en este punto, a la reflexión sobre el modo en que los dogmas del presente fueron contruidos, es decir, el modo en el que un proyecto político logró catalizar fuerzas culturales, complejos ideológicos y tensiones estructurales divergentes para imponer una peculiar estructura organizativa y una determinada voluntad política traducida en una manera de concebir, expresar y estudiar el derecho.³ Todos estos elementos pueden conjugarse ejemplarmente en la historia del gran

³ Sobre las claves jurídicas de ese proyecto político véase Pietro Costa (1974).

cambio de paradigma que implicó el tránsito de lo que desde la revolución francesa se ha dado en llamar el Antiguo Régimen, al orden jurídico del Estado liberal decimonónico.

Herederos como somos de la principal matriz cultural que movilizó esa transformación –la Ilustración–, nos resulta incómodo y hasta chocante para con nuestros propios valores analizar con alguna distancia la carga ideológica y la violencia inherente a la imposición del nuevo paradigma. Sin embargo, reflexionar sobre estos puntos no significa cuestionar el papel axiológico que aún hoy desempeñan determinados constructos jurídicos. No se trata de impugnar el valor de los dogmas emergentes de aquel contexto, como el principio de legalidad, el de igualdad ante la ley, el de no retroactividad de la ley, etcétera. Se trata tan sólo de mostrar que estas emergencias no fueron un resultado aséptico de la razón, ni producto del descubrimiento de verdades eternas, y de advertir que no agotamos la explicación de su emergencia al considerarlas exclusivamente –y repárese en que decimos *exclusivamente*– como conquistas emancipadoras frente a la tiranía.

Derecho, codificación e igualdad

Un caso paradigmático de este cambio de perspectiva historiográfica que, a su vez, nos acerca al punto central que queremos debatir, es el de la historia de la codificación. En ella convergen buena parte de los elementos que entraron en juego en aquel proceso de transición que acompañó la emergencia de los dogmas jurídicos contemporáneos.

El proceso de codificación decimonónico fue tradicionalmente presentado como un caso de innovación en la técnica jurídica, como un paso impulsado por la razón que nos habría llevado de un escenario dominado por la confusión acumulativa de una normatividad plurisecular y opresiva, a otro regido por un derecho simple, claro y conciso, orientado por la autonomía de la voluntad y la igualdad ante la ley. Este relato tradicional no repara en el hecho de que esa innovación técnica fue un epifenómeno de un proceso simultáneo de construcción de una nueva forma de poder que implicó, entre otras cosas, el despliegue de una política de homogeneización de sujetos y territorios en orden a la consecución de una nueva sociedad fundada en el mercado. Difícilmente puede explicarse este nuevo complejo cultural sin atender al paralelo desarrollo de la revolución industrial y su producción serial de mercaderías, llamadas a ser distribuidas por un espacio vacío de aduanas o fronteras interiores –el espacio del nuevo Estado-nación– y destinadas a unos sujetos igualmente homogeneizados y dispuestos en sus diversos roles de productores y consumidores.

Se tuvo que dar una particular convergencia de intereses para que este programa triunfara: por un lado, la necesidad de refundar la autoridad política, por medio de un esquema de representación que permitiese monopolizar la producción jurídica a través del principio de legalidad: “nadie está obligado a hacer lo que la

ley no manda” implicaba que “sólo manda el que hace la ley”, y éste, a su vez, en el contexto en que ese axioma fue acuñado, era el tercer Estado convertido en Asamblea Nacional de Francia. Representación política y legalidad se tocan así en la definición misma que la revolución francesa dio a la noción de ley: expresión de la voluntad general. Por detrás de la vocación garantista del postulado de la legalidad estaba en juego, históricamente, el monopolio de la autoridad y el consecuente desconocimiento de los múltiples centros de potestad normativa, locales y consuetudinarios, que componían el complejo mosaico de poder del antiguo régimen (Bovino, 1992). Triunfante el principio de legalidad, monopolizada la producción normativa, pudo olvidarse ya el fundamento democrático que se hallaba en su origen, como lo demostró la experiencia napoleónica. Por otro lado, incidieron los intereses movilizados por la naciente “economía política”, para la cual “la unificación del derecho se presentaba como la última medida que había que llevar a efecto para que el territorio nacional, ya unificado a nivel económico con la abolición de las aduanas internas y con la proclamación de principios constitucionales que sancionaban la movilidad de las personas y de las mercaderías, ahora pudiesen finalmente comenzar a funcionar como mercado (...)” (Caroni, 1996: 27).

En la construcción de esa nueva sociedad, la igualdad formal se convirtió en un ingrediente esencial que posibilitaba la unificación del espacio por medio de la disolución de los estamentos y cuerpos intermedios, al tiempo que neutralizaba, o invisibilizaba, las desigualdades que, aún persistiendo de manera flagrante, pasaron a ser “jurídicamente” irrelevantes.⁴ Dicha operación cultural se realizó mediante un proceso de abstracción que generalizó una determinada subjetividad jurídica, conformada sobre la base de una noción de “sujeto único de derecho”, despojado de todo predicado que no fuera relevante para el nuevo juego social fundado en otra gran abstracción: la autonomía individual. Construida sobre el arquetipo del burgués europeo de finales del siglo XVIII, la imagen de un sujeto único de derecho se proyectó como clave para la nueva organización jurídica de la sociedad (Tarello, 1976; 1995).

La “generalización de la subjetividad jurídica” fue, al decir de Pío Caroni, “una jugada fundamental y, al mismo tiempo, emblemática” del proceso codificador: con ella, sostiene el citado historiador,

millones de individuos, a los cuales la supresión de las estructuras sociales asociacionistas del *Ancien Régime* había sustraído ahora toda posibilidad de identificación social y que, en este sentido,

⁴ Desde otros marcos teóricos también se ha destacado la diferencia entre “igualdad formal” y (en ese caso) “desigualdad sustancial”: por ejemplo Alessandro Baratta (2004: 165 y ss.).

estaban extrañados y desorganizados, se convirtieron, de repente, en actores de un juego que les trascendía, posibles destinatarios de derechos y obligaciones, potenciales titulares de relaciones jurídicas (...). Generalizar la capacidad jurídica significaba también *obligar a todos a participar* en el juego salvaje de la competencia (...). La concesión de la capacidad jurídica ya no permitía ahora al jugador inexperto, poco diestro o también sólo sin resistencia, ser espectador y sustraerse de esta manera a la presión del jugador más fuerte, más astuto, más experimentado; pues lo *constrñe* a presentarse al inicio del juego como sujeto más débil y, por lo tanto, fácilmente explotable (Caroni, 1996: 49 y ss.).

De este modo, el código vino a regular una sociedad que era consciente de las desigualdades, pero que sólo hacía referencias a ellas de modo implícito, “generalmente para confirmarlas y explotirlas, excepcionalmente para combatirlas o mitigarlas” (Caroni, 1996: 44).

De esta manera, lo que hasta hace poco se nos representaba como una innovación técnica, se nos muestra ahora como el reflejo de un programa político que, a partir de las teorías formalistas de la igualdad ante la ley, contribuyó a convertir las diferencias en predicados irrelevantes para el nuevo lenguaje jurídico. Advertidos de los espejismos igualitarios generados por ese nuevo lenguaje jurídico, los historiadores del derecho debieron aprender a reinterpretar los textos decimonónicos para comprender que allí donde se decía “todos” debía leerse “algunos”, a saber: varones, blancos, cristianos, propietarios. Pensemos, como ejemplo de esto último, que el mayor genocidio étnico que tuvo lugar en nuestro país ocurrió bajo una Constitución que auspiciaba los beneficios de la libertad para “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”.

La historia jurídica de los siglos XIX y XX en Occidente es en buena medida la historia de las frustraciones, ajustes y desajustes de aquel programa político. Analizar ahora este derrotero nos llevaría demasiado lejos. Pero digamos, al menos, que la ilusoria proyección de una uniformidad basada en categorías atemporales ha resultado seriamente cuestionada por la emergencia de condiciones que han cobrado nueva relevancia en el lenguaje jurídico, como la pertenencia cultural o la condición de género, al tiempo que otras que parecían gozar de un estatus de naturaleza indisponible han comenzado a disolverse, como la noción de matrimonio heterosexual. ¿En qué medida esta nueva sensibilidad hacia las diferencias puede ser recogida como premisa para el análisis dogmático-penal y para la calificación moral de quienes reclaman la vía penal como medio para castigar los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar en Argentina? Llegamos así a la cuestión principal que queremos debatir aquí.

Neopunitivismo y contrapunitivismo

La discusión central entre aquellos que defienden la punición, hoy, de los delitos de lesa humanidad cometidos en nuestro país hace más de treinta años, y aquellos que la objetan es, en efecto, una discusión de naturaleza moral, pues en ella de lo que se trata, en definitiva, es de dar razones para determinar si son correctos, o no, una serie de cambios normativos que habrían tenido lugar en los últimos años en el nivel constitucional. Con esto no queremos decir que sea indiscutible que esos cambios normativos se hayan producido (sobre esto algo agregamos más adelante), sino antes bien enfatizar que los argumentos más penetrantes utilizados por quienes objetan esa persecución penal plantean, al menos como hipótesis o como presupuesto, que sí se han producido, y pretenden, no obstante ese reconocimiento, cuestionarlos en su corrección moral. En ese intento, uno de los principales puntos de apoyo para tal enjuiciamiento moral es una forma de presentación de las ideas de la Ilustración que, en términos historiográficos, bien se adecua a la metodología teleológico-evolutiva que hemos presentado e impugnado en los párrafos anteriores.⁵

Uno de los discursos críticos contra la punición de los crímenes de lesa humanidad cometidos en Argentina a partir del golpe de Estado de 1976 (y el único que, por su seriedad y profundidad teórica, consideramos interesante analizar aquí) se apoya en un planteamiento más general, conforme al cual objeta, en rigor, cualquier norma o práctica que importe aumentar el poder penal del Estado. Desde esa corriente de opinión se ha denominado “neopunitivismo” a los intentos más actuales de incrementar ese poder estatal (Pastor, 2005). Sería correcto, entonces, identificar a este discurso como “contrapunitivista”. Entre quienes lo articulan pueden hallarse, por cierto, meros oportunistas que simplemente pretenden defender, coyunturalmente, una determinada posición sectorial. A éstos los llamaremos “contrapunitivistas cínicos”, y no merecerán en este trabajo más que esta mera mención con intención contextualizadora. Sí nos interesa, en cambio, el discurso que podríamos llamar “contrapunitivista genuino”, que auténticamente se fundamenta en las máximas de una determinada versión del derecho penal liberal, provenientes del período de la Ilustración.

Cuando decimos “auténticamente” queremos expresar que esa identificación liberal es, precisamente, genuina: los contrapunitivistas genuinos sostienen el credo de la Ilustración identificándose con él seriamente. Así, cuando observan lo que hoy sucede con la punición de delitos de lesa humanidad cometidos hace treinta años, se oponen a ello con la misma convicción con que lo hacen cuando critican el aumento de punición en el ámbito del derecho penal común. Es decir: a ambas situaciones las visualizan como un embate evidente e igualmente reprochable

⁵ Véase por ejemplo la cita de la nota a pie n° 2.

(*moralmente* reprochable) a la única forma de derecho penal que están dispuestos a tolerar, que sería un derecho penal de estricta *ultima ratio* o derecho penal de mínima intervención. De allí que esta visión, por la absoluta generalización de su negativa a aceptar mayor poder penal en el Estado, puede ser clasificada como “contrapunitivista *fuerte*”. Este discurso, ciertamente, no es cínico, pero, conforme al marco teórico que hemos precisado más arriba, tenemos la esperanza de poder demostrar que, planteado en ese nivel de radicalidad, resulta al menos ingenuo.

No obstante lo que acabamos de señalar, corresponde reconocer que el surgimiento del contrapunitivismo fuerte en Argentina⁶ puede ser explicado por lo igualmente fuerte que es el discurso al que se opone. El contrapunitivismo fuerte no debe ser caracterizado solamente como un intento de interponer frenos al poder facultativo del Estado en materia penal: lo que quiere denunciar ante todo es lo irracional que resulta, a su juicio, que jurisprudencialmente *se imponga* al legislador –e incluso a la misma jurisdicción– el ejercicio de poder penal, es decir: que la persecución penal⁷ se exija como *obligatoria*. Esta es, comprensiblemente, la consecuencia más intolerable para un contrapunitivista fuerte. Y en nuestro país es –hasta ahora– en la persecución penal de los delitos de lesa humanidad cometidos por la última dictadura militar en donde puede observarse con mayor nitidez esa consecuencia.

En Europa, este fenómeno de “obligación de tutela penal suficiente” (en Alemania conocido como *Untermassverbot*, esto es, como prohibición de tutela – en este caso penal– insuficiente)⁸ puede observarse en los más diversos ámbitos, como por ejemplo en relación con los delitos sexuales y con la prohibición del aborto. En tal sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido por ejemplo que, para tutelar eficientemente la integridad sexual de las personas, no bastan las soluciones meramente reparatorias: es necesario, además, el castigo penal;⁹ y lo mismo para el derecho a la vida: en Alemania, la máxima judicatura constitucional afirma que su protección eficiente no se satisface con meras

⁶ Adhieren a él algunos de nuestros penalistas más prestigiosos. Así, por ejemplo –además de Pastor en las obras de él que aquí se citan, y sin perjuicio de las diferencias de matices entre las concepciones de cada uno–, véase Julio Maier (2001: 267 y ss.); Eugenio Sarrabayrouse (2007: 409 y ss.); Ezequiel Malarino (2009; 2010: 25 y ss.), todos detallados en la bibliografía. Es precisamente el prestigio y la penetrante capacidad crítica de estos autores lo que nos ha motivado a intentar una respuesta argumentalmente seria a sus puntos de vista, que no se quede en la mera diatriba ideológica, como con toda razón lo reclama Malarino (2010: 42 y ss.).

⁷ Hablamos aquí –y en todo este trabajo– de persecución penal en sentido amplio, esto es, entendida como ejercicio del poder penal estatal, tanto sustantivo como procesal, tanto legislativo como judicial, y no como sinónimo de “proceso penal”.

⁸ Sobre *Untermassverbot* véase, entre muchos, Bodo Pieroth y Bernhard Schlink (2001).

⁹ TEDH, causa “X e Y c. Holanda” (res. n° 8978/80), sentencia del 26/03/1985.

medidas estatales positivas, sino que, además, es necesario prohibir de la manera más enérgica, esto es, con castigo penal, cualquier manifestación contraria a él.¹⁰ En Argentina, en cambio, el único atisbo de obligación de persecución penal –y de persecución penal suficiente– ha venido de la mano de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de graves violaciones a esos derechos, se trate o no, técnicamente, de delitos de lesa humanidad.¹¹ Esta es, a nuestro juicio, la razón por la cual, en nuestro país, el discurso contrapunitivista genuino y fuerte ha quedado hoy contrapuesto, fundamentalmente, con el discurso favorable a la punición de los delitos de lesa humanidad cometidos hace más de treinta años, y no tanto ya con la aplicación de más poder punitivo en el ámbito del derecho penal común.

Todos los posicionamientos relativos al problema de la persecución penal de esos delitos de lesa humanidad en Argentina pretenden llevar razón moral, es decir: cada uno de ellos está convencido de que su punto de vista es el moralmente correcto. Ninguno de ellos, sin embargo, se ha esforzado demasiado por demostrarlo con razones morales, que por lo general se dan por sobreentendidas. Ahora bien, ¿cuáles son esos puntos de vista? No es tan sencillo identificarlos con toda precisión. No obstante, a los efectos de ir esbozando nuestra toma de postura podríamos decir lo siguiente. Si una de esas posiciones reza “ninguna obligación de persecución penal suficiente es moralmente correcta” (tesis del contrapunitivismo fuerte), y la otra reza “toda obligación de persecución penal suficiente es moralmente correcta”, nosotros diremos que ninguna de las dos lleva razón moral. Si, en cambio, una de esas posiciones dice “ninguna obligación de persecución penal suficiente es moralmente correcta” (otra vez: tesis del contrapunitivismo fuerte), y la otra, por su parte, que “alguna obligación de persecución penal suficiente es moralmente correcta”, nosotros diremos que la segunda es moralmente aprobable, y que la primera no lo es. En ambos casos, como se ve, nos oponemos a la tesis del contrapunitivismo fuerte. Nuestro punto de vista, entonces, puede resumirse así: no es moralmente plausible sostener que debe regir en forma

¹⁰ Como por ejemplo un aborto: véase BverfGE (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán) (1993), t. 88, págs. 203 y ss.

¹¹ La Corte IDH obligó a la utilización de persecución penal, por ejemplo, en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26/09/2006, en el que se trataba de delitos de lesa humanidad en sentido técnico, esto es, tal como vienen definidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma); en el caso “Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)”, sentencia del 14/03/2001, por su parte, la obligación de persecución penal tuvo por objeto un supuesto encuadrable ciertamente como una gravísima violación a los derechos humanos, pero no como delito de lesa humanidad; y en el caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia del 18/09/2003, la obligación de persecución penal fue consagrada en relación con un caso de criminalidad estatal grave, pero técnicamente un delito común.

generalizada una obligación de tutela penal, pero sí lo es aceptar que ella debe regir para algún caso (en rigor: para un único caso).

El punto de la discusión moral

Hemos dicho que estamos frente a una típica discusión moral, y ello es así porque, para decirlo en términos del llamado “equilibrio reflexivo” de Rawls (1971: 32), lo que aquí tenemos es una confrontación entre una convicción moral intuitiva firme y un principio moral general: de la discusión surgirá si lo que corresponde es modificar el principio general o abandonar la intuición, en función de cuál de ambos resulte más plausible.

Corresponde entonces explicitar la intuición moral básica de la que partimos, que por ser nada más que una intuición es, forzosamente, muy general: si por punitivismo (o neopunitivismo) se entiende la decisión de aplicar más derecho penal, no puede ser lo mismo, en términos de corrección moral, el punitivismo en el ámbito del derecho penal común que el punitivismo aplicado en la persecución de delitos de lesa humanidad (en sentido técnico). Para ser más precisos: en la actualidad, más punición en el ámbito de la criminalidad común nos parece moralmente inadmisibles; más punición en el ámbito de la persecución de los delitos de lesa humanidad, en cambio, nos parece moralmente admisible, y *no nos parece* –contra lo que opinaría al respecto el contrapunitivismo fuerte– que sea moralmente inconsistente tener a *ambas* proposiciones como correctas. Por supuesto que una cosa es que esté moralmente justificada la decisión de hacer uso de la facultad de aplicar más derecho penal en un determinado ámbito, y otra es que lo que esté justificado sea la *obligación* de aplicar más derecho penal. Pero esto último –al menos respecto de *un* ámbito– no es el punto de partida de nuestra intuición, sino, en rigor, su punto de llegada. A él arribaremos enseguida, en función de la presente argumentación.

Ahora lo que debemos hacer es explicitar el principio (moral) general al que nuestra intuición se enfrenta. Ese principio general se nutre ideológicamente del llamado liberalismo conservador (Nino, 1989: 305 y ss.), y en el ámbito jurídico-penal es presentado por sus partidarios como *principio del derecho penal liberal*. A continuación lo describiremos tal como él es entendido por la mayoría de los penalistas. Conforme a esa concepción, moralmente se es liberal en tanto se respeten determinadas exigencias éticas, y se es un penalista liberal en la medida en que se respeten determinadas exigencias jurídicas. Podría decirse que son tres las exigencias jurídicas más importantes que se derivan de *este* principio del derecho penal liberal. La primera de ellas es la de *legalidad* estricta, y al respecto no es necesario extenderse aquí. La segunda es la exigencia de *igualdad* estricta, que se infiere a su vez de la primera, pues en tanto haya ley todos quedan sometidos a ella por igual: lo que iguala es la ley, y en particular la ley *codificada*, que por sus características –explicitadas al comienzo de este trabajo– garantiza al máximo

tanto la sujeción a la ley del castigo penal como la igualdad de trato a todos los destinatarios de la ley. De allí que la fórmula sea “igualdad *ante la ley*”. Y la tercera exigencia es la de mínima intervención penal, esto es, de intervención estrictamente subsidiaria (*ultima ratio*) y limitada a la tutela de muy escasos bienes, particularmente aquellos que resultan absolutamente indispensables para la organización social actual (vida, integridad física, propiedad y libertad, básicamente, tal como lo propone la denominada escuela penal de Frankfurt) (Sarrabayrouse, 2005: 925 y ss.). Las tres exigencias, por su generalidad, son también principios, por lo que podemos hablar de principio de legalidad, principio de igualdad (ante la ley) y principio de *ultima ratio*.

Conforme al principio del derecho penal liberal así entendido, por tanto, es ciertamente inaceptable una obligación *general* de tutela penal, porque ello iría en contra del principio de *ultima ratio*. Pero también es inadmisibles una obligación *parcial* de tutela penal (esto es: limitada a determinados ámbitos, o incluso a un ámbito), porque ello sería contrario al principio de igualdad ante la ley: no se respetaría ese principio si rigiera una obligación de persecución penal sólo respecto de algunos, y no de todos. Fuera de ello, ya el principio de legalidad impediría cualquier intento jurisdiccional de establecer *obligaciones* de tutela penal. Pues, para esta visión, la decisión respecto a qué debe ser objeto de tutela penal depende exclusivamente de la *facultad* (discrecionalidad) del legislador (Malarino, 2010: 41; Viganò, 2011: 2648 y ss.).

Regresemos ahora a nuestra intuición de partida. Nos parece claro que en su base se encuentra implícita, como es fácil advertirlo, nuestra creencia de que este principio del derecho penal liberal, tal como ha sido aquí descrito, es en parte *correcto*: si no fuera así, no estaríamos de acuerdo con que es moralmente inadmisibles aplicar más derecho penal en todos los ámbitos, en particular en el de la criminalidad común. Pero también está implícita nuestra creencia de que ese principio del derecho penal liberal es en parte *incorrecto*, pues de lo contrario no podríamos considerar moralmente admisible una obligación de persecución penal suficiente para determinados casos. De estas dos creencias se sigue a su vez que nuestro principal desacuerdo con esta concepción del principio del derecho penal liberal pasa fundamentalmente por cómo éste entiende al principio de igualdad, en particular al de igualdad ante la ley, y no tanto por lo que atañe a su convicción en torno al mandato de *ultima ratio*.

Igualdad formal e igualdad material ante la ley. El liberalismo igualitario
¿Qué ha significado, socialmente, la llamada igualdad ante la ley? Tal como lo mostramos en los acápites iniciales de este artículo, la historiografía crítica ha permitido observar que la historia de la igualdad ante la ley está directamente ligada a la historia de la codificación. Hoy existe una suerte de renacimiento del panegírico de la codificación como clave para resguardar al derecho penal liberal

(Ferrajoli, 1996: 81 y s.; Pastor, 2005). Y ese renacimiento es, a nuestro juicio, merecedor de los mismos elogios y de las mismas críticas que el surgimiento originario de la codificación. Muy sintéticamente, puede decirse que, en la actualidad, el rendimiento más plausible de la codificación tiene que ver con que puede lograr poner un límite a la expansión *irracional* del derecho penal (Silva Sánchez, 2001: 21). La profusión de leyes “fuera de código” ha contribuido, sin dudas, a esa expansión irracional. Pero su efecto menos laudable, hoy como ayer, es el de invisibilizar desigualdades ostensibles, a través de la técnica que le es propia.

Ya se dijo que una de esas técnicas es la de la implantación del *sujeto único*, precisamente a través de la llamada “ideología igualitaria” (Tarello, 1995: 50) (formal). Dado que un código exige simplicidad, él sólo es posible mediante unicidad del sujeto jurídico. Con palabras de Tarello: “El código penal se estructuró sobre el sujeto único: no más diferencias subjetivas del punto de vista del agente o del punto de vista de la víctima (...). Las diferencias que persisten –y son muchas– se deslizan en los predicados bajo la forma de atenuantes y agravantes” (1995: 51). Se trata, como se puede advertir, del mismo tipo de operación que Caroni ha descrito, con respecto a la codificación civil, como “violencia de la abstracción” (1996: 45 y s.). El discurso de la codificación se impone en adelante como fruto natural de la razón, jugando así, a su favor, lo que el historiador Antonio Hespanha ha graficado, para otro contexto, como “la dulce violencia de la razón jurídica” (1993: 17 y ss.). Como hemos dicho antes, la codificación fue el reflejo empírico de las teorías formalistas de la igualdad ante la ley, y contribuyó así al proceso de presentar como irrelevantes a las diferencias.

No negamos que con estas citas buscamos deliberadamente desacralizar al discurso procodificador de la actualidad en el aspecto en el que consideramos que él debe ser desacralizado: el relacionado con la invisibilización de diferencias ostensibles y muy relevantes que esta comprensión de la igualdad ante la ley trae consigo. Pero lo más importante no es eso, sino poner de relieve que en tanto el discurso moral “es una *práctica social* y como tal es históricamente contingente” (Nino, 1989: 103) (y lo mismo vale para el derecho), no parece legítimo, en una discusión moral (e incluso en una discusión jurídica), desentenderse del contexto social e histórico en el que ella se da. Sobre todo si se tiene en cuenta que, para decirlo otra vez con Nino, “tanto el derecho como la moral cumplen, mal o bien, las funciones de reducir los conflictos entre los individuos y facilitar la cooperación social” (1989: 99).

Es obvio que las referencias históricas que acabamos de resumir no son las que nutren al principio del derecho penal liberal ideológicamente conservador. Pero no menos cierto es que a éste último se lo fundamenta *siempre* a partir de un relato histórico (el que narra la versión más conocida, entre los juristas, del proceso iluminista o de la Ilustración). Así, por ejemplo, conforme a esa narración histórica tradicional se dice:

Los denominados derechos humanos (...) surgieron, como es sabido por todos, para poner límites reglados al poder estatal (...). Con el Renacimiento aparece el racionalismo y se empieza a esbozar la Ilustración (...). A la libertad de religión correspondía también la libertad de la ciencia. Y la ciencia jurídica libre de preconceptos, revelaciones, magia y autoridades metafísicas e inspirada únicamente por el método racionalista redescubrió el derecho natural como instrumento, a partir del reconocimiento de la igualdad natural de todos los seres humanos, para formular todos los derechos fundamentales e imponerlos como límite infranqueable a la autoridad del Estado (Pastor, 2005).¹²

Ese discurso, por lo tanto, debe aceptar que se le oponga una versión diferente de la historia, y confrontar con ella.

Uno de los núcleos argumentales principales de la postura contrapunitivista fuerte se asienta en la comprensión del principio de igualdad ante la ley que hemos descrito más arriba, es decir, abstraída allí la idea de igualdad del modo en que los historicistas críticos lo han advertido. Se enfatiza, así, la igualdad que todo imputado en un proceso penal tiene y debe tener ante la ley por el mero hecho de ser imputado, con completa abstracción de sus singularidades. En esta línea, se ha llegado a proponer

un *principio de anonimato*, que se refleje en la práctica de evaluar los casos sin atender a la identidad de los involucrados, para evitar las usuales distorsiones que se generan por razones emotivas comprensibles pero que no deberían tener peso alguno en la resolución de los problemas jurídico-penales, pues estas distorsiones impiden que el derecho trabaje de un modo neutral e igualitario, es decir, de un modo racional y libre de objeciones (Pastor, 2005).

Es decir, se va aún más lejos que el discurso iluminista clásico, pues se pretende *imponer expresamente* una igualdad formal a partir de la eliminación *consciente* de diferencias reales, que es en esencia lo que caracteriza al liberalismo conservador.¹³ ¿Puede semejante método ser tenido por racional? La pregunta, aunque lo parezca, no pretende ser retórica, y en consecuencia ensayaremos por ahora una respuesta provisional: depende del contexto.

¹² Podrían citarse muchos otros fragmentos similares, de éste y de otros autores.

¹³ La caracterización que se brinda de esa clase de liberalismo en Carlos Nino (1989: 305 y ss.).

Para un punto de vista liberal no conservador, o igualitario-material (como el que aquí se pretende defender), no deberían ser demasiados los contextos posibles en los que tenga sentido preguntarse acerca de la plausibilidad moral de la aceptación, en función de la clase de criminalidad que se persigue, de una obligación de persecución penal suficiente. De no ser así, quedarían abiertas preocupantes posibilidades a favor de un “panpunitivismo”, que es incompatible también con nuestra concepción.

Por lo pronto, la pregunta acerca de la plausibilidad moral de que sea obligatoria la persecución penal no debería siquiera tener sentido en el marco de conflictos meramente interindividuales, que conforman la inmensa mayoría de los casos que llegan a los tribunales (y ello incluye por supuesto a los casos de aborto, delitos sexuales, etcétera); en este contexto, una obligación de tutela penal sería moralmente inadmisibles. Quizá sí pueda tener sentido la pregunta acerca de la plausibilidad moral de la obligación de persecución penal cuando se trata de autores de gran poder económico que atentan contra determinados bienes (incluso colectivos, como el medio ambiente) para enriquecerse todavía más, habiéndose organizado entre varios para el logro de ese objetivo, o en los casos graves de criminalidad estatal, como por ejemplo en supuestos de corrupción pública o de graves –pero no sistemáticas– violaciones a los derechos humanos; pero de todas formas también en esos contextos debería dicha pregunta ser respondida categóricamente en forma negativa. En cambio, si se trata de crímenes de lesa humanidad cometidos en forma sistemática por un aparato organizado de poder, estatal o análogo a él, contra víctimas individuales u organizadas sólo rudimentariamente, puede que la pregunta acerca de la plausibilidad moral de la obligatoriedad de persecución penal no sólo tenga sentido, sino que, además, deba ser respondida afirmativamente.¹⁴ ¿Pero qué es lo que fundamenta estas respuestas, por ahora muy preliminarmente intuitivas? ¿Hay realmente una razón *moral* que las fundamente? A nuestro modo de ver, sí.

La razón en cuestión puede ser descripta, inicialmente, a través de una especie de fórmula: *sólo es moralmente admisible una obligación de persecución penal cuando el autor, al momento del hecho, es, en términos absolutos, lo menos vulnerable que se puede pensar, y, en términos relativos, claramente menos vulnerable que la víctima*. Fuera de este extremo muy estrecho, no puede estar moralmente justificada ninguna *obligación* de punir. Ello no significa excepcionar el principio de *ultima ratio*, sino aplicarlo: cuando de lo que se trata es de la obligación de persecución penal, conforme a nuestra posición ella resulta moralmente plausible sólo en *un* caso (o en una clase de caso) muy acotado. Es evidente, por tanto, que la razón que se acaba de brindar para justificar moralmente

¹⁴ De esa opinión es, entre otros, Javier De Luca (2011: 10).

una obligación de persecución penal concede un valor moral positivo muy elevado a dicho principio.

Ahora bien, dado que sostener que la persecución penal obligatoria es moralmente plausible respecto de un caso ha de ser visto por el liberalismo penal conservador por lo menos como una vulneración *prima facie* del principio de igualdad (formal) ante la ley, algo debe decirse para demostrar que el punto de vista que defendemos es admisible en un Estado de derecho liberal. Debe demostrarse, en fin, la compatibilidad de nuestra posición con un punto de vista moral y jurídico-penalmente liberal. En ese sentido, sería de nuestro agrado poder probar que el liberalismo penal conservador ha tenido la habilidad de saber presentarse a sí mismo como la única opción liberal en derecho penal, pero no disponemos aquí de espacio suficiente para ello. Nos contentaremos con mostrar que nuestra tesis es asimilable a la del principio propio del liberalismo moral (materialmente) igualitario (Nino, 1989: 340 y ss.), y que ese es el principio liberal al que debería aspirarse desde un derecho penal propio de un Estado de derecho.

La razón moral que hemos propuesto para justificar la obligación de persecución penal únicamente en un contexto muy específico es, en efecto, una manifestación del principio del liberalismo igualitario, el cual se caracteriza por estar dispuesto a intervenir en un estado de cosas para equilibrar situaciones de diferencias reales, en aras de asegurar que la expansión de la autonomía de unos no se produzca en detrimento de la autonomía de otros. Como con precisión lo ha descripto Nino (1989: 344 y ss.), el liberalismo igualitario se opone ante todo al rechazo tajante a toda intervención igualitarista material, que es justamente lo que caracteriza al liberalismo conservador. Esa concepción conservadora del liberalismo pretende, así, una distribución “espontánea” de la autonomía, porque, ingenuamente, supone que la autonomía “viene parcelada naturalmente” (Nino, 1989: 343). Pero “la autonomía con que cuenta cada individuo (...) no es un atributo que (...) sea independiente del grado en que es poseído por otros” (1989: 343).

De allí que sea necesario *intervenir para equilibrar*, y que esa intervención no pueda ser calificada de antiliberal. Porque la intervención propia del liberalismo igualitario facilita la realización de las máximas liberales más importantes, en tanto permite la maximización de la autonomía de cada individuo sin desmedro ni de la autonomía ni de la dignidad de ninguno (Nino, 1989: 345 y s.). El liberalismo conservador, en cambio, parte del presupuesto de que existe una suerte de distribución “natural” de los bienes (entre ellos la autonomía, la libertad, la propia igualdad, etcétera), y en ello radica precisamente su ingenuidad, como lo ha demostrado la historiografía crítica y tal como otros liberales igualitarios que no adscriben a corrientes críticas de esa línea también lo han hecho notar (en Argentina, Nino y Malamud Goti, entre otros).¹⁵ Nuestra tesis pretende, en aras

¹⁵ Carlos Nino (1989); Jaime Malamud Goti (2008). De hecho, como no hay tal parcelación natural de los bienes, el liberal conservador necesita intervenir activamente para apoyar y mantener

de lograr un derecho penal *materialmente* equitativo, precisamente proponer una intervención en la distribución del castigo que proporciona la comprensión formal de la igualdad ante la ley, a partir del reconocimiento de una singularidad empírico-histórica ostensible en una determinada clase de criminalidad, de autor y de víctima, que el liberalismo conservador, por el contrario, prefiere invisibilizar, con resultados moralmente muy dudosos respecto a la equidad en la aplicación del castigo penal. Fundamentaremos estas últimas afirmaciones.

Ha quedado claro que, según nuestro parecer, en la actualidad solamente sería admisible una obligación de persecución penal –tal como aproximadamente la ha exigido hasta ahora la Corte IDH– en los supuestos de violación de derechos fundamentales de la máxima jerarquía, pero siempre y cuando se trate de delitos de lesa humanidad (o también de genocidio) cometidos por aparatos de poder organizados, estatales o análogos a ellos, en contra de víctimas más vulnerables. Ello es así porque esta clase de autor es, hoy, la menos vulnerable *que se puede pensar*. Ese autor no puede ser presentado como “débil” frente al Estado, ni siquiera frente al Estado triunfante del proceso político que le quitó a aquél su rango estatal, como lo demuestran de hecho los múltiples casos de justicia transicional en América Latina, en los que los Estados “triunfantes”, aun con voluntad de punición, no pudieron concretarla hasta tanto ella se hizo posible, precisamente, merced a obligaciones de persecución penal suficiente emitidas desde jurisdicciones internacionales.

La presentación automática de todo imputado como “débil” (frente al Estado como “fuerte”), cualquiera sea el caso, que lleva a cabo el liberalismo penal conservador, sólo es posible a través del procedimiento de invisibilización de diferencias ostensibles a partir del ya descripto uso formal del principio de igualdad ante la ley, que va a su vez de la mano de un (en el mejor de los casos) ingenuo proceso de descontextualización histórica. Estos procesos aseguran que la reacción estatal continúe adquiriendo su máxima violencia cuando es aplicada contra el débil y se retraiga frente al más fuerte, para proteger así, de modo máximo, al menos vulnerable. Contra esa inequidad en el reparto del castigo penal es que debe intervenir, y es precisamente esa clase de intervención lo que reclama una comprensión igualitaria (material) del liberalismo.

Los derechos humanos, tal como se desarrollaron en el pensamiento de la Ilustración, surgieron en función de un contexto histórico concreto, en el cual el autor (que transgrediera tales derechos) menos vulnerable que se podía pensar era un Estado fragmentariamente abusivo. En ese momento histórico –esto es, en el

el orden normativo que garantiza “esa presunta distribución ‘espontánea’” (Nino, 1989: 344). El liberalismo conservador, entonces, también interviene en la distribución de bienes, pero es claro que con un objetivo muy diferente al del liberalismo igualitario.

contexto continental europeo del siglo XIX–, un Estado organizado en su totalidad para violar sistemáticamente los derechos humanos de miles o hasta millones de personas, como comenzó a experimentar Occidente a partir de la segunda guerra mundial, era algo *impensable* (Frankfurt, 2006: 253 y ss.). Por eso no debería llamar la atención que la perspectiva acerca de los derechos humanos o fundamentales haya cambiado, con relación a esos casos, a partir de una modificación tan ostensible del contexto histórico.

En ese marco, insistir hoy en que, en materia penal, los únicos derechos fundamentales que merecen protección, cualquiera sea el contexto, son los del imputado, no es otra cosa que edulcorar al máximo la “dulce violencia de la razón jurídica”, dejando completamente de lado la historicidad propia de todo derecho. De hecho, y por solo poner un ejemplo, en Alemania, donde la dogmática de los derechos fundamentales tiene un importante desarrollo, los llamados *Abwehrgrundrechte*, esto es, los derechos fundamentales entendidos como defensa del individuo contra el Estado, sólo constituyen una de las dimensiones posibles de los derechos fundamentales. Junto a ella hay otra dimensión, cada vez más significativa, que representan los denominados *Leistungsgrundrechte*, esto es, los derechos fundamentales entendidos como derechos a prestaciones estatales positivas,¹⁶ que es precisamente la dimensión que se aprecia en la exigencia de persecución penal. Es verdad que, en relación con esta segunda dimensión, es necesario moverse con extrema prudencia.¹⁷ Pero no puede dejar de tenérsela en cuenta en el estadio actual de la evolución de los derechos fundamentales.

Si se mira bien, tanto los juicios de Nüremberg como los llevados a cabo actualmente en Argentina contra quienes actuaron al amparo del aparato de poder organizado por la última dictadura militar –sólo por poner dos ejemplos de procesos exitosos de imposición de un cambio normativo fuerte a nivel constitucional– significaron la puesta en práctica de una muy peculiar clase de *poder constituyente derivado*, sobre cuyas características no podemos extendernos aquí. Esto es lo que, a nuestro juicio, ha sucedido *de hecho* en nuestro país. Hoy el concepto de derecho fundamental (y de derechos humanos) *ha cambiado* entre nosotros. Otra cuestión es si esa modificación merece o no aprobación moral. *Eso* es, en rigor, lo

¹⁶ Por todos, Hans D. Jarass (2011: 17 y ss.). A esto, nos parece, se refiere por ejemplo De Luca, cuando distingue entre víctima de un delito común cometido por un particular y víctima de la violación, por parte del Estado (en su caso por omisión), de un derecho fundamental consagrado por ejemplo en la CADH (De Luca, 2011: 8).

¹⁷ Que la afectación al derecho fundamental de que se trate sea especialmente intensa es, por ejemplo, uno de los requisitos que en la dogmática alemana de los derechos fundamentales se exige para aceptar que el Estado pueda ser hecho responsable de una afectación tal en virtud de omisión (entre muchos otros, Rolf Eckhoff [1992: 252 y ss.]).

que el contrapunitivismo fuerte niega, y eso es precisamente lo que aquí estamos discutiendo.

Otras manifestaciones del liberalismo igualitario en el ámbito penal

No es aquí, por supuesto, donde se intenta aplicar por primera vez el principio moral del liberalismo igualitario para resolver problemas de distribución de responsabilidad penal. Malamud Goti (2008), por ejemplo, se vale de este principio para justificar el mayor castigo del delito consumado en relación con el delito tentado, exponiéndolo desde la óptica de la denominada “suerte moral”. Así, siguiendo él también a Rawls –y a Nagel– sostiene que, al momento de atribuir merecimiento o responsabilidad moral (y penal), no es posible desentenderse ni de la “suerte constitutiva” (lo que me tocó ser), ni de la “suerte situacional” (lo que me pasó), ni de la “suerte por el resultado” (lo que provoqué). La suerte constitutiva y la suerte en el resultado de unos influye en la suerte situacional de otros, y por tanto sólo un igualitarismo formal como el del liberalismo conservador estaría dispuesto a atribuir igual merecimiento o responsabilidad desentendiéndose por completo de las diferencias que vienen marcadas por aquellas contingencias.

Zaffaroni (1989: 274 y ss.), por su parte, emprende un desarrollo similar con su conocida propuesta de “culpabilidad por la vulnerabilidad” (una de las tesis más interesantes que desarrollara este autor y, sorprendentemente, una de las menos analizadas por los penalistas en Argentina). Según Zaffaroni, debe distinguirse entre culpabilidad por el injusto y culpabilidad por la vulnerabilidad, y en esta última deben tomarse en cuenta los “factores de vulnerabilidad”, que son básicamente dos: el esfuerzo personal por la vulnerabilidad y la posición o estado de vulnerabilidad (esto último es, en rigor, lo mismo que Nagel denomina “suerte constitutiva”). Así, cuanto más elevado es el esfuerzo de alguien por colocarse en situación de vulnerabilidad frente al sistema penal, menos merece que ese sistema se esfuerce por limitar su violencia punitiva frente a él; como es de esperar que quien ostenta una posición o estado de baja vulnerabilidad debe efectuar un importante esfuerzo personal por la vulnerabilidad para ser seleccionado por el sistema penal, si ello sucede actuará con elevada culpabilidad. Este aporte de Zaffaroni muestra que, en verdad, su interés teórico y práctico permanente no ha consistido en, lisa y llanamente, reducir en todo caso y a toda costa el poder punitivo del Estado, sino en aplicarlo más equitativamente, por lo que no parece justo criticarle ahora incoherencia porque, desde la CSJN y desde sus trabajos académicos, acepte la aplicación de más derecho penal en relación con los delitos de lesa humanidad.¹⁸

¹⁸ Eso es lo que opina, por ejemplo, Daniel Pastor en “Los fundamentos apócrifos de una imprescriptibilidad selectiva” (2011: 681 y ss.).

Similar a la posición de Zaffaroni es, también, la postura de muchas de las versiones más conocidas de la criminología crítica: ellas no persiguen la reducción lisa y llana de la aplicación del derecho penal. Lo que pretenden, antes bien, es llamar la atención acerca de la selectividad propia del sistema penal, y proponen por tanto reducir su aplicación en el ámbito del derecho penal convencional, empleado por regla en contra de autores socialmente débiles o vulnerables, y aumentarla con relación a autores socialmente poderosos, o en todo caso dirigirla con preferencia hacia estos últimos.¹⁹ Tampoco puede, en consecuencia, reprochársele incoherencia a los partidarios de estas corrientes si, en este momento histórico, ven con buenos ojos la persecución penal de los crímenes de lesa humanidad, y continúan oponiéndose a la aplicación de más derecho penal en el ámbito de la criminalidad común.

Pero fuera de la circunstancial coherencia interna que a nuestro juicio puede advertirse en trabajos científicos como los que se acaban de aludir, lo importante es destacar que es moralmente consistente aceptar la corrección de la aplicación de más derecho penal en un determinado ámbito y, a la vez, negar la corrección de esa aplicación con respecto a otros. Lo que tienen en común intentos como los de Nino, Malamud Gotti o Zaffaroni –entre muchos otros, por cierto, y entre ellos, según creemos, también el que aquí tratamos de esbozar– es que todos ellos se preocupan por generar un discurso moral que, al hablar de igualdad (un valor del cual un Estado de derecho liberal no puede desentenderse sin perder una de sus características definitorias), se haga cargo de diferencias empíricas ostensibles y busque equilibrarlas a través de una intervención específica, de modo de escapar del reproche de ingenuidad que, conforme al marco teórico aquí adoptado, cabe efectuar a los presupuestos empíricos e históricos de los que parte el discurso del liberalismo conservador; que es, para decirlo una vez más, el adoptado por el aquí denominado contrapunitivismo en su versión fuerte.

Ponderación final

Creemos que debe reconocerse, ante todo, que el discurso del contrapunitivismo fuerte ha tenido la virtud de llamar la atención acerca de una apelación realmente desmedida al empleo del poder penal del Estado en ámbitos relacionados con graves violaciones a derechos humanos que, sin embargo, no son técnicamente delitos de lesa humanidad. Se le debe mucho, en este sentido, a autores como Daniel Pastor, que con honestidad intelectual y profundidad teórica no sólo advirtieron ese problema, sino que lograron influir en la praxis, pues, a nuestro juicio, en algunos de los pronunciamientos más recientes de la Corte IDH se

¹⁹ Entre muchos otros, Baratta (2004: 101-209).

percibe una cierta pretensión de limitar la exigencia de persecución penal suficiente únicamente a los casos de delitos de lesa humanidad en sentido estricto.²⁰

Sin embargo –y sin perjuicio de ese reconocimiento– la radicalidad de la concepción del contrapunitivismo fuerte lo ha colocado en un lugar de ingenuidad teórica al que no es necesario adscribir para lograr resultados críticos como los que persigue, y es ese justamente el punto de inflexión a partir del cual pierde poder de convicción. Por otra parte, esa misma radicalidad le ha hecho emitir opiniones infundadas –como se ha visto– respecto a la supuesta incoherencia teórica y práctica de penalistas comprometidos con la persecución penal de los crímenes de nuestra última dictadura militar. A nuestro juicio, también la concepción de estos últimos exhibe honestidad intelectual y profundidad analítica, y nada menos que para afrontar un momento histórico completamente novedoso, que no se deja aprehender con las herramientas jurídico-penales tradicionales. Se coincida o no con los argumentos empleados, el solo hecho de haber emprendido semejante tarea de un modo tan exhaustivamente fundado –como lo ha hecho la CSJN y la Procuración General de la Nación en casos emblemáticos como “Simón”,²¹ por ejemplo– es algo que, a nuestro juicio, lo primero que merece, como actitud, es reconocimiento.

Por lo demás, creemos que lo expuesto hasta aquí demuestra que es perfectamente posible, desde una posición moralmente liberal, defender una versión atenuada del contrapunitivismo –que es la que pretendemos adoptar–, conforme a la cual se acepta la plausibilidad moral de una persecución penal obligatoria y suficiente para un contexto muy delimitado, en el cual lo moralmente intolerable es que al principio de igualdad se lo emplee no para equilibrar diferencias ostensibles, sino para invisibilizarlas, de modo de asegurar el mantenimiento de inequidades graves en la distribución del castigo penal. Pero ello importa, a su vez, objetar la idea de que una obligación de persecución penal resulte admisible sólo por el hecho de que haya sido vulnerado un derecho fundamental de peso, con independencia de las peculiaridades del delito, del autor y de la víctima, que es a lo que en ocasiones ha tendido la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, tanto en América Latina como en Europa²².

Tanta persecución penal obligatoria no nos parece que sea correcto aceptar, porque, si bien es verdad que el liberalismo conservador, con su idea central de nula

²⁰ Un ejemplo de esa tendencia puede ofrecer el citado fallo de la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano”.

²¹ CSJN, sentencia del 14/06/2005. Sobre este fallo, entre muchos otros, véase Pablo Parenti (2007: 61 y ss.).

²² Sobre la jurisprudencia del TEDH que obliga a una persecución penal suficiente en tanto sea muy valioso el bien afectado, Francesco Viganò (2011: 2647 y ss.).

o mínima intervención, ha provocado estragos en ámbitos como el económico, lo cierto es que, en el derecho penal, ha contribuido a conformar un discurso moral altamente plausible, como lo es el del derecho penal mínimo. Y precisamente se honra a ese principio si lo que se postula es que una persecución penal obligatoria sólo es moralmente plausible si se limita a un supuesto tan acotado como lo es el de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos a cargo de un aparato de poder organizado, estatal o análogo a él. No podemos abordar aquí la discusión acerca de qué debe aceptarse jurídico-penalmente para posibilitar una persecución penal obligatoria y suficiente (¿sólo imprescriptibilidad? ¿O también negación del principio de cosa juzgada? ¿Imposición de una determinada pena o de una determinada forma de ejecución de la pena? ¿Imposición forzosa de prisión preventiva durante el proceso?, etcétera), pues ello obligaría a la redacción de otro trabajo. Todo lo que podemos enfatizar en este lugar es que, en el ámbito específico que hemos señalado, una exigencia de persecución penal suficiente es moralmente correcta.

La fundamentación que aquí hemos brindado permite, por lo demás, contrarrestar la consabida objeción –repetida una y otra vez por el contrapunitivismo fuerte– del llamado “efecto metastásico”, en el sentido de que lo que hoy se permita en los casos de delitos de lesa humanidad, se permitirá mañana también en cualquier supuesto de criminalidad común. A nuestro modo de ver, para evitar consecuencias no deseadas de la aplicación de un principio en cualquier ámbito es necesario, ante todo, tener muy en claro las razones morales que lo sustentan. Intentar clarificar esas razones para el principio que aquí interesa (a saber: el del liberalismo materialmente igualitario) ha sido, precisamente, el objetivo de este trabajo.

Bibliografía

- BARATTA, Alessandro (2004), *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. 8ª edición. México-Buenos Aires: Siglo XXI.
- BverfGE (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán) (1993), t. 88.
- BOVINO, Alberto (1992), “Contra la legalidad”. En *No hay derecho* n° 8, punto III. Buenos Aires.
- CARONI, Pío (1996), *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*. Madrid: Marcial Pons.
- COSTA, Pietro (1974), *Il Progetto Giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. Milano: Giuffrè.
- DE LUCA, Javier (2011), “Punitivismo y derechos humanos. El caso de Argentina”. En *Revista pensamiento penal* n° 136, 16 de diciembre. [Online: www.pensamientopenal.com.ar].
- ECKHOFF, Rolf (1992), *Der Grundrechtseingriff*. Köln y otras: Carl Heymanns.

- FERRAJOLI, Luigi (1996), “La giustizia penale nella crisi del sistema politico”. En Bruti Liberati, Edmondo y otros (comps.), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*. Milán: Feltrinelli.
- FRANKFURT, Harry (2006), *La racionalidad y lo impensable*, en *La importancia de lo que nos preocupa. Ensayos filosóficos*. Buenos Aires.
- GARRIGA, Carlos (2004), “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”. En *Historia y derecho. Historia del derecho*. Istor, año IV, n° 16, primavera.
- HESPANHA, Antonio M. (1993), “Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica”. En Hespánha, Antonio M., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2002), *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Madrid: Taurus.
- JARASS, Hans D. (2011), “Vorb. vor Art. 1”. En Jarass, Hans D.; Pieroth, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 11ª edición. München: C. H. Beck.
- MAIER, Julio (2001), “¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho?”. En *¿Más Derecho?* N° 1.
- MALAMUD GOTI, Jaime (2008), *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- MALARINO, Ezequiel (2009), “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón”. En revista electrónica *El Dial*, 14 de septiembre.
- (2010), “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En AA.VV., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- NINO, Carlos S. (1989), *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.
- PARENTI, Pablo (2007), “La jurisprudencia argentina frente a los crímenes de derecho internacional”. En “Lateinamerika Analysen” 18, marzo. [Online: http://www.giga-hamburg.de/content/publikationen/archiv/la_analysen/z_la_analysen_18_parenti.pdf].
- PASTOR, Daniel (2005), “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”. En *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto. Publicado también en Pastor, Daniel (2006), “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como

- causa del desprestigio actual de los derechos humanos”. *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, II. [Online: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/pastor.htm>].
- (2005), *Recodificación penal y principio de reserva de código*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- (2011) “Los fundamentos apócrifos de una imprescriptibilidad selectiva”. En *Derecho penal y democracia. Desafíos actuales. Libro homenaje al Prof. Dr. Jorge de la Rúa*. Córdoba: Mediterránea.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard (2001), *Grundrechte. Staatsrecht II*. 27ª edición. Heidelberg: C. F. Müller.
- RAWLS, John (1971), *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001), *La expansión del derecho penal*. 2ª edición. Madrid: Civitas.
- SARRABAYROUSE, Eugenio (2005), “Frankfurt y sus dos escuelas: un estudio comparativo de la escuela penal y la filosófica”. En AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto.
- (2007), “El caso ‘Arancibia Clavel’. El paso del tiempo, los delitos imprescriptibles y la indeterminación de la acusación. ¿Los temores se hicieron realidad?”. En Pastor, Daniel (dir.), *El sistema penal de las sentencias recientes de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- TARELLO, Giovanni (1976), *Storia della cultura giuridica moderna I. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, Bologna.
- (1995), *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- VIGANÒ, Francesco (2011), “L’arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali”. En *Studi in onore di Mario Romano*. Milán: Jovene.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio (1989), *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar.

Razones para la reforma legislativa de los homicidios por odio del artículo 80 de Código Penal

(A propósito del femicidio, del homicidio por homofobia y del homicidio por odio a la identidad de género)

José Milton Peralta

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Asistente CONICET. Ex becario Comisión Fulbright-Ministerio de Educación, Rutgers University, EEUU (2010). Ex becario DAAD (*Servicio Alemán de Intercambio Académico*) en la Universidad de Múnich, Alemania (2004/2006) y Universidad de Bonn (2011).

I. Presentación del problema

Parecen evidentes las buenas razones para tratar peor a los homicidios por odio que a los homicidios comunes. Tomemos los ejemplos del femicidio y del homicidio por homofobia. Es más aberrante prenderle fuego a una mujer y ver cómo muere lentamente¹ que cometer un homicidio con efectos inmediatos. Es visiblemente más horrendo torturar a una persona homosexual durante seis horas mientras se bebe y se disfruta del momento² que asestarle una puñalada mortal con un resultado instantáneo. El proyecto de reforma legislativa³, conforme al cual se han agravado, entre otros, estos homicidios, parece haber receptado esta obviedad y, así, dado cuenta de convicciones morales ampliamente extendidas. Estos hechos

¹ Casos usuales reproducidos por la prensa y calificados de femicidio. Por ejemplo, <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-208173-2012-11-20.html>.

² Este ejemplo se corresponde con el triste caso del homicidio de Daniel Zamudio en Chile, caso calificado por la prensa también de homicidio por odio. <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-190689-2012-03-29.html>.

³ <http://senadorfilmus.com.ar/2011/04/femicidio-proyecto-de-ley-con-media-sancion-de-diputados/>.

inenarrables deben ser castigados con la mayor severidad y para ello resulta necesario agravar sus penas previendo *especialmente* una agravante. En el proyecto se agravan los homicidios en los casos en que:

- a) el autor fuere “un hombre y mediare violencia de género” o
- b) si lo cometiere por “odio de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión”.

Sin embargo, a pesar de que ésta parece ser una buena solución al problema, cabe preguntarse si realmente era necesaria una reforma legislativa. Una respuesta negativa podría basarse en cierto escepticismo respecto al éxito de los fines de la pena o, cuanto menos, al éxito que puede llegar a tener *agravar* delitos que ya tienen previstos de por sí una pena especialmente intensa. Para discutir si esto es así, en primer lugar, habría que estar de acuerdo en que la pena debe cumplir algún fin y, en su caso, cuál en concreto. Pero este no sería el único inconveniente con el que la reforma debería lidiar y, quizás, tampoco el primero.

Baste con echar una mirada superficial sobre el código penal argentino para percibir que hechos como los descriptos *ya estaban* agravados de la manera en que se los quiere agravar ahora. Incinerar o torturar a una persona hasta que muera se subsume, sin dificultades, en el homicidio calificado por ensañamiento para el cual se prevé pena de prisión o reclusión perpetua desde hace casi un siglo. Así, se puede afirmar que el código ha dado cuenta de los problemas que plantean el femicidio o el homicidio por homofobia ya en su versión de 1921. Volverlos a agravar por lo aberrante de su modalidad no parece tener sentido.

Pero esta conclusión sería apresurada, pues se basaría en un análisis superficial del asunto. Pensar que el rasgo definitorio de estos delitos pasa por su modalidad conlleva a soslayar aquello que realmente los caracteriza. Es decir, es cierto que el homicidio por ensañamiento ya está previsto por el código penal, pero no es cierto que con ello se capte lo que realmente *significan* el femicidio y el homicidio por homofobia. Estos, como todos los homicidios por odio⁴, se caracterizan, estrictamente hablando, no por la modalidad de la acción del autor, sino por la razón por la que el autor comete el delito, por el motivo del agente⁵. El femicidio se define como matar a una mujer por ser mujer y el homicidio por homofobia como matar a alguien motivado por su homosexualidad.

Ahora bien, la cuestión no termina acá. Uno todavía puede seguir preguntando por qué es relevante la motivación del autor y en qué sentido esto puede justificar

⁴ El Código Penal argentino prevé desde hace tiempo el homicidio por odio racial o religioso. A esta corta lista podrían agregarse una serie de supuestos, además de los mencionados en la reforma, como el odio político o la xenofobia, que, como veremos, responden a una misma idea justificatoria.

⁵ Sobre el concepto de motivos, lo dicho en nota 28.

un trato penal más riguroso. Si es que uno puede sustraerse de la modalidad, de modo tal que, por ejemplo, el homicidio a una mujer por ser mujer sigue siendo femicidio aunque el autor simplemente le dé un disparo al corazón, ¿en qué sentido es esto más grave que cualquier otro homicidio en que se mata a alguien de un disparo al corazón? ¿No será que aquí se están confundiendo las cosas y que es cierto que no hace falta previsión especial alguna para esta clase de delitos, pero básicamente porque no deben ser agravados en absoluto?⁶

No, las cosas no se están confundiendo. Los homicidios basados en la condición de mujer u homosexual de la víctima sí son más graves que otros homicidios, que los homicidios “comunes”. Solo es necesario especificar exactamente por qué. La tesis central es que estos delitos son más graves porque son delitos de sometimiento. La idea que resume esta tesis es la siguiente: la manera en que las víctimas pueden evitar la agresión del autor en estos casos es sometándose a su voluntad; la contracara es que el autor las mata por no haberse sometido. En lo que sigue, intentaré desarrollar esta idea.

II. Delitos de odio como delitos de sometimiento

La pregunta que plantea la justificación de los homicidios por odio supone no sólo que se sabe qué significa matar y qué significa odiar a cierta clase de personas, sino también que se sabe qué significa matar *por* odio a esa clase de personas. Sin embargo, conceptualizar esto no es tan sencillo. ¿Qué significa, exactamente, matar por odio racial o religioso, o por odio a la orientación o a la identidad de género? ¿Qué significa matar a una mujer por ser mujer? Creo que este ejemplo, el del femicidio, es bien ilustrativo de lo dificultoso que puede resultar definir al homicidio por odio. ¿Se tratan los femicidios de casos de misoginia en donde quien mata detesta a las mujeres y su existencia? De la respuesta a estas preguntas no sólo depende la calificación legal de la conducta, sino ya el concepto mismo de femicidio y de homicidios por odio en general.

Para responder este interrogante, comenzaré por el supuesto que con más facilidad nos muestra qué es lo que caracteriza a estos homicidios. Se trata del caso de homicidio por odio a la identidad de género, en especial, tal como lo recoge el proyecto, cuando se hace referencia a su “expresión”. Explicar este supuesto permitirá allanar el camino para explicar luego el resto de los homicidios por odio, incluido el femicidio.

Que el autor se base en la expresión de la identidad de género, por ejemplo, que su homicidio se base en que la víctima se ha travestido, señala que al sujeto le

⁶ Escepticismo respecto de la legitimidad de la consideración de los motivos en el derecho penal, por ejemplo, Carlos Santiago Nino (1980: 385 y ss.); Claus Roxin (2006); Peter Noll (1965: 232); Kristian (1991: 148 y ss.).

molesta algo que la víctima hace. El autor no tolera que ciertas personas se travistan, que se vistan como mujeres siendo hombres o viceversa. Esta conducta que realiza la víctima es para él razón suficiente para emprender la acción homicida. En un sentido bastante aprehensible, entonces, lo que hace el autor con el homicidio por odio es, además de matar, censurar la acción de la víctima, manifestar que no existe derecho a travestirse o, por lo menos, que esa no es, mientras el autor exista, una opción inteligente.

Ante esta situación, para evitar el ataque, a la víctima le queda como opción no llevar a cabo la conducta provocadora. Es decir, desenvolverse dentro de ámbitos que son de su exclusiva competencia, como lo es el ámbito de la elección y manifestación de la identidad sexual, como el potencial autor quiere. De esta forma, existe un dominio externo, i.e. una heteronomía, en un ámbito en el que debiera regir la autonomía. Esto puede ser denominado “sometimiento”, porque la víctima debe someterse a la voluntad del autor si quiere evitar ser agredida. Si esta es una correcta descripción de lo que ocurre en el homicidio por odio a la expresión de la identidad de género, éste podría ser definido como el delito (generalmente) *originado* en el ejercicio de la víctima de su derecho a elegir y manifestar su elección sexual.

Evaluemos ahora si otros casos de homicidio por odio pueden ser explicados del mismo modo. Pensemos en los homicidios por odio religioso. ¿Qué significa, exactamente, matar por odio religioso? En la medida en que se asuma que la libertad religiosa significa que cada uno puede elegir qué religión abrazar y cómo hacerlo, el homicidio por odio religioso puede definirse como aquel basado en una decisión religiosa de la víctima que el autor no acepta. El homicidio por odio religioso significa matar a alguien por haber abrazado cierta religión o por ejercerla de cierta manera. Si la práctica de cierta religión es una elección individual, aquí también a la víctima le queda como opción para no ser víctima no desarrollar esta práctica. Soy consciente de que la reconstrucción liberal de la libertad religiosa como una opción individual no se condice, en la mayoría de los casos, con la manera en la que, en la realidad, alguien termina sosteniendo cierta creencia. Las creencias religiosas son algo normalmente condicionado por la historia familiar y social de los individuos. Pero la reconstrucción liberal no pretende controvertir este *hecho*, sino que su objetivo es garantizar el *derecho* a que el único que pueda disponer sobre este ámbito de la vida de una persona sea el propio titular. Después de todo, no es del todo infrecuente que las personas cambien de religión.

En cualquier caso, si no se pudieran cambiar las creencias, a la potencial víctima siempre le queda como alternativa ocultarlas, es decir, no “expresarlas”, para así evitar ser víctima. Tiene que someter este aspecto de su vida sobre el que debería tener absoluto señorío a la voluntad de otro. En rigor, esto no es demasiado distinto del odio a la “expresión” de la identidad de género. Normalmente, al menos, quien mata por esta razón denosta ya el hecho de que alguien se conciba como

mujer siendo hombre o viceversa. Poner el acento en la expresión solo tiene en cuenta el dato obvio de que quien manifiesta su identidad sexual se transforma en un objeto de agresión más fácilmente identificable. Así, vemos que tanto el homicidio por odio religioso, como el homicidio por odio a la identidad de género pueden ser explicados del mismo modo. *Mutatis mutandi*, este criterio puede ser usado también para otros supuestos análogos como el odio político o el odio fundado en la rivalidad deportiva.

Pero dentro de los homicidios por odio existe otra clase de casos que, en apariencia, no se subsume en la concepción desarrollada hasta aquí. El ejemplo paradigmático es el homicidio por odio racial. A diferencia de lo que sucede con la decisión de travestirse o de, si se quiere, elegir cierta religión, la raza no puede elegirse y, en muchos de supuestos, ni siquiera puede ocultarse. Aquí no parece que el autor esté censurando una conducta de la víctima ni que la víctima pueda hacer algo para evitar ser víctima. Esto parece conducirnos a buscar aquí otra explicación para esta clase de delitos por odio. Sin embargo, si uno se fija bien, no siempre es necesaria la búsqueda de una explicación alternativa. Muchas veces el odio racial responde al mismo esquema que venimos desarrollando.

Pensemos en las razones por las que surge el movimiento racista *Ku Klux Klan*. Este movimiento surge en Estados Unidos después de la Guerra Civil americana, una de cuyas consecuencias más importantes fue la abolición de la esclavitud de los individuos de raza negra. La organización racista mencionada no surge con el fin de hacer desaparecer a los afroamericanos (de hecho hasta ese momento su existencia era por demás saludada), sino como una reacción al reconocimiento de sus derechos (McVeigh, 2009: 4-36; 199 y *passim*). Los miembros del *Ku Klux Klan* no admitían (ni admiten) la igualdad entre negros y blancos. Lo que con sus acciones querían poner de manifiesto es que los negros no deben desenvolverse en la vida autónomamente con si fueran blancos. En este sentido, aquí también las potenciales víctimas, para evitar ser víctimas, deben renunciar al ejercicio de derechos individuales, a hacer aquello que cualquier individuo con personalidad plena puede hacer, como, por ejemplo, ingresar a ciertos lugares, deambular por ciertas áreas, asistir a ciertas escuelas, etcétera. Se puede decir, entonces, que aquí también estamos ante un delito de sometimiento. Aquí también la potencial víctima, para evitar la agresión, debe procurar llevar adelante su vida no como el orden jurídico se lo permite, sino como el potencial autor quiere.

Y ahora volvamos al femicidio. ¿Qué significa matar a una mujer por ser mujer? Asumir aquí que el femicida es un misógino, alguien que persigue la desaparición de las mujeres como tales, o su reducción a un número necesario para garantizar la subsistencia de la especie, no podría explicar ni la relación previa del homicida con su víctima ni el profundo deseo de posesión que aquél tiene sobre ésta en estos supuestos. Se trata, por el contrario, una vez más, de un caso de sometimiento, en donde esta idea, además, se puede apreciar con especial claridad.

En los casos de femicidio, el autor se siente provocado frente a ejercicios de derechos por parte de la mujer. El ejemplo paradigmático es el de la mujer que quiere elegir con quién y cómo estar en pareja. Y en otros casos el homicidio suele ser el punto culminante de una relación de violencia contra la mujer, en donde se persigue prácticamente su reducción a servidumbre. El autor, de manera más o menos consciente, tiene una concepción machista de las relaciones entre hombre y mujer y censura, a través de su hecho, la autonomía de la mujer frente al hombre⁷. Para evitar ser víctima y provocar al agresor, la mujer, por supuesto, especialmente la que está en pareja, debe llevar adelante un modo de vida sumiso y digitado por el hombre. Una vez más, donde debe regir la autonomía rige la heteronomía.

III. ¿En qué sentido resulta sometida la víctima cuando el homicidio ha tenido lugar?

Hasta aquí hemos dado una explicación de lo que puede fundamentar la reforma del código penal que tiene la virtud de aclarar un poco más qué significa matar por odio. Hemos tratado de mostrar, también, que esto tiene que ver con la idea de sometimiento. Soy consciente, de todas maneras, de que el lector perspicaz puede estar haciéndose la siguiente pregunta: ¿en qué sentido resulta sometida la víctima de un homicidio por odio cuando ya está muerta? o, formulada de otra manera, ¿en qué sentido resulta *más* sometida que otras víctimas de homicidio? Si bien el hecho de homicidio puede ser visto en un sentido como una especie de amenaza a *otros* sujetos de la clase de la víctima (Moore; Hurd, 2004: 1190 y s.), la pregunta es qué daño adicional le ha hecho a esta víctima concreta que torna *su* homicidio más grave que el de otras víctimas. Después de todo, las víctimas de homicidio siempre resultan muertas y una vez que esto ocurre parece que el motivo del autor o su relación previa con la víctima no agregan nada. Nos encargamos al principio, muy brevemente, de marginar del concepto de homicidios por odio la modalidad de la comisión. Los hechos por odio y los hechos comunes pueden ser, entonces, externamente idénticos. Esto es especialmente problemático, si lo que queremos es justificar una pena más intensa del hecho concreto a castigar, mirado *retrospectiva e individualmente*, es decir, si queremos seguir apegados al principio del hecho. Así, todo esto no parece más que un juego de palabras, donde algo suena

⁷ De un modo sorprendentemente parecido se presenta la discusión alemana sobre los denominados *Ehrenmord* (homicidios por honor): “Una mujer que vive en Alemania, pero que ha crecido en una familia de procedencia turca, con orientación tradicional, prefiere un estilo de vida occidental –por ejemplo, ella se niega a rendir obediencia ilimitada a su marido...– y es asesinada por un familiar masculino por la deshonra de la familia, relacionada con este comportamiento” (Greco, 2012: 229-248).

mejor que antes pero no dice algo diferente. Sabemos quizás qué significa “homicidio por odio”, pero no sabemos por qué es más grave que otros homicidios.

Sin embargo, insisto en que la idea de sometimiento tiene sentido y que puede dar cuenta de la gravedad de estos homicidios. Para percibir su utilidad, es necesario contraponer los supuestos de sometimiento con casos de homicidio que no lo implican (o no lo implican con esta intensidad). Para entender esto, hay que explicar estos delitos contando una historia un poco más larga que la habitual, una historia que no comienza por la conducta homicida del autor, que es como habitualmente se evalúan los homicidios, sino que pone el foco también en la conducta previa de la víctima o, dicho de otro modo, en la previa interacción entre ambos.

Esto nos conduce, en primer lugar, a lo que se conoce como “victimodogmática”, esto es, a aquella parte de la dogmática que se ocupa desde hace ya algún tiempo de evaluar qué responsabilidad le cabe a la víctima por el delito que padece. Este es un tema extenso sobre el que se pueden problematizar varios aspectos⁸. Aquí sólo quiero destacar que si bien el análisis de la responsabilidad de la víctima por el delito ha adquirido el carácter de categoría autónoma en este último tiempo⁹, el tema como tal ha estado siempre allí frente al penalista y el penalista siempre le ha concedido relevancia. Detrás de la idea de cuánto cuenta la conducta de la víctima está lo que se conoce como “acuerdo” del sujeto pasivo, que excluye la tipicidad en los delitos de coacción y en los delitos sexuales; el consentimiento, que puede justificar, entre otras cosas, una intervención médica riesgosa; el tratamiento valorativamente diferenciado de la legítima defensa y el estado de necesidad y, en última instancia, algo que aquí nos interesa especialmente: la relevancia de provocación.

La idea de que en los homicidios por odio la conducta de la víctima parece desencadenar la conducta del autor nos lleva directamente a este último punto, pues bien podría decirse, sobre todo desde la perspectiva del autor, que en estos casos la víctima ha provocado la agresión¹⁰. Sin embargo, este concepto empírico de provocación, que se basaría en una mera relación causal de acción y reacción, no puede ser usado en el ámbito jurídico penal, pues hablar en este contexto de provocación trae importantes consecuencias normativas. Tanto en Argentina,

⁸ Al respecto, véase por ejemplo Thomas Hillenkamp (1981); Jesús María Silva Sánchez (1989: 633-646); Manuel Cancio Meliá (1999: 357-387); Bernd Schünemann (1996: 193-200; 439-443) y (2000: 1-13).

⁹ Fundamental Schünemann (1996: 193-200; 439-443) y (2000: 1-13).

¹⁰ Ashworth (2003: 273) cita un excelente ejemplo mencionado por Horder de la relación entre ejercicio de derechos y provocación. Se trata del racista que considera que “el peor insulto de una persona de color consiste en dirigirle la palabra a un blanco sin que éste le haya dirigido la palabra primero”.

como en España y Alemania, la provocación le quita al provocador la posibilidad de ejercer la legítima defensa.¹¹ Qué es exactamente lo que esto significa, es algo que precisaremos enseguida. En todo caso, la modificación va en una sola dirección: excluir la legítima defensa significa restringir las alternativas de autoprotección del provocador. Por ello, el concepto debe ser más normativo y abarcar sólo aquellos supuestos “empíricos” de provocación que sean capaces de *justificar* tal restricción de derechos. Esto solo sucede cuando la conducta de la víctima es en sí misma ilícita (Roxin, 2006: § 15 nm 72 s.)¹². Y no sólo eso, además debe ser concebida como una especie de ilicitud contra el agresor. De otro modo, el ordenamiento sería contradictorio y coartaría indirectamente “la realización de acciones jurídicamente permitidas”.

Si se concibe a la provocación como una ilicitud en contra del autor, nos encontramos muy cerca de la idea de agresión ilegítima, pero a diferencia de los casos de agresión propiamente dicha, en la provocación la conducta de la víctima cesa antes de que el agredido haya tenido la posibilidad de defenderse. Por ello es que el clásico ejemplo de la provocación es el de las injurias. Estas comienzan y terminan, normalmente, antes de que se pueda hacer algo al respecto. La pregunta es por qué y en qué medida puede contar la provocación de la víctima como algo que juegue en su contra si ella, en rigor, al momento de la reacción, no está ya haciendo nada en contra del autor. Si se logra dar con esta respuesta, habremos encontrado un supuesto, valioso para nuestros intereses, en el que la conducta de la víctima repercute sobre su protección penal más allá de los clásicos supuestos de acuerdo, consentimiento o agresión ilegítima.

Y la respuesta es sencilla. En los casos de provocación, la víctima pierde algo de protección estatal por haber generado ella misma, de modo responsable, la situación riesgosa en la que se encuentra. Se trata de un problema de imputación objetiva, de un caso de autopuesta en peligro, por haber sido la propia víctima la que ha generado el peligro de ser atacada (Cancio Meliá, 1999: 375 y ss.; Müssig, 2005: 311 y ss.). Este peligro no es el correlato de un derecho a dañar del provocado, pues no existe tal derecho. Y tampoco está vinculado a que el otro pierda, necesariamente, su capacidad de dominio y por ello no pueda obrar de otro modo o le resulte dificultoso hacerlo, pues una pérdida tal tampoco está implicada. Se trata, antes bien, de que es parte de la experiencia común que los destinatarios de conductas

¹¹ CP argentino, art. 34, inc. 6 supuesto c); CP español, art. 20, inc. 4 supuesto tercero. En Alemania la restricción no está prevista expresamente en el código. Al respecto, por todos, Roxin (2006: § 15 H, nm. 69).

¹² Véase Roxin (2006: § 15 nm 72 s.); Günther Jakobs (1993), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, De Gruyter; Auflage § 12 nm. 55; Schönke/Schröder/Leckner/Perron, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 32 nm 59.

provocadoras reaccionen agresivamente, muchas veces incluso porque simplemente les parece correcto. Y ese es el riesgo con el que el provocador debe cargar, por haberlo generado él de un modo responsable. Aquí también puede verse por qué no cualquier riesgo de reacción de otro puede contar como provocación, sino que tiene que ser un riesgo socialmente indeseado. Solo tiene sentido reducir la protección jurídica de uno si uno hace cosas que están mal. Por ello tiene que tratarse de un riesgo *no permitido*, i.e. generado por una conducta ilícita (Müssig, 2005: 279; 373 y ss.; Jakobs, 1993).¹³

Esta fundamentación también puede vincularse (pues no son argumentos que se excluyan mutuamente) a la idea de consentimiento y de *ultima ratio* del Derecho penal (Schünemann, 1996: 439). Quien se expone libremente a un riesgo lo está consintiendo (Müssig, 2005: 343 y ss.),¹⁴ y el derecho penal no está para destinar todos sus recursos protectores a quien consiente riesgos. Por el contrario, sólo debe procurar una protección completa de aquellos que nada han podido hacer para evitar el conflicto (Cancio Meliá, 1999: 375 y ss.)¹⁵.

Volvamos ahora sobre las consecuencias normativas de la provocación, sobre qué significa que la provocación excluya la legítima defensa. Sería demasiado, por lo menos en los casos normales de provocación¹⁶, suponer que el provocador no puede *nada* en contra del autor. Esto lo colocaría en la misma situación del agresor ilegítimo *actual*, quien incluso puede tener que llegar a aceptar su propia muerte. Lo correcto es considerar que al provocador le queda una defensa, pero que es menor que la de la legítima defensa, en concreto, que se encuentra frente a un estado de necesidad defensivo. La consecuencia es que, a diferencia de quien tiene legítima defensa, el que se encuentra en un estado de necesidad defensivo debe tratar de eludir el conflicto desencadenado e incluso de tolerar ciertas injerencias en sus derechos. Dicho de otro modo, el provocador no cae en el ostracismo jurídico, sino que desciende un escalón en los niveles de protección.

¹³ Existe una intuición similar en Michael Köhler (1997: 360).

¹⁴ Thomas Hillenkamp (1981: 12) habla también de circunstancias cercanas a la participación en la lesión propia.

¹⁵ En todo caso, si este es el fundamento, también debe ser parte del requisito de la existencia de provocación que el autor sea un autor *culpable*. Sólo alguien completamente responsable puede ser visto como un genuino generador de la situación de la agresión. Por el contrario, quien genera la misma situación de un modo inculpable, puede ser visto él mismo como una especie de víctima de la situación, como alguien que está, sin querer, frente a un conflicto y que, por ende, no debe ser desprotegido (Jakobs, 1993: [nota 14], § 12 nms. 14 ss. y 17; Palermo, 2007: 372 y ss.).

¹⁶ Existe una discusión sobre qué sucede en los casos de provocación en donde el autor busca ser atacado para así tener una coartada para matar. Ver al respecto, José Milton Peralta (2012: 220 y ss.).

Hasta aquí ha quedado claro, espero, cómo es que la conducta de la víctima puede fundamentar parte de su desprotección penal. Y esta desprotección tiene un reflejo sobre la responsabilidad del provocado. Si el provocador no tuviera ninguna defensa en contra del provocado, éste se encontraría prácticamente en la situación de quien tiene permitido dañar, i.e. como si tuviera legítima defensa. Pero esto no puede ser. Como al provocado le queda una defensa, el provocador tiene prohibido reaccionar, es sólo que no debe responder como si su acción fuera completamente obra suya (Palermo, 2007: 382)¹⁷. El provocado no puede responder por su hecho como cualquier otro autor y no porque haya perdido su capacidad de dominio, sino, fundamentalmente, porque está cometiendo un ilícito menos grave. Y el ilícito es menos grave porque la víctima es, en parte, responsable de lo que le sucede. Dicho con otras palabras, la mera pérdida de control no afecta la gravedad del ilícito, sino que éste resulta afectado, fundamentalmente, por el hecho de que la víctima haya dado ocasión a eso imputablemente. Esto no es distinto de lo que sucede en todos los casos en los que la víctima ha generado un peligro sobre sí que finalmente se realiza en el resultado. El autor sólo responde por *su* parte de la responsabilidad.

Ahora bien, ¿cómo es que explica la diferencia entre el homicidio simple y el calificado? ¿Pasa la diferencia entre ambos delitos por el problema de la provocación? La tesis, desarrollada inicialmente por Müssig, es que en todo homicidio simple existe alguna especie de provocación penalmente relevante. Especialmente, si uno concibe la provocación como un ilícito en contra del autor. No se tratan, siempre, de los clásicos casos de provocación, que quizás deberían impactar más intensamente en beneficio del autor (Peralta, 2012: 212; 219 y s.), pero sí, al fin, de ilícitos pasados de los que el autor ha sido víctima previamente y que han desencadenado su acción homicida. Los homicidios no ocurren sin razón. Veamos algunos casos que muestran cuáles son los casos normales de homicidio. Para muestra, alcanza un botón:

- a) A mata a B, porque B lo venía amenazando con revelar públicamente su condición de homosexualidad y no porque esto le importara demasiado, sino porque le molestaba la amenaza¹⁸.
- b) A mata a B, porque B, luego de enterarse de que A había tenido algo que ver con su novia C, había golpeado e insultado públicamente a A¹⁹.

¹⁷ En el mismo sentido, Jakobs (1993: § 12 nm 49); también Paul H. Robinson (1985: 21).

¹⁸ TSJ de Córdoba, sentencia número: doscientos, año 2012.

¹⁹ Cámara en lo Criminal n° 7 de Córdoba, “CASTILLO, Antonio Ramón p.s.a. Homicidio” (Expte. n° 133725), año 2006.

- c) A mata a B, porque B se oponía, violentamente, a la relación lícita entre A y C²⁰.
- d) A mata a B, porque B, luego de que A le criticara su forma de manejo, había agredido físicamente a A²¹.

Y así se pueden seguir enumerando las circunstancias que dan origen a homicidios que se califican, correctamente, de homicidios simples. En numerosos supuestos estos son casos que se denominan de “escalada” en donde existen varias agresiones recíprocas previas. Pero puesto que todas estas agresiones son injustificadas, cualquiera que finalmente resulte víctima del homicidio habrá sido en parte responsable de lo sucedido. Me detengo en esto brevemente. En los casos de escalada, la primera agresión está injustificada, pero ella no justifica (como hemos visto) una reacción agresiva, en todo caso, atenúa su gravedad. Esta segunda agresión, por ende, injustificada también, puede ser vista como una provocación ulterior al primer provocador, quien, si reacciona, también lo hará injustificadamente, pero en parte a causa de una acción ilícita del ahora otra vez víctima. Esto continúa hasta que finalmente alguien muere. El homicida habrá estado provocado aunque él mismo haya sido provocador de las acciones de provocación de su víctima. Ninguno obró, en ninguno de los casos, justificadamente²². Todas estas agresiones deben considerarse injustificadas, porque si no se pondría en jaque la idea del monopolio de la fuerza en manos del Estado. Pero esto no hace mella en que la víctima, incluso en casos de escaldada, tiene algo de responsabilidad por lo que le sucede. Claro está, esta responsabilidad de la víctima puede ser mayor o menor, lo que deberá considerarse en la graduación de la pena, pero siempre habrá *algo* de responsabilidad. Es en estas situaciones conflictivas en las que el motivo se transforma en comprensible (Müssig, 2005: 245 y ss.; 252 y ss.) y donde el homicidio deja de ser explicable en base al “odio”.

Y esto es lo que diferencia, incluso desde una mirada retrospectiva, los homicidios por odio de los homicidios comunes. En los primeros existe una conducta *lícita* que resulta provocadora (Müssig, 2005: 263-266 y ss.), una

²⁰ TSJ de Córdoba, sentencia número: trescientos diecisiete, año 2009.

²¹ Cámara en lo Criminal n° 6, “PÉREZ, David Iván y otro p.ss.aa. homicidio” (Expte. n° 279822), año 2012.

²² Si el primer provocador rehúye el ataque, la conducta del atacante ya habrá excedido el exceso y será pasible de la pena por un hecho sin una atenuación significativa, pues si bien ha cumplido con su deber de evitar la confrontación, la conducta del autor todavía es vinculable a la suya. Si allí el provocador en el caso de defenderse no recibe pena, no se deberá a que ya no exista ningún ilícito, sino a que el resto del ilícito que permanece (que es paralelo a la reducción de la responsabilidad del atacante) no se pune conforme al principio de *ultima ratio* (Peralta, 2012: 222 y s.).

conducta que tiene que ver, además, normalmente, con el ejercicio de derechos individuales²³. En estos supuestos, entonces, todo el injusto es incumbencia de un autor intolerante, que se siente provocado por acciones que no pueden considerarse provocación en un sentido relevante. Y esta es la diferencia que está supuesta en las agravantes de los ordenamientos jurídicos. Los motivos allí expuestos responden a la pregunta de por qué actuó el autor, de la razón para su conducta, y la respuesta es que lo ha hecho en base a una razón que de ninguna manera puede atenuar el ilícito.

IV. Conclusión, amplitud de la teoría y cambios culturales

El proyecto de reforma ha servido para hacer un replanteo del fundamento de las agravantes de los homicidios por odio, librando al problema central de epifenómenos y evaluándolo así en su justa medida. Con el problema aislado hemos visto que, efectivamente, es legítimo, por lo menos bajo el aspecto del merecimiento individual, considerar a los homicidios por odio más graves que los homicidios comunes.

Uno todavía puede decir que la norma es infrainclusiva, que existen otros casos que también deberían ser incluidos, como la xenofobia o el odio político. Esto puede ser cierto. De hecho en Estados Unidos, por ejemplo, el concepto de homicidios por odio abarca una muy variada cantidad de supuestos (Moore y Hurd, 2004: 1082), pero que todos responden al mismo fundamento. De todas maneras, siempre es preferible un *numerus clausus*, incompleto por definición, que una cláusula general abierta como la que existe en Alemania. El *numerus clausus* es siempre más seguro. Quizás alguien podría objetar que el problema más grave es la omisión de lo que se habría podido denominar “masculinicidio”, pues sin duda, desde el punto de vista de la responsabilidad individual, este caso merecería el mismo trato que el “femicidio”. Creo que quienes efectúen estas observaciones tendrán razón. De todos modos, la selección de la reforma invita a reflexionar sobre el porqué de la consideración *hoy* de estos casos y no de otros.

Si la diferencia entre los homicidios comunes y los homicidios por odio es que la víctima ha violado algún derecho, la reforma refleja un cambio cultural y jurídico en plena vigencia. Tomemos los ejemplos del femicidio y los casos de homofobia. En un mundo donde la mujer hasta no hace tanto era propiedad del marido y donde hasta hace menos tiempo aún carecía de derecho al voto y su deber de fidelidad era más amplio que el del hombre, perfectamente podía considerarse un ilícito en

²³ Greco (2012: 249) afirma que sólo la censura del ejercicio de derechos “altamente personales” puede justificar el incremento de pena que, tanto en Alemania como en Argentina, marcan la diferencia entre el homicidio simple y el calificado.

contra del marido o pareja la falta de obediencia²⁴. Por lo menos no hubiera sido inconcebible que alguien adujera algo así. Esto no habría podido, por suerte, justificar un homicidio, pero cuanto menos lo hubiera hecho “comprensible”. Hoy esto no puede sostenerse de ninguna manera y esto es básicamente lo que el legislador quiere dejar en claro con la reforma. La falta de sumisión es completamente lícita. El que tiene que entender esto es el hombre y es él el que debe aprender a procesarlo²⁵.

Y lo mismo puede decirse de los casos de homofobia. En un mundo occidental donde hace no tanto la homosexualidad era un delito²⁶ y donde, seguro, hasta ayer, los homosexuales tenían prohibido casarse, perfectamente podía concebirse como una provocación el desarrollo de una actividad homosexual, pues se consideraba una especie de afrenta pública. Pero esto tampoco se compadece con nuestra concepción actual de la homosexualidad, cuanto menos no desde un punto de vista jurídico. Es el propio ordenamiento jurídico el que ha estructurado hoy lo que se conoce como matrimonio igualitario. La elección de la orientación sexual es, entonces, un derecho individual que no puede ser de ninguna manera cercenado. Esto también quiere ser captado por la reforma y creo que se ha hecho de un modo muy plausible.

Ahora solo una última aclaración. La justificación desarrollada de la relevancia de los motivos se ha centrado en los casos que denominé de sometimiento. Pero

²⁴ Hasta 1995 figuraba en el Código Penal el delito de adulterio (art. 118). Para determinar su consumación, en primer lugar, se debía determinar si el autor había sido mujer u hombre. Para la mujer, pues, alcanzaba con “cometer adulterio”, lo que significaba, según la doctrina, en “tener trato sexual con el varón”, lo que incluía, por supuesto, cualquier encuentro esporádico. Para el hombre, por el contrario, era requisito “tener una manceba”, para lo cual se requería una “relación más o menos firme –externamente semejante al matrimonio– entre hombre y mujer”. Con estos requisitos quedaba fuera del adulterio punible la concurrencia a las casas de tolerancia, como así también cualquier violación a la fe conyugal cometida accidentalmente (Soler, 1970: 277 y ss.).

²⁵ En otro lugar he dicho que la fuerza del impulso que restringe la capacidad de autocontrol siempre debe jugar a favor del imputado (Peralta, 2012: 78 y ss.). Bajo esta afirmación subyace la idea de que la culpabilidad es una función de la capacidad de autocontrol del sujeto. La norma que propone la reforma, y en general la regulación argentina para los homicidios por odio, no otorga lugar alguno para considerar reducciones de la culpabilidad cuando un impulso tiene un origen reprochable (racismo, misoginia, homofobia, etcétera). Para los casos de homicidios por odio se establece una pena fija. La razón de la norma podría ser que entiende que este tipo de pérdidas de control no pueden justificarse en ninguna medida. El autor debe ejercitar en estos casos un control mayor a otros supuestos en donde un impulso quizás de la misma fuerza, tiene un origen menos reprochable (por ejemplo, la provocación de la víctima). Hoy tiendo a pensar que le asiste razón a la regulación positiva y que, por ende, no toda disminución (e incluso no toda pérdida) de control debe jugar a favor del autor.

²⁶ Para una defensa medianamente reciente de la prohibición penal de la homosexualidad, Patrick Devlin (1997: 65-82) y (1965: 1-25).

la justificación en sí tiene consecuencias más vastas. Si la diferencia se basa en si la víctima es en parte responsable de lo que le sucede, existen otros casos de homicidios agravados que también podrían perfectamente explicarse en base a este fundamento. Pensemos en las víctimas elegidas al azar, como los supuestos de homicidios motivados por placer, o en las víctimas elegidas por el deseo desmedido de ganar dinero, como cuando el autor obra por codicia. Estos son supuestos en los que la víctima en ningún sentido ha hecho algo para que le suceda lo que le sucede. Son entonces casos también en donde el hecho es obra exclusiva del autor. Creo que una explicación como ésta también puede funcionar para dar cuenta de los casos de homicidios agravados *criminis causae* y, en todo caso, también de aquellos homicidios por odio que no respondan exactamente a la idea de sometimiento²⁷. Quien realmente pretenda la desaparición de una raza como tal (y no su mera sumisión) o quien mate realmente por deseos misóginos (y no para dominar) no podrá encontrar para su conducta algún grado de vinculación con una conducta ilícita de la víctima. Serán éstos entonces también homicidios calificados.

Y aquí también cabe incluir, sin dificultades, otras de las novedades de la potencial reforma, en concreto, la que dice que se agravará el homicidio cuando se cometiere “con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación” de pareja. Es evidente, que a esta víctima no le cabe responsabilidad alguna por lo que le sucede. El motivo del autor, por lo menos respecto de esta víctima, es completamente inatendible²⁸.

Bibliografía

- ASHWORTH, Andrew (2003), *Principles of Criminal Law*. 4^o edición. Oxford: Oxford University Press.
- CANCIO MELIÁ, Manuel (1999), “Opferverhalten und objektive Zurechnung”. ZStW 111.
- DEVLIN, Patrick (1965), *The enforcement of Morals*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- (1997), “Morals and the Criminal Law”. En Dworkin, R. M. (comp.), *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- GRECO, Luis (2012), “Asesinatos por honor en el derecho penal alemán”. En Itxaso (coord.), *Jornadas La neutralidad del estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania*. Zaragoza.

²⁷ Sobre esto, detalladamente, José Milton Peralta (2012: 249; 300 y ss.).

²⁸ Para ciertas precisiones analíticas, de poca importancia considerando la finalidad del presente texto, pero de cierta relevancia teórica para la conceptualización de los motivos y su relación con el derecho penal de acto, ver José Milton Peralta (2012: 262 y ss.).

- HILLENKAMP, Thomas (1981), *Vorsatztat und Opferverhalten*. Göttingen: Otto Schwartz & Co.
- JAKOBS, Günther (1993), *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Auflage: De Gruyter.
- KÖHLER, Michael (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin-Heidelberg-New York: Springer.
- KRISTIAN (1991), “Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht - ein Problemaufriß”. En Jung; Müller-Dietz; Neumann (Comps.). *Recht und Moral*. Baden-Baden: Nomos.
- McVEIGH, Rory (2009), *The Rise of the Ku Klux Klan, Right-Wing Movements and National Politics*. Minneapolis-London: University of Minnesota Press.
- MOORE, Michael S.; HURD, Heidi M. (2004), “Punishing Hatred and Prejudice”. En *Stanford Law Review*, vol. 56, n° 5. Stanford.
- MÜSSIG, Bernd (2005), *Mord und Totschlag*. Auflage. Heymanns.
- NINO, Carlos Santiago (1980), *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires: Astrea.
- NOLL, Peter (1965), “Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts”. En Geerds; Naucke (comps.), *Beiträge zur gesamte Strafrechtswissenschaft, Homenaje a Mayer*. Berlín: Dunker & Humbolt.
- PALERMO, Omar (2007), *La legítima defensa, Una revisión normativista*. Buenos Aires: Hammurabi.
- PERALTA, José Milton (2012), *Motivos reprochables*. Madrid: Marcial Pons.
- ROBINSON, Paul H. (1985), “Causing the Conditions of One’s Own Defense”. En *Virginia Law Review*, vol. 71, n° 1.
- ROXIN, Claus (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Tomo I, 4° edición. Munich: C. H. Beck.
- SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst et al. (2010), *Strafgesetzbuch: Kommentar*. Verlag C. H. Beck.
- SCHÜNEMANN, Bernd (1996), “Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege”. NstZ, Leipzig.
- (2000), “Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege: Ein Drei-Säulen-Modell”. En Schünemann; Dubber (Hrsg.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1989), “¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la Victimodogmática”. En AAVV, *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Homenaje a Beristain*. Donostia, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología.
- SOLER, Sebastián (1970), *Derecho penal Argentino*, T III. 3° edición. Buenos Aires: Tea.

Informe acerca de las discusiones sobre el Código Procesal Penal de Córdoba a 20 años de su sanción

María Susana Frascaroli

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Obtuvo Premio Universidad (UNC), Premio Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Premio Dalmacio Vélez Sarsfield (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba). Profesora por Concurso de Derecho Procesal Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Docente de posgrado en el área del derecho procesal penal, Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Empresarial Siglo XXI. Delegada Regional de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal (2005-2012). Asesora Letrada Penal del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, cargo por concurso ante el Consejo de la Magistratura de Córdoba.

Carlos Francisco Ferrer

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Procesal Penal y de Práctica Profesional II en la Universidad Católica de Córdoba. Profesor de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Capacitador de Fiscales del Ministerio Público de la República del Paraguay en la reforma Penal y Procesal Penal. Delegado por el Fuero Penal en la Escuela de Capacitación Judicial «Ricardo C. Núñez» del Tribunal Superior de Justicia. Profesor de postgrado en la Universidad Católica de Córdoba. Docente de diversos cursos de formación superior desarrollados en la Universidad Católica de Córdoba y en la Universidad Nacional de Córdoba.

En este informe se ofrecen los principales aportes de los panelistas intervinientes en el evento “A 20 años de la sanción del Código Procesal Penal: reflexiones sobre fortalezas y debilidades en su aplicación. Propuestas de reforma”, llevado a cabo el 20 y 21 de octubre de 2011 y dedicado a discutir sobre la situación actual de la justicia penal. A continuación la síntesis de cada exposición.

En la *introducción* a la actividad, la Dra. Susana Frascaroli (coordinadora del primer día) expresó que en el año 2011 se cumplirían veinte años de la sanción

legislativa del nuevo Código Procesal Penal de Córdoba (ley n° 8.123), en cuyos antecedentes, génesis y trámite legislativo intervinieron varios profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC; que el nuevo cuerpo legal avanzó sobre el vigente entonces, acentuando el modelo acusatorio y adversarial de proceso, procurando mejorar el equilibrio entre los derechos de la sociedad y los de los sujetos ofendidos o penalmente perseguidos intervinientes en él, e intentando lograr una administración más eficiente de la justicia penal. También el código ha sido tomado como fuente por numerosas provincias que renovaron su legislación procesal penal; y es la base principal de los nuevos contenidos de la asignatura Derecho Procesal Penal, que dictamos en esta casa de altos estudios (FFyH). Agregó Frascaroli que la idea era recordar este acontecimiento y hacerlo en un contexto de debate académico: reflexionar sobre los logros y debilidades del actual Código, con miras a acentuar la consolidación de sus ventajas y analizar propuestas de modificación para superar dificultades o falencias en su funcionamiento.

El Dr. José I. Cafferata Nores hizo una *Reseña de las principales fuentes e innovaciones del CPP de 1991*, señalando que las fuentes más directas del CPP de 1991 son el sancionado en Córdoba en 1939 (que introduce al país el juicio oral y público en materia penal) y su reforma de 1970; y la Constitución de Córdoba de 1987, que incorpora una importante serie de ideas-fuerza que el Código vigente recepta. Destacó la situación institucional del Ministerio Fiscal como órgano separado del jurisdiccional pero integrante del Poder Judicial, y las atribuciones que a éste expresamente se le reconocen, en orden a la promoción y ejercicio de la acción penal pública. También enfatizó que dicha acción penal pública incorpora, como Disposición Complementaria, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU de 1948 y la Convención Americana de Derechos Humanos, conjunto normativo en el que se destacan nuevos derechos y garantías para el imputado y la víctima del delito y la posible participación de legos en los tribunales de juicio, que son receptados en el CPP de 1991 y que consecuentemente acentúa con fuerza las notas propias del sistema acusatorio. También mencionó como fuente al *Proyecto del PE de CPP de la Nación* de 1986, que si bien no obtuvo sanción legislativa, influyó en muchas de las nuevas instituciones del Código cordobés. Hizo luego un repaso de las *innovaciones* más trascendentes del CPP de 1991 señalando la *acentuación del principio acusatorio*, aunque todavía con ciertas limitaciones, desterrando el sistema mixto o inquisitivo mitigado que ostentaba el CPP de 1939 procurando una mayor imparcialidad de los jueces. Destacó que las principales manifestaciones de este cambio son: la *investigación fiscal preparatoria* que, como un modo de adecuar los roles de los sujetos procesales públicos a la verdadera naturaleza de sus funciones constitucionalmente asignadas, asigna al Ministerio Fiscal la tarea de investigar los delitos de acción pública, a los fines de identificar a sus partícipes y buscar pruebas para fundar su acusación y pedir que sean sometidos a juicio; limitar las facultades de los jueces

a las de controlar la legalidad del accionar investigativo de los fiscales, desde la óptica del respeto o violación a las garantías individuales (juzga sobre su observancia) y la razonabilidad y corrección jurídica de muchas de sus conclusiones (por ejemplo, juzga sobre la potencia incriminante de la prueba procurada por el fiscal, en apoyo de su acusación y el acierto o error de encuadramiento legal recaído); y los *nuevos roles que se ponen a cargo del fiscal y el tribunal durante el juicio oral y público*, durante el cual el MP Fiscal “es responsable de la iniciativa probatoria tendiente a descubrir la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva”, a la vez que se ha quitado al tribunal de juicio la gran mayoría de las llamadas “facultades autónomas de investigación” (producción de pruebas *ex officio*) que el Código anterior le reconocía. Sus jueces, entonces, deberán decidir en su sentencia sobre el fundamento de la acusación a base de las pruebas que arrimen el Ministerio Público Fiscal, el imputado (si lo desea hacer) y las demás partes, lo que facilitará que el tribunal cumpla su verdadero papel durante el juicio, especialmente en el debate, que es el de *director* –sin facultades que comprometen la imparcialidad y objetividad indispensables para dictar una justa y fundada resolución– y el de *garante* del pleno e igualitario ejercicio de las atribuciones de todos los otros sujetos procesales. También enfatizó como innovación la *intervención de particulares*, pues el nuevo CPP autoriza al ofendido por un delito de acción pública a intervenir en el proceso penal como *querellante*, colaborando con el ejercicio de la acción penal y acordándole atribuciones acusatorias expresas, cuyos alcances se siguen hoy discutiendo (por ejemplo, la necesidad de que el Ministerio Fiscal avale sus recursos como condición del tratamiento de éstos por el tribunal de alzada); y la participación de ciudadanos legos en los tribunales oficiales penales como *jurados*, que se inicia en 1991 y se consolida con el modelo diseñado en 2004, en el que hay más ciudadanos comunes que jueces técnicos en el tribunal y todos deben fundamentar sus conclusiones sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

Cafferata Nores explicó, mirando el pasado, que el Código de 1991 no fue una obra “oficial”. En la génesis y formulación del anteproyecto (1988), en la redacción del proyecto del Poder Ejecutivo (1990) y en la sanción del CPP vigente (1991) hubo una participación inédita de los operadores jurídicos. Y mirando hacia el futuro afirmó que más allá de sus fortalezas y debilidades –propias de toda obra humana– casi no se escuchan ya voces que propicien volver atrás, por lo que se permite aventurar que, lo que nació como una obra legislativa, se ha convertido hoy en un *producto cultural de Córdoba*, privilegio del que gozan pocas de nuestras leyes.

Víctor M. Vélez, previo a destacar que José Cafferata Nores siempre calificó al Código Procesal Penal de 1991 como una obra colectiva, señaló que en esta oportunidad no podía dejar de resaltar el rol jurídico y político que le cupo a aquél en la génesis, debate y aprobación final del nuevo ordenamiento cuyos veinte años de vigencia se conmemoraban. Para ello –expresó– se limitaría a reproducir

textualmente opiniones documentadas de legisladores y doctrinarios sobre el punto. Destacó que el Mensaje de elevación del Poder Ejecutivo a la Legislatura cordobesa expresa: “En la redacción del Proyecto que hoy se eleva, intervino personalmente el Ministro de Gobierno José I. Cafferata Nores”. Agregó que en el Diario de Sesiones de la Legislatura cordobesa, donde se refleja el debate parlamentario que precedió a la sanción del CPP de 1991, se pueden leer las expresiones de los legisladores oficialistas y de la oposición sobre Cafferata Nores, tales como que fue “motor fundamental de esta iniciativa” (del CPP) –Diputado Cabral–; “autor o gestor intelectual de la reforma” –Senador De Rivas–; “que va a llevar su impronta” –Senador Caronni. Vélez señaló luego opiniones doctrinarias nacionales y locales, citando la de Luis M. Zarazaga que calificó de “principal mentor” del nuevo Código al Dr. José I. Cafferata Nores; la de Víctor Corvalán, que destacó “la estratégica labor política que desarrollara el jurista” para lograr su sanción; la de Patricia Coppola, quien explicó que los cambios normativos e institucionales relativos a la reforma procesal en la provincia de Córdoba fueron impulsados por Cafferata Nores “fundamentalmente, a nivel académico y oficial”; la de Mariano Rodríguez, reconociendo que “el adelanto logrado no lo hubiese sido posible sino por el impulso de Cafferata Nores, que bregó por la realidad del emprendimiento progresista”; y la de Pedro Bertolino, que resaltó el rol de éste “como mentor de la reforma, tanto en la introducción de ideas para la configuración del texto legal como en su cometido de guía político encauzador y armonizador de saludables divergencias académicas y parlamentarias sobre las concreciones legales que se dieron en definitiva”. Vélez concluyó afirmando que estas referencias documentales son sólo datos objetivos que si bien pueden hacer acreedor a Cafferata Nores de algún reconocimiento de quienes tuvieron o tienen una opinión positiva sobre la legislación procesal de 1991 (como es su caso), también lo pueden hacer pasible de las opiniones críticas de aquellos que pensaron o piensan lo contrario.

Jorge R. Montero se ocupó de “La prueba invisible”, concepto que –dijo– procura englobar el fenómeno de la indebida incidencia dirimente de cualquiera prueba declarada ilegal o inadmisibles en la formación de la convicción de los jueces (o fiscales, según el caso) acerca de la responsabilidad penal del acusado, sin que tal incidencia deje rastro visible alguno (no trazabilidad, le dicen ahora) en la fundamentación expresa de esa convicción contenida en la decisión judicial. En orden a su instrumentación práctica, explicó que su valoración encubierta se obtiene mediante un procedimiento sutil: se sobrevalora la eficacia conviccional de pruebas legalmente incorporadas al proceso, al amparo de su libre apreciación a través de : 1) la “flexibilización” de las reglas de la sana crítica, en especial para la valoración de la prueba indiciaria; 2) la exageración de las ventajas de la inmediatez, como si fuera un sistema especial de valoración de la prueba que permite a los jueces evitar fundamentar (o fundamentar con menos rigor) sus

conclusiones sobre la potencia conviccional que le asignan a una prueba; 3) el escudo protector que se acuerda a las conclusiones fácticas así obtenidas, sobre las que se ha declarado que el tribunal de juicio es “soberano” y por ende no revisables por vía del recurso de casación, pues se trata de cuestiones de hecho y prueba, incluso ajenas al “máximo esfuerzo revisor” al que alude la CSJN en el precedente “Casal”.

La Dra. M. Cristina Barberá de Risso tituló su disertación “CPP de la Provincia de Córdoba. Ley 8.123 Año 1991 A veinte años de su reforma”, destacándose entre sus propuestas de reforma las siguientes: a) imponer el necesario visu de la víctima en el juicio abreviado, como lo manda el art. 41 del CP. b) Regular el juicio denominado “breve” en el que existe confesión del hecho por parte del imputado pero excluyendo circunstancias agravantes. c) Si tal participación popular mayoritaria o minoritaria sólo logró proporcionar confianza ciudadana, la selección del caso que será juzgado por tribunales con participación popular mayoritaria o minoritaria debe ser de uno en cada jurisdicción y a lo sumo dos en Capital, pues es un procedimiento costoso económica y procesalmente y ese número es suficiente para mantener la credibilidad. d) La necesidad de ampliar los casos de suspensión de juicio a prueba por vía legal, no jurisprudencial. e) La necesidad de instalar en los tribunales de sentencia el impacto de la sentencia de la Suprema Corte en el caso Casal, en el sentido de que no existe más la facultad propia de seleccionar y valorar la prueba por parte del Tribunal de sentencia, sino que tal selección y meritación debe ser acabadamente fundada y registrada en las Actas de Debate, cada día que dure el mismo, al final de la jornada. f) Resulta correcto y debe trabajarse legislativamente el modo de lograr la participación en los actos instructores desde el inicio de la investigación. g) Debe cuidarse que la mayor participación popular no tienda hacia una teoría de la defensa social, sino equilibradamente aceptar la participación popular cuidando la prevalencia del principio jurídico político liberal de gobierno. h) Hoy, debe admitirse que para el imputado existe el derecho al control de su sentencia condenatoria y de todo acto del proceso que causare gravamen irreparable actual, porque su agravio surge *in re ipsa* (de esas resoluciones). Por ello, al margen del recurso de casación debidamente regulado, debe aceptarse (sólo para el imputado) el instituto de la consulta al Tribunal de Casación de dicha sentencia, estableciendo dentro del trámite la posibilidad de que aquél manifieste su interés negativo a la prosecución del trámite, evitando así generar costas. En realidad no se hace más que reconocer el estado actual de la cuestión en cuanto a la apertura del recurso de casación, mediante la admisión de un *pseudo pauperis*.

La Dra. M. Susana Frascaroli tituló su exposición “Reflexiones acerca del juicio con jurados populares”. Lo hizo mediante el método de formularse preguntas y buscar las respuestas en forma participativa. Uno de los interrogantes esenciales versó sobre si podría el jurado dictar veredictos apartándose deliberadamente de

la ley aplicable. Respondió diciendo que existen numerosos casos ocurridos a lo largo de la historia. El caso más paradigmático ocurrió en el juzgamiento de William Penn, quien luego fuera fundador y gobernador de Pennsylvania. Fue acusado de organizar una reunión ilegal en la calle y, a la hora de la deliberación, el jurado se resistió a declararlo culpable e insistió en que Penn sólo era culpable de haber predicado en la calle, negándose así a responder la pregunta del juez técnico sobre la culpabilidad del delito que se le atribuía al acusado. Este precedente proclamó de alguna manera la soberanía del jurado no sólo frente a las indicaciones del juez, sino también frente a la misma ley. El jurado es también “juez de leyes” y no sólo de “hechos”, se ha dicho. Y la forma para *no aplicar la ley aplicable* es justamente el veredicto absolutorio sobre la cuestión de hecho, pues se pone a cargo de los jurados responder también sobre la *culpabilidad* del acusado, que es un concepto jurídico que permite aquel desvío. Este serio peligro no se enerva por la presencia de jueces técnicos en la integración del tribunal, ya que éstos están en franca minoría.

El Dr. Maximiliano Hairabedián se ocupó del “Doble control en la investigación fiscal preparatoria como factor de extensión y burocratización”. Expresó inicialmente que Córdoba ha sido doblemente pionera en la reforma procesal argentina y latinoamericana. Primero lo fue con el Código Procesal Penal de 1940, estableciendo el juicio oral y público y otras reformas importantes; y hace veinte años con la sanción del Código actual volvió a ser el faro del progreso penal, con la instauración de la investigación a cargo del Fiscal y el giro hacia el sistema acusatorio. Agregó que funcionando e incorporado a la mentalidad de los operadores del sistema judicial el sistema procesal penal actual, bien pueden hacerse algunos ajustes que no significan modificaciones sustanciales y que pueden ser útiles para un mejor funcionamiento. Uno de éstos es la eliminación de los dobles controles (recursivos) durante la investigación preparatoria parte. Podría excepcionarse esta limitación en materia de privación de la libertad del imputado, por la indiscutible gran capacidad de afectación de derechos constitucionales que presenta. De esta forma –agregó–, y manteniendo el consolidado criterio jurisprudencial actual por el que la oposición ante el Juez de Control procede ampliamente, no sólo para los casos expresamente previstos (CPP, 338) sino también para cada caso en que se argumente un gravamen irreparable, con esta vía de impugnación –sin necesidad de acompañarla de la apelación– se estará garantizando suficientemente el acceso a la jurisdicción para los justiciables y se estará contribuyendo a reducir la duración de la investigación, con todo lo que esto implica. A su vez –culminó–, esto traerá como consecuencia positiva que se reduzca considerablemente el número de las apelaciones; entonces cuando la Cámara de Acusación tenga que analizar el encarcelamiento del imputado podrá hacerlo en días, y no en meses o años como sucede actualmente.

Carlos Francisco Ferrer, que coordinó las actividades del segundo día, se ocupó a la vez del “Sistema acusatorio en el proceso penal de Córdoba a partir de

la ley 8.123. Su vigencia y su vivencia. Propuestas y tendencias”. En su oportunidad manifestó que los veinte años transcurridos desde la trascendente reforma al Código Procesal Penal operada a partir de la citada ley permiten reflexionar acerca de los trascendentes cambios introducidos al sistema de enjuiciamiento penal cordobés, desde el enfoque expresado en el título del trabajo. Sin perjuicio de mayores precisiones que han sido expuestas en otros artículos, en lo dogmático –dijo– la renovación provocada por la ley 8.123 fue de gran impacto, por cuanto procuró instaurar una clara opción por el sistema acusatorio, representada por el diseño de un método adversarial de enjuiciamiento penal; la reasignación de funciones y potestades a sus protagonistas (principalmente los órganos públicos); y la jerarquización del juicio oral como la instancia verdaderamente garantizadora de la justa definición del proceso.

Todo ello deriva en el intento por consolidar un escenario en el que se destacan la igualdad de las partes y la imparcialidad del tribunal, orientándose el esfuerzo a asegurar que la actividad persecutoria esté efectiva y exclusivamente a cargo de los órganos de la acusación (fiscal y querellante); y a preservar al tribunal de cualquier contaminación funcional o intelectual posible con las pretensiones en pugna. En suma, que “cada cual atienda su juego”. Tan simple como eso, pero ni más ni menos que eso.

Con relación a ello –continuó Ferrer– se pueden hacer dos comentarios: a) por un lado, que las modificaciones legislativas deben ir acompañadas por el necesario cambio de mentalidad y –sobre todo– de hábitos, para asegurar su vigencia. En tal sentido se perciben a veces algunas líneas argumentales o de actuación que todavía insinúan un papel tuitivo de los tribunales con relación a la eficacia de la persecución penal, tanto en la etapa penal preparatoria (por caso, sugiriendo medidas de investigación) como en el juicio (permitiéndole tener un rol activo en la obtención de datos probatorios a través del examen de testigos y peritos). Ambas situaciones conspiran contra la deseada preservación de la imparcialidad del juzgador en el proceso penal. b) Por otro lado, y por la misma razón, en un esquema como el que se propugna, es el Ministerio Público el que debe aportar el mayor esfuerzo y ofrecer las seguridades suficientes a los ciudadanos cuyo interés representa, respecto de que su organización responde a criterios de coherencia y racionalidad y que su actuación propende a brindar una respuesta eficiente, cubriendo las expectativas que la sociedad deposita en su gestión.

Constituyendo lo anterior un aspecto que se vincula más con cuestiones organizativas que procesales, sería auspicioso que por esta vía se modifique la asignación actual de roles en donde los representantes del Ministerio Público descentralizan y segmentan su actuación según las etapas del proceso (investigación y juicio), determinando que el desempeño de quien actúa en cada caso y en cada etapa se desentiende de la eficacia y resultados del restante. Es decir, el fiscal que investigó se “libera” de la causa y considera agotada su labor, concretando una

acusación sin interesarse por el resultado final de su cometido funcional. El fiscal que actúa en el juicio, por su lado, puede ser (y muchas veces lo es) el principal crítico de su antecesor, a la vez que no necesariamente se siente –ánimica o intelectualmente– compenetrado (comprometido) con el mantenimiento de la acusación que recibe. Esto es algo que debe cambiar, involucrando al Ministerio Público (en sentido amplio) en el resultado final de su gestión, para lo cual será menester darle un diseño acorde.

La Dra. Inés Lucero tituló su aporte “El testimonio de menores en el Código penal Cordobés”. Allí se ocupó de la *regulación legal* del testimonio de niños a nivel nacional y provincial, exponiendo los aciertos y defectos de los principales aspectos legislados, a saber: los menores comprendidos; clases de delitos abarcados en el procedimiento procesal y la exclusión de otros ilícitos en los cuales no se aplica la normativa; la resolución legal de eventuales conflictos entre los diferentes intereses comprometidos en el acto procesal (derecho del menor a ser oído, asistencia y control del acto por parte del órgano judicial, el derecho de asistencia de las partes, y los eventuales conflictos que se pueden suscitar entre la normativa procesal con algunos tipos penales), analizando la naturaleza jurídica que, a su juicio, reviste el acto de recepción de los dichos del niño. Lucero dedicó especial atención a analizar la naturaleza del acto como *definitivo e irreproducible*, considerándolo como tal no sólo en aras de tutelar el interés del niño con múltiples interrogatorios (finalidad que tuvieron los legisladores con la reforma), sino que –tal como refirió– atento a que en no pocas ocasiones pueda ocurrir que con posterioridad a la primera declaración el menor no recuerde con exactitud el hecho padecido en virtud de que el paso del tiempo conspire contra sus recuerdos, máxime tratándose de menores de muy corta edad (preescolares); o bien que se produzcan algunas mutaciones o el relato de nuevas circunstancias por la incorporación de información post-suceso, en virtud de la realización de interrogaciones sugestivas cuya implantación se vea facilitada por su inmadurez. Todo lo cual la llevó a aseverar que la reiteración del presente acto puede *disminuir la eficacia conviccional* por parte de los órganos judiciales.

Otro tópico que destacó es *la asimilación del procedimiento previsto al art. 231 del CP de Córdoba*, en virtud de las características especiales que presente esta clase de testimonios. En este sentido, recalcó que en caso de niños que no poseen las capacidades lingüísticas necesarias para comunicar lo vivenciado (o bien no pueden relatar lo sucedido por distintos motivos, por ejemplo vergüenza para hablar de lo sucedido con un desconocido), el entrevistador debe poseer los conocimientos suficientes en las diferentes técnicas existentes para obtener información por otros medios de expresión (dibujos, muñecos anatómicos, juegos); técnicas que, por otra parte –destacó Lucero–, son muy cuestionadas en la literatura especializada en virtud de la falta de estandarización en su empleo. Consecuentemente propuso la utilización, por parte del psicólogo forense intervi-

niente, de un protocolo de actuación correspondiente a los distintos niveles evolutivos alcanzados por los menores, otorgando la facultad a las partes de proponer perito controlador.

Eugenio Perez Moreno se ocupó de “La verdad y la prueba”, señalando que una de las cuestiones más importantes de todo proceso pasa por dejar bien en claro cuál es su norte, cómo tiene inicio, qué y quién debe acreditar las pretensiones, pero principalmente cuál es su finalidad. Clásicamente uno de los fines del proceso penal ha sido la búsqueda de la verdad; la verdad real o correspondencia, no aquella meramente formal o sujeta al arbitrio de las partes. Sin duda, los principios del modelo acusatorio que han influenciado sobre el moderno proceso penal de Córdoba, y que han colocado esmero en diferenciar –entre otros ajustes– el rol y la actividad de los sujetos procesales oficiales (fiscales y jueces), coadyuvan al designio antes referenciado. No parece menor tal correcta diferenciación teórica que responde a principios superiores, pues es allí en donde lo atinente a la verdad encuentra alguno de los nuevos pilares que satisfacen estándares sobre garantías como la imparcialidad de los jueces, inocencia y defensa en juicio. Lo dicho en modo alguno pone en riesgo el inexorable sustrato de verdad en que deben reposar las decisiones judiciales.

En este momento –agregó Perez Moreno–, es digno también recordar que el viejo sistema procesal colocaba a los sujetos oficiales (fuera jueces o fiscales) en la elevada tarea de buscar y acreditar la verdad real. Pero con justeza el proceso cordobés nuevo sólo instala aquel cometido en manos de los representantes del Ministerio Público Fiscal. En otras palabras, la búsqueda de la verdad no es un fin institucional (de todos) en el proceso penal, sin perjuicio de que la persona sometida a investigación o acusación pueda también aportar prueba de descargo, amén de su estatus de inocente. Para finalizar, el Estado no limita su potestad de hacer justicia a la exclusiva acreditación de hechos y circunstancias (controvertidos) por las partes, como ocurre en el proceso civil, pues en el proceso penal lidera la búsqueda y acreditación, con máximo esfuerzo, de la verdad real, capaz de formar el convencimiento jurisdiccional. Toda sentencia condenatoria debe ajustarse a la verdad probada, dado que la falsedad sobre la acusación o la apariencia de culpabilidad jamás pueden otorgarle sustento alguno. Esto –concluyó Perez Moreno– ha recibido un nuevo impacto con la intervención de legos como jueces. En ese orden, se abre un nuevo panorama sobre la valoración de la prueba de esos tribunales constituidos por no profesionales del derecho, no sólo en la apreciación de la evidencia que puede tener injerencia la cuestión, sino más bien, en la manera misma de sustanciarse aquella prueba durante el desarrollo del debate.

Roberto I. Cornejo abordó distintos aspectos de la investigación penal preparatoria, desde la perspectiva del juez de control. Entre otras cuestiones, en lo que atañe a las medidas de coerción personal, señaló que debía reexaminarse la facultad que el ordenamiento procesal le brinda al Fiscal de Instrucción, para

disponer la prisión preventiva (art. 336 CPP) y, en lo que concierne al cese de dicha medida, postuló que debería analizarse la posibilidad de derogar la hipótesis del triple consenso, contemplada en el art. 283, inc. 2° CPP. En relación a la oposición como vía impugnativa propia de la investigación fiscal preparatoria, destacó que, como en la práctica ante la oposición deducida –por lo general– el fiscal de instrucción mantiene su criterio, se debería revisar la norma (art. 338 CPP) y estipular que, impetrada la mentada vía impugnativa, el instructor deberá elevar inmediatamente las actuaciones ante el juez de control. Por otra parte, Cornejo postuló que, ante el requerimiento de sobreseimiento del fiscal de instrucción (art. 348, tercer párrafo, CPP), se podría pensar en la posibilidad de que la ley contemple la notificación al querellante particular, a fin de que este sujeto procesal eventual efectúe su propio mérito conclusivo de la investigación. También afirmó que, en el actual modelo procesal, la supervivencia de la investigación jurisdiccional (arts. 14, 339, 340 y ss. CPP) constituye un anacronismo que debería ser modificado; a su vez, sugirió la posibilidad de reexaminar la regulación que ostenta la nulidad como sanción procesal, con la finalidad de acotar esta clase de incidentes que se suscitan durante la investigación fiscal preparatoria (por ejemplo, sólo para el caso de que el acto defectuoso haya sido valorado desfavorablemente para la parte en alguna decisión del instructor). Finalmente, culminó su exposición haciendo alusión a los institutos del juicio abreviado inicial (destacando que la jurisprudencia ha ido flexibilizando su condiciones de procedencia), y la suspensión del juicio a prueba; en orden a esto último, indicó que debería analizarse si resulta conveniente que la ley procesal contemple expresamente la posibilidad de solicitar la *probation*, tal como lo han hecho otros ordenamientos procesales (como el de Mendoza).

El Dr. Maximiliano Hairabedián y María de los Milagros Gorgas se refirieron al “Control de la prisión preventiva en audiencia oral”, y propusieron: 1) que el establecimiento de audiencias orales de control de la prisión preventiva es beneficioso porque contribuye a la desburocratización de la investigación, potencia el rol del juicio y facilita la discusión sobre la necesidad del encierro cautelar o medidas alternativas. Debería reformarse en este sentido el CPP de Córdoba actualmente vigente. 2) El carácter “optativo” de dicho método de control le da mayores posibilidades de éxito.

Daniela Bianciotti, en su trabajo titulado “Cuestiones que presenta la aplicación del último párrafo del artículo 359 del CPP”, ha dedicado un espacio a la problemática que suele generar en la práctica la aplicación de la norma contenida en el artículo 359 del CPP de Córdoba en caso de discrepancia del juez de control con la requisitoria fiscal de sobreseimiento, en cuyo supuesto la ley establece que deberá remitirse la causa al superior jerárquico –Fiscal de la Cámara de Acusación–, previéndose dos hipótesis: 1) que el superior jerárquico coincida con lo solicitado por el inferior; en tal circunstancia el Juez estará obligado a dictar sentencia de sobreseimiento, situación que se conoce como *sobreseimiento por*

acuerdo de fiscales; 2) que el superior jerárquico no esté de acuerdo con el requerimiento efectuado. Para esta hipótesis la ley 8.123 dispuso como solución que el mismo Fiscal de Cámara formule directamente el requerimiento de citación a juicio. Destacó la disertante que, en la práctica, se observa con frecuencia la adopción de una solución no prevista legalmente, que consiste en que el Fiscal de la Cámara de Acusación le devuelva la causa al inferior acompañada de instrucciones cuyo cumplimiento considera necesario para completar la investigación. Dicha circunstancia —explicó Bianciotti— conduce al viejo debate referido a la *facultad de los fiscales de rango superior para impartir instrucciones particulares a sus inferiores jerárquicos*. En ese orden, luego de un repaso por los principios que guían la actuación del Ministerio Público Fiscal, y con fundamento en la ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal vigente en la provincia de Córdoba, concluyó que es legalmente posible que el Fiscal de Cámara de Acusación, al recibir una causa con trámite de discrepancia (art. 359 CPP), la resuelva devolviéndosela al inferior jerárquico acompañada de instrucciones escritas que considera convenientes o necesarias de ser llevadas a cabo por éste para la eficacia de esa investigación. Por otra parte, Bianciotti resaltó que este procedimiento, una vez cumplimentadas las directivas dadas por su superior, permite que el Fiscal de Instrucción formule el requerimiento de elevación a juicio sin que pueda ser cuestionado por este motivo, ya que en el artículo 2 de la ley 7.826 expresamente se establece que el Ministerio Público Fiscal es *único* y está representado por cualquiera de sus integrantes en los actos que cada uno de ellos realicen. Asimismo, señaló que esta propuesta brinda solución al caso de sobreseimiento pedido por el Fiscal antes de la clausura (por ejemplo, art. 334 del CPP), que carece de una norma expresa que lo regule.

Daniel Ferrer Vieyra se ocupó de destacar, desde su óptica, lo que tituló como “Fortalezas y debilidades del sistema del CPP, su vigencia y su vivencia”. En primer lugar señaló cierta resistencia en los operadores del sistema a la reforma, pues entendían que la etapa de Instrucción estaba correctamente realizada por el entonces Juez de Instrucción, con seriedad y responsabilidad. Sin embargo, los objetivos de dar mayor *celeridad y eficacia* al proceso, sin merma en las *garantías* a los derechos de las partes, era todo un desafío. La redefinición de roles que asignó el nuevo sistema a jueces y fiscales trajo a los primeros el alivio de no tener que valorar objetivamente las pruebas que ellos mismos producían, convirtiéndose en árbitros imparciales de la actividad probatoria llevada a cabo por el Ministerio Público Fiscal y la Defensa. En la etapa de juicio, al quitárseles a los jueces de Cámara facultades probatorias, pasaron a ser espectadores privilegiados de las tareas de acusación y defensa, sobre las que deben resolver. Este cambio fundamental de roles constituyó para Ferrer Vieyra una de las fortalezas del ordenamiento vigente.

Otro avance significativo que destacó fue el de haberse incorporado al Querellante Particular como acusador privado en el proceso penal, pues entiende

que ha venido a equilibrar el eje de “la balanza” y llevado su “fiel” al justo medio. Señaló que el acusador público rige su actividad por los principios de objetividad e imparcialidad, frente a la defensa del procesado que la desempeña con subjetividad y parcialidad. Con el ingreso del querellante particular al proceso se incorpora el ofendido penalmente por el delito, quien con su carga de parcialidad y subjetivismo constituye la contracara de la defensa del acusado.

Otro acierto que puntualizó fue la incorporación de dos jurados populares para coadyuvar en la tarea de los jueces de Cámara (Jurados Escabinos, art. 369 del CPP, ley 9.122), pues aporta la valiosa visión del “hombre común” al momento de juzgar, permitiendo además a éstos conocer el funcionamiento interno de la justicia y conllevando en la mayoría de los casos una imagen positiva de su actuar. Efectuó además algunas críticas a este instituto sugiriendo cambios puntuales, al igual que al sistema de Jurados Populares implementado por ley 9.182. Finalmente desarrolló sus *reparos* al precedente “MOSTACCIO” de la CSJN (S. del 17/4/2004) que otorgó carácter vinculante al pedido de absolución del Fiscal de Cámara, fundado especialmente en la falta de previsión de “controles” a dicha actividad, puesta en manos de una sola persona, sobre todo, cuando se trata de casos complejos.

Patricia Soria, Carolina Mauri e Ivana Rossi formularon un *Balance crítico sobre el funcionamiento del CPP de 1991*, en el que destacaron que el proceso de cambio se dio principalmente desde la dimensión normativa, habiendo sido desatendidas las dimensiones restantes, lo que ha obstaculizado la generación de una nueva cultura que supere viejas prácticas que aún siguen reproduciéndose. Aunque de manera previa al cambio legislativo, hubo profundas discusiones hasta lograr los consensos necesarios para aprobar el nuevo Código. Una de las principales deficiencias fue haber confiado excesivamente en que el cambio normativo generaría espontáneamente un cambio en el sistema de enjuiciamiento penal, integrado no sólo por el elemento normativo sino también por elementos culturales, institucionales y de recursos humanos. Esta confianza excesiva en un instrumento normativo, que era y es aceptado en sus principios y valores por todos los operadores transformándose en el “discurso oficial”, permitió que se soslayara la necesidad de llevar adelante un proceso de implementación del nuevo Código que incluyera la capacitación necesaria para los nuevos desafíos que presenta el modelo acusatorio y su profundización, con énfasis no en el conocimiento normativo, a través de un estudio lineal del Código, sino en las prácticas de los actores del sistema, capaces de configurar el cambio cultural que conllevaba el nuevo modelo.

Según las autoras, el problema de la instalación del nuevo sistema se dio en el terreno de las prácticas; faltó y continúa faltando un proceso de formación de los actores en el que se presenten “imágenes” acerca de cómo hacer las cosas, a los fines de alterar rutinas, percepciones de rol, hábitos, destrezas, etcétera, que se vienen y se venían realizando. Como consecuencia de no haber interve-

nido fuertemente en este nivel, no se ha logrado aún un cambio al nivel de las conductas, actitudes y comportamientos que el nuevo sistema de justicia criminal impuso e impone.

Agregaron asimismo que, más allá de las debilidades referidas en la implementación y evaluación de nuestra reforma, puede sostenerse que durante la última década en nuestro sistema se han producido cambios que hacen que su fisonomía haya variado sustancialmente, habiéndose instalado un nuevo horizonte de expectativas respecto de los valores que debe procurar realizar. Ideas como la oralidad y la publicidad de los procesos, la necesidad del respeto por estándares de garantías individuales en los procesos penales y la necesidad de la protección de las víctimas de los delitos se han difundido ampliamente y cuentan con amplios márgenes de adhesión. Destacaron finalmente que en los últimos tiempos se ha puesto sobre la mesa la necesidad de profundizar la reforma en varios aspectos que detallaron en la ocasión, señalando en especial el *proceso de Reforma y cambios en lo Cultural, en el Ministerio Público Fiscal, en la Defensa Pública, y la necesidad de cambios normativos*.

Daniela Bianciotti y Berenice Olmedo trabajaron en la repercusión del sobreseimiento por prescripción de la acción penal sobre el cese de los efectos del delito de usurpación.

Ante la diversidad de posturas jurisprudenciales al respecto, adhirieron al criterio según el cual el cierre total y definitivo del proceso por esa causal importa la restitución del inmueble a favor del supuesto usurpador lanzado provisoriamente. Entendieron que ello se impone por las características del tipo penal de usurpación por despojo, pues no se protege al titular del derecho real (de dominio u otro) sino a la relación de hecho establecida entre persona e inmueble (posesión, tenencia, cuasiposesión), con independencia de su origen lícito o ilícito. En consecuencia, resulta indiferente la existencia de buena fe en esa relación.

Desde un ángulo diferente relacionado a la acción penal, recordaron que su titularidad y subsistencia condiciona directamente la potestad punitiva estatal, por lo que ordenar o mantener una medida restrictiva provisoria transgrediendo el límite temporal legalmente impuesto mediante el instituto de la prescripción constituye un acto arbitrario. Agregaron que la prescripción excluye la posibilidad de considerar el fondo de la cuestión, sin que ello dependa de la voluntad o conducta procesal del imputado sobreseído, ni lo perjudique. Por el mismo motivo, la restitución del inmueble a éste no incidirá sobre el debate de la cuestión en sede civil.

Finalmente, señalaron que dicha postura es respetuosa de la presunción de inocencia; garantía de expreso reconocimiento constitucional que se proyecta aún después del cierre definitivo del proceso, impidiendo en este caso que quien ha sido sobreseído se vea obligado a reclamar el cese de las medidas restrictivas en otro fuero.

PARTE V

**DISCUSIONES EN TORNO A LA
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO**

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: la mentada “Constitucionalización” del derecho privado y sus implicancias en torno a la politicidad de la actividad judicial

Jorge Augusto Barbará

Abogado y Magister en Derecho y Argumentación. Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Introducción Filosófica al Derecho y Profesor Encargado del Seminario sobre Defectos Lógicos en los Sistemas Jurídicos en la Universidad Católica de Córdoba. Profesor de Introducción al Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro Titular del Instituto de Filosofía del Derecho de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Director de la Sala de Filosofía del Derecho y del Taller sobre Argumentación y Derecho en el Colegio de Abogados de Córdoba. Posee diversas publicaciones en el área de su especialidad.

I. La “Constitucionalización” del derecho privado

1. Doctrinarios, jueces y abogados sostienen, sin mayores discusiones, que el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 (en adelante: el Proyecto) supone una “Constitucionalización” del Derecho Privado.

De hecho, la Comisión redactora del Anteproyecto –que precedió al Proyecto– utilizó esa específica expresión en sus Fundamentos, explicando en qué consistía esa “Constitucionalización”:

Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma 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. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los

derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

De la lectura se desprende que, en resumidas cuentas, la Comisión entiende que se produce la “Constitucionalización” del derecho privado porque el Anteproyecto –ahora Proyecto, con unas pocas modificaciones– reflejó, en las distintas áreas normadas, un esquema protectorio de los derechos humanos, conforme las ideas existentes en torno a los mismos al momento de la redacción del articulado.

2. Es probable que, efectivamente, el Proyecto suponga una “Constitucionalización” del derecho privado en el sentido referido por la Comisión.

No discutiré aquí este asunto, pues supondría ingresar a relevar, área por área, cada una de las modificaciones que intentan introducirse a la legislación argentina actual.

Tampoco discutiré aquí si en verdad existe algún tipo de consenso en torno a los derechos humanos pretendidamente protegidos¹ ni cuál es la naturaleza de ese supuesto consenso² ni, tampoco, si el Proyecto verdaderamente supone un esquema protectorio de los derechos humanos, conforme éstos son entendidos en la actualidad.

Pero sí me interesa destacar que, en la medida en que se considere que la “Constitucionalización” depende de la inserción en algún área del derecho privado de determinado esquema normativo protectorio específico de alguno de los denominados “derechos humanos”, esa pretendida Constitucionalización penderá siempre de un hilo, estará herida de muerte desde el inicio.

Ello así porque, si seguimos la lógica argumental vertida en los fundamentos del Anteproyecto, cada vez que pueda considerarse que la normativa del Código proyectado no proteja adecuadamente algún “derecho humano”, nos veremos obligados a sostener que el Código ha perdido, en todo o en parte, esa nota de

¹ Es obvio que sin un mínimo consenso en torno al contenido de los derechos humanos, la Comisión no podría estar hablando de la armonía y coherencia entre las distintas ramas del derecho que supuestamente se lograría con el Proyecto ni, mucho menos, referir que la mayoría de la doctrina jurídica argentina ha estado reclamando una legislación como la proyectada. Por ello es que, al haberse expresado de ese modo en los fundamentos del Anteproyecto, debo asumir que la Comisión consideró que efectivamente existe dicho consenso o bien en la comunidad política en general o bien en el seno más restringido de la comunidad jurídica (doctrinarios, jueces, abogados).

² Real o hipotético, subjetivo u objetivo, etcétera.

“Constitucionalización” –la cual, supuestamente, constituiría una de sus características principales y más relevantes.

Ocurre que, aún admitiendo que efectivamente el Proyecto llega al noble objetivo de armonizar y dar coherencia al derecho privado con el “bloque de constitucionalidad” protectorio de los derechos humanos, siempre será previsible que, en el futuro, la normativa proyectada no alcance a cubrir los requerimientos correspondientes a los derechos humanos en alguna de las áreas específicas de la realidad que son reguladas.

Lo anterior es susceptible de producirse por una serie de factores que son harto conocidos tanto por los teóricos cuanto por los operadores del derecho. Entre esos factores puede mencionarse a la modificación del ideario correspondiente a los derechos humanos dentro de la comunidad o, lo que suele ser mucho más tangible para la sociedad en general, la imprevisión por parte del legislador de alguna contingencia futura, relativa a las conductas humanas interrelacionadas, que torne a la normativa del Proyecto violatoria de algún derecho humano en el momento en que la misma debe ser aplicada para dar respuesta a algún caso concreto y particular³.

3. En lo que sigue, sostendré que la mentada “Constitucionalización” del derecho privado queda consagrada en el Proyecto de una manera mucho más estructural –y dinámica– que lo que los fundamentos del Anteproyecto sugieren.

Esto se da, centralmente, a partir de lo normado en los tres primeros artículos del Proyecto y no a partir de lo que se ha propuesto para cada instituto jurídico en particular.

En los tres primeros artículos del Proyecto se consagra una determinada concepción de lo que es –o debe ser– el Derecho, la que, a grandes rasgos, puede ser identificada como una concepción que lo entiende como un fenómeno integrativo o interpretativo.

Y, por cierto, esta concepción no resulta coincidente con la concepción de Derecho subyacente al articulado de nuestro Código Civil vigente⁴.

³ Equidad, lagunas axiológicas, derrotabilidad, etcétera, son sólo algunas de las categorías teóricas que han sido utilizadas desde antaño para abordar cierto tipo de problemas de naturaleza ética que inevitablemente se derivan de la aplicación de una norma general a casos particulares cuya solución, según esa norma general, no se adecua a determinados requerimientos axiológicos de la comunidad en general o de la comunidad jurídica en particular.

⁴ Tampoco a la de nuestro Código de Comercio vigente, aunque no me detendré a analizarlo, por considerarlo sobreabundante respecto de los fines que ahora nos ocupan.

4. Intentaré también explicar por qué motivo la concepción de Derecho que subyace a los tres primeros artículos del Proyecto facilita que, en los casos particulares, pueda lograrse (o, al menos, intentarse) algún nivel de coherencia entre las apetencias constitucionales protectorias de los derechos humanos y la legislación ordinaria –como la de un código.

Esto último dejará en claro –o así lo espero– que la concepción de Derecho inherente al Proyecto obliga a asumir debates y decisiones en el ámbito judicial que, conforme el paradigma tradicional de división de Poderes, se han considerado típicamente reservados a los otros dos Poderes del Estado.

5. Finalmente, procuraré destacar algunos problemas que los dos primeros artículos del Proyecto son susceptibles de generar tanto a los ciudadanos en general cuanto a los operadores del derecho en particular al momento de interpretar su sentido para guiar sus conductas a partir de ellos. Esto, en virtud de ciertas deficiencias de técnica legislativa que esos artículos presentan. Ello mostrará, paralelamente, el modo en que esas deficiencias conspiran en contra del propio objetivo de “Constitucionalización” que la Comisión ha planteado.

II. Código vigente vs. Código proyectado

A. Dos concepciones diferentes acerca del Derecho

1. Si se comparan los actuales artículos 1, 15, 16, 17 y 22 del Código Civil con los artículos 1, 2 y 3 del Proyecto, podrán visualizarse dos concepciones diferentes de lo que es (o debe ser) el Derecho⁵.

Digamos que la normativa del Código vigente descansa, en buena medida, en una concepción que puede ser rotulada como “normativista”, en tanto que la normativa del Proyecto presenta una concepción que ya he calificado como “interpretativa” o “interpretativista”.

B. Situación actual y normativismo: un par de aclaraciones

Previo a ingresar en la comparación de los articulados de ambos Códigos, formularé dos aclaraciones:

⁵ Es posible ensayar una distinción entre lo que es una “concepción” del Derecho y lo que es un “concepto” de Derecho. Así, puede verse por ejemplo, Dworkin (1988: 74-78). Sin embargo, dado que lo que me interesa destacar en esta exposición no depende de esa distinción y que esa distinción, en sí misma, puede resultar discutible –o de discutible utilidad en determinados contextos teóricos de análisis–, prescindiré de esta diferenciación y me referiré indistintamente a la “concepción” o al “concepto” de Derecho, tratándolas como expresiones de idéntico significado.

1. Durante los más de 140 años que separan la redacción del Código Civil de la redacción del Proyecto, tanto la jurisprudencia como la legislación nacional fueron mutando de lo que podía calificarse como una concepción normativista del Derecho hacia una concepción interpretativa del mismo⁶.

Esto significa que lo normado en los tres primeros artículos del Proyecto no supone una innovación radical ni un cambio de paradigma profundo en la manera en que, de hecho, funciona el Derecho en ámbitos tribunalicios.

Hecha esta primera aclaración, uno podría estarse preguntando en este momento para qué, entonces, los juristas están ocupando tanto tiempo y esfuerzo en destacar y analizar todo esto de la “Constitucionalidad” del derecho privado si, en definitiva, no estamos en presencia de nada novedoso en términos del funcionamiento real del Derecho en nuestro país.

Incluso yo mismo, en mis primeros acercamientos al articulado proyectado, expresé que los tres artículos iniciales del Proyecto no cambiaban la situación actual en materia de adjudicación de derechos, restándole trascendencia al Proyecto en este aspecto⁷.

Entre otras cosas, mencioné:

Todos los abogados litigantes y los jueces conocemos que un juez puede echar mano a los criterios interpretativos consagrados en el art. 2º, que existen “principios” jurídicos que subyacen a las normas o al derecho en general que definen la suerte de los casos judiciales tanto como las normas expresas (“reglas” en terminología más exacta de la Teoría General del Derecho), que cuando hay un vacío o laguna legal los usos, prácticas o costumbres pueden ser dirimentes y que si una decisión jurisdiccional no se encuentra razonablemente fundada la misma es susceptible de quedar invalidada por vicio de arbitrariedad.

O sea que, guiado por estas ideas, podría pensarse que esta exposición es una más de las tantas reiteraciones inútiles que los juristas solemos efectuar en torno a los artículos de una ley o, como en este caso, de un Proyecto de ley.

Sin embargo, con el paso del tiempo, comprobé que, si bien abogados y jueces operan con total naturalidad en su labor cotidiana de la manera en que prescriben

⁶ Es un camino que parece haber seguido el derecho de Occidente en general.

⁷ Me refiero a las *Consideraciones en torno al capítulo 1 del Título Preliminar del Anteproyecto del Código Civil de la República Argentina*, presentadas en abril 2012 a la Presidencia del Colegio de Abogados de Córdoba, en el marco de las tareas de la Sala de Filosofía del Derecho del Colegio de dicha Institución, como material informativo de análisis para las distintas actividades del Colegio de Abogados en relación al Proyecto de Código Civil de 2012.

los tres primeros artículos del Proyecto, cuando se colocan en la situación de analizar la realidad jurídica con categorías más abstractas, típicas de un abordaje teórico, en su gran mayoría, siguen realizando sus análisis bajo el influjo de los lineamientos teóricos de un decimonónico paradigma normativista.

Es más, en las exposiciones de este Programa de Discusión y Debate (así como en otros ámbitos académicos), he escuchado una y otra vez que los propios doctrinarios y académicos ven en los aspectos de la reforma que expresan esa concepción interpretativa del Derecho toda una innovación respecto de nuestro esquema de derecho vigente, manifestando en más de una ocasión su preocupación respecto de las eventuales consecuencias futuras que ello puede acarrear.

Tal vez este desacople entre lo que efectivamente se hace cuando se opera con el Derecho para adjudicar derechos y las categorías teóricas de análisis del fenómeno jurídico que continúan empleando muchos de los juristas, sea uno de los componentes del fuerte escepticismo que existe en la comunidad jurídica argentina respecto de la eficacia que puede tener el Derecho como instrumento de ordenación social.

De todos modos, sea lo que fuere en relación a lo expresado en el párrafo precedente, lo que resulta relevante destacar ahora es que la respuesta a la pregunta planteada acerca de la utilidad de esta exposición proviene, precisamente, de la dicotomía existente entre las categorías de análisis abstractas, típicas del nivel de una teoría general del derecho, y la tarea cotidiana que se desarrolla en el ámbito forense.

Esa dicotomía ha tornado indisimulable que ni en el ámbito más llano de la práctica profesional ni, tampoco, en determinados ámbitos académicos, existe demasiada familiaridad con las categorías centrales de análisis provenientes de esa concepción del Derecho que ve al mismo como un fenómeno interpretativo.

De allí que un abordaje de la temática como la que propongo en el presente, en donde contrastaré de manera simplificada dos concepciones o modelos distintos acerca del Derecho y, a partir de este contraste, introduciré ciertas nociones básicas, definitorias, de la concepción del Derecho a la que se corresponde la mentada “Constitucionalización” del derecho privado, pueda resultar fructífero.

Al afirmar lo anterior, doy por supuesto, es obvio, que la introducción o explicitación de estas nociones básicas y su progresivo empleo de parte de juristas y operadores del Derecho en general, son susceptibles de mejorar la calidad de la argumentación dialéctica que caracteriza a los desarrollos de la ciencia jurídica.

Quizás sean estos tres primeros artículos del Proyecto los que a la postre terminen obligando a los juristas a reformular algunas metodologías académicas de explicación del Derecho cuya correspondencia con la realidad forense parece ser cada vez más forzada.

2. La segunda de las aclaraciones referidas se encuentra relacionada con la terminología empleada.

Hay quienes podrían sostener que la concepción jurídica subyacente al articulado de nuestro Código Civil no es “normativista” en sentido estricto sino, antes bien, una concepción diferente, que sería más adecuado calificar como “formalista”⁸.

No obstante, he empleado deliberadamente la calificación de “normativista” por dos motivos principales.

En primer lugar, por una razón retórica-pedagógica, a saber:

Para destacar el rol central, casi excluyente, que, dentro de esta concepción, presenta la norma jurídica positiva general como elemento identificatorio del Derecho, según veremos.

Y, si se quiere, en el mismo orden de motivos, para evitar introducir una terminología identificatoria de una concepción que, nos guste o no, posee una inevitable connotación peyorativa, como lo es la denominación de “formalismo”. Una connotación de este tipo siempre es susceptible de afectar la objetividad del análisis crítico racional. De allí que sea conveniente evitarla.

En segundo lugar, por una razón conceptual:

Las características que suelen adscribirse al formalismo no coinciden exactamente con las que aquí me interesa destacar como correspondientes a la concepción subyacente al articulado de Vélez Sársfield⁹.

Sólo mencionaré a título ilustrativo que, entre otras, suele caracterizarse a una concepción formalista como una concepción que sostiene la completitud, la coherencia y la precisión del ordenamiento jurídico (Nino, 1980: 36) o como una concepción que entiende que “El Derecho tiene –o debería tener– un carácter esencialmente estático; los cambios legislativos deben reducirse al mínimo y no implicar, en la medida de lo posible, una ruptura con respecto al Derecho ya existente (...)” (Atienza, 2001: 278).

Las anteriores características que –junto con otras– suelen adscribirse a la concepción formalista, o bien no están presentes en el articulado de nuestro Código Civil, o bien es dudoso que lo estén.

⁸ Esto ocurre, por ejemplo, si se identifica al normativismo con posiciones teóricas acerca del Derecho como son las de, por ejemplo, Kelsen o Hart, quienes ponen el acento de sus respectivos análisis en la noción de norma, mas no necesaria ni excluyentemente en la norma positiva general emanada del legislador que sería, precisamente, una de las notas que diferencian al “formalismo” del “normativismo”. Así lo hace, entre otros, Atienza (2001: 286-294).

⁹ Es la misma razón por la cual he evitado calificar a la concepción subyacente a nuestro Código vigente como “exegética”.

Por lo demás, ideas como las de completitud, coherencia y precisión juegan, de algún modo, un rol relevante dentro del esquema interpretativista que introduce el Proyecto, en la medida en que las mismas constituyen la base sobre las que se asientan argumentos “interpretativos” típicamente empleados en el marco de una concepción de este tipo, tales como los argumentos *a completudine*, analógico, *a fortiori*, *a contrario*, económico, etcétera.

En consecuencia, sería impreciso –y potencialmente problemático– introducir la denominación de “formalista” para caracterizar a la concepción subyacente al articulado del Código vigente.

De allí que, según vengo diciendo, haya optado por una denominación diferente a los fines de esta exposición.

C. Normativismo e interpretativismo

1. Una concepción normativista, a grandes rasgos, puede ser destacada por las siguientes notas características:

a) Entiende que el Derecho o bien se identifica lisa y llanamente con los preceptos legislativos (leyes), o bien que se compone sustancial y predominantemente por este tipo de mandatos.

Cuando se piensa en los preceptos legislativos o, más llanamente, en las “leyes” con las que se identifica el derecho, se está pensando, específicamente, en normas generales promulgadas por escrito, es decir, normas generales promulgadas explícita y deliberadamente por el Poder Legislativo.

Lo anterior supone, en definitiva, que el normativismo considera que el Derecho no se identifica –por lo menos, no paradigmáticamente– con normas jurisprudenciales, consuetudinarias o morales.

Los artículos 1, 17 y 22 del Código Civil vigente reflejan estas ideas de modo transparente. Basta su lectura para corroborarlo:

Art. 1. Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes.

Art. 17. Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente.

Art. 22. Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial.

b) Una concepción normativista sostiene que los jueces tienen competencia para aplicar el derecho –o sea, las leyes– y no para resolver los casos conforme otro tipo de normas.

Únicamente puede resolverse un caso sin echar mano a la subsunción del dato fáctico en un texto legal expreso cuando no hay duda acerca de la inexistencia de un texto legal en el cual pueda subsumirse la situación fáctica.

De esta idea dan cuenta los artículos 15 y 16 del Código Civil:

Art. 15. Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

Art. 16. 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.

Repárese en que, según reza el art. 16, incluso cuando un juez no tiene a mano un texto legal específico en el cual subsumir el caso a resolver, debe privilegiar la legalidad intentando obtener una respuesta para el caso por aplicación analógica de un texto legal determinado. Sólo si ello no es posible, es decir, únicamente cuando no se cuenta con ninguna norma, ni siquiera analógica (conf. art. 16 CC) o implícita (conf. art. 22 CC) en la cual justificar la solución al caso, podrá el juez echar mano a esos inespecíficos e indeterminados “principios generales del derecho”.

Aquí se percibe también, la característica del normativismo que señalo a continuación.

c) La finalidad primordial del Derecho, es decir, aquello que justifica la existencia de éste como fenómeno cultural y coactivo, es el logro de la seguridad jurídica (certeza y predecibilidad).

La función inherente al Derecho como invención o producto cultural humano está en permitirnos predecir cómo reaccionará la comunidad a través de sus instituciones frente a nuestros comportamientos para, a partir de allí, poder decidir actuar de un modo u otro.

Esto último, sin perjuicio de que el Derecho pueda servir paralelamente a la obtención de otro tipo de objetivos como, por ejemplo, objetivos de naturaleza moral sustantiva.

Pero, en todo caso, estos objetivos no serán inherentes al funcionamiento o a la existencia del Derecho, sino que los mismos resultarán contingentes.

Ocurre que resulta muy difícil discutir que, si el Derecho se concibe como un sistema de normas generales positivas, la adopción de dicha forma normativa no

encuentre razón de ser en que la función básica y elemental del mismo sea la de generar seguridad jurídica o previsibilidad para los súbditos.

Si una comunidad ha optado por otorgar algún tipo de validez a las normas generales positivizadas, pretendiendo regirse por éstas, es porque esa comunidad alguna importancia está asignando a la previsibilidad que se sigue de su hipotética –aunque expectable– aplicación por parte de los órganos decisores del Estado.

El art. 16 del Código vigente refleja esta idea.

Correlativamente, también ilustra la presencia de este rasgo –así como del rasgo legalista– la ley n° 340 de Sanción del Código Civil, cuyos artículos 2 y 3 poseen como evidente finalidad legalizar y, con ello, uniformizar soluciones para todos aquellos casos que pudieren presentarse de dudosa solución según el articulado del Código sancionado:

Art. 2. La Suprema Corte de Justicia y Tribunales Federales de la Nación, darán cuenta al Ministro de Justicia, en un informe anual, de las dudas y dificultades que ofreciere en la práctica la aplicación del Código así como de los vacíos que se encontrasen en sus disposiciones, para presentarlas oportunamente al Congreso.

Art. 3. El Poder Ejecutivo recabará de los Tribunales de Provincia, por conducto de los respectivos Gobiernos, iguales informes para los fines del artículo anterior.

d) De algún modo queda implícito en lo dicho que, para el normativismo, las normas generales que caracterizan al Derecho son, en su estructura típica, reglas y no principios.

De manera sucinta –sin pretender esconder las muchas discusiones habidas al respecto– puede recordarse en qué consiste la distinción entre reglas y principios del siguiente modo:

Para algunos autores, que siguen una distinción propuesta por Dworkin (Dworkin, 1977: cap. II), cabe distinguir entre las normas jurídicas prescriptivas dos subclases: la clase de las reglas, que tienen establecidas sus condiciones de aplicación de manera cerrada en su supuesto de hecho, y la clase de los principios, que tienen establecidas sus condiciones de aplicación de manera abierta, o bien porque algunas de sus condiciones de aplicación son implícitas o bien porque todas son implícitas. Es decir, en el caso de las reglas, el supuesto de hecho es una condición suficiente para la aplicación de la consecuencia jurídica; en el caso de los principios, el supuesto de hecho es tan sólo una condición contribuyente –una condición contribuyente es una

condición necesaria de una condición suficiente– de la aplicación de la consecuencia jurídica (Moreso; Vilajosana, 2004: 90).

Agregando los autores citados como criterio de tipificación paralelo al anterior: “(...) los principios establecerían, mediante normas constitutivas, determinadas dimensiones de los estados de cosas ideales que el mundo debe tener para ser conforme al Derecho” (Moreso; Vilajosana, 2004: 91).

De este modo, una regla diría “Todo el que conduzca un automóvil a más de 120 km por hora deberá pagar una multa de mil pesos (\$ 1.000)”, en tanto que un principio diría “Debe conducirse en condiciones de seguridad adecuadas”.

Se sigue de lo expresado que el normativismo no identifica al Derecho con normas que no especifiquen sus condiciones de aplicación o las consecuencias normativas que se siguen de su hipotética violación o acatamiento.

De aquí la fuerte tendencia que ha tenido el normativismo a entender las normas constitucionales (generalmente son principios y no reglas) como programáticas y no como normas operativas.

e) Conforme las características apuntadas, al momento de interpretar y de aplicar el derecho¹⁰, se privilegiarán métodos interpretativos que hagan decir a los textos legales lo que ellos restrictivamente dicen conforme el uso ordinario del idioma (o, eventualmente, el uso técnico específico que el propio legislador ha estipulado) pero no más –ni tampoco menos– que eso.

Así, se tenderá a hacer prevalecer una interpretación literal sobre otras opciones interpretativas¹¹.

A su vez, cuando ninguna de las opciones interpretativas planteadas en un caso determinado pueda ser considerada como “literal”, se hará prevalecer siempre a la interpretación que, de algún modo, pueda presentarse como más apegada al texto legal. De este modo, por ejemplo, una interpretación conforme al espíritu de la ley (*ratio legis*) tenderá a prevalecer sobre una interpretación fundada en la naturaleza de las cosas (argumento naturalista); una interpretación sistemática tenderá a prevalecer sobre una interpretación fundada en la reducción al absurdo de la solución normativa establecida por el texto interpretado (argumento apagógico); una interpretación conforme la voluntad del legislador (argumento

¹⁰ Nada de lo que aquí diga dependerá de la distinción entre la interpretación y la aplicación del derecho, consideradas como operaciones diferentes. Por tanto, me manejaré bajo la idea – teóricamente sustentable– de que toda aplicación del derecho, si quiere estar justificada, depende de la específica interpretación previa que se haya hecho del material normativo que luego se aplica.

¹¹ En verdad, será una técnica de interpretación literal combinada con una de las formas del argumento *a contrario*. Pero no ingresaremos ahora sobre esta descripción porque excede el marco de esta exposición.

psicológico) tenderá a prevalecer sobre una interpretación fundada en la coherencia con las soluciones dadas para otros supuestos diferentes por otras normas del ordenamiento (argumento *a coherentia*); etcétera.

4. La concepción del derecho como integridad, en cambio, se contrapone a la anterior, por lo siguiente:

a) El Derecho se considera compuesto de normas legales, jurisprudenciales, morales y consuetudinarias. Todas ellas son fuentes del derecho, no sólo la legislación.

Lo anterior es debido a que el Derecho se concibe, no ya como un sistema de normas legales, sino como la mejor justificación posible de las prácticas jurídicas concretas de una comunidad, más específicamente como la mejor justificación que tenemos disponible para adjudicar derechos en sede tribunalicia.

La mejor justificación es aquella que puede ser aceptada socialmente como suficiente para adjudicar derechos, siempre, por cierto, partiendo, a los efectos de esa justificación, del material jurídico positivo existente (sea éste de naturaleza legislativa o jurisprudencial) y no de meras elucubraciones conceptuales que no posean algún tipo de anclaje o conexión con el mismo.

El derecho es, por tanto, un fenómeno que, en sí mismo, es interpretativo de las prácticas institucionales pasadas y actuales.

Así las cosas, las normas morales (lo mismo que las consuetudinarias) formarán parte del Derecho en la medida en que se vean reflejadas, aunque sea de modo lato e inespecífico, en las decisiones institucionales pasadas o presentes. Ello es lo que típicamente ocurre, por ejemplo, en las normas constitucionales en las que se enuncian los derechos y garantías básicos.

En concordancia con lo expresado, podemos observar que ya desde el artículo 1 del Proyecto se deja en claro que *ley* y *derecho* no son equivalentes, siendo la ley sólo una de las fuentes del Derecho:

Capítulo 1: Derecho

1. *Fuentes y aplicación.* Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

A los efectos de aventar toda duda originada en la encriptada redacción del artículo, repárese en que, según se lee en la última parte del artículo proyectado, se entiende que existe la posibilidad de que la costumbre sobre una situación no reglada legalmente pueda ser “contraria a derecho”. De este modo, es claro que existe la posibilidad de que una norma sea calificada jurídicamente como conforme o contraria a Derecho, aún cuando no exista una ley que rija esa situación. Esto sólo es posible si *ley y derecho* no son equivalentes.

Préstese atención también al hecho de que, a diferencia del Código vigente, se regula expresamente la aplicabilidad –interpretación mediante– de las normas jurisprudenciales, las cuales deben ser tenidas en cuenta por el intérprete cada vez que se dispone a interpretar –y potencialmente aplicar– una norma legal. O sea, hay un *test* de adecuación jurisprudencial que constituye una especie de requisito previo que debe superar toda norma legal para su aplicación.

Además, dado que, a partir del articulado Constitucional y el de los Tratados Internacionales, se produce una positivización de muchas normas morales, es decir, se da una suerte de juridificación de la moral (Atienza, 2001: 266-267), el artículo 1 del Proyecto introduce inevitablemente a las normas morales como componente esencial del andamiaje jurídico.

En la misma línea va el artículo 2 del Proyecto, al mencionar como pautas interpretativas ineludibles tanto a “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos” cuanto a “los principios y valores jurídicos”:

2. *Interpretación.* La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

b) Desde la concepción que ahora analizo, la existencia de una ley en cuyo supuesto fáctico se subsume perfectamente el caso a resolver no impone sin más la consecuencia jurídica (solución normativa) contenida en esa ley.

La existencia de esa ley sólo constituye una razón *prima facie* para aplicar la consecuencia jurídica prevista en el texto legal pero no un dato concluyente que, por sí solo, cierre toda discusión.

El ideal, entonces, es que las normas del ordenamiento (reglas y principios) no sean interpretadas aisladamente sino en su conjunto, como un conjunto dotado de sentido, procurando que guarden entre sí un nivel general de coherencia en lo que respecta a sus consecuencias prácticas.

De este modo, a diferencia de lo que prescribe el Código de Vélez, un juez podrá –y deberá– hacer jugar un principio para contrariar una solución legal expresa, en la medida en que eso se presente como lo más coherente y razonable

conforme los objetivos perseguidos por lo que puede considerarse el “Derecho” de esa comunidad.

Es precisamente en búsqueda de ese ideal de coherencia y razonabilidad¹² que las leyes análogas dejan de jugar un papel subsidiario, previsto para hipótesis de lagunas normativas (conf. art. 16 del Código), para pasar a desempeñar un papel protagónico cada vez que debe aplicarse una norma legal (conf. art. 2 del Proyecto).

También por ello es que cumplen similar tarea “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos” y “los principios y valores jurídicos” (art. 2 del Proyecto).

c) La seguridad jurídica deja de ser entendida como el principal objetivo del derecho, el que justifica su existencia como fenómeno cultural.

Sigue siendo un valor relevante. Pero su obtención debe armonizarse, al momento de entender y aplicar el derecho, con los demás componentes constitutivos del valor justicia que puedan encontrarse involucrados en los casos a resolver.

Un modo teóricamente diferente (aunque con iguales consecuencias prácticas) de explicar la posición de esta concepción frente a la seguridad jurídica, es sostener que la seguridad jurídica continúa ocupando el rol central y preponderante, sólo que, como la misma es entendida de un modo distinto al modo en que la concibe el normativismo, será la propia seguridad jurídica la que exigirá, en ciertos casos, que no se apliquen las soluciones contenidas en los textos legales.

La idea anterior se funda en el hecho de que las personas no pueden conocer con detalle el ordenamiento jurídico pero sí sus principios básicos.

En consecuencia, se considera que lo que otorga certeza y predecibilidad a la sociedad no es la aplicación aislada de un texto legal sino, por el contrario, la aplicación efectiva de los principios o ideas-fuerza sobre los cuales se asienta todo el andamiaje jurídico y, por tanto, la seguridad jurídica impondrá, en ocasiones, la desobediencia al mandato expreso contenido en un texto legal si éste va en dirección opuesta a esas ideas-fuerza del ordenamiento. Esto es lo que, en definitiva, exige el principio de integridad o de coherencia que se considera constitutivo de todo Estado de Derecho¹³.

¹² En verdad, no se trata de dos nociones que puedan presentarse por separado ya que la razonabilidad presupone la coherencia, según veremos.

¹³ Explicar los motivos por los cuales el Estado de Derecho exigiría el imperio de este principio de integridad excede la presente. Basta por el momento expresar que, a grandes rasgos, se sostiene que en un Estado de Derecho debe poder justificarse razonablemente el uso de la fuerza (coacción) inherente al Derecho para que su uso se encuentre legitimado.

A este ideario responden, como surge de su sola lectura, los arriba transcritos artículos 1 y 2 del Proyecto, agregándose también lo expresado en el artículo 3 del Proyecto respecto de la “razonabilidad” requerida a toda decisión jurisdiccional:

3. *Deber de resolver.* El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

d) A esta altura, constituye una obviedad marcar que la concepción interpretativista, a diferencia de la concepción normativista, entiende que el Derecho se compone tanto de reglas como de principios y que éstos no tienen menor preponderancia dentro del mundo jurídico que aquéllas. Creo que no es necesario insistir sobre el punto debido a lo ya mencionado.

e) Como correlato de todo lo anterior, para esta concepción ya no deben prevalecer los argumentos interpretativos que muestren un mayor apego a los textos legales.

Si una interpretación integral del derecho es requerida, argumentos como el apagógico o el de la coherencia adquirirán comparativamente un peso que no poseían con la concepción normativista. Si existen otros valores distintos al de seguridad jurídica a los cuales también debe tenderse, un argumento naturalista o un argumento por la equidad tendrán una relevancia de la que claramente carecían en la concepción precedente. Si las palabras de la ley parecen contradecir su finalidad, deberá prevalecer esta última por sobre aquéllas. Y, así, en cada caso a resolver.

Esto último es lo que, aunque de un modo asistemático e impreciso –según detallaré–, se ha plasmado en los tres primeros artículos del Proyecto al mencionarse esa diversidad superpuesta de métodos interpretativos y al exigirse coherencia y razonabilidad a toda interpretación y/o aplicación del Derecho.

Desconozco si esa asistematicidad e imprecisión del articulado se deben a falencias técnicas de los autores del Proyecto o si las mismas han sido buscadas de modo deliberado, debido a la posible resistencia que una explicitación sistemática, clara y ordenada de los lineamientos de una concepción interpretativista en un Código podría generar en muchos juristas formateados bajo un modelo diferente.

Lo cierto es que, si algún sentido coherente podemos dar a los tres primeros artículos del Proyecto, ese sentido sólo puede darse bajo los lineamientos de un modelo de corte interpretativista.

Esto último, por supuesto, más allá de las numerosas críticas de que pueda ser objeto esta concepción acerca del derecho.

III. Constitucionalización del derecho privado, derechos humanos y división de poderes

1. He sostenido que la concepción del Derecho que subyace a los tres primeros artículos del Proyecto facilita que, en los casos particulares, pueda lograrse cierta coherencia entre las apetencias constitucionales protectorias de los derechos humanos y la legislación ordinaria.

Esta afirmación parte de entender que los denominados “derechos humanos” no son estáticos sino dinámicos, sea porque en sí mismos van mutando debido a los cambios humanos, sea porque va mutando su percepción, su descubrimiento o la manera en que los entendemos, sea porque va modificándose la manera en que los aplicamos en virtud de las particulares características de cada caso; sea, en definitiva, por una combinación de todas o algunas de estas razones.

Lo cierto es que, al momento de intentar concretarse el contenido de un derecho humano determinado en una situación histórica específica, las conductas que se encuentran implicadas en el mismo varían.

Así, por ejemplo, la enunciación indeterminada en un texto normativo de un “derecho a la salud” o a la “integridad psicofísica”, puede ser la misma ahora que hace cincuenta años. Sin embargo, las prácticas médicas concretas implicadas en ese derecho han variado sustancialmente en los últimos cincuenta años debido a los avances realizados en la materia.

Llegados a este punto, no es difícil darse cuenta que una regla legal (en virtud de los cambios sociales o a la presencia de determinadas circunstancias específicas del caso a resolver que no fueron tenidas en mente por el legislador) será siempre un instrumento humano potencialmente inadecuado para satisfacer la efectiva protección de un derecho humano en su realización concreta.

Una ley que especificase qué tratamientos médicos concretos suponían cubrir adecuadamente el derecho a la salud hace cincuenta años, sería una regla que, en la actualidad, previsiblemente no lograría cumplir con su finalidad, por lo menos, no en una gran cantidad de casos.

Y, evidentemente, resulta imposible pretender que el legislador de turno tenga un nivel de omnisciencia que le permita anticiparse a todos los cambios sociales (de muy variada naturaleza: culturales, tecnológicos, naturales, etc.), previendo de antemano todas las reglas capaces de solucionar los problemas futuros que puedan llegar a afectar a los derechos humanos y que, además, tenga la capacidad de acción, el poder efectivo, para dictar las leyes correspondientes antes de que tales problemas se sucedan.

Este estado de cosas hace que, si verdaderamente se pretende lograr un esquema protectorio que garantice, en la mayor medida posible, el ejercicio efectivo de los derechos humanos (de cada derecho humano, de cada individuo en

su situación concreta, sin resignar de antemano su satisfacción en pro de algún otro objetivo social), sea necesario concebir al Derecho a la manera interpretativista¹⁴.

2. Sólo en una concepción de este tipo podrá dejarse de aplicar una ley para preferirse servir a un principio que, en un caso determinado, se considere más relevante.

Sólo en una concepción de este tipo podrá “interpretarse” que esa ley, en la que parece subsumirse el caso a resolver conforme sus palabras, no regula la situación porque la misma es alcanzada por principios constitucionales preeminentes que se suponen previstos, precisamente, para este tipo de casos. Principios que si bien pueden mostrarse algo vagos en lo que hace a su formulación lingüística en el texto constitucional, se dirá que resultan indudablemente aplicables y adecuados para resolver el problema concreto “conforme a derecho”.

Sólo una concepción de este tipo podrá, en definitiva, permitir la operatividad de las normas constitucionales en casos regulados por reglas legales que no puedan ser consideradas, en sentido estricto, como inconstitucionales debido a que las mismas no atentan contra algún derecho o garantía constitucional. En este tipo de casos se argumentará, por ejemplo, que, si bien la norma legal bajo análisis no resulta *per se* inconstitucional, en el caso concreto se torna aplicable un principio constitucional que lleva a una solución jurisdiccional en dirección diferente al de esa ley.

Sucede que las leyes se sustentan en principios constitucionales que, a su vez, suelen entrar en conflicto entre sí. Sólo la ponderación efectuada en el caso concreto a resolver permitirá saber si prevalece el principio constitucional cuya protección se satisface a partir del seguimiento del texto legal o si, por el contrario, prevalece el principio constitucional con el cual aquél ha entrado en colisión en el caso concreto, el que obliga a desconocer la solución legal.

De allí que haya afirmado al inicio de esta exposición que no es lo normado en el Proyecto en cada instituto jurídico en particular lo que genera la Constitucionalización, sino que es el modo de concebir al Derecho que se consagra en los tres primeros artículos el que lo hace.

Ahora bien, esta concepción interpretativista no nos está diciendo que las reglas contenidas en los textos legales puedan ser desobedecidas o interpretadas

¹⁴ En verdad, lo que acabo de decir podría aplicarse a cualquier derecho o expectativa social que pretende obtenerse a través de la sanción de leyes (entendidas como reglas) y no sólo en materia de derechos humanos. Sin embargo, la importancia de éstos hace que, por un lado, hayan sido protegidos en textos de jerarquía constitucional inmunes a la legislación ordinaria y, por otro lado, se haga mención expresa de ellos en el art. 2 del Proyecto.

más allá de sus palabras cada vez que al juez le parece adecuado conforme algún principio de justicia. Nada de eso.

Esta concepción obliga a argumentar “razonablemente” (conf. art. 3 del Proyecto) en las ocasiones en que ello pretenda llevarse a cabo, es decir, el juez debe tener la capacidad de justificar de modo persuasivo y convictivo que su decisión es la que exigen los principios madre del Derecho vigente y no la decisión que se sigue del apego al texto legal.

Moreso y Vilajosana lo explican del siguiente modo:

El derecho a comunicar libremente información veraz –establecido por el art. 20.1, d), de la Constitución– puede entrar en conflicto con el derecho a la intimidad personal –establecido por el art. 18.1 de la Constitución. Las disposiciones mencionadas expresan, entonces, principios jurídicos en el sentido que aquí nos interesa. Principios que pueden entrar en conflicto entre sí y que, por lo tanto, establecen derechos –y deberes de no interferencia– sólo prima facie: son pautas no concluyentes. Los tribunales, cuando aplican tales preceptos, deben ponderar los principios que expresan, es decir, deben establecer cuáles son las condiciones de aplicación implícitas, para extraer las consecuencias aplicables al caso concreto (Moreso; Vilajosana, 2004: 91).

Explicándolo con palabras de Dworkin, lo que el juez debe hacer, al fin de cuentas, es mostrar el Derecho en su mejor versión, bajo su mejor luz, la cual, se supone, será la más coherente respecto de las prácticas institucionales de la comunidad (Dworkin, 1984; 1988).

Sucede que, según quedó señalado, los principios son mandatos de optimización que obligan al juez a hacer aquello que sea necesario para que los estados de cosas ideales contenidos en ellos se realicen en la mayor medida y del mejor modo posible.

3. La idea inherente a la concepción interpretativa es que los pronunciamientos judiciales actuales mantengan un diálogo con las decisiones institucionales del pasado –sean éstas legislativas o judiciales– y que exista coherencia o compatibilidad entre las decisiones pasadas y las presentes.

Mediante la exigencia de mirar hacia el pasado, se sirve al principio de igualdad ante la ley que tiende a evitar que se trate un caso actual de manera diferente a la manera en que fueron tratados casos similares en el pasado.

Aunque esto no significa que necesariamente deba resolverse el caso actual de la misma manera en que se resolvieron situaciones análogas en el pasado, la idea u objetivo a lograr es que el Derecho hable con una sola voz.

Es necesario, pues, hacer un “encaje” entre las decisiones del presente y las decisiones del pasado.

Esto último, incluso cuando la solución propuesta pueda considerarse reformadora de las soluciones institucionales que el derecho ha brindado hasta el presente.

En estos casos, se exigirá que se den razones contrarias a las soluciones institucionales pasadas que ahora dejan de aplicarse.

Tales razones deberán estar fundadas en principios u objetivos subyacentes a algunas otras decisiones institucionales del pasado –que obviamente no eran las utilizadas para la resolución de los casos análogos hasta el presente– o en una mejor interpretación de los principios u objetivos subyacentes a aquellas decisiones institucionales en las que se fundaba la decisión de la que, ahora, el juez se aparta.

Pero, en ningún caso, debe fundarse la actual decisión judicial en consideraciones morales desvinculadas del material jurídico concreto de una comunidad política.

En los casos en que se dejan de aplicar los criterios utilizados hasta el presente, el principio de igualdad ante la ley exigirá, a su vez, que el juez explique por qué motivos la nueva solución adoptada es la que mejor se deriva de una interpretación más coherente de los distintos principios y/o normas que conforman el derecho vigente.

En definitiva, el Derecho es entendido como un todo, cuyas partes deben resultar coherentes entre sí.

Esta concepción es la que surge de las ideas expresadas por autores como Neil MacCormick y Ronald Dworkin.

Nos dice Manuel Atienza en relación a las ideas de MacCormick:

(...) Que una decisión tenga sentido en relación con el sistema significa (...) que satisfaga los requisitos de consistencia y de coherencia. Una decisión satisface el requisito de consistencia cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas (...). El requisito de consistencia puede entenderse, pues, que deriva (...) de la obligación de los jueces de no infringir el derecho vigente (...).

Pero la exigencia de consistencia es todavía demasiado débil. Tanto en relación con las normas como en relación con los hechos, las decisiones deben, además, ser coherentes aunque, por otro lado, la consistencia no es siempre una condición necesaria para la coherencia: mientras que la coherencia es una cuestión de grado, la consistencia es una propiedad que, sencillamente, se da o no se da; por ejemplo, una historia puede resultar coherente en su conjunto aunque contenga alguna inconsistencia interna (...).

(...) Una serie de normas, o una norma, es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que, a su vez, resulten aceptables en el sentido de que configuren –cuando se tomen conjuntamente– una forma de vida satisfactoria (...) (Atienza, 2003: 117-118).

En sentido semejante, Dworkin refiere:

(...) La integridad es burlada (...) cada vez que una comunidad aprueba y hace cumplir distintas leyes cada una de las cuales es coherente en sí misma, pero que no pueden ser defendidas en conjunto como la expresión de una serie coherente de diferentes principios de justicia, de equidad o de debido proceso (Dworkin, 1988: 137).

(...) Está de moda decir que este tipo de igualdad¹⁵ no es importante porque ofrece poca protección contra la tiranía. Sin embargo, esta denigración supone que la igualdad formal es sólo una cuestión de hacer cumplir las reglas, sean cuales fueren, que han sido establecidas en la legislación, en el espíritu del convencionalismo. Los casos de protección equitativa demuestran la importancia que adquiere la igualdad formal cuando exige fidelidad no sólo a las reglas sino también a las teorías de equidad y justicia que estas reglas presuponen por medio de la justificación (Dworkin, 1988: 138).

El derecho como integridad niega que las declaraciones del derecho sean informes objetivos regresivos el convencionalismo o programas instrumentales progresivos del pragmatismo legal. Sostiene que los reclamos legales son juicios interpretativos y por lo tanto, combinan elementos progresivos y regresivos; interpretan la práctica legal contemporánea como una narrativa política en desarrollo. De modo que el derecho como integridad rechaza, por inútil, la antigua cuestión de si los jueces encuentran o inventan la ley; sugiere que entendemos el razonamiento legal sólo al entender el sentido en el que hacen ambas cosas y ninguna (Dworkin, 1988: 164).

Recurriendo a la conocida metáfora de la novela en cadena para explicar la tarea de los jueces en concordancia con este principio, expresa:

¹⁵ Se refiere, específicamente, a la denominada “igualdad ante la ley” entendida como mera “igualdad formal”.

(...) Podemos hallar una comparación aún más fructífera entre literatura y derecho al construir un género artificial de literatura que podríamos llamar la novela en cadena.

En este proyecto, un grupo de novelistas escribe una novela en serie; cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego se agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para construir la novela de la mejor manera posible, y la complejidad de esta tarea muestra la complejidad de decidir un caso difícil bajo el derecho como integridad. Este proyecto literario es fantástico, pero no irreconocible. (...) Los melodramas de televisión abarcan décadas con los mismos personajes y una mínima continuidad de argumento, a pesar de estar escritos por diferentes grupos de autores aun en diferentes semanas. Sin embargo, en nuestro ejemplo, se espera que los novelistas asuman la responsabilidad de continuidad con más seriedad; su objetivo es crear en conjunto una sola novela que sea la mejor novela posible.

El objetivo de cada novelista es crear una sola novela a partir del material que le han dado, lo que él le agregue y (hasta donde pueda controlarlo) lo que querrán o podrán agregar sus sucesores. Debe tratar de que sea la mejor novela que pueda construirse como la obra de un solo autor en lugar del producto de varias manos diferentes (Dworkin, 1988: 167).

4. De acuerdo a lo expuesto, la referida “Constitucionalización del derecho privado” no es entonces sino la consagración en tres artículos del Código proyectado de la ya conocida operatividad para cada caso (es decir: se discuta o no en ese caso la constitucionalidad de una ley) de los principios contenidos en las normas de jerarquía constitucional (que, en gran número, son principios morales juridificados).

La operatividad de los principios constitucionales se pretende lograr a partir de la consagración normativa expresa de una diversidad de fuentes jurídicas, cuya sola existencia y reconocimiento como tales obligan al intérprete a asumir una variedad de métodos interpretativos alternativos y, correlativamente, requieren al juez que el empleo de tales técnicas interpretativas –así como la decisión correspondiente– sea justificada de modo razonable en las decisiones jurisdiccionales.

No desconozco que a muchos abogados –quizás también a algunos magistrados– les pueda generar alguna resistencia y preocupación la idea de que las normas morales sean consideradas como parte del Derecho, no sólo del modo estático que supone su reconocimiento en textos canónicos, sino también del modo dinámico que permite su consideración en cada contienda judicial.

No obstante, sea cual fuere la inquietud que esto sea susceptible de generar en mis colegas, se trata de una situación que, como ya dije, no es novedosa.

Más allá de las disquisiciones teóricas relativas a si la moral forma parte necesariamente del derecho, la situación, desde la praxis más llana, no es novedosa porque ya se encuentra consagrada normativamente tanto a partir de la reiterada y abundante doctrina jurisprudencial de operatividad de los derechos y garantías de jerarquía constitucional, cuanto a partir de disposiciones expresas, como las contenidas en los artículos 28 y 33 de la Constitución Nacional¹⁶.

5. Mencioné al comienzo de esta exposición que la concepción de Derecho inherente al Proyecto obliga a asumir debates y decisiones en el ámbito judicial que, conforme el paradigma tradicional de división de poderes, se han considerado típicamente reservados a los otros dos Poderes del Estado, en especial, al Poder Legislativo.

Decisiones que, en un sentido específico, pueden ser calificadas como decisiones políticas, correspondientes a las atribuciones concedidas a los Poderes Legislativo y Ejecutivo y no al Poder Judicial.

Un didáctico ejemplo de este modo entender al Derecho así como los consecuentes límites que el mismo impone al poder del Legislativo, podemos encontrarlo a partir de las siguientes expresiones sentenciales vertidas en razón de un pronunciamiento en el que se debatió si el plazo de prescripción de las acciones de daños y perjuicios originadas en un contrato de transporte terrestre de pasajeros estaba dado por el art. 855 del Código de Comercio (regla expresa que subsume la hipótesis) o, en cambio, por el art. 50 de la ley de Defensa del Consumidor que fija un plazo mayor:

IV. Desde esta perspectiva de la existencia de un estado constitucional de derecho se reconoce la relevancia del principio que informa el sistema de protección al consumidor (el art. 42 de la Constitución Nacional) sin que, a la vez, ello implique repudiar la dignidad que corresponde otorgar al legislador que aunque debe resignarse a ver sus leyes tratadas como “partes” del derecho y no como “todo el derecho” también recibe el reconocimiento por el órgano judicial de

¹⁶ Art. 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Art. 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

mantener abiertas sus posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir política y democráticamente mediante su actividad legislativa a la formación del ordenamiento jurídico (Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 9ª ed., Madrid. Ed. Trotta, 2009, pág. 153, Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pág. 158). (Fallo Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de fecha 12/03/2012, recaído en autos “SÁEZ GONZÁLEZ, Julia del Carmen c/ ASTRADA, Armando Valentín y otros s/ daños y perjuicios (Acc. Trán. c/ Les. o Muerte)”¹⁷).

En este fallo, en concordancia con la parte que acabo de citar, se asumieron una serie de argumentaciones interpretativas, pretendiéndose dar una lectura coherente al Derecho nacional en su conjunto, y asumiéndose una decisión en pro del plazo fijado por la Ley de Defensa del Consumidor fundada en la ponderación detenida de los diversos principios en pugna, a la luz de consideraciones legales, constitucionales, doctrinarias, jurisdiccionales y objetivos de naturaleza social o política. La extensión de los fundamentos me impide aquí su transcripción pero estimo que el texto citado es suficientemente elocuente para que el lector tenga una muestra de la efectiva presencia en nuestra jurisprudencia de este modo de concebir al Derecho.

6. Es fácil entender que si los jueces no deben tomar la sola existencia de una ley que regula la situación a ser juzgada como una razón suficiente para adjudicar derechos, el esquema tradicional de división de poderes, que ve al Poder Judicial como un mero aplicador de las decisiones de naturaleza política tomadas por los otros dos Poderes del Estado –paradigmáticamente por el Poder Legislativo–, se derrumba por completo.

Frente a este estado de cosas aparecen objeciones que he reseñado del siguiente modo:

(...) el juez siempre podrá apelar a justificaciones “interpretativas” del derecho vigente, sobre la base de supuestos principios subyacentes a las normas efectivamente legisladas –muchas de ellas extremadamente vagas–, mediante las cuales imponer, en definitiva, sus

¹⁷ Publicado en el sitio web de Microjuris Argentina, bajo la cita MJ-JU-M-70925-AR / MJJ70925

propias preferencias morales por sobre las del legislador, generando, con ello, inseguridad jurídica y una desobediencia de decisiones legislativas expresas, tomadas sobre la base de la regla democrática de mayoría (Barbará, 2007: 112).

También mencioné en esa oportunidad que, en relación a las objeciones de tipo democrático, se ha afirmado que las mismas no resultan plausibles, dado el funcionamiento concreto de las comunidades políticas y sus decisiones políticas reales en torno al derecho:

(...) Si el pueblo acepta ser gobernado no sólo por reglas explícitas establecidas en decisiones políticas anteriores sino también por cualquier otra norma proveniente de los principios que estas decisiones suponen, entonces el conjunto de normas reconocidas puede expandirse y contraerse en forma orgánica, a medida que las personas se tornan más sofisticadas para sentir y explorar aquello que estos principios requieren en nuevas circunstancias, sin la necesidad de una legislación detallada o de adjudicación en cada punto posible de conflicto (Dworkin, 1988: 140).

Y, en contra de las objeciones dirigidas a la discrecionalidad judicial, puede expresarse que el derecho posee criterios de corrección “internos” al mismo (si fuesen “externos” estaríamos ante una posición correspondiente al objetivismo moral), como lo son las decisiones institucionales del pasado, las cuales constituyen fenómenos sociales que, como tales, imponen límites a la pura voluntad del individuo –en este caso, al juez. Tales límites no resultan absolutos o infranqueables, pero sí importantes. Es que, en todo discurso racional, debe partirse de presupuestos comunes y el juez, si pretende que su discurso sentencial sea calificado como racional y, por ello, como válido jurídicamente, deberá tomar como punto de partida esos presupuestos comunes que, en el caso del derecho, están constituidos por las decisiones institucionales del pasado.

IV. Algunas dudas en torno a la interpretación

1. El articulado contenido en el capítulo 1 del Título Preliminar del Proyecto es susceptible de generar una serie de interrogantes.

Sólo me referiré a continuación a algunos de ellos, a título ilustrativo, con el objeto de mostrar que una deficiente técnica legislativa es susceptible de conspirar contra los fines que persigue la propia normativa proyectada.

Del artículo 1 surge la obligación expresa de interpretar el Derecho conforme las disposiciones de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales en los que el Estado sea parte.

Si bien esta disposición puede parecer superflua o ya consolidada en nuestras prácticas judiciales, denota que el proyectista ha hecho una opción concreta y preferente en cuanto al concepto de Derecho que tiene en mente y en lo que respecta a los métodos interpretativos correspondientes, instaurando en un nivel superior y como criterio rector la usualmente denominada interpretación “coherentista” del ordenamiento jurídico por sobre otros criterios interpretativos, tales como, por ejemplo, la interpretación literal o la intencionalista (que atiende a la voluntad del legislador histórico) o la sistemática (se suele visualizar bajo el argumento interpretativo denominado *sedes materiae*, el cual atiende al contexto normativo específico en el cual se encuentra la norma), etcétera.

No obstante, luego de que parece ejercerse aquella preferencia conceptual e interpretativa, el Proyecto impone otros criterios complementarios en su artículo 2 que vienen a sembrar complicaciones.

El artículo 2 impone al juez que las leyes sean interpretadas de acuerdo a sus palabras, sus finalidades, leyes análogas, disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento.

Aún cuando esta norma complementa la idea interpretativa “coherentista”, no expone el orden de prelación entre los diversos métodos que enuncia ni entre la idea de una interpretación coherentista y los métodos prescriptos en el art. 2.

Entonces, surgen eventuales interrogantes ante un caso concreto que el juez deba resolver: ¿el juez debe agotar previamente el método literal antes de poder optar por una interpretación teleológica, o por el contrario, puede optar por uno de los dos de manera discrecional?, ¿hay equivalencia entre los métodos?, ¿se descartan métodos interpretativos que han sido utilizados en reiteradas oportunidades por nuestros Tribunales y, en especial, por los Tribunales Superiores y la Corte Suprema de Justicia pero que no son mencionados en el artículo (por ejemplo, argumento económico que prescinde de una interpretación que suponga una reiteración de lo ya establecido por otro artículo, el argumento *ad absurdum* que reniega de interpretaciones que contrasten con el sentido común, etcétera)?

2. Lo que ocurre es que el articulado del Proyecto pretende regular algo que, por definición, resulta irregulable *a priori*, es decir, con independencia del texto legal concreto a interpretar, de las circunstancias de su específica creación y de las circunstancias de su específica aplicación.

Invariablemente, por necesidades axiológicas y pragmáticas, la jurisprudencia terminará apelando a distintos métodos interpretativos que exceden los señalados por el Código Civil (de hecho, viene ocurriendo sistemáticamente desde el siglo XVIII en que se impuso en el mundo occidental la obligación de los jueces de fundar sus sentencias), transformándose, en tales casos, la normativa restrin-

gida del Código Civil proyectado en un corsé incompatible con las exigencias dinámicas y cambiantes de justicia de una sociedad y, vaya paradoja, con la propia concepción que subyace al Proyecto.

3. El artículo 2 del Proyecto es susceptible de provocar también la siguiente duda: ¿sólo los valores o, por el contrario, también los principios deben ser “jurídicos”?

Si se opta por lo primero, llegaremos inevitablemente a la conclusión de que los jueces podrán fundar sus decisorios en principios morales o socio-económicos desvinculados del material normativo vigente. Si se opta por lo segundo la disquisición resulta innecesaria. Huelga referir que la opción coherente con el resto de lo normado es la segunda pero, en todo caso, la inclusión de la alternativa ha generado un interrogante innecesario y una posible fuente de problemas.

Además, ¿qué es lo que exactamente se quiere decir en el art. 2 cuando se obliga al juez a interpretar la ley de modo coherente con todo el ordenamiento? ¿Acaso se trata de una exigencia diferente a la consagrada en el artículo 1?, si fuese así, ¿se trata, acaso, de que en un caso civil tiene igual nivel de validez para su solución una ley tributaria, laboral o de naturaleza administrativa que el propio Código Civil?; si esto nos parece absurdo, ¿a qué se refiere semejante exigencia de hacer coherente la ley con “todo” el ordenamiento? O bien la disposición es superflua o bien conduce a resultados absurdos. En ambos casos, lo aconsejable hubiera sido no incluirla o redactarla de modo más riguroso.

4. Sólo los hechos dirán si deficiencias como las apuntadas conspirarán contra la eficacia de las propias disposiciones del Proyecto.

Por el momento, sólo estamos a tiempo de señalarlas para que, tal vez, si tenemos una buena dosis de fortuna, las mismas sean revisadas a tiempo.

Bibliografía

- ALEXY, Robert (1998), *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara.
- ATIENZA, Manuel (2001), *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, Barcelona.
- (2003), *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: UNAM.
- BARBARÁ, Jorge Augusto (2007), “Principio de igualdad ante la ley. Opciones que plantea para la solución de casos”. En *Diez Años*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba.
- (2009), “La relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil: ¿un concepto descriptivo o valorativo?”. En *Discusiones en torno al*

- Derecho Judicial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba.
- (2011), “Algunas notas sobre la argumentación en el marco del “derecho de la emergencia” a raíz de la emergencia provisional de la Provincia de Córdoba”. En *La lucha por la supervivencia de los derechos frente a la emergencia económica*. Córdoba: Alveroni.
- CALVO SOLER, Raúl (2003), *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*. Barcelona: Gedisa.
- DWORKIN, Ronald (1984), *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- (1988), *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- HART, H. L. A. (1995), *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- KELSEN, Hans (1995), *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa.
- LEVI, Edward H. (1971), *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires: EUDEBA.
- MARMOR, Andrei (2001), *Interpretación y teoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- MORESO, José Juan; VILAJOSANA, Josep María (2004), *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- NINO, Carlos Santiago (2000), *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- PERELMAN, Chaim (1979), *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.
- REDONDO, Cristina (1996), *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- SCHAUER, Frederick (2004), *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons.
- WALDRON, Jeremy (2005), *Derecho y desacuerdos*, Madrid: Marcial Pons.

Propiedad y vivienda en el nuevo Código: cómo regularlas a la luz de principios constitucionales y derechos humanos

Horacio Javier Etchichury

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). LL. M. (Master of Laws), Yale Law School, New Haven, Estados Unidos. Abogado y licenciado en Comunicación Social, UNC. Investigador Asistente, CONICET. Profesor de Derecho Constitucional, de Introducción al Derecho y de Epistemología de las Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC.

0. Introducción

En el marco de la discusión planteada para el ciclo, el presente trabajo se propone revisar las pautas que ciertos derechos consagrados en la Constitución Nacional (CN) fijan a la reforma de los Códigos Civil y Comercial. Cualquier reforma de la legislación de fondo debe cumplir las exigencias del derecho constitucional, en virtud del principio de supremacía.

En particular, aquí se analiza el marco creado por los derechos de propiedad y el derecho a la vivienda digna, tal como han quedado formulados tras la reforma de 1994. A la luz de estas directivas, se revisa la propuesta del Poder Ejecutivo Nacional.

1. Regulación constitucional de la propiedad y la vivienda

La Constitución de 1853, como otras constituciones de la época, da gran importancia a la protección del derecho de propiedad. En el marco del liberalismo, este derecho se concibe como una garantía de la libertad personal: sólo puede sentirse libre frente al Estado quien tiene los recursos para sostenerse¹. A la vez, la defensa

¹ Ello no significaba, por supuesto, que el Estado garantizara el acceso de toda persona a la propiedad, sino sólo la protección de quienes ya eran propietarios; véase María Angélica Gelli (2005: 84).

de la propiedad da la base para el progreso económico y el fomento de la inmigración y de la inversión extranjera, objetivos incluidos en el proyecto político del momento.

En primer lugar, la Constitución asegura en el art. 14 el derecho de todos los habitantes a “usar y disponer de su propiedad”. Se reconocen así atribuciones muy amplias al propietario respecto de la cosa. Se permite utilizarla de muchos modos, incluso destruyéndola.

Se incluyen protecciones especiales a este derecho en el art. 17. Según esta cláusula, la propiedad es “inviolable”: nadie puede quitarle a una persona sus propiedades. La pérdida de la propiedad se produce sólo por sentencia judicial debidamente fundada en ley, o bien por medio de la expropiación. Se prohíbe también la *confiscación*, que hoy también impide fijar impuestos demasiado altos sobre un objeto, que podrían significar, en los hechos, tener que entregar su valor al Estado (y así perder la propiedad) (Gelli, 2005: 216).

En síntesis, a través de los arts. 14 y 17 la Constitución de 1853 fija un amplio espectro de atribuciones para el propietario, y no establece límites sobre las cosas que pueden ser objeto del derecho de propiedad. Se incluyen también los inventos y obras culturales.

En las décadas siguientes, la CSJN amplía todavía más el alcance del concepto. Sostiene que el derecho de propiedad abarca “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”². Se incluyen dentro del derecho de propiedad los derechos surgidos de la celebración de un contrato, de una sentencia definitiva, o de la vigencia de una determinada legislación (son los denominados “derechos adquiridos”) (Gelli, 2005: 85; Sagüés, 1999: 782-785).

La reforma de 1949 introduce el concepto de “función social de la propiedad”: el propietario sólo puede ejercer facultades que no perjudiquen al conjunto de la sociedad. No puede entonces destruir bienes valiosos, o mantener ociosos los que sean productivos (por ejemplo, tierras fértiles, o una planta industrial). La misma reforma establece que las personas particulares no pueden ser propietarias de yacimientos de petróleo, gas y carbón, y de cualquier otra fuente de energía; sólo el Estado tiene derecho de propiedad sobre ellos (Pisarello y Tedeschi, 2011: 130). El golpe de Estado de 1955 deroga esta reforma y restaura el concepto original del derecho de propiedad.

² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bourdieu, Pedro E. c. Municipalidad de Buenos Aires”. *Fallos*, 145:307. 16/12/1925.

La situación actual tras la reforma de 1994. En la Constitución hoy vigente, el derecho de propiedad se halla consagrado, como ya vimos, en los arts. 14 y 17. Sin embargo, a esas normas deben agregarse nuevos preceptos, contenidos en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (según el art. 75, inc. 22). Una interpretación sistémica, completa, del derecho de propiedad nos obliga a leer todas estas disposiciones en conjunto. Surge entonces un nuevo espectro de atribuciones reconocidas al propietario.

1) *Posibilidad de propiedad colectiva:* la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en su art. 17, consagra no sólo el derecho a la propiedad individual, sino también “colectiv[a]”. Puede haber objetos cuyos propietarios sean un conjunto de personas, o la comunidad toda. Es diferente de la “propiedad comunitaria” reconocida a los pueblos indígenas argentinos en el art. 75, inc. 17.

2) *Propiedad subordinada al interés social:* en su art. 21, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece que el “uso y goce” de los bienes puede “subordinar[se] (...) al interés social”. Algunas facultades del propietario quedan así limitadas por necesidades de la comunidad, siguiendo el planteo propio del constitucionalismo social.

3) *Propiedad sobre bienes esenciales:* la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), por su parte, establece en su art. 23: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. Aquí se redefine el ámbito del derecho humano de propiedad. No abarca toda clase de bienes, ni en cualquier cantidad. Se centra en los elementos que satisfacen “necesidades esenciales” con el fin de mantener la dignidad personal.

Una lectura integradora. ¿Cómo pueden armonizarse estas normas? Sin duda, el esfuerzo interpretativo todavía está en marcha, y muchas cuestiones siguen en debate. Aquí propongo, entonces, una manera posible.

Estamos ante un derecho “inviolable”; sólo excepcionalmente puede privarse a alguien de su propiedad, y ello a través de un procedimiento específico (judicial, o a través de la expropiación). El derecho incluye usar, gozar y disponer de los bienes, siempre según la reglamentación (como ocurre con todos los derechos), que ahora agrega al “interés social” como criterio adicional y específico para este derecho.

Tiene relevancia, además, el tipo de bienes de que se trate. La regulación del uso y goce puede basarse en el “interés social”, dándole prevalencia. Sin embargo, hay un conjunto de bienes cuyo uso, goce y disposición no puede subordinarse al interés social, ni alterarse por vía de reglamentación. Se trata de los “bienes esenciales” para defender la dignidad de la persona y el hogar.

Quedan así claros los límites del Estado al momento de reglamentar el derecho de propiedad. Puede hacerlo con mayor amplitud, incluso utilizando un criterio específico dotado de preeminencia (el interés social), cuando se trata de bienes que no satisfacen las necesidades esenciales de una vida decorosa ni contribuyen a la dignidad. Entre ellos, podrían incluirse las grandes extensiones de tierra fértil, las plantas industriales, las fuentes de energía. Sin embargo, no puede quitarse la propiedad sobre ellos (porque es inviolable). Cuando se trata de la vivienda o los ahorros familiares, o los bienes de uso personal, además de no poder violentarse la propiedad, tampoco puede invocarse el interés social como elemento superior para recortar las atribuciones de uso y goce del propietario.

Con estos elementos a la vista, a continuación hago algunas observaciones sobre el proyecto de reforma enviado por el Poder Ejecutivo Nacional.

2. Omisión de un principio general

Sin duda, en el proyecto falta una clara asunción del principio de subordinación del uso y goce de la propiedad al interés social. Este criterio, aunque no tuviera mayor desarrollo en el texto del Código propuesto, serviría de base para numerosas defensas y reclamos en el ámbito del derecho privado.

3. No inclusión de la propiedad colectiva

Parece injustificada la omisión de esta forma de propiedad, garantizada como derecho en nuestra Constitución. Este régimen podría aplicarse a empresas públicas, a parques nacionales, a recursos naturales estratégicos.

Se trata de una modalidad *distinta* de la propiedad estatal. Puede referirse a colectivos más limitados que “la Nación” y, a la vez, puede habilitar modos de administración y disposición diferentes a los usuales en materia de propiedad estatal. Por ejemplo: la elección directa de administradores, el uso de mecanismos de consulta directa colectiva para la gestión, la distribución colectiva de dividendos.

4. Protección de la vivienda

Las obligaciones del Estado argentino en materia de vivienda acaban de ser recordadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Este órgano, encargado de controlar la vigencia del PDESC, emitió el 14 de diciembre de 2011 sus Observaciones Finales sobre la Argentina (Comité DESC, 2011), evaluando el grado de cumplimiento que nuestro país muestra respecto de los derechos contenidos en aquel instrumento.

En el párrafo 21 de sus Observaciones, el Comité:

a) “reitera su preocupación por el persistente déficit de vivienda en el Estado parte”, expresado en el “desfase entre las necesidades de grandes sectores de la sociedad y la oferta de alojamiento adecuado y asequible”;

b) critica la “inexistencia de datos analíticos oficiales fiables a este respecto”;

c) subraya que “la especulación con la tierra, la propiedad inmobiliaria y la construcción” crea “dificultades de acceso a la vivienda para la población de ingresos medios y bajos”;

d) insiste en expresar “su preocupación por los desalojos forzados de personas y grupos marginados y desfavorecidos, en contravención de las obligaciones contraídas por el Estado parte en virtud del Pacto, situación que afecta en particular a los migrantes y a los pueblos indígenas (art. 11, párr. 1)” (Comité DESC, 2011).

Estas cuestiones deben tenerse en cuenta al momento de evaluar el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo en materia de vivienda.

El proyecto contiene un capítulo (Cap. 3, Tít. III, Libro Primero) titulado “Vivienda” (arts. 244-256). Reemplaza a la regulación del bien de familia contenida en la ley 14.394.

El régimen propuesto, igual que el vigente, debe requerirse (art. 245), y protege contra ejecuciones sólo por deudas posteriores a la inscripción (art. 249).

Sin embargo, la propuesta mantiene excepciones (art. 249): sí puede ejecutarse la vivienda por deudas originadas en expensas comunes, impuestos y tasas, y también si se ha constituido una hipoteca (art. 250), entre otros supuestos. El art. 2.205 del proyecto habilita a constituir estas garantías sobre viviendas familiares, habilitando incluso “convenciones especiales” para la ejecución (art. 2.211). Ello remite a modalidades extrajudiciales vigentes, tales como la del título V de la ley 24.441.

Por otra parte, la vivienda familiar no queda excluida de la “garantía común de los acreedores” (art. 744 del proyecto). Así, un acreedor no puede ejecutar “la ropa y los muebles de uso indispensable” o “los instrumentos necesarios para la profesión u oficio” del deudor, pero sí puede quitarle su casa (salvo que esté registrada bajo el sistema establecido en el art. 244 y siguientes). No parece haber razones que dividan a la vivienda de los muebles indispensables, si tomamos las pautas fijadas en el art. 23 de la DAADH.

Se mantienen los plazos de prescripción adquisitiva común para la vivienda (art. 1899).

Desde el punto de vista del derecho a la vivienda, parece corresponder una regulación diferente. En particular, cabe tener en cuenta las recomendaciones emitidas por el Comité de Naciones Unidas en el citado párrafo 21 de sus Observaciones Finales sobre nuestro país. En ese documento, el Comité insta al Estado argentino a “garantizar a todos el acceso a una vivienda adecuada y asequible, con seguridad jurídica de la tenencia”, a “luchar eficazmente contra la especulación en los mercados inmobiliario, de la tierra y de la construcción”, y a

tomar las medidas para asegurar que las personas desalojadas puedan tener alojamiento alternativo o una indemnización justa y equitativa, según la Observación General 7 (1997) del mismo Comité.

Una regulación en esta materia coherente con la Constitución y los derechos humanos dotados de igual jerarquía debería incluir estos elementos:

- La inejecutabilidad fijada como principio, sin necesidad de solicitud, en beneficio de toda vivienda destinada a habitación de una persona (y su familia), excluyendo a ese inmueble de la “prenda común” de los acreedores, y mucho menos sujetándolo a ejecuciones por fuera del trámite judicial (tales como la prevista en la ley 24.441). Estos límites a la ejecutabilidad, por otra parte, hallan su base en la subordinación al interés social del derecho de propiedad del acreedor, conforme el art. 21 de la CADH.

- La posibilidad de constituir hipoteca sobre la vivienda familiar (o personal) parece inconveniente, si se toma en cuenta el contexto de negociación efectiva entre dadores y tomadores de crédito.

- El acortamiento de plazos para la prescripción adquisitiva en materia de vivienda (tal como recomienda la Relatora de Naciones Unidas para el derecho a la vivienda en su informe de misión a la Argentina, parág. 66³).

5. Locación de inmuebles destinados a vivienda

El proyecto presenta una regulación genérica de la locación de inmuebles (arts. 1.187 en adelante). Sin embargo, distingue los casos “con destino a habitación” (art. 1.196); la única diferencia es que en ellos no puede exigirse más de un mes de pago anticipado, no más de un mes por año como depósito de garantía, ni valor llave.

Parece una protección insuficiente. Corresponde, si nos basamos en el derecho a la vivienda, una regulación específica para la locación que permita el ejercicio de este derecho. En particular, no hay artículos que revisen el desigual poder de negociación (en general) de locadores y locatarios. Aun aceptando (más allá de nuestro desacuerdo) el carácter de “mercancía” de la vivienda alquilada, las imperfecciones del mercado ameritan una reglamentación similar a la vigente en las relaciones laborales.

Así, puede pensarse en distintos mecanismos de regulación sobre los alquileres. Por ejemplo, la fijación del canon mensual puede establecerse por vías diferentes a la supuesta “autonomía de la voluntad”. Podría establecerse como

³ Disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/19/53/Add.1&Lang=S>.

fracción del valor del inmueble, o a través de una “paritaria” entre inquilinos y locadores; ambas propuestas son ya conocidas en el debate público.

Por otra parte, el código propuesto no incluye protecciones en caso de desalojo. Sólo se establece que la ejecución de la sentencia de lanzamiento no puede hacerse antes de 10 días (art. 1.223). Además, con apenas dos meses sin pagar (art. 1.219) el contrato ya puede darse por rescindido. Esto se agrava por las normas procesales que hoy facilitan el desalojo como medida cautelar.

Aquí cabría retomar las propuestas de la Relatora de Naciones Unidas:

- Garantizar la defensa letrada gratuita para los demandados por desalojo (parág. 68).
- Establecer programas de subsidio a los alquileres (parág. 62).
- Eliminar las reglas de procedimiento que habilitan el desalojo sin participación de los ocupantes (parág. 69).

6. Regulación del mercado de viviendas y del suelo – Subordinación de la propiedad al interés social

Nada hay en el proyecto sobre este punto sugerido por la Relatora en su informe (parág. 59), haciéndose eco de propuestas de organizaciones sociales.

La regulación del dominio y de los demás derechos reales (arts. 1.882 y sig.) se hace sin distinguir la situación de la vivienda. Sin embargo, hay reglas específicas (en rigor, un derecho real separado) para los “conjuntos inmobiliarios” (arts. 2.073 y sig.), el “tiempo compartido” (arts. 2.087 y sig.) y los “cementeros privados” (arts. 2.103 y sig.). Esto muestra que la necesidad de una reglamentación general cede cuando se prefiere dar trato detallado y diferente a ciertos emprendimientos, mientras se sujeta a la vivienda familiar a las mismas reglas que al dominio sobre un latifundio o sobre una planta fabril. Esto contradice la diferencia reconocida en nuestra Constitución a la propiedad sobre distintos objetos.

7. Propiedad intelectual

No es, en este caso, objeto del proyecto enviado por el Ejecutivo. Sin embargo, quizá correspondería fijar en este Código nuevo los principios que rijan la propiedad intelectual (hoy regulada de modo disperso en varios instrumentos).

Tal regulación debe seguir el marco constitucional. En el art. 17 se reconoce el derecho de propiedad exclusiva del “autor o inventor” sobre “su obra, invento o descubrimiento”. Esta propiedad intelectual es temporaria: sólo rige durante “el término que le acuerde la ley”. En cambio, la propiedad sobre bienes físicos no tiene, en general, límites de tiempo (Gelli, 2005: 215).

Abarca dos aspectos: el derecho moral, es decir, el derecho a que la obra se mantenga sin alteraciones o deformaciones, tal como la concibió el autor; y el

derecho patrimonial, esto es, el derecho a recibir la parte debida de beneficios económicos que deriven de la obra. Esta segunda dimensión, a diferencia de la primera, es transmisible: el autor puede transferirla a otros (el editor, por ejemplo) (Sagiés, 1999: 791; Gelli, 2005: 215).

En general, se justifica este tipo de propiedad como una manera de estimular la tarea de autores e inventores. Según se afirma, la exclusividad en el aprovechamiento de sus creaciones crea los incentivos para dedicarse a la tarea intelectual. Sin embargo, no hay estudios económicos que demuestren que la mayor protección de la propiedad intelectual genere efectivamente más innovaciones tecnológicas (Shaver, 2010: 158-159).

La cláusula sobre propiedad intelectual ha servido de base para diversas leyes que protegen el derecho de autor (ley 11.723 y sus modificatorias) y la llamada propiedad industrial, que abarca las patentes y las marcas comerciales, entre otros elementos.

En general, esta legislación reconoce numerosas atribuciones al autor, y limita al mínimo los derechos de los usuarios. Por ejemplo, quien compra un libro no puede reproducirlo o traducirlo, ni siquiera parcialmente⁴, aunque lo haga con fines meramente educativos, y sin finalidad comercial.

La aparición de nuevas tecnologías, capaces de reproducir obras instantáneamente y a costo muy bajo, ha generado una importante crisis en el modelo vigente de propiedad intelectual. En particular, hay quienes señalan que ese modelo resulta contradictorio con el derecho de toda persona “a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”, contenido en el art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por otra parte, la propiedad intelectual en sí no halla reconocimiento en los tratados internacionales dotados de jerarquía constitucional. Pero sí está protegido el derecho de toda persona a “la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”, tal como garantiza el citado art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Normas similares se encuentran en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el art. 22 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Sin embargo, este derecho asegura, en lo económico, sólo “un nivel de vida adecuado”, tal como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General número 17, emitida en 2005. No implica, necesariamente, el

⁴ La ley 11.723 sólo autoriza (art. 10) a citar con fines didácticos o científicos hasta mil palabras de un texto (u ocho compases de una obra musical).

conjunto de restricciones que hoy caracterizan al sistema de propiedad intelectual adoptado, por ejemplo, en la ley 11.723.

De modo que el proyecto de Código debería incluir, al menos, una clara definición de que también aquí el derecho de propiedad intelectual debe quedar subordinado al “interés social” y, en particular, al derecho contenido en el art. 27 del PDESC.

Bibliografía

- Comité DESC (2011), “Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Argentina”. E/C.12/ARG/CO/3. [Online: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/co/E-C-12-ARG-CO-3_sp.doc].
- GELLI, María Angélica (2005), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 3° edición. Buenos Aires: La Ley.
- PISARELLO, Gerardo y TEDESCHI, Sebastián (2011), “Propiedad y constitución en la Argentina: del ‘derecho terrible’ a la democracia económica”. En Gargarella, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- SAGÜÉS, Néstor (1999), *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- SHAVER, Lea (2010), “The right to science and culture”. En *Wisconsin Law Review*, n° 121.

PARTE VI

DISCUSIONES EN TORNO A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Autonomía de la voluntad y la subsistencia del Estado de Derecho. Regímenes incompatibles

Jorge Edmundo Barbará

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Político (AADP). Profesor Titular Ordinario de “Derecho Político” en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y de “Introducción a la Ciencia Política y a las Relaciones Internacionales y de Historia del Pensamiento Político” en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. Profesor de posgrado en diversas universidades. Ex Decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. Ex Convencional constituyente de la Provincia de Córdoba.

Introducción

El derecho positivo no es sino una idea política que un poder político convierte en una regla de conducta exigible bajo amenaza de coacción.

Normalmente ese poder político se encuentra legitimado por un plexo ideológico, delimitado temporal y espacialmente, al que pertenece aquella idea política.

La arquitectura normativa que configuró al Estado de Derecho se asienta en la ideología contractualista propia del Derecho Natural Racional, ideología que reconoce su piedra angular en el principio de autonomía de la voluntad.

Por tanto, el principio que informa al Estado de Derecho consiste en una comprensión del hombre en su individualidad, concepto diferente –y opuesto– al de la mirada aristotélica sobre una naturaleza política y social de la persona humana.

Fue necesario, entonces, quebrar el cuño totalitario de la visión ateniense clásica acerca de la prioridad del todo sobre la parte. Según esa visión, a la ciudad ateniense, modelo del gobierno del pueblo ciudadano, le asistía una autosuficiencia de la cual carecía el hombre en su individualidad, derivándose de aquella característica de la polis su manifiesta superioridad sobre cada persona individualmente considerada. Si prescindiera de la polis, la persona individual quedaría en su aislamiento de tal suerte imposibilitada de realización que ya no estaríamos en presencia de una persona humana: estaríamos frente a un ser suprahumano –un Dios– o frente a un ser infrahumano –una bestia–, pero no frente a un ser humano.

La autarquía de la ciudad, de la que carecía el hombre, patentizaba la superioridad del todo –el Estado–, sobre la parte –el hombre.

No se encuentra, pues, en la Atenas democrática, un concepto tal de la persona humana susceptible de ser considerado un valor absoluto imposible de ser relativizado.

No se encuentran, entonces, en una Atenas paradójicamente fuente última de la ideología democrática, las ideas que van a permitir edificar un Estado a partir del valor absoluto de la persona individual y que permita a ese Estado ser calificado de democrático por el tipo de derecho que lo estructura.

Veamos, entonces, cuál sería la fuente de las ideas que permiten erigir un Estado a partir de un relacionamiento de individualidades.

Origen del principio de autonomía de la voluntad - Fundamentos del principio de la mayoría

El Cristianismo ha sido el origen del concepto de una persona individual en el sentido de comprenderla como un absoluto insusceptible de ser relativizado social y políticamente.

Y ello porque el Cristianismo afirmó la sustancia divina de cada persona humana, hombre o mujer.

La idea de una unión indisoluble entre el cuerpo y el alma constitutivos de templos de Dios, con vocación de inmortalidad, significó que cada persona, en este mundo, participaba de la esencia de Dios, y cuya inmortalidad o eternidad pertenecía al otro mundo.

Que cada persona es la imagen visible de Dios invisible ha sido dogma de todos los tiempos de la Iglesia Católica. Este valor absoluto de la individualidad íntima es sostenido, por el Cristianismo, en el mundo de la intimidad para con Dios, no en el mundo de las conductas externas.

El relacionamiento de cada persona con Dios es propio del orden espiritual, no del orden temporal.

“Dad a Dios lo que es de Dios y dad al César lo que es del César” es configurativo de los propios Evangelios en palabras de Jesucristo mismo.

Esta intimidad personal para con Dios no es asequible a autoridad política o social alguna, para la nueva visión cristiana.

Tanto Hannah Arendt cuanto Hermann Heller destacan y nos recuerdan, en palabras de autores cristianos de los primeros tiempos, que para esos cristianos debía observarse la máxima *“nec ulla nobis magis res aliena quam publica”* (“ninguna cosa nos es más ajena que la pública”), la cual revela la separación entre la vida íntima, básicamente privada, y la vida social, preponderantemente pública, y la preferencia confesa hacia la primera.

En esta visión, la circunstancia de que el ámbito íntimo de cada persona sea ajeno al mundo político significa, naturalmente, que ese ámbito no le pertenece a ese mundo. La extensión del poder político y de sus regulaciones no puede absorber al hombre y, con él, al cristiano, quien reviste ahora un valor absoluto en razón del bien espiritual trascendental que lo reclama y del que participa desde la tierra. Su vocación a la inmortalidad trae consigo derechos inherentes a su personalidad.

De allí que cada persona no pueda ser considerada como parte de un todo, teniendo sentido y existencia sólo en función de ese todo. Como miembro de una Ciudad, ha aparecido una nueva concepción de la persona humana, concepción limitativa de la extensión misma del poder de la Ciudad sobre sus miembros.

La concepción que de la persona tiene el cristianismo, no obstante ser diferente a la del contractualismo, paradójicamente es su antecedente.

Y ello porque la imagen de una persona en estado de naturaleza, libre de toda dominación social y política, supone la pretensión de un absoluto que no se relativiza.

La idea del valor absoluto de la persona humana, particularmente de su alma individual, propia del cristianismo, en la Modernidad se traslada a la idea de una persona prescindente de la divinidad, sólo condicionada por la naturaleza –el hombre en estado de naturaleza– sin tener que obedecer a nadie más que a sí mismo. Un hombre cuya conducta se define en plena autodeterminación, en plena voluntad autónoma, salvo, claro está, su sujeción a las leyes naturales.

En otras palabras, la idea de un hombre *real* que debiera desenvolverse en el mundo espiritual en su relación con Dios libre de sujeción no religiosa, es decir, libre de sujeción hacia el Estado, propia del cristianismo, se traslada a la idea de un hombre *ficticio* que habita en un estado de naturaleza, libre de sujeción no natural, es decir, libre de sujeción hacia el Estado.

El concepto mismo de contrato está dado por individualidades que en su autodeterminación son coincidentes, y por ello acuerdan. La libertad de cada persona que acuerda, sea cual fuere el objeto perseguido, material o inmaterial, privado o público, debe ser incondicionada. Libre de cualquier sujeción ajena.

Las leyes civiles son por demás elocuentes en el aseguramiento que el derecho positivo debe establecer para que la libertad de la voluntad de cada contratante sea respetada, en la medida en que ese derecho positivo se encuentre legitimado por el principio de autonomía de la voluntad.

Las propias leyes públicas de carácter electoral que posibilitan la generación de un orden superior dotado de autoridad a partir de elecciones competitivas condicionadas a la vigencia del principio democrático “una persona, un voto”, también responde al principio de autonomía individual al momento mismo de decidir ese voto entre diversas alternativas.

El Estado de Derecho responde, entonces, a la ideología que sostiene la idea de la existencia de personas en un estado de naturaleza, las cuales, para alcanzar

el estado social y político, requieren de un contrato o pacto que se consensúa por acuerdo libre y voluntario de la unanimidad de todas aquellas personas.

Según fuere el exponente de esta corriente ideológica y la finalidad que persiga en cuanto a la extensión del poder del Estado que en definitiva surge de aquel acuerdo, podrían existir uno o dos contratos. Uno, el *pactum societatis*, por el cual se constituye la sociedad; otro, el *pactum subjectionis*, por el cual se constituye el poder estatal o la sujeción hacia el mismo.

Hobbes sostiene la existencia de sólo un pacto; en Locke se infiere la existencia de dos; en Rousseau, la metamorfosis que opera el contrato social, sin delegación del poder del pueblo a representante alguno, permite sostener la permanencia del contrato mimetizado a través de un estado virtualmente asambleario de ciudadanos ante el cual será menester refrendar los actos normativos de los magistrados.

No obstante las diferencias existentes entre los autores, éstos son coincidentes en que el paso del estado de naturaleza al estado social requiere del acuerdo libre y unánime de los miembros del primero.

Según tal ideología, la voluntad unánime que se requiere para constituir la sociedad política no se requiere para mantenerla. Es que si el mantenimiento de dicha sociedad dependiera de la voluntad coincidente de todos sus miembros, bastaría que uno solo de ellos se expresara de manera adversa para frustrar la formulación de la voluntad colectiva.

Por tanto, una vez constituida la sociedad política, basta la mayor aproximación a aquella voluntad unánime para que se considere formulada la voluntad de esa sociedad política o estatal. Basta, entonces, que la *mayoría* de los miembros se exprese de manera coincidente para que quede legitimada la voluntad estatal. En razón de que el contrato originario se encontraba signado por el consentimiento *libre* de aquella unanimidad, el principio de la mayoría se presenta por ello como representativo de la libertad, sino de todos, al menos de la mayoría de los miembros.

Tales son los fundamentos ideológicos del *principio de la mayoría* sobre el que se edifica el moderno Estado de Derecho democrático.

Kant y el Estado de Derecho

Kant es quien diseña el Estado de Derecho en sentido material, es decir, en tanto resguarda el valor de la libertad en su más amplia comprensión, precisamente porque la edificación de ese Estado la efectúa partiendo de la autonomía de la voluntad.

En su obra *Metafísica de las Costumbres*, escrita en 1797, encontramos esta construcción.

Esta obra se encuentra ligada a la *Crítica de la Razón Práctica*, estudio que se publicara por primera vez en 1788.

Precisamente Kant inaugura el Prólogo de la *Metafísica de las Costumbres* sosteniendo: “A la crítica de la razón práctica debía seguir el sistema, la metafísica de las costumbres, que se divide en principios metafísicos de la doctrina del derecho y principios metafísicos de la doctrina de la virtud (como réplica de los principios metafísicos de la ciencia de la naturaleza, ya publicados)” (1997_a: 5).

Ello significa que al momento de detenernos en la *Metafísica de las Costumbres* es preciso tener presente los conceptos vertidos en sus reflexiones sobre la conciencia moral, esto es, a la razón aplicada a la moral, a la acción.

Kant entiende, entonces, que sólo es autónoma aquella formulación de la ley moral que pone en la voluntad misma el origen de la propia ley. La propia ley se origina en la voluntad misma.

En tal caso, la ley no le es impuesta a la voluntad por quien es ajeno a ella, no es heterónoma.

La acción que responde a la ley formulada por una voluntad autónoma se origina en los principios contenidos en la conciencia moral del propio sujeto que la formula.

Es el propio sujeto, en ejercicio de su libertad, quien formula la ley moral. La misma no le es impuesta por otro u otros, ni tampoco le es impuesta causalmente.

De allí emana su conocida ley moral universal: “Obra de tal manera que puedas querer que el motivo que te ha llevado a obrar sea una ley universal”.

Por tanto, en el Estado que emerge de las reflexiones de Kant es menester reconocer su origen “desde la idea de una voluntad universalmente legisladora”, es decir, desde la libertad de la voluntad capaz de formular una ley moral universal.

En tal sentido nos dice Kant:

El estado jurídico es aquella relación de los hombres entre sí que contiene las condiciones bajo las cuales tan sólo cada uno puede participar de su derecho, y el principio formal de la posibilidad del mismo, *considerado desde la idea de una voluntad universalmente legisladora*, es la justicia pública (...).

El estado no jurídico, es decir aquél en que no hay justicia distributiva, es el estado natural (*status naturalis*). A él no se opone el estado social, que podría llamarse estado artificial (*status artificialis*), sino el estado civil (*status civilis*) de una sociedad sometida a la justicia distributiva; porque en el estado de naturaleza también puede haber sociedades legítimas (por ejemplo, la conyugal, la familia, la doméstica en general y otras), para las que no vale la ley a priori: “debes entrar en ese estado”, mientras que del estado jurídico puede decirse que todos los hombres que pueden contraer relaciones jurídicas entre sí (incluso involuntariamente) deben entrar en este estado.

Podemos denominar al primer y segundo estado el estado de derecho privado; al tercero y último, en cambio, el estado de derecho público. Éste no contiene más deberes de los hombres entre sí, ni otros deberes distintos entre los hombres, que los que cabe pensar en el derecho privado; la materia del derecho privado es ciertamente la misma en ambos. Las leyes del último conciernen, pues, sólo a la forma jurídica de la convivencia (la constitución), con vistas a la cual estas leyes han de considerarse públicas (1997_a: 135-137).

La horizontalidad que caracteriza al estado jurídico en Kant se observa a partir de *relaciones de los hombres entre sí* bajo cuyas condiciones cada uno participa de su derecho. En la medida que ese derecho se encuentre informado por la ley moral universal, posibilita la existencia de la justicia pública inherente al estado jurídico.

Está claro que es el momento que precede a la acción aquel que revela la moralidad de esa acción. Ese es el momento en el cual la voluntad revela el motivo que impulsa a la acción. Si el fundamento de la determinación es el principio o mérito moral, la acción será moral. Si la voluntad que motiva la acción está determinada por su adecuación con la ley, la acción será legal.

Sólo en el primer caso estaremos en presencia de la razón práctica misma. Sólo allí la razón se encuentra aplicada a la conciencia moral, y esa práctica será moral.

Estamos, pues, en presencia de la autonomía de la voluntad.

Kant define, entonces, el derecho, por el lado de la libertad de la voluntad: “El derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad (...). Una acción es conforme a derecho (Recht) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal” (1997_a:39).

El arbitrio, según Kant, es la facultad de desear considerada en relación a la acción. La voluntad, por el contrario, es la facultad de desear no tanto en relación a la acción cuanto al fundamento mismo de determinación. La voluntad no tiene, antes de ella misma, ningún fundamento de determinación, es la razón práctica misma.

De allí infiere Kant que las leyes de la voluntad se identifican con las leyes de la libertad. A tales leyes las llama morales por oposición a las leyes naturales.

Es de advertir que las leyes de libertad identificadas con leyes de la voluntad se corresponden con una concepción de las instituciones políticas propias del Derecho Natural Racional.

Ahora bien, Kant aborda el concepto de Estado por el lado del derecho. Es a partir del derecho público que arriba a una voluntad o autoridad cuyo poder se ejerce bajo la existencia de una Constitución. Y así nos dice:

El conjunto de leyes que precisan ser universalmente promulgadas para producir un estado jurídico es el derecho público. Este es, por tanto, un sistema de leyes para un pueblo, es decir, para un conjunto de hombres, o para un conjunto de pueblos que, encontrándose entre sí en una relación de influencia mutua, necesitan un estado jurídico bajo una voluntad que los unifique, bajo una Constitución (constitutio), para participar de aquello que es de derecho. Este estado de los individuos en un pueblo en mutua relación es el estado civil (status civilis), y el conjunto de ellos en relación a sus miembros es el Estado (civitas) (1997_a:140).

El concepto de Estado de Derecho aparece aquí perfectamente formulado.

Para Kant los hombres abandonan el estado de naturaleza porque es un estado de inseguridad jurídica. El concepto sobre “lo que le parece justo y bueno” a un hombre en estado de naturaleza, depende siempre de la opinión de otro, con igual derecho que él de ejercer, por propio derecho, lo que a él también le parece “justo y bueno”. Semejante incertidumbre cesa cuando existe coacción externa *legalmente* pública. Es la ley estatal la que va a posibilitar precisar el derecho de cada uno y a darle seguridad.

Y así nos dice Kant:

Es menester salir del estado de naturaleza, en el que cada uno obra a su antojo, y unirse con todos los demás (con quienes no pueden evitar entrar en interacción) para someterse a una coacción externa legalmente pública; por tanto, entrar en un estado en el que a cada uno se le determine legalmente y se le atribuya desde un poder suficiente (que no sea el suyo sino uno exterior) lo que debe ser reconocido como suyo; es decir, que debe entrar ante todo en un estado civil (1997_a: 141).

De allí que Kant arriba a la siguiente definición de Estado: “Un Estado (civitas) es la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas” (1997_a: 142).

Pero el Estado al que responde el concepto de Kant no es cualquier Estado regido por cualquier tipo de derecho.

Por el contrario, el Estado que responde a su concepto es un Estado con división de poderes en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Su idea sobre el Poder Legislativo es que éste “sólo puede corresponder a la voluntad unida del pueblo... del cual debe proceder todo derecho y no ha de poder actuar injustamente con nadie mediante su ley”.

La imposibilidad de incurrir en injusticia surge de que tal poder no es concebido como la expresión de una voluntad que se impone a otros, sino que es concebido como una voluntad expresada por “cada uno sobre todos y todos sobre cada uno”. Es decir, se trata de la voluntad unánime del pueblo que expresa la ley: “Solo la voluntad popular universalmente unida puede ser legisladora” (1997_a: 142-143).

Aparece aquí claramente la ideología contractualista consistente en que la unanimidad –o unidad– de voluntades que libremente se autodeterminan constituye el presupuesto de la voluntad estatal expresada en la legislación.

Está claro que ello supondría atribuir al pueblo una preexistente unidad política de acción y decisión que la Teoría del Estado del siglo XX sólo atribuyó al Estado.

Pero esa visión de Kant es la propia de la ideología demoliberal en cuya virtud se concibió al Estado y a la Sociedad.

A aquel poder soberano en la persona del legislador, Kant lo concibió generado por ciudadanos con capacidad de votar: “Sólo la capacidad de votar cualifica al ciudadano” (1997_a: 148).

Kant entiende, naturalmente, que el establecimiento de aquellos tres poderes es propio de la Constitución (1997_a: 145).

La arquitectura del Estado de Derecho se edifica, pues, sobre los cimientos de la autonomía de la voluntad.

Kant: el antagonismo y la sociedad pluralista

Kant publica, en 1784, su “Idea de una historia universal con sentido cosmopolita”.

En ella sostiene que sea cual fuere el concepto que desde el plano metafísico se tenga de la libertad de la voluntad, ello no significa que sus manifestaciones no se encuentren determinadas, como cualquier fenómeno, por las leyes de la naturaleza.

Kant se preocupa en esta obra de encontrar alguna *intención* a la naturaleza que le permita advertir un plan de esa misma naturaleza susceptible de formular una historia de la humanidad con algún sentido. De ese “plan o intención de la naturaleza” Kant extrae nueve principios. Aquí nos detendremos sólo a referir aquellos principios que nos permitan comprender mejor al Estado de Derecho que responde a sus ideas.

En tal sentido, al exponer el “cuarto principio”, Kant entiende que es el antagonismo existente en la propia sociedad la causa de que exista un orden legal que se imponga a esa sociedad. Y así nos dice: “Entiendo en este caso por antagonismo la *insociable sociabilidad* de los hombres, es decir, su inclinación a formar sociedad que, sin embargo, va unida a una resistencia constante que amenaza perfectamente con disolverla” (1997_b: 46).

Esta naturaleza del hombre es contradictoria porque, por un lado, tiene una inclinación a entrar en la sociedad porque en tal estado se siente más hombre pero,

simultáneamente, tiene “(...) una gran tendencia a aislarse porque tropieza en sí mismo con la cualidad insocial que le lleva a querer disponer de todo según le place, y espera, naturalmente, encontrar resistencia por todas partes (...)” (1997_p: 46).

La resistencia del hombre a la sociedad adquiere particular trascendencia toda vez que, según afirma Kant: “(...) esta resistencia es la que despierta todas las fuerzas del hombre y le lleva a enderezar su inclinación a la pereza y, movido por el ansia de honores, poder o bienes, trata de lograr una posición entre sus congéneres, que no puede soportar pero de los que tampoco puede prescindir” (1997_p: 46-47).

Precisamente son esas características, de base egoísta, “tan poco amables de la insociabilidad” las que, si no existieran, los hombres configurarían un estado de calma propio de un manso rebaño sin ningún esfuerzo de superación.

A pesar de que el hombre aspira a la concordia, la sabia naturaleza, ordenada con un Sabio Creador, sabe que lo que más conviene a la especie humana es la discordia.

Y es por ello que los hombres requieren de un sistema de leyes exteriores, cuya coacción sea irresistible, que sea capaz de compatibilizar la libertad de ellos con el máximo rigor coactivo que la ley significa. Kant sostiene, entonces, que es la naturaleza la que constriñe al género humano a arribar “(...) a una *sociedad civil* que administre el derecho en general (...)”, según afirma en el desarrollo del “quinto principio” (1997_p: 48).

El Estado de Derecho de Kant compatibiliza la existencia de un derecho positivo acorde a una Constitución “perfectamente justa”, derecho que en sí mismo conlleva su aseguramiento a través de una coacción irresistible para el caso de su desobediencia, pero con respeto a un antagonismo esencial que es el que caracteriza a la sociedad, antagonismo al cual le es inherente de máxima libertad de cada uno.

La disciplina que el derecho supone, lejos de ahogar la libertad, le permite su adecuado desarrollo, posibilitando toda cultura y todo arte, los que son fruto de una insociabilidad respetada por ese derecho.

Ahora bien, una sociedad que sea respetada en su esencial antagonismo es el fundamento de aquello que hoy llamamos sociedad pluralista.

La sociedad pluralista es aquella en la cual las reglas garantizan la competencia.

El pluralismo, en el ámbito de la política, significa la existencia de múltiples y contradictorias ideologías expresadas por los respectivos partidos políticos, que compiten entre sí.

Según nos dice Raymond Aron, “las ideologías son partidistas puesto que, en lugar de unir, separan a los miembros de una comunidad” (1962: 264).

Un Estado signado por la libertad de sus miembros es aquel que asegura una competencia entre diferentes miradas, no solo ideológicas, sino en todo ámbito de la cultura humana, competencia derivada de aquel antagonismo inherente a la vida social, sin más límite que el respeto por el derecho signado de tal manera.

Tal es el orden ideológico del Estado de Derecho en sentido material, expuesto de manera breve, según las ideas de su eminente arquitecto.

Las condiciones de subsistencia del Estado de Derecho

La existencia del Estado de Derecho depende de la compatibilidad de la ideología expuesta con aquellas que, a través de las circunstancias históricas, van dando vida a un nuevo derecho positivo, reformándose o no la Constitución nacida al amparo de la primera.

La introducción de un elemento ideológico de carácter colectivo previsiblemente sellará la subsistencia del Estado de Derecho, en razón de su contradicción con el fundamento de carácter contractual de éste, aún cuando formalmente se lo mantenga escrito en una hoja de papel.

En tal sentido, particular trascendencia adquirió el movimiento romántico cuyas raíces se encuentran en los siglos XVII y XVIII.

Este movimiento tuvo influencia en toda Europa, pero particularmente arraigó con mayor intensidad en Alemania.

El Romanticismo no necesariamente se opone al respeto por la individualidad. No obstante, se observa en ese mundo una tendencia a la síntesis, considerando que los individuos particularizaban un elemento colectivo, tales como un *Todo o un Solo Espíritu*. Asimismo, y en general, rechazaban o tomaban distancia del pensamiento racionalista propio de la Revolución Francesa.

A los efectos de nuestra preocupación referida a la ideología del Romanticismo en relación a aquella sobre la que se edificó el Estado de Derecho, es preciso destacar que en relación a la organización social y política el Romanticismo otorgó especial trascendencia a la idea del organismo social.

Esta última idea se opone a considerar a la organización social y política a partir de individuos atomizados, quienes, en razón de la persecución de sus propios intereses, constituyen o *hacen* a la sociedad y al Estado como si fueran aparatos artificiales o máquinas.

Por el contrario, la concepción del organismo social permitía comprender a la sociedad y al Estado como una unidad que crecía con un crecimiento orgánico a través de la historia. Los diferentes órganos, tales como los monarcas, la nobleza, la iglesia, la propiedad, iban cooperando dando vida a la comunidad.

Las consideraciones que en ese sentido formuló Edmund Burke en sus *Reflexiones sobre la Revolución de Francia*, de 1790, efectuando una severa

crítica a los postulados de la Revolución Francesa en defensa de las tradiciones y de la herencia de los órganos del sistema institucional de Inglaterra –Corona, Pares, Cámara de los Comunes–, todos ellos explicables a partir de la herencia de una larga serie de antepasados, extendió su influencia más allá de Inglaterra proyectándose en Alemania.

Destacando la importancia de las ideas expuestas y su trascendencia a los efectos de la configuración del concepto de Nación, caracterizada por una unidad propia de un organismo vivo, Franklin Baumer nos dice:

(...) La influencia de Burke llegó a ser omnipresente en Alemania, tanto como en Inglaterra, pero los alemanes no necesitaban que Burke les dijera que los tiempos exigían un nuevo hincapié en la *Gemeinschaft* (Comunidad). Los románticos alemanes atacaron una ciencia política fundamentada en el modelo abstracto de la geometría, y la sustituyeron por una especie de biología política, que subrayaba el crecimiento “natural”, en oposición a la planeación consciente, y el sentimiento de comunidad en oposición a los simples derechos individuales. Schleiermacher suena como Burke cuando, en un artículo leído ante la Academia Real de Ciencias, en Berlín en 1814, denunció a los “ingenieros” políticos de la época por tratar siempre a los Estados como “objetos sobre los que el hombre tiene que ejercer su ingenio”, y nunca como “formaciones históricas de la naturaleza”. “Nunca se ha hecho un Estado, ni siquiera el más imperfecto”

Para la mayoría de los románticos, especialmente después de la Revolución, la nación o la nación-Estado constituía la forma más alta de organismo social. Así, este último no era necesariamente un concepto reaccionario. De hecho, el romanticismo contribuyó más que los jacobinos o Napoleón al surgimiento del nacionalismo, que pronto llegaría a ser uno de los grandes mitos modernos. Debe comprenderse que este nacionalismo romántico no negaba el individualismo romántico (...) (Baumer, 1985: 276).

El individualismo romántico se traslada a la nación misma, la cual es vista como un gran individuo, con peculiaridades que la torna diferente a las otras naciones.

Esa peculiaridad referida al pueblo alemán fue expresada por Fichte en sus *Discursos a la Nación Alemana*, constitutivos de una serie de exposiciones magistrales que brindó a sus estudiantes entre los años 1807 y 1808 en Berlín, a los que nos referiremos luego.

La idea de una comunidad nacional que poseía peculiaridades e improntas que permitían comprenderla como un solo organismo, dio lugar a que comenzara a definirse la idea de un *Volk* y un *Volksgeist*. En la configuración de esa idea tuvo

especial protagonismo el filósofo Johann Gottfried Herder, quien hizo el aporte de la idea del *Volk* al nacionalismo.

Aquí es de particular trascendencia advertir que la idea del *Volk* es un concepto esencialmente diferente respecto de la idea de un contrato.

Es decir, el *Volk* se asimila a un organismo vivo que se va desarrollando y crece a través de la historia, y las individualidades cobran sentido en razón de participar de las peculiaridades de ese organismo social vivo.

Por el contrario, según ya se dijo, el contrato requiere de la preexistencia de individuos autónomos quienes, en ejercicio precisamente de la libertad inherente a esa autonomía, expresan, cada uno de ellos, voluntades que en su coincidencia serán configurativas del pacto o contrato que dará nacimiento a la organización social y política. El mantenimiento de esa organización política, una vez ésta constituida, también se encuentra signado por la idea del contrato, sólo que para ese mantenimiento no se requiere la unanimidad de voluntades coincidentes de todos los individuos, sino sólo la voluntad coincidente de la *mayoría*.

Resulta aquí pertinente la cita de Baumer quien, al referir la idea de *Volk* en Herder, nos dice:

En el curso de la historia, cada Volk llegaba a tener un carácter único o alma (Geist), que se mostraba básicamente en su religión, su lengua y su literatura. *El Volk no estaba formado por un contrato, ni por la voluntad del hombre; crecía como un organismo crece y, finalmente, llega a ser un todo vivo, mayor que sus partes individuales (...)* (Baumer, 1985: 277. El resaltado me pertenece).

La peculiaridad que distingue al *Volk* alemán fue expresada de manera elocuente por Johann Gottlieb Fichte.

Fichte expresa sus *Discursos* en el momento mismo en que Napoleón ha ocupado Prusia. Sus *Discursos* contienen, entonces, una fuerza nacionalista destinada a oponerse no sólo al usurpador francés y a la cultura que él representaba, sino a aquellos círculos de los propios alemanes atraídos por ese *admirable* mundo cultural.

El tema que vertebra sus discursos es la educación.

En tal sentido Fichte nos dice que

la nueva educación consistirá esencialmente en aniquilar por completo la libertad de la voluntad, para sustituirla por la necesidad de las determinaciones y la imposibilidad de escoger la determinación contraria. No debe confiarse y abandonarse seguramente más que a una voluntad así formada (...). Quien necesite a cada momento de exhor-

taciones para querer el bien, indica estar falto de esa voluntad firme y constante, siendo precisa formarla cada vez que tiene necesidad de ella; por el contrario, aquel que posee una voluntad formada y estable, quiere lo que quiere eternamente y no puede, en ningún caso, querer de otro modo que como quiere ahora, hallándose para él la libertad de la voluntad fundida con esta necesidad de querer así. Los siglos pasados han dado muestra de no tener una noción exacta de la educación humana, careciendo igualmente del poder para realizarla, y pretendía mejorar a los hombres merced tan sólo a las exhortaciones, irritándose cuando éstas no producían fruto alguno (...) (Fichte, 1943: 38-39).

El nuevo tipo de educación que Fichte propone debe, pues, penetrar con tal profundidad en la convicción íntima de cada persona que la autonomía de su voluntad misma se encuentre configurada por esa nueva educación, sin poseer esa voluntad alternativa alguna, pues esa educación sería configurativa de la infalibilidad hacia el bien.

No se trata por tanto de proponerle a la libertad de la voluntad valores para su elección sino, antes bien, predeterminarla para una necesidad fatal hacia la elección de los valores que esa educación supone.

Fichte se encarga expresamente de rechazar esta posibilidad de proponerle valores a la libertad de la voluntad para que en ejercicio de esa libertad los escoja o los deseche, en los siguientes términos:

¿Acaso puede la educación hacer otra cosa que mostrar al discípulo el camino recto, y exhortarlo enérgicamente a que lo comprenda? Si quiere obedecer esas exhortaciones, mejor para él; si no las sigue, suya será la culpa; existe un libre albedrío que ninguna educación puede constreñir”. Para indicar con toda exactitud a qué educación me refiero, contestaré que esta confianza en la voluntad libre del discípulo, es el error capital de la educación antigua, y constituye la formal confesión de su debilidad y nulidad (...) (1943: 38).

Es claro que el monopolio de la educación, en cabeza del Estado, supone una penetración tan intensa de los valores –o ideología– que el Estado porta, que el carácter totalizante del Estado resulta perfeccionado a través de la dominación de la intimidad misma de sus miembros.

Esta mirada totalizante aparece ratificada al tratar Fichte las reacciones del espíritu humano al momento de decidir sobre la aprobación o desaprobación de una cuestión moral, y al sostener que “(...) en semejante espíritu, ese móvil de la aprobación y desaprobación liga íntimamente el interés del todo a su propio interés,

y su yo, que no se siente vivir sino como parte del todo, sólo puede complacerse en un todo que merezca su aprobación (...)" (1943: 29. El resaltado me pertenece).

Según se advierte, el concepto todo-parte, en cuanto comprende a la parte sólo en la medida en que se encuentre vertebrada en un todo, propio de una visión totalitaria, resulta coincidente con las reflexiones fichteanas.

Ahora bien, en Fichte la peculiaridad o *carácter fundamental* del pueblo alemán sobre el cual debe operar aquella educación consiste en que los alemanes conservaron su lengua originaria en el ámbito del domicilio que habitan. Por el contrario, los demás pueblos de origen germánico perdieron la lengua originaria y adoptaron una nueva lengua, el latín, lengua muerta, que la modificaron a la manera de cada uno de sus pueblos pero que, en su profundidad, constituyeron la incorporación de un elemento extraño. Estas lenguas neolatinas sólo viven, según Fichte, en la superficie, pues en el fondo están muertas.

La diferencia que media entre los alemanes y los demás pueblos europeos de origen bárbaro es, pues, la diferencia que separa la vida de la muerte. Sólo a los alemanes les asiste la particularidad de una lengua viva.

Para este pensador la circunstancia de que el *Volk* sea alemán, esto es, que *todos* los alemanes posean un lenguaje vital significa que *a todos* los torna aptos para acceder inmediatamente a los bienes culturales, posibilitando aquella educación que penetre hasta la raíz de la vida real psíquica y física de cada alemán. La cultura será pues un elemento constitutivo de cada hombre que tendrá acceso al disfrute de la verdad y del bien.

En el pueblo alemán toda la nación será susceptible de la cultura y ese carácter, en su marcha hacia la perfectibilidad humana, significará que serán los alemanes los que precederán a la humanidad misma en el señalamiento del sendero hacia esa perfectibilidad.

Por el contrario, en los pueblos de lenguas neolatinas, la cultura sólo le asiste a las clases cultivadas –es decir, a una minoría–, que disfrutaban de esa cultura a la manera de un juego superficial, toda vez que la muerte que subyace a su lengua es un obstáculo infranqueable para que la cultura intelectual penetre en la vida psíquica y física real de cada individuo.

Y así nos dice Fichte:

Tal es la solución de nuestra pregunta acerca de la diferencia que existe entre el pueblo alemán y los demás pueblos de origen germánico. La diferencia se hizo sensible desde la separación del tronco común, porque los alemanes continuaron hablando un idioma que vivía siempre con su vida natural y original, mientras que las demás ramas germánicas fueron a tomar un lenguaje cuyas ramas parecían vivir aún, pero cuyas raíces estaban muertas en absoluto. En esto

reposa la diferencia entre unos y otros, habiendo nosotros conservado esta vitalidad que los demás han perdido; pero no insistiremos ahora sobre las cualidades intrínsecas de la lengua alemana. Entre la vida y la muerte no cabe comparación alguna: la primera excede infinitamente a la segunda. Toda comparación, pues, entre el alemán y los idiomas neolatinos resulta inútil (...) (Fichte, 1943: 95).

De esa diferencia esencial que caracteriza al pueblo alemán –“posesión de semejante tesoro”–, Fichte desprende tres consecuencias cruciales:

Voy, pues, a resumir brevemente todas esas consecuencias en los puntos siguientes: 1) En un pueblo cuya lengua está viva, la cultura espiritual penetra en la misma intimidad de la vida, y por el contrario, en los demás, la cultura del espíritu y las condiciones de la existencia caminan cada una por su lado, separadamente. 2) En virtud del mismo principio, el primer pueblo indicado lleva a toda su cultura un carácter serio y grave, y quiere que esta cultura intelectual penetre en su vida real, mientras que para el segundo la cultura es un juego genial, sin duda, pero al cabo un simple juego, al cual la voluntad no desea por su parte añadir nada. El primero tiene espíritu y carácter; el segundo sólo tiene espíritu. 3) De este segundo punto resulta que el primer pueblo es en todo tenaz y se esfuerza por conseguir el fin, mientras el segundo se deja ir a la buena de Dios. 4) Del conjunto de lo expresado se sigue: que la masa del pueblo, en una nación comprendida en el primer caso, es susceptible de cultura y de que los pedagogos le apliquen sus descubrimientos y deseen influir sobre sus condiciones de existencia, y por el contrario, en una nación comprendida en el segundo caso, las clases cultas se separan del resto del pueblo, y no lo consideran sino como un instrumento ciego para la ejecución de sus planes (...) (1943: 97-98).

Vemos que el *Volk*, según su carácter fundamental, opera como una fuerza nacionalista poderosa. Advertimos asimismo que la idea que cruza toda la elaboración conceptual fichteana consiste en la afirmación de la superioridad del pueblo alemán para producir cultura.

La metamorfosis de la idea de superioridad cultural en la idea de la superioridad racial de los alemanes estaba, pues, sólo a un paso. En ambos casos el Estado de Derecho sería la víctima en razón de la incompatibilidad sustancial de las ideologías respectivas.

Ciertamente que la idea subyacente a la doctrina del organismo social consiste en considerar que la formación colectiva que encarna una Nación o un Estado

constituye un bien mayor que aquel que representa a las personas individualmente consideradas, quienes serían portadoras de un bien menor.

Creemos que resulta aquí adecuado que nos detengamos un momento a considerar la forma estatal y el derecho positivo resultante de la incorporación de elementos ideológicos de carácter colectivo propios del romanticismo alemán.

La organización económica, social y política del Fascismo

La aplicación del concepto de organismo social a la organización económica, social y política es observable en el Fascismo.

El Fascismo vertebra a todos los grupos e individuos en el centro del Estado nacional, en el marco de la ideología del organismo social.

El derecho positivo que da vigencia a dicha ideología y que establece los principios de organización social, política y económica del fascismo es la *Carta del Lavoro* o *Carta del Trabajo Italiana* que fuera aprobada, en el año 1927, por el Gran Consejo Fascista a propuesta de Mussolini.

Este instrumento jurídico estableció la organización del Estado Corporativo en sustitución de un Estado Parlamentario.

Consideró a la Nación como un organismo vivo cuyos fines, vida y medios de acción son superiores a los de individuos o grupos sociales.

Asimismo, para el Fascismo la conflictividad social debía ser resuelta a partir de la conciliación de los intereses que representaban las diversas corporaciones según sus respectivas profesiones, que configuraban la estructura del Estado y revestían el carácter de órganos estatales.

El carácter totalitario de la organización estatal fascista no significó un riesgo para los actores de la economía capitalista. Antes bien, la dinámica propia de la economía capitalista quedó asegurada por dicha organización.

A los efectos de ilustrar los conceptos antes referidos a través de las propias normas jurídicas constitutivas de la Carta del Trabajo, mencionaremos sólo algunas de ellas.

En ese sentido resulta por demás emblemático el artículo I de la Carta, que establece: “La Nación es un organismo que tiene fines, vida y medios de acción superiores, en potencia y duración, a los individuos divididos o agrupados que la componen. Es una unidad moral, política y económica, que se realiza integralmente dentro del Estado Fascista”.

Ciertamente que la traspolación del Romanticismo al Fascismo no es lineal; cometeríamos un error si supusiésemos que el citado artículo I de la *Carta del Lavoro* sería la traducción cabal de las ideas del Romanticismo al derecho positivo fascista.

Sin embargo, sí es el Romanticismo un elemento que influye en el Fascismo en cuanto la idea que cruzaba a aquel movimiento, y que consistía en una mirada

de nación como un ser colectivo vivo y a la presencia del Estado como una organización autónoma que existe sobre los mismos.

Pero aún cuando sea superficial la manera en que fueron utilizadas las ideas del Romanticismo para la organización corporativa fascista, lo cierto es que la teoría del organismo y de la unidad preexistente de la nación sirvió claramente para una concepción nacionalista del Estado.

Está claro, por lo demás, que la reducción del individuo a un concepto virtualmente residual no formó parte de las ideas románticas.

En el Fascismo la conflictividad social no aparecía resuelta por un parlamento en el cual se encontraban representadas las más diversas ideas políticas, vehiculizadas por un sistema plural y competitivo de partidos políticos; ámbito aquél en que se decidía la voluntad estatal conforme a acuerdos entre mayoría y minoría, es decir, en base al principio de la mayoría.

Por el contrario, las categorías relevantes de la organización social se encontraban previstas a partir de un reflejo propio de la estructura capitalista con sustento en la existencia de empresarios y trabajadores o, en términos de la Carta, entre patronos y trabajadores.

Se previó que las corporaciones de patronos y trabajadores debían resolver su conflictividad a través del contrato colectivo de trabajo, subordinando la conciliación de sus intereses contrapuestos “a los intereses superiores de la producción” (artículo IV).

Según ya se advirtió, el Estado Corporativo garantizó la existencia de la iniciativa privada y la organización privada en la producción económica en los siguientes términos: “El Estado Corporativo considera la iniciativa privada en el campo de la producción como el medio más eficaz y más útil para el interés de la Nación. Siendo la organización privada de la producción una función de interés nacional, el organizador de la empresa es responsable frente al Estado de la orientación de la producción (...)”.

Esta peculiar coexistencia entre una organización estatal totalitaria y la estructura básica de la economía capitalista nos permite obtener interesantes conclusiones.

En primer lugar, nos permite advertir claramente que el capitalismo no es el necesario correlato instrumental del Estado de Derecho, como pretenden sostener determinadas críticas hacia éste último.

En segundo lugar, y dadas las previsiones de la Carta reconociendo derechos de los trabajadores –entre otros, arts. XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXVI, XXVII–, es posible también advertir que la existencia de derechos de contenido social, por sí mismos, no significan un acercamiento hacia un Estado de Derecho de carácter social, o Estado Social de Derecho, en razón, simplemente, del orden ideológico que define la existencia de este último tipo de Estado, a cuya

luz deben alumbrarse también los derechos de carácter social, ideología intrínsecamente repulsiva de un Estado totalitario.

El Estado de Derecho reclama, para su subsistencia, el respeto básico de los principios sobre los cuales ha sido construido. La evolución de los derechos de las personas, como es el caso de la ampliación de los derechos individuales a los derechos sociales y de éstos a la actual de los derechos humanos, es menester interpretarlos en el contexto del propio Estado de Derecho y de las ideas que le han dado vida. Esto último porque ha sido precisamente el triunfo del Estado de Derecho, frente a los totalitarismos que la humanidad ha sufrido y continúa sufriendo, la razón de que aquellos derechos existan.

La experiencia del Estado Benefactor en Argentina. La Constitución de 1949

En la República Argentina, aproximadamente a partir de los años cuarenta del siglo XX, se produjo un avance de las intervenciones del Estado en áreas que hasta entonces habían sido de dominio privado.

Ello ocurrió siguiendo tendencias de la posguerra de carácter estatista y dirigista.

Estas tendencias siguieron, en lo económico, el enfoque keynesiano. Este enfoque sostuvo que para aumentar la producción era necesario el crecimiento del consumo, de la demanda, y se sostuvo asimismo que esa demanda dependía del nivel del empleo y de los salarios.

El neocapitalismo basado en las políticas keynesianas resultaba coincidente con los fines del intervencionismo estatal, en cuanto a que el crecimiento del consumo suponía un bienestar creciente y que para ello era necesario aquel intervencionismo.

El Estado de Bienestar iba, pues, de la mano con el neocapitalismo keynesiano, que ya había tenido aplicación práctica a través del *New Deal* del presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt como consecuencia de la crisis de Wall Street de 1929.

Estas tendencias existían, pues, antes del advenimiento del General Juan Domingo Perón al poder.

Sin embargo, a partir de ese momento –1946– las intervenciones y el dirigismo estatal se profundizaron de tal manera que he denominado “la perversión del Estado de Derecho o el Estado Benefactor ‘a la criolla’” al modo en que se entendió al Estado y a sus relaciones con la sociedad (Barbará, 2008: 114 y ss.).

Interesa en este trabajo detenernos en el orden normativo que otorgó vigencia a este Estado y a la ideología que le sirvió de sustento.

Este Estado adquirió forma concreta y definida a través de la reforma de la Constitución Nacional que se realizó en el año 1949.

Dicha reforma fue profunda y afectó a toda la extensión de la Constitución de 1853; recayó sobre el Preámbulo, sobre la parte dogmática y sobre la parte orgánica.

La reforma incorporó, entonces, los “Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura”, previstos en un solo artículo (art. 37) pero cuya extensión se prolongaba a lo largo de cuatro capítulos, e incorporó, también en la parte dogmática, un nuevo capítulo –IV– referido a “La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”, que era comprensivo de los artículos 38 a 40. Esto sin perjuicio de que, respecto de las disposiciones que dejó subsistentes, como por ejemplo las referidas a las libertades y garantías individuales, también sobre algunas de ellas recayó la reforma.

Considero de particular importancia prestar atención a la concepción desde la cual se incorporaron las previsiones normativas por la reforma.

En tal sentido estimo relevante la normativa contenida en el artículo 37 de la nueva Constitución, que declara entre otros, como enuncié, los derechos especiales “Del trabajador” (cap. I).

En esa previsión a la persona se la califica por la actividad que realiza o en cuanto es parte de una profesión o arte; esto es, como “trabajador”. Y ello toda vez que como persona individual le asiste el derecho “de trabajar y ejercer toda industria útil y lícita”, en razón de que en el artículo 26, correspondiente al capítulo referido a los derechos, deberes y garantías de la libertad personal, quedaron subsistentes las previsiones del originario artículo 14 de la Constitución de 1853.

En el citado artículo 37 se enuncia una serie de disposiciones que contienen definiciones valorativas acerca de cada uno de los derechos que se le reconoce al trabajador: por ejemplo, al enunciarse en el inciso 1° del capítulo I del artículo 37 el “derecho de trabajar”, éste es previsto en los siguientes términos: “el trabajo es el medio indispensable para satisfacer las necesidades espirituales y materiales del individuo y de la comunidad, la causa de todas las conquistas de la civilización y el fundamento de la prosperidad general; *de ahí que el derecho de trabajar debe ser protegido por la sociedad*, considerándolo con la dignidad que merece y proveyendo ocupación a quien la necesite”.

Ello significa que en cada una de las disposiciones debía quedar claro cuál era la idea que informaba no sólo a las nuevas disposiciones incorporadas sino a todo el texto constitucional, toda vez que, como ya se dijo, la reforma atrapó a toda la extensión de la Constitución originaria.

Asimismo, en cada una de estas disposiciones se puede advertir que los deberes y obligaciones no se encuentran a cargo del Estado sino en cabeza de “la sociedad” o “la comunidad”.

Esta última apreciación advierte que la normativa constitucional atribuía derechos u obligaciones a “la sociedad” o a “la comunidad” como si éstas fueran

organismos sociales a los que fuera posible adjudicarles el cumplimiento de prestaciones como si se trataran de individuos particulares; esto es, como organismos sociales vivientes dotados de unidad de acción y decisión. En otras palabras, se les atribuyó la responsabilidad de comportarse como un organismo colectivo con atributos propios de la persona individual.

Por tanto, en la nueva Constitución de 1949 se encuentra claramente reflejada la teoría del organismo social, cuyas características ya he destacado. Asimismo, se introduce una idea corporativa del Estado, al quedar expuesta una mirada de “la sociedad” o “la comunidad” con obligación de respetar y proteger a las corporaciones que instrumentaban los intereses profesionales. En tal sentido, dispone el artículo 37, capítulo I, inciso 10: “Derecho a la defensa de los intereses profesionales.- El derecho de agremiarse libremente y de participar en otras actividades lícitas tendientes a la defensa de los intereses profesionales, constituyen atribuciones esenciales de los trabajadores, que la sociedad debe respetar y proteger, asegurando su libre ejercicio y reprimiendo todo acto que pueda dificultarlo o impedirlo”.

El parecido con las disposiciones de la *Carta del Lavoro* no es una mera coincidencia.

Es pertinente también advertir la correspondencia entre el artículo IX de la *Carta del Lavoro* referido a la intervención del Estado en la producción, así como el interés superior de la producción nacional previsto en los artículos IV y VII de aquella, con las disposiciones de los artículos 38, 39 y 40 de la nueva Constitución de 1949.

De estas últimas disposiciones resulta ilustrativo el artículo 39 en cuanto dispone que “El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino”.

Ahora bien, la cosmovisión ideológica que dio vida a la Constitución de 1949 responde, particularmente, a la pluma del Dr. Arturo Enrique Sampay. Fue Sampay, a quien es menester reconocer su sólida preparación intelectual en el área del derecho público, particularmente del derecho político, quien tuvo a su cargo el Informe del Despacho de la Mayoría de la Comisión Revisora de la Constitución el 8 de marzo de 1949. En dicho Informe expuso las causas por las cuales debía reformarse la Constitución de 1853, así como el ideario que fundamentaba a las nuevas disposiciones constitucionales.

En su exposición, Sampay dejó en claro que la concepción ideológica liberal de la Constitución de 1853 debía fenecer. Y no porque quienes sostuvieran aquel ideario hayan tenido ideas subalternas, toda vez que les reconoció buena fe a los padres de aquella Constitución, sino porque al amparo de aquella ideología se había producido en una situación de profunda injusticia social que permitió a los económicamente poderosos explotar a los débiles estructurales.

La nueva ideología de la nueva Constitución debía pulverizar a la ideología originaria.

En el Informe Sampay expuso claramente la idea que trasuntaban las nuevas disposiciones en cuanto a que el interés individual quedaba inequívocamente sometido al interés de la totalidad –al bien de todos–, toda vez que éste último representaba un bien de orden superior respecto de un bien de orden inferior.

Tal fue lo que literalmente sostuvo cuando al explicar el sentido de la justicia social y de la intervención del Estado que expresamente se consagraron normativamente, dijo:

Obsérvese que este sometimiento del interés individual al bien de todos no es, rigurosamente hablando, la renuncia que una persona hace de un “bien suyo” en favor de “un bien ajeno, sino que es la renuncia de un bien propio menor en favor de uno mayor, exigido por su esencia social, esto es, por una de las dimensiones ontológicas del ser humano” (Sampay, en Barbará, 2008: 146).

El sentido de las palabras de Sampay significa una clara priorización de un elemento colectivo –un bien propio mayor de esencia social– respecto del bien que representan las personas individuales –un bien propio menor.

Sampay fue consecuente con sus ideas, toda vez que años más tarde, cuando se publicó su obra *Ideas para la revolución de nuestro tiempo en la Argentina* en 1968, ésta se encontró presidida por una frase sugerentemente corporativa: “El movimiento obrero, en tanto que lucha por la justicia, ha salvado el honor de la humanidad”; frase que pertenecía al sacerdote dominico Louis Joseph Lebret.

La ideología que sustenta a la Constitución del '49 y las normas jurídicas que la trasuntan no se compadecen, pues, con el fundamento contractual del Estado de Derecho.

La idea de una organización social y política que nace a partir de un acuerdo de voluntades autónomas que supera un estado de naturaleza a través de un contrato signado por la expresión coincidente de la libre voluntad de los contratantes expresadas por unanimidad, idea que se mantiene a través del principio de la mayoría y de la minoría una vez existente el Estado y la sociedad, como dije, es sustituida por la idea de un organismo social que se expresa a través de una diversidad de corporaciones que producen una existencia estratificada de la sociedad y del Estado, relegando los valores propios de la libertad individual a un carácter residual.

El Estado de Derecho y el populismo

El encuadramiento de un gobierno, o de un régimen político, como “populista” es considerablemente variado y hasta contradictorio. Es por tanto difícil establecer

una tipología sobre el populismo. En tal sentido se han considerado populistas regímenes desde el ámbito de las ideas del marxismo hasta regímenes de corte nacionalista comprendidos en el ámbito de ideas de carácter racial. Y, para penetrar en la raíz que da vida al pueblo, desde la representación que significa el *murik* ruso hasta la del granjero norteamericano.

Se trata, por tanto, de interpretar en qué consiste el elemento social cuya existencia da sentido a la “idea del pueblo”. Se trata, en definitiva, de encontrar una condición que explique una determinada homogeneidad social que opere como mito unificador.

Al pueblo se lo interpreta, entonces, dotado de homogeneidad social, de la cual es posible inferir un concepto del mismo dotado de unidad.

Aquí es preciso advertir que no existe en la realidad la posibilidad de que el pueblo sea considerado como una unidad. Ello así porque cualquier pueblo, resultante de conexiones generacionales de un grupo humano que se ha hecho sedentario en determinado ámbito territorial, aún cuando presente lazos culturales y étnicos que permitan observar un determinado grado de homogeneidad, aún en tal caso, el pueblo presenta las tensiones y contrastes propios de cualquier grupo social. Los antagonismos o pluralidades de carácter religioso, económico, artístico y en general cultural, son propios de cada pueblo.

La unidad de antemano existente de un determinado pueblo como lo concibiera, también de manera romántica, Rousseau, es sólo una ficción abreviadora que le imputa al pueblo una unidad que sólo puede existir en una forma social y política organizada, como es el caso del Estado.

Ningún pueblo es, en su realidad existencial, una unidad de antemano existente con características de un organismo social unitario. De allí que la Teoría del Estado tradicional distinga escrupulosamente entre el supuesto humano que condiciona la existencia de un Estado, esto es, el pueblo o la nación, del fenómeno organizacional: esto es, el Estado, al que le asiste la posibilidad de actuar de manera unitaria, al igual que cualquier otra organización social.

Por tanto, el populismo acude también a una formulación ideológica del pueblo, en cuanto lo considera como conjunto social homogéneo y como depositario exclusivo de valores específicos y permanentes siendo fuente principal de inspiración y objeto de invocación permanente por quien, o quienes, desde una posición de liderazgo, lo interpretan.

En los estudios referidos en general al populismo existe un punto común: la apelación por parte de un líder a un referente básico que no es otro sino “el pueblo”.

Ahora bien, al estar signada la realidad social por un pluralismo de direcciones normalmente antagónicas, resulta imposible interpretar como unidad aquello que consiste en pluralidad.

En consecuencia, la posibilidad de interpretar como unidad a un grupo humano, particularmente si éste es extenso, se obtiene a partir de la segmentación

de dicho grupo. De dicha segmentación previsiblemente aparece un grupo que se confunde con aquel sector social que consensua al liderazgo a cuyo cargo se encuentra la interpretación del querer de ese grupo, como si fuera una sola voluntad. Tal sería, entonces, el grupo genuinamente representativo del “pueblo”.

El o los otros grupos resultantes de aquella segmentación vendrían a constituir el “no-pueblo”. Normalmente a este “no-pueblo” se le niega un enraizamiento con las peculiaridades del pueblo, resultando entonces ajeno a aquellos intereses genuinos que se consideran característicos del “pueblo”.

En otras palabras, a aquellos grupos considerados “no-pueblo” se los desvincula de los intereses que amalgaman al “pueblo” y se los presenta vinculados a intereses opuestos a los primeros, es decir, en defensa de intereses “no populares” o antinacionales.

Los valores e ideas sobre los que se edificó la coexistencia plural del grupo social son puestos por el populismo en tela de juicio, en razón de que supone que en función de aquellos valores e ideas el “no-pueblo” estableció una dominación que no consulta los intereses del “genuino o auténtico pueblo”, que es aquel en que consiste “el pueblo” a interpretar por el liderazgo.

El populismo no se edifica, entonces, sobre un modelo de integración y coexistencia de grupos plurales en base a acuerdos propio de la dinámica del principio de mayoría y minoría, sino que se edifica sobre un modelo de conflictividad en el cual el antagonismo es priorizado en consecución de la exclusión del “no-pueblo” y de la ideología que él representa.

En razón de que el populismo arraiga en conceptos diferentes y opuestos a aquellos propios del Estado de Derecho, consideramos que la efectivización institucional del populismo no resulta compatible con la subsistencia del Estado de Derecho.

Es decir, consideramos que la posibilidad de vigencia institucional de las miradas populistas no es compatible con la subsistencia del Estado de Derecho.

Bibliografía

- BARBARÁ, Jorge Edmundo (2008), *Estado de Derecho y Autonomía de la Voluntad*. Córdoba: Advocatus.
- BAUMER, Franklin L. (1985), *El Pensamiento Europeo Moderno. Continuidad y Cambio en las Ideas. 1600-1950*. México: Fondo de Cultura Económica.
- FICHTE, Johann Gottlieb (1943), *Discursos a la Nación Alemana*. Buenos Aires: Ed. Americalee.
- HELLER, Hermann (1985_a), *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.

- 334 Jorge Edmundo Barbará - Autonomía de la voluntad y la subsistencia del Estado de Derecho
- (1985_b), “Europa y el Fascismo”. En *Escritos Políticos*. Madrid: Alianza Editorial
- KANT, Immanuel (1961), *Crítica de la razón práctica*. Buenos Aires: Losada.
- (1997_a), *La metafísica de las costumbres*. Barcelona: Altaya.
- (1997_b), “Idea de una historia universal en sentido cosmopolita”. En *Filosofía de la historia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Documentos

- Constitución de la Nación Argentina de 1949.
- Carta del Trabajo Italiana de 1927.

Fortalecimiento de la autonomía personal. Tendencia a extender los ámbitos de aplicación

María Cristina Plovanich

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Adjunta de Derecho Privado I y Derecho Privado VII, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Profesora de Postgrado en diversas universidades. Ex Secretaria Académica y Codirectora del Programa de la Enseñanza para la Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC).

1. Introducción

La constitucionalización del Derecho Privado motivó una relectura integradora del Derecho Público y Privado e impulsó la adecuación de la normativa interna con los principios recogidos en la Constitución, acrecentados con la incorporación de tratados, convenciones y pactos internacionales.

En el camino de construcción de protecciones, la Constitución de cada país ha ido trascendiendo las libertades públicas, incorporando derechos inherentes a la condición de persona y creando mecanismos de garantía. Así, el principio de la igualdad constitucional, el denominado principio ontológico del Derecho según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, el derecho de propiedad, el aseguramiento de la privacidad y la inviolabilidad de la correspondencia, etcétera, constituyen principios que penetran en la estructura más íntima del Derecho Privado y exigen a éste su adecuación a ellos.

Del mismo modo actúan los principios generales que la Constitución define como las grandes columnas del plan político del Estado: sistema republicano de gobierno, forma de vida democrática, respeto de la personalidad del ser humano y contribución a su pleno desarrollo que, a no dudarlo, son las fuentes de las cuales emanan los derechos y garantías concretos que la Constitución reconoce en su articulado. Por ello, la doctrina más autorizada en la materia invita permanentemente a una relectura del Derecho Privado a la luz de la Constitución, teniendo en consideración la inserción del Derecho Privado en ese plan político que la

Constitución define y del cual resultan los derechos y garantías que se reconoce de manera explícita o aún implícita (art. 33).

En consonancia con estas ideas, la concepción de marcha paralela entre lo público y lo privado ha variado. En especial no puede dejar de apuntarse que en nuestro Derecho no se duda que: a) la Constitución es una norma jurídica que constituye el sustrato de todo el derecho que se desarrolla a través de la legislación ordinaria (principio de supremacía constitucional sentado por el art. 31, Constitución Nacional); b) por lo que las normas creadas por el legislador no pueden contradecir la Constitución, pues en tal caso serían pasibles de ser declaradas inconstitucionales por los jueces; c) las normas constitucionales pueden ser programáticas o directamente operativas. Estas últimas pueden ser invocadas por los particulares para fundar sus reclamos; d) algunas cuestiones de Derecho Privado están incorporadas a la Constitución desde su sanción en 1853: protección de la privacidad (arts. 19 y concs., CN), de la propiedad (art. 17); reconoce a los extranjeros los derechos de testar, y casarse conforme a las leyes (art. 20). De todos modos, la exteriorización de estas materias de Derecho Privado en la Constitución ha sido parca y su desarrollo ha provenido de la legislación dictada por el Congreso en ejercicio de las atribuciones del artículo 67 de la Constitución Nacional.

2. Influencia de la reforma constitucional de 1994

Sin embargo, aparecen algunas razones que mueven a hablar en Argentina de Derecho Civil o Privado constitucional, las que se vinculan de manera directa con la reforma constitucional de 1994. En efecto, esa reforma incorpora al texto constitucional de manera expresa materias que son propias del Derecho Privado. El artículo 75 incluye un inciso 22 que, en su primer párrafo, incorpora una regla fundamental en materia de fuentes del Derecho al establecer que los tratados y concordatos tienen una jerarquía superior a las leyes. Con lo cual incorpora a la Constitución el criterio que doctrinariamente tenía vasta aceptación pero que la Corte Suprema sólo legitimó a partir del *leading case* Ekmekdjian c/Sofovich¹.

Y finalmente, el mismo inciso 22 del artículo 75 alude a ciertos documentos internacionales que enumera, los que en las condiciones de su vigencia tienen

¹ “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”. En esa ocasión, el alto tribunal dejó sentado que “La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse”. CSJN, 7/07/ 1992, LL, 1992-C-541.

jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Se trata, como se advierte, de los tratados que constituyen lo que se ha dado en llamar el Derecho supranacional de los derechos humanos. Esta incorporación de los tratados a la jerarquía constitucional tiene una relevancia sustancial, de modo que por vía indirecta toda esa temática de Derecho Privado viene a tener ahora jerarquía constitucional.

En síntesis, en Argentina advertimos una constitucionalización de materias del Derecho Privado por reconocimiento directo de nuevos derechos y garantías constitucionalmente amparados y por vía del reconocimiento del rango constitucional de tratados que regulan materias de Derecho Civil.

Esta línea de pensamiento ha sido recogida de manera expresa en los Aspectos valorativos del Proyecto de Código Unificado Civil y Comercial 2012, que incorpora como principio la “Constitucionalización del Derecho Privado”.

3. La dignidad como fundamento

En general los autores encuentran el fundamento de los derechos humanos en la dignidad humana. En expresión de José Castán Tobeñas:

La dignidad humana parece ser el único concepto aceptado de manera universal e incontrovertida como fundamento de los derechos humanos en los textos jurídicos internacionales. En los “Preámbulos” de los Pactos Internacionales (tanto en el de Derechos Civiles y Políticos como en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) se señala textualmente que: “Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente de la persona humana...”. Se puede decir por tanto que la idea de “dignidad” funciona como un “prius” o antecedente lógico respecto de cualquier intento de conceptualización o fundamentación ulterior de los mismos (Castán Tobeñas, 1992: 24).

Nino, para quien es posible pensar en alguna teoría moral que justifique desde fuera del sistema del derecho positivo a los derechos fundamentales, propone tres principios morales fundamentales de los cuales se derivan los derechos básicos. A dichos principios los considera categóricos y *erga omnes*, son: a) de inviolabilidad de la persona: que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos, b) de autonomía de la persona: que asigna un valor intrínseco a la prosecución de planes de vida y c) de dignidad de la persona, que prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o

manifestaciones de consentimiento. Conforme a este último, exaltaría la relevancia de la voluntad o del consentimiento de los individuos: “de este modo, cuando se toma en cuenta la voluntad del individuo perjudicado no se lo está tratando como un mero medio en beneficio de otro”. No se trata, explica Nino, de sostener que la mera voluntad sea el elemento final de la justificación moral de una conducta; hay marcos normativos (prohibiciones, obligaciones, responsabilidades, etcétera) que delimitan la admisión de esa voluntad, por ejemplo que no produzca ciertos daños al sujeto que la emite o a otros vinculados con él (Nino, 1989: 46; 267; 299).

Los derechos fundamentales derivados de los principios mencionados pueden ser caracterizados como derechos subjetivos morales, en el sentido de adscribir a alguien el derecho moral de acceder a una situación que implica un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso y es moralmente erróneo impedir tal acceso. Ya en el derecho positivo, cuando los derechos fundamentales encuentran protección, es posible hablar de bienes jurídicamente protegidos y de la noción de derecho subjetivo jurídico.

Por su parte, Sagüés prefiere ubicar al derecho a la dignidad humana como una manifestación más (pero harto significativa, por supuesto) del derecho a la condición humana (que comprende, a más del derecho a la dignidad de trato, los derechos a la vida, salud, personalidad, nombre, etc.) (Sagüés, 1994).

Peces-Barba define la dignidad “como libertad o autonomía moral”, en la medida en que el hombre no puede realizar sus fines y objetivos... sin esa libertad” (Peces-Barba, 1995). A su vez, Eusebio Fernández García entiende a la dignidad humana como el valor de cada persona, el respeto mínimo a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sean sustituidas por cualquier otro valor social. Utiliza el principio de la dignidad de la persona humana como fuente de los valores de autonomía, seguridad, libertad e igualdad, que son los valores que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos. En su opinión resulta difícil determinar cuándo es vulnerada, siendo necesario para ello analizar el caso concreto en su contextualización (Fernández García, 1996: 60 y ss.). Coincide con Peces-Barba en la necesidad de realizar la conexión entre la dignidad humana y los valores superiores del ordenamiento constitucional, pues en definitiva aquella se plasma y delimita a través de otros valores como la autonomía, la seguridad, la libertad o la igualdad, valores éstos que se encuentran receptados en el concepto de derechos humanos (Peces-Barba, 1984).

Podemos preguntarnos qué función cumple la dignidad en el marco de la aplicación del derecho. Se dice que “es el atributo de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que la que él mismo se da”. Por tanto la autonomía es el fundamento de la dignidad de la persona humana, ser racional; ella no puede ser tratada como un medio sino que debe ser considerada siempre como un fin en sí misma. Sería considerada un medio cuando se atenta injustificadamente contra su autonomía, a su seguridad, su libertad o a su igualdad. Por el contrario, se la trata

como un fin en sí misma cuando se crean normas o instituciones que respetan y garantizan el ejercicio de los derechos humanos.

De los distintos conceptos que brindan los autores citados surge la estrecha vinculación entre la autonomía y la dignidad humana, lo que permite considerar que la primera tiene recepción constitucional y que por consiguiente, también el principio de autonomía privada (manifestación específica de esa autonomía moral genérica) está recogido en la Constitución, ya que en expresión de Díez-Picazo “sólo se reconoce la dignidad de la persona si se le permite autorregular sus marcos de intereses”.

Si bien la constitución argentina no tiene una disposición que de modo directo consagre la dignidad de la persona, de su articulado surge claro el espíritu de resguardo que la misma conlleva, según se desprende de los diferentes artículos que tutelan la libertad, igualdad, arts. 14, 16, 18, 19 que consagra el “principio de reserva” del sistema, las protecciones de orden social que consagra el art. 14 bis, además de los derechos implícitos o no enumerados del art. 33, todo esto reforzado y reafirmado por la incorporación de normas internacionales de derechos humanos, art. 75, inc. 22, en los cuales sí se regula de manera explícita sobre la dignidad humana.

Las constituciones provinciales más modernas han incorporado textos expresos en ese sentido. En el caso de la Constitución de la Provincia de Córdoba lo hace en el art. 4: “La vida desde su concepción, la *dignidad* y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos”. Además, en el art. 18 asegura el goce de todos los derechos y garantías que consagra la Constitución Nacional; el art. 19 enumera una serie de derechos refiriéndose en particular el inc. 3 a la libertad.

4. Significaciones diferentes de conceptos ejes

Como toda ciencia, el Derecho evoluciona y recepta cambios en las concepciones sociales, filosóficas, morales, y también recibe la influencia de tendencias que afloran en otros países y que la globalización impulsa a su recepción; esas modificaciones se ven reflejadas primero en la doctrina y las decisiones judiciales y luego en modificaciones legales.

Es de este modo que el Derecho Civil, que en sus inicios tenía como característica ser un derecho estático, fijo, rígido, está inmerso desde hace algunos años en un proceso de constante relectura de muchas de sus instituciones básicas. Entre los conceptos que han merecido una relectura se encuentran: los de la persona humana, derecho subjetivo, capacidad.

El tema de la persona humana es un tema eje en el Derecho que no puede permanecer ajeno a los avances científicos que impactan en lo cultural y social. Hay nuevas realidades que el ordenamiento jurídico debe regular para reconocerle

facultades que les permitan forjar su proyecto de vida; para ello es necesario circunscribir conceptos, establecer límites, modos de protección y consecuencias para el caso de que se las vulnerara. Desde ya que los tiempos del Derecho no son los mismos que los de la tecnología, la biología, la medicina, etcétera; cuestiones morales, religiosas, económicas, son difíciles de armonizar y eso a veces demora en demasía las repuestas legales.

En estas cuestiones relativas a la persona humana, algunos autores, doctrinarios del Derecho de notable prestigio, critican el Código de Vélez Sarsfield ya que sostienen que la legislación civil vinculó la persona a la familia y a las relaciones civiles. La persona no está tratada en sí misma como sujeto de derecho, sino como integrante de una comunidad: la familia o en las relaciones civiles como acreedor o deudor. El Código privilegia el tratamiento de las personas físicas como miembro de una familia y sujeto de relaciones jurídicas, antes que como individuo (Rivera, 2004: 413 y ss.). De allí, sostienen, que se atribuya tanta importancia al tema de la capacidad, que se vincula con la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas de fuente convencional; y cuando se sufren daños hay mayor preocupación por los daños al patrimonio que a la persona.

Otra línea de pensamiento, entre quienes me incluyo, considera injustas estas críticas. El Código es producto de una época, y al tiempo de la redacción del Código Civil argentino la distinción entre el Derecho Público y el Privado eran tajantes, de allí que debamos tener presente lo que dice Vélez en la nota al art. 2412; los derechos que hacen a la libertad, igualdad, en su concepción los más importantes, debían ser tratados en la Constitución y no en el Código Civil que era un Código dedicado a los bienes con contenido patrimonial. Hay cuestiones que durante años permanecieron inmovibles en la legislación; así, y por razones culturales, la autonomía de la voluntad quedaba reservada para el campo patrimonial, y en las cuestiones atinentes a lo extrapatrimonial imperaba el paternalismo.

En aquella concepción, hoy superada, se identifica la persona con el sujeto de la relación jurídica; se pone el énfasis en el estudio de la capacidad. Expresa Rivera que a partir de las enseñanzas de Savigny, los autores han puesto la atención en la noción de relación jurídica, que algunos definieron inicialmente como relación de la vida con significación para el Derecho que por ello la considera y tutela. El derecho subjetivo y el deber jurídico son contenidos de la relación jurídica, concepto amplio y abarcador de los otros dos. Por su parte, algunos autores han considerado que la noción de situación jurídica sería la más amplia de todas; representativa del modo de estar una persona con relación al derecho. La relación jurídica sería una situación jurídica plurisubjetiva, un modo de estar en el derecho en relación o vinculación con otras personas, y dentro de ellas se comprenden las nociones más estrechas de “derecho subjetivo” y “deber jurídico”. La situación jurídica es un determinado modo o una determinada manera de estar las personas en la vida social, regulada por el Derecho (Diez-Picazo y Gullón). Esas situaciones

pueden ser unisubjetivas o plurisubjetivas. Las unisubjetivas se refieren a la persona en sí misma (mayor o menor de edad; comerciante o sacerdote), o con relación a los bienes (propiedad). Las plurisubjetivas se refieren a situaciones en que actúan más de una persona, y dan lugar a lo que se denomina relación jurídica.

La relación jurídica encuentra su origen en el derecho romano, nace con la idea de potestad sobre una cosa, o una persona que está bajo la potestad de otra, *pater familiae*, potestad marital, *alieni iuris*. No se encuentra en esa época un tratamiento de la persona en sí misma y de sus derechos fundamentales. Se trata de un derecho conservador y paternalista, alejado de los principios constitucionales que hoy imperan.

El significado a atribuir a “personalidad” no es pacífico; se la identifica con la persona; se cree que es la “condición de persona” o se alude a la aptitud que tiene el ente que es persona para adquirir derechos y obligaciones.

La mirada actual sobre estos conceptos estima más apropiado considerar que persona es el “ente que cada uno es”, mientras que la personalidad es la proyección del ente hacia el exterior, la manera de presentarse ante el mundo jurídico (Tobías, 2009: 97 y ss.).

Se admite la existencia de otras situaciones, circunstancias o aspectos de la vida que se estiman relevantes para ser objeto de una regulación jurídica especial tendiente a una particular protección o tutela. Se busca establecer una igualdad real o sustancial a través de la aprobación de nuevas formas de consagración de derechos de la persona, no como individuo sino como perteneciente a un grupo o conjunto de la sociedad (enfermos, ancianos, niños, etcétera). Es lo que se ha denominado “retorno de los estatus” (Alpa, 1993: 202). A los derechos de “la persona” se agregan los “de las personas”, en cuanto pertenecientes a un grupo o conjunto social. Hay un reconocimiento de derechos que no se condice con la idea tradicional de derechos subjetivos. Se reconocen intereses colectivos o difusos, intereses legítimos, simples intereses de hecho; esto conduce a la necesidad de reconsiderar la noción de capacidad jurídica de la persona, sobre bases más amplias que las de capacidad jurídica de las personas, que los de la titularidad de derechos subjetivos.

5. La bioética: autodeterminación

Otro asunto que tiene notable influencia en esta evolución del pensamiento son los descubrimientos e innovaciones en la medicina, la biología, etcétera. Al surgir nuevas posibilidades de investigación o aplicación de terapias en el campo de la salud humana, se hizo necesario el trabajo interdisciplinario, la consulta de jueces y diferentes operadores jurídicos a otros campos del saber, lo que da como resultado el nacimiento de una disciplina diferente: la bioética. En esta última área, son numerosas las cuestiones a considerar, entre ellas las vinculadas con el respeto

a la autonomía de la voluntad y a decisiones ligadas a temas personales, como es la posibilidad de autodeterminarse en lo relativo a los derechos de la personalidad vinculados a la vida y salud. Surgen nuevos términos, autodeterminación, competencia, como modos de expresar autonomía en un área diferente a lo patrimonial.

La autodeterminación supone la habilidad de toda persona para adoptar las decisiones que considere más convenientes en orden al ejercicio de sus derechos personalísimos a la vida y a la salud.

Los marcos normativos amplían la posibilidad de las personas para autodeterminarse; se facilita el acceso a bienes jurídicamente protegidos que emanan de derechos fundamentales y la posibilidad de disponer libremente sobre ellos, siempre que medie consentimiento informado, lo que presupone discernimiento, conciencia y comprensión de las consecuencias de la decisión que se adopta.

En este orden, el concepto de autonomía no es estanco sino que responde a un proceso que se va desarrollando a través de distintas etapas evolutivas de la vida, por lo que debe apreciarse dinámicamente y ser evaluado en cada caso concreto conforme las circunstancias particulares del paciente, sus relaciones familiares, la gravedad de la patología, su diagnóstico y pronóstico, el tipo de tratamiento propuesto y las diversas alternativas al mismo.

6. Recepción de los cambios en las normas de derecho privado

En consonancia con ese proceso, y conforme lo que dispone el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional al regular las atribuciones del Congreso: “(...) legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”, en el derecho privado se han incorporado numerosos instrumentos legales que reconocen la dignidad de la persona humana, una de cuyas manifestaciones es la autonomía de la voluntad. Tienen influencia directa en este aspecto, entre otras, la Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (100 Reglas de Brasilia). La recepción de esa normativa es consecuencia del proceso de constitucionalización que ha experimentado el Derecho Privado, que aspira a conformar un ordenamiento integral que reafirme el ideal democrático y republicano de nuestra Constitución. Esto requiere la armonización del sistema infraconstitucional con los valores del bloque de constitucionalidad que integran los tratados, convenciones y pactos internacionales integrados al texto de la Carta Magna.

En esta oportunidad me referiré en particular a la autodeterminación en relación a niños, niñas, adolescentes, enfermos, afecciones en la salud mental, ancianos; si bien se hará mención a leyes que atañen a personas que no se

encuentran en los rangos mencionados. Se han dictado diferentes normas que fortalecen el respeto a la dignidad y autonomía de la persona humana, a la vez que tienden a concretar la igualdad real o sustancial a través de la consagración de nuevas formas de derechos de la persona. Vale destacar las siguientes: ley 26.061 sobre Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; la ley 26.529 que sanciona los Derechos de los Pacientes; la ley 26.618, que habilita al matrimonio entre personas del mismo sexo; la ley 26.657 de Salud Mental, la ley 26.742 que regula la Muerte Digna, la ley 26.743 de Identidad de Género. En toda esta normativa el principio constante es el respeto a la autonomía de la voluntad, que se explicita como un principio en varios artículos de estas leyes.

Este proceso de la legislación interna se traduce en el reconocimiento y la profundización por parte de la doctrina y la jurisprudencia de principios fundamentales, que permiten propiciar criterios decisorios adecuados para brindar respuesta a situaciones complejas en diversos ámbitos de la vida personal. Nuestros tribunales muestran una actitud de apertura que permite detectar una fuerte tendencia por hacer operativos aquellos principios constitucionales básicos de igualdad, de libre desarrollo de la personalidad, de protección del débil; en definitiva, de la dignidad de la persona, bienes que son vitales para el bienestar general y que el Estado debe proteger interviniendo adecuadamente.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un instrumento internacional de derechos humanos ratificado por nuestro país en 1990, por ley 23.849, que fue elevado a rango constitucional en la reforma de la Carta Magna de 1994. A la luz de este bloque constitucional se vislumbra el surgimiento de nuevos paradigmas. La sanción y promulgación de la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, es una consecuencia directa de ello. La concepción de la infancia que emerge de este nuevo plexo normativo se asienta en dos principios: 1) el reconocimiento de los niños como sujetos titulares de derechos, y 2) el reconocimiento de la niñez como una etapa específica e indispensable del desarrollo humano. Se destacan los siguientes aspectos en virtud de su incidencia en la ley de fondo: deroga la ley 10.903 de Patronato de Menores, y todo su sistema; recepta el interés superior del niño, definiéndolo como “la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley” (art. 3, parte 1ª); establece de manera expresa que el niño es un sujeto de derecho (art. 3 inc. a, y art. 9); reconoce el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta; estatuye el criterio de la capacidad progresiva, como parámetro para graduar la posibilidad del niño de ejercer por sí los derechos que se le reconocen en función de su madurez y desarrollo (arts. 19 inc. a, y 24 inc. b); preceptúa que el niño tiene derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia: el Abogado del Niño (art. 27 inc. c); crea la figura del Defensor de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (arts. 47 y ss).

7. Antecedentes jurisprudenciales

Son numerosos los antecedentes judiciales en los que se niega la autorización solicitada por uno de los progenitores para radicarse con el menor en un país extranjero, ya que, oído el niño, éste expresa su negativa por razones de haber establecido en el país el núcleo de sus relaciones².

Con relación a la situación jurídica en personas con afecciones en la salud mental, resulta emblemático el fallo dictado por un tribunal de Federación, al resolver la restricción de la capacidad de obrar de un joven, ya mayor de edad, afectado de síndrome de down³. El principio que impera en el fallo es el respeto a la dignidad de la persona, por tanto se mantiene su posibilidad de actuar de modo autónomo en aquellas cuestiones que el juez entiende puede el joven realizar por sí. El magistrado, luego de mantener una entrevista personal con el joven, resuelve de modo detallado cuáles son los actos que podrá realizar sin conformidad de curador o asistente y cuáles requerirán autorización de su representante.

En un caso resuelto en 2011 por la sala J de la Cámara Nacional Civil, no se hace lugar a la petición de restablecimiento del vínculo efectuada por la hija de una persona de 89 años, cuyo proceso de declaración de incapacidad estaba en curso, que se negaba a restablecer el vínculo familiar con su hija y con sus nietas. Entre los fundamentos que se exponen, el tribunal afirma que “la revinculación forzada que su hija pretende resultaría imprudente pues, dada su avanzada edad, podría acarrearle perjuicios a su salud moral y física, al perjudicarla emocionalmente”, porque se estima que esa decisión de la anciana “cae bajo la órbita de su autonomía, enmarcada con la libertad de tomar sus propias decisiones con respecto a su vida afectiva y a sus relaciones interpersonales”⁴.

En orden a las situaciones vinculadas a la salud merecen ser tenidos en cuenta dos fallos dictados en el corriente año. Uno de ellos, resuelto por la Corte Suprema nacional, resuelve aceptar la decisión anticipada tomada por una persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, conforme su creencia religiosa – testigo de Jehová–, que deja constancia escrita de su negativa a someterse a transfusiones sanguíneas en caso de que fuese necesario. Lamentablemente es víctima de un hecho delictivo, queda en estado de inconsciencia, y la indicación médica es aplicar esa práctica; la esposa se opone esgrimiendo la existencia de

² “G. L. E. c/ C. M. s/ tenencia de hijo; régimen de comunicación y autorización judicial supletoria” – Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (Buenos Aires) – SALA II – 09/06/2005; “L. L., P. F. y otro c/ V., R. A. s/ autorización” – CNCIV – 10/03/2010, www.eldial.com.ar, 29/04/2010.

³ Juzg. Civ. Com. e Instr. Federación - 18/05/2007; S., J. A. s/ Inhabilitación.

⁴ “R.M., A.E. v. M.D. de R.M., M.E.”, Cám.Nac.Civ. sala J, 28-6-2011. Comentario de María Laura Folgar (2012: 106).

aquella decisión, y ante el pedido del padre del paciente de que se proceda a realizar la transfusión debe dirimirse la cuestión en el ámbito judicial. En el fallo de la Corte Suprema se expresa: “La posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal, y los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada”. Agrega el voto del Dr. Fayt: “Los derechos esenciales de la persona humana – relacionados con su libertad y dignidad– comprenden al señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad y sus creencias trascendentes, que, en cuanto tales y en tanto no ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, gozan de la más amplia protección constitucional que llega a eximirlos de la autoridad de los magistrados”⁵.

El otro fallo resuelve el pedido de una persona mayor de edad, que con el patrocinio letrado de la Defensora Oficial promueve autorización judicial tendiente a obtener la tutela judicial efectiva referente a un “acto de autoprotección” (directivas anticipadas). Relata que la enfermedad que le aqueja desde hace tiempo, “neoplasia pulmonar”, ha avanzado a grado tal que ya presenta metástasis cerebral, lo que denota la gravedad de su actual estado de salud y la posibilidad cierta de ingreso en breve término a un etapa terminal de su enfermedad, que le impediría tomar las decisiones con lucidez y pleno discernimiento, en ejercicio de su autonomía personal. Puntualiza que, habiendo tomado conocimiento de su derecho a rehusar tratamientos médicos que considera invasivos, solicita que se arbitren los medios necesarios para que se dé cabal cumplimiento de sus directivas anticipadas, en el sentido de que su firme deseo es el de rehusar a la intubación, internación en terapia intensiva y otras prácticas invasivas que pueden resultar dolorosas y causar sufrimientos, prolongando la vida sin posibilidad cierta de mejoría con relación a la enfermedad de base; es decir, un firme deseo de no ser sometido a ninguna práctica médica que implique sufrimiento e inútil prolongación de la vida. El tribunal, luego de una valoración medulosa, que incluye entrevista personal con el peticionante, hace lugar al pedido fundado en la normativa vigente al respecto⁶.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Albarracín Nieves, Jorge W., 01/06/2012, ABELEDO PERROT n°: AP/JUR/769/2012.

⁶ ABELEDO PERROT n°: AP/JUR/1755/2012, Juzgado en lo Correccional n° 4 de Mar del Plata, 05/07/2012, T., R. R.

8. Proyecto de Código Civil Unificado 2012

El Proyecto distingue la *capacidad de derecho* de la *capacidad de ejercicio*. Las modificaciones importantes se producen en esta última, a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad.

De allí la flexibilidad de las normas; las permanentes referencias a nociones como “edad y grado de madurez”; la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas; las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones; la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etcétera. En este contexto, se incorpora “el adolescente” y se elimina la categoría de *menor adulto o púber*, adecuando la edad a la modificación operada en materia de mayoría de edad. También se mantiene la noción de *incapacidad*, especialmente para los actos patrimoniales, en protección de estas personas.

El Anteproyecto 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 *autonomía progresiva*, diferenciándola de la capacidad civil tradicional.

En el art. 17 establece que se reconocen Derechos sobre el cuerpo humano.

Distingue entre *menor de edad* y *adolescente* y en el art. 26 expresa: “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”.

Se presume que el adolescente entre trece (13) y dieciséis (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

En relación a las restricciones a la capacidad de ejercicio por afecciones en la salud mental mantiene lo dispuesto por la ley 26.635, en cuanto a que la regla es la capacidad; lo excepcional es la incapacidad. Reconoce a estas personas el derecho a recibir información, participar en el proceso; el propio afectado está legitimado para pedir su incapacidad o capacidad restringida; el art. 37 dispone que la sentencia debe determinar el régimen para la protección, asistencia y promoción

de la mayor autonomía posible, puede designar el propio curador; contraer matrimonio con dispensa judicial.

9. Reflexión final

Creo que cabe aun formular interrogantes acerca de los derechos fundamentales:

- ¿Cómo hacerlos efectivos?
- ¿Es suficiente el cambio normativo?
- ¿Cómo facilitar el cambio cultural que esto requiere?
- ¿A quiénes alcanzan las obligaciones que de ellos se derivan?

La efectividad de las normas legales depende de diversos factores. Uno de ellos es el cambio cultural que acompañe y acepte la vigencia de los nuevos paradigmas. Deben preverse medidas conducentes a ello, y dar la más amplia difusión de los recursos que ofrece la legislación entre la población en general. Paralelamente, debe atenderse a la formación y capacitación de operadores jurídicos, personal administrativo y, en forma ampliada, de todo el colectivo de actores sociales que puedan colaborar como agentes de cambio.

Bibliografía

- ALPA, G. (1993), *Status e capacità, la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma-Bari: Ed. Laterza.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1992), *Los derechos del hombre*. 4^o edición. Madrid: Reus.
- NINO, Carlos S. (1989), *Ética y derechos humanos*. 2^o edición. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- FERNÁNDES, García Eusebio (1996), “La dignidad de la persona”. Comisión n^o 1 del *Congreso Internacional sobre La persona y el Derecho en el fin de siglo*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- FOLGAR, María Laura (2012), “Discapacidad y autonomía de la voluntad en cuestiones de familia”. En *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N^o 2012-1, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- PECES BARBA, Gregorio (1984), *Los valores superiores*. Madrid: Ed. Tecnos.
- (1995), *Curso de Derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-BOE.
- RIVERA, Julio C. (2004), *Instituciones de Derecho civil. Parte General*. T 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- SAGÜÉS, Néstor P. (1994), “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, *Jurisprudencia Argentina*, 1994-IV-904.

348 María Cristina Plovovich - Fortalecimiento de la autonomía personal. Tendencia a extender los...

TOBIÁS, José W. (2009), *Derecho de las Personas, Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, 1° edición. Buenos Aires: La Ley.

La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía: el debate que no fue ¹

Hugo Omar Seleme

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Investigador Adjunto del CONICET. Profesor Titular de la Cátedra de Ética de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de la Maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho (UNC). Profesor visitante del Master of Laws in International Law del Heidelberg Center for Latin America y de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Director del Simposio de Ética y Filosofía Política. Codirector del Seminario de Ética, Filosofía Política y Derecho Constitucional del CIJS. Sus actuales líneas de investigación son la justicia global, la legitimidad política y la ética de las profesiones jurídicas.

I. Introducción

El proyecto de reforma del Código Civil ha introducido múltiples innovaciones en la regulación de las relaciones de familia. Mi impresión es que salvo excepciones puntuales, la discusión del proyecto de reforma sobre la base de consideraciones morales ha estado ausente o ha sido unidireccional. Aunque en el seno de las facultades de derecho han existido ámbitos de discusión de los fundamentos ético-políticos de la reforma –el Programa de Ética Pública, Filosofía Política y Derecho de la UNC es un ejemplo²– este debate no ha sido lo suficientemente intenso como para permear la sociedad civil ni lo suficientemente plural como para incluir todas

¹ Agradezco a Eugenia Gómez del Río, Myriam Consuelo Parmigiani y María Isabel Yaya la oportunidad de exponer y discutir mis ideas. Igualmente debo gratitud a Adriana Dreyzin y Adriana Zavatti, quienes compartieron en su oportunidad el panel de debate. Debo un especial agradecimiento a María del Carmen Cerutti, Guillermo Lariguet, Cristian Fatauros, Adriana Vercellone, Andrea Balabán, Ercilia Adén, Anna Richter, Romina Frontalini, Santiago Truccone, Lucrecia Aceto, Andrea Fasoli, Josefina Ferreyra, Florencia Rodríguez Nasuti, Melisa Amayusco y Alejandra Nader. Todos ellos ofrecieron lúcidos comentarios y sugerencias que espero hayan ayudado a mejorar el texto.

² Este programa depende de la cátedra de Ética de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. El mismo articula múltiples proyectos de investigación individual.

las perspectivas. La falta de intensidad del debate unido a la magnificación de algunas voces en desmedro de otras ha contribuido a configurar en la sociedad la idea de que no existe nada moralmente relevante para discutir porque, o bien los asuntos abordados son en sí mismos irrelevantes, o bien no existen acerca de ellos posiciones morales divergentes.

El presente trabajo pretende ser un estímulo para activar el debate ético-político que hasta ahora ha estado ausente. Para alcanzar este objetivo abordo sólo uno de los temas sobre los que el proyecto ha introducido modificaciones –el referido a la gestación por sustitución o maternidad subrogada– y presento una posición que creo que hasta ahora ha estado ausente o silenciada en el debate público. Aunque, como no podría ser de otro modo, creo que el argumento moral que voy a ofrecer en contra de la maternidad subrogada es correcto, mi objetivo es más incitar a la deliberación pública que buscar adeptos para mi propia causa. Que algunas opiniones sean minoritarias –aun si se trata de las mías– no es algo que me parezca políticamente problemático. Lo que me parece preocupante –y es lo que pretendo contribuir a remediar– es que algunas opiniones no sean escuchadas simplemente porque no hay una deliberación en curso o porque sólo tienen acceso al debate quienes previamente comparten una misma opinión.

II. La incorporación de la maternidad por subrogación

El libro II del proyecto de reforma incorpora en su título V, que lleva el rótulo “Filiación”, la figura de la maternidad subrogada. En su artículo 562 señala:

El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

La maternidad por subrogación es una de las técnicas de procreación humana que más controversia ética y política ha suscitado. Tal como señala el art. 562 se trata de un arreglo contractual a través del cual los padres subrogados contratan a una mujer con el objeto de que ésta gesté un niño para luego entregárselos al momento del nacimiento. Es un modo de ser padres a través del involucramiento de una tercera parte que cumple el rol de gestante. Existen diversas variantes de maternidad subrogada según quien aporta el óvulo –la mujer gestante, la madre subrogada o una tercera donante–, los espermatozoides –uno de los padres subrogados o un tercero– y según si el acuerdo contractual es oneroso o gratuito.

La variante de “maternidad por subrogación” que más atención ha concitado, y más polémica ha desatado, ha sido aquella en la cual la gestante aporta su propio material genético y lo hace a cambio de dinero. Este tipo de subrogación comercial ha sido profusamente analizado y criticado. Una de las objeciones más usuales a este procedimiento sostiene que trata al cuerpo de la mujer como un objeto sujeto a las reglas del mercado. La mercantilización del cuerpo de la mujer –continúa la objeción– es moralmente incorrecta y, por tanto, también lo es la práctica de la subrogación comercial.

Tal vez sea el carácter altamente controvertido de este tipo de subrogación lo que ha llevado a no admitirla en el proyecto de reforma. Mientras el art. 562 permite y regula la maternidad por subrogación gratuita, el inciso f) excluye la posibilidad de la maternidad por subrogación comercial. Tal como se señala en los fundamentos del proyecto de reforma, de las tres posiciones que con relación a la maternidad subrogada existen en el derecho comparado –prohibición, permisión y regulación– el art. 562 se inclina por la última.³ No es ni una prohibición absoluta –ya que en ciertas circunstancias la maternidad por subrogación gratuita es permitida– ni una permisión absoluta –ya que la maternidad comercial no es permitida en ningún supuesto.

El tratamiento que se hace de la maternidad por subrogación en el proyecto de reforma presenta dos dificultades preliminares que es necesario poner de manifiesto. La primera reside en que bajo el título “filiación” han sido abordados una serie de asuntos vinculados a las relaciones entre padres e hijos, no todos referidos a la filiación. Específicamente, el art. 562 trata de modo simultáneo dos asuntos que deben ser cuidadosamente distinguidos. El primero se refiere a la determinación de la filiación en los casos de maternidad por subrogación. El segundo, a las condiciones en que es permisible la utilización de la maternidad como subrogación como mecanismo para la procreación. Que se trata de dos asuntos diferentes queda claro cuando se advierte que pueden existir razones morales para

³ Fundamentos del Anteproyecto de Reforma, pág. 95.

reconocer jurídicamente el vínculo de filiación del hijo con sus progenitores, aun si no existen razones morales para permitir jurídicamente el acto a través del cual se ha producido la procreación. Así, por ejemplo, es perfectamente posible afirmar que no existen razones para permitir como mecanismo de procreación las relaciones sexuales con una menor de 16 años y a la vez afirmar que existen razones para reconocer –en algunos supuestos– el vínculo de filiación entre el hijo así concebido y su padre. Que existan razones para reconocer el vínculo de filiación entre el niño y su padre, no implica que también existan razones para considerar al acto por el cual se procrea –en este caso, el estupro– como legalmente permitido.⁴

En una confusión semejante incurre el proyecto. En los fundamentos, al enumerar las razones por las que se permite la maternidad por subrogación, se afirma:

Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como “turismo reproductivo”); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres (Comisión de Reforma, 2012: 95).

Del hecho de que existan niños gestados por maternidad subrogada en el extranjero, y de que existan razones morales para que nuestro ordenamiento jurídico reconozca el vínculo de filiación entre los subrogantes y el niño –debido a su interés superior–, se concluye que existen razones para que la maternidad subrogada sea permitida jurídicamente como medio de procreación.

Las otras dos razones que se ofrecen en los fundamentos del proyecto para justificar la permisión de la maternidad subrogada no corren mejor suerte. Haciendo referencia a estas razones adicionales dicen los fundamentos:

⁴ Las relaciones entre padres e hijos suscitan múltiples cuestionamientos morales. En primer lugar, es posible preguntarse por los fundamentos morales de la paternidad. De lo que se trata aquí es de identificar cuáles son los valores que subyacen a esta práctica para luego, a partir de ellos, determinar quién debería ser considerado como padre o madre en un supuesto concreto. En segundo lugar, se encuentran los problemas vinculados con la determinación y justificación moral de los derechos y deberes que existen entre padres e hijos. En tercer lugar, es posible indagar acerca de si existe un derecho a procrear y, de existir, cuál es el modo correcto de concebirlo. En cuarto lugar, y vinculado con lo anterior, se ubica el problema de si existen medios moralmente correctos e incorrectos de procrear. Por último, en quinto lugar, se encuentra el problema de cuál es el modo moralmente correcto de diseñar las instituciones públicas que regulan la procreación, la paternidad y la filiación.

Por otra parte, el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista ni la prohibitiva podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición (Comisión de Reforma, 2012: 95).

No es claro por qué la Comisión ha pensado que sería inconsecuente permitir a los matrimonios del mismo sexo la adopción y no permitirles –ni a ellos ni a los matrimonios heterosexuales– recurrir a la maternidad subrogada. Mientras que la adopción es un instituto especialmente dirigido a la protección de niños ya engendrados, la maternidad por subrogación es un procedimiento de procreación.⁵ Por otro lado, la apelación a la seguridad jurídica y a la regulación de conflictos parece inadecuada o asentarse en la confusión entre regulación de la filiación y los medios de procreación antes señalada. La posición permisiva que adopta el código no posee ninguna ventaja –en lo que respecta al valor de la seguridad jurídica– sobre la posición prohibitiva. Los individuos saben a qué atenerse y la seguridad jurídica está garantizada tanto si de modo claro y preciso se prohíbe como si se permite la maternidad subrogada. Si la norma es públicamente promulgada y no contiene lenguaje vago o ambiguo, sea su contenido permisivo o prohibitivo, la seguridad jurídica ha sido satisfecha. Igualmente inadecuada es la apelación a la

⁵ Herbert T. Krimmer ofrece dos razones para considerar equivocada la analogía entre adopción y maternidad por subrogación. En primer lugar, considera difícil de imaginar que alguien conciba a un niño con el objetivo de darlo en adopción. Si este fuese el caso, pocos veríamos a tal práctica como moralmente correcta. No obstante, esta es exactamente la situación que se da en la subrogación. La gestante decide crear una vida humana con el objeto de luego entregarla a otro. En segundo lugar, aun si la adopción y la subrogación fuesen semejantes, esto no basta para realizar un argumento por analogía a favor de la permisibilidad moral de la subrogación. No es cierto que en cualquier circunstancia dar un hijo en adopción sea moralmente correcto. Los motivos que los padres tienen para ofrecer un hijo en adopción determinan que ésta sea o no moralmente permisible. Nos parece que un padre que entrega a su hijo a otra pareja simplemente porque quiere que ésta satisfaga su deseo de tener un hijo, no se ha comportado de un modo moralmente correcto. En este caso nos parece que el niño está siendo utilizado como un medio para satisfacer los fines de otros. Pero esto es exactamente lo que sucede en el caso de la maternidad por subrogación (Krimmer, 1983: 36).

regulación de los conflictos. La comisión parece haber tenido en mente los conflictos que inevitablemente se presentarían con respecto a la filiación –aun si la maternidad por subrogación estuviese prohibida– y ha pensado que la permisión y regulación ayudaría a proteger a los menores. Sin embargo, no ha advertido que lo que brinda protección a los menores es el modo en que se regula la filiación en caso de maternidad por subrogación y que esto no puede contar como una razón para permitir dicha práctica.

La confusión entre el hecho de que existan razones morales para reconocer legalmente la filiación por subrogación con el hecho de que existan razones morales para permitir legalmente la maternidad por subrogación no es la única dificultad que presenta el proyecto. La segunda dificultad se encuentra vinculada a las razones morales que han conducido a la Comisión a no permitir la maternidad por subrogación comercial. Las tres razones expresadas en los fundamentos para permitir la maternidad por subrogación –que esta técnica es practicada legalmente en otros países y que ya han nacido niños gracias a ellas cuyos intereses deben ser atendidos, el reconocimiento legal de las personas del mismo sexo, y la seguridad jurídica que se logra a través de la regulación– no ofrecen ningún sustento a la exclusión de la maternidad por subrogación comercial que adopta el proyecto. De modo que el único camino que queda abierto es intentar conjeturar acerca de las razones que han fundamentado la regulación diferenciada de la subrogación gratuita y la comercial.

La razón usualmente esgrimida para no permitir la maternidad por subrogación comercial está vinculada con el respeto por la gestante. Permitir que las mujeres “alquilen sus vientres” implica tratar a la mujer –específicamente a su cuerpo– como si fuese un mero objeto. La mujer es tratada como una “incubadora” cuyo uso es rentado. Generalmente el modo de expresar esta queja consiste en señalar que permitir este tipo de prácticas implica “mercantilizar” el cuerpo de la mujer, tratándola como una mercancía. El modo de evitar la “mercantilización”, se sostiene, consiste en prohibir la celebración de contratos de gestación por subrogación en los que la gestante recibe alguna contraprestación económica. Es lógico concluir que si el problema es la “mercantilización”, la solución consiste en permitir sólo aquellos arreglos que son gratuitos. Esta, puede conjeturarse, es la razón que justifica que el proyecto sólo permita la subrogación gratuita.

Sin embargo, más allá de que el argumento suena plausible, incurre en una confusión. Ésta consiste en equiparar dos problemas diferentes: el de la “cosificación” del cuerpo de la mujer y el de su “mercantilización”. Si lo que parece moralmente inadecuado es que el cuerpo de la mujer sea usado como un mero objeto –como una incubadora– la solución no puede consistir en permitir dicho uso sólo a título gratuito. La mujer es “cosificada” aun si el uso de su cuerpo se realiza sin que ésta reciba ninguna contraprestación. Si esta fuese la razón para no permitir la

subrogación comercial, entonces también existirían razones para prohibir la subrogación gratuita.⁶

Si no es el riesgo de “cosificar” a la mujer, ¿qué razones pueden encontrarse en el proyecto para la regulación diferenciada de ambos tipos de subrogación? Pienso que lo que subyace al proyecto es una concepción del cuerpo humano según la cual éste sólo es apto para ser objeto de donación. Haciendo suya esta concepción, señala el art. 17: “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”.⁷ Así, por ejemplo, si alguien pretende ofrecer sus órganos a otro individuo para que le sean trasplantados es necesario que tanto quien entregue los órganos como quien los reciba vea en este acto una donación. Quien ofrece una recompensa económica a otro para que éste le entregue partes de su cuerpo, y quien entrega sus órganos movido por intereses que no son meramente altruistas, actúan de modo moralmente incorrecto.

¿Qué justifica esta concepción del cuerpo sobre la que descansa el proyecto? Dado que los redactores del proyecto no han ofrecido las razones morales que la sustentan, sólo queda conjeturarlas.⁸ Pienso que las razones que justifican esta concepción del cuerpo como objeto de donación tienen que ver con el *status* de sujeto autónomo. El único modo en que la entrega de algo tan íntimo como el propio cuerpo no menoscabe el *status* de sujeto autónomo que posee quien lo entrega, es si esta entrega es un acto de liberalidad no motivada por incentivos o recompensas sobre las que otro individuo tiene control. La exigencia de que los motivos sean meramente altruistas tiene este fundamento. Se trata de garantizar que la decisión de entregar el propio cuerpo sea fruto del ejercicio incondicionado de la autonomía individual. La existencia de incentivos positivos –económicos, sociales, etc.– o de

⁶ Este argumento a favor de la prohibición de la maternidad por subrogación ha sido esgrimido por algunas pensadoras feministas (Corea, 1985; Rothman, 1989; Brazier, 1998; Ber 2000). El Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología (CECTE) ha evaluado estas consideraciones, pero ha juzgado que el mejor modo de enfrentar los peligros denunciados por las feministas consiste en la regulación de la maternidad por subrogación en lugar de su prohibición (CECTE, 2003: 6).

⁷ El CECTE ha propuesto una versión revisada del art. 17 que señala: “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales” (CECTE, 2012: 2). Las modificaciones introducidas, no afectan la concepción subyacente del *status* que posee el cuerpo humano.

⁸ Existen razones que no son de índole moral para favorecer un esquema gratuito de transferencias de órganos. Estas tienen que ver, por ejemplo, con el descenso en el suministro de órganos. Este efecto ha sido corroborado empíricamente en Irán, donde actualmente existe un esquema comercial de transferencia de órganos.

356 Hugo Omar Seleme - La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía: el debate que no fue condicionamientos negativos –pobreza, exclusión, etc.– amenazan con entregar el control de la decisión sobre el propio cuerpo a otros. El modo moralmente correcto de disponer del propio cuerpo –dado el *status* de sujeto autónomo de quien entrega– consiste en verlo como un objeto de donación.

Luego de haber puesto de manifiesto las dos dificultades preliminares que presenta el proyecto –la confusión del problema de la regulación de la filiación con el de la regulación de la maternidad por subrogación, y el hecho de que no estén explicitadas las razones que han conducido a permitir sólo la subrogación por motivos altruistas–, es tiempo de ocuparnos del asunto de fondo. En la sección siguiente ofreceré un argumento moral en contra de la maternidad subrogada.

III. Un argumento en contra de la maternidad por subrogación

El modo en que se aborda el problema de la maternidad por subrogación está directamente vinculado con la doctrina filosófica de la que se parte. Las más relevantes en el debate contemporáneo han sido las posiciones liberales, comunitaristas o feministas. Aunque el argumento que voy a ofrecer es de índole liberal, puede ser de utilidad esbozar un mapa de las diferentes concepciones.

Según el comunitarismo, la autonomía reproductiva sólo es moralmente valiosa cuando se dispone de alternativas valiosas entre las cuales elegir. Adicionalmente, el comunitarismo afirma que el valor de las opciones viene dado por cierto marco cultural que les confiere sentido (Sandel, 2007; Murray, 2002). Una consecuencia de estas premisas es que aquellas opciones reproductivas que son ajenas a determinado marco cultural carecen de valor para los individuos y su elección no debe encontrarse protegida por el derecho a procrear. La autonomía puede ser utilizada para elegir entre las opciones definidas como valiosas por el marco cultural, pero no para cuestionar o redefinir dichas opciones. Sobre la base de este argumento, las posiciones comunitaristas han condenado moralmente a la maternidad por subrogación por considerar que las nuevas opciones que abre carecen de valor dado el marco cultural existente. Esta nueva técnica sería un modo de redefinir las opciones reproductivas de una manera que es ajena al marco cultural de la sociedad.

En contraposición con las corrientes comunitaristas, las posiciones feministas, en general, han estado a favor de la ampliación de las opciones disponibles para la mujer a través de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, un grupo de feministas han sostenido que el aumento de las opciones disponibles puede contribuir a aumentar antes que a disminuir la opresión que sufren las mujeres. Esto puede suceder porque contribuyen a presentar como normales cursos de acción – las técnicas de reproducción asistida– que son altamente costosos para las mujeres. Al presentar una alternativa excepcional como normal contribuyen a

aumentar la presión para que las mujeres las adopten sin considerar los costos que implican (Sherwin, 1987; Brazier, 1998).⁹

Las posiciones liberales han coincidido en líneas generales con la idea de que respetar la autonomía implica no interferir con cualquier decisión reproductiva que no dañe a terceros, incluido el feto.¹⁰ Las vertientes de liberalismo más igualitarias han agregado que el compromiso con la igualdad implica garantizar el acceso a los medios de reproducción asistida para aquellas parejas que no pueden reproducirse por el mero intercambio sexual (Harris, 1998).

El argumento que voy a ofrecer en contra de la maternidad por subrogación se enmarca en los postulados liberales y se funda en el valor de la autonomía. Específicamente, pretendo ofrecer razones que justifican sostener que realizar este tipo de práctica es moralmente impermisible. Estas razones, argumentaré, deben sopesarse a la hora de determinar el modo en que las instituciones públicas regulan este tipo de interacciones.

Una dificultad que presenta la determinación de cuáles son los límites que una posición liberal puede fijar al derecho a procrear o de la autonomía reproductiva viene dada porque un principio central a la tradición liberal—el del daño a terceros—no es apto para aplicarse a las decisiones reproductivas. La razón de esto proviene de lo que es conocido en filosofía moral como el problema de la no-identidad.¹¹ Este problema determina que sea irrelevante el interés superior del niño, o el principio de no dañar al niño que será engendrado a través de las decisiones reproductivas. Contrario a lo que parece presuponer el art. 562 del proyecto, a la hora de fijar los límites de la autonomía reproductiva, el principio de no dañar al niño carece de aplicación.

Para advertir el problema de la no-identidad un ejemplo puede ser de ayuda. Imaginemos que un matrimonio celebra un acuerdo para que el óvulo de una donante fecundado con el espermatozoides del marido sea gestado en el vientre de una tercera mujer. Supongamos que de este procedimiento surge “Juana”. ¿Existe algún modo en que “Juana” podría haber sido dañada por el procedimiento de maternidad por subrogación utilizado para crearla? O dicho de otro modo, ¿tiene

⁹ Otros argumentos esgrimidos por el feminismo han estado vinculados con la degradación del cuerpo de la mujer a la calidad de mero objeto que puede ser vendido, alquilado o regalado y con la errónea introducción del lenguaje de los derechos y deberes en una relación madre-hijo que debería ser simbiótica y no adversarial.

¹⁰ El principio de daño a terceros se debe a John Stuart Mill (1863). El principio afirma que: “(...) el único propósito por el cual puede ser correctamente ejercitado el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada en contra de su voluntad es evitar el daño a otros (...)” (Mill, 1863: cap. 1 parág. 9).

¹¹ Se trata de un problema clásico en filosofía moral sobre el cual llamó la atención por primera vez Derek Parfit (1987).

la consideración moral de no dañar a “Juana” alguna relevancia para determinar si el procedimiento de maternidad subrogada es permisible?

Para afirmar que “Juana” ha sido dañada tendría que ser posible comparar dos situaciones o estados de cosas. La primera situación estaría dada por las características que habría tenido su existencia si el proceso de maternidad por subrogación no hubiese tenido lugar. La segunda situación es aquella en la que “Juana” de hecho vive, esto es, aquella en la que ella existe debido al proceso de maternidad por subrogación. Sólo si es posible sostener que la primera situación es mejor para “Juana” que la segunda, es posible afirmar que “Juana” ha sido dañada. Sin embargo, esta comparación es imposible de realizar. Dado que “Juana” sólo existe porque sus padres tomaron la decisión de llevar adelante el proceso de maternidad por subrogación, si este proceso no se hubiese dado “Juana” no existiría. En consecuencia, la primera situación es inconcebible. No es posible identificar qué características habría tenido la existencia de “Juana” sin la decisión reproductiva de sus padres, ya que sin esta decisión “Juana” no existiría.

Si los padres de “Juana” hubiesen decidido procrear por un procedimiento diferente al de la maternidad por subrogación –y hubiesen tenido éxito–, un individuo habría sido engendrado y tal vez su existencia tendría ciertas características superiores a la existencia de “Juana”. No obstante, una cosa sería cierta: este individuo no sería “Juana”. Su material genético, por caso, no sería idéntico al de “Juana”, dado que en su caso el óvulo provino de una donante. Sin duda que podríamos afirmar con sentido que la vida de este segundo individuo –llamémosle “Juan”– generada por mecanismos sexuales es mejor o peor que la de “Juana”. Pero lo que no podemos hacer es comparar la situación de “Juan” con la de “Juana” como si se tratasen de una misma e idéntica persona. En consecuencia, aun si la vida de “Juan” –engendrado sin el recurso de las técnicas de reproducción asistida– fuese mejor que la vida de “Juana” –engendrada por medio de la maternidad por subrogación–, no podríamos sostener que “Juana” ha sido dañada.

Ahora bien, si los intereses de la persona a ser engendrada son moralmente irrelevantes para fijar los límites a la autonomía reproductiva, éstos deben buscarse o bien en consideraciones personales referidas a otros individuos diferentes al feto o en consideraciones morales impersonales. Algunos filósofos morales han explorado la primera de estas alternativas –por ejemplo, sosteniendo que dada la superpoblación existente apelar a técnicas de reproducción asistida sería moralmente injustificado–; no obstante, creo que sólo se percibe el carácter moralmente incorrecto de las técnicas de reproducción asistida en general y de la maternidad por subrogación en particular una vez que se presta atención a las consideraciones morales impersonales en juego.

De lo que se trata, entonces, es de establecer si existe algo intrínsecamente disvalioso en estos medios de reproducción. ¿Existen técnicas de reproducción que sean moralmente incorrectas, con total independencia de que no dañen a la persona

concebida o a terceros? ¿Existen técnicas de reproducción que vulneren algún valor moral? Muchas personas consideran que no existe nada incorrecto, y lo hacen fundados en un argumento por analogía. Si es valioso donar partes de nuestro cuerpo para salvar la vida de otros ¿por qué no sería valiosa una práctica que permitiese a la subrogante donar el uso de su útero y/o sus óvulos para donar la vida a un nuevo ser humano? El caso a favor de la maternidad por subrogación parece poderoso si uno acepta –como es mi caso– que la donación de órganos en ciertas circunstancias es moralmente permisible y encomiable.

Creo que este argumento por analogía es equivocado y que poner de manifiesto su error ayuda a percibir dónde reside el mal moral de la maternidad por subrogación. Específicamente, considero que nuestras intuiciones con respecto a la donación de órganos con el objeto de salvar la vida de un individuo y nuestras intuiciones respecto de la donación de partes del propio cuerpo o del uso del propio cuerpo para crear un nuevo ser humano no se encuentran alineadas. Para verlo, un caso hipotético puede ser de ayuda.

Imaginemos que “Shelley” es creada a través de la donación de órganos de diferentes individuos. Uno dona un brazo, otro una pierna, y así sucesivamente. Todos tienen la intención de que “Shelley” sea generada y no los mueve el afán de lucro. “Shelley” no será un monstruo sino que tendrá una vida digna de ser vivida. Como he señalado, carece de sentido preguntarse si ha sido dañada por este procedimiento ya que, de no haberse dado, ella no existiría. ¿Hay algo inmoral en el proceso? Pienso que sin dudas nuestra respuesta intuitiva será afirmativa.

Esto basta para mostrar que no consideramos moralmente equivalente los procesos que tienen por objeto donar órganos con el objeto de salvar una vida, a los procesos de donación del propio cuerpo para crear una vida. Pero ¿qué tienen de diferentes ambas circunstancias? ¿Qué es lo que nos parece moralmente incorrecto en el proceso de creación de “Shelley”, una vez que excluimos el daño a ella o a terceros? Pienso que la respuesta debe buscarse en las exigencias morales impersonales que surgen del valor de la autonomía. No se trata de exigencias de respetar la autonomía de nadie –estas serían exigencias personales– sino de exigencias que se siguen de considerar que los seres humanos somos individuos autónomos sobre los que nadie está autorizado a ejercitar control.

Una vez que tenemos en mente que el individuo a ser procreado es un individuo autónomo, la pregunta por si existen medios de reproducción moralmente objetables puede ser vista desde una nueva óptica. De lo que se trata es de establecer cuáles son los medios moralmente adecuados de crear un individuo sobre el cual nadie está habilitado a ejercer control. La respuesta que sugiere el caso de “Shelley” es que debe tratarse de un proceso que no se encuentre bajo el control de otros individuos. Lo que nos parece inadecuado en el caso de “Shelley” es que el proceso de ensamble de las diferentes partes de “Shelley” necesariamente debe encontrarse bajo el control de alguien ya que no puede producirse naturalmente.

Esto explicaría una intuición que muchos individuos comparten: la de que los mecanismos moralmente correctos para procrear son sólo los mecanismos biológicos naturales. Lo que subyace a esta intuición no sería una concepción metafísica de índole teleológica según la cual todos los procesos humanos deben orientarse de modo de perseguir el fin que es acorde con la naturaleza humana. No se trata de afirmar que dada la naturaleza metafísica del ser humano, el intercambio sexual entre parejas de diferente género es el único proceso cuyo fin propio es la procreación. Es el hecho de que el proceso biológico de procreación no se encuentre bajo el control de nadie, lo que lo vuelve moralmente apto para generar a un individuo sobre el cual nadie estará autorizado a ejercitar control.

En consecuencia, mientras más alejado se encuentre el mecanismo de procreación de los mecanismos naturales –sobre los cuales nadie tiene control– mayor será su objetabilidad moral, en tanto será menos adecuado para crear a un individuo cuya autonomía requiere que no se encuentre sometido a la voluntad de nadie. Las técnicas de reproducción asistida que reducen al mínimo la interferencia en el proceso de procreación natural y crean un individuo que podría haber sido generado por dicho proceso, son moralmente menos reprochables que aquellas que son altamente intrusivas o crean un individuo cuya generación no podría haberse producido mediante procesos naturales.

Dado que no existe ninguna posibilidad de que a través del proceso de procreación natural el óvulo fecundado de una mujer sea gestado en el vientre de otra, esto muestra que dicho proceso se encuentra bajo el control de algún individuo. Aunque aquí se crea un individuo que podría ser fruto de un proceso natural –si el óvulo fecundado de la mujer hubiese sido gestado en su útero–, la interferencia en el proceso de procreación es sustantiva y por lo tanto la práctica es altamente objetable. No sucede lo mismo con el óvulo que es inseminado artificialmente y es gestado en el vientre de la propia mujer. En este caso, a través del proceso de procreación natural podría haberse producido la situación de que el óvulo fecundado de una mujer sea gestado en su vientre, y por tanto la interferencia aunque existe no es tan grande como en el caso anterior. Adicionalmente, aquí se crea un individuo que podría ser fruto de un proceso natural. Los casos en donde el individuo obtenido no podría haber sido fruto de un proceso natural –por ejemplo, individuos mejorados con características supra-humanas–, y donde la interferencia en el proceso natural de procreación es absoluta –por ejemplo, a través de cultivo de óvulos, selección de espermatozoides, manipulación genética, etcétera– son altamente impermisibles.

Creo que este modo de concebir el proceso de procreación –como uno sobre el que nadie debe ejercer control– se corresponde con una concepción normativa de paternidad según la cual el hijo debe ser visto como un don. Tal como señala Michael Sandel (2007), mientras nos parece bien elegir a nuestra pareja y amigos por sus características, no nos parece bien elegir a nuestros hijos por las características que poseen. Nos parece correcto ver a nuestros hijos como un don,

como algo dado, no fabricado ni diseñado. Pienso que la razón por la que consideramos como constitutivo de la relación de paternidad al deber de aceptar a los hijos como un don, es el principio moral que he identificado según el cual el modo adecuado de crear a un ser humano sobre el que nadie está autorizado a ejercer control es uno sobre el que ningún ser humano tenga control. Nos parece adecuado que los padres vean a sus hijos como un don porque este es el modo de verlos una vez que nos resistimos a controlar su proceso de creación. Nos parece moralmente correcto que los padres acepten a sus hijos con las características que les han tocado –y no con las que querrían que tuviesen– porque nos parece que el proceso moralmente correcto de crearlos es uno sobre el que nadie –ni siquiera sus progenitores– deberían tener control.

Lo señalado no implica tomar partido por una concepción implausible de la paternidad según la cual los padres no deben tener control sobre la decisión de procrear. Según esta concepción de paternidad los padres no deberían planificar, por ejemplo, cuántos hijos tener o cuándo tenerlos, sino que deberían aceptar tantos como viniesen y cuando viniesen.¹² Creo que una vez que uno distingue la decisión de procrear del proceso de procreación, se vuelve claro por qué el deber de no controlar el proceso de procreación no implica el deber de no controlar la decisión de procrear. El problema con la procreación humana reside en que tanto los que procrean como los procreados son sujetos autónomos. El modo de respetar el *status* de sujetos autónomos de los padres consiste en exigir que éstos tengan el control sobre su decisión de procrear, esto es, sobre su decisión de ser o no ser padres. El modo de respetar el *status* de sujeto autónomo del niño a ser creado consiste en exigir la utilización de un proceso de procreación o constitución biológica cuyas secuencias no sean controladas por nadie. El proceso que satisface estas exigencias es el proceso de procreación natural.¹³

¹² Adriana Vercellone y Cristian Fatauros han formulado una crítica a la concepción de paternidad que defiende, sosteniendo que se encuentra comprometida con este deber de no controlar el hecho de ser padres. En su opinión, quien acepta la concepción de paternidad que he propuesto –que implica que los padres no deben tener control sobre el proceso de procreación del niño– debe también aceptar que los padres tienen el deber moral de no controlar la decisión de procrear. Dado que este último deber de no controlar la decisión de procrear continúa la objeción, también debe serlo el deber de no controlar el proceso de procreación.

¹³ Ercilia Adén ha llamado la atención sobre las diferentes exigencias morales que se aplican según uno crea o no que el feto es persona humana. El argumento que he ofrecido no toma partido sobre este asunto y está dirigido aun a aquellos que consideran que el feto no es todavía persona. El argumento se refiere a las exigencias morales que se aplican al proceso de procreación, esto es al proceso de creación de una persona. Una vez que la persona existe, entonces nuevas exigencias morales –fundadas en el interés del niño– tienen cabida. Así, mientras más temprana sea la configuración del feto como persona, menos prolongado será el proceso de procreación al cual se aplican las consideraciones morales que he formulado.

IV. Un argumento de índole política

Hasta aquí lo que he ofrecido ha sido un argumento de índole moral para considerar incorrecta la práctica de la maternidad por subrogación. No obstante, esto todavía no dice nada acerca de cuál es el modo correcto de diseñar las instituciones públicas. Para un Estado liberal, a diferencia de uno perfeccionista o moralista, la mera inmoralidad de una conducta no ofrece razones para desincentivarla mediante el diseño de las instituciones públicas. La razón de ello radica en que dichas instituciones poseen carácter coercitivo y, por tanto, su aplicación sobre individuos que se ven a sí mismos en el dominio público como si fuesen autónomos sólo se encuentra justificada cuando dichas instituciones no tienen por objetivo promover concepciones sobre las cuales individuos autónomos pueden razonablemente desacordar, o se encuentran fundadas en ellas.

Puesto que individuos que se conciben a sí mismos como autónomos pueden desacordar en cuestiones morales –acerca de cuál es el modo correcto de llevar adelante la propia existencia– del mismo modo que pueden hacerlo acerca de cuestiones metafísicas o religiosas, tales consideraciones no son aptas para justificar ni para ser promovidas por las instituciones públicas coercitivas. Si el argumento que he ofrecido se encontrase fundado en consideraciones sobre las cuales pudiese existir desacuerdo razonable, entonces no tendría ninguna relevancia a la hora de evaluar o diseñar las instituciones públicas y debería quedar circunscrito a la evaluación de las conductas personales.

No obstante, pienso que este no es el caso y que el argumento ofrecido es apto para justificar el diseño de las instituciones públicas. La razón de esto reside en que se encuentra fundado en consideraciones que ningún sujeto que se conciba a sí mismo como autónomo puede razonablemente rechazar. El argumento que he ofrecido acerca de la incorrección de la maternidad por subrogación no se encuentra fundado en una concepción religiosa –como por ejemplo, aquella que señala el valor sagrado de la vida humana– o en una concepción metafísica –por ejemplo, acerca del comienzo de la vida humana–, sino en una concepción de autonomía sobre la cual sujetos que se conciben a sí mismos como autónomos no pueden desacordar.

Quien acepte que a la hora de diseñar nuestras instituciones públicas es valioso que nos concibamos como sujetos autónomos sobre los cuales otros no están autorizados a ejercer control, debería igualmente aceptar que la maternidad por subrogación es incorrecta y debería ser desincentivada por las instituciones públicas. Los límites de la autonomía reproductiva, en este supuesto, son fijados por el mismo valor de la autonomía. Este modo de limitar la autonomía es uno de los más acordes con los postulados liberales. Así, por ejemplo, el Estado no permite los contratos de esclavitud porque vulneran la autonomía de quien autónomamente se vende como esclavo y no permite la realización de decisiones autónomas que vulneran a terceros porque afectan su autonomía. Si el valor de la autonomía

confiere relevancia no sólo a consideraciones personales –referidas al propio individuo que adopta la decisión autónoma o a terceros– sino también a consideraciones impersonales –tal como las que he puesto de manifiesto en el caso de la procreación–, el ejercicio de la autonomía debe estar limitado por ambas. El ejercicio de la autonomía reproductiva debe satisfacer las consideraciones personales –que señalan, por ejemplo, que la madre no puede adoptar la decisión autónoma de gestar niños por un tiempo indefinido– y las impersonales –referidas al procedimiento adecuado de procreación.¹⁴

El proyecto de reforma parece haber tenido en cuenta los límites a la autonomía reproductiva que surgen de las consideraciones personales –por ejemplo, restringiendo el número de subrogaciones que una gestante puede realizar–, pero ha pasado por alto que el valor de la autonomía también confiere relevancia a consideraciones impersonales. Son estas últimas consideraciones las que determinan que la autonomía reproductiva no abarque el derecho a utilizar el procedimiento de maternidad por subrogación. El modo correcto de procrear a un sujeto autónomo –sobre el cual nadie estará autorizado a ejercer control– es a través de un proceso sobre el que nadie ejerce control, esto es, un procedimiento natural.

V. Conclusión

El gran debate de moralidad política que debería haberse dado alrededor de la reforma del Código Civil y Comercial ha estado ausente. Las razones que ofrece el fundamento del proyecto de reforma para permitir la maternidad por subrogación en algunos casos no son concluyentes y en otros son del todo irrelevantes. Si el argumento que he ofrecido en contra de la maternidad por subrogación es correcto, existen razones de moralidad política para revisar lo que ha sido establecido en el proyecto. La utilización del procedimiento de maternidad por subrogación no

¹⁴ La autonomía reproductiva puede concebirse de modo negativo o positivo. Quienes la conciben como correlacionada con un deber negativo, afirman que se trata de una protección frente a la interferencia de terceros en la decisión personal de procrear. Según esta concepción, un individuo es libre de procrear, y su derecho a procrear no se encuentra vulnerado cuando es posible para él decidir y llevar adelante sus decisiones reproductivas sin la interferencia de terceros. La concepción positiva, en cambio, correlaciona la autonomía reproductiva con un deber de asistencia. No se trata de un derecho que protege en contra de los impedimentos u obstáculos que otros pueden generar, sino de uno que manda facilitar. El deber de facilitamiento puede entenderse de modo amplio o restringido. Según la variante restringida, la autonomía reproductiva requiere asistir para quitar aquellos impedimentos que seres humanos sanos no tendrían. En este caso asistir en la reproducción es análogo a curar. De acuerdo con la variante amplia, asistir equivale a brindar a los individuos potencialidades que exceden aquellas que poseen los seres humanos sanos. En este caso asistir en la reproducción no es equivalente a restaurar o curar sino a mejorar. Lo señalado posee relevancia con respecto a las parejas homosexuales cuyo impedimento para procrear no se debe a nada análogo a una enfermedad.

364 Hugo Omar Seleme - La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía: el debate que no fue debería ser permitida por nuestro sistema jurídico. Dicho procedimiento no respeta el valor de la autonomía, que ocupa un lugar central en nuestro sistema político.

El compromiso del Estado liberal con el valor de la autonomía determina que deba promover y proteger aquellos medios de procreación que son adecuados para engendrar un sujeto sobre el que nadie estará autorizado a ejercitar control. He argumentado que los únicos medios que satisfacen esta exigencia son aquellos que no se encuentran bajo el control de ningún individuo sino que se desenvuelven siguiendo una secuencia biológica natural. Por supuesto, que el Estado no asista y desincentive a quienes deciden llevar adelante prácticas que no respetan el valor de la autonomía es perfectamente compatible con regular los derechos filiatorios de los niños así concebidos. Es perfectamente posible que la normativa establezca que la práctica de la maternidad por subrogación es impermisible –y, como consecuencia, no permita la habilitación de instituciones que lleven adelante este procedimiento y castigue a quienes los realizan–, y al mismo tiempo regule la filiación de los niños creados a través de la misma. Pienso que es precisamente esta confusión entre regulación de la filiación y regulación de los medios de procreación lo que ha dado un fundamento espurio a la permisión de la maternidad por subrogación.

Bibliografía

- BER, Rosalie (2000), “Ethical Issues in Gestational Surrogacy”. En *Theoretical Medicine and Bioethics*, 21: 153–69.
- BRAZIER, Margaret (1998), “Reproductive Rights: Feminism or Patriarchy?”. En Harris, John y Holm, Soren (eds.), *The Future of Human Reproduction: Ethics, Choice and Regulation*. Oxford: Clarendon, pp. 66-76.
- COMISIÓN DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (2012), *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*.
- COMITÉ NACIONAL DE ÉTICA EN LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (2012), “Propuesta de redacciones alternativas a los Artículos 17, 19, 57, 58 y 564”.
- COMITÉ NACIONAL DE ÉTICA EN LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (2003), “Comentarios sobre tres proyectos que intentan regular los usos de las técnicas de reproducción asistida”.
- COREA, Gena (1985), *The Mother Machine*. New York: Harper & Row.
- HARRIS, John (1998), “Rights and Reproductive Choice”. En Harris, John y Holm, Soren (eds.), *The Future of Human Reproduction: Ethics, Choice and Regulation*. Oxford: Clarendon, pp. 5-37.
- KRIMMEL, Herbert T. (1983), “The Case against Surrogate Parenting”. En *The Hastings Center Report*, 13 (5): 35-39.

- MILL, John Stuart (1993 [1863]), *Utilitarianism, On Liberty and Considerations on Representative Government*. London: Dent.
- MURRAY, Thomas H. (2002), “What Are Families for? Getting to an Ethics of Reproductive Technology”. En *The Hastings Center Report*, 32(3): 41–45.
- PARFITT, Derek (1987), *Reasons and Persons*. Oxford: Clarendon Press.
- ROTHMAN, Barbara K. (1989), *Recreating Motherhood: Ideology and Technology in a Patriarchal Society*. New York: W.W. Norton.
- SANDEL, Michael (2007), *The Case Against Perfection: Ethics in the Age of Genetic Engineering*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- SHERWIN, Susan (1987), “Feminist Ethics and In Vitro Fertilization”. En *Canadian Journal of Philosophy*, Supplementary (13): 276–284.

PARTE VII

**DISCUSIONES EN TORNO A LA
REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA**

Procesal de familia. Principios incluidos en el Proyecto de Código Unificado Civil y Comercial ¹

María Virginia Bertoldi de Fourcade

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Abogada, escribana y especialista en educación superior. Profesora Titular de Derecho Privado I, Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Consulta de la Universidad Blas Pascal. Investigadora categorizada I. Ex becaria del gobierno de Canadá para investigación sobre derechos humanos y derecho procesal de familia. Autora y directora de libros y publicaciones especializadas en derecho privado, derecho de familia y derecho procesal de familia. Profesora de posgrado en las Universidades Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba. Profesora de la Maestría en Derecho Procesal en la Universidad siglo XXI. Miembro del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba como Vocal de la Cámara de Familia de Primera Nominación de la ciudad capital. Representante del fuero de familia en el Consejo Directivo de la Escuela Judicial de la Provincia de Córdoba “Centro Ricardo N. Núñez”.

1. El conflicto de familia y el derecho procesal

Un ámbito en el que las modificaciones sociales, en la última década del siglo XX y en la que transitamos del XXI, es innegable es el de la familia; ello ha llevado a visibilizar cuestiones antes no judicializadas y a poner en primer plano el conflicto familiar. En consecuencia, el abordaje lleva a transitar desde el derecho sustancial hacia el derecho formal. En materia de derecho de familia los aspectos materiales y formales del derecho están especialmente imbricados, y por ello el Código Civil de Vélez Sarsfield y las leyes que lo complementaron y actualizaron han contenido en su texto normas adjetivas². Esta perspectiva debe fortalecerse en la actualidad

¹ En adelante nos referiremos al proyecto como Proyecto o Pto.

² Así, por ejemplo, el Código Civil vigente se ocupa de aspectos procesales al tratar la “declaración de demencia” (art. 140 y ss. CC); el trámite de divorcio y su prueba (arts. 205, 215, 232, 236 CC); la competencia territorial en materia de estas acciones y las de alimentos (arts. 227 y 228 CC). Respecto a estas últimas también se fijan pautas relativas al trámite y al efecto de los recursos (art. 374/5/6 CC).

con miras a garantizar el ejercicio efectivo de derechos reconocidos por el Bloque Constitucional (art. 75, inc. 22 CN), en lo que se ha dado en llamar la “constitucionalización del derecho de familia”. Por lo tanto, se impone definir formas de litigio que se adapten a las particularidades y a los especiales intereses involucrados en el conflicto familiar.

El Proyecto que nos ocupa desarrolla también la “constitucionalización” de los principios procesales que, incorporados al derecho de fondo, han de operar como mandas para el legislador local a la hora de disponer normas adjetivas; asimismo, son mandatos para los jueces cuando deben fijar derroteros para dar respuesta en las causas que se presenten en la órbita de las acciones de estado de familia³ y en las acciones de ejercicio de los derechos que del estado civil dimanar⁴. En efecto, las reglas establecidas como indicadores mínimos deben atenderse en estos procedimientos en todo el territorio nacional.

En correlativo respeto de la organización federal de nuestra República, que mantiene en las provincias la potestad de organizar su administración de justicia, el Proyecto se abstiene de imponer formas organizativas para los tribunales. Ello no obsta a que, como anticipamos, se establezcan principios o pautas generales que han de ser norte tanto para la regulación adjetiva como para el trámite del litigio de familia.⁵ Se ha dicho que

es sabido que las normas procesales no se encuentran ubicadas exclusivamente en los códigos de procedimiento y en las leyes de organización y competencia de los órganos judiciales. También las hay en la Constitución Nacional, en las constituciones provinciales, en los códigos de fondo a que se refiere el art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional y en los ordenamientos jurídicos nacionales y provinciales de diversa índole (Palacio, 1994: 30).⁶

³ La acción de estado es una petición jurisdiccional dirigida a obtener un pronunciamiento judicial sobre el estado de familia: declara, constituye o extingue un estado de familia. V. gr. acciones de divorcio, reclamación o impugnación de filiación, adopción, nulidad de matrimonio.

⁴ Las llamadas “acciones de ejercicio”, por su parte, persiguen lograr ejercitar derechos o el cumplimiento de los deberes que resultan del estado de familia (v. gr. alimentos, cuidado, guarda, comunicación).

⁵ Es dable advertir la diferencia entre la noción de “tipo o sistema procesal” y la de “principios”. Los “tipos o sistemas” son estructuras diseñadas por la ley para organizar los tribunales en atención, generalmente, del derecho sustancial a operar; no se muestran en forma pura y se los enuncia como duplas contrapuestas (inquisitivo-dispositivo; oral-escrito; de única o de doble instancia) y se relacionan de diferentes maneras con los distintos principios.

⁶ Así, por ejemplo, el Código Civil velezano se ocupa de aspectos procesales al tratar la “declaración de demencia” (art. 140 y ss. CC); el trámite de divorcio y su prueba (arts. 205, 215,

Se entiende que, de conformidad al sistema federal adoptado por la Constitución, la atribución de regular el procedimiento pertenece en principio a las legislaturas provinciales en virtud del texto de los arts. 67 incs. 12, 5, 7 y 121, CN. No obstante, “las facultades de las provincias para legislar en materia procesal deben ser entendidas sin perjuicio de las normas de ese carácter que puede dictar el Congreso con el fin de asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo” (Palacio, 1994: 42). Por ello “el poder de las provincias no es absoluto pues tampoco cabe desconocer las facultades del Congreso para dictar normas procesales cuando sea pertinente asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo” y “existe un vasto sector de normas procesales cuya sanción no podía reconocerse a cada una de las provincias sin riesgo de desnaturalizar instituciones propias del denominado derecho substancial o material”, aunque alerta sobre la dificultad de trazar una neta línea divisoria (Palacio, 1994: 45). En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que

si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimiento, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar.⁷

En este punto el Proyecto que nos ocupa es novedoso pues fija, de manera sistematizada, las pautas que han de regir el procedimiento familiar; reconoce de esa manera la existencia de un derecho procesal de familia, cuya autonomía científica y legislativa ya no se discute, lo que será aplicable en todo el territorio de la Nación.

Lo verdaderamente nuevo en el Proyecto es, entonces, el diseño que, siguiendo el criterio metodológico planteado por toda la propuesta en el Libro Segundo, Título VIII, inicia el tratamiento de la materia con disposiciones generales (Capítulo I); se ocupa de las acciones de estado y sus caracteres (Capítulo II); de las reglas de competencia (Capítulo III) y de las medidas provisionales (Capítulo IV).

En esta oportunidad nos ocuparemos del Capítulo I, que trata de las “Disposiciones generales” que serán aplicables a los procesos en los que se controvierta

232, 236 CC); la competencia territorial en materia de estas acciones y las de alimentos (arts. 227 y 228 CC). Respecto a éstas últimas también se fijan pautas relativas al trámite y al efecto de los recursos (art. 374/5/6 CC).

⁷ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 138, pág. 157; t. 136, pág. 154.

la materia familiar; ello sin perjuicio de derivar otros aspectos a las regulaciones legales específicas (art. 705 AP). Los principios se plasman en forma de directivas u orientaciones que se dirigen al juez o al legislador a la hora de dictar o aplicar el derecho y responden a fórmulas constitucionales clásicas que han ido evolucionando y adoptando nuevas perspectivas derivadas de cambios operados en la sociedad y de la especificidad del derecho de fondo a actuar.

2. Procesal de familia

La inclusión sistematizada de normas de naturaleza adjetiva, como vemos, es totalmente ajena al código velezano; encuentra su antecedente más próximo en el Proyecto de Código unificado de 1998, aunque se limitaba a destacar los caracteres de las acciones de Estado y el efecto de la sentencia, sin eludir a principios procesales ni a otras instituciones, como lo hace el proyecto actualmente considerado.⁸

El derecho sustancial familiar, desde esta nueva perspectiva, requiere que se respeten las directivas que se fijan como patrones ineludibles que debe seguir el proceso.

En el Capítulo inicial se pone énfasis en que las normas deben interpretarse de modo que se facilite el *acceso a la justicia*. Se apunta, asimismo, a la *solución pacífica del conflicto familiar* (706, 2º párrafo).

La tutela a los derechos de la infancia y la juventud se plasmó en su texto al incluir el deber dar preeminencia al *interés superior de niños, niñas y adolescentes* en los conflictos que los afecten. Esta regla ha sido tomada en las reglamentaciones legales, sustanciales y formales⁹, de las normas constitucionales convencionales (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y se trasunta en la amplia aceptación jurisprudencial¹⁰ de dicha directriz (706, 4º párrafo).

⁸ Ello se encontraba en el LIBRO TERCERO. De las relaciones de familia. TÍTULO X. De las acciones de estado de familia y de los procesos sobre cuestiones de familia.

⁹ Así se plasma en la ley n° 26.061, art. 3, y en su correlato provincial, ley n° 9.944.

¹⁰ En tal sentido, el art. 3 de la ley 26.061 explica que el interés superior del niño contempla la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la ley. El interés superior del menor es el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (SCBA, Ac. 92.267, sent. del 31-10-2007). Así como que “La atención primordial al ‘interés superior del niño’ a que alude el art. 3 de la

Además de atender a la infancia y adolescencia, se considera la situación *de personas vulnerables* (v. gr. personas mayores con capacidad restringida que estén en condiciones de formar un juicio propio), que también tienen derecho a ser escuchadas, según las circunstancias, y cuya opinión deberá ser tenida en cuenta cuando el proceso los afecte directamente¹¹; así lo indica en el art. 706, 2º párrafo y lo destaca el art. 707 Pto. recogiendo las Cien Reglas de Brasilia (año 2008)¹².

Se advierte, asimismo, la recepción de una inquietud reiterada en las propuestas de congresos y otros eventos científicos de Derecho Procesal que insisten en la necesidad de que los Jueces de Familia sean especializados en la materia y cuenten con apoyo multidisciplinario (706, 3º párrafo).¹³

La *especialidad* apunta a reservar la exclusividad de aspectos vinculados a los conflictos esencialmente familiares para los tribunales competentes en la materia, dejando de lado otras cuestiones propias del derecho común, aunque los reclamos se planteen entre cónyuges, quienes lo fueron o parientes.

Convención de los Derechos del Niño, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño” (SCBA, Ac. 87.832, sent. del 28-7-2004). Asimismo, el Proyecto lo replica en otras normas especiales, tales como las relativas a la gestación por sustitución (art. 562); adopción (art. 595); responsabilidad parental (art. 639), entre otras a lo largo del texto.

¹¹ La ley 26.657 adecua la legislación nacional a los principios y tratados internacionales de derechos humanos de los cuales la República Argentina es parte (v. gr. la Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; la Convención Interamericana sobre Discapacidad y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Asimismo, el texto propuesto otorga el carácter parte en el juicio a las personas cuya capacidad puede ser restringida por razones de discapacidad mental (art. 31).

¹² Las Reglas Básicas que la Cumbre Judicial Iberoamericana (2008) elaboró dentro del marco de los trabajos de su XIV edición son referidas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad y se desarrollan los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún, 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada “Una justicia que protege a los más débiles” (apartados 23 a 34).

¹³ Este último aspecto se destaca también en procesos judiciales que, si bien no son propios del derecho de familia, atienden a la situación de las personas y sus derechos fundamentales: v. gr. aquellos en los que se plantea declarar restricciones a la capacidad de la persona humana (arts. 31, 36/7 y 47); o cuando se solicita una dispensa judicial para contraer matrimonio por persona con trastornos que ameriten verificar si cuenta con discernimiento para otorgar el acto (arts. 403 inc. g y 405). En tal sentido, en la Comisión pertinente del XXVI Congreso de Derecho Procesal celebrado en Santa Fe (año 2011), se concluyó la importancia de crear fueros especializados y se puso acento en el necesario auxilio multidisciplinario para resolver los conflictos de familia.

En este aspecto, por ejemplo, el Proyecto de Código que revisamos ha discriminado los efectos del divorcio de lo que es materia propia de los daños y perjuicios que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil; al remitir a las normas pertinentes se evidencia que lo reclamado no tiene su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona del que se dice acreedor de reparación.

En una segunda dimensión la “especialización” se vincula a la idoneidad de los operadores tanto en lo jurídico como en sus perfiles personales.

La *multidisciplina*, a su vez, significa que los tribunales que actúen la materia familiar deben contar con gabinetes de apoyo y con colaboración de médicos, psicólogos, asistentes sociales y otros profesionales cuya formación sea adecuada a los fines que se pretendan alcanzar.¹⁴ En este aspecto es dable señalar que las nuevas instituciones incorporadas al régimen patrimonial del matrimonio y en los efectos del divorcio y el fin de la unión convivencial tornarán necesario también el aporte de profesionales en las ciencias económicas (v. gr. arts. 441, 442, 524 y 525).

Postular la *solución pacífica del conflicto familiar* (706, 2º párrafo) determina que se derive la trascendencia de la *conciliación* y de la *mediación* como formas alternativas de arribar a una resolución consensuada; la inmediatez y la personalidad, que se predicen en el diseño postulado, tornan posible que el órgano jurisdiccional facilite el acuerdo en los procesos que involucran cuestiones de familia.

La conciliación como facultad de los jueces de fijar audiencias para promover avenimientos o transacciones (conforme art. 36 CPCCN, 58 CPC Córdoba, art. 40 ley 7.676) está prevista especialmente en algunos pasajes del Proyecto¹⁵.

Las soluciones consensuadas dan más alternativas de cumplimiento espontáneo; con igual propósito podría recurrirse a las técnicas de mediación. Ambas modalidades pueden referirse a la totalidad de los aspectos controvertidos o sólo algunas cuestiones.

¹⁴ Dentro de las 100 Reglas de Brasilia ya citadas, se destaca la necesidad de que se adopten medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad y la conveniencia de la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial. Asimismo se señala la importancia de la actuación interdisciplinaria mediante equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial.

¹⁵ Véanse los pasajes citados en la nota 19.

La recepción de los principios referidos responde a la recomendación del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, según se concluyera al punto 2 en la comisión respectiva y a las Reglas de Brasilia ya mencionadas.¹⁶

3. Principios procesales

Podemos señalar que el Proyecto recepta explícitamente los siguientes principios procesales:

- Tutela judicial efectiva.*
- Inmediación y personalidad: oralidad.*
- Buena fe y lealtad procesal: moralidad.*
- Oficiosidad.*
- Reserva.*
- Amplitud probatoria.*

Nos ocuparemos brevemente de cada uno de ellos.

3.1. Tutela judicial efectiva

Esta directriz encuentra reconocimiento en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Comprende la garantía de acceso a la justicia y los principios de concentración y celeridad, ambos incluidos en el de economía procesal, aspecto también vinculado a la necesaria disminución de los gastos del proceso (Bertoldi de Fourcade; Ferreyra de de la Rúa, 1999: 42). Se apunta a dar respuesta en menos actos procesales y plazos más breves; implica la existencia de un juez independiente, imparcial y preconstituido por la ley (art. 18 CN), con respeto del derecho de defensa en igualdad de oportunidades que la contraria (art. 16 CN) y que culmine con una sentencia razonablemente fundada (conf. art. 3 del Proyecto) dictada en un plazo razonable.

Asimismo, la noción alude a las herramientas procesales necesarias y proporcionadas fundamentalmente en procura de asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales (García Sola; Barberio, 2011: 255).¹⁷

¹⁶ De igual manera las Reglas de Brasilia impulsan las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante su trámite. Se señala que la mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.

¹⁷ El Código propuesto prevé especialmente medidas para asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales, además de la que trata en el capítulo respectivo; por ejemplo, en materia de alimentos (arts. 551 y 553).

3.2. Inmediación y personalidad: oralidad

El *principio de inmediación* involucra el de *personalidad*. Se plasman en el Proyecto en diversas normas especiales que concretan una necesaria *oralidad*.¹⁸

La *inmediación* supone el contacto directo entre juez, partes y órganos de prueba, lo que es fundamental en la materia.¹⁹ Este principio requiere *la oralidad*²⁰; sin embargo, aún si el tipo es escrito o cuando no exista adecuación local a estos postulados, en el proceso deben existir momentos de oralidad, a fin de concretar el mandato de que el juez escuche directamente a los involucrados.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado la importancia de este principio; ha señalado que, cuando se debaten cuestiones referidas a menores, debe favorecerse un contacto directo y personal del órgano judicial con éstos y que la eficiencia de la actividad tutelar torne aconsejable una mayor inmediación del juez con la situación de aquéllos.²¹ Como vemos, la *inmediación* se integra con la regla de *personalidad*; ello pues, en asuntos de naturaleza personalísima, se restringe la posibilidad de que la asistencia de las partes ante el juez sea suplida por apoderados.

3.3. Buena fe y lealtad procesal: moralidad

El Proyecto también recoge explícitamente el principio de *moralidad* que, entendido en su forma clásica, refiere a la *buena fe y lealtad procesal* lo que, se advierte, debe impregnar todas las relaciones nacidas del derecho de fondo pues

¹⁸ Se los encuentra a lo largo del abordaje de diversas instituciones del derecho de familia. El juez debe, en materia de *tutela* escuchar al menor, tener en cuenta su opinión y atender a su mejor interés (art. 112); mantener una *entrevista personal con los pretendidos contrayentes que solicitan la dispensa judicial para contraer matrimonio* (art. 404); en el *divorcio, para evaluar el convenio regulador de los efectos del divorcio*, debe citar a una audiencia a los cónyuges (art. 438, 3º párrafo); también es necesario un contacto personal con los involucrados previamente a *declarar la adoptabilidad* (art. 609), lo que también debe hacerse en el juicio de *guarda y adopción* (arts. 613 y 617). Asimismo, si existe desacuerdo *entre los progenitores* respecto a los hijos, el juez debe convocar a una audiencia para resolverla (art. 642).

¹⁹ El Código Civil de Vélez Sarsfield ya lo disponía en algunas materias, tales como el proceso de la guarda preadoptiva y en el juicio de adopción (arts. 317 y 321 CC); asimismo, se requiere comparendo personal de los cónyuges ante el Tribunal en el trámite diseñado para el divorcio y separación por presentación conjunta (art. 236 CC).

²⁰ En este punto es interesante recordar que las 100 Reglas de Brasilia, como forma de facilitar el acceso a la justicia de las personas vulnerables, *propugna la oralidad* de las actuaciones judiciales con la expresa finalidad de mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales y favorecer una mayor celeridad en la tramitación del proceso.

²¹ CSJN “S., E. D. c .B., J. F”. 05/03/2002. *La Ley* 2002-D, 686; “E., M.H.” 06/02/2003. *La Ley Online*. AR/JUR/8542/2003. “B.,R. E.”, 16/03/2004. JA 2004-III, 81.

los derechos deben ser ejercidos de buena fe y en forma regular²². Estos deberes jurídicos pesan sobre las partes y sobre el juez que ha de prevenir y sancionar todo acto contrario al principio de moralidad. De tales postulados han derivado nuevas formulaciones, tales como la de *solidaridad y cooperación* con el tribunal, que se han destacado ya en la valoración de la conducta del demandado renuente a practicarse las pruebas biológicas en los juicios de filiación²³. Este principio comprende, además, la valoración de la conducta procesal de las partes en el juicio, como lo señalan los Códigos procesales (conf. art. 316 CPC y art. 423 CPN), e insta a que se evalúe el desempeño de los involucrados en sus roles familiares.

En doctrina, la *moralidad* del trámite también se proyecta en el principio *clare loqui* (“hablar claro”); esto es, comunicarse mediante un lenguaje claramente comprensible, y así se lo propuso la Comisión al redactar el Proyecto que repasamos²⁴.

3.4. *Oficiosidad*

El principio de *oficiosidad*, meramente enunciado en el art. 706, se explicita en el art. 709. Esta norma establece que en los procesos de familia el impulso procesal

²² Ello resulta expresamente destacado en el Pto. de Código que comentamos, en los arts. 9 y 10. El primero consagra el principio de buena fe, señalando que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Asimismo se proscribe el abuso del derecho al expresar: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. La norma es similar, pero no idéntica a la consagrada en el art. 1071 CC, según texto ley 17.711.

²³ La ley 23.511, “Banco de datos genéticos” de 1987, establece: “art. 4 -(...) La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente (...)”. El Pto. de Código bajo análisis retoma el criterio de la ley citada, ya que señala, en su art. 579 referido a las pruebas genéticas: “En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, *el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente. También se admite la prueba genética post mortem que autoriza la exhumación ante la negativa o imposibilidad de los dos progenitores del causante*” (art. 580).

²⁴ En los fundamentos que preceden a las normas proyectadas se destaca que, en su redacción, se ha utilizado un lenguaje sencillo para facilitar la lectura tanto a los abogados como a quienes no lo son. Se agrega que se ha procurado omitir frases extensas que dificulten su comprensión para lo cual se fijan sólo reglas mínimas de interpretación.

está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente y que ello no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

Esto supone que las causas se impulsan oficiosamente; se puede coleccionar prueba de oficio y dictar, en determinados casos, medidas urgentes.²⁵ Asimismo, las medidas provisionales relativas a la persona pueden ser dispuestas sin petición de parte.

La idea de un juez director del trámite encuentra su correlato en materia de acciones de estado en las que se encuentra comprometido el orden público, tal como acontece en las acciones de filiación y adopción,²⁶ ya que se autoriza expresamente a que este juicio pueda ser “iniciado de oficio” (art. 616 del Proyecto).

El nuevo texto reconoce, además, otras situaciones en las que el juez competente en familia puede actuar oficiosamente. Así, puede promover lo que corresponda cuando tenga noticia de un hecho que motive la apertura de una tutela (art. 111); en materia de alimentos, puede imponer al obligado incumplidor medidas razonables para asegurar la eficacia de la resolución y también puede hacerlo ante la reiteración de incumplimiento en el régimen de comunicación (arts. 553 y 557); si quien pretende acceder al expediente de guarda y adopción es un menor de edad que procura ejercer su derecho a conocer su historia de origen, el juez actuante puede, de oficio, dar intervención a los equipos técnicos (art. 596).

Es dable advertir que esta amplitud alcanza sólo a aquellos asuntos que exceden el mero interés particular de las partes.

En igual dirección, en materia de “convenio regulador de los efectos del divorcio”, el juzgador podrá requerir a las partes que acompañen más elementos para fundar sus propuestas. Ello pues la presentación de un convenio regulador constituye un requisito de admisibilidad de la demanda tanto si se trata de una presentación de divorcio realizada en forma conjunta como si la iniciativa ha sido unilateral, en cuyo caso deberá presentarse una propuesta de convenio y la contraria podrá presentar otra; si con estos elementos no se llegara a un acuerdo, se dictará sentencia de divorcio y la cuestión deberá dilucidarse con posterioridad. Asimismo debe recordarse que tales convenios pueden referirse tanto a aspectos personales de las relaciones entre los padres y los hijos como a cuestiones de contenido exclusivamente patrimonial. Además, con el fin de asegurar la efectivi-

²⁵ Así el art. 579 del Pto. autoriza a disponer pruebas de oficio en el juicio de filiación, inclusive la prueba genética. Las medidas provisionales sobre personas también pueden ser dispuestas de oficio (art. 721).

²⁶ Así se admitía en los artículos 253 y 321 del Código Civil vigente.

dad de lo acordado, el juez tiene potestades para exigir oficiosamente a las partes garantías reales o personales que aseguren el cumplimiento de lo establecido con miras a aprobar el convenio de que se trate (art. 438).

Esta amplitud de poderes del juez se limita cuando se trata de “asuntos de naturaleza exclusivamente económica en las que las partes sean personas capaces”, según reza la norma que comentamos.

3.5. Reserva

El Proyecto de Código enuncia, en los arts. 706 y 708, el tradicional principio de reserva como “acceso limitado al expediente”. Ello así ya que en el conflicto familiar es fundamental preservar la privacidad de los involucrados.

Se tutela entonces el “derecho a la intimidad” que recibió consagración legal en el art. 1.071 bis del Código Civil vigente²⁷ y responde al mandato constitucional contenido en los arts. 19 CN y en el art. 41 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

En el caso que nos ocupa, la referencia a la “intimidad personal o familiar” se encuentra en el Libro Primero de la “Parte General”, Título I, Capítulo III, del nuevo texto legal que trata los derechos de la personalidad, sistemáticamente abordados, y cuya violación constituye una forma de las “afectaciones a la dignidad” de la persona humana.

La reserva de las actuaciones que debe imperar en materia familiar tiene, entonces, especial impacto e importancia en el orden procesal pues constituye una excepción al principio de publicidad de las actuaciones judiciales.

Aunque el art. 708 señala que el acceso al expediente en los procesos de familia está limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso, esto debe entenderse extendido a la privacidad de las audiencias y a la consulta del protocolo para preservar efectivamente el derecho que es su fundamento.²⁸

²⁷ El artículo 1.071 bis fue introducido al texto del Código Civil por la ley 17.711, en el año 1968.

²⁸ En cuanto a la protección de la intimidad, las Reglas de Brasilia destacan la necesidad de brindar reserva a las actuaciones judiciales, cuando el respeto de los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad lo aconseje de tal manera que solamente puedan acceder a su contenido las personas involucradas, limitación que debe extenderse a la imagen en ciertos supuestos. No obstante, se estima que no debe permitirse la toma y difusión de imágenes en relación con los niños, niñas y adolescentes, por cuanto afecta de forma decisiva a su desarrollo como persona. También se destaca la necesidad de dar protección de datos personales de los sujetos en condición de vulnerabilidad, prestando especial atención cuando se encuentran en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado.

En caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro juzgado, se debe ordenar su remisión si la finalidad de la petición lo justifica y se garantiza su reserva.

3.6. Libertad y amplitud probatoria

El Proyecto adopta el *principio de libertad y amplitud probatoria* que alcanza tanto lo que refiere al objeto a probar como a los medios probatorios; lo que involucra, además, al criterio *de flexibilidad y proporcionalidad* de la prueba (art. 710 AP). Se advierte, al repasar el texto que nos ocupa, que en diversas instituciones se pone de manifiesto la amplitud con la que pueden probarse los extremos que se invoquen.²⁹

La ciencia procesal, siguiendo a Morello, abordó al proceso desde una visión solidarista de la carga probatoria, acentuando la efectiva participación de todos los involucrados (Morello, 1991).

Como se advierte que el “hecho familiar” responde a la categoría de los de “difícil prueba” en numerosas ocasiones,³⁰ el código propuesto es coherente con los principios repasados, los planteos de la doctrina, lo resuelto en la jurisprudencia y algunos proyectos de códigos de procedimiento³¹, y por ello deroga en la materia familiar la calidad de “testigo excluido” (art. 309 CPC Córdoba, y art. 427 CPN).

Sin eufemismos, se establece que los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos y se faculta al juez a no admitir la declaración de personas menores de edad según las circunstancias del caso (art. 711). Es decir que aquellos ligados a las partes por vínculos de parentesco y quienes han estado próximos a los involucrados en el conflicto están en condiciones de dar testimonio de lo ocurrido.

²⁹ Así, por ejemplo, se admite todo medio de prueba al declarar restricciones a las personas con discapacidad (art. 34); en supuestos especiales de prueba del nacimiento, muerte y edad de la persona humana (arts. 96 y ss.) o del matrimonio (art. 423); al probar la propiedad de los bienes en el régimen patrimonial del matrimonio de separación de bienes (art. 506); para demostrar la existencia de unión convivencial cuando no se la ha registrado (arts. 511 y 512).

³⁰ Jorge Kielmanovich (1998: 21) señala que el “hecho familiar” por sí mismo es difícil de probar pues sucede “entre cuatro paredes”, muchas veces sin la presencia de testigos o, en su caso, frente a testigos comprendidos en las generales de la ley para con las partes.

³¹ Anteproyecto de Leyes Procesales de organización y procedimiento de los Fueros de Familia CABA (Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Comisión integrada por Angelina Ferreyra de de la Rúa, Jorge Kielmanovich y Nelly Minyerski, Buenos Aires, 2001. Comisión para el Anteproyecto de ley Procesal para el Fuero de Familia para el orden nacional. Comisión integrada idéntica anterior. Buenos Aires, 2002.

El Poder Ejecutivo, sin embargo, agregó a la norma originariamente proyectada un párrafo de difícil justificación, al precisar: “Sin embargo, según las circunstancias, el juez está facultado para no admitir la declaración (...) de parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados”.

Asimismo, en consonancia con las prácticas ya establecidas en el procedimiento de familia y dentro de los principios vinculados a la prueba, se recepta la denominada “doctrina de las cargas probatorias dinámicas” al establecerse que ella recae sobre quien está en mejores condiciones de suministrarla, y se dejan de lado los conceptos tradicionales sobre la distribución de la “carga” de la prueba superando concepciones dispositivas al dar prioridad al conocimiento de la verdad.

4. Conclusión

Se estima que las modificaciones operadas en la sociedad y las diferentes formas de familias que admite con igual jerarquía nuestro orden jurídico constitucional requería que el Código Civil intentara dar respuesta a los problemas concretos, muchos de ellos inéditos, que se presentan en materia de conflicto familiar; para ello se amplía la perspectiva hacia el ámbito del derecho procesal a fin de facilitar las respuestas pacificadoras. Esto exige un abordaje distinto del que se otorga a los asuntos meramente patrimoniales.

En esta materia el rasgo instrumental del derecho adjetivo se perfila como “derecho procesal de familia”, cuya autonomía científica e incluso legislativa tiene gran predicamento en nuestros días. Se recogen los principios que le resultan propios debido a la imbricación que se da entre el derecho sustancial y el formal. Si bien los Códigos de fondo en la materia familiar siempre han contenido en su texto normas adjetivas, este perfil se refuerza a partir de la necesidad de protección de los derechos individuales y familiares desde la óptica de los derechos humanos. Se persigue asegurar su ejercicio efectivo a partir de la impronta que marca el Bloque Constitucional (art. 75, inc. 22 CN).

Nada obsta desde la Constitución a la inclusión de las normas adjetivas proyectadas, ya que “existe un vasto sector de normas procesales cuya sanción no podía reconocerse a cada una de las provincias sin riesgo de desnaturalizar instituciones propias del denominado derecho sustancial o material”, aunque alerta sobre la dificultad de trazar una neta línea divisoria. La propuesta actual respeta las facultades reservadas a las provincias, por lo que se abstiene de imponer formas organizativas para los tribunales, que serán decididas por las autoridades locales (arts. 5 y 31 CN); no se indica un “tipo o sistema” procesal, lo que se refiere al diseño legal y a la organización de los tribunales.

Es valiosa la propuesta pues replica la “constitucionalización” de los principios procesales que resultan operativos a fin de asegurar trato igualitario en todo el territorio de la Nación al fijar rumbo a los operadores en lo jurisdiccional. Aunque

se propugna la conformación de tribunales especiales con apoyo de la multidisciplina, es necesario destacar que, aún en su defecto, las directivas reseñadas deben orientar el procedimiento familiar.

Se reciben criterios sostenidos por la doctrina y la jurisprudencia y las reglas que, desde la praxis judicial, se estiman fundamentales para lograr la igualdad real al equilibrar la situación de los menos favorecidos. Los principios y reglas que se proponen, entonces, procuran que los derechos que se reconocen tengan respuesta en la realidad concretando la reglamentación legal de los mandatos constitucionales referidos al debido proceso.

Bibliografía

BERTOLDI de FOURCADE, María Virginia y FERREYRA de DE LA RÚA, Angelina (1999), *Régimen procesal del fuero de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

GARCÍA SOLA, Marcela; BARBERIO, Sergio J. (2011), *Lineamientos del principio de la Tutela Judicial efectiva. Principios procesales*. Tomo 2. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

KIELMANOVICH, Jorge (1998), *Procesos de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

MORELLO, Augusto M. (1991), "Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba". ED 132- 953. Buenos Aires: Ed. Lib.

PALACIO, Lino Enrique (1994), *Derecho procesal civil*. Tomo I, 2º edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Lineamientos generales de la regulación del matrimonio, divorcio y uniones convivenciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial

Gabriel Eugenio Tavip

Profesor de Derecho Privado VI –Familia y Sucesiones– y Derecho Privado I –Parte General– de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de la Secretaría de Ciencias y Técnica de la UNC y de la Universidad de Barcelona (España). Juez de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba. Especialista en Derecho de Familia, Universidad de Rosario.

1. Introducción

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina¹ que desde julio de 2012 se encuentra en estudio de la comisión bicameral formada especialmente en el Congreso Nacional² prevé cambios, en muchos casos sustanciales, en diferentes instituciones de nuestra realidad jurídica.

¹ El proyecto se viabiliza con el dictado del Decreto n° 191 de fecha 23 de febrero de 2011, en el que el Poder Ejecutivo de la Nación le encarga su elaboración a la denominada “comisión de reformas” integrada por tres de los más prestigiosos juristas del país como son Ricardo Lorenzetti, Helena Highton de Nolasco (miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) y Aida Kemelmajer de Carlucci (ex integrante de la Corte Suprema de la provincia de Mendoza). Una vez finalizado, es presentado con fecha 12 de junio de 2012 al Congreso de la Nación (Mensaje n° 884 del PEN) bajo el nombre de “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”.

² La “Comisión bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” fue creada por Resolución de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (aprobada el día 04/07/2012) y está integrada por “treinta miembros, observando la siguiente composición: quince senadoras/es nacionales y quince diputadas/os nacionales, designados por los presidentes de cada Cámara, respetando la proporción de las representaciones políticas en cada una de las Cámaras”, según lo establece el art. 4.

Dentro de esas modificaciones, son especialmente destacables las introducidas en el ámbito del derecho de las familias en donde el proyecto impacta de manera especial, ya sea reafirmando nuevas maneras de mirar a esta parte del derecho privado –y que ya habían tenido recepción normativa³–, modificando aspectos de algunas instituciones⁴, profundizando cambios en otras⁵, realizando un verdadero giro en su concepción⁶ o introduciendo nuevas regulaciones hoy no previstas⁷.

En el presente trabajo abordaré en primer lugar los fundamentos generales en que se basan los cambios propuestos para pasar luego esbozar los lineamientos generales y básicos en los que el Proyecto se asienta en relación a tres instituciones vinculadas entre sí, como son las modificaciones al régimen del matrimonio y del divorcio, así como la regulación, por primera vez en nuestra legislación civil, de las denominadas “uniones convivenciales”.

2. Sistematización de las normas relativas al derecho de las relaciones familiares

Las normas relativas al derecho de las familias son receptadas en el Libro Segundo del Proyecto de Código Civil y Comercial bajo la denominación “relaciones de familia”, designación acertada ya que pretende ser abarcativa de las diferentes configuraciones familiares que son receptadas en el mismo cuerpo normativo.

Dentro de este libro se desgranar los ocho títulos que contienen los grandes contenidos de la materia y que se detallan a continuación: el matrimonio (Título I); el régimen patrimonial del matrimonio (Título II); las uniones convivenciales (Título

³ Un ejemplo de esto es la confirmación de la posibilidad de *matrimonio entre personas del mismo sexo*, con idénticos alcances que los matrimonios heterosexuales que ya había sido regulada en el año 2010 por la ley 26.618.

⁴ En materia de *parentesco* y *nulidad matrimonial*, entre otras, se realizan algunas modificaciones sin alterar la estructura central de esas instituciones, tal como están diseñadas en la actual redacción del Código Civil.

⁵ Las normas proyectadas en materia de *adopción*, importan una modificación a la luz de los aportes jurisprudenciales y doctrinarios de los últimos años, pero sin una modificación de los sustentos de la institución tal cual diagramada por la ley 24.779 del año 1997.

⁶ Destaco especialmente en este supuesto, las normas proyectadas en materia de *matrimonio* –en especial lo relativo a los efectos y posibilidad de elegir un régimen patrimonial diferente al legal–, *divorcio* –eliminándose un sistema de cuasación del mismo– y en materia de *responsabilidad parental*.

⁷ Las *uniones convivenciales* son receptadas de manera acabada en el proyecto. También se incorporan de manera sistemática y en un capítulo específico normas relativas a los denominados *procesos de familia*.

III); el parentesco (Título IV), la filiación (Título V); la adopción (Título VI); la responsabilidad parental (Título VII) y los procesos de familia (Título VIII).

3. Fundamentación de las reformas proyectadas

La reforma del Código Civil y Comercial tiene un basamento central en el denominado proceso de constitucionalización del derecho privado que desde hace dos décadas⁸ ha impregnado la realidad jurídica de nuestro país de manera cada vez más profunda, proyectándose sobre las prácticas sociales concretas⁹.

Entre los fundamentos centrales para la nueva regulación pretendida, los autores del Proyecto han destacado de manera central el respeto a la igualdad, a la libertad y a la autonomía privada de las personas (Lloveras y Salomón, 2009: 76)¹⁰.

En este sentido, los miembros de la Comisión de reformas expresan con precisión el sentido, alcance y basamento de las modificaciones que se proponen al afirmar que “en materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar”. Luego añaden que “se incorporan normas relativas al matrimonio igualitario y las uniones convivenciales, mientras que se reconoce la filiación por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida y por adopción. Se regulan los efectos del matrimonio igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial”.

Así, el foco desde el que se establece la proyectada regulación está basado en la posibilidad de dar respuesta a diferentes opciones de vida que se presentan en una “sociedad pluralista” y “multicultural”, sin que ello importe la preferencia de una u otra configuración familiar.

De este modo, los habitantes de nuestro país, en ejercicio de su voluntad autónoma, podrán elegir sin injerencias extrañas sus modos de vida en base al

⁸ La constitucionalización del derecho privado tiene un enclave central en Argentina con la reforma constitucional del año 1994, especialmente con la incorporación de una serie de tratados internacionales de derechos humanos al texto mismo de la Carta Magna. Para una mayor profundización recomiendo la lectura de: Julio César Rivera (1994: 30 y ss.); Susana Albanese (1999: 124 y ss.); Pablo Luis Manili (2003) y Andrés Gil Domínguez (2005), entre otros.

⁹ En este sentido se ha expresado que en general “la constitucionalización del derecho privado trata cuestiones de hondo calado cuya respuesta compromete, entre otras cosas, un determinado modelo de sociedad” (De Domingo, 2002: 251).

¹⁰ Los autores entienden que el nuevo derecho de familia vigente desde la sanción de la Constitución del año 1994 privilegia la autonomía de la voluntad-libertad como un principio rector, lo que produce un quiebre que incide primordialmente en lo que denominan un “nuevo orden público familiar”.

principio de igualdad y al respeto a su dignidad que configuran acabadamente el respeto a su intimidad¹¹, bajo la protección que le brindarán las leyes.

El proyecto sigue así las ejemplares directivas que en los últimos tiempos ha esgrimido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sancionar a diversos países de la región por prácticas fácticas y jurídicas que no condecían con los lineamientos de los tratados internacionales de proyección de los derechos fundamentales de las personas¹².

En este sentido la Corte ha entendido que “(...) en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de familia (...). La corte ha establecido que el término ‘familiares’ debe entenderse en sentido amplio, abarcativo a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”¹³.

La revalorización de la autonomía privada, como proyección del art. 19 de la Constitución Nacional¹⁴, también cobra relevancia importante en el Proyecto de

¹¹ El derecho a la intimidad ha sido definido como “el derecho que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda el orden público y la moral pública, no perjudique a otras personas” (Rivera, 1993: 79), o como “el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos” (Cifuentes, 2007: 19).

¹² En este sentido se ha expresado relevante doctrina nacional de los últimos años. Véase Nora Lloveras y Marcelo Salomón (2009); Andrés Gil Domínguez, María Victoria Famá y Marisa Herrera (2006); María de los Ángeles Bonzano de Saiz (2003); Nora Lloveras (2010); Mauricio Mizrahi (1998) y Carolina Duprat (2012_a), entre otros.

¹³ CIDH: Caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. (Par. 142). Para su consulta se puede acceder a la página web de la CIHH: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=385>. Esta misma noción es referenciada por el tribunal internacional en el caso “Formeron vs. Argentina Fondo, Reparaciones y Costas”, resuelto el 27 de mayo de 2012 (párrafo 98). En igual sentido la Corte afirmaba en la opinión consultiva 17-02 que “El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refirió a la titularidad de los derechos consagrados por los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es importante considerar el alcance que tiene el concepto de familia para radicar los deberes y facultades a los que hacemos referencia. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar ‘no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio’”.

¹⁴ El art. 19 de la Constitución de la Nación Argentina dispone que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Código Civil y Comercial y se extiende especialmente dentro del ámbito del derecho de familia¹⁵, lugar en donde tradicionalmente había sido relegado¹⁶.

Esto se verifica de manera profunda en el ámbito del derecho matrimonial, con lo que se dejan de lado las ideas que impregnaban la tradicional mirada de este derecho y que hacían hincapié en un “orden público” estricto e infranqueable a la hora de la regulación de las relaciones jurídicas matrimoniales y familiares y que en los últimos tiempos habían sido objeto de reproche desde numerosos pronunciamientos judiciales¹⁷.

4. Principales reformas en materia de matrimonio

4.a. Aspectos generales

En materia matrimonial el Proyecto de Código Civil y Comercial por una parte mantiene y consolida la nueva concepción que había introducido la ley 26.618¹⁸ del año 2010, al tiempo que plantea ciertas modificaciones a algunos aspectos en materia de impedimentos –se incorporan ciertas reformas que buscan compatibilizarlo con otras normas del ordenamiento civil¹⁹– y en la oposición de la celebración se

¹⁵ Para profundizar sobre el tema de la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho familiar recomiendo la lectura de Nora Lloveras (2011: 1-4); Silvia Morcillo (2011) y Gabriel Eugenio Tavip (2012: 763-787), entre otros.

¹⁶ En este sentido desde la doctrina se ha expresado que “el cuerpo normativo propuesto tiene el gran valor de resguardar la libertad individual, privacidad y dignidad de los sujetos; como así también, al mismo tiempo, logra insertar reglas esenciales que hacen a la solidaridad familiar; priorizando a su vez la defensa de los derechos de los niños, tras la eliminación del juicio contencioso de divorcio” (Mizrahi, 2012).

¹⁷ Ya en el año 1986 la CSJN habló del impacto de la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho matrimonial al habilitar el divorcio vincular cuando no era reconocido legislativamente en nuestro país (CSJN, Caso “Sejean c/ Sejean” 27/11/86, LL 1986-E-647). Por otra parte, desde hace algún tiempo diversos tribunales del país han cuestionado distintos aspectos de la legislación vigente en materia de divorcio (según los postulados de la ley 23515/87), basándose justamente en el lugar que debe dársele a la autonomía privada. Véase CNCiv., Sala B, del 6/5/1999, LL 2000-B-360; “B., R. B. y L., M. A.”, Trib. de Flia. Mar del Plata n° 2. del 17/7/06, R.D.F, 2007 I, págs. 105 y s.s., Edit. Lexis Nexis; CNCiv., Sala L, voto del Dr. Polak, del 15/12/1994 en LL 1996-B-44; Cámara 1° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 11/05/2011, M., R. J. y M., R. B., LLBA 2011 (agosto), 771, JA 18/01/2012, 87, AR/JUR/17962/2011.

¹⁸ La ley 28.618 de matrimonio civil (sancionada el 15 de julio de 2010 y promulgada el 21 de julio de 2010), llamada generalmente de “matrimonio igualitario”, modificó la tradicional concepción de matrimonio como la unión permanente y estable de hombre y mujer para receptor la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo.

¹⁹ Señalo, como un ejemplo, que se elimina la causal de impedimento por ser sordomudo que no sabe darse a entender por escrito, así como que la causal de impedimento por limitaciones a la salud mental se adecua a lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las personas con

readecuan las normas actuales con el objeto de brindar una mejor sistematización del sistema²⁰. Con respecto a la forma de celebración, se realizan ciertas distinciones que se adecuan al nuevo régimen personal y patrimonial del matrimonio²¹ y en relación a las causales de nulidad relativas se elimina por ejemplo la de impotencia –actualmente receptada en el art. 220 inc. 3 del CC–²², entre otras.

Por otro lado, realiza una sustancial alteración al tradicional régimen de deberes y derechos de los cónyuges con una mirada nueva que se proyecta de lleno en la vida matrimonial y se da una mayor libertad a los miembros de la pareja para elegir el régimen patrimonial que los regirá.

Las normas son receptadas entre los artículos 401 y 434 del Título I (Libro Segundo) del Proyecto. Allí se distribuyen los siguientes siete capítulos: 1) “Principios de libertad y de igualdad”; 2) “Requisitos del matrimonio”; 3) “Oposición a la celebración”; 4) “Celebración del matrimonio”; 5) “Prueba del matrimonio”; 6) “Nulidad del matrimonio” y 7) “Derechos y deberes de los cónyuges”.

4.b. La igualdad de tod@s y la libertad de elegir con quién casarse

Como eje central de la regulación legal del matrimonio adquiere relevancia principal lo establecido en el art. 402 que, bajo la denominación “Interpretación y

discapacidad –que con su Protocolo Facultativo fueron aprobados por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006, y ratificadas por Argentina por ley 26.378 del año 2008– y con la ley 26.657 de “Derecho a la Protección de la Salud Mental. Disposiciones complementarias” (Sancionada el 25/11/2010 y Promulgada el 02/12/2010. Publicada en el B.O. el 03/12/10). Así, el art. 405 del Proyecto de CC establece que “en el supuesto del inciso g) del artículo 403, puede contraerse matrimonio previa dispensa judicial. La decisión judicial requiere dictamen previo de los equipos de salud sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes, sus representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente”. Para una mayor profundización sobre el tema de protección de personas con capacidades limitadas véase María Silvia Villaverde (2012) y Carlos Muñiz (2012).

²⁰Por ejemplo, se limitan los legitimados activos para la oposición (ya no lo podrán hacer el tutor o el curador, como en el sistema vigente); por otra parte, en un mismo inciso se incluyen quienes son las personas unidas por parentesco que pueden realizar la oposición y finalmente se unifica en un solo artículo las cuestiones procedimentales que la figura implica.

²¹ Está previsto por ejemplo que el oficial público lea sólo el art. 431 del proyecto que refiere a la asistencia que se deben los cónyuges tal como se transcribe a continuación: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca”.

²² En los fundamentos se explicita que esta supresión de la causal por impotencia se debe a diversas razones ya que “atenta a la dignidad de las personas ventilar este tipo de intimidades en un proceso judicial cuya prueba es invasiva de la intimidad; las causas de la impotencia pueden ser diversas, de carácter objetivas y subjetivas, es decir, con determinada persona y no con otras, todo lo cual dificulta la prueba”.

aplicación de las normas”, especifica con precisión que “ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.

El proyecto sienta así las bases de la regulación del matrimonio, reafirmando dos de los principios generales que campean en todo el Código, como son la igualdad de todos y todas y la libertad, que al ser receptados en esta norma general y abarcativa se constituyen como regla de interpretación que no puede ser vulnerada.

El respeto a la igualdad tiene profundos basamentos constitucionales, principalmente en lo preceptuado en el art. 16 de la CN²³, pero también es referenciado en otros artículos del mismo ordenamiento máximo²⁴, así como es eje central de una serie de tratados internacionales de derechos humanos que forman parte de nuestro supremo ordenamiento jurídico²⁵.

El derecho a la igualdad se verifica no sólo en este principio general establecido por el art. 402 del Proyecto de Código Civil y Comercial, sino también que está presente en la regulación de todas las instituciones relativas al matrimonio y a las diversas relaciones jurídico-familiares²⁶.

Por tal motivo queda vedada cualquier regulación, sea civil o de cualquier otra índole, que brinde una solución diferente teniendo en cuenta el sexo de la persona²⁷, o que limite los derechos por causa de orientación sexual.

²³ El art. 16 de la CN dispone que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

²⁴ Artículos 1, 4, 14, 14 bis, 17, 20, 28, 37, 42, 43, 75 incisos 19 y 23, entre otros.

²⁵ Por ejemplo, de todo el articulado de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer surgen los postulados que mandan a los países legislar evitando cualquier discriminación por sexo; los art. II y XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; diversos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre muchos otros.

²⁶ Por ejemplo, en materia de nombre de los hijos el proyecto prevé en el art. 64 que “El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro”, es decir que se posibilita la libre elección de los padres a la hora de designar el apellido familiar a la prole. Por su parte, el art. 67 permite a cualquiera de los cónyuges llevar el apellido de casado de su esposo/a, dejando de lado la discriminación existente en el que esa elección era sólo para que las mujeres usaran el apellido marital de su esposo (o desde la sanción de la ley 26.618 para los matrimonios del mismo sexo).

²⁷ Así se eliminan en el proyecto la preferencia materna en materia de cuidado de los hijos menores de cinco años presente hoy en el art. 206 del CC, o la figura de la nuera viuda sin hijos del art. 3.576 bis del mismo cuerpo normativo.

Este último aspecto, es decir, el poder decidir con quién conformar la unión matrimonial –con un hombre o con una mujer–, no sólo está protegido por el derecho a la igualdad señalado, sino por el respeto a la libertad de la voluntad que ya había tenido recepción en nuestro sistema con la sanción de la Ley 26.618, tal como ya referenciará²⁸.

4.c. La flexibilización de los deberes personales de los cónyuges

Uno de los grandes cambios que plantea el Proyecto de Código –y que ha suscitado opiniones confrontadas en la doctrina que lo ha comentado²⁹– es el relativo a la flexibilización de los deberes personales de los cónyuges, ya que se suprime el deber de cohabitación al tiempo que la fidelidad adquiere sólo un sentido moral. Cabe recordar que en cambio, en el sistema civil vigente, ambos deberes, junto a la asistencia-alimentos son elementos estructurantes de la institución matrimonial³⁰.

Así, en el Capítulo 7 del Proyecto, en el que se regulan los “derechos y deberes de los cónyuges”, el art. 431 establece que “los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca”, para luego desarrollar en los tres artículos siguientes los deberes alimentarios que tienen los cónyuges entre sí.

Es claro entonces que en el sistema pensado tanto la fidelidad, como el desarrollo de un proyecto de vida en común, se configuran como metas que son esperables de quienes contraen matrimonio, pero que no generan ningún tipo de responsabilidad ante su incumplimiento.

Se vincula de manera clara con el sistema de divorcio incausado que desarrollaré luego, por lo que no será posible sancionar conductas de los cónyuges atribuyéndoles a ninguno la “causa” de la finalización del vínculo matrimonial.

Sólo subsiste un solo deber jurídico que se relaciona con la obligación alimentaria recíproca que tienen los cónyuges durante la convivencia o la separación de hecho (art. 432), o las limitadas situaciones en las que subsiste luego del divorcio (art. 434) –para el cónyuge con una enfermedad grave preexistente o a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos.

²⁸ Para una mayor comprensión del sentido y alcance de la Ley 26.618 recomendamos la lectura de los abundantes trabajos doctrinarios que se publicaron en ocasión de su sanción: Nora Lloveras, Fabián Faraoni y Olga Orlandi (2010); Andrés Gil Domínguez, María Victoria Famá y Marisa Herrera (2010); Ana M. Chechile (2011); Gustavo Bossert (2011) y Francisco Ferrer y otros (2010), entre otros.

²⁹ Diferentes posturas aprobatorias o reprobatorias en relación a este aspecto del proyecto se puede ver en: Graciela Medina (2012, a: 313 y ss.); Úrsula Basset (2012); Jorge Mazzinghi (h.) (2012: 3); Lidia Hernández, Carlos B. Ocampo y Luis Ugarte (2012) y Eduardo José Cárdenas (2012).

³⁰ Véanse los artículos 198, 199 y 200 del Código Civil.

De esta manera, el proyecto centraliza en la “asistencia” al único deber personal derivado del matrimonio. Los otros deberes constituyen ideales a seguir de acuerdo a lo que cada matrimonio decide para su intimidad, instando a los cónyuges a desarrollar un proyecto de vida en común en el que la fidelidad se constituye como un deber de carácter eminentemente moral.

Así se deja de lado todo aquello que hace al ámbito de la intimidad, solución que a mi entender importa un acabado resguardo del derecho a la “libertad personal” e “intimidad personal” y que a la vez implica una clara valla a las acciones directivas del Estado en la vida de las personas³¹.

4.d. La flexibilización en relación a la elección del régimen patrimonial del matrimonio

Otra de las grandes innovaciones planteadas por el Proyecto de Código Civil en materia de derecho matrimonial es la apertura –de manera limitada– del campo de la autonomía privada de los cónyuges a la hora de la elección del régimen que regirá sus relaciones patrimoniales, dejando de lado así el estricto sistema que rige en el actual ordenamiento³².

De esta manera se da cabida a la opinión doctrinaria mayoritaria del país que desde hace varios años proponía la reforma de la regulación limitativa vigente propiciando que se posibilitara a los cónyuges la elección del régimen patrimonial (Kemelamajer de Carlucci, 2000: 137-177; Medina, 2012: 5; Krasnow, 2011: 25-55)³³, que había sido incluida en el proyecto de Código Civil para la Argentina del año 1998³⁴ y que es una constante en la mayoría de los sistemas jurídicos del derecho comparado³⁵.

³¹ Esta posición la he sostenido en el trabajo doctrinario publicado en el año 2012: véase Gabriel Eugenio Tavip (2012: 763 y ss.).

³² Se recuerda que en el sistema hoy vigente las normas de la denominada “sociedad conyugal” están contempladas entre los artículos 1.217 y 1.322, donde se establece un sistema legal y forzoso de comunidad del que los cónyuges no pueden prescindir.

³³ Entre otros números trabajos y ponencias sobre el tema. Se ha expresado en relación a la limitación a la libre voluntad de los cónyuges presente en el régimen vigente que “como aspecto central de la estructura vigente, las normas imperativas que la regulan y la limitación estricta de la autonomía de la voluntad responderían a las necesidades del siglo XIX, pero difícilmente puedan ser mantenidas en la actualidad debido a las notorias diferencias que existen entre ella” (Azpiri, 2012: 12).

³⁴ Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio, Decreto 685/95 - Proyecto “1998”.

³⁵ En la actualidad son escasos los sistemas jurídicos del derecho comparado que mantienen un régimen patrimonial matrimonial en el que no es posible la elección en base a la voluntad de los cónyuges. Entre ellos se encuentra Argentina, Bolivia, Cuba y en algún Estado de México.

En el Proyecto que se comenta, y bajo la correcta denominación “régimen patrimonial del matrimonio”, son receptadas en el Título II del Libro Segundo, donde además se sistematizan todas las normas relativas a la cuestión. De esta manera, no sólo se innova en relación a la posibilidad de elección del régimen, sino que también realiza cambios en numerosos aspectos centrales de la vida patrimonial de los cónyuges³⁶.

Más allá de estipular la posibilidad de elegir entre sólo dos regímenes patrimoniales, se prevén normas comunes a ambos, que según los fundamentos están destinadas “a la protección de los intereses familiares comprometidos”.

Ese “régimen primario” será de orden público, imperativo e inderogable ya que no podrá ser desestimado por la voluntad de las partes (art. 454) y en el mismo se establecen las cuestiones relativas al deber de contribución que tienen los cónyuges entre sí y en relación a sus hijos (art. 455); disposiciones de protección de la vivienda conyugal (arts. 456, 457 y 458); el mandato entre cónyuges (art. 459); la responsabilidad por deudas por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes (art. 461).

Como anticipara, el proyecto brinda la opción de elegir el régimen patrimonial del matrimonio, pero limitando las opciones a dos: el de comunidad –de carácter supletorio³⁷–, cuya regulación está prevista con una extensa estipulación entre los arts. 463 a 504³⁸, o el de separación de bienes, entre los arts. 505 a 508.

La opción podrá realizarse antes de la celebración del matrimonio mediante una convención matrimonial –según lo dispone el art. 446 inc. d)–³⁹ o puede modificarse el elegido después con la condición de que la nueva convención sea

³⁶ Por el objetivo de este trabajo no se pueden agotar aquí las diferentes reformas en materia patrimonial del matrimonio, por lo que sugerimos la lectura entre otros de Graciela Medina (2012_b: 3); Adriana N. Krasnow (2012_a: 106-107) y Roberto Campos (2012: 43).

³⁷ Según el art. 463: “A falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este Capítulo. No puede estipularse que la comunidad comience antes o después, excepto el caso de cambio de régimen matrimonial previsto en el artículo 449”.

³⁸ En las ocho secciones que abarcan el capítulo relativo al régimen de comunidad se incorporan las disposiciones relativas a los bienes incluidos y a las deudas, las formas de gestión de los mismos, las causas de extinción de la comunidad, las cuestiones relativas a la indivisión post-comunitaria y a su liquidación, la forma de realizar la partición.

³⁹ El proyectado artículo 446 establece: “Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) la opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código”.

otorgada por lo menos un año después de la aplicación del régimen patrimonial originalmente elegido (art. 449).

En ambos casos –convención prematrimonial o modificación posterior– deben ser realizadas en escritura pública (art. 448) y sólo producirán efectos frente a terceros en los casos en que sean anotadas marginalmente en la partida de matrimonio (art. 448 *in fine*).

Para concluir con este aspecto de la reforma, entiendo que si bien la propuesta avanza en relación al respeto de la autonomía de la libertad de las personas, permitiéndoles la elección del régimen patrimonial que resolverá estas cuestiones en su vida matrimonial, no obstante esta “libertad” es limitada.

Debería, en cambio, haberse posibilitado la elección entre diferentes regímenes, incluso alguno autodiagramado por los propios cónyuges, sin que eso implique que ellos puedan sustraerse de ciertos aspectos básicos que, como anticipara, están contemplados en normas de orden público y que hacen a aspectos centrales de la institución matrimonial como son la asistencia recíproca y la protección de la vivienda familiar.

5. El divorcio en la reforma

Otro de los aspectos en donde el Proyecto de Código Civil realiza una sustancial modificación es en materia de divorcio, finalizando así un ciclo que comienza con la ley 23.515⁴⁰ del año 1987, momento a partir del cual se introduce en el derecho argentino la posibilidad de finalización del vínculo matrimonial por acción o voluntad de las partes.

Los ejes centrales de la reforma en materia de divorcio, que ha generando opiniones confrontadas en la doctrina que la ha comentado⁴¹, pueden sintetizarse en: 1) El *divorcio* es la única solución a la crisis matrimonial –ya no se le da cabida a la separación personal⁴²–; 2) la *judicialización* del proceso –no se admite el

⁴⁰ Sancionada: 3 de junio de 1987; promulgada: 8 de junio de 1987. Publicada en el B.O.: 12/06/87.

⁴¹ Véase: Mauricio Mizrahi (2012, ^b: 23); Nora Lloveras (2012: 23); Graciela Medina (2012, ^a: 313-348); Gabriel Tavip y Sebastián Monjo (2013); Lidia Hernández, Carlos Ocampo y Luis Ugarte (2012); Eduardo Rovera, Lorena Sasso y Mercedes Robba (2012: 36-44); Sandra Veloso (2012: 45-65); Eduardo Sambrizzi (2012); Eduardo Sirkin (2012); Carolina Duprat (2012, ^b), entre otros.

⁴² La supresión de la separación personal –hoy presente en nuestra legislación– obedece según los fundamentos a: 1) los datos de la praxis judicial, ya que prácticamente no se verifican en los hechos acciones de este tipo. Un ejemplo de ello es la investigación realizada en las Cámaras de Familia de la ciudad de Córdoba de la que se extraen datos corroborados de la no utilización de la figura legal de la separación personal (Bertoldi de Fourcade y Crocchia: 2007: 17-52). Y 2) su razón de ser en un contexto jurídico y social diferente al actual como eran los primeros años de la

divorcio administrativo⁴³; 3) recepción de manera exclusiva del *divorcio remedio* (eliminación de causales)⁴⁴, que se relaciona de manera directa con la eliminación de los deberes de los cónyuges tal como están pensados en el sistema actual, y 4) es el resultado de una decisión de *ambos* cónyuges o la *decisión unilateral* de uno de ellos, por lo que ya nadie podrá limitar al otro la voluntad de finalizar el vínculo⁴⁵.

Lo esencial de las normas proyectadas radica en la eliminación de las causales de divorcio –objetivas o subjetivas–, así como la exclusión de cualquier tipo de requisitos temporales para su procedencia, ya que como se expresa claramente en los fundamentos “esta postura legislativa también se funda en la necesidad de evitar intromisiones estatales irrazonables en el ámbito de intimidad de los cónyuges”.

Los cónyuges, además, ya no tendrán que resignar ámbitos de su privacidad porque no será necesario demostrar al juez las causales que hacen imposible la vida en común –tal como está hoy regulado en el art. 236 del CC para el divorcio por presentación conjunta–, cuestión que hace a su más profunda intimidad⁴⁶.

El respeto a ultranza de la autonomía de la voluntad al tiempo de finalizar la unión matrimonial es el eje central por el que sobrevuela la cuestión y que se plasma de manera clara en el art. 437, que expresa que “el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges”.

El único límite se encuentra dado en el art. 438⁴⁷ que estatuye los requisitos y el procedimiento, obligando a incorporar junto a la demanda el convenio regulador

consolidación de la democracia de los años '80. En ese tiempo se planteó como una alternativa para quienes se oponían al divorcio vincular.

⁴³ Entre las diversas propuestas que trabajó la comisión reformadora –y que no fue acogida en el texto final– se encontraba una que posibilitaba el divorcio en sede administrativa, cuando ambos cónyuges se presentaran de común acuerdo, no hubiera hijos y tuvieran patrocinio letrado.

⁴⁴ La comisión reformadora destaca el alto verdadero valor de protección de la familia que tiene el divorcio remedio al afirmar que “la experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible”.

⁴⁵ Sobre el impacto de la autonomía de la voluntad en materia de divorcio recomiendo la lectura de Silvia Morcillo (2011: 98 y ss.).

⁴⁶ Esta postura ya la he sostenido en Gabriel Tavip (2009: 178). La jurisprudencia también se ha expedido en este sentido al expresar que “la invasión al derecho a la intimidad que produce el pedido de explicaciones a un magistrado, en los términos de los arts. 215 y 236, CC, es notoriamente arbitrario e irrazonable, a punto de afectar la dignidad de las partes” (Juzg. Familia Río Gallegos n° 2, 22/6/2010-O., N. E. v. P., J. L.).

⁴⁷ El art. 438 del Código Proyectado dispone que “toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta

de los efectos del divorcio⁴⁸, más allá que el desacuerdo en relación al contenido del convenio no suspende el trámite del mismo.

En relación a los efectos también se innova en el Proyecto, ya que se incluye una figura ajena a la legislación argentina como son las compensaciones económicas que se deben los cónyuges⁴⁹, así como incorpora normas claras relativas a la atribución de lo que fue la vivienda conyugal (art. 443 a 446)⁵⁰.

Como reflexión final, entiendo que la incorporación del divorcio sin causa, sin plazos de espera y sin atribución de culpabilidad importa una verdadera preservación de la paz familiar ya que se propone una solución armoniosa ante el conflicto conyugal. Ello a la vez no supone situar a alguno de los miembros de la pareja en una situación de vulnerabilidad, ya que de los efectos del divorcio proyectado prevé soluciones que buscan una acorde protección del más débil.

6. La regulación de las uniones convivenciales

Por último, en esta síntesis de aspectos de la legislación proyectada analizaré sucintamente otra de las grandes novedades del Código en análisis, como es la

impide dar trámite a la petición. Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local”.

⁴⁸ El propuesto art. 439 prevé los requisitos y contenido del convenio regulador, el que debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges. Además debe contener lo relativo al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria.

⁴⁹ Las compensaciones económicas son definidas en el art. 441 que determina que “el cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez”. Para profundizar sobre este tema es necesario recurrir a la doctrina española, para lo que recomiendo la lectura de Beatriz Saura Alberdi (2004) y María Paz González (2005). También en el derecho argentino se puede consultar a Carlos Arianna (2012: 33 y ss.).

⁵⁰ El núcleo central de la atribución de la vivienda familiar está establecido en el art. 443 que dispone que “Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras: a) la persona a

regulación por primera vez en nuestra historia jurídica de las denominadas “uniones convivenciales”.

Son receptadas en el Título III del Libro Dos –ubicadas luego de la regulación del matrimonio y el régimen patrimonial del matrimonio–, marcando un cambio central, una nueva dimensión en la visión social y su consecuente recepción legislativa pasándose de una tesis abstencionista⁵¹ como la existente en la actualidad⁵² a una que la recepta, acepta y regula.

Las bases esgrimidas para la recepción normativa se pueden sintetizar en que: 1) se ha incrementado notablemente el número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de la unión convivencial; 2) la aceptación de diferentes formas de organización y configuración familiar (prevista en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos a ella incorporados) y 3) en el creciente reconocimiento de efectos a uniones estables, permanentes, singulares y públicas en algunas leyes especiales nacionales y locales y en fallos judiciales.

Un punto de central importancia, según dan cuenta los fundamentos, fue la denominación de la institución como “unión convivencial”, desechándose de plano su designación como “concubinato”, ya que se parte de la idea de que la “no neutralidad del lenguaje” y “la palabra “concubinato” receptada en el Código Civil vigente tiene sentido peyorativo” (Famá, 2012: 57).

La conceptualización está presente en el art. 509, que las define como “la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.

Es decir que esa relación afectiva de dos personas del mismo o de diverso sexo tiene como elementos estructurantes: 1) debe ser singular, por lo que no se puede configurar más de una en un mismo tiempo; 2) tiene que ser pública y notoria: es decir que debe ser conocida por los “otros”; 3) deber presentar caracteres de estabilidad y permanencia, o sea que tiene que prolongarse ininte-

quien se atribuye la custodia de los hijos; b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar”.

⁵¹ Esta tesis “abstencionista” en relación a la regulación de las uniones de hecho tiene raigambre en el Código de Napoleón, época en la que la doctrina expresaba que “Si les concubines se passent de la loi, la loi se desintéresse d’eux” (si los concubinos prescinden de la ley, la ley se desinteresa de ellos).

⁵² Los efectos previstos hoy en nuestra legislación para las parejas de hecho son escasos y se pueden sintetizar en beneficios previsionales, en la posibilidad de continuación de la locación por la persona que convivía con el locatario, o como presupuesto de adquisición de determinados derechos (por ejemplo el matrimonio *in extremis* del art. 3.573 del CC), entre otros.

rrupidamente en el tiempo (por lo menos dos años de acuerdo a lo establecido en el art. 510).

Las uniones pueden ser registradas, pero esa inscripción sólo tiene efectos probatorios (art. 511), ya que su existencia podrá ser acreditada por cualquier medio probatorio (art. 512).

Un aspecto que a mi entender genera una verdadera tensión es el relativo a la autonomía de la voluntad y la regulación de estas uniones de hecho. Es decir, qué solución se le brinda a aquellas parejas que no quieren ser sometidas a un estatuto legal por el solo hecho de convivir en una relación afectiva.

En este punto el proyecto permite en el art. 513 realizar pactos –que deben ser hechos por escrito– por lo que los miembros de la unión puedan desligarse de la regulación legal, pero esos acuerdos no pueden alterar el denominado “núcleo duro” de las uniones como es lo establecido en los arts. 519, 521 y 522.

Esa base irrenunciable está constituida por: 1) los alimentos durante la convivencia; 2) la solidaridad por las deudas contraídas por cualquiera de ellos para solventar necesidades del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos comunes y 3) la protección de la vivienda familiar.

Esta restricción a la autonomía de la voluntad tiene base, según lo expresado en los fundamentos, en un “orden público” que en estos aspectos es irrenunciable y que posibilita la protección de los “derechos fundamentales” de los miembros de la unión.

El proyecto incorpora una serie de efectos para las uniones convivenciales que cumplan los requisitos establecidos para su conformación y que se expliquen en las relaciones patrimoniales (art. 518).

La regulación prevé: 1) un sistema de libre administración y disposición de bienes (con excepción de lo dispuesto a la vivienda y los enseres familiares y a la responsabilidad por deudas para gastos domésticos (art. 521); 2) un régimen de asistencia mutua, que contempla un derecho-deber de prestarse alimentos mientras dure la convivencia (art. 519); 3) la determinación de formas equitativas y conjuntas de contribución a los gastos del hogar (art. 520); 4) se prevén también normas que determinan las maneras de hacer frente a las deudas contraídas con terceros (art. 521) y 5) disposiciones de protección de la vivienda de la familia (art. 522)⁵³.

Por último, la regulación proyectada estipula las causas y los efectos ante la finalización de la convivencia. Así, el art. 523 determina que el cese se produce frente a la muerte o ausencia con presunción de fallecimiento –sin generar

⁵³ Para una mayor profundización recomiendo la lectura de Néstor Solari (2012: 98 y ss.); Adriana Krasnow (2012_b: 371 y ss.); María Victoria Pellegrini (2012: 3); María Victoria Famá (2012: 55 y ss.); Patricia Giovannetti y Eduardo Roveda (2012) y Agustín Sojo (2012).

derechos sucesorios—; por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros o de los convivientes entre sí; por acuerdo de ambos o decisión de alguno de ellos; o por el cese de la convivencia por un período superior a un año.

Estos efectos establecen, como una regulación similar a la del divorcio, compensaciones económicas (arts. 524 a 525), y la forma de atribución del uso de la vivienda familiar (art. 526 y 527). También se determina la forma de distribución de los bienes habidos durante la unión (art. 528).

Corresponde precisar como conclusión que la novedad legislativa importa un avance necesario en pos de la consideración de la igualdad a las diferentes relaciones jurídicas familiares, y brinda una protección a los miembros de la pareja que se condice con lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos.

Más allá de lo anterior, entiendo que de acuerdo a la legislación proyectada existe en este aspecto una limitación impropia a la autonomía de la voluntad en tanto no se permite a los miembros de la unión desligarse absolutamente —mediante un pacto— de una regulación forzosa (el denominado “núcleo duro”) en caso de que así lo decidan, constituyendo por lo tanto en una intromisión impropia a su intimidad.

7. Reflexiones finales

1. El Código proyectado importa un avance significativo en el respeto a la autonomía de la voluntad de las personas, constituyéndose en un instrumento idóneo para la protección de los derechos fundamentales de las personas.

2. El diseño del matrimonio en el Proyecto se enmarca adecuadamente dentro de la legislación vigente que posibilita su celebración con otra persona del mismo o de diverso sexo.

3. La readecuación de los deberes matrimoniales manteniendo la asistencia mutua como único deber jurídico es apropiado a una nueva visión de la institución matrimonial.

4. La posibilidad de optar por un régimen patrimonial diferente al hoy vigente importa también un sustancial avance en la protección de la libertad de elegir de los miembros de la pareja conyugal. No obstante, debería haberse diseñado un sistema de mayor libertad a la hora de elegir el régimen que puede regir la vida económica del matrimonio.

5. La “incausación” del divorcio presente en el Proyecto implica que la legislación busque salidas apropiadas ante la crisis matrimonial, evitando procesos causados e inculpatorios que no contribuyen a la paz familiar.

6. La regulación de las uniones convivenciales importa un verdadero respeto a la diversidad y una protección a quienes eligen una forma relacional diferente. Sin perjuicio de ello entiendo que debería autorizarse la posibilidad de que los miembros de la unión en ejercicio de su voluntad autónoma decidan que sobre ese vínculo no exista ningún tipo de regulación.

Bibliografía

- ALBANESE, Susana (1999), “Los valores en el sistema de derechos humanos”. En Bidart Capos, Germán; Gil Domínguez, Andrés (directores), *Los valores en la constitución argentina*. Buenos Aires: Ediar.
- ARIANNA, Carlos (2012), “Reflexiones sobre las prestaciones post divorcio”. En RDF n° 52, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- AZPIRI, Jorge (2012), “Algunas pautas para la reforma al régimen de bienes del matrimonio”. En RDF n° 52, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- BASSET, Úrsula (2012), “El matrimonio en el Proyecto de Código”, LA LEY 05/09/2012, 1.
- BERTOLDI de FOURCADE, María Virginia y CROCCIA, Laura (2007), “El impacto judicial en la crisis familiar: divorcio vincular y separación personal, en “Gestión del sistema de administración de justicia y su impacto social”. Colección de investigaciones y ensayos, n° 3, Centro de Perfeccionamiento Ricardo Nuñez, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Córdoba.
- BONZANO de SAIZ, María de los Ángeles (2003), “La patria potestad a la luz del derecho constitucional humanitario”. Semanario Jurídico Número: 1416 10/07/2003. Cuadernillo: 2 Tomo 88.
- BOSSERT, Gustavo (2011), *Unión extraconyugal y matrimonio homosexual*. Buenos Aires: Astrea.
- CAMPOS, Roberto (2012), “La regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Código proyectado”. DFyP L.L. (noviembre), 01/11/2012.
- CÁRDENAS, Eduardo José (2012), “La familia en el Proyecto de Código Civil”. LA LEY 15/08/2012, 15/08/2012, 1 - LA LEY2012-D, 1394.
- CHECHILE, Ana M. (2011), “La Ley de Matrimonio Igualitario y su incidencia en las relaciones paterno-filiales. Algunas oportunidades perdidas”. RDF 2011-48-107.
- CIFUENTES, Santos (2007), *El derecho a la Vida Privada –tutela de la intimidad–*. Buenos Aires: La Ley.
- DE DOMINGO, Tomás (2002), “El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del Derecho”. En *Revista Derechos y Libertades*, año VII, enero-diciembre, Madrid.
- DUPRAT, Carolina (2012_a), “El divorcio en el proyecto de reforma del Código Civil”. Microjuris.com, 6 de septiembre, MJ-DOC-5924-AR - MJD5924.
- DUPRAT, Carolina (2012_b), “El respeto de la autonomía de la voluntad en la disolución del vínculo conyugal. La necesidad de una reforma en materia de divorcio”. En Lloveras, Nora; Herrera, Marisa (directoras), *El derecho de familia en Latinoamérica 2*, Vol 2, Córdoba.
- FAMÁ, María Victoria (2012), “Convivencias de pareja: aportes para una futura regulación”. En RDF n° 52, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- FERRER, Francisco y otros (2010), *Nuevo régimen legal del matrimonio civil, Ley 26618*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2005), “El artículo 75 inc. 22 de la Constitución argentina como regla de reconocimiento constitucional y como nuevo orden simbólico”. En AAVV, *A 10 años de la reforma de la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
- ; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa (2006), *Derecho Constitucional de Familia*. T I. Buenos Aires: Ediar.
- ; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa (2010), *Matrimonio Igualitario y derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar.
- GIOVANNETTI, Patricia y ROVEDA, Eduardo (2012), “Las Uniones Convivenciales en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil”. *ELDIAL* Diario Jurídico Online. [Online: http://www.eldial.com/nuevo/ediciones-civil-detalle-indice_ee_2.asp?Edicion=24/04/2012].
- HERNÁNDEZ, Lidia; OCAMPO, Carlos y UGARTE, Luis (2012), “Matrimonio y divorcio en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial”. *LA LEY* 30/05/2012, 30/05/2012, 1 - LA LEY2012-C, 997.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida (2000), “Autorregulación de las relaciones patrimoniales del matrimonio”. En Vazquez, Humberto y Lloveras de Resk, María Emilia, *Derecho patrimonial de Familia*. Córdoba: Alveroni.
- KRASNOW, Adriana (2011), “Autonomía y orden público en las relaciones patrimoniales entre cónyuges, Situación en el Derecho interno y en el Derecho comparado”. En Krasnow, Adriana (directora), *Relaciones Patrimoniales en el matrimonio y en la convivencia de pareja*. Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico.
- (2012_a), “Las Relaciones Patrimoniales entre Cónyuges en el Proyecto”. DFyP, LL, julio.
- (2012_b), “Las uniones convivenciales”. En Rivera, Julio César, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo (2009), *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- ; FARAONI, Fabián y ORLANDI, Olga (2010), *El matrimonio civil argentino, Análisis de la ley 26618 - Código Civil - Modificación - Matrimonio civil*. Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico.
- (2010), “Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual”. En Lloveras, Nora (directora), *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*. Córdoba: Alveroni.
- (2011), “Nota editorial en *La autonomía personal en las relaciones de familia*”, *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia* n° 50, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- (2012), “El divorcio en el anteproyecto de Código Civil”. *Revista de Jurisprudencia Argentina*, número especial, 2012-II, Abeledo Perrot.
- MANILI, Pablo (2003), *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional argentino*. Buenos Aires: La Ley.
- MAZZINGHI, Jorge (h.) (2012), “El nuevo perfil del matrimonio (Primeros apuntes sobre el Anteproyecto de Código Civil y Comercial)”, *Diario jurídico El Derecho*, n° 13009, 4/6/2012.
- MEDINA, Graciela (2012_a), “Matrimonio y disolución”. En Rivera, Julio César, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2012_b), “El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial”. *DFyP, LL* (noviembre), 01/11/2012.
- MIZRAHI, Mauricio (1998), *Familia, Matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea.
- (2012_a), “Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto”. *LA LEY* 04/07/2012, 04/07/2012, 1 - *LA LEY*2012-D, 888.
- (2012_b), “Hacia una reforma de la ley de divorcio”. En *RDF* n° 52, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MORCILLO, Silvia (2011), “La Libertad y divorcialidad”. En *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia* n° 50, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MUÑIZ, Carlos (2012), “Personas con incapacidad y con capacidad restringida por razón de discapacidad mental en el Proyecto de Código Civil y Comercial”. *DFyP* (septiembre), 01/09/2012.
- PAZ GONZÁLEZ, María Paz (2005), *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*. Granada: Comares.
- PELLEGRINI, María Victoria (2012), “Las uniones convivenciales en el anteproyecto de Código Civil”. En Kemelmajer de Carlucci, Aida y Herrera, Marisa (coordinadoras), *El derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*. Número especial de *Jurisprudencia Argentina*, 2012-II.
- RIVERA, Julio César (1993), *Instituciones de Derecho Civil. Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (1994), “El derecho Privado Constitucional”. En *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Privado de la Reforma Constitucional*, n° 7. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- ROVEDA, Eduardo; SASSO, Lorena y ROBBA, Mercedes (2012), “El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial”. *La Ley*, Julio.

- SAMBRIZZI, Eduardo (2012), “El divorcio en el anteproyecto de reforma al Código Civil”. En Eldial.com (doctrina). [Online: http://www.eldial.com/nuevo/ediciones-civil-detalle-indice_ee_2.asp?Edicion=24/04/2012].
- SIRKIN, Eduardo (2012), “El divorcio en el Proyecto de Reformas al Código Civil. Sintaxis del matrimonio y divorcio en la Argentina. Sus implicancias socioculturales a través de las distintas épocas. Responsabilidad de las decisiones del o los cónyuges”. En Eldial.com (doctrina). [Online: http://www.eldial.com/nuevo/ediciones-civil-detalle-indice_ee_2.asp?Edicion=24/04/2012].
- SAURA ALBERDI, Beatriz (2004), *La pensión compensatoria, criterios delimitadores de su importe y extensión*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SOJO, Agustín (2012), “Efectos de la pretendida regulación de las uniones convivenciales”. En Eldial.com, diario jurídico. [Online: http://www.eldial.com/nuevo/ediciones-civil-detalle-indice_ee_2.asp?Edicion=24/04/2012].
- SOLARI, Néstor (2012), “Las Uniones convivenciales en el Proyecto”. En RDFyP, julio, Buenos Aires: La Ley.
- TAVIP, Gabriel (2009), “Divorcio por presentación conjunta: ¿es legítima la intromisión del Estado cuando los cónyuges deciden finalizar su vínculo matrimonial?”. En RDF n° 44, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2012), “El impacto de la autonomía de la voluntad en el surgimiento de diversos tipos de familia, en los derechos y deberes conyugales”. En Lloveras, Nora y Herrera, Marisa, *El Derecho de Familia en Latinoamérica 2*. Vol. II. Córdoba: Nuevo Enfoque.
- y MONJO, Sebastián (2012), “El divorcio en Argentina y España: diferentes abordajes desde el método comparado, como aporte al Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial”. *Revista J.A.* (en prensa).
- VELOSO, Sandra (2012), “El proceso de divorcio según el Proyecto de Código Civil y Comercial”. En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, julio, Buenos Aires: La Ley.
- VILLAVARDE, María Silvia (2012), “Ejercicio de la capacidad jurídica: ¿incapaces o personas con apoyo? El Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación ante la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ONU)”. DFyP (septiembre), 01/09/2012, 151.

La maternidad subrogada en el Derecho comparado: su normativa y jurisprudencia

Adriana M. Zavatti de Rougier

Abogada y escribana. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Investigadora categorizada en el Sistema Nacional organizado por la Secretaría de Políticas Universitarias de la Nación. Miembro de Asociaciones nacionales e internacionales de Derecho Internacional y Derecho de la Integración. Actualmente Asesora legal y Técnica en la Secretaría de Integración Regional y Relaciones Internacionales de la Provincia de Córdoba.

La familia es uno de los ámbitos donde se manifiesta en mayor medida la nueva era que nos toca vivir, signada por enormes transformaciones científicas, técnicas y morales.

Ciuro Caldani, M. A.

I. Introducción

La biotecnología ha alcanzado tal desarrollo que presenciamos, en la actualidad, verdades o realidades que quizás en los orígenes de la humanidad, y por mucho tiempo después, no se presentaban a los científicos ni siquiera como hipótesis de trabajo.

Los adelantos tecnológicos vinculados con la existencia misma de los seres humanos son al presente temas de sumo interés para su estudio e investigación no sólo en las ciencias médicas, sino también, y de manera relevante, en las ciencias jurídicas y sociales. Se advierten cambios sustanciales en la estructura de instituciones muy arraigadas en la sociedad, como es la familia y todos sus aspectos constitutivos.

El tema de la maternidad subrogada como fenómeno social que cada vez tiende a extenderse más refiere a una técnica de reproducción humana asistida, en la que participan mujeres que “alquilan” sus vientres para que otra mujer pueda ser la madre de la criatura. Este fenómeno se debe a muchos factores: entre ellos, a

que hay mujeres con problemas de infertilidad o de esterilidad; mujeres que no tienen pareja pero quieren ser madres; al incremento de los deseos de paternidad en hombres solteros o en las parejas homosexuales de hombres que para conseguir un hijo recurren al alquiler de vientres, etcétera.

Si bien estas prácticas vienen realizándose desde hace tiempo en países de corte liberal, los cuestionamientos tanto médicos como éticos y jurídicos que se suscitan no han permitido aún su aceptación generalizada (Brena, 2012).

La diversidad legislativa existente entre los Estados y la necesidad de satisfacer genuinos deseos de procreación hace que las personas o parejas con suficientes medios económicos se trasladen a los países permisivos, y celebren un acuerdo, gratuito u oneroso, con quienes participan de estas prácticas, logrando de esta manera cumplir sus anhelos.

El nacimiento de un hijo mediante estos procedimientos, en un Estado distinto al de donde partieron, residen y desarrollan sus vidas los comitentes, requiere posteriormente de estos últimos países el reconocimiento jurídico de la filiación entre ellos y el niño gestado por otra persona, ya sea mediante la adopción o bien mediante el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero¹. Estas situaciones, entre otras, son objeto de regulación del Derecho Internacional Privado.

Los fenómenos jurídicos no son unidimensionales² y por lo tanto requieren un enfoque que contemple sus aspectos normológicos y sociológicos, ambos impregnados por los valores que cada sociedad pretende hacer valer (dimensión dikelógica), y que por ende necesitan una regulación adecuada, que contemple las distintas aristas. La maternidad subrogada, como fenómeno jurídico, requiere también un análisis y abordaje multidimensional.

Desde la perspectiva de las ciencias jurídicas se plantean cuestiones vinculadas al concepto mismo de este fenómeno, su denominación, la licitud o ilicitud del contrato, su calificación, la determinación de la maternidad, la cuestión de la filiación, cómo se legitima la entrega del menor a “quienes lo encargaron”, cuál es el fundamento de esta obligación en los distintos supuestos, etcétera.³

¹ Ver al respecto el interesante trabajo de la Dra. Graciela Medina (2012), “Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado”.

² Ver Fernando Martínez Paz y Daniel Carrera (1998); Miguel Ángel Ciuro Caldani (2008). Trialismo ver Werner Goldschmidt (2005).

³ Según la doctrina, las categorías que se mencionan al respecto van desde “contrato de venta”, “adopción”, o “reconocimiento de hijo”. Sobre el particular ver Ingrid Brena (2012).

Sin dejar de señalar la relevancia que dichas cuestiones tienen respecto de las personas, en este trabajo sólo pretendemos exponer brevemente las distintas soluciones que ofrecen los ordenamientos jurídicos y la jurisprudencia de algunos Estados extranjeros.

II. Algunas precisiones conceptuales y terminológicas

Se define la maternidad subrogada como un “procedimiento mediante el cual una persona o una pareja encarga a una mujer la gestación de un niño, el que será entregado a la pareja o persona que lo solicitó después de su nacimiento” (Brena, 2012: 143).

En doctrina se diferencia la situación de la mujer que lleva a cabo el embarazo con material genético de terceros, de la situación de la mujer que aporta su propio material genético y además lleva adelante el embarazo para otros; hay autores que incluyen en la expresión maternidad subrogada a ambos supuestos, y quienes lo delimitan solamente a la situación del embrión totalmente ajeno (Chiapero, 2012).

El fenómeno de la maternidad por sustitución ha dado lugar a la aparición de otros conceptos de maternidad según el tipo de intervención de cada una de las mujeres en la procreación⁴, esto es, según aporte sólo el vientre para llevar adelante el embarazo, o aporte material genético en la formación del embrión, o sólo tenga voluntad procreacional, o la combinación de dos circunstancias a la vez.

Respecto a los gametos masculinos que se utilicen en el acuerdo, pueden ser del varón de la pareja que encarga el niño, o pueden ser de un tercero que los done; a su vez, el óvulo puede aportarlo la mujer que encarga el niño, la que lleva adelante el embarazo o bien una tercera mujer.

Los contratos o convenios pueden ser de carácter gratuito u oneroso, según se haya establecido o no una contraprestación en dinero; sobre los contratos se debate el tema de su denominación (Chiapero, 2012) y de su calificación, oscilando las opiniones entre quienes consideran que se trata de una locación de servicios (Ruil Pacheco, 2010: 18) y aquellos que estiman que se trata de actos jurídicos atípicos “pero tipificables en el futuro y pertenecientes al derecho de familia (...)” (Wagmaister, 1990: 22).

III. La situación en el derecho y jurisprudencia extranjera

En el derecho comparado, la maternidad subrogada no ha recibido un tratamiento uniforme, lo que ha planteado dificultades a la hora de aplicar el derecho al caso concreto. Advertimos en los distintos ordenamientos jurídicos extranjeros diversas

⁴ Se denominan madre biológica, gestante, intencional, madre plena, etcétera, según el rol que cumple la mujer en la concepción y gestación humana.

respuestas jurídicas: hay Estados que la regulan y la permiten, otros la regulan prohibiéndola, y otros nada dicen sobre dichas prácticas, siendo la jurisprudencia la que se pronuncia al respecto.

También encontramos que las distintas regulaciones están contenidas tanto en legislaciones generales sobre Derecho civil, en códigos sobre Derecho de familia, o bien en leyes especiales.

a) Estados cuyas leyes permiten la maternidad por sustitución

Los sistemas jurídicos que permiten estas prácticas, en general, han dictado normas específicas en el marco de leyes sobre técnicas de reproducción humana asistida; dichas normas establecen los requisitos en cuanto a las condiciones médicas y familiares de las partes, a la autorización o intervención judicial, al carácter gratuito del acuerdo y a la determinación de la maternidad, entre otros detalles.

Entre ellos se mencionan: Rusia: (ley básica 5487-1 sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación Rusa, 22/6/93), Georgia, Ucrania, (Cláusula 123 del Código Flia. y la Orden 771 del Ministerio de Salud), India. En Estados Unidos lo permiten las legislaciones de: Arkansas, California, Connecticut, Florida, Illinois, Massachussets, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Nuevo México, Carolina del Norte, Oregon, Texas, Utha, Virgina, Washington, Virginia del Este, Wisconsin (González Martín, 2012).

Grecia, Reino Unido, Israel y Brasil, entre otros, permiten estas prácticas con ciertas restricciones o requisitos específicos.

California (Estados Unidos de América):

El “California Family Code”, en la Sección 7630.3f determina: “Una parte en un acuerdo de reproducción asistida puede interponer una acción en cualquier momento para establecer la relación de filiación existente entre padres e hijos en consonancia con la intención expresada en el acuerdo de reproducción asistida”.⁵

En otras secciones, el Código de Familia se refiere a las posibles acciones para determinar la existencia o inexistencia de la filiación materna⁶, y sobre la

⁵ *California Family Code*, Section 7630.3: (f): “A party to an assisted reproduction agreement may bring an action at any time to establish a parent and child relationship consistent with the intent expressed in that assisted reproduction agreement”.

⁶ *California Family Code*, Sections 7650 (a) que prevé: “(a) Any interested person may bring an action to determine the existence or nonexistence of a mother and child relationship. Insofar as practicable, the provisions of this part applicable to the father and child relationship apply”.

presunción de paternidad para el cónyuge. En base a ello, Quiñones Ezcamez entiende que la decisión, previa al nacimiento de los menores, extingue los derechos de la madre gestante y los del cónyuge de ésta, para evitar el juego de la presunción de paternidad matrimonial (2009: 6).

La Corte Suprema del Estado de California sentó criterio en un caso resuelto en el año 1990⁷, expresando que “no es contrario al orden público el contrato de maternidad subrogada celebrado entre las partes” por cuanto:

- * Los pagos hechos en el contrato, tenían como objetivo compensarla de sus servicios en gestar el niño y el someterse a las labores de parto, antes que compensarla por renunciar a sus derechos de madre, respecto del niño;
- * Considera que el contrato no es contrario al orden público porque no establece elemento de coacción alguno ya que permite a las partes el aborto;
- * No explota la condición de las mujeres de menos recursos en un grado mayor que las explota la necesidad económica en general al inducir las a aceptar empleos menos remunerados o que son desagradables por otras razones;
- * No considera a los niños mercancías;
- * Negar valor al contrato impide que la mujer gestante tenga la libertad personal de obtener un beneficio económico de la manera que lo desee;

⁷ El 15/1/89 entre un matrimonio y la madre gestante se celebró el siguiente contrato, en el cual se establecía que un embrión formado genéticamente por el matrimonio sería implantado en la madre gestante y que el niño que naciera sería llevado al hogar del matrimonio, como el hijo de ellos. La mamá gestante estuvo de acuerdo en renunciar a “todos sus derechos como madre” respecto del niño en favor de dicho matrimonio. Como contraprestación, ellos iban a pagar la suma de u\$ 10.000 en cuotas a la madre prestadora del vientre, la última de las cuales iba a ser abonada seis semanas después del nacimiento del niño. Además, el matrimonio se comprometió a pagar por un seguro sobre la vida de dicha madre, por valor de u\$ 200.000.

Desgraciadamente, las relaciones entre ambas partes se deterioraron. Se inició el juicio, en octubre de 1990. Luego de la audiencia de prueba y de los alegatos, el juez de 1° instancia resolvió que el matrimonio eran padre y madre “genéticos, biológicos y naturales” y que el contrato de maternidad sustituta era válido y exigible, en contra de los planteos de la madre gestante. El juez también dio por finalizada la orden que permitía el régimen de visitas.

Se interpuso recurso de apelación contra la decisión del juez de 1° instancia. La Cámara de Apelaciones para el Cuarto Distrito, Tercera División, confirmó y la Corte Suprema del Estado de California se expidió en igual sentido.

* Estos contratos no afectan el interés del niño porque el interés de los niños tan pequeños coincide con el de los padres;

* La maternidad la establece no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención; expresa que la intención de las partes fue traer al mundo el niño del matrimonio, esta es la causa eficiente del contrato. Si bien la función gestativa que la madre sustituta lleva a cabo fue necesaria para provocar el nacimiento del niño, se puede asegurar que ella no hubiera tenido oportunidad de gestar o de dar a luz el niño si ella antes de la implantación del cigoto, hubiera manifestado su propia intención de ser la madre del niño. No existe ninguna razón por la cual su posterior cambio de opinión debiera invalidar la Conclusión de que la madre natural del niño es la mujer del matrimonio (Medina, 2012: 14).

Brasil:

La resolución CFM n° 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, en su sección VII, titulada “Sobre la gestación de sustitución” (donación temporaria de útero), estableció que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución cuando exista un problema médico que implica o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. El condicionamiento es que la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica. Se prohíbe el carácter lucrativo de la práctica.

Federación Rusa:

El art. 51.4 del Código de Familia de 1995 (con las enmiendas y adiciones de 1997 y 1998), dispone lo siguiente: “Los cónyuges que hayan dado sus consentimientos escritos para la implantación del embrión en el útero de otra mujer, con el fin de que lo gaste, sólo serán inscritos como los padres del niño, con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (madre subrogada)”.

Complementa el Código de Familia la Orden del Ministerio de Salud Pública n° 67⁸, cuyo Anexo 1 (Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina) prescribe:

Podrán ser madres subrogadas las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y que reúnan los requisitos siguientes:

⁸ Orden del Ministerio de Salud Pública n° 67, del 26 de febrero de 2003, inscrita en el Ministerio de Justicia el 24 de abril de 2003 con el n° 4452.

- tener una edad entre 20 y 35 años,
- tener un hijo propio sano,
- tener una buena salud psíquica y somática.

En concordancia con el Código de Familia y cuanto a la registración del acto, la ley n° 143-FZ de 15 de noviembre de 1997 sobre las Actas de Estado Civil completa el trámite de la siguiente manera:

Art. 16. Declaración de nacimiento. 5. Para la inscripción del nacimiento en el Registro Civil por declaración de los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la implantación del embrión en otra mujer con el fin de que lo geste, simultáneamente con el documento que certifique el nacimiento deberá presentarse un documento expedido por un centro médico donde conste el consentimiento expreso de la mujer que haya dado a luz al niño (madre subrogada) para que dichos cónyuges sean inscritos como los padres del menor.

Grecia:

En este país se admite la gestación por sustitución en la medida que se cumplan determinadas condiciones establecidas en la ley n° 3089/2002, sobre “Asistencia Médica a la Reproducción Humana”, que posteriormente fueron incorporadas al Código Civil.⁹

La legislación griega exige una decisión judicial para que se establezca la filiación, y prohíbe que se remunere a la subrogada, aunque deja a salvo la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la madre subrogada y por los gastos que suponen la gestación y el parto. Requiere que la madre gestante no sea la madre biológica sino la portadora de un embrión de los padres intencionales (la mujer no puede dar a luz por razones médicas).¹⁰

El art. 1458 dice:

La transferencia de embriones en el cuerpo de otra mujer, extraños a ésta, y la gestación por ella, son permitidos mediante autorización

⁹ Capítulo Primero. Asistencia médica a la reproducción. Art. 1455. La asistencia médica a la reproducción humana (procreación artificial) no es permitida, *salvo* para hacer frente a la imposibilidad de procreación natural o para evitar la transmisión al menor de una enfermedad grave. Esta asistencia es permitida hasta la edad de la capacidad natural de procreación de la persona asistida. La reproducción humana por el método de clonación está prohibida.

¹⁰ Ver al respecto Ana Quiñones Ezcamez (2009: 30).

judicial acordada antes de la transferencia si existe un acuerdo escrito y sin contrapartida, entre las personas que deseen tener un hijo y la mujer que lo gestará, así como su cónyuge, cuando ella sea casada. La autorización judicial se acordará luego del pedido de la mujer que desee tener un hijo, si se comprueba que la gestación le es médicamente imposible y que la mujer que se preste a la gestación es apta teniendo en cuenta su estado de salud.

Se advierte entonces que la ley griega confiere la cualidad de madre legal a la genética y de intención, y renuncia al principio según el cual es el parto el que hace la madre. En este caso, se atiende a la verdad biológica, son los genes y no el parto los que determinan la maternidad. Ello implica una ruptura con el principio de *mater semper certa est*, para el que era impensable que la madre biológica no fuera la que trajera al hijo al mundo (Quiñones Escamez, 2009: 31).

Estas disposiciones imponen cierto límite a los extranjeros no residentes en Grecia para acceder a las técnicas de reproducción humana, dado que exigen que la madre intencional y la subrogada tengan su domicilio en Grecia (art. 8, ley 3089/2002, del 19 de diciembre de 2002); con esta disposición se evita también el “turismo procreativo”.

Reino Unido:

En el Reino Unido la *Subrogacy Arrangement Act* de 1985, reformada en 1990, conforma el marco legal sobre esta temática.

Admite la maternidad subrogada de manera restrictiva, sólo en casos justificados por motivos médicos, y que no implica la ejecución de un contrato; la filiación se determina con respecto a la madre que da a luz; ella es la madre legal del menor, quien, luego de un período de reflexión, si respeta el acuerdo y no cambia de opinión, los padres biológicos pueden solicitar la adopción del menor ante los tribunales.

Con la reforma de 1990, se exige de solicitar la adopción siempre que se reúnan los siguientes requisitos: la pareja comitente debe ser casada, uno de sus integrantes debe ser padre del menor, uno de ellos debe estar domiciliado en el Reino Unido, y todos los involucrados deben tener más de 18 años cumplidos de edad (Santos Belandro, 2011).

En las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del niño respecto de los padres intencionales mediante una *Parental Order* que transfiere la filiación inicialmente establecida con respecto a la madre gestante a éstos. Se suceden así dos actas o certificados de nacimiento. En el primero, la madre que da a luz es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez en favor de los padres intencionales (Quiñones Ezcamez, 2009: 32).

Además, esta legislación impide la práctica comercial de la maternidad subrogada, prohibiendo el contrato y penalizando la actividad comercial (intermediarios y publicidad).

Si bien establece la gratuidad de la maternidad subrogada, permite el pago a la gestante de los gastos razonables derivados de la misma.

Desde el año 2009 la Ley sobre Embriología y Fertilidad Humana (*Human Fertilisation and Embryology Act*¹¹), extiende la posibilidad de que se establezca la filiación del menor respecto de uniones civiles registradas, entre personas del mismo sexo.

Estado de Tabasco (Estados Unidos Mexicanos):

El Código de Familia de este Estado mexicano, en el art. 92¹², contiene la disposición pertinente.

Define con claridad lo que debe entenderse por madre sustituta (no aporta material genético, sólo aporta material para llevar adelante la gestación), madre subrogada (provee el material genético y el gestante) y madre contratante (la mujer que acuerda utilizar los servicios de otra, ya sea gestante o subrogada).

La maternidad se presume respecto de la madre contratante “que la presenta”, en los casos que el niño haya nacido de una madre sustituta. Si hubiere participado una madre subrogada, “debe estarse a lo ordenado para la adopción plena”.

India:

La maternidad de alquiler es accesible económicamente y las leyes son flexibles desde 2002. La Corte Suprema de la India sentenció, en la causa “Baby Manji

¹¹ La *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 entró en vigor el 1 de abril de 2009. Sobre el tema ver art. 42.

¹² “Art. 92. Inciso 3. En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare”.

Yamada vs. Union of India Anr”¹³ que la maternidad comercial estaba permitida en este país. Cabe decir que es uno de los países en que se ha aprovechado la distinción de la legislación en la materia para abusar de la práctica conocida internacionalmente¹⁴.

No obstante, en 2006, el Consejo indio de Investigación Médica (iCmR) publicó un documento titulado: “Guía ética para la investigación biomédica y la participación de seres humanos”. A su vez, en 2010 el Ministerio de Salud de India definió un documento titulado: “Guía para la reglamentación de reproducción asistida”, entre ellas la maternidad subrogada; en ambos documentos se prohíben actividades del tipo: experimentación con embriones vivos, fecundación entre gametos humanos y animales, inseminación con 37 espermatozoides de dos o más hombres distintos en una misma mujer, entre otros aspectos; ellos nos dan las pautas sobre los límites morales de los legisladores en salud reproductiva, y al decir de algunos autores, estos dos documentos estructuran los ejes de la política y los horizontes éticos en los que se regulan los procedimientos biotecnológicos en India (Amador, 2011: 35-58).

b) Estados cuyas leyes prohíben la maternidad por sustitución

Parlamento Europeo (Res. 16/3/89), Alemania, Australia, España (ley 14/2006), Bélgica, Holanda, Hungría y Arabia Saudita. En Estados Unidos de América: Alabama, Distrito de Columbia, Delaware, Indiana, Iowa, Kansas, Louisiana, Michigan, Nueva York, Dakota del Norte (González Martín, 2012).

España:

En este país la ley n° 14/2006 del 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), establece:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por medio del cual se ha convenido la gestación, a título oneroso o gratuito, de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del co-contratante o de un tercero (art. 10.1).

2. La filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución se determinará por el parto (art. 10.2).

¹³ India. Sentencias del Tribunal Supremo, año 2008, http://www.indiacourts.in/BABY-MANJI-YAMADA-Vs.-UNION-OF-INDIA-ANR._3bc98bbb-8224-442c-90b9-7d1531137762

¹⁴ En 2010, a través del Consejo de la India de Investigación Médica (ICMR), las normas de las clínicas de fertilidad están asegurando que los clientes internacionales cuenten con la aprobación de sus respectivos consulados para evitar problemas con las visas y pasaportes de sus hijos (“Maternidad Subrogada y Adopción Internacional”, Pág. 183, DR 2012, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas).

3. El padre biológico puede reivindicar la paternidad conforme a las reglas del derecho común (art. 10.3)¹⁵.

El Derecho español permite que los niños no queden sin una filiación biológica paterna establecida, pero el establecimiento de la filiación no es automática, requiere de una acción de reclamación de acuerdo a las normas generales respectivas (Quiñones Ezcamez, 2009: 5).

En octubre de 2010¹⁶, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó una instrucción sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Establece como requisito previo para el registro de los niños nacidos de madre de alquiler, que han renunciado a su filiación materna, la presentación ante el Registro Civil de una resolución judicial que haya dictado un Tribunal competente del país de origen.

Un caso interesante se planteó ante la Dirección General de los Registros y del Notariado de España, en el que una pareja de homosexuales, casados entre sí, viajaron a California¹⁷ (Estados Unidos de América) y contrataron a una mujer para inseminarla artificialmente con el semen de los dos hombres y con óvulos donados por otra mujer. De tal práctica nacieron gemelos.

Antes del nacimiento de los niños, las autoridades judiciales californianas habían declarado que los nacidos debían ser considerados como “hijos” de los varones españoles. El Registro Civil de California expidió un certificado de nacimiento que la pareja intentó inscribir en el Registro Civil Consular español de Los Ángeles (EEUU). El Consulado rechazó la inscripción pues consideró que la gestación por sustitución está prohibida en España. Los interesados recurrieron ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que dio la razón a los reclamantes, ordenando la inscripción registral del nacimiento de los niños con una idéntica filiación a la que constaba en el Registro Civil de California, o sea como hijos biológicos de ambos cónyuges varones¹⁸.

¹⁵ L 14/2006: Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

¹⁶ Ver Boletín Oficial del Estado (BOE) de fecha 7/10/2010.

¹⁷ Las leyes californianas permiten esta práctica y la madre de alquiler puede recibir una suma de dinero que no supere los US\$ 25.000, que según la ley no corresponde a un pago contractual sino a compensaciones por la pérdida de salarios a causa del embarazo y/o del parto, bajas laborales, seguro de vida, etcétera.

¹⁸ Ver el caso completo en la obra citada Ana Quiñones Ezcamez, quien transcribe parte de la Resolución de la DGRN de España, destacando: “FJ. 5º de la RDGRN, de 18 de febrero de 2009.

Alemania:

La *Ley de protección del embrión*¹⁹, el Ministerio Federal de Justicia y el Ministerio Federal de Investigación y Tecnología constituyeron una Comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilización *in vitro*. En vista a las investigaciones realizadas, el Congreso Médico alemán acordó que la maternidad de sustitución debía ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización.

En este país, está prohibido el contrato de maternidad por sustitución, sin distinción de supuestos, tanto para el caso de que la madre haya aportado sus gametos para la concepción como para que no lo haya hecho; estos convenios son considerados nulos por aplicación del principio de ineficacia de los pactos que contraviene una prohibición legal (artículo 134 y 138 BGB) (Rail Pacheco, 2010),

En séptimo lugar, es indudable que *los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas* (vid. artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto” (artículo 10.2 de la ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que *no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el ‘Derecho aplicable’ a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos*. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de *certificación registral extranjera* puede acceder al Registro Civil español. Tampoco se pretende, de ningún modo, con la inscripción en el Registro Civil de la certificación registral californiana de nacimiento de los nacidos, *la ejecución o el cumplimiento de un presunto contrato de gestación por sustitución*. Es claro que la certificación registral californiana se expide a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una *presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial* (California Family Code section 7611). Ahora bien, debe recordarse que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las leyes registrales españolas (vid. artículo 2 ley del Registro Civil). Por ello, *cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos*. Por tanto, *la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de ‘cosa juzgada’*. Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. *En la disyuntiva de dejar a unos menores que son indudablemente hijos de ciudadano español (artículo 17.1 del CC) sin filiación inscrita en el Registro Civil y admitir una situación de no certeza en la filiación de los menores en la que dichos menores cambiarían de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa, lo que vulneraría el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre 1989, o de permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada en virtud de la certificación californiana, siempre es preferible proceder a dicha inscripción en nombre del ‘interés superior del menor’*”.

¹⁹ Embryonenschutzgesetz del 13 de diciembre de 1990. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/eschg/gesamt.pdf>

y ser contrarios a la moral y al orden público (Medina, 2012). Asimismo, se sanciona penalmente la transferencia del óvulo de una mujer a otra.

Australia:

La ley de 1984 sobre la infertilidad y procedimientos médicos, posteriormente reformada en 1987, prohíbe la creación de embriones *in vitro* para uso distinto a la experimentación terapéutica; se exige autorización administrativa previa para la realización de programas de investigación con dicho material. El *Estado de Victoria* es el único que ha legislado estableciendo la nulidad del contrato de maternidad subrogada; permite la implantación de un embrión, derivado de un óvulo fertilizado de esa misma mujer ya sea en ella misma, o en otra, siempre y cuando no haya lucro de por medio.²⁰

Francia:

La legislación y jurisprudencia francesa mantienen una posición prohibitiva, basada en la ley n° 94-653 de 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano, que ha agregado el art. 16-7²¹ al Código Civil, y establece: “Es nulo todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro”.

²⁰ Infertility (Medical Procedures) (Amendment) Act 1987. Amendment of Principal Act, for sub-section (5) Dirección Web: http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/hist_act/ipa1987391/.

²¹ “Art. 16. La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe cualquier ataque a su integridad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida.

1. Cada uno tiene derecho a que se respete su cuerpo. El cuerpo humano es inviolable. El cuerpo humano, sus elementos o sus productos no pueden ser objeto de un derecho patrimonial.

2. El juez puede prescribir todas las medidas apropiadas para impedir o hacer cesar, un ataque ilícito al cuerpo humano, o actuaciones ilícitas que afecten a elementos o productos del mismo.

3. Sólo podrá atentarse contra la integridad del cuerpo humano en caso de necesidad médica. El consentimiento del interesado deberá obtenerse previamente, salvo en el caso en que su estado haga necesaria una intervención terapéutica que no está en condiciones de consentir.

4. Nadie puede atentar contra la integridad de la especie humana. Está prohibida toda práctica eugénica tendente a organizar la elección de las personas. Sin perjuicio de las investigaciones dirigidas a la prevención y al tratamiento de las enfermedades genéticas, no podrá realizarse transformación alguna en los caracteres genéticos con vista a modificar la descendencia de la persona.

5. Son nulos los convenios que tengan por objeto conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, a sus elementos o a sus productos.

6. No podrá concederse remuneración alguna a quien se presente a hacer experimentos en su persona, a extraer elementos de su cuerpo o a recoger productos del mismo.

El criterio jurisprudencial de Francia se resume en el siguiente caso: los esposos Dominique y Sylvie Mennesson –residentes en Francia– resolvieron acudir a la maternidad subrogada para lo cual se contactaron con una mujer residente en California durante el año 2000. Todos los actos –desde el primer contacto hasta la realización del acuerdo, la gestación, la entrega de las gemelas (Isa y Lea) y la inscripción de éstas en el Registro del Estado Civil– se llevaron a cabo en California (EEUU). La mujer gestante había recibido embriones con los espermatozoides de Dominique y con un óvulo de una amiga de la pareja. Al querer inscribirlos como sus hijas en el consulado de Francia, el pedido fue negado. El 25 de octubre de 2007 el Tribunal de Apelaciones de París asumió el caso y consideró que como todos los actos se habían realizado en el extranjero, los esposos Mennesson no podían ser perseguidos por la justicia francesa, reconociendo la validez en Francia de las actas del estado civil extranjeras. El 6 de abril de 2001 la Corte de Casación, a pesar de la vista fiscal favorable al petitorio, consideró que un contrato de maternidad por sustitución no puede inscribirse en el Registro Civil francés, lo cual significará que las niñas no podrán ser consideradas como francesas (Santos Belandro, 2011)²².

La Corte declaró contraria al orden público internacional francés la decisión extranjera, en tanto comportaba disposiciones que chocaban principios esenciales del derecho francés, como es el principio esencial de la indisponibilidad sobre el estado de las personas; ello, sin perjuicio de resaltar que, en realidad, las gemelas no estaban privadas de filiación materna y paterna (la californiana), ni estaban tampoco impedidas de vivir con sus padres en Francia, por lo que no atenta contra el respeto de la vida privada y familiar de los menores ni es violatorio del principio por el cual está jerárquicamente ubicado el interés superior del niño, garantizado convencionalmente.

Otro caso²³ se presentó en 2012 para ser resuelto por la Corte de Apelaciones de Rennes (Bretaña), solicitando la inscripción en el Registro Civil francés de dos niños nacidos en 2010, de una madre gestante extranjera (India) y padres franceses. El tribunal autorizó la inscripción en base a lo dispuesto por el art. 47

7. Es nulo todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro.

8. No podrá divulgarse ninguna información que permita identificar a la vez a quien ha donado un elemento o un producto de su cuerpo y al que lo ha recibido. El demandante no podrá conocer la identidad del receptor, ni el receptor del demandante. En caso de necesidad terapéutica sólo los médicos del demandante y del receptor podrán tener acceso a las informaciones que permitan la identificación de ambos.

9. Las disposiciones del presente Capítulo son de orden público.”

²² Ver también el caso en Ana Quiñones Ezcamez (2009: 9).

²³ Ver www.avocats.fr/member.

del CC francés, según el cual “todo acto de registro civil de franceses y extranjeros, celebrado en un país extranjero y redactado según los usos habituales en aquél país, será considerado un acto administrativo auténtico”. En este caso los jueces han obviado hacer referencia a la licitud o no del contrato de maternidad subrogada.

En Francia, el Comité Consultatif National d’Ethique de Francia en su opinión n° 3 del 23 de octubre de 1984, no se manifiesta a favor de la gestación por sustitución en tanto ésta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. La misma postura negativa se reitera en la opinión n° 90 del 24 de noviembre de 2005 sobre “Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación” y en su reciente opinión n° 110, de mayo de 2010, sobre “Problemes ethiques soulevés par la gestation pour autrui (gpa)”. En esta última afirma que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos (Lamm, 2012: 11).

Empero, tiene un proyecto de ley en estudio para legislar el tema de las “madres de alquiler”, a raíz de que se han presentado varios casos en los últimos años. Dicho proyecto contempla la legalización de esta práctica, aunque de modo restrictivo. La primera condición es que se trate de una pareja heterosexual y que sus componentes estén casados o lleven al menos dos años de convivencia. La segunda, que la mujer no pueda llevar a cabo una gestación completa y que al menos uno de los miembros de la pareja pueda ser el progenitor genético del bebé.²⁴

c) Legislaciones que aún no regulan el tema

En América latina podemos citar a Argentina, Chile, Colombia y Uruguay que, al no tener regulación específica, son los tribunales nacionales quienes deben resolver y expedirse sobre las cuestiones derivadas de estos convenios o acuerdos realizados en el extranjero, frente a los hechos ya consumados.

La situación legal en Argentina:

En nuestro país, al igual que otros países latinoamericanos, existe un vacío normativo respecto de la procedencia y regulación sobre la maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro; no obstante, el Proyecto de reforma del Código Civil²⁵ ha contemplado la temática.

²⁴ www.elpais.com/articulos/sociedad.

²⁵ Mediante el Decreto 191/2011 (BO, de 28 de febrero de 2011) se creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y

En general, la doctrina (Medina, 2012: 8; Chiapero, 2012) considera que este tipo de contrato está prohibido por ser contrario a la moral y a las buenas costumbres, a que su objeto es ilícito, por cuanto contiene el compromiso de concebir y gestar un ser humano por encargo de otra u otras personas; por ende, es un contrato nulo, a tenor de lo prescrito por el artículo 953 del Código Civil argentino:

El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hecho que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de las conciencias, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.

En consecuencia, un contrato de maternidad subrogada sería nulo por su objeto, y por ello, sin posibilidad de ejecución forzada, dada la naturaleza del compromiso asumido.

En relación a la filiación y su determinación, la legislación argentina (ley 23.264) establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción, agregando el art. 240 CC que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial.

La maternidad se determina, en principio, por el parto. No obstante, se discute en doctrina si esta presunción es *jure et de jure* o *juris tantum*, atento las disposiciones de los arts. 253, 256, 261 y 262 del Código Civil²⁶, en las que se alude al factor biológico como prueba relevante de la maternidad y a la posibilidad de impugnar la misma.

Comercial de la Nación. Esta Comisión está integrada por los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Doctores Ricardo Luis Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, y la Profesora Aída Kemelmajer de Carlucci quienes, el pasado mes de marzo, elevaron al Poder Ejecutivo Nacional un Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación, que actualmente está siendo evaluado para su posterior tratamiento por el Congreso Nacional.

²⁶ José Cafferatta, “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho argentino”, E. D. 130-729 n° 20/21; Guillermo Borda, “Aciertos y errores de la ley sobre filiación y patria potestad”, L. L. 1985-E-687; Wagmaister-Levy, “La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica”, J. A. 1995-I-451.

El Proyecto de Código Civil y Comercial 2012²⁷ regula sobre las técnicas de reproducción humana asistida y permite la gestación por sustitución, con el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso y se acredite que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.²⁸

La regulación prevé expresamente la intervención judicial previa a la transferencia de los embriones en la gestante, y determina que “la filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial”.

En el Título IV, “Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, Capítulo 3, Sección V, aborda la temática de la filiación (la jurisdicción para las acciones de determinación e impugnación, y la ley aplicable).

Establece la obligación de reconocer en la República la filiación constituida en el extranjero, que sea compatible con los principios de orden público argentino, en especial aquellos que consideran prioritariamente el interés superior del niño. Determina, además, que los principios que ordenan las normas sobre técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público.

Chile:

Al igual que en nuestro país, en Chile no existe normativa legal sistemática que regule expresamente la procedencia, límites y efectos de las técnicas de reproduc-

²⁷ Ver proyecto 2012 en www.infojus.gov.ar. Título V-Filiación, Capítulo 2-Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

²⁸ El Proyecto también alude a requisitos que prevea una “ley especial”, como condición de la homologación judicial.

ción asistida (Rail Pacheco, 2010). No obstante, se encuentra alguna referencia a las técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto 2009 de reforma al Código Sanitario, en orden a ampliar la protección a la maternidad, incorporando un nuevo sentido y alcance al concepto de salud reproductiva, reconociendo la existencia de los trastornos de fertilidad de cualquier integrante de la pareja y su incidencia en la salud; y en una Resolución Ministerio de Salud n° 1.072 de 1985, que fija las normas aplicables a la fecundación *in vitro* y la transferencia embrionaria, y define las técnicas de reproducción asistida como un tratamiento terapéutico para enfrentar la esterilidad²⁹. En estos instrumentos no se menciona la subrogación/sustitución materna.

Empero, se sostiene que “de acuerdo al análisis de las normas que forman parte del bloque constitucional de derechos, esto es, las normas iusfundamentales y el derecho internacional relativo a derechos fundamentales, puede concluirse que éstas ofrecen razones jurídicas más poderosas para postular a la procedencia de la maternidad gestacional subrogada en el ordenamiento jurídico chileno, que las que ofrece la dogmática civil que sustenta la improcedencia (...)” (Rail Pacheco, 2010: 45).

Uruguay:

El art. 135 del Código de la Niñez y de la Adolescencia de Uruguay (ley 17.823, ref. ley 18.590 de 2009), en materia de adopción advierte que “no tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que está por nacer o dentro de los 30 días de su nacimiento”.

IV. Los trabajos en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

En este ámbito, la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, en la tercera reunión celebrada en junio de 2010, advirtió y recomendó lo siguiente³⁰:

La Comisión Especial observa que el número de acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional está aumentando rápidamente. Esta Comisión expresa su preocupación sobre la incertidumbre que supone respecto a la situación jurídica de muchos niños que han nacido como resultado de estos acuerdos y considera inadecua-

²⁹ Resolución exenta del Ministerio de Salud n° 1.072 de 1985.

³⁰ Ver Comisiones Especiales: “Conclusiones y Recomendaciones”, puntos 25 y 26, sobre “Maternidad subrogada en el ámbito internacional y adopción internacional”, www.hcch.org.

do el uso del Convenio en los casos de maternidad subrogada en el ámbito internacional.

La Comisión Especial recomienda que la Conferencia de La Haya desarrolle estudios sobre los temas legales, especialmente en materia de Derecho Internacional Privado, relacionados con la maternidad subrogada.

V. Algunas reflexiones finales

La maternidad subrogada es una de las técnicas de reproducción humana asistida que a pesar de ser objeto de diversos cuestionamientos éticos, médicos y jurídicos, viene incrementando su práctica y su demanda en diversos países del mundo.

El Derecho comparado presenta diferentes respuestas legislativas al respecto; en varios países están aceptadas jurídica y médicamente las técnicas de reproducción asistida, con legislaciones detalladas y con una infraestructura de clínicas, médicos y laboratorios con la más alta tecnología, facilitando a quienes deseen procrear diversas alternativas. En otros, quizás la mayoría, se advierte un vacío legal al respecto, que no resuelve ni impide la realización de estas prácticas.

Tal diversidad provoca numerosos problemas al Derecho Internacional Privado, atento que se busca responder a cuestiones tales como la nacionalidad del niño, el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero, la inscripción registral, etcétera; ello, a su vez, conduce a advertir la necesidad de “un adecuado funcionamiento de los servicios registrales, en el ámbito internacional, a los fines del reconocimiento del derecho a la identidad de los menores (arts. 7 y 8 CNUDN 1989), que debe ser única en el país de nacimiento y en el país donde residen” (Quiñones Ezcamez, 2009: 41).

Atento a lo precedentemente expuesto cabe preguntarnos cuáles son los límites internacionales que deben prever las legislaciones nacionales para evitar la creación de situaciones claudicantes, válidas en el país que se crean pero no en el país del reconocimiento.

Desde la perspectiva del derecho interno, consideramos que la no regulación es preocupante, pero una normativa inadecuada lo es más aún; por ello, y de cara al proceso de reforma del Código Civil en nuestro país, es deseable una legislación en la que los intereses tanto privados como públicos sean ponderados, se eviten abusos y, desde luego, se reconozcan los principios que una sociedad determinada quiera hacer prevalecer (Brena, 2012: 157).

Bibliografía

AMADOR, Mónica (2011), “Sobre Biopolíticas y Biotecnologías: Maternidad subrogada en India”. En *Revista Nomadías*, noviembre, número 14. [Online: www.revistas.uchile.cl/index].

- BORDA, Guillermo (1985), “Aciertos y errores de la ley sobre filiación y patria potestad”. L. L. 1985-E-687.
- BRENA, Ingrid (2012), “La maternidad subrogada: ¿es suficiente la legislación civil para regularla?”. Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [Online: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revistas/resulart.htm>].
- CAFFERATA, José, “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho argentino”, E. D. 130-729.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2008), “Complejidad del funcionamiento de las normas”. En LA LEY, 2008-B.
- CHIAPERO, Silvana (2012), *Maternidad subrogada*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- DREYZIN de KLOR, Adriana (2012), *El Derecho Internacional de Familia en la posmodernidad*. [Online: www.poder-judicial.go.cr].
- GOLDSCHMIDT, Werner (2005), *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 5° edición*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (2012), “Maternidad subrogada y adopción internacional”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Univ. Autónoma de México. [Online: <http://www.juridicas.unam.mx/invest/directorio/investigador.htm?p=nuria>].
- LAMM, Eleonora (2012), “Gestación por sustitución”. En *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, julio. Barcelona. [Online: www.indret.com/pdf].
- MARTÍNEZ PAZ, Fernando; CARRERA, Daniel (1998), *El Mundo Jurídico Multidimensional. 2° edición*. Córdoba: Ed. Advocatus.
- MEDINA, Graciela (2012), “Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado”. En *DF y P*, septiembre.
- QUIÑONES EZCAMEZ, Ana (2009), “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”. En *Revista para el análisis de Derecho*, julio. [Online: www.indret.com].
- RAIL PACHECO, Carol A. (2010), “Procedencia de la maternidad gestacional subrogada en el Régimen Constitucional Chileno”. Memoria. Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile. [Online: www.cybertesis.uach.cl/tesis].
- SANTOS BELANDRO, Rubén (2011), “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judicial y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella”. En *eldial.com* –DC1762– 25 de noviembre.
- WAGMAISTER, Adriana (1990), “Maternidad subrogada”. En *Derecho de Familia* n° 3, *Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- WAGMAISTER-LEVY (1995), “La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica”. J. A. 1995-I-451.

La subrogación materna y un debate imprescindible: aportes desde el Derecho internacional privado ¹

Adriana Dreyzin de Klor

Profesora Titular Ordinaria de Derecho Internacional Privado y Secretaria de Ciencia y Técnica, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Investigadora Categoría I, Ministerio de Educación de la Nación. Ex consultora jurídica de la Secretaría del Mercosur. Profesora de postgrado de diversas universidades.

Carolina Harrington

Magíster en Relaciones Internacionales. Docente de Derecho Internacional Privado, Universidad Nacional de Córdoba. Funcionaria del Poder Judicial de Córdoba.

I. Palabras previas

Los casos jurisprudenciales que reseñamos en este trabajo –y que sirven de núcleo para nuestro aporte en este imprescindible debate– son captados por el Derecho internacional privado (DIPr.) en tanto se plantea en ellos un problema vinculado a uno de los ejes de la materia: el reconocimiento de actos, documentos o decisiones provenientes de un país que pretenden desplegar efectos en otro Estado.

El DIPr. está destinado a regular situaciones que caen bajo la órbita de diferentes ordenamientos jurídicos y aspira a alcanzar la justicia mediante el respeto a los elementos que conforman la relación en el caso concreto. Con tal propósito, se vale de un pluralismo de métodos, a la vez que utiliza herramientas imprescindibles a la hora de brindar una solución que no sea contraria a los principios esenciales del Estado cuyos tribunales intervienen o ante los cuales se aspira obtener el reconocimiento. En ese trayecto de búsqueda de justicia en el

¹ Partes sustanciales del presente aporte se encuentran contenidas y publicadas en el artículo de las autoras “La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?”. Véase Adriana Dreyzin de Klor y Carolina Harrington (2011).

caso concreto, no pocas veces se produce un conflicto de intereses/valores, dadas las diferencias sobre las que se fundan las legislaciones nacionales.

El siglo XXI refleja un incremento notorio de casos jusprivatistas internacionales en materia de Derecho internacional de familia a partir del desarrollo de la familia internacional. Diferentes son las circunstancias nacidas como fruto de esta derivación; por una parte, mucho se ha escrito acerca de las constantes migraciones que tienen lugar por razones económicas, laborales, sociales, con incidencias políticas y que no son una novedad para el DIPr. Sin embargo, este fenómeno se está desplegando con características singulares que permiten distinguir los movimientos actuales de los que tradicionalmente se venían produciendo (Sánchez Lorenzo, 2009: 31).

Asimismo, debemos recalcar en las desigualdades normativas que observan los Estados en un tema tan “nacional” como es el derecho de familia –a partir de las diferencias enunciadas–, generando situaciones que suman elementos a la natural fragmentación de las relaciones en el espacio. La armonización del derecho de familia no resulta posible de manera general, pues se trata de un campo que refleja el ser de cada Estado; si acaso pudiera avanzarse por esa dirección en algunos de sus sectores, subsistirían diferencias porque no concurren los principios sobre los que cada ordenamiento normativo basa la interpretación de sus propios axiomas (Schwenzer, 2006: 145-157).

De todos modos, es utópico posicionarse en la unificación del concepto de familia, más cuando la concepción clásica se ha visto modificada en términos impensables sólo pocas décadas atrás². En el cambio incide la vigencia de los tratados de derechos humanos (TDDHH) en una gran extensión del planeta, así como los avances científicos y tecnológicos que contribuyen a desencadenar situaciones novedosas a través de la prolongación de la esperanza de vida de las personas, el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida (RHA) y las prácticas de adecuación sexual. Las consecuencias más notorias en este sentido se plasman en la visión de la persona como eje de protección y no de la institución familia en sí (Lloveras; Salomón, 2009: 41). Según esta tendencia, el centro de atención padece un giro según el cual la familia deja de ser el núcleo protegido por la legislación, desplazándose éste hacia la persona en sus diversas relaciones familiares.

Es por ello que utilizamos como disparador para la reflexión el criterio sustentado por los tribunales de Francia (Corte de Casación) y Alemania (Tribunal Administrativo de Berlín) a la hora de decidir sobre casos de maternidad subrogada³

² Según Roudinesco, la familia asume modelos que abarcan el tipo monoparental, homoparental, recompuesta, reconstruida, clonada, y generada artificialmente. Ver Elisabeth Roudinesco (2007: 10).

³ Aunque el término se encuentre bastante extendido en Latinoamérica, existen diversas denominaciones de la figura: mientras en España es común la utilización de “gestación por

(MS) que tuvieron lugar en países que legislan y permiten esta técnica de fertilización asistida⁴, cuando quienes accionan son nacionales franceses y alemanes que pretenden validar la filiación de los niños nacidos en el extranjero, en sus respectivos Estados.

No es nuestra intención introducirnos en la regulación normativa –o la carencia que sufre en numerosos ordenamientos– del fenómeno general de facilitación de reproducción humana con matices claramente multidisciplinarios, que integra la bien llamada “revolución reproductiva”⁵. Tampoco nos proponemos aventurar anticipadamente la orientación para la más propicia solución legal del espinoso asunto de la MS⁶. Nos guía, en cambio, el afán de aportar una visión del complejo escenario actual valiéndonos de las herramientas que el DIPr. ha ido desarrollando en su devenir para lograr la justicia en la solución de casos de Derecho internacional privado.

A tal efecto, en primer término nos referiremos brevemente a los hechos para detenernos en los argumentos que sustentan los decisorios. Luego nos ocuparemos de la relación entre MS y DIPr., a través de las fuentes jurídicas aplicables. Posteriormente abordaremos el método de reconocimiento de actos y decisiones, particularizando en dos excepciones relevantes en las decisiones examinadas: fraude a la ley (FL) y orden público internacional (OPI). Finalmente, compartiremos algunas reflexiones pergeñadas a partir del análisis de las resoluciones que den pie al debate.

Es de rigor adelantar que el que nos convoca es un tema que a partir de las diferentes aristas provoca a la hora actual y, dada la instancia en que se encuentra,

sustitución”, también se refieren al mismo instituto quienes aluden al “vientre de alquiler”, “maternidad intervenida”, “gestación por contrato”, “madre sustituta” o “madre de alquiler”.

⁴ Acerca de las distintas concepciones para definir la MS y las diversas modalidades que puede adoptar, ver María Victoria Famá (2011).

⁵ Lamm señala muy gráficamente que el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida (TRA) da lugar a que pueda caracterizarse la época actual como valuarde de una verdadera revolución, pues existe una nueva realidad social que parte de un dato inicial completamente diferente: ya es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna, planteando una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes. Esta situación permite la paternidad no sólo de quienes sufren algún problema de esterilidad, sino también de parejas homosexuales, así como la planificación positiva de la reproducción (Lamm, 2008: 10-11).

⁶ Sin pretender efectuar un listado exhaustivo, adelantemos que la permiten con características diferenciadas: algunos Estados de Estados Unidos (California, Minnesota), Rumania, Israel, India, Irán, Nueva Zelanda, Ucrania, Rusia, Sudáfrica; la receptan en tanto y en cuanto se trate de una contratación altruista: Canadá, México DF, Brasil, Bélgica, Reino Unido, Grecia, Australia y Holanda; la prohíben: España, Francia, Portugal, China, Japón, Italia.

426 Adriana Dreyzin de Klor y Carolina Harrington - La subrogación materna y un debate imprescindible... más que conclusiones conteniendo certezas provoca un listado inconmensurable de interrogantes⁷.

II. Las sentencias

II.1. Los casos de Francia

Los decisorios galos son el resultado de la solicitud de inscripción en los registros de estado civil francés de las partidas acreditantes de nacimiento o paternidad foráneos. La primera Cámara civil de la Corte de Casación se expidió en tres sentencias de fecha 6 de abril de 2011 sobre el reconocimiento en ese país del derecho de filiación, surgido de las convenciones celebradas en el extranjero y que tuvieron por objeto la gestación de un hijo por cuenta de un tercero.

Los tres casos sometidos a decisión presentan una situación de hecho similar, aunque cada uno reviste particulares connotaciones. Se trata de parejas francesas que han formulado respectivos convenios, conforme a un derecho extranjero (California y Minnesota, respectivamente, de EEUU), para la gestación de un hijo por cuenta de un tercero, homologados por el juez estadounidense, previendo que después del nacimiento serían declarados en cada caso padres del niño por las actas de estado civil extranjeras.

Una vez transcritas dichas actas en los registros de estado civil francés, el Ministerio Público (MP) solicitó la anulación de esa inscripción por considerar que eran violatorias del orden público internacional francés.

La Corte de Casación tomó decisiones concordantes en las tres causas análogas en cuanto a la utilización de una madre subrogante para gestar y dar a luz a los niños, aunque los antecedentes difieren en cada caso en torno a sus detalles, en función de la evidente particularidad que cada uno posee.

La causa mediáticamente más resonante⁸ es la de la familia Mennesson⁹, en cuya plataforma fáctica nos detendremos especialmente, por contar con mayores

⁷ Cabe consignar que los cuestionamientos omnipresentes provienen de los diversos países y están instalados en todos los ámbitos jurídicos. De ello dan cuenta las preguntas desatadas ante la tarea de pensar una ley de maternidad subrogada en India, país que hoy permite esta práctica (Malhotra; Anil y Ranjit, 2011).

⁸ La pareja creó incluso la asociación C.L.A.R.A, cuya página web puede ser consultada en <http://claradoc.gpa.free.fr>. Consulta 19/07/2011. Para dar cuenta del debate desatado en la sociedad, ver, entre otros: <http://www.connexionfrance.com/Twins-surrogate-Menesson-cour-de-cassation-12655-view-article.html>; <http://www.liberation.fr/societe/01012319068-projecteur-surles-bebes-fantomes>; <http://www.liberation.fr/societe/01012330115-enfants-nes-de-meres-porteuses-la-cour-de-cassation-tranche-aujourd-hui>. Todas las consultas: 19/07/2011.

⁹ Sentencia 370, S 10-19.053.

precisiones a fin de comprender la respuesta finalmente brindada desde la justicia francesa y dar cuenta de algunas aristas no jurídicas involucradas en el problema.

El matrimonio francés formado por Sylvie y Dominique Mennesson se desplaza en el año 2000 a California y celebra con una norteamericana el contrato de “gestación por sustitución” por el que dará a luz al hijo de la pareja, concebido *in vitro* con los gametos del padre y un óvulo donado. La madre subrogante gesta, entonces, el embrión de los padres intencionales, pues la esposa padece de una disfunción uterina, no ovárica.

La Corte Suprema de California confiere el 14 de julio del año 2000 la calidad de padres a los esposos franceses en relación a los niños por nacer portados por la Sra. B en virtud de lo dispuesto por las leyes de ese Estado¹⁰. En tal contexto nacen en ese año las gemelas Z y A en La Mesa (California), asentándose como hijas del Sr. X y la Sra. Y (según la denominación otorgada a los esposos franceses en la sentencia de la Corte) en las respectivas partidas, desde que el sistema jurídico californiano autoriza el procedimiento de gestación por terceros, bajo control judicial.

El Sr. X solicita al consulado de Francia en Los Ángeles la transcripción de las actas, pedido que es denegado al sospecharse que las gemelas habían nacido por medio de una maternidad subrogada. El matrimonio nada dice sobre su proceder y no aporta prueba física del parto de la esposa. Sin embargo, las actas son transcritas sobre los registros de estado civil de Nantes el 25 de noviembre de 2002, a instancias del MP para, de este modo, poder proceder a su anulación basándose en razones de orden público. En ese contexto, el Procurador cita a los Sres. X e Y ante el Tribunal de Gran Instancia de Creteil¹¹ el 4 de abril de 2003, a efectos de solicitar dicha anulación. El Tribunal desestima la demanda, no por considerarla infundada, sino por entender que no reunía determinadas condiciones legales (*irrecevable*). El 18 de marzo de 2010, un nuevo tribunal –que entiende por remisión de la Corte de Casación en función de vicios en la inadmisión previa– estima que la transcripción de las actas de nacimiento viola el orden público francés, por lo que se ordena su anulación.

En definitiva, los esposos X se quejan ante la anulación de la transcripción de las actas de nacimiento litigioso. Aducen que la decisión de otro país que reconoce la filiación de un niño como hijo de una pareja comprometida por contrato con una madre portadora no es contraria al OPI francés. Afirman que debe tenerse en cuenta el interés superior del niño en los términos de la CDN, desde que lo decidido

¹⁰ California Family Code (Sections 7630 y 7650).

¹¹ En Francia el Tribunal de Gran Instancia es el competente en materia de estado civil. En este caso el Tribunal de Créteil es el competente en virtud de la residencia de los esposos.

ocasionaría el efecto de privar a los niños de la posibilidad de establecer su filiación en Francia, donde tienen su residencia, y se violaría el art. 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre (CEDH) al no permitir el desarrollo del vínculo familiar y el art. 14, al tratarlos de manera diferente respecto de otros infantes sólo por haber nacido en ejecución de una convención de alquiler de vientre, privándoles la nacionalidad de sus padres en razón de hechos que no se les pueden imputar.

La Corte de Casación justifica el rechazo de la transcripción del acta de nacimiento en la vulneración del OPI francés al chocar contra el principio esencial de la indisponibilidad sobre el estado de las personas: la anulación no priva a los niños de su filiación materna y paterna reconocida por el derecho californiano ni les impide vivir con los esposos X en Francia, por lo que no atenta contra el respeto de la vida privada y familiar de los menores ni es violatorio del principio por el cual está jerárquicamente ubicado el interés superior del niño, garantizado convencionalmente.

Los esposos Mennesson, ante este revés judicial, anunciaron que concurrirían con su caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Cuninberti, 2011).

En otro de los expedientes resueltos¹² en idéntica data, se reconoce al niño como nacido del embrión fruto de los gametos de los dos esposos y la anulación solicitada se limita a la mención relativa a la filiación materna del niño. La criatura había nacido en Minnesota (EEUU), luego de que una mujer aceptara ser portadora del embrión fruto de los gametos de la pareja francesa.

La última causa¹³ se diferencia de las enunciadas en que, luego de ser rechazada por el consulado la transcripción del acta de estado civil norteamericano a los registros franceses, una vez que los esposos regresan a Francia el juez tutelar les otorga un acta por la que constata ser de conocimiento público la posesión legítima de estado del hijo por parte de ellos, cuya transcripción al registro del estado civil han pedido en justicia. En esta causa, la niña Y es dada a luz en 2001 en Minnesota, por la Sra. B, quien había formulado un contrato de alquiler de vientre con los Sres. X, de nacionalidad francesa. El embrión proviene de los gametos del Sr. X y de una donante anónima.

En definitiva, la Corte de Casación dispuso que la posesión de estado de Y, hacia los Sres. X, no produjera efecto alguno en cuanto al establecimiento de su filiación. De esta manera, no se priva a la niña Y de la filiación materna y paterna que el derecho del Estado de Minnesota le reconoce, ni le impide vivir con los

¹² Sentencia 369, D 09-66.486.

¹³ Sentencia 371, F 09-17.130.

esposos X en Francia, o sea que no se atenta contra el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 de la CEDH, como tampoco a su interés garantizado por el artículo 3 §1 de la CDN.

En consecuencia, en todos los procesos se entendió que las transcripciones en cuestión violaban el orden público francés¹⁴.

Los recursos elevados plantean dos preguntas cuyas respuestas resultan esenciales a las causas: la concepción francesa del orden público internacional, ¿se opone a que se reconozcan en Francia las actas de estado civil de niños nacidos como fruto de la gestación por parte de un tercero, llevada a cabo regularmente en el extranjero? En caso afirmativo, los imperativos de las convenciones internacionales que consagran el interés superior del niño (artículo 3 § 1 de la CDN) o el derecho a tener una vida de familia (artículo 8 de la CEDH) ¿permiten o no que se impidan los efectos de esta contradicción con el orden público?

II.2. El caso alemán

El conflicto se desata ante el pedido de los accionantes de expedición de pasaporte al menor y frente a la necesidad de acreditación de la nacionalidad alemana adquirida en virtud de su filiación.

El 15 de abril de 2011, el Tribunal Administrativo de Berlín¹⁵ se enfrenta a la queja planteada por la denegación de las autoridades consulares de tramitar el pasaporte a un supuesto ciudadano alemán nacido en India. La medida precautoria solicitada es rechazada¹⁶ en función de entenderse que los requisitos de necesidad de la urgencia y la verosimilitud del derecho invocado no se encontraban acreditados.

Según se desprende de las consideraciones vertidas por el tribunal, una pareja alemana (W) pretende se otorgue el pasaporte alemán a su hijo nacido en India el 18 de diciembre de 2010, con base en la partida de nacimiento obtenida en el país de nacimiento. Las autoridades consulares alegan dudas acerca del poder de representación de los demandantes (por falta de prueba de la tenencia), principalmente centradas en la nacionalidad alemana del menor¹⁷. Según la ley alemana,

¹⁴ Las sentencias han sido pronunciadas con opinión favorable del procurador general para dos de ellas (n° D 09-66.486 y F 09-17.130) y con opinión en contrario para la tercera (n° S 10-19.053).

¹⁵ Verwaltungsgerichts Berlin.

¹⁶ Decisión 23 L 79.11.

¹⁷ “Según § 6, Párrafo 1, Norma 1 de la Ley de Pasaportes (LP) no hay derecho al otorgamiento de dicho documento de identidad, ya que no están dados los requisitos necesarios para la concesión de un pasaporte. Según § 1 Párrafo 4 norma 1, sólo es posible otorgar un pasaporte –entre los que se incluye, según § 1, párr. 42, N° 1 de la Ley de Pasaportes, un pasaporte

dicha nacionalidad se adquiere por el derecho de la sangre¹⁸, cuando uno de los padres la posee, y es éste el hecho que el tribunal considera incierto, luego de verificar una serie de elementos fácticos.

En referencia a la madre alemana, se tiene en cuenta que la Sra. H (supuesta progenitora) tenía 55 años al momento del nacimiento de la criatura; y que, si bien esta edad no la imposibilita para gestar¹⁹, transforma el alumbramiento en menos probable. Asimismo, se estima relevante el hecho de no acreditar controles o revisiones médicas, sea con anterioridad o posterioridad al nacimiento del hijo²⁰. El traslado de la pareja en la semana treinta y seis (de embarazo) a la India –con el consiguiente peligro inminente para madre y niño– activa, a su vez, una presunción negativa, sumado al vuelo de regreso planeado para el 25 de enero de 2011 (semana cuarenta y uno). Finalmente, la circunstancia de que la criatura no hubiese nacido en una maternidad, sino en un centro de fertilidad reconocido por su especialidad como un sitio en el que residen personas que acuerdan el alquiler de vientres, eleva las probabilidades de que el peticionante del pasaporte haya nacido de un vientre alquilado en ese país.

En cuanto a la paternidad del cónyuge alemán, se parte de la base que la prueba de paternidad biológica presentada mediante análisis de ADN no resulta suficiente ya que el peticionante debe descender jurídicamente del Sr. W. El art. 19 párrafo 1 norma 1 de la Ley Introductoria al Código Civil Alemán (EGBGB) especifica que respecto de la descendencia, la ley aplicable se fija por el lugar de residencia habitual de la criatura, o sea, donde se encuentra habitualmente y tiene el foco central de su vida. Ante la escasa edad del niño, se admiten dudas en orden a considerar la India (donde se encontraba presente en forma fáctica) como su lugar de residencia habitual. Si ese fuese el supuesto, se determinaría la descendencia por la ley de India.

Desde ese contexto, se establece que la nacionalidad india o alemana no puede ser aclarada en trámite preventivo mientras no se sepa quién ha dado a luz al niño y sea posible determinar el medio en que vivió hasta el momento de

de menor, a un ciudadano alemán, a los efectos legales del Artículo 116, Párrafo 1 de la Ley Fundamental Alemana. Conforme al § 6, Párrafo 2 de la LP deben indicarse en la solicitud para el otorgamiento de un pasaporte de menor todos los hechos y pruebas, que lleven a la determinación de la persona que recibe el pasaporte y su condición de alemán”.

¹⁸ § 3 Párrafo 1 n° 1 de la ley de Nacionalidad (StAG).

¹⁹ Para convertirse en su madre en los términos del § 1591 del Código Civil Alemán (BGB).

²⁰ Existe una certificación en el sentido de encontrarse el 27 de mayo de 2010 en tratamiento ambulatorio ginecológico, día en que se habría determinado un embarazo de siete semanas, lo cual para el Tribunal no configura una prueba de que el embarazo subsistía en el mes de diciembre de 2010.

pronunciarse la autoridad alemana. Para el Derecho hindú²¹, la descendencia debe diferenciarse según la criatura haya nacido durante el matrimonio o fuera de él. De esta suerte, si el peticionante hubiese nacido de una mujer en India, su esposo sería considerado como padre de la criatura. Al no obrar acreditación del estado civil de la madre del niño y ante la posibilidad de que el nacimiento resulte de un alquiler de vientre, el tribunal desecha todas las especulaciones sobre las consecuencias jurídicas que podría conllevar la figura conforme a la ley de India.

III. El DIPr. y la maternidad subrogada

De la lectura de los fallos se desprende en forma meridiana la necesidad de acudir al DIPr. como ciencia llamada a intervenir en relaciones jurídicas de tráfico externo, esto es, aquellas que ponen en vinculación a distintos sistemas jurídicos estatales (Fernández Rozas; Sánchez Lorenzo, 2007)²².

Principalmente, son tres los ejes en torno a los cuales gira esta materia, pero el reconocimiento de actos y decisiones además de ser considerado un sector autónomo de la asignatura, constituye una de las manifestaciones sustantivas de la ciencia jusprivatista internacional al dotar de continuidad a las relaciones jurídicas en el espacio internacional (Fernández Rozas; Sánchez Lorenzo, 2007: 26-27).

Bajando línea al derecho internacional de familia comprendido en el DIPr., al estar alineado en sus filas, coincide en los objetivos. Es cierto que las metodologías de que se vale el DIPr. son profusas y varían atendiendo a la finalidad asignada a través de las épocas y, claro está, conforme a las miradas de la doctrina en presencia (Audit, 2001). La técnica para encontrar una respuesta a los casos jusprivatistas internacionales no se diferencia por la materia en análisis, por lo que la solución para los problemas que atañen al DIPr. de familia no se valen de una metodología propia.

Intuitivamente puede advertirse, y científicamente es comprobable, que fenómenos que eran esporádicos o aislados fueron tornándose cotidianos en el mundo globalizado que presenta nuevas estructuras y convoca a la reconceptualización de las categorías que integran el sector²³.

²¹ Art. 112 del Evidence Act 1872 (impreso bajo Chapter 7/S112).

²² Ver también Pierre Mayer (2007: 9-377).

²³ Acerca de estos temas: Adriana Dreyzin de Klor y Carlos Echegaray de Maussion (2011); Nuria González Martín (2009); Rubén Santos Belandro (2009).

III.1. Sobre las fuentes jurídicas

III.1.a. Generalidades

En orden a la problemática de la RHA, el abordaje doctrinario nacional es minucioso y analítico contemplando vastamente las aristas que plantea en su proyección²⁴, en tanto que desde la perspectiva del DIPr., apenas se está comenzando a andar este sinuoso camino.

En cuanto a la MS, desde la dimensión normativa interna no existen en Argentina disposiciones específicas que regulen la temática²⁵. En los países involucrados en los precedentes en análisis, recordemos que Francia y Alemania se encuentran dentro del grupo que prohíben la MS; el primero, en función de lo dispuesto por su Código Civil (art. 16-7, introducido en 1994), en tanto que la ley alemana se pronuncia sobre protección de embriones desde el 13/12/1990. Por su parte, los ordenamientos jurídicos de California y Minnesota la autorizan, aún con fines económicos, al igual que India a partir de resolución de la Corte Suprema con fecha 29/09/2008 en el caso “Baby Manji Yamada vs. Union of India & Anr” (Famá, 2011: 7). Entre Derecho comparado y DIPr. siempre ha existido una cercana relación, desde que ambas ciencias deben su nacimiento a la existencia de una pluralidad y diversidad de sistemas jurídicos en el orbe (Fauvarque-Cosson, 2001: 407).

III.1.b. La dimensión convencional: Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional privado (CLH)

La labor que despliega este foro de codificación y su metodología para elaborar instrumentos jurídicos que coadyuven a la cooperación entre los Estados, aspirando a avanzar en la unificación progresiva de las normas de DIPr.²⁶, es mundialmente reconocida.

En esta línea, no sorprende el interés que ha despertado la regulación jurídica a nivel convencional de la MS, tal como se evidencia en lo dispuesto el 7 de abril

²⁴ Además de los trabajos mencionados a lo largo de este comentario y sólo a modo de ejemplo, podemos citar: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera y Eleonora Lamm (2010: 1 y ss.); Adriana Krasnow (2005); Eduardo A. Sambrizzi (2001; 2004); Isabel Martín Zurita (2006: 1475 y ss.); Mauricio Mizrahi (2010: 1 y ss.).

²⁵ En este sector en particular, aunque la misma situación se extiende a muchos otros, es usual que las leyes no se elaboren en paralelo a los avances sociales; generalmente, los retrasos en la legislación son notorios. Los vacíos legales ya no causan asombro ante la complejidad de las situaciones que se manifiestan día a día si bien el argumento no puede utilizarse a modo de excusa.

²⁶ A fin de un análisis más profundo del rol desplegado por la organización en el campo de la codificación de DIPr., ver T.M.C. Asser Instituut (1993) y Hans Van Loon (2011).

de 2011. Allí, la CLH decidió intensificar el trabajo que ya venía desarrollando un equipo de investigadores a fin de sentar las bases de un futuro convenio²⁷.

El proyecto que incorpora la CLH presenta un amplio catálogo de asuntos derivados de los convenios internacionales de MS²⁸. Su inclusión comprende la necesidad de abordar, entre otros aspectos, los relativos al establecimiento o reconocimiento de la filiación legal de niños y niñas nacidos como fruto de esta técnica de fertilización asistida, las consecuencias jurídicas que derivan de tal situación: nacionalidad, estatus migratorio, patria potestad, alimentos. Asimismo, se hace hincapié en los conflictos que pueden generarse a partir de que las partes involucradas estén expuestas a la vulnerabilidad o sometidas a situaciones de riesgo, ante un fenómeno del cual es más lo que se desconoce que lo que se sabe.

De la misma manera, se reconoció que la MS es un negocio global y en expansión del que derivan variados problemas, particularmente cuando los convenios se acuerdan entre personas situadas en países distintos abarcando en la práctica los lugares más distantes del mundo.

A partir de estas premisas, el Consejo de la CLH emitió un mandato a la Oficina Permanente para la recolección de datos acerca de las necesidades prácticas del área, los desarrollos comparados, tanto en Derecho interno como en DIPr., con la finalidad de lograr consensos desde una visión mundial para abordar los asuntos relativos a la MS transfronteriza.

El trabajo a efectuar gira en torno a los aspectos de DIPr. que deben regularse en tales acuerdos, e integra el nuevo Derecho internacional de familia desde que estos acuerdos de alquiler de vientre se producen hoy con frecuencia dando lugar incluso a lo que se ha dado en denominar “turismo procreativo”²⁹. Se ha constatado que el núcleo de la cuestión radica en las amplias diferencias existentes entre las leyes nacionales que rigen la subrogación o en la carencia de leyes que la regulen.

²⁷ La Fundación Nuffield prestó su apoyo y subvencionó la investigación realizada por los profesores Paul Beaumont y Katarina Trimmings.

²⁸ Nota de prensa de la organización en http://www.hcch.net/index_en.php?act=events.details&year=2011&varevent=216&zoek=surrogac. Consulta 18/7/2011.

²⁹ A tal punto varían las respuestas nacionales que se ha llegado a que quienes desean tener un hijo, realicen viajes buscando la legislación que evite las restricciones impuestas a la subrogación en su país. En general, la mayoría de los casos son parejas occidentales atraídas por el bajo costo de servicios de alquiler de vientres y una disponibilidad inmediata de madres de alquiler en lugares como la India, Europa del Este y América del Sur. La potencial existencia de un mercado negro conformado por personas cuyas necesidades económicas y sociales conducen a ofrecer el alquiler de vientres a precios muy bajos es prácticamente una realidad y los foros de codificación deben legislar la materia. Ver Martin George (2010).

III.2. Reconocimiento de actos y decisiones en DIPr.

Con sustento en la conveniencia pero también en valores como la cooperación y la solidaridad, en el ámbito procesal se establece una suerte de consenso de casi todas las legislaciones nacionales en reconocer eficacia a las sentencias pronunciadas en el extranjero bajo la observancia de ciertas condiciones.

En esta materia coexisten fuentes jurídicas de distinto origen, según sean internas, convencionales e institucionales³⁰. En casos como los que se encuentran bajo análisis, en los que no hay una vinculación convencional específica se atiende a lo dispuesto en las normas internas.

Digamos que el reconocimiento de decisiones foráneas se considera la más profunda expresión de cooperación jurisdiccional en tanto el tribunal que presta el reconocimiento hace suyo el pronunciamiento dictado por un magistrado extranjero, renunciando de este modo a su propia potestad soberana³¹.

El reconocimiento no versa sobre la relación sustancial controvertida en el proceso que motivó la sentencia referida, sino que persigue el objetivo de verificar, por un lado, si la sentencia reúne los recaudos de legalización, autenticación y traducción de todo instrumento extranjero –son los llamados requisitos extrínsecos– y por el otro lado, si el contenido del pronunciamiento se ajusta a las reglas fundamentales de orden público y si el procedimiento seguido en el extranjero ha respetado las garantías del debido proceso (Dreyzin de Klor y Saracho Cornet, 2006: 187 y ss.)³². Incluso hoy se habla de un método de reconocimiento (ya sea de documento, acto público, sentencia o situación), en el sentido de que no se indaga la ley competente, y el control basado en el límite del OPI es excepcional y relativo en el espacio y en el tiempo. La valoración concreta sería en el momento actual e *in casu* del impacto o de los efectos nocivos que produciría la recepción de tal decisión en el foro (país de reconocimiento) (Quiñones Ezcamez, 2009: 24).

De este modo se satisfacen los principios de DIPr., pues el reconocimiento de los actos y de la sentencia extranjera así como la eventual ejecución o el despliegue de los efectos en un Estado distinto al del pronunciamiento contribuye a concretar los axiomas que sustentan la materia; cierto control de la decisión

³⁰ Existe un importante acervo jurídico de carácter procesal internacional apuntalado desde un inicio por diversos foros de producción jurídica convencional, por haberse identificado como el sector que plasma la cooperación en todas sus manifestaciones. Ver Adriana Dreyzin de Klor y Teresita Saracho Cornet (2006).

³¹ En aras de la profundización de este concepto, ver Adriana Dreyzin de Klor (2009: 583).

³² Jurisprudencialmente, ello ha sido puesto de manifiesto en el precedente sentado por el Juzgado de Familia n° 2, de Mendoza, el 09/11/10, en autos C. A. V. y otro, publicado en [www.diprargentina.com](http://fallos.diprargentina.com), <http://fallos.diprargentina.com/2011/02/c-v-y-otro.html>. Consulta 19/07/2011.

extranjera es necesario, pues los Estados no pueden reconocer cualquier decisión foránea aun aquella dispuesta por sentencia judicial, y así es universalmente admitido. Si de la evaluación realizada surge el incumplimiento de algunos de los recaudos señalados, no se reconoce la decisión.

III.3. Las excepciones al reconocimiento de los actos

El rol de la judicatura a la hora de decidir casos jusprivatistas internacionales de Derecho de familia debe partir de la consideración de los TDDHH ya que allí muestran su mayor incidencia, aunque todo el derecho debe ser encarado a través del prisma de derechos y garantías que este acervo jurídico comprende. Justamente, es en el Derecho internacional de los DDHH en que pueden hallarse los fundamentos de mayor peso específico para defender el perfil de la familia postmoderna, al establecer la protección que la sociedad y el Estado le brindan como su núcleo natural y a cada una de las personas que la integran. Este verdadero sistema normativo reconoce el derecho a la identidad, a la privacidad, a la igualdad ante las leyes y el principio de no discriminación, pudiendo avizorarse en todas las declaraciones y pactos una suerte de principio de alcance general que se concreta en el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad como sustento de la organización social (Greselin y Acosta, 2008).

Especialmente en los supuestos resueltos en Francia se encuentran, por un lado, los principios indeclinables de DDHH que contiene la CDN en la que subyace expresa y tácitamente la importancia de considerar el interés superior del niño (art. 3.1), y que plasma en una suerte de calificación autárquica algunos de los derechos que abarca el enunciado³³. En la otra vereda, acciona el interés irrenunciable que esgrime el Estado francés en cuanto a sostener la indisponibilidad del estado de la persona como un axioma indelegable de su sistema. Este principio ¿parece no reconocer carácter universal? ¿Se contrapone con el ejercicio de la autonomía de la voluntad?

Partir de esta premisa lleva a cuestionar las legislaciones que receptan RHA; sin embargo, convengamos en que hay diferencias notorias en su regulación, existiendo condicionamientos, límites y, en definitiva, normas que responden a las distintas políticas de Estado³⁴.

El problema en función de la búsqueda de justicia en los casos concretos consiste en articular los intereses en conflicto respetando los principios de los

³³ Art. 7 CDN: “El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

³⁴ Tal como se pone de manifiesto al advertir las diversas modalidades que se verifican.

convenios universales con los propios principios, o sea los del foro. Y es éste el escenario sobre el cual hace su ingreso el método de reconocimiento.

Ahora bien, estas actas de nacimiento, ¿están sujetas a un procedimiento para su transcripción? Va de suyo que las autoridades de California y de Minnesota son competentes para inscribir los nacimientos que acontecen en su territorio. El control de competencia efectuado en función de las normas extranjeras es sólo de tipo formal y se vincula sobre todo a la validez de documentos y certificados conforme al ordenamiento jurídico del cual provienen. Sin embargo, en el DIPr. hay conceptos muy asentados que se relacionan con la existencia de proximidad entre los protagonistas y el territorio en el cual tienen su domicilio, su residencia habitual, la nacionalidad, aquel lugar en que establecen la relación jurídica de que se trata, o el que eligen para la celebración de actos o el país donde los cumplen. En los casos en comentario ¿puede concluirse en la existencia de un vínculo estrecho entre las parejas y los EEUU? ¿Hay contactos suficientes que no sean los que obedecen a la contratación de una madre subrogante? En alguna de las sentencias se hace hincapié en que la pareja viajaba por cuestiones profesionales a ese país y entonces la elección no fue totalmente fortuita (Cuninberti, 2007). Desde esta perspectiva, si bien no cuadra un control de fraude a la ley, puede suponerse la existencia de un control de fraude de un foro más conveniente, a la hora de analizar el reconocimiento de las actas respectivas.

La Corte de Casación encuentra un equilibrio –que no sabemos aún si es tan equilibrado³⁵– al denegar la transcripción del acta al registro de estado civil francés con el consiguiente efecto de desconocer la nacionalidad francesa al niño, aunque reconoce el estado filiatorio adquirido en EEUU.

En tanto, el planteo ante el Tribunal administrativo alemán es diferente: se deniega la entrega de un pasaporte que ha sido solicitado en el extranjero para el menor por entender que no se cumplen los requisitos exigidos por ley, en tanto es necesario que se trate de un ciudadano alemán para que dicha emisión se concrete y en el caso no se cumple con las condiciones establecidas. Incluso se afirma en la resolución que el hecho de figurar los cónyuges alemanes inscriptos en la partida de nacimiento de la criatura como padre y madre es irrelevante para la determinación de la descendencia, pues no se consideran dichas inscripciones como constitutivas.

Empero, en todos los casos se identifican como potencialmente conflictivas dos cuestiones que en el DIPr. obran a manera de excepciones a la aplicación del derecho extranjero con particular connotación en relación al reconocimiento: el

³⁵ Recuérdese que la cuestión resuelta por uno de los decisorios será llevada ante el TEDH, según anuncios de los implicados.

fraude a la ley y el orden público internacional. Nos detendremos en ambos, por su vinculación con los supuestos en tratamiento.

III.3.a. El fraude a la ley

Aunque medularmente las sentencias analizadas no acudan a la figura del fraude a la ley (FL) para nutrir su motivación, su recurrente presencia en las argumentaciones de las partes involucradas en los casos y en los análisis doctrinarios efectuados a raíz de conflictos similares nos convencen acerca de la necesidad de su tentativa relevancia en casos de MS transfronteriza.

Es de destacar que el fraude en DIPr. se bifurca entre el que se puede cometer con relación a la ley y a la jurisdicción. Sin embargo, como en el caso se menciona el fraude a la ley, acotamos nuestro tratamiento a este aspecto de la excepción³⁶.

Ubicación conceptual

El FL opera como un elemento cuya ausencia debe verificarse a fin de efectivizar la aplicación del derecho extranjero conectado por la norma de colisión. Es decir, se configura ante la comisión de actos que trasuntan la voluntad de los involucrados de sustraerse maliciosamente al sistema jurídico que la norma de DIPr. determina, a través de la alteración insincera del punto de conexión, para beneficiarse de alguna manera, al someterse a una legislación que no es aquélla a la que la norma indirecta remite. Consiste, pues, en el empleo del mecanismo conflictual para alcanzar un resultado que, de otro modo, no sería posible (Pereznieto Castro, 2011: 246).

Sus orígenes pueden rastrearse hasta los inicios de la vida social, pues al sancionarse las primeras reglas imperativas comenzó a trabajar la imaginación humana para encontrar la manera de eludir las prohibiciones (Parra Aranguren, 1992: 137). Es por esa razón que pocas definiciones académicas resultan tan gráficas como la aproximación del maestro Goldschmidt, que caracterizó este medio como el intento de una persona de vivir en un país con la legislación de otro, la cual le permite lo que aquél le prohíbe (Goldschmidt, 2009: 196).

No es poco frecuente que las personas intenten modificar los factores de conexión consagrados normativamente para lograr la aplicación de un ordenamiento jurídico más favorable a sus deseos³⁷. Ante la dificultad probatoria que conlleva

³⁶ El fraude a la jurisdicción en DIPr. puede verse en Adriana Dreyzin de Klor (2009_b: 159-167).

³⁷ En consecuencia, en el fraude a la ley pueden deslindarse dos aspectos: el material, constituido por una serie de conductas, y el volitivo, concretado en la intencionalidad de alcanzar un resultado no querido por el ordenamiento (Fernández Rozas; Sánchez Lorenzo, 2007: 131).

el elemento voluntario del concepto, es que suele acudirse a las útiles pautas que derivan de la concreción de una multiplicidad de actos en un contexto: “contracción temporal” y “expansión espacial” (Goldschmidt, 2009: 195).

Relacionado con lo anterior, se añaden ciertas condiciones para la activación del FL. En primer lugar, la circunstancia por la cual el derecho competente antes de la alteración del punto de conexión debe ser coactivo (y no meramente supletorio), pues la noción procura asegurar el carácter imperativo de las leyes y evitar que en las relaciones internacionales se transformen en facultativas. Por lo tanto, no puede predicarse en aquellos supuestos en que el legislador autoriza a las partes a elegir el derecho al cual se someten. Asimismo, es necesario que no exista otro medio idóneo para neutralizar los resultados queridos por las partes; por ejemplo, el OPI, aunque la jurisprudencia refleja cuán habitual es encontrar la invocación de ambas figuras en casos en que se alega el FL (Kaller de Orchansky, 1991: 102-103; Dreyzin de Klor y Saracho Cornet, 1995).

Ahora bien, ¿qué efectos despliega la existencia del FL? Estos pueden ser examinados a la luz de la posición del país cuyo derecho ha sido evadido, con respecto al sistema de ley que se invoca y en orden a la situación de terceros Estados. En el primer supuesto, la sanción consiste en considerar que el cambio del punto de conexión no se realizó, negando las consecuencias derivadas de la elección fraudulenta. Se impide así la obtención de la ganancia especial del fraude, procurando preservar las demás partes del acto. Sin embargo, la solución no parece tan evidente en la segunda y tercer hipótesis, desde que depende del fundamento y fin que se asigne a la figura. No podemos olvidar que la doctrina del FL ha sido objeto de críticas basadas en la necesidad de asegurar el derecho de las personas a modificar determinados puntos de conexión (como el domicilio y la nacionalidad) (Niederer, 1960: 141), por la inseguridad jurídica que produciría o por la identificación de la figura como aplicación particular del OPI (Jayme, 1995: 244).

Fraude a la ley y MS transfronteriza

Claramente, la Corte de Casación de Francia se ha inclinado por utilizar el recurso del OPI basado en el principio de indisponibilidad del estado de familia para negar la posibilidad de inscribir en los registros franceses las filiaciones establecidas a partir de un contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero.

Sin embargo, según los datos a que se tiene acceso, el FL no ha estado absolutamente ausente en el razonamiento desde que fue tenido en cuenta en las sentencias 370 (caso Mennesson) y 369.

En su caso, el matrimonio Mennesson intentó ahuyentar el fantasma del FL, o la convicción por parte del Tribunal de la realización de turismo reproductivo, alegando que a pesar de tener residencia en Francia eran frecuentes los viajes de la esposa a EEUU por razones laborales. A su vez, y en referencia a la primera decisión de la Corte de Apelación de París, se interpretó que la resolución buscaba

evitar que sean las niñas quienes paguen las consecuencias de un FL cometido por la pareja francesa, al ser consideradas huérfanas y extranjeras hasta que no se determinase la filiación paterna (Quiñones Ezcamez, 2009: 8).

Por otra parte, acorde al comunicado de prensa del Tribunal, los argumentos esgrimidos por la pareja francesa del caso 369 a fin de obtener el reconocimiento de la filiación del niño nacido a través de MS se sustentaban en que “para que se declare admisible la actuación del ministerio público, fundada en la hipótesis de un fraude a la ley, los jueces del fondo están obligados a establecer la existencia de una intención fraudulenta”; y además “que para declarar inoponible (que no se puede ejecutar) en Francia una sentencia de otro país, los jueces del fondo deben constatar la incompetencia del juez extranjero, la contradicción con el orden público internacional o el fraude a la ley francesa”. Sin embargo, estas alusiones a la figura del fraude no resultaron la base sobre la que se construye la decisión, optando el Tribunal por impedir la transcripción de las partidas tal como se habían otorgado en Estados Unidos, con sustento en la violación del OPI.

El Tribunal berlinés, por su parte, ratificó el estado de duda acerca de la nacionalidad alemana del menor con nacimiento en la India que había dado lugar a la denegatoria de otorgamiento de pasaporte por la autoridad consular. De acuerdo a los hechos que tiene por acreditados, a los que se suma que el nacimiento del niño se produce en un centro de fertilidad especializado en el “alquiler de vientres”, presume que la mujer que aparece como madre en el certificado no habría sido la que ha dado a luz. Aquí tampoco se invoca en forma expresa la existencia de un FL, pero el órgano jurisdiccional efectúa una serie de indagaciones en orden a desentrañar el acaecimiento de los hechos que dieron lugar al nacimiento para verificar la veracidad de las anotaciones en el marco de la petición cautelar de los padres de la criatura. Esta investigación guarda una innegable semejanza con el análisis formulado a fin de elucidar la existencia del elemento volitivo del FL³⁸.

En síntesis, los fallos comentados no acuden al FL como instituto, pero los resultados a los cuales se arriba, de alguna manera, se elucubran en torno al modo posible de sancionar conductas propias del fraude. Es decir, ¿niegan la filiación para el sistema jurídico francés/alemán? Y por lo tanto no conceden la nacionalidad, pero ¿no reniegan de la filiación reconocida por el derecho foráneo (americano/hindú)?

³⁸ No resulta ocioso recordar que en esta causa, el fundamento central del rechazo del recurso presentado por la pareja alemana giró en torno a la falta de cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de la medida precautoria, por considerar el órgano jurisdiccional que las circunstancias de hecho ameritaban un debate procedimental más amplio.

Desde la doctrina, y comentando casos análogos a los que dieron lugar a las sentencias analizadas, se ha abordado el tema del FL. En España, por ejemplo, se alegó que estos supuestos no son consecuencia de las conductas que devienen del fraude, ya que los particulares no fingieron ni crearon una apariencia formal sin contenido sustancial como hubiera ocurrido al presentar al nacido como sujeto de nacionalidad o domicilio extranjero, sino que viajaron a otro país para plantear su demanda ante el tribunal extranjero respectivo y obtener una resolución foránea que luego intentaron introducir en la Península. Como corolario, al no haberse manipulado ninguna conexión, el FL sería inapropiado (Calvo Caravaca; Carrascosa González, 2009: 316).

Otro interesante enfoque ibérico argumenta que subyace al contrato de MS un fraude al conflicto de calificaciones (Quiñones Ezcamez, 2009: 29). Desde esta perspectiva, el establecimiento filiatorio se deslocaliza por la voluntad contractual y por la práctica médica. Esta vertiente reconoce que el método del reconocimiento de las situaciones creadas presupone un alejamiento inicial de la situación con el país al que se le solicita el reconocimiento; o sea, la ausencia de fraude, pues de lo contrario no se respetarían las legítimas expectativas de las partes.

En referencia a un caso que adquirió ribetes mediáticos en Argentina, en que una pareja de personas del mismo sexo, residente en Nueva York, reivindicó el derecho a que se reconozca su paternidad adquirida a través de un alquiler de vientre en EEUU, se consideró que la situación no era equiparable al de una pareja que, viviendo en Argentina, hubiese viajado a ese país para realizar allí una práctica prohibida por el sistema jurídico local. Según esta postura, la filiación extranjera podría entonces desconocerse con fundamento en el fraude al derecho argentino (Oyarzábal, 2006); a menos que se considerase que el derecho de los niños a una filiación sostenida (*favor filii*) debe prevalecer en estas situaciones³⁹.

El propio caso *Menesson* (sentencia 370 de Corte de Casación), ante la publicidad al que lo sometieron los mismos protagonistas, fue objeto de análisis jurídico en una instancia previa a su devenir procesal (Cuninberti, 2007) en el entendimiento de que los argumentos relacionados con el FL deberían haber sido explorados con mayor profundidad.

No es lícito perder de vista que nos encontramos ante casos en los que se persigue el reconocimiento de un acto o decisión extranjera y no la aplicación de su derecho de fondo. En orden al reconocimiento de la eficacia en el territorio de las situaciones jurídicas ya creadas en el extranjero se requiere que en el momento de la instauración de la relación jurídica ésta se encuentre alejada del foro (Quiñones Ezcamez, 2009: 16) o, dicho en otros términos, conectada al foro bajo

³⁹ El caso también resultó analizado en Adriana Dreyzin de Klor (2011: 55-80).

cuya legislación se celebra el convenio de MS. Pero en los casos reseñados, los vínculos con el territorio francés y alemán son intensos y demasiado tenues los lazos con el sistema de los Estados de California, Minnesota o de la India. Este panorama disminuye las posibilidades de que se considere que estamos ante un supuesto de eficacia extraterritorial de las situaciones válidamente creadas (sin FL) en el extranjero.

Ciertamente, no será dable predicar que las parejas (o personas) que se trasladan a países donde la práctica de MS está permitida, lo hagan siempre para evadir el derecho aplicable, pero la evidencia demuestra que el sometimiento a los procedimientos médicos se torna factible sólo en los sistemas jurídicos que lo autorizan, y es en virtud del paraguas de legalidad brindado por dichos ordenamientos que la MS se viabiliza. Es por ello que, a nuestro modo de ver, resulta esencial distinguir los supuestos en los que el convenio de gestación por subrogación tiene lugar en un Estado con el que los involucrados ya se encontraban internacionalmente conectados (sea en función de su domicilio, residencia o nacionalidad), de aquellas hipótesis en las que el traslado de los particulares se lleva a cabo con la única finalidad de celebrar y cumplir un contrato de estas características. Es así como las pautas pergeñadas alrededor de la figura del FL como indicios de la intención fraudulenta podrán convertirse en una útil herramienta.

III.3.b. El orden público

No sin razón se afirma que el orden público internacional es uno de los instrumentos del DIPr. que más problemas ha causado a la hora de querer definirlo (Jayme, 1995: 223 y ss.).

El instituto funciona en las hipótesis en que una norma extranjera que resulta aplicable a una relación jurídica es excluida, porque de no hacerlo se producirá un resultado contradictorio o inconsistente con algún principio fundamental de la ley del foro (Wolff, 1958: 162). Así también, cuando se presenta ante un tribunal una sentencia extranjera a fin de obtener su reconocimiento, la autoridad judicial procederá a constatar los recaudos exigidos, entre los cuales deberá ponderar que no se vulneren los axiomas que integran el OPI (Maekelt, 2005: 315).

En este orden de ideas se comprende que la fragmentación jurídica espacial existe porque cada derecho nacional contiene principios propios que son precisamente los que le dan solidez y autonomía. Estos principios actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de normas e integran el derecho; informan e inspiran al legislador, orientan al juez y al intérprete y fundamentan el orden jurídico. En suma, son la esencia de los respectivos derechos. Ahora bien, el orden público actúa como correctivo funcional de todos los elementos e intereses que están involucrados en el tráfico jurídico internacional y, con especial intensidad, como

una defensa de la esencia de un país, de su orden social y jurídico (Aguilar Navarro, 1982: 196).

El carácter excepcional y funcional que caracteriza a este instituto es ampliamente aceptado; su calidad restrictiva conduce a considerar el OPI como conjunto de principios⁴⁰. En consecuencia, el derecho extranjero se aplica cuando corresponde de manera directa –aplicación por el juez ante el cual se entabla la acción– y por vía indirecta –al reconocerse y/o ejecutarse una sentencia extranjera– con fundamento en el derecho foráneo. Esta premisa se concatena con la teoría del desarrollo judicial del DIPr⁴¹.

En el caso de las tres sentencias francesas, se advierte que la Corte de Casación emplea los mismos argumentos en términos de contrariedad del reconocimiento con el orden público francés si bien se trata de causas que – conforme se expuso– encuentran diferencias desde la perspectiva jurídico-formal⁴².

Los tres supuestos refieren a ciudadanos franceses que contratan mediante acuerdos validados por la jurisdicción extranjera y que mantienen un vínculo estrecho con la legislación francesa; en consecuencia, como ya fuera apuntado *supra*, tienen un lazo innegable con el foro ante el cual solicitan la validación de dichas actas.

La MS no está permitida en Francia. De esta prohibición da cuenta la legislación interna y es de orden público la indisponibilidad sobre el estado de las personas. En estos casos han nacido los niños y es un norte que debe evaluarse en su total dimensión. El pluralismo metodológico tradicional del DIPr. que se vale de las normas de conflicto, las normas de policía, las reglas imperativas del foro y sus distintas modalidades de análisis debe dejar lugar para la recreación metodológica, posicionándose otros medios hermenéuticos en aras de alcanzar la justicia en el caso concreto sin que ello implique una renuncia a la ponderación de los valores confrontados.

Este conflicto de valores/intereses que se presenta es sumamente profundo, con un adicional para nada menor e iluminador del sendero que debe recorrerse;

⁴⁰ Es preciso recordar que la excepción en comentario, puede funcionar de dos modos distintos: a *priori*, esto es cuando antes de consultar el derecho extranjero que la norma del foro declara aplicable, éste es descartado por el derecho propio, o a *posteriori*. En este caso, se procede a consultar el derecho extranjero, quedando descartado sólo en la medida en que su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación.

⁴¹ Un muy ilustrativo e interesante trabajo sobre el tema es la obra de Javier Carrascosa González (2004).

⁴² Puede verse en Gilles Cuninberti (2011).

hay una situación que no permite dar marcha atrás, que no deja espacio para retroceso: el nacimiento del niño.

¿Cómo se hace justicia si el derecho positivo francés –en estos casos, alemán en el otro– expresamente no permite los acuerdos de SM?

La CDN señala que el niño tiene derecho a tener una nacionalidad; la Corte de Casación les reconoce la del país en que han nacido y permite que vivan con quienes el derecho americano –el ordenamiento del Estado donde celebraron el acuerdo y se cumplió– les reconoce. Pero obedeciendo a su propio orden público, esto es, a ese conjunto de principios fundantes, no autoriza la inscripción del acta en su registro civil, lo que permitiría la concesión de la nacionalidad francesa.

Atendiendo a las normas vigentes del Derecho positivo, considera que el reconocimiento de las actas validaría el contrato que “es contrario a la indisponibilidad sobre el estado de las personas, principio esencial del derecho francés”. En consecuencia, Francia se reserva el derecho de ponderar la filiación que deriva de un convenio de gestación por cuenta de otro; aún cuando sea legítimo en el país en que se celebra la convención causal, resulta nula de nulidad absoluta, por vulnerar en orden al objeto, su orden público⁴³.

Vigentes los TDDHH y particularmente la CDN en el país, el problema se centra en la sincronización y articulación de las normas y principios ante el hecho consumado de un niño nacido por esta modalidad de fecundación asistida, con material genético de la pareja o de uno de sus miembros.

No es nuestro objetivo desentrañar el principio de orden público francés. A partir de las sentencias caben las preguntas acerca de la concreción de la vulneración de la indisponibilidad sobre el estado, ¿Qué significa? ¿Es un freno a la autonomía? ¿Es una respuesta a un ataque a la dignidad de la persona? ¿En qué radica la vulneración cuando una persona libremente y con absoluta conciencia decide prestar su cuerpo para gestar? La respuesta son nuevos interrogantes vinculados a los derechos humanos en su interpretación. La clave parece estar en que haya un debido resguardo jurídico, en que la defensa de los principios superiores que se consideran implicados sean salvaguardados a través de una ordenación normativa que impida su conculcación, mediante la sanción a todo tráfico ilegítimo que atente contra la dignidad de los niños y de sus madres, que se penalice incluso la MS que dé lugar a un comercio ilegítimo que vulnere la dignidad en cualquiera de sus despliegues y se regule muy cuidadosamente la figura para

⁴³ El Código Civil francés señala en su art. 3: “Las leyes de policía y seguridad obligan a todos los que habitan el territorio. En tanto que el Art. 6 del cuerpo legal expresa: “No se puede derogar por las convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres”.

que se rechace por motivos de orden público el reconocimiento de todos los supuestos en que exista afectación de valores superiores irrenunciables (Álvarez González, 2010).

La CDN es orden público universal y los planteos que siguen posicionados en los derechos fundamentales serían: ¿están confrontados el orden público universal con el orden público internacional francés? ¿Acaso no se invierte el proceso lógico? (Álvarez González, 2010). El tema es verificar si la transcripción a los registros franceses vulnera el interés superior del niño o si, por el contrario, la no transcripción es lo que violenta el principio. Siendo necesario exigir la continuidad espacial de la filiación y el respeto a la identidad única del niño que debe prevalecer según la CDN, se producen consecuencias no queridas pues admitir la vulneración del orden público universal significa aceptar una ausencia de identidad única. O sea, este aspecto, a través del análisis del reconocimiento y sus consecuencias propician una ponderación más sustancial del principio en los casos concretos acaecidos.

La dificultad de los supuestos causa no poca resistencia a abordarlos, ateniéndonos a las peculiaridades normativas vigentes en los Estados, a las manifestaciones en torno a la bioética, al derecho a la identidad, a los objetivos altruistas que puedan sustentar los hechos, al alquiler de vientres como un comercio, al peligro del tráfico de niños, a la problemática de la voluntad como determinante de las acciones. El listado de aristas y factores que inciden en la temática que pueden ubicarse en cada platillo supera la velocidad con que se elabora y desenvuelven las soluciones jurídicas intentando contener y comprender la realidad social. Los TDDHH como factor esencial que se ha incorporado a las legislaciones deben iluminar el camino enfocando la cuestión en su integridad y en sus particularismos.

De esta suerte, las declaraciones y pactos que bregan por la protección de derechos fundamentales, el objetivo del DIPr. y la metodología que se corresponde con la búsqueda de la solución justa al caso concreto son nuestro brazo auxiliador frente a circunstancias que parecieran exceder al intérprete y, por qué no, al aplicador del derecho⁴⁴. El impacto que ejerce sobre las sociedades contemporáneas la internacionalización de los DDHH con la eventual transformación del Derecho internacional de la familia en el marco valorativo de la posmodernidad no debe confundirnos en el análisis⁴⁵.

⁴⁴ Con relación al método de DIPr. resulta muy ilustrativa la obra de Friederich Juenger (1992: 47 y ss.).

⁴⁵ Entre los valores de la posmodernidad, reconocer el pluralismo de ideas, de estilos de vida, de religiones, es fundamental para caracterizar la época, y hace a su esencia rescatar la posibilidad de alternancia. Se ha expresado que el saber posmoderno no es sólo un instrumento de poder, sino

A fin de resguardar la norma imperativa por un lado y el OPI por otro, la Corte de Casación decide que no puede privar a los niños de la filiación materna y paterna que el derecho extranjero les reconoce, como tampoco corresponde despojarlos del derecho a tener la vida familiar y la vida privada que protege la CEDH. Sin embargo, por sentencia no se permite la transcripción de las actas que consentirían a los niños tener la nacionalidad francesa; esto es, se dicta una decisión que no violenta las convenciones internacionales de DDHH vigentes en el territorio francés, empero se deniega indirectamente el reconocimiento de la nacionalidad francesa al niño nacido en EEUU.

No deseamos empantanarnos en el tratamiento del tema ni quedarnos estancadas en el camino; pretendemos llegar con nuestras ideas al lector y efectuar un aporte desde el DIPr. para un debate intenso y profundo. Todo ello bajo el rigorismo de pensar el Derecho intentando sortear los prejuicios y preconcepciones que limitan el discurso y priorizar la solución jurídica razonable para las relaciones privadas internacionales enraizadas en los actuales paradigmas de familia. Siempre, bajo el respeto a los derechos humanos fundamentales en su integralidad y atendiendo a la interpretación que merecen y no al acomodamiento de su letra para argumentar parcialmente la posición en defensa.

IV. A manera de reflexiones

Hasta hace unos pocos años, el DIPr. era considerado una suerte de conjunto normativo poco útil, complicado y asistemático, que muchas veces se tenía como una asignatura poco necesaria y que convocaba, incluso, a adjetivaciones tales como ciencia impenetrable o misteriosa. Ciertamente, los casos planteados ante los tribunales nacionales no eran muy frecuentes en nuestro país y tampoco abundaban en los Estados en vías de desarrollo. A la hora de investigar la jurisprudencia, se volvía constantemente sobre los mismos conflictos o se rastreaba entre precedentes extranjeros, supuestos para desentrañar los temas que integraban los programas de estudio de la materia.

Hoy el giro producido es copernicano. Si bien nuestro aporte no aborda jurisprudencia local, no podemos obviar una referencia a nuestro medio a partir de los cambios legislativos que han tenido lugar en Argentina en materia de Derecho de familia. Las consultas en materia de MS aumentan en progresión geométrica y se mediatizan casos que demuestran la importancia de prever situaciones que ya están sucediendo y que proyectan efectos en el país sobre hipótesis como las analizadas en este trabajo⁴⁶.

que se desarrolla, refina la sensibilidad humana a las diferencias y refuerza la capacidad de la persona para soportar lo irreconciliable y lo inconmensurable (Lyotard, 1979: 9).

⁴⁶ Véase: “Por Flor de la V y Fort, suben las consultas sobre alquiler de úteros”, *Diario Perfil*, 15/05/2011. Online: http://www.perfil.com/ediciones/2011/5/edicion_572/contenidos/

El legislador no puede tener el silencio por respuesta. No es nuestro objetivo brindar la solución legal a la MS; pero sí, en cambio, señalar que no sólo debe considerarse el tema a nivel de fuente autónoma. Aplaudimos el compromiso asumido por la Conferencia de La Haya y aguardamos con ansia la resolución del TEDH.

A su vez, dentro de la legislación interna debe considerarse tanto desde el prisma directo, material, que capta los casos estrictamente nacionales, como desde el ángulo relativo al reconocimiento de los casos sucedidos en el extranjero que se presentan en el país para el reconocimiento de situaciones ocurridas bajo sistemas con diversa regulación. Estimamos fundamental contemplar, incluso, las atribuciones de los representantes argentinos en el extranjero conforme el criterio que adopte el Estado en orden a RHA, a fin de evitar situaciones claudicantes.

El pluralismo metodológico es una herramienta esencial y el método de reconocimiento un instrumento insustituible que debe ponderarse a la hora de legislar, al momento de interpretar y aplicar el Derecho.

Con relación a los casos franceses, la Corte de Casación decide articular las fuentes de DDHH fundamentales con los axiomas que sustentan su orden público internacional para no violentar, a su criterio, ni unos ni otro.

La decisión de aceptar que el interés superior del niño ilumina todo el derecho por su jerarquía y validez universal, conlleva a que a fin de respetar la vida privada y familiar del niño se mantenga el vínculo de filiación establecido en el extranjero al amparo de una ley que lo legitima y, por tanto, sostener el desarrollo y la integración familiar del niño en Francia. Desde la óptica del Derecho público cada país decide quién ostenta o no el atributo de su nacionalidad. No reconocer la nacionalidad francesa de la criatura implica respetar el principio esencial del derecho francés referido a la indisponibilidad sobre el estado de las personas, que integra su orden público internacional.

La transcripción de las actas en torno a las cuales se desenvuelve todo el conflicto, esto es, la inscripción del niño como francés, lleva a tomar esta decisión. ¿Puede afirmarse que ha existido un fraude a la ley y es sobre su configuración que se producen los hechos que desencadenan la situación en que se encuentra la criatura nacida fruto de un contrato oneroso, cuyo objeto es el alquiler de vientre, celebrado en un país en que la ley lo permite pero cuyos efectos se despliegan en un país que lo prohíbe? ¿Hasta qué punto es importante determinar las conexiones –estrechas, próximas, vinculantes– de los protagonistas con un determinado ordenamiento jurídico como límite de los hechos para que la justicia obre en consecuencia?

La decisión alemana plantea otra cuestión. Se trata de un niño cuya nacionalidad se encuentra en tela de duda, situación que surge cuando se solicita que se le extienda un pasaporte. Por los hechos y documentación existente, las autoridades germanas en India aducen motivos para vacilar acerca de la nacionalidad alemana del niño (aunque está en el país en una calidad poco clara). El caso recién comienza, pues se plantea ante una jurisdicción administrativa y habrá que estar a los desenvolvimientos procesales que devendrán.

Ahora bien, aunque los conflictos sean diferentes hay interrogantes que confluyen. ¿Qué carácter reviste en cuanto a derechos esenciales concierne, la nacionalidad como atributo para el niño, solicitada por quienes realizan las conductas sancionadas en el caso concreto? ¿Es un derecho fundamental que se le niega al niño o a quienes solicitan que se inscriba al niño como francés? Hay una sanción –y esto no se debate–, pero en todo caso, las preguntas que pueden formularse llevan a plantear, ¿a quién se pretende sancionar? ¿A quién realmente se sanciona? No preguntamos si corresponde o no la sanción pues esa valoración hace al derecho interno de los países, pero los efectos producidos por hechos acaecidos bajo un ordenamiento jurídico con despliegues bajo otra jurisdicción, caen bajo la órbita del DIPr.

El Derecho es la representación de los valores de una comunidad, un instrumento que posibilita la convivencia, una manifestación de nuestra cultura, el resultado de los consensos sociales alcanzados, pero también es canal de comunicación entre sociedades diversas. A su vez, la cultura no permanece estática y evoluciona a la luz de las tensiones siempre presentes entre visiones divergentes que convergen hacia la búsqueda de los consensos. Hoy por hoy, no podemos desconocer que las fricciones propias de la coexistencia social pueden intensificarse cuando se combinan con notas de internacionalidad. El DIPr. tiene la posibilidad de aportar herramientas conceptuales y prácticas hacia la construcción de puentes imprescindibles a la hora de enfrentar la complejidad derivada de casos de MS transfronterizos.

El pluralismo metodológico del DIPr. y su operatividad frente a estos hechos novedosos –pero ya no escasos en el mundo del siglo XXI– es una gran ayuda en el caso concreto. Debe otorgarse un espacio importante al método del reconocimiento que prácticamente no se erigía con entidad propia en este cúmulo de caminos de la ciencia jusprivatista internacional, en la búsqueda de soluciones en el caso concreto, y hoy reclama su espacio por altavoces. Finalizamos estas reflexiones apuntando que actualmente no sólo no pueden ignorarse sus bondades sino que resulta esencial ante las nuevas realidades, que son las verdades de un mundo imbuido de avances tecnológicos y científicos, con modificaciones culturales y sociológicas inspiradas en una clara intención: los derechos humanos fundamentales deben llegar con sus radiaciones a todas las instancias, y esta verdad es irrefutable por lo que tampoco la podemos ignorar.

Una cuestión no nos merece debate en todo este problema; la necesidad de su regulación jurídica y en ello si nos enrolamos con total certeza.

Bibliografía

- AGUILAR NAVARRO, Mariano (1982), *Derecho Internacional Privado*. Vol. I, Tomo II, Parte 2°. Madrid: Ed. Univ. Madrid.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago (2010), “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”. En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X. En prensa.
- AUDIT, Bernard (2001), “Le droit international privé en quête d’universalité. Cours général”. *Recueil des Cours*, T. 305.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2009), “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero De 2009”. En *Cuadernos De Derecho Transnacional*, octubre, Vol. 1, nº 2.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2004), *Desarrollo judicial y derecho internacional privado*. Granada: Comares.
- CUNINBERTI, Gilles (2007), “Flying to California to Bypass the French Ban on Surrogacy”. En www.ConflictOfLaws.net, 5 de noviembre. Consultado el 24/07/2011. [Online: <http://conflictoflaws.net/2007/flying-to-california-to-bypass-the-french-ban-on-surrogacy/>].
- (2011), “Surrogacy Agreements Violate French Public Policy”. En www.ConflictOfLaws.net, 7 de abril. Consultado el 19/07/2011. [Online: <http://conflictoflaws.net/2011/surrogacy-agreements-violate-french-public-policy/>].
- DREYZIN de KLOR, Adriana y SARACHO CORNET, Teresita (1995), “El fraude a la ley en el Derecho internacional privado”. En *Semanario Jurídico* 13, Córdoba.
- (2006), *Trámites judiciales internacionales*. Buenos Aires: Zavalía.
- DREYZIN de KLOR, Adriana (2009), “Los instrumentos de cooperación jurisdiccional del Mercosur, ¿útiles a la asistencia?”. En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 3, Rubinzal Culzoni.
- (2009), “La CSJN acomoda cada ficha en su casillero”. En *RDCO* nº 237, Buenos Aires.
- (2011), “Familia. Postmodernidad. Derecho internacional privado”. En Dreyzin de Klor, A. y Echegaray de Maussion (directores), *Nuevos Paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*. Córdoba: Advocatus.

- y HARRINGTON, Carolina (2011), “La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?”. En *RDF V*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- DREYZIN de KLOR, Adriana y ECHEGARAY DE MAUSSIÓN, Carlos (dirs.) (2011), *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*. Córdoba: Advocatus.
- FAMÁ, María Victoria (2011), “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”. En *La Ley* 21/06/2011, 1.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte (2001), “Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on al Old Couple”. En *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2007), *Derecho Internacional Privado*. Cuarta edición. Madrid: Civitas.
- GOLDSCHMIDT, Werner (2009), *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*. Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (2009), *Familia internacional en México. Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*. México: Porrúa/UNAM.
- GRESELIN, Lorena y ACOSTA, Juan F. (2008), “El derecho internacional privado como instrumento de armonización para la problemática de las uniones de hecho en el MERCOSUR”. En *Suplemento de DIPr y Derecho de la integración, Diario jurídico ElDial.com*, noviembre.
- JAYME, Erik (1995), “Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne, Cours général de droit international privé”. En *Recueil des cours*, volume 251.
- JUENGER, Friederich (1992), *Choice of Law and Multistate Justice*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.
- KALLER de ORCHANSKY, Berta (1991), *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. Córdoba: Plus Ultra.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora (2010), “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”. En *La Ley*, 20/09/2010.
- KRASNOW, Adriana (2005), “Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida”. En *La Ley*, Buenos Aires, 2005-135.
- LAMM, Eleonora (2008), *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. Barcelona: DEA.
- LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo (2009), *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Ed. Universidad.

- LYOTARD, Jean Francois (1979), *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Francia: Les Éditions de Minuit.
- MAEKELT, Tatiana, B. (2005), *Teoría general del Derecho internacional privado*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- MALHOTRA, Anil y MALHOTRA Ranjit (2009), “Commercial Surrogacy in India - Bane or Boon?”. En *India Link International*, abril-mayo. [Online: <http://www.indialink-online.com/index.php?id=850>]. Consultado el 17/07/2011.
- MARTIN George (2010), “A Study on the International Private Law Aspects of Surrogacy Agreements”. En *Conflict of Laws.net*, September 21st. [Online: <http://conflictoflaws.net/2010/a-study-on-the-private-international-law-aspects-of-international-surrogacy-agreements/>]. Consultado el 18/7/2011.
- MAYER, Pierre (2007), “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé: cours général de droit international privé”. En *Recueil des cours*, Volume 327.
- MIZRAHI, Mauricio L. (2010), “El niño y la reproducción humana asistida”. En *La Ley*, 30/08/2010.
- NIEDERER, Werner (1960), “Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu”. En *Revue*, Vol. 9.
- OYARZÁBAL, Mario (2006), “El reconocimiento en la Argentina de la paternidad de hijos concebidos en el extranjero por inseminación artificial de pareja de homosexuales hombres”. En *La Ley*, Sup. Act. 21/02/2006, 1.
- PARRA ARANGUREN, Gonzalo (1992), *Curso General de Derecho Internacional Privado*. Caracas: Fundación Fernando Parra Aranguren.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel (2011), *Derecho Internacional Privado*. Novena Edición. Oxford, México.
- QUIÑONES ESCAMEZ, Ana (2009), “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”. En www.inDret.com. [Online: <http://ssrn.com/abstract=1440237>]. Consultado el 18/7/2011.
- ROUDINESCO, Elisabeth (2007), *La familia en desorden*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. (2001), *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2004), *La filiación en la procreación asistida*. Buenos Aires: El Derecho.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2009), “Perfiles de la integración del extranjero”. En *La integración de los extranjeros (Un análisis transversal desde Andalucía)*. Barcelona: Atelier.
- SANTOS BELANDRO, Rubén (2009), *Derecho civil internacional y de familia*. Uruguay: Asociación de Escribanos del Uruguay.

- SCHWENZER, Ingeborg (2006), "Methodological Aspects of Harmonisation of Family Law". En *European Journal of Law Reform*, Center for International and Comparative Law, Vol. VI, n° ½, Indianápolis.
- T.M.C. ASSER INSTITUUT (1993), *The Influence of The Hague Conference on Private International Law*. Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands.
- VAN LOON, Hans (2011), "Conférence de La Haye de droit international privé". En *Répertoire international Dalloz*, enero.
- WOLFF, Martín (1958), *Derecho Internacional Privado*. Traducción de Antonio Marín López. Barcelona: Ed. Bosch.
- ZURITA MARTIN, Isabel (2006), "Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres". En *La Ley*.

Maternidad subrogada

Silvana María Chiapero

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Especialista en Derecho Registral por la Universidad Notarial Argentina. Profesora Titular de Derecho Privado I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora de Posgrado en la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Empresarial Siglo XXI. Vocal Titular de la Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba. Miembro del Consejo Directivo del Centro de perfeccionamiento “Ricardo C. Núñez” del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Ninguno puede estar desvinculado del medio social en que se desenvuelve, de cuyas aspiraciones e inquietudes participa y de cuyas preocupaciones vitales debe ser intérprete.

Dr. Pedro León

1. Introducción

En los comienzos de la historia de la humanidad era insospechado que los conceptos de sexualidad y fecundidad pudieran estar disociados, de modo tal que las parejas estériles admitían las limitaciones biológicas sin cuestionarse acerca de su derecho a la libertad en la procreación, acudiendo, sólo en ciertos casos, al sucedáneo de la adopción.

Hoy, los medios propuestos por el progreso científico permiten esa disociación, brindando herramientas que, sin alcanzar todavía una completa manipulación de la reproducción, introducen posibilidades que tienden a suprimir o, por el contrario, restablecer la fertilidad.

El inmenso poder de intervención del avance científico sobre ese proceso biológico, antes controlado naturalmente, ha desatado la polémica actual, despertando el deseo del individuo de acceder a la libertad de elegir la procreación artificial y la presión de la comunidad toda por utilizarlo en su provecho.

Las técnicas de inseminación, de fecundación *in vitro* y de transferencia del embrión en útero propio o ajeno, no constituyen solamente tratamiento de la esterilidad, sino que aportan un poder nuevo, el de acceso a la fertilidad permitiendo reivindicar un derecho a la misma.

Esa prerrogativa es entendida por algunos como absoluta, lo que significa desentenderse de una circunstancia esencial: cuál es la diferencia fundamental que existe entre la procreación, como actividad compleja que incluye la concepción, gestación, parto y posterior crianza de los hijos concebidos, y la reproducción, como instinto básico del hombre, que suministra a las sociedades nada más ni nada menos que los miembros que las perpetúan, a la vez que satisface el instinto natural de las personas por el sexo y su continuidad en las generaciones futuras.

La procreación cumple con pautas culturales profundamente arraigadas y con metas individuales acerca de una vida plena, a punto tal que se ha llegado a afirmar que es la actividad más importante que una persona realiza en la vida.

De tal manera, la adecuada comprensión de la magnitud de esta diferenciación, y de la trascendencia vital de la importancia del rol que cumple la procreación en el desarrollo de una vida plena, nos permite calibrar acabadamente las consecuencias que conlleva negarle a alguien que tiene la capacidad de cumplir con el rol paterno/materno, la oportunidad de criar al hijo propio, ya que significa negarle una experiencia que puede calificarse como central para su identidad personal y su concepto de vida con sentido.

En la actualidad se encuentra tan exacerbada la libertad de controlar toda actividad relacionada con la procreación que en ella se incluye la libertad de cada individuo para elegir entre las múltiples opciones que se plantean como posibles sin intromisiones indeseadas que dirijan la elección.

Esto explica el surgimiento del concepto de *autonomía*, vocablo que deriva de las locuciones griegas *autos* y *nomoi*, esto es, “darse normas de comportamiento a sí mismo”.

La libertad de tomar decisiones ha llegado a tal protagonismo en el mundo contemporáneo que se ha consagrado en una especie de derecho a conducir la vida con un mínimo de injerencia.¹

Ahora bien, frente a la idea de que la libertad del hombre debe ser entendida como autonomía absoluta, y que en su nombre es dable reivindicar que el individuo, para realizarse plenamente y ser feliz, pueda hacer siempre lo que le plazca en cada momento, sin obstáculo externo o interno alguno, se empina otra concepción que entiende que la libertad debe concebirse en armonía insoluble con la verdad y el bien objetivo.

¹ La Asamblea Consultiva del Consejo de Europa consagra la autonomía en los siguientes términos: “El derecho al respeto de la vida privada consiste esencialmente en poder conducir su vida como uno pretenda, con un mínimo de injerencias” (resolución n° 428).

En esta postura, por legítimos y comprensibles que sean algunos deseos vinculados con la procreación, la libertad de elegir no puede erigirse en un absoluto irracional, que no se frene ni siquiera frente a los peligros que trae aparejados para la vida de terceros y la dignidad de las personas.

Desde esta perspectiva, se resalta la estrecha vinculación existente entre la autonomía y dignidad humana, y se entiende a la autonomía como el fundamento de la dignidad de la persona. Es decir que se define a la dignidad como libertad o autonomía moral, en la medida en que el hombre no puede realizar sus fines y objetivos sin esa libertad, o como atributo de todo ser racional de no obedecer otra ley que la que él mismo se da, pero siempre entendida esa autonomía como un valor intrínseco a la prosecución de los planes de vida; es decir, en la medida que se respeten las limitaciones que dan justificación moral a las conductas y evitan que se produzcan daños al propio sujeto que la emite, o a otros vinculados con él.

Conscientes de esta dicotomía, ingresaremos al complejo tema del derecho de acceder a la maternidad subrogada como vía de obtener el hijo propio, analizando la libertad procreacional desde los distintos puntos de vista.

2. La maternidad portadora, sustituta, subrogada, o por encargo. Antecedentes

La maternidad por otro no es un hecho absolutamente nuevo en la historia de la humanidad, pues de ella se han encargado la literatura, la historia y la religión.

Es una realidad que pertenece al pasado que un hombre concibiera un hijo con una mujer casada y que éste pasara por hijo del matrimonio, o que la esposa admitiera como suyo el hijo de su esposo con otra mujer; soluciones que fueron vistas siempre con disfavor y que incluso constituyen, en ciertos casos, ilícitos penales.

Algunas autoras comparan la situación de las madres nodrizas que vendían su leche con las madres subrogadas, señalando que las primeras alimentan al menor después del nacimiento, mientras que las segundas lo hacen antes del alumbramiento. Refieren al diverso tratamiento de las nodrizas en la antigüedad afirmando: “Desde la más lejana antigüedad las nodrizas han vendido su leche, y este hecho ha sido calificado de muy distintas maneras, así el Código de Napoleón les daba un privilegio para cobrar su aporte ante los deudores en dificultades. Por el contrario Rousseau en el ‘Emilio’ las critica con vehemencia” (Medina y Erades, 1990).

Se ha llegado a sugerir también que la historia bíblica de Abraham y Sara habría sentado las bases de la maternidad subrogada. En este orden de cosas, Agar sería la primera madre subrogada de la historia sagrada.²

² “Sara no había dado hijos a su esposo Abraham y pensó: ‘quizá pueda tener hijos a través de Agar’” (Génesis. 16.2). Ella “le dio a su esposo Abraham en concubinato” (Génesis 16: 3).

Sin embargo, en nuestra opinión, esta historia del Viejo Testamento, que se repite más tarde con Raquel y Lía, las esposas de Jacob, no puede ser citada como base legitimante de la subrogación materna, pues en los pasajes de la Biblia siempre la que ha parido al niño ha sido su madre, además que, según las costumbres de la época, una mujer estéril podía dar una sirvienta a su esposo y reconocer como propios a los hijos nacidos de esa unión. No debe olvidarse que, en aquella cultura poligámica, las concubinas eran esposas secundarias (“Ethics & Medics...”, 1988).

La doctrina nacional también ha pretendido detectar el tema de la “maternidad subrogada” en el Derecho Romano, invocando el ejemplo de Catón y Hortensio a los fines de la República en Roma y destacando los móviles altruistas en los que se enmarcaba la práctica en la Antigüedad (Bazán y Llaryola, 2006: 19).

Empero, pese a que existen estas referencias históricas que pueden ser consideradas como antecedentes de la maternidad subrogada, la problemática no se asemeja a la que plantean hoy las técnicas de reproducción humana asistida al permitir disociar la maternidad genética de la gestacional, hecho otrora insospechado.

Lo real es que siempre se ha dicho que “madre hay una sola”; “madre no hay más que una”, y además era cierta “*mater semper certa est*”, lo que se contraponía con la paternidad, siempre incierta y de la que se decía: “hasta el día del juicio final, no sabremos de quién son los sermones, de quién es el dinero, y de quién son los hijos” (O’Callaghan x, 1994: 11).

Pero esos proverbios atañen al pasado, pues en la actualidad las personas pueden obtener pruebas de laboratorio que demuestren, con elevadísimo índice de certeza, quién es su padre, a la vez que es posible que una persona tenga más de una madre, la que lo ha concebido (madre biológica) y la que lo ha dado a luz (madre gestacional o subrogada).³

Abraham es visto como el padre y llama a su hijo Ismael, dado que Agar había sido instruida mediante un mensaje del señor (Génesis 16. 11, 15).

³ Las pruebas de compatibilidad inmunogenética están hoy conformadas por una serie de diferentes estudios que sirven tanto para la exclusión, como para la inclusión de la paternidad o maternidad, a saber: a) la investigación de los sistemas sanguíneos eritrocitarios: ABO, M Y N, “P” Rhexus (RH), Kell- Cellano, Lutheran, Duffy, Kidd, Auberger, “S”; b) la investigación del sistema de histocompatibilidad (Human Leucocyte Antigen A), uno de los más importantes por hallarse compuesto por una multiplicidad de antígenos que pueden combinarse de diferente manera; c) la investigación de proteínas plasmáticas; d) la investigación de isoenzimas eritrocitarias. Actualmente, el test más empleado es el “ADN”, que descansa en las propiedades del ácido desoxirribonucleico, material de los cromosomas. Ver Eduardo A. Zannoni (2001); Luis Verruno y Emilio Haas (1985: 17) y Verruno; Haas; Raimondi y Barbieri (1988: 27).

3. Causas u orígenes

El origen de la maternidad subrogada se encuentra principalmente en razones médicas que impiden la gestación, pero también puede radicar en la decisión voluntaria de gestar por otro.⁴

El primer supuesto se origina en la infertilidad femenina, a la que podríamos definir como la patología propia de una mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal. Las causas son múltiples y complejas, y pueden responder a factores orgánicos o psicológicos.⁵

Cuando la infertilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica, o a través de tratamiento farmacológicos, la ciencia y la técnica modernas ofrecen la posibilidad de subrogar en otra mujer la función de gestar. Asimismo, cuando a la infertilidad se une la esterilidad, brindan la posibilidad de recurrir a la donación de óvulo y a la prestación de vientre, para concebir y gestar a través de otra.

Estas técnicas, que se engloban bajo el término “técnicas de reproducción humana asistida”, implican la intervención médica en al menos alguna de las fases de la procreación. Consisten básicamente en tratamientos simples o de complejidad primaria (estimulación ovárica e inseminación artificial) y de complejidad secundaria (fecundación *in vitro*, transferencia embrionaria y maternidad subrogada).

4. Maternidad subrogada o cesión de útero. Concepto. Supuestos

La maternidad subrogada presupone una mujer miembro de una pareja comitente (integrada por quienes solicitan los servicios de gestación de otra mujer) o sola (soltera, viuda, separada o divorciada) que no puede llevar a cabo el embarazo, por lo que convienen (la pareja o la mujer sola) con una tercera persona (gestante) un contrato de gestación en útero ajeno, para que se implante el embrión en la matriz de ésta y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que posteriormente en virtud de lo estipulado, previa renuncia de la filiación materna, lo entregue a la pareja o mujer comitente, arrendataria de los servicios de incubación en útero ajeno.

⁴ Repárese que en la Exposición de motivos de la Ley Española de Reproducción Humana Asistida ya se habla de “maternidad de deseo”.

⁵ Las causas orgánicas pueden ser: a) endocrinas, como los defectos en el sistema neurohormonal, la diabetes, el hipertiroidismo, las perturbaciones de las glándulas suprarrenales; b) procesos toxoinfecciosos, como el alcoholismo y la drogadicción, así como la toxoplasmosis, la listeriosis y la hemoglobinopatía; c) uterinas, como malformaciones, tumores, incompetencia ístmico-cervical, hipoplasia uterina, endometritis y sinequias; d) inmunológicas, dado que los espermatozoides son fuente activa de antígenos y el huevo constituye una homoinplante, es indudable que el organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación, produzcan abortos o enfermedades en el recién nacido. Ver Soto Lamadrid, Miguel Ángel, p.315.

También es posible que la mujer que consiente la gestación en su vientre, además de prestar su útero, aporte el óvulo a fecundar, en cuyo caso reviste condición de madre gestante y genética.

Es decir que la maternidad en sustitución puede darse de dos formas principales.

La primera denominada de “madre portante”, se configura cuando una mujer acepta llevar adelante un embarazo de un embrión conformado por gametos de una pareja estéril. En este caso –verdadera subrogación de vientre– tenemos una madre genética y otra gestante, esto es, dos madres.

El otro supuesto, llamado de “madre gestante”, que se configura cuando una mujer acepta ser inseminada con semen del marido de la pareja estable o de una mujer que no puede concebir. En este caso hay aportación de vientre y óvulo, por lo que la madre portadora y genética coinciden.

Sin perjuicio de la sistematización que se adopte para comprender todos los supuestos posibles, lo real es que todos plantean complicaciones por su doble aporte (ovárico y uterino) que acarrea un hijo “producido” por dos mujeres distintas, que viene a quebrantar, irremisiblemente, la regla *mater semper certa est*.

Ahora bien, como se desprende de lo anterior, se alude a maternidad subrogada (traducción de la expresión en inglés “surrogate motherhood”), o “gestación por cuenta de otro”, para referir no sólo a los supuestos en que el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer que lleva a cabo el embarazo y da a luz al hijo en beneficio de la pareja, sino también para referir al supuesto de mujeres que consienten ser inseminadas para concebir el hijo que, una vez nacido, se obligan, gratuitamente o por un precio, a entregarlo al matrimonio o pareja constituida por el dador del semen y su compañera.

Aunque el término fue utilizado originariamente para referir a la segunda hipótesis (gestación con óvulo de la portadora), posteriormente se extendió al supuesto de mera portación del embrión fecundado de la pareja.

En efecto, si nos remontamos al origen de esta institución, que se localiza en los Estados Unidos en el año 1975, cuando apareció un anuncio en un periódico de California solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente y mediante remuneración, a favor de una pareja estéril, época en la que todavía no se lograba la fecundación *in vitro*, constataremos que el término fue originariamente aplicado al servicio de gestación “con óvulo propio” (Vidal Martínez, 1988: 180).

Así es que en un principio, la literatura jurídica de los Estados Unidos definió a la maternidad sustituta como aquélla de la que resulta el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral de la pareja infértil. Así se la conceptualizó de la siguiente forma:

La maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura

con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre ella (la criatura) para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada, la adopte (Coleman, 1982: 71).

De igual forma se decía que la maternidad subrogada significaba el contrato de una mujer con una pareja casada o matrimonio para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer; concebir, gestar y dar a luz o procrear un niño, a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada (Keane y Denno, 1981: 12).

Sin embargo, en puridad de conceptos, la maternidad subrogada es la primera (gestación por cuenta de otro sin aportación de óvulo), porque en la segunda, la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo concebido, pues ella aporta el óvulo que es fecundado con esperma ajeno.

En cambio, la verdadera subrogación presupone un embrión ajeno, es decir, la implantación en la mujer que no aporta sus óvulos para la procreación, sino sólo su útero.

5. Terminología

Muchas y muy diversas son las denominaciones que ha recibido la maternidad por otro, nacida con el auxilio de las modernas técnicas biogenéticas.

En los EEUU se las denomina “*surrogate mother*”: madre subrogante. En Francia, “*mere porteuse*”: madre portadora. En Italia, “*madre in affitto*”, “*affitto de ventre*”, “*gestazione per altri*”.

En los países de habla hispana se las ha llamado “madres sustitutas”, “maternidad de sustitución”, “gestación por cuenta de otro”, “madre portadora”, “madre alquilada” y “madre arrendada”, entre otras expresiones.

Estas denominaciones en general aluden a los dos supuestos analizados, esto es, la madre portante (no aporta óvulo) y también a la madre gestante (aporta óvulo).

Los autores que se han dedicado a estudiar el tema en profundidad utilizan distintas formas de denominación, que se dividen entre quienes incluyen en la expresión *maternidad subrogada* a ambos supuestos, y quienes lo delimitan solamente a la situación del embrión totalmente ajeno.

Entre los primeros, Pedro F. Silva Ruiz se refiere a la “maternidad de alquiler” o “maternidad subrogada” incluyendo los dos supuestos (embrión completamente

ajeno y mujer inseminada que aporta ovulo y útero) (Silva Ruiz, 1986). Javier Gafo sigue esa terminología, porque habla indistintamente de maternidad subrogada, útero alquilado, maternidad biológica o gestación subrogada (1986: 91). Jaime Vidal Martínez también mantiene esa línea, pero el autor destaca que le parece más apropiado hablar de “maternidad de sustitución”, por considerar inadecuada la de “alquiler de úteros”, “alquiler de vientres” o “madres de alquiler” (1988: 180).

Mari Paz García Rubio se refiere a la experiencia italiana, y dice que ambas situaciones, la gestación en lugar de otro (*affitto de ventre*) o la puesta a disposición de otro no sólo de la gestión sino también del propio gameto femenino (*madre in affitto*), están prohibidas en los proyectos legislativos, ya que lo que en realidad se proscribía es la práctica médica que puede derivar en la existencia de una madre portadora o donante de niños (García Rubio, 1987: 68). Dina Rodríguez López dice que la maternidad en sustitución admite la modalidad de subrogación total o parcial. La primera, en que la mujer contratada acepta ser inseminada aportando sus propios óvulos y se compromete a entregar el hijo al padre biológico, renunciando a todos sus derechos y admitiendo la adopción de la pareja del padre biológico, como también aclarando que en tal caso la mujer es madre genética y obstétrica y por lo tanto no hay “sustitución de vientre”. La segunda, subrogación parcial, se da cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado *in vitro*, que le ha sido transplantado pero que proviene de la unión del espermatozoide y óvulo de la pareja contratante. Julián Güitrón Fuentes, al sostener la necesidad de regulación, sostiene que debe incluirse el caso de la “madre suplente”, o “portadora” o “biológica”, denominaciones que incluyen ambos supuestos (1987: 73). Rosa Adela Leonseguí Guillot afirma que la técnica conocida como “madres portadoras” puede llevarse a cabo por diferentes combinaciones, que comprenden el supuesto de la madre que aporta el óvulo como la que no contribuye con su elemento genético.

Por su parte, C. Moreno-Luque Casariego (1988) admite los dos supuestos de gestación subrogada, al sostener que son dos las alternativas que caben dentro de este nuevo modo de reproducción.

En la otra vereda, autores como Eduardo A. Zannoni optan por uno de los supuestos al decir que la verdadera subrogación presupone el embrión ajeno, esto es, una implantación en la mujer que no aporta sus óvulos para la procreación. Zannoni sostiene que en puridad la “maternidad subrogada” o “maternidad sustituta” no se da en el caso de la mujer inseminada que aporta su óvulo fecundado con espermatozoide ajeno, sino que la verdadera subrogación presupone embrión ajeno, esto es, “una implantación en la mujer que no aporta sus óvulos para la procreación” (1987: 28-29). En similar senda, Vicente L. Montes Penades se refiere a la “subrogación de útero” como a la implantación del embrión producido con óvulo de una mujer en el útero de otra, a fin de que ésta realice en su seno todo el proceso de gestación; es decir que, al igual que Zannoni, opta por uno de los supuestos (1987: 69).

Así también Gustavo Bossert (1988) designa a las madres sustitutas o subrogadas o portadoras, como mujeres en cuyo vientre se implanta el embrión logrado con los gametos de una pareja formada por otra mujer y su esposo, para que allí transcurra el embarazo y tras el nacimiento el niño sea entregado a sus padres biológicos.

El profesor Francisco Lledó Yague nos dice que el supuesto de hecho presupone que la mujer miembro de la pareja comitente (quienes solicitan los servicios de gestión de otra mujer) no puede llevar a cabo el embarazo, de modo que convienen con una tercera persona un “contrato de gestación en útero ajeno” para que se implante el embrión en la matriz de ésta, y para que lo desarrolle hasta su nacimiento. Se refiere también a la maternidad subrogada como “gestación por encargo” (Lledó Yague, 1987: 18). Adriana M. Wagmaister coincide con limitar la expresión “maternidad subrogada” a estos últimos casos, descartando aquellos en los que la mujer gestante aporta no sólo su útero sino también su material genético (2009: 19 y ss.).

En resumen, podemos afirmar que en la actualidad el contrato de subrogación materna no tiene contenido claro y unívoco en la doctrina nacional ni extranjera. Consecuentemente, tampoco puede comprobarse que exista precisión terminológica, pues se utilizan indistintamente las expresiones: “maternidad subrogada”, “maternidad de alquiler”, “madres suplentes”, “madres portadoras”, “madres gestantes”, “préstamo de útero”, “alquiler de útero”.

Puede advertirse que la diversidad terminológica también responde a que los autores basan las clasificaciones en fundamentos de distinta índole, lo que los lleva, según sea el caso, a utilizar términos jurídicos, biológicos o funcionales. Así son vocablos jurídicos (préstamo, alquiler), biológicos (gestación, útero, matriz) y funcionales (portadora, suplente, sustituta y sustitución, subrogada y subrogación).

Por nuestra parte, coincidimos con la postura asumida por los autores que limitan la expresión “maternidad subrogada” al caso de la mujer que recibe el embrión ajeno y se compromete a desarrollarlo hasta su nacimiento, para, tras el nacimiento, entregar el niño a sus comitentes, toda vez que entendemos que, sólo en este supuesto, se produce la verdadera subrogación, la que presupone un “embrión ajeno”; es decir, una implantación en una mujer que no aporta sus óvulos para hacer posible la procreación.

6. El contrato de gestación por otro. Su licitud o ilicitud

La generación de un hijo ha dejado de ser un acto íntimo en el que únicamente intervienen los padres para pasar a ser un acto sumamente complejo, prolongado en el tiempo y en el que siempre interviene un tercero (médico o equipo médico) y ocasionalmente otros terceros (dadores de gametos, madre portadora). Al no ser más exclusivamente el resultado de la unión física entre los padres, es posible que

la procreación se produzca aún en ausencia de éstos: los padres pueden estar distantes en el tiempo y en el espacio al proceso de procreación. Incluso es posible que alguno o ambos padres hayan muerto al tiempo de concretarse el proceso procreacional.

Las combinaciones que presenta la realidad son muchas. El óvulo puede ser de la propia portadora, extraído previamente para ser fecundado *in vitro*, o de otra mujer, conocida o no, casada o soltera. La fecundación puede ser con esperma del marido o de otro hombre, casado con la suministradora del óvulo o con otra mujer, o soltero, conocido o no. La implantación puede tener lugar en una mujer casada, con consentimiento del marido o sin él. Los suministradores del esperma y del óvulo pueden estar vivos o muertos en el momento de su aplicación. Si la donante del óvulo está casada puede donar con consentimiento del marido o sin él.

La diversidad de cuestiones que presenta la práctica supone la celebración de una convención que regle las conductas entre los diversos protagonistas, toda vez que puede darse la concurrencia de hasta seis sujetos con intereses diversos en la contratación y en las posibles pretensiones de paternidad y maternidad, a saber: 1) la mujer que da a luz, 2) su marido, 3) el hombre y la mujer donantes de los gametos (concurrentes a formar el embrión que no es de la gestante ni de su esposo), 4) los cónyuges de los anteriores.

El sinnúmero de situaciones que plantea la práctica nos permite identificar dos tipos de contratos posibles. 1) Por un lado, el “contrato de maternidad” aplicable a la prestación de óvulo y vientre; 2) por el otro, el “contrato de incubación”, aplicable cuando se aporta exclusivamente el vientre para recibir uno o varios cigotos producidos con material genético ajeno.

Asimismo, la práctica permite las modalidades de gratuidad y carácter oneroso. Esta distinción que en las relaciones negociales tradicionales resulta clara no lo es tanto en el ámbito de la maternidad subrogada, pues se ha sostenido que la retribución que hace la pareja comitente de los gastos de cuidados durante la gestación no puede hacer perder a la operación su carácter altruista y desinteresado.

La doctrina y jurisprudencia comparada se interrogan acerca de si los gastos médicos o asistencia de la gestante por parte de la pareja comitente tiñe de onerosidad a la contratación, o si sólo se trata de una indemnización por los gastos y pérdidas producidas por la gestación y alumbramiento, inclinándose por esto último.⁶

⁶ Rosa Leonseguí Guillot, citando a Martínez Pereda Rodríguez, se interroga en los siguientes términos: “¿Hasta qué punto puede estimarse retribuido un pacto porque existan complementos retributivos de cuidados, gestación, etc.? Los gastos médicos o de asistencia de la gestante

En orden a la licitud o ilicitud de las convenciones que hacen posible la maternidad subrogada, nos parece incuestionable la nulidad de este tipo de contratación desde la perspectiva jurídica, aún cuando no hubiera un precio; esto es, se tratare de una convención gratuita, movida por fines altruistas.

El contrato debe considerarse nulo porque viola el orden público, su objeto se encuentra fuera del comercio y su contenido es inmoral porque desdobra la maternidad y altera el estado civil de las personas; es decir, contraría la indisponibilidad del propio cuerpo y del estado civil de las personas. La capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, por lo que el contrato celebrado entre quien encarga al hijo y la madre portadora se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad y atenta contra los principios de orden público, de modo que en nuestro país su nulidad deviene de lo normado en el art. 953 CC.⁷

El tema de las madres sustitutas plantea la cuestión de saber si se tiene el derecho de concebir un hijo para abandonarlo posteriormente, y si el derecho objetivo, es decir el conjunto de la sociedad, acepta reivindicar ese derecho absoluto al hijo.

El derecho objetivo debería rehusarse a consagrar la facultad de la mujer estéril de pedir a otra que procree un hijo y después lo abandone, pues el orden jurídico no puede ponerse al servicio de un deseo individual que se enfrenta al interés superior del concebido.

La voluntad procreacional, entendida como el propósito legítimo de engendrar, de crear una nueva vida, encuentra su límite en la vida que se inicia y la dignidad del concebido, debiendo, por tanto, centrarse en la responsabilidad que crea el acto de procreación.

Razonar el derecho a procrear como un absoluto implicaría adoptar una concepción en extremo patrimonialista, cuando en rigor la facultad procreativa debe encauzar dentro de otro derecho: el del niño concebido.

A estas consideraciones se agregan, ya desde una perspectiva ético-moral, la disyunción o distorsión despersonalizante en el significado de la maternidad, que acarrea este tipo de contratación. Se reivindica como prioritario el acceso al hijo, anteponiéndolo al mismísimo derecho de éste último a no ser tratado como un medio que satisfaga el deseo frustrado de una insatisfecha maternidad, que lo arrastrará

durante el embarazo no deben teñir de retribuida y hacer perder a la operación su carácter altruista y desinteresado”; para concluir: “Estimamos por ello que sólo debe reputarse oneroso un pacto de esta clase cuando enriquezca a la portadora”. Leonseguí Guillot, pág. 66.

⁷ En igual sentido: Eduardo A. Zannoni (1989: 495); Pedro Federico Hooft (1991); María Rosa Lorenzo de Ferrando (1990: 325); María Josefa Méndez Costa (1986: 56; 173); Carlos José Mosso; Marisa Herrera y Carlos A. Carranza Casares (2002: 236).

a nacer sumido en una fuente de innumerables conflictos interpersonales que podría transformarse en la falta de concreción de su propia identidad.

Creemos firmemente que no está dentro de la realización auténtica de la maternidad el hecho de que nadie busque una madre alquilada para que ésta realice, por dinero u otras razones, por loables que parezcan, la labor materna de la gestación.

Aún cuando quisiéramos admitir la posibilidad de una postura más flexible, al menos respecto de la subrogación benévola, consideramos que no es tiempo de que el jurista ni el legislador alienten el franco paso a estas prácticas, pues mientras la ciencia continúe sin dilucidar las secuelas que pueden derivarse de ellas en el plano psicológico, tanto en la madre subrogada como en la pareja comitente y en la criatura resultante, y asimismo no eche suficiente luz sobre los efectos que tiene la maternidad subrogada de gestación en el bienestar de las distintas personas involucradas y en la sociedad, no es prudente abandonar la postura de desaliento a tales prácticas.⁸

7. Efectos derivados de la nulidad de los contratos

La conclusión a la que se arriba en el acápite precedente no cierra la cuestión, pues el jurista no puede contentarse con predicar la nulidad del contrato. Su labor consiste en ir más allá.

Luego de constatar la realidad de estas prácticas en la sociedad, le corresponde analizar la solución de justicia que cabe dar a esto, eludiendo la tentación fácil

⁸ Se tienen noticias de que el Comité de ética de la *American Fertility Society* mantiene tres preocupaciones principales sobre la maternidad subrogada en relación al riesgo que pueda representar para todos los participantes, que son: a) que el riesgo físico o psicológico sea demasiado grande para la mujer subrogada, y para la criatura engendrada; b) el riesgo que representa el pago a la subrogada; c) el riesgo que deriva de la falta de leyes que reglamenten la posibilidad de que la subrogada mantenga relaciones sexuales con su pareja y se genere la posibilidad de que el embarazo resulte de éstas y no del embrión transferido. A tal punto que el Comité ha recomendado que si se pone en práctica la maternidad subrogada de gestación, debe hacerse como experimento clínico, debiendo tratarse los siguientes temas en la investigación: a) el efecto psicológico del procedimiento sobre la madre subrogada de gestación, la pareja y la criatura resultante; b) la posibilidad de que exista algún lazo entre la madre subrogada de gestación y el feto dentro de su útero; c) la investigación adecuada de la madre de gestación y de la pareja que suministra el espermatozoide y el huevo; d) la posibilidad de que la madre de gestación subrogada tenga el cuidado adecuado durante el embarazo; e) el efecto que pueda tener el hacer que la pareja y la madre subrogada de gestación se conozcan o no; f) los efectos en la propia familia de la madre subrogada de gestación, de la participación de la subrogada en el procedimiento; g) los efectos de revelar o no a la criatura el empleo de una madre subrogada de gestación o su identidad; h) otros temas que echan luz sobre los efectos que tiene la maternidad subrogada de gestación en el bienestar de las distintas personas involucradas y en la sociedad (Arson de Glimberg y Silva Ruiz, 1991).

de negar la realidad o encorsetar la cuestión, convirtiéndose en un inductor de conductas a través de prohibiciones o declaraciones de nulidad de los convenios.

Los conflictos ya existen y exigen soluciones justas. Ergo, el jurista no puede esconderse en que el acuerdo es nulo, o que la maternidad sigue al vientre, atribuyendo el hijo a la gestante como solución general, porque el hijo concebido requiere una respuesta que centre la mirada en él y no en el propósito de sancionar a los padres por las prácticas que se miran con disfavor.

Para ello será decisivo no olvidar que la indisponibilidad del hijo es una regla fundamental que no puede ser ignorada, sin que se produzcan consecuencias más graves. En esa senda, a la hora del establecimiento de la relación de filiación, las reglas a dictarse deben estar orientadas a que se cumplan elementales principios de justicia y dignidad del nacido.

Hemos reiterado en distintos pasajes que no hay derecho subjetivo “a tener hijos”, que los hijos no “se tienen” como si se tratara de alcanzar la propiedad sobre una cosa, pues, como cualquier persona, no son objeto de derechos. Si no centramos allí la mirada, estaremos pasando insensiblemente del campo del ser al del tener, de una ética del ser a una ética utilitarista, lo que, como se ha dicho con agudeza, no parece que constituya la vía real que conduzca al pretendido progreso irreversible de la humanidad (Serieaux, 1985: 53).

8. El acuerdo de subrogación. Su análisis

Si, como concluimos precedentemente, con la proclamación de la nulidad de las convenciones no culmina la tarea del jurista, corresponde adentrarnos a analizar los contratos que están en el origen de las prácticas de maternidad subrogada.

La tarea nos enfrenta a la problemática de calificarlos jurídicamente y a la necesidad de evaluar si las categorías negociales tradicionales resultan adaptables a estas declaraciones de voluntad encaminadas a provocar la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

En el supuesto que designamos como *maternidad con prestación de óvulo y vientre*, el contrato versaría sobre el hijo habido por fecundación artificial con semen del marido en mujer distinta de la esposa, previo convenio de los tres para que el hijo sea del matrimonio. A ello se agregaría, si la gestante es casada, la necesidad de contar con la voluntad de su esposo.

En el otro supuesto, que hemos dado en llamar *maternidad subrogada* propiamente dicha, se trataría de un contrato de servicios de incubación en útero ajeno, es decir, el llamado propiamente *alquiler de útero* o *subrogación de útero*.

En este caso, surge la inquietud acerca de si serían aplicables a tales acuerdos las normas del Código Civil atinente a la locación de cosas.

Obviamente el problema se suscita al evaluar si el objeto de estos contratos (embriones, empleo de partes del cuerpo humano) permiten la utilización de esas

categorías negociales tradicionales, toda vez que ni los gametos (femenino y masculino, óvulo y espermatozoide) ni mucho menos el embrión fecundado son cosas susceptibles de apreciación económica (art. 2.311 CC).

De allí que el llamado *alquiler de útero* tampoco es arrendamiento de cosa, porque el cuerpo humano o sus partes tampoco son jurídicamente “cosas”, razón que excluye también la posibilidad de aplicarles las reglas del comodato.

Concluiremos entonces que nos encontramos ante acuerdos atípicos, pertenecientes al derecho de familia, con grandes peculiaridades.

9. La cuestión de la filiación en los contratos de subrogación

La filiación, del latín *filius* (hijo), está caracterizada como el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres dentro de la familia. También se la ha definido como el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación para el generado.

En el derecho argentino, la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción, agregando el art. 240 (CC) que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial.

En lo que respecta a la filiación natural, la ley organiza los derechos-deberes paterno-filiales sobre el fundamento del hecho biológico o bio-genético, del que se desprenden el conjunto de obligaciones, deberes y facultades recíprocas entre los padres por un lado (padre y madre) y el hijo, por el otro.⁹

Es decir que la ley organiza los derechos-deberes paterno-filiales sobre el fundamento del hecho biológico de la generación entre el padre que engendró e hijo engendrado, entre la madre que concibió y el hijo concebido.

Como la filiación es la expresión, en el ámbito jurídico, del hecho biológico de la procreación, a toda persona le corresponde una filiación.

Pero, como bien remarcaba Borda, no siempre es posible conocer esta filiación, porque puede suceder que se carezca de pruebas o que las mismas

⁹ María Josefa Méndez Costa nos dice que: “La ley organiza los derechos-deberes paterno-filiales sobre el fundamento del hecho biológico de la generación entre el padre que engendró e hijo engendrado, entre la madre que concibió e hijo concebido. Estos efectos completan la juridicidad del hecho biológico, ya primordial, dado que marca el comienzo de la existencia de la persona” (Méndez Costa, 1986: 13).

Galindo Garfias sostiene que: “(...) la norma jurídica se apoya en el hecho biológico de la procreación (filiación consanguínea) para crear esa particular relación de derecho entre los progenitores por una parte y el hijo por la otra. Del hecho biogenético se desprende un complejo de deberes, obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las dos partes de dicha relación, el padre y la madre en un extremo y el hijo en el otro” (Galindo Garfias, 1975).

resulten insuficientes. Tratándose de la maternidad, basta con la prueba del parto y la identidad del nacido.¹⁰

Obviamente, las afirmaciones del gran civilista argentino se hicieron en épocas en que no existía la posibilidad actual de probar mediante el método de histocompatibilidad quiénes han dado su herencia genética, con un grado de confiabilidad entre el noventa y seis y noventa y nueve por ciento (96% y 99%).

Este avance científico fue recogido y dotado de efectos probatorios con la ley 23.264 de 1985, que reforma al Código Civil argentino incorporando el art. 256, que dice: “la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario, por el nexo biológico”.

Asimismo, el art. 253 dispone que “en las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte” (Claveria Gosalvez, citado en Wagmaister, 2009: 17-18; 22-23).

10. El parto como base de la presunción de la maternidad

El Código Civil argentino, al igual que la mayor parte de los códigos latinoamericanos, ha quedado anclado en lo que hace a la determinación de la maternidad, al principio tradicional de que la madre es quien da luz al hijo.

Esto era una verdad incontrastable cuando era impensable el desdoblamiento o disociación del proceso unitario de fecundación, gestación y parto.

Pero desde que la fecundación puede producirse en forma extracorpórea y el embrión formado por una pareja con material genético propio puede ser transferido al útero de otra mujer para que ésta última se encargue de gestar el producto humano hasta su nacimiento, ha desaparecido la absoluta certidumbre que producía el hecho del parto y el desmoronamiento de la certeza derivada del viejo brocárdico: *mater semper certa est*.

Por ello, independientemente de que el parto sirva para demostrar *prima facie* el vínculo materno-filial no sólo en la relación extramatrimonial sino también matrimonial, la cuestión que realmente importa establecer es la de los efectos

¹⁰ Por consiguiente, prosigue el autor: “(...) en la prueba del nexo biológico hay que distinguir dos hipótesis, por cierto muy diversas: la maternidad y la paternidad. Si se trata de la primera, basta con la prueba de los siguientes hechos: 1 el parto de la madre; 2 la identidad del nacido. Comprobados fehacientemente esos dos extremos, la certeza de la filiación es absoluta. Tratándose de la paternidad, la prueba inequívoca del nexo biológico es imposible. Todas serán conjeturas, probabilidades y, entre otros elementos de juicio, no hay porque desdeñar a esa prueba viviente, ‘de carne y hueso’ como decía Vélez, que es la posesión de estado” (Borda, 1977: 93).

probatorios que este fenómeno del parto tiene en la determinación jurídica de la maternidad.

Prestigiosos autores nacionales como Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni dicen que: “la filiación que tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o la maternidad queda jurídicamente determinada” (Bossert y Zannoni, 1987: 24).

Ahora bien, esa determinación se sustenta en la afirmación de una realidad biológica presunta. Si la maternidad se acredita por el parto de la mujer, esto debería llevarnos a concluir que el parto constituye el hecho que, probado, atribuye *ipso iure* la maternidad, por aquello de que “el parto sigue al vientre”.

Es decir que para que la maternidad quedara perfectamente conocida sería suficiente con el parto y la identidad del nacido. Ello no es así en la realidad de nuestros días.

Como ya lo auguraba desde el año 1978 Enrique Díaz de Guijarro, merced a los avances de la genética, hoy el hecho material de la procreación ya no se identifica necesariamente con el parto, por lo que los esquemas tradicionales romanistas sobre la atribución de maternidad experimentan en la actualidad la inevitable influencia de la investigación genética, hematológica y biotipológica.¹¹

Ocurre que la fecundación, que antes no era visible a los ojos humanos, estaba en la época de la sanción del Código indisolublemente unida en una realidad causal inobjetable, y unida con el hecho también biológico del parto. Hoy la posibilidad de transferir embriones humanos al útero de otra mujer pone en crisis a la legislación civil que venía presumiendo que la mujer que da a luz, es quien aporta el material genético.

Antes, el parto hacía presumir fundadamente el vínculo materno filial, basado en la naturaleza o en la sangre, y es por eso que Zannoni y Bossert (1987), al explicar el concepto “determinación de la filiación”, decían que no era otra cosa que “la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta”.

En la misma senda Méndez Costa y D’Antonio definieron las acciones de filiación y aclararon que son declarativas de un supuesto de hecho que las precede y que consiste en “la existencia o inexistencia del nexo biológico de la generación” (1986: 51).

¹¹ Sostenía el autor en 1978: “Es evidente la correlación biológica con la determinación jurídica de la filiación, y por eso es que los esquemas tradicionales romanistas sobre la atribución de la paternidad al consorte –dicho sea en la generalidad del vocablo– experimentan actualmente la inevitable y esclarecedora influencia de la investigación genética, hematológica y biotipológica, que conducen a la verdad biológica y que coordinan ésta con la verdad de la voluntad y de la responsabilidad procreacionales, voluntad y responsabilidad sin las cuales no existe cabal vínculo de filiación” (Díaz de Guijarro, 1978).

Hoy, frente a la posibilidad de que esa presunción legal de nexo biológico no sea verdadera, debemos interrogarnos si las contenidas en la norma vigente se trata de una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*.

11. Situación en la Argentina después de la reforma del Derecho de filiación con la ley 23.264

La ley 23.264 del año 1985 produjo una notable evolución de la filiación en la Argentina, erigiéndose en una de las legislaciones más avanzadas del continente.

La ley establece primero que la “filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción” (art. 240). Asimismo, coloca el factor genético sobre cualquier otra fuente de filiación, ya que dispone en el art. 256 que “la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico”.

De otro costado, la ley moderniza el sistema probatorio en este tema, ya que dispone en el art. 253 que “en las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”, y que “el derecho de reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción” (art. 251).

En lo que respecta a las acciones de impugnación de la maternidad, se establece que los hijos pueden reclamar en cualquier tiempo su filiación matrimonial o extramatrimonial, como asimismo que sus herederos pueden continuar la acción iniciada por su titular o entablarla si el hijo hubiere muerto en la menor edad, o siendo incapaz (art. 254 CC).

Hoy los hijos pueden reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes consideren su padre o madre, y en caso de haber fallecido, la acción se dirigirá contra sus sucesores (art. 254, párrafo 2° CC).

Respecto a la maternidad, la cuestión quedó regulada por el art. 261 CC que expresa: “la maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo”. El artículo siguiente expresa: “la maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque interés legítimo”.

La parte final de este art. 262 CC genera alguna confusión al expresar que: “la mujer podrá ejercer la acción cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo”.

Este párrafo final provoca perplejidad en orden a si la mujer (madre presunta) puede o no recurrir a la fórmula genérica contenida en la primera parte del artículo, o si por el contrario sólo puede impugnar cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del nacido.

Algunos autores admiten que el párrafo es confuso; sin embargo, aciertan en concluir que sería absurdo vedar la posibilidad de impugnar en los casos en que no haya suposición ni incertidumbre acerca de la identidad del hijo, inclinándose por sostener que es posible remitirse al supuesto genérico de impugnación contenido en el primer párrafo (Méndez Costa y D'Antonio, 1986: 80).

Así se sostiene que, si bien el art. 262 del Código Civil contempla expresamente la sustitución del nacido o incertidumbre acerca de la identidad del mismo, de manera que estaría vedado invocar suposición de parto, ello es incompatible con el espíritu de la ley 23.264 en su decidida atención al vínculo biológico.

Sin embargo, se efectúan distinciones en relación a diferentes hipótesis, destacando que si la mujer participa personalmente en la falsa inscripción, no podría, sin contrariar sus propios actos o invocar en juicio su propia torpeza, pretender impugnar una filiación a consecuencia del cambio de sus intereses o afectos. En ese sentido se sostiene que si la mujer ha resultado ajena a la inscripción es titular de la acción de impugnación; en cambio si tomó parte de la falsa inscripción no podría invocar su propia torpeza.¹²

Puestos en la hipótesis de que haya intervenido una dadora de óvulo que una vez fecundado se implantó en la madre gestante o uterina, la doctrina no es pacífica en orden a admitir la posibilidad de impugnar la maternidad de la madre que alumbró al nacido, por no ser su madre biológica o genética (art. 261 y art. 262 CC), ni respecto a quién debe ser considerada la madre jurídica (la gestante que dio a luz al nacido o la genética que aportó el óvulo).

Para algunos autores, la regla del art. 242 CC contiene una presunción *iuris tantum* siempre pasible de impugnación “por no ser la mujer madre del hijo que pasa por suyo” (art. 261 CC).

Conforme a esta inteligencia, tanto el hijo como la mujer a la que pertenecía el óvulo y todo otro interesado podrán accionar para que prevalezca la verdad biológica, es decir para favorecer el derecho de la madre genética por sobre la uterina.¹³

¹² En ese sentido, sostiene Josefa Méndez Costa que: “Si la mujer inscripta no ha tomado parte en la inscripción, ha permanecido ajena a los hechos de presentación de certificado falso o no ha sido notificada, es titular de la acción impugnadora. Por el contrario, si guarda voluntariamente silencio ante la notificación o toma parte en la falsa inscripción interviniendo personalmente en ella, la preocupación por establecer la verdad biológica cede ante la ilicitud de su accionar y no podría ser admitida a invocar su propia torpeza, obedeciendo a un cambio de sus afectos o intereses, y sin perjuicio de que puedan accionar otros legitimados, excluido el pretendido padre si participó en el engaño” (Méndez Costa y D'Antonio, 1986: 80).

¹³ Véase Jorge J. Llambías: “La fecundación humana in Vitro”; José Cafferata: “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho argentino”; Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni (1989); Julio Rivera (2004: 362-363), Graciela Medina y G. Erades (1990); Carlos Parellada,

La interpretación rescata la importancia vital que en la reforma ha adquirido la verdad biológica, y la trascendencia de las pruebas científicas actuales para determinar con alto grado de certidumbre el nexo biológico.

Para otros, la regla del artículo 242 del Código Civil contiene una presunción *iure et de iure* absoluta, conforme a lo cual la determinación de la maternidad por el parto es plena y definitiva, y en consecuencia ni la madre genética, ni el hijo, ni los terceros podrían impugnar la maternidad.¹⁴

La preeminencia otorgada por los autores recién citados a la maternidad de gestación por sobre la genética o biológica reconoce distintos fundamentos, de entre los cuales es dable rescatar los siguientes: a) la relevancia e intensidad de la relación afectiva que se genera entre la mujer y el niño durante el período de embarazo es mayor que la contribución genética, ya que trasciende lo psíquico produciendo una verdadera simbiosis entre la gestante y el hijo; b) constituye un factor disuasivo de la maternidad subrogada; c) concluye el conflicto que suscita la multiplicación de madres en un mismo proceso procreativo, en sentido favor al superior interés del hijo.

Los defensores de dar mayor relevancia al aporte biológico por parte de la madre gestante sostienen que el aporte biológico que aquella hace durante el embarazo, derivado de la nutrición y del cuidado embrionario del nacido, debe prevalecer sobre la mera aportación genética. Dicen que la formación de la persona no comienza con el alumbramiento sino con la concepción, y que las influencias prenatales son muy importantes: no sólo son físicas sino también psicológicas (Priora, 1999: 20).

Señalan la especialísima relación que se produce entre la gestante y el niño que tiene en su seno, la que se anularía con la separación, y que el organismo que se prepara para la lactancia no es el de la madre que va a recibir el hijo sino el de la embarazada, privándose por tanto al nacido de ese beneficio (Matozzo de Romualdi, 2001).

Se hace mención a la memoria corporal de todo niño, mediante la cual registra el contacto, el movimiento corporal, los olores y el acompasado ritmo del corazón de la mujer que lo lleva en su cuerpo durante nueve meses, destacando que cualquier experiencia dejará huellas imborrables (Videla, 1999: 152).

Se pone de relieve la interacción que existe entre el nuevo ser con el medio en que se desarrolla, lo que lleva a afirmar que desde el mismo instante en que una

(1990: 425); S. García de Ghiglini (1989); Osvaldo Onofre Álvarez; Adriana Wagmaister y Lea Levy (1991; 1995); María Lorenzo de Ferrando (1995).

¹⁴ Véase S. García de Ghiglini (1989); Guillermo Borda (1985); Jorge Mazzinghi (1985); Francisco A. Ferrer (1995; 1996).

nueva vida se inicia, el entorno tendrá un efecto directo e indirecto sobre ésta que habrá de ser decisivo en la conformación del ser humano (Loyarte y Rotonda, 1995: 73 y ss.).

Finalmente se esgrime que la admisión de esta solución ayuda a disuadir la práctica de la maternidad subrogada (Hooft, 1991).

En suma, en el caso que la mujer que llevó a cabo el embarazo no hubiera aportado el óvulo, la doctrina argentina ha dado tres respuestas diversas.

Los que admiten que se podría impugnar la maternidad por no ser la madre del hijo que pasa por suyo, con base en la realidad biológica establecida en los arts. 251, 253 y 256 del Código Civil, en cuyo caso la madre sería quien aportó el óvulo. Los que sostienen que la maternidad se debe establecer por el hecho del parto, sin admitir prueba en contrario, y que ni la madre, ni el hijo ni ningún otro interesado puede impugnar esta circunstancias.

Entre esos extremos se erige la teoría intermedia, en la que se ubican quienes no admiten que los progenitores biológicos impugnen la maternidad porque sería aceptar efectos del contrato nulo, pero aceptan la impugnación por parte del marido de quien dio a luz el niño y por quienes invoquen un interés legítimo (Medina, 1997; Medina y Erades, 1990).

12. Nuestra postura

Analizadas las diferencias interpretativas que presenta la doctrina nacional, se puede concluir que admitir de *lege lata* la que propicia la preeminencia al hecho del parto y la identidad del nacido, prescindiendo del verdadero vínculo biológico del nacido con su madre biológica, contradice el propósito de la reforma de buscar concordancia de la filiación con la realidad biológica.

Se ha dicho con acierto que con la reforma, nuestro Código Civil ha dado un trascendente avance hacia la concordancia entre el supuesto biológico y el vínculo jurídico emergente de la filiación.

Luego, la determinación de la maternidad creada por el art. 242 del CC no puede ser interpretada de manera que signifique una verdadera regresión hacia el pasado, que signifique invalidar la moderna tendencia científica enderezada hacia la determinación del nexa biológico como factor determinante de la filiación.

Si se otorgara carácter absoluto a la determinación de la maternidad por el hecho del parto, como propician algunos autores, se estaría al mismo tiempo condenando al olvido la declaración legislativa que establece que la maternidad puede ser impugnada “por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo”, como también a todo el avanzado sistema probatorio y la preponderancia del nexa biológico sobre cualquier otro, que no se conforma con la prueba del parto y la identificación del nacido sino que busca profundizar en los datos genéticos para identificar los verdaderos padres biológicos del nacido.

Y aunque es verdadero que la búsqueda irrestricta de la realidad biológica puede llevar a resultados indeseables en casos en que estos padres genéticos carecieran de verdadera voluntad procreacional, no es menos cierto que los interesantes aportes de quienes buscan encontrar en la voluntad la verdad acerca del vínculo filial podrán ser receptados en una futura legislación que la contemple para corregir los resultados indeseables de la aplicación irrestricta del nexo biológico como fundamento de la filiación, pero no resultan válidos para interpretar la ley actualmente vigente, que impone el simple nexo biológico desnudo de cualquier elemento voluntarista.

Aunque pueda sostenerse que también hay nexo biológico en la gestación, puesto que el embarazo y la gestación producen un vínculo somático entre el gestado y la gestante no dueña del óvulo en gestación, esta comprobación tampoco puede torcer la decisión que quepa adoptar de *lege lata*, habida cuenta que la ley argentina actualmente vigente apunta al nexo biológico entendido como nexo genético, y las pruebas biológicas están enderezadas a identificar la histocompatibilidad entre el nacido y la portadora del óvulo y no a identificar a la mujer que llevó adelante la gestación y el parto.

Siendo que hoy ya es una realidad la disociación del proceso de gestación y parto mediante el recurso a la reproducción humana asistida, y que la reforma hace gala de las pruebas biológicas, no es entendible que se atribuya la maternidad en razón del hecho exclusivo del parto y no a quien las pruebas bioquímicas demuestre ser quien aportó el material genético que lo hizo posible.

La invocación de argumentos tales como que la atribución de la maternidad por el hecho del parto e identidad del nacido contribuye a concluir el conflicto que ocasiona la disociación de las maternidades, atendiendo al interés superior del nacido y a desalentar el recurso de la gestación por cuenta ajena, tampoco resulta convincente.

En primer lugar porque no parece ser mejor al interés del nacido que se atribuya la maternidad a quien consintió ser implantada con un óvulo de otra mujer con un propósito pecuniario, o incluso altruista, pero con absoluta ausencia de voluntad de gestar un hijo, en lugar de hacerlo a favor de la mujer que aportó su óvulo para ser fecundado e implantado en el útero ajeno, en el marco de un proyecto de vida que incluye el deseo del hijo genéticamente propio.

Segundo, porque resulta pretencioso sostener que la interpretación legal que conduzca a atribuir maternidad a quien no lo es biológicamente, y que tampoco ha tenido la intención o voluntad deliberada de asumir la procreación (entendida ésta como fenómeno complejo que exorbita largamente la mera etapa de la gestación), pueda estar en la causa de la modificación de la realidad social; la que hoy nos indica que cada vez hay más parejas que acuden al auxilio de la ciencia para hacer realidad el sueño del hijo propio.

Por consiguiente, si esa interpretación de las normas persigue desalentar el recurso a la maternidad subrogada a través de forzar los textos de la ley, para terminar atribuyendo la maternidad a quien no sólo no es madre biológica sino que no tuvo voluntad de procrear, el propósito no es legítimo, pues significaría, en nombre del mejor interés del nacido, condenarlo a quedar emplazado en un estado de familia con un fundamento exclusivamente institucional, en contra de su derecho a la realidad biológica e identidad personal y lo que es peor en contra de la posibilidad de insertarse en una familia conformada por quienes han tenido como proyecto de vida la decisión de engendrar un hijo.

En suma, estimamos que la solución de *lege lata* consiste en permitir la impugnación de la maternidad presumida por el parto a los fines de hacer posible la atribución de la maternidad a favor de la mujer que, habiendo aportado su material genético, acuda a una tercera para que lleve adelante la gestación, al solo efecto de hacer posible el hijo propio.

Estamos persuadidos de que la propuesta que formulamos, además de resultar acorde a la realidad biológica, es la que mejor consulta el mayor interés materno y el derecho del niño al patrimonio genético, y fundamentalmente la que evita el resultado indeseable de que el concebido quede emplazado en el estado de hijo de quien no sólo no es genéticamente su madre sino que tampoco tuvo la voluntad de engendrarlo.

Como lo sostuviera un crítico al Proyecto de Código Civil Unificado que proponía atribuir maternidad a la mujer que lo haya gestado, aún cuando se demostrara que el óvulo implantado fuera de otra mujer (art. 543), la solución mediatiza al hijo asignándole una maternidad que puede llevarlo al abandono o a la entrega en adopción a cualquier persona.¹⁵

Para evitar tal mediatización, en los supuestos en que la madre gestante también hubiera aportado su óvulo, la única solución que cabe extraer de *lege lata*

¹⁵ Sostiene Ciuro Caldani: “A nuestro criterio, la posible tensión entre la mujer que cede el óvulo y la que cede el vientre, debería haber sido resuelta respetando el acuerdo que podría existir entre ellas, que no necesariamente recorre el camino, que creemos ilegítimo, del alquiler y puede responder en cambio a elevados propósitos altruistas. En caso de romperse el acuerdo entre ambas mujeres podría haberse dejado a la solución según las circunstancias del caso. En cambio, la respuesta adoptada en el proyecto ignora incluso las célebres enseñanzas salomónicas, de atender el significado del mayor interés materno (I Reyes 3,16 y ss.) y los derechos del niño a su patrimonio genético. Con carácter que estimamos nítidamente totalitario, se mediatiza al hijo asignándole compulsivamente una maternidad que con mucha frecuencia puede llevarlo a su abandono o incluso a su entrega en adopción a los padres genéticos o a cualquier persona. A nuestro parecer esta propuesta del proyecto, que seguramente va más allá de los propósitos de los redactores, debe ser modificada”. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Interrogantes y comentarios de Filosofía y Teoría General del Derecho respecto del Proyecto de Código Civil Argentino” en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n° 23, p. 39-40.

es la atribución de la maternidad a favor de ésta, por reunir la doble condición de madre genética y gestacional.

13. Conclusión propuesta legislativa

Esta comprobación acerca de la insuficiencia de las normas vigentes para dar respuestas unívocas y justas a los conflictos que plantea el recurso a la maternidad subrogada debe conducir a propiciar la imperiosa necesidad de legislar al respecto.

Es por ello que de *lege ferenda* proponemos que se establezca que la maternidad en estos supuestos debe ser atribuida a quien ha querido ser madre, a quien ha asumido de antemano las responsabilidades que conlleva; en definitiva, a quien ha proyectado su vida de modo de hacer posible la asunción de todas y cada una de las responsabilidades del complejo proceso procreativo. Esto es así sencillamente porque el interés del menor no está asociado al elemento primario o fraccionado (mujer que llevó la gestación o que aportó el óvulo) sino que está vinculado a la voluntad de ser madre, la que representa a esta altura del desarrollo el verdadero interés del menor, como una amalgama indisoluble.

No es justo para el hijo que quien aportó el óvulo fecundado con semen de su pareja para que fuera colocado en el útero de otra mujer que admitió la gestación sin ninguna pretensión sobre la criatura, no pueda quedar emplazada como madre, a pesar de su manifiesta vocación parental y su proyecto de vida.

En atención al supremo interés del niño concebido, propiciamos que junto a las dos categorías de la filiación, natural y adoptiva, se imponga una tercera fuente que asigne efectos jurídicos a la voluntad de asumir el vínculo en casos en que el material genético y la voluntad procreacional provengan de una pareja estéril que haya recurrido a un contrato de incubación para superar la incapacidad física.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, Osvaldo Onofre, “Maternidad subrogada o alquiler de úteros”. E. D. 152-831.
- ARSON de GLINBERG, Gloria y SILVA RUIZ Pedro (1991), “La libertad de procreación”. L. L., 1991-B-1198.
- BAZÁN, María Elena y LLARYOLA, Bibiana (2006), “Maternidad subrogada ¿Existió en Roma?”. Foro de Córdoba, n° 105.
- BORDA, Guillermo A. (1977), *Tratado de Derecho Civil Familia. Tomo II*. 5° Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (1985), “Aciertos y errores de la ley sobre filiación y patria potestad”, L. L. 1985-E-687.
- BOSSERT, Gustavo (1988), “Fecundación asistida”. J.A. 1988-IV-871.

- y ZANNONI, Eduardo A. (1987), *Régimen legal de la filiación y patria potestad*. Buenos Aires: Astrea.
- y ZANNONI, Eduardo A. (1989), *Derecho de Familia*. Tomo II. Buenos Aires: Astrea.
- CAFFERATA, José, “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho argentino”. E. D. 130-729 n° 20/21.
- CARRANZA CASARES, Carlos A. y HERRERA, Marisa (2002), “La fecundación post mortem y su incidencia en el derecho de filiación”. En *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 21, Buenos Aires.
- COLEMAN, Phyllis (1982), “Surrogate Motherhood: Análisis of the problems and suggestions for Solutions”. 50 *Tennessee Law Review Association*, Inc.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique (1978), “El aspecto jurídico de esta procreación”. Entrevista. Diario *La Nación*, 27 de julio. Buenos Aires.
- “ETHICS & MEDICS, SURROGATE MOTHER OR SURROGATE WIFE?” (1988), Pope John Center, vol. 13, n° 6, june. En Matozzo de Romualdi, Liliana, “¿Madre subrogada o esposa subrogada?”, E. D. 181-1453.
- FERRER, Francisco, A. (1995), “Procreación humana asistida. Panorama Jurídico”. 59 *Colección Jurídica y Social*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL. Santa Fe.
- (1996), “Identidad y fecundación asistida”. En Libro de Ponencia del Congreso Internacional: “La persona y el derecho en el fin de siglo”. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe.
- GAFO, Javier (1986), “Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho”. Cap. 5. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio (1975), *Derecho Civil. Parte General*. México: Porrúa.
- GARCÍA de GHIGLINO, S. (1989), “Acción de impugnación de la maternidad en los casos de reproducción asistida”. J. A. 1989, IV, 803, N° 1.
- GARCÍA RUBIO, Mari Paz (1987), “La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al derecho español”. Comunicación. Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. En *Revista Tapia* n° 36, año VII, octubre.
- GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián (1987), “La genética y el derecho familiar”. Comunicación. Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. En *Revista Tapia* n° 36, año VII, octubre.
- HOOFT, Pedro Federico (1991), “Procreación artificial y manipulación genética Comentario crítico a la ley española sobre procreación asistida”. L. L. 1991-A-787.

- KEANE, Noel y DENNOS L. Breo (1981), "The surrogate mother". Everest House, New York.
- LEVY, Lea y WAIGMAISTER, Adriana (1991), "Algunas reflexiones sobre la reproducción humana asistida". L.L. 1991-B-1135.
- LLAMBÍAS, Jorge J., "La fecundación humana in Vitro". E. D. 79-892.
- LLEDÓ YAGUE, Francisco (1987), "El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo". Comunicación. II Congreso Mundial Vasco, septiembre-octubre.
- LORENZO de FERRANDO, María Rosa (1990), "Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida". En *Derecho de Familia. Libro Homenaje a la Prof. Dra. María Josefa Méndez Costa*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana (1995), *Procreación humana artificial. Un desafío bioético*. Buenos Aires: Depalma.
- MATOZZO de ROMUALDI, Liliana (2001), "¿Madre subrogada o esposa subrogada?" En *Revista Jurídica del Perú*, año LI n° 21. También en E.D-181-1453.
- MAZZINGHI, Jorge (1985), "Filiación, normas claves y trasfondo de un proyecto de ley". L.L. 1985-D-1145.
- , "Componentes ideológicos de la reforma en materia de filiación". E.D. 120-961.
- MEDINA, Graciela (1997), "Maternidad por sustitución. Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana". L.L. 1997- C-1433.
- y ERADES, Graciela (1990), "Maternidad por otro. Alquiler de úteros". J.A. 1990-II-715.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa (1986), *La filiación*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, S.C.C. Editores.
- y D'ANTONIO, Daniel H. (1986), *Derecho de familia*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- MONTES PENADES, Vicente L. (1987), "La genética actual y el derecho de familia". Volumen de Ponencia del Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Cáceres, España. En *Revista Tapia*, n° 36, Año VII.
- MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen (1988), "Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena". En II Congreso Mundial Vasco, "La Filiación a finales del siglo XX". Universidad de Oviedo.
- MOSSO, Carlos José, "Aborto, procreación artificial y adopción. Comentarios desde el derecho positivo". E.D. 178-1011.

- O'CALLAGHAN X, John (1994), Prólogo: "La Maternidad Portadora, Subrogada o de encargo en el Derecho español". Madrid: Dyckinson.
- PARELLADA, C. (1990), "El derecho de daños frente al manipuleo genético". En *Derecho de familia. Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- PRIORA, Juan Carlos (1999), "¿Como prevenir la delincuencia? Familia y Valores". Suplemento del diario *La Nación*, 31 de octubre.
- RIVERA, Julio (2004), *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- SERIEAUX, Alain (1985), "Droit naturel et procreation artificielle: quelle jurisprudence". *Recueil Salloz Sirey*, 7 de marzo.
- SILVA RUIZ, Pedro (1986), "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in Vitro". Ponencia 1º Congreso Nacional de Derecho Civil, México.
- VERRUNO, Luis y HAAS, Emilio (1985), *Manual para la investigación de la filiación Buenos Aires*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- VERRUNO, Luis; HAAS, Emilio; RAIMONDI, Eduardo y BARBIERI, Ana María (1988), *Banco genético y derecho a la identidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (1988), *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del derecho civil español*. España: Editorial Civitas.
- VIDELA, Mirta (1999), *Los derechos humanos en la bioética*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- WAGMAISTER, Adriana y LEVY, Lea (1995), "La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica". J.A. 1995- I- 451.
- WAGMAISTER, Adriana (2009), "Maternidad subrogada". En *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Con cita de Claveria Gosalvez L. H (1987), "Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana". Comunicación II Congreso Mundial Vasco, septiembre-octubre.
- ZANNONI, Eduardo A. (1987), "La genética actual y el derecho de familia". Comunicación. Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Cáceres, España. En *Revista Tapia*, nº 36, Año VII.
- (2001), *Prueba del ADN*. 2º edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea.

PARTE VIII

**DISCUSIONES EN TORNO A LAS
NUEVAS CONCEPCIONES JURÍDICAS EN
MATERIA COMERCIAL**

El estatuto del comerciante no deviene aplicable al civil concursado o quebrado. A propósito del sobreendeudamiento del consumidor

Francisco Junyent Bas

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Se desempeñó en todas las Cátedras de enseñanza del Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Actualmente Profesor Titular Plenario de Derecho Concursal y Cambiario. Posee una extensa actividad en la enseñanza de posgrado. Ex Director del Departamento de Derecho Comercial y miembro del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Posee también una destacada trayectoria en el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

I. Breve reseña histórica

I.1. Introducción

Hace casi 30 años que la ley 22.917 modificó el régimen concursal, regulado por entonces en la ley 19.551, y unificó el régimen de comerciantes con los civiles. Dicha alternativa jurídica fue vista con beneplácito por la doctrina en general.

Hoy puede decirse que las deficiencias legislativas de dicha unificación fueron superadas en gran medida por los jueces en una interpretación de congruencia, pero que aún han quedado aspectos totalmente contradictorios como las llamadas “quiebras de papel”, cuando se trata del sobreendeudamiento de particulares.

Resulta un lugar común recordar que la quiebra (Borzi de Maffia y Maffia, 1979) fue el primer procedimiento de naturaleza concursal que conoció la humanidad y su carácter de ejecución colectiva estaba limitado a los comerciantes, es decir, a quienes comprometían hasta su propia libertad personal mediante el ejercicio del comercio.

Así, el derecho concursal como integrante del derecho mercantil tuvo su origen en las célebres comunas de la Edad Media, que dio nacimiento al derecho estatutario, pues los comerciantes aglutinados en los burgos reclamaron de los señores feudales las libertades de comercio y de sus propias instituciones.

Tal como lo recuerda Satanovsky (1957: 28-29), los deudores insolventes comprometían su persona o su trabajo, a título vitalicio o temporario, como colonos o en condiciones análogas a la *nexum* del derecho romano primitivo.

Sin perjuicio de la compulsión personal sobre el deudor como forma de satisfacción de los créditos, en la Edad Media el procedimiento de ejecución colectiva que implicaba la quiebra era concebido ante todo como un instituto esencialmente punitivo, desde que el arresto, el bando de destierro, la infamia, la incomunicación eran algunas de las sanciones a las que podía ser sometido el fallido.

A esos fines, Heredia cita que la *banco-rotto* y sus consecuencias patrimoniales y personales pueden extraerse de la lectura del Estatuto de Vercelli de 1241, del Estatuto de Piacenza de 1245, y posteriormente del Estatuto di Firenze, de los años 1322-1325 (Heredia, 2000: 38-39).

En general, a juzgar por sus características, la quiebra, enmarcada en el *ius mercatorum* y como instituto de protección del comercio, fue el resultado de la combinación de tres instituciones del derecho romano: la *datio in solutum*, que implicaba el desapoderamiento del deudor por la autoridad; la *missio in rem possessionem*, que hacía que los acreedores concurrieran al cobro de su crédito en un pie de igualdad, y el *sequester*, que evitaba la dispersión de los bienes.

De este modo nacieron los estatutos de las distintas ciudades, donde se establecían los derechos de los comerciantes a su propia jurisdicción y, por ende, a darse sus propias instituciones, entre ellas, el derecho falencial que se caracterizaba en aquella época por constituir la ejecución colectiva del comerciante que cesaba en sus pagos, y que dio lugar al estatus de *fallido*, y de allí, el famoso proloquio “*fallitus, ergo fraudator*”¹.

El famoso brocardo pone de relieve la afirmación de Satanowsky (1957) en el sentido de que el comerciante ponía en juego no solamente su responsabilidad patrimonial, sino también personal, y de allí la existencia en aquellas épocas de la “prisión por deudas”.

I.2. La responsabilidad de la “clase” de los comerciantes

El estudio de los estatutos de las principales ciudades demuestra que la quiebra era considerada un “delito económico” e implicaba el arresto del fallido, lo que llevaba a la declaración jurídica de insolvencia y por ende se ordenaba el desapoderamiento, y se disponía la liquidación del patrimonio con la finalidad de satisfacer a los acreedores con su producido.

¹ El término *fallito* nace del verbo latino *falere*, que significa engañar, y de allí que la insolvencia era considerada como una manifestación de fraude.

De esta forma, la quiebra constituyó el proceso judicial donde entró a jugar en plenitud el principio, hoy indiscutido, de que “el patrimonio del deudor constituye la prenda de los acreedores”.

Va de suyo que desde siempre la sentencia de quiebra traía aparejado no solamente efectos patrimoniales como el desapoderamiento y la consiguiente incautación a los fines de la liquidación patrimonial, sino también efectos personales como la inhabilitación del fallido.

En este sentido, los efectos personales, que en la Edad Media tuvieron carácter vejatorio, se fueron suavizando pero durante mucho tiempo se entendió necesario calificar la conducta del fallido y aplicar sanciones en sede concursal.

De este modo se dejó de lado la “prisión por deudas” pero se siguió juzgando la conducta del comerciante y disponiendo que sólo podía requerir el concurso preventivo aquél que no fuera culpable de su insolvencia.

Este régimen fue superado en Europa por la legislación francesa de 1848, y posteriormente por la introducción en Bélgica del concurso preventivo, que se incorporó en la legislación patria mediante la sanción de la ley 4.156, que dejó de lado el sistema falimentario del Código de Comercio de Vélez.

A partir de dicha ley, el concurso preventivo siguió requiriendo como condición de homologación el análisis de la conducta del deudor y lentamente la doctrina fue humanizando el procedimiento, y separando la conducta del empresario de la suerte de la empresa propiamente dicha.

Tal como dijimos, los últimos años del siglo XIX marcan la franca aparición de una nueva solución concursal, es decir, el incipiente convenio preventivo judicial que se suma al convenio solutorio conocido desde la época estatutaria y se conoce en España desde 1985, y luego en Bélgica desde 1987, bajo el nombre de “suspensión de pagos”.

Por su parte, Francia siguió igual camino en 1889 articulándolo como una eventualidad posible dentro del procedimiento liquidatorio judicial, que posibilitaba una solución entre acreedores y deudor, previniendo la declaración de la quiebra.

Ahora bien, tal como dijimos, la solución preventiva era concebida por las distintas legislaciones únicamente para el “comerciante bueno, pero desafortunado”, y así surgía del Código de Comercio Español de 1889, de la francesa, de la belga, de la italiana y de la alemana, todas las cuales reseñaban al instituto fundado en el principio del *favor debitoris* en la medida que existiese posibilidad de satisfacción de los acreedores, sin una imprescindible liquidación.

De tal modo, en la legislación patria, la calificación de la conducta del deudor era la alternativa de investigación del quehacer comercial, que se mantuvo en la ley 11.719 y en el régimen de la ley 19.551, todo lo cual motivó fuertes debates en torno a la eficacia del instituto.

Ahora bien, siempre quedó absolutamente en claro que lo que se calificaba era la conducta del comerciante y/o empresario, y no de las personas civiles, que no

desarrollaban actividad mercantil; consecuentemente, si llegaban al estado de insolvencia lo era por aspectos ajenos al ejercicio del comercio.

I.3. Las vías concordatarias

En este sentido, con la evolución del tiempo, y con la superación de la visión del comerciante individual por la articulación de la empresa como centro de la actividad mercantil, nace la necesidad de buscar alternativas reorganizadoras que impidan la liquidación de aquéllas como unidades productivas útiles para la comunidad.

En esta línea, Ripert (1950: 324), citado por Heredia (2000: 49), observó que el neoliberalismo admite que la formación de una empresa ha dejado de ser un asunto de carácter privado, y es evidente que una sociedad comercial que explota una empresa importante, y que emplea un gran número de obreros y empleados y debe a muchos acreedores es un aspecto en donde se encuentra interesada la política del Estado.

En consecuencia, a comienzos del siglo XX nace el proceso preventivo, llamado por entonces “convocatoria de acreedores”, que en nuestra legislación fue introducido por la ley 4.156 de 1902, y tomó carta de ciudadanía definitiva en la ley 11.719.

Va de suyo que la finalidad de este “llamamiento” que el deudor hace a sus acreedores tiene por objetivo superar la insolvencia y evitar la liquidación, mediante un acuerdo de reestructuración de las relaciones creditorias que se hiciera extensivo a todos los acreedores, tal como lo estructuraron tanto la ley 19.551 como el actual régimen de la ley 24.522.

En esta inteligencia, en el derecho patrio pero también en el derecho comparado, se consagran los dos procedimientos clásicos como son el concurso preventivo y la quiebra, sin perjuicio de otros procedimientos anexos, según la modalidad de cada país que no es propósito de este trabajo abordar.

En una palabra, en las primeras épocas los procesos articulados en las leyes de bancarrota se enderezaban a reglar la superación de la insolvencia del comerciante individual o social y recién con posterioridad a la ley 19.551 se produce la unificación entre civiles y comerciantes, en una serie de reformas “aluvionales” que dejaron subsistente una serie de inconsistencias e incoherencias que aún hoy persisten en el cuerpo del estatuto concursal.

II. La unificación entre civiles y comerciantes

II.1. Una serie de diferencias insalvables

Desde esta perspectiva, cuando se produce muchos años después la unificación entre civiles y comerciantes no se alcanzan a advertir las enormes diferencias entre el quehacer mercantil y la actividad de los civiles, y ello trae aparejado asincronías indudables.

Así, basta pensar en los requisitos de apertura del concurso preventivo para advertir que estuvieron enderezados a reglar la situación de los comerciantes o sociedades regulares que tenían que cumplir con las exigencias propias del estatuto mercantil.

En esta línea, conviene recordar que el estatuto del comerciante, aplicable también a las sociedades, requería fundamentalmente una contabilidad uniforme y regular siguiendo la manda de los artículos 43 y siguientes del Código de Comercio, y arts. 61 y siguientes de la ley 19.550.

Estos recaudos se reflejaban en los requerimientos que aún hoy mantiene el artículo 11 de la ley 24.522 con la finalidad de obtener la apertura del concurso preventivo y dotar al juez concursal y a la sindicatura de la información necesaria para la convocación de los acreedores, como así también para conocer las causas de la insolvencia y analizar el quehacer empresario que justificase la propuesta de acuerdo tendiente a lograr la conformidad de los acreedores, y la superación de la insolvencia.

A poco de andar se advirtió que los civiles no podían cumplir con los recaudos contables propios de la actividad mercantil, y la jurisprudencia se vio obligada a morigerar las exigencias relativas a la apertura del concurso preventivo de una persona que no ejercía el comercio y que, por ende, no estaba obligada a llevar contabilidad ni formular balances.

A su vez, en la quiebra, atento el carácter liquidatorio de la ejecución colectiva, las diferencias tomaron más tiempo en descubrirse, en la medida que el fallido tuviese bienes para liquidar y repartir entre sus acreedores.

Ahora bien, la actividad mercantil requiere de un fondo de comercio, es decir, de una empresa enderezada a la producción de bienes y servicios, por lo que, salvo los casos de pequeños comercios, la ausencia de activo debiera ser una excepción.

II.2. La situación de los civiles, hoy consumidores

Por el contrario, los civiles –léase: empleados, operarios, jubilados, etcétera– penden de un salario o haber que en caso de sobreendeudamiento impide hablar de un patrimonio desapoderado en sentido estricto, pues aún cuando tuvieran una vivienda, ésta es muy probable que se trate del bien de familia, y va de suyo que los salarios tienen carácter alimentario (Anchaval, 2009: 808).

Ahora bien, la sociedad de consumo implica la proliferación del crédito y la bancarización del sistema de pago, con campañas publicitarias agresivas que imponen su impronta y la venta a plazo aparejando la compra casi compulsiva de objetos del hogar, todos tendientes a un mejor estándar de vida.

Esta modalidad propia de la globalización trajo aparejado los negocios en masa, y el nacimiento del consumidor que, a la postre, muchas veces resultaba endeudado más allá de sus posibilidades reales de pago, y que no encuentra en el proceso concursal ninguna respuesta viable.

En consecuencia, aparece con meridiana claridad la absoluta inconsistencia de la vía concursal, tal como está reglada en la actualidad, para dar respuesta a este tipo de problemática, y en el caso de falencia, la imposibilidad de contar con bienes que permitan enfrentar las deudas que gravan al deudor sobreendeudado.

Es así que aparece en la sociedad de consumo la realidad del “consumidor”, es decir, la persona que adquiere bienes no en ejercicio del comercio sino como destinatario final, para su núcleo familiar y, consecuentemente, sin ninguna finalidad de lucro.

En rigor, esta problemática, tal como se ha dicho, aparece como un fruto del proceso de globalización y del nacimiento del estatuto del consumidor, aspectos sobre los que volveremos.

Mientras tanto, también la globalización impactó en el derecho concursal poniendo a la empresa como centro de la tutela de las alternativas preventivas, y reformulando el esquema legal en orden a asegurar diversas vías de recuperación y reorganización empresaria.

Así, en nuestro país el viejo acuerdo preconcursal tomó carta de ciudadanía en los arts. 69 a 76, bajo el actual “acuerdo preventivo extrajudicial”, cuya característica concursal como tipo autónomo fue defendida por Truffat (2002: 39), superándose la visión contractualista que rigiera en el anterior régimen.

Por nuestra parte, señalamos que el instituto aparece con un nuevo perfil jurídico, que le otorga efectos similares a los del concurso preventivo y que constituye una eficaz herramienta para el saneamiento empresario.

Por otro lado, además del concurso preventivo clásico, el “salvataje” o “intervención de terceros”, reglado en el art. 48 de la LC, introduce una nueva alternativa de reorganización empresaria mediante la transferencia del paquete accionario a aquellos interesados que obtengan el beneplácito de los acreedores y paguen el valor de las participaciones societarias, tal como lo establece la aludida norma.

Desde otro costado, las alternativas “rehabilitadoras” de la quiebra tienen un punto de inflexión relevante en el régimen de salvataje de las entidades deportivas, reglado en la ley 25.284.

En una palabra, el legislador concursal se ha preocupado por la tutela de la gran empresa y también de algunas personas jurídicas en especial, como son las entidades deportivas, por el impacto social que éstas tienen en la comunidad.

Ahora bien, las economías familiares no han merecido el abordaje legislativo necesario para tutelar la situación de los pequeños emprendimientos, y mucho menos se ha tenido en cuenta la situación del consumidor, pese a que la globalización establece relaciones asimétricas en el mercado que no pueden ser ignoradas a esta altura de las circunstancias.

III. La globalización y su impacto en el derecho concursal

III.1. La reformulación del esquema preventivo

Desde esta perspectiva, la evolución de los negocios en masa, propios de la globalización, y la relevancia de la empresa, fueron cada vez más notables, y todo ello impactó directamente en el derecho concursal, que fue abandonando la quiebra como proceso relevante para profundizar las alternativas preventivas.

En esta inteligencia, a la par del concurso preventivo nacieron los acuerdos preconcursales, de carácter extrajudicial, que sólo se exteriorizaban en el ámbito jurisdiccional cuando se pretendía su homologación por parte del juez concursal en el caso concreto.

En una palabra, este tipo de acuerdos tuvo como fundamento la necesidad de adelantar la alternativa concordataria antes de que el estado de cesación de pagos se instalara en el patrimonio de una persona, y que consecuentemente las fórmulas de reorganización empresaria y reestructuración del pasivo pudieran articularse al instalarse la crisis de la empresa.

En este sentido, en el Derecho comparado se han buscado diversas alternativas de flexibilización del presupuesto objetivo, es decir, de la insolvencia, mediante fórmulas como la “amenaza de insolvencia”, “sobreendeudamiento”, “crisis de la empresa”, que denotan justamente la necesidad de que la reorganización empresaria se haga en tiempo oportuno.

III.2. El principio de conservación de la empresa

Desde esta perspectiva aparece el principio de conservación de la empresa, atento la relevancia de las unidades productivas como creadoras de riqueza, y también como dadoras de empleo, otorgando a los trabajadores un rol que hasta entonces no había tenido la importancia que hoy se le reconoce.

De tal modo, así como desde la perspectiva de la empresa los acuerdos preconcursales y las alternativas de salvataje se fueron reelaborando, también desde la atalaya de los trabajadores su rol en los procesos concursales fue ganando protagonismo.

Ahora bien, no nos interesa en esta oportunidad introducirnos en estos aspectos tan relevantes, sino señalar que la globalización dio también nacimiento a un nuevo sujeto que en realidad siempre había estado presente, pero que adquirió un nuevo perfil, como es el consumidor.

Así, en la sociedad liberal del siglo XX las relaciones contractuales eran de carácter paritario y, consecuentemente, el incumplimiento de las obligaciones aparejaba la responsabilidad consiguiente, y la posibilidad de cobro por parte del acreedor.

En esta inteligencia, en el caso de insolvencia, los civiles también quedaron sometidos al régimen concursal y se sometieron al régimen de la legislación mercantil, sin advertir las asimetrías que ello significaba.

En efecto, cuando los negocios en masa pusieron en crisis el régimen obligacional y contractual dando nacimiento al derecho del consumidor, se advirtió que la aplicación de la legislación concursal a los civiles devenía absolutamente inconsistente, y lo que en su momento había aparecido como un avance hoy demuestra sus graves contradicciones.

IV. Los consumidores

IV.1. Las consecuencias del sobreendeudamiento

Tal como venimos explicando, y hemos expuesto en otras oportunidades (Junyent Bas e Izquierdo, 2009: 757), en las últimas décadas, como parte integrante del proceso de globalización, hemos presenciado uno de los fenómenos que ha afectado las distintas clases sociales, sin distinción: el consumo.

Este proceso es fomentado por todos los medios y se incentiva y enaltece cualquiera fuere la capacidad de pago del sujeto consumidor.

El hábito de recurrir al crédito se ha instalado en la sociedad de consumo de una manera patente y éste se ha convertido en un producto más de adquisición.

Dicho gráficamente por Truffat, las personas exhiben sus lujosos bienes para que pongan “la ñata contra el vidrio” del consumo (2007: 565).

De tal modo, el consumo, y su consecuente endeudamiento, no distingue entre consumidores de buena o mala fe; es decir, entre aquellos que han recurrido al crédito por razones de necesidad o simplemente por el “afán” de obtener un nivel social cualquiera sea la capacidad de pago.

Esta realidad, su manifestación tiene un campo de acción concreto en los jubilados, agentes de seguridad, empleados públicos, todas personas que comprometen sus sueldos a futuro ante una sociedad que reclama el consumo.

En una palabra, se apunta a un mercado concreto de consumidores, que ve afectado su sueldo en función del crédito proveniente de entidades financieras, bancos y mutuales y, en la actualidad, el conflicto llega a su máxima expresión cuando, como consecuencia del concurso de acreedores primero y la quiebra posterior o directamente la petición de quiebra propia, peligran la continuidad laboral de un sinnúmero de empleados públicos.

IV.2. La necesidad de advertir el enfoque particular del consumidor

De tal modo, el debate sobre el consumidor sobreendeudado puede ser analizado desde dos enfoques diferentes.

Por un lado, en cuanto a su ausencia de previsión legal en la normativa concursal, ya que la ley 24.522 tiene virtualmente un único modelo de concurso preventivo o liquidativo para toda clase de deudores.

De ese modo el proceso concursal, ni en su faz preventiva ni mucho menos en la liquidativa, aparece como un vehículo idóneo para que el consumidor intente

renegociar con sus acreedores, pues resulta patente que con el sueldo no puede enfrentar la totalidad del pasivo.

De allí la necesidad de la existencia de una mediación que articule una alternativa de saneamiento que sea viable para rehabilitar a la persona física, e impedir que los embargos le imposibiliten las condiciones de una vida digna.

Por el otro lado, tratándose concretamente de empleados públicos, el “concurso o declaración falencial” suele engastar en causal de cesantía del trabajador y, consecuentemente, deviene la pérdida de la fuente laboral.

IV.3. El vacío legal: la ausencia de un esquema propio del consumidor

Hemos señalado que el primer valladar con el que se enfrenta el consumidor está dado por la ausencia de previsión legal para este tipo de deudores.

En efecto, más allá de la distinción que efectúan los arts. 288 y 289 de la LC con relación a los denominados “pequeños concursos”, la realidad es que se trata de un intento frustrado de simplificación del proceso único, y desde ninguna perspectiva se contempla la situación de la persona física consumidora.

De tal modo, el sistema de pequeños concursos es absolutamente insatisfactorio y no marca ninguna diferencia cualitativa, al grado tal que Osvaldo Maffía² afirmó con toda claridad que “es un procedimiento especial sólo que sin procedimiento especial”.

En una palabra, el régimen de pequeño concurso nada aporta a la problemática planteada sobre la insolvencia de las personas físicas y, por el contrario, se sigue recurriendo al actual esquema falimentario que, al no realizar distinción alguna ante el sujeto consumidor, se traduce en una solución “inconsistente”.

Tal como explica Truffat, la concursabilidad, privada de su antigua autonomía jactanciosa, ha entrado en crisis en lo atinente al tratamiento de los pequeños deudores al concurrir con la temática de la tutela del consumidor (2009: 693).

Así, el autor citado enseña que la inmensa mayoría de los concursos mínimos lo son de pequeños consumidores individuales, y el problema no queda únicamente en la saturación de trabajo para los tribunales sino en la insuficiencia del sistema que se muestra absurdo por exceso y por defecto.

IV.4. Las incoherencias del sistema

A esta altura de las circunstancias, cabe puntualizar que la persona física consumidora sobreendeudada que es declarada en quiebra deviene inhabilitada por imperio del art. 234 de la LC.

² Osvaldo Maffía, “Procedimiento especial, sólo que sin procedimiento especial para los pequeños concursos”, ED T. 165, pág. 1226.

Ahora bien, a poco que se lean los efectos que apareja la inhabilitación, y que se derivan del art. 238, se advierte que el régimen está pensado solamente para comerciantes y administradores de sociedades comerciales, y no resulta congruente para quienes se endeudan “para vivir”.

La situación de sobreendeudamiento no es una cuestión que afecte solamente a los particulares, sino que trasciende la esfera privada para entrar en la cuestión del orden público económico, que hace a las políticas de sanidad y el bienestar general, tal como lo explica Anchaval (2009: 817).

En esta línea, el autor citado, parafraseando la conocida opinión de Joaquín Sabina, recuerda que: “Menos piadosas que las del corazón son las mentiras de la diosa razón, yo sólo te conté media verdad al revés”. De tal modo, aplicado dicho pensamiento a la problemática del consumidor sobreendeudado, cabe sostener que se ha demostrado que el “abuso de la quiebra” o el aumento de las tasas de presentación de las mismas no responden al “abuso del sistema” sino que se encuentran ligadas a cuestiones estructurales o macroeconómicas, no imputables al deudor como consumidor y que, a menudo, buscar explicaciones puramente relativas “a la cuestión moral” puede resultar cómodo pero no explica ni mucho menos soluciona la raíz del problema.

De tal modo, la verdad es que vivos, vivillos, explotadores y usureros abundan de un lado y del otro, y muchísimas veces ni siquiera se usan los préstamos para adquirir bienes sino como un sobresueldo de una sociedad que insiste en “consumir”.

Desde otra perspectiva, atento a que la persona física no comerciante, es decir, el civil o consumidor, no tiene obligación alguna de llevar contabilidad, le resulta muy difícil acceder al concurso preventivo por no contar con medios económicos para enfrentar un plan de pago de los créditos y, consecuentemente, la quiebra es la alternativa que a la poste, luego de un año de descuento de un porcentaje del salario como única vía de obtener fondos, culmina mediante el cese de la inhabilitación, de conformidad con el art. 236 de la ley concursal, y le permite liberarse de un pasivo muchas veces “acrecido” como consecuencia de la misma debilidad económica que lo lleva a endeudarse.

V. Las inconsistencias de la inhabilitación de las personas físicas

V.1. La habilitación del trabajo en relación de dependencia

De todas formas, como la ley concursal habilita el trabajo en relación de dependencia, y el ejercicio de la profesión, pues, nunca podría volverse al sistema de la “muerte civil” violando garantías constitucionales contenidas en los arts. 14 y 14 bis de la CN, resulta patente que el estatuto del comerciante no le es aplicable, y que las sanciones del art. 238 de la ley concursal no estuvieron nunca pensadas para quien no ejerce el comercio.

Dicho de otro modo, la consecuencia de la inhabilitación, o mejor dicho sus efectos, son justamente que el inhabilitado no puede ejercer el comercio por sí o

por interpósita persona, ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones. Tampoco podrá integrar sociedades, o ser factor o apoderado con facultades generales de aquéllas.

En una palabra, los efectos del art. 238 estuvieron siempre enderezados al quehacer comercial y, en su caso, denotan una visión “represiva” propia de la quiebra que hoy parece inadmisibles, máxime cuando se trata de un consumidor.

Dicho derechamente, en la actualidad cabe cuestionar la inhabilitación del art. 238 por su carácter punitivo dentro del ámbito de la actividad comercial, y con mayor razón, cuando se trata de civiles sobreendeudados, verbigracia: el consumidor.

De todas formas, en el actual sistema legal, el fallido queda desapoderado de sus bienes hasta su rehabilitación, pero ésta se produce automáticamente al año y permite la “liberación” de las deudas anteriores con el nuevo patrimonio que adquiera, lo que puede resultar una solución que no siempre sea justa cuando existan deudas alimentarias o gastos producidos por el propio proceso jurisdiccional.

V.2. El cese de la inhabilitación

En esta inteligencia, hemos puntualizado supra que la inhabilitación cesa automáticamente al año de la quiebra; consecuentemente nace una nueva masa frente a los nuevos acreedores, y los eventuales bienes desapoderados son los que quedan afectados al pago por título anterior al pago o a la falencia.

Este aspecto también se encuentra impropriadamente reglado en la ley que no establece los límites de la “liberación”, pues parece totalmente injusto que cualquier comerciante o empresario, e incluso un consumidor, puedan quedar exentos de pagar deudas alimentarias o los propios gastos del proceso que su quiebra ha aparejado.

En una palabra, el esquema relativo al concurso o falencia del consumidor no tiene ningún tipo de respuesta en el actual estatuto concursal.

De tal modo, este “nuevo comienzo” puede ser una solución positiva o negativa según la situación de la persona fallida y, concretamente, con relación al consumidor, no existe respuesta legislativa concreta.

Así, cuando el deudor “sobreendeudado” se presenta a pedir su propia quiebra se plantean diversas soluciones jurisprudenciales³ y doctrinarias⁴ que ponen en “tela de juicio” los criterios de interpretación del actual sistema concursal.

³ La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, Sentencia n° 368/07 del 27/8/2007 en “Mac Guire, Daniel S/ pedido de quiebra”; Sentencia n° 156 del 12/6/2008 en “Calvo
(Esta nota continúa en la página siguiente.)

⁴ Horacio Garaguso, ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Instituto de Derecho Comercial, San Nicolás, 2008. En este sentido, sostiene que la picardía no es un ilícito y no
(Esta nota continúa en la página siguiente.)

Desde esta perspectiva, se cuestiona el derecho a peticionar la propia quiebra cuando el consumidor carece de patrimonio y se advierte que el objetivo final del proceso es obtener el levantamiento de los embargos del sueldo y, por último, limpiar el pasivo mediante la rehabilitación que procede al año de su declaración, de conformidad al art. 236 de la LC.

Ahora bien, el debate planteado va mucho más allá que la ansiada “rehabilitación del fallido”, pues frente al régimen del empleado público, de nada vale “limpiar el pasivo” si, en definitiva, la relación de dependencia laboral se encuentra “pendiendo de un hilo” y la cesantía es la consecuencia de tal declaración.

VI. El sueldo como garantía de los acreedores

VI.1. La falta de tutela del endeudamiento del consumidor

Desde esta perspectiva, cabe destacar que el abuso de la quiebra o el aumento de las tasas de presentación no responden mayoritariamente a conductas reprochables, sino que se encuentran fuertemente ligadas a cuestiones estructurales macroeconómicas.

Así, el ingreso regular y la estabilidad laboral constituyen la garantía que los acreedores tienen en miras al momento de otorgarle un crédito al consumidor.

En efecto, hemos dicho que es lógico que hoy las personas deseen tener acceso a bienes de uso cotidiano e, incluso, imprescindibles para mejorar la calidad de vida.

En consecuencia, para evitar el sobreendeudamiento del consumidor, tanto en el derecho comparado como en nuestro país, se advierten dos niveles de respuesta absolutamente imprescindibles que cabe ponderar brevemente.

(Continuación de la nota 3.)

Sabina Noemí s/ quiebra”; Sentencia n° 383 del 7/9/2007 en “Gerlo Rolando Antonio S/ propia quiebra” entiende que cabe rechazar los pedidos de quiebra “voluntarias” de “consumidores”, atento a que implica un abuso del proceso y se hace gala de “la picardía criolla” bordeando figuras receptadas por nuestra legislación penal (art. 172 del CP). En esta línea, afirma que el deudor no está haciendo un uso regular de su derecho de pedir la quiebra, en atención a que existe una asunción voluntaria de un pasivo desproporcionado con los ingresos, incremento notable de dicho pasivo en los últimos meses antes de la petición de falencia y, en muchos casos, adquisición de bienes suntuosos y sin relación con el nivel de vida del sujeto con el propósito exclusivo de lograr posteriormente “limpiar el pasivo y reinsertarse económicamente”.

(Continuación de la nota 4.)

compete a los jueces denegar un derecho que la ley y la constitución acuerdan. Así, mientras no se reforme la ley de concursos vigente, la denegación de la quiebra voluntaria o forzosa del consumidor constituye un abuso de poder de los magistrados. De tal modo, el derecho del deudor a la liberación, sea de una quiebra personal o corporativa, es de la esencia del derecho de las Bancarrotas y el legislativo puede reglamentarlo en la medida que no importe su abrogación.

Un primer aspecto que debe contemplar el legislador es el que articula un sistema de prevención del sobreendeudamiento y correspondiente protección extrajudicial, evitando la concesión irrestricta del crédito.

Otro es el relativo a la articulación de un sistema particular que permita la renegociación de las deudas y la superación de la insolvencia, aspecto ausente del actual esquema concursal, y que lleva consigo la necesidad de resolver previamente si esta alternativa debe mantenerse en la jurisdicción concursal o, por el contrario, es propia del estatuto del consumidor.

VI.2. El abuso del crédito

Desde esta atalaya, cabe prevenir lo que se ha denominado “la industria del crédito” atento a que puede distinguirse entre el crédito “prime”, común, corriente; el crédito “subprime” de alta tasa, lícito, dirigido a un mercado diferente; y el “crédito predatorio” que produce un grave daño y que persigue simplemente el consumo a determinados bienes sin preocuparse por la capacidad de pago de las personas (Anchaval, 2009: 811).

Así, un ámbito de tutela relevante debe enderezarse a asegurar que los préstamos se concedan, previo estudio de solvencia, y no se permita el descuento por planilla de porcentajes que afectan el carácter alimentario del salario.

Desde esta perspectiva, más allá de la ausencia normativa sobre el tópico planteado y los aspectos a tener en cuenta para su posible legislación, aquí y ahora una nueva consecuencia nos conmueve frente a la certeza de la pérdida del casi seguro único ingreso con que cuenta el consumidor: su trabajo.

La quiebra fruto del sobreendeudamiento trasciende en cuanto a su repercusión económica afectando a la persona en sus aspectos más íntimos, y el aludido endeudamiento aumenta el costo social en asistencia y perjudica a la economía retrayendo el consumo.

En esta línea, conviene recordar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuada, todo lo cual hoy ostenta jerarquía constitucional a la luz del art. 75 inc. 22 de la Carta Magna.

De tal modo, deviene fundamental concluir en la necesidad de una legislación que regule expresamente la situación de los consumidores porque no se trata de comerciantes, sino de civiles. Y concretamente, en la mayoría de los casos asalariados que no tienen alternativas saneatorias de su situación socioeconómica.

VI.3. El estatuto del empleado público

De esta forma, un conflicto singular se refleja en el área del sector público, concretamente los empleados dependientes de la Administración, ya sea Nacional, Provincial o Municipal.

En efecto, hoy, con motivo de la reglamentación que prevé el Estatuto del Personal de la Administración Pública, una gran cantidad de trabajadores dependientes ve amenazada su fuente de trabajo frente a la situación de endeudamiento.

Así, los regímenes provinciales suelen establecer como causal de cesantía “(...) ser declarado en concurso o quiebra fraudulenta”, por lo que pareciera que a este tipo de empleados les están vedados los remedios concursales.

De allí los cuestionamientos de la doctrina y su afán de proteger a los trabajadores haciendo pie en principios constitucionales y en la defensa de los derechos humanos, máxime cuando el art. 104 de LC permite al fallido trabajar en relación de dependencia.

Va de suyo que la pérdida del trabajo implica una sanción inconstitucional, viola los arts. 14 y 14 bis de la Carta Magna, y deja sin cobertura social a la familia del deudor, convirtiendo a la persona en un “muerto civil” y, consecuentemente, violando también la tutela contemplada en los Tratados Constitucionalizados, art. 75 inc. 22 de la CN.

VII. El derecho a trabajar: la imposibilidad de mantener regímenes que impliquen la “muerte civil”

VII.1. La prevención de los créditos “predatorios”

Un primer aspecto que debe contemplar el legislador es el que articula un sistema de prevención del sobreendeudamiento y correspondiente protección extrajudicial, evitando la concesión irrestricta del crédito.

En esta línea, cabe desarticular lo que se ha denominado “la industria del crédito” atento a que puede distinguirse entre el crédito “prime”, común, corriente; el crédito “subprime” de alta tasa, lícito, dirigido a un mercado diferente; y el “crédito predatorio” que produce un grave daño y que persigue simplemente el consumo a determinados bienes sin preocuparse por la capacidad de pago de las personas (Anchaval, 2009: 811).

Desde esta perspectiva, no deja de llamar la atención la permanente queja en contra de la conducta del consumidor, y nada se dice de los dadores de crédito que, indudablemente, es el eje central de la problemática.

En este sentido, adviértase que en la Unión Europea rige la directiva 2008/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los contratos de crédito para el consumo y que obliga a los Estados miembros a velar porque en todo contrato de crédito el prestamista evalúe la solvencia del consumidor sobre la base de una información suficiente y, en su caso, se actualice la información financiera antes de otorgar el importe del crédito.

En una palabra, el primer ámbito de tutela debe enderezarse a asegurar que los préstamos se concedan, previo estudio de solvencia, y no se permita el descuento por planilla de porcentajes que afectan el carácter alimentario del salario.

VII.2. En busca de una legislación especial

En esta línea, resultan clarificadores los trabajos de Truffat (2007: 565) y Anchaval (2009: 808 y s.) que ponen de relieve que este tipo de créditos “asfixian” a los consumidores que recurren al pedido de su propia quiebra y que ningún país serio, que contenga una legislación relativa a la insolvencia de los consumidores, ha dejado de legislar sobre dicho aspecto para evitar la vulnerabilidad de los sectores sociales sujetos a sueldos, sean agentes de seguridad, empleados públicos, policías, etcétera.

Así, pensamos que en nuestro país resulta más conveniente seguir el ejemplo de la legislación alemana, que articula la herramienta dentro de la legislación concursal, y no en el estatuto del consumidor, para dotarlo del control jurisdiccional.

Este remedio legal, que contemple a la persona del consumidor, debe permitir la propuesta de reestructuración de los pasivos mediante la participación activa de un conciliador o mediador que facilite el acuerdo entre las partes.

En este sentido, existen en el Congreso de la Nación diversos proyectos para articular procedimientos especiales relativos al consumidor, aunque muchos de ellos ya han perdido estado parlamentario.

Entre estas iniciativas, vale la pena referenciar el proyecto de la Senadora Liliana Negre de Alonso, bajo el número CD-256/11, titulado: “Régimen de sobreendeudamiento para pequeños deudores”.

VII.3. Algunas notas particulares del Régimen para pequeños deudores

En primer lugar, se advierte que el art. 2 del proyecto citado supra contiene la tutela de dos personas diferenciadas: a) en primer lugar, la persona física, de ingresos mensuales que no superen los tres salarios mínimos vitales, y b) en segundo lugar, el comerciante enunciado no alcanza la suma equivalente a 20 salarios mínimos vitales y móviles.

De tal modo, puede advertirse la confusión entre el consumidor y el comerciante, y en rigor, de lo que se trata en este caso es de plasmar un procedimiento de “pequeño concurso”, sin advertir la necesidad imprescindible de distinguir entre el comerciante y el consumidor.

En esta línea, el art. 3 establece que el presupuesto objetivo de apertura de este proceso es el denominado “Estado de sobreendeudamiento” que refiere a aquellas situaciones en las que el deudor no puede enfrentar las deudas exigibles y a vencer, originadas por el consumo individual o familiar, como también por otro tipo de obligaciones asumidas como garante o deudor solidario.

En esta inteligencia, el régimen articula dos procedimientos diferentes: el primero denominado de conciliación extrajudicial, y reglado en los arts. 9 a 13 del proyecto, que es aquel en el cual el deudor tiene una situación económica y financiera remediable, puede intentar un acuerdo con los acreedores y admitir el plan de medidas propuestas por el síndico para su homologación.

Por el contrario, si esta alternativa no fuese viable, en atención a la situación irremediadamente comprometida que impide el saneamiento, la ley articula el denominado “reestablecimiento personal” mediante los arts. 14 a 17, que es aquél mediante el cual luego de reglar un procedimiento abreviado de verificación de los créditos el juez designa un enajenador para la realización de los bienes, la que debe llevarse a cabo en un breve plazo, y proceder a la distribución entre los acreedores, previo pago de los gastos del concurso.

A todo evento, el proyecto establece que tanto el procedimiento de conciliación extrajudicial, y la consiguiente homologación, como el trámite de reestablecimiento, producen la extinción de todas las deudas que tuviese el deudor, el conocido “*fresh start*”, salvo las originarias por créditos alimentarios, reparaciones pecuniarias y multas fijadas judicialmente, no pudiendo ningún acreedor reclamar en el futuro todo o parte de su crédito impago, por fecha anterior a la promoción del proceso.

Aún cuando el proyecto deviene sumamente interesante, sigue confundiendo la situación del comerciante con el consumidor, en una parificación que no parece razonable y en rigor lo que articula es un “pequeño concurso”.

VII.4. Otros proyectos relativos al consumidor

Además del proyecto comentado precedentemente, existe en el Congreso otra serie de iniciativas que articulan ya sea un pequeño concurso, o un esquema de regulación de la situación del consumidor propiamente dicho.

En esta inteligencia, cabe destacar como nota común la articulación de un acuerdo colectivo de saneamiento de deudas, que además del proceso de reconocimiento de éstas, legitima al síndico para cumplir la función de mediador a los fines de elaborar un proyecto que procure reorganizar el pasivo del deudor.

En una palabra, la mayoría de los proyectos regla un acuerdo colectivo conciliatorio, que se eleva al juez para su homologación.

En caso de quiebra, también se dispone que sólo se afectará al pago de los acreedores los porcentajes de las remuneraciones que no excedan el límite de la embargabilidad, y se dota al juez de amplias facultades para adoptar las medidas que tiendan a simplificar los procedimientos y reducir los costos procesales.

En este sentido, cabe destacar que ningún proyecto ha logrado convertirse en ley, por lo que ni el pequeño concurso, ni las economías familiares que dependen del consumidor, han merecido tutela en el marco del ordenamiento argentino.

VIII. Epítome

En síntesis, cabe concordar con la doctrina generalizada en el sentido de que una solución sólo puede venir de la mano de un trabajo interdisciplinario, que reúna a concursalistas y especialistas en derecho del consumidor, con la finalidad de

buscar las urgentes modificaciones legislativas que resulta menester aplicar en el caso, recordando que el estatuto del comerciante no es aplicable al caso del consumidor.

De tal modo, resulta fundamental revisar el sistema de rehabilitación por su absoluta insuficiencia, y en especial el efecto liberatorio sobre saldos insolutos emergentes de la quiebra, pues sin dejar de lado la idea central del *fresh start* y la posibilidad de no quedar atado al pasado, también se contraponen la necesidad de no propugnar el sistema abusivo de superación de la insolvencia, que liberen de deudas de carácter alimentario o similares.

En una palabra, el desafío excede el rol específico del derecho concursal, y consecuentemente se debe comprender que la disciplina abarcada es sumamente amplia y que se necesitan reglas claras, tanto para acreedores como para deudores, dejando de lado los actuales “sectarismos” que dividen las diversas soluciones.

Bibliografía

- ANCHAVAL, Hugo (2009), “El sobreendeudamiento de los consumidores y la cuestión social”. En *Doctrina Societaria y Concursal* n° 261, agosto. Editorial Errepar.
- BORZI de MAFFÍA, María Ofelia y MAFFÍA, Osvaldo (1979), *Legislación concursal. Introducción histórica crítica*. Buenos Aires: Zavalía.
- HEREDIA, Pablo (2000), *Tratado Exegético de Derecho Concursal*. Tomo 1. Buenos Aires: Abaco.
- RIPERT, G. (1950), *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Buenos Aires: Ejea.
- SATANOWSKY, Marcos (1957), *Fundamentos del derecho de quiebra. Estudios de Derecho comercial*. Tomo I. Buenos Aires: TEA.
- TRUFFAT, Daniel (2002), *El nuevo acuerdo preventivo extrajudicial*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- (2007), “¿Decoctor, ergo fraudator? En *Lexis Nexis* n° 7, julio, Córdoba.
- (2009), “Algunas ideas sobre los concursos de los consumidores y otros pequeños deudores”. En *Doctrina Societaria y Concursal* n° 260, julio. Editorial Errepar.
- JUNYENT BAS Francisco e IZQUIERDO, Silvina (2009), “El consumidor sobreendeudado y el derecho a quebrar. A propósito de la búsqueda de la rehabilitación y la limpieza del pasivo preexistente”. En *Semanario Jurídico* n° 1734, 26 de Noviembre.

Sobre las relaciones de organización y los Proyectos de Código Civil y Comercial y Ley General de Sociedades

Efraín Hugo Richard

Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Actual Director del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Doctor Honoris Causa en tres universidades nacionales; Profesor Extraordinario en universidades nacionales y del extranjero. Investigador Categoría 1. Ha desarrollado una intensa tarea de formación de recursos humanos especializados en el área del Derecho Comercial y disciplinas conexas. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, actualmente tesorero. Director del Instituto de la Empresa. Cuenta con una extensa trayectoria como abogado.

Con inmediatez a la presentación que realizáramos sobre “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, sentido y alcance de los cambios para el sistema jurídico argentino”, satisfacemos el pedido de formalizar por escrito lo que allí expusimos y debatimos.

Obviamente que, sin cambiar los tópicos, abundaremos en las argumentaciones.

* En la unificación de los Códigos Civil y Comercial se apunta a la desaparición del “Estatuto del Comerciante”, lo que es cierto, pudiendo generar algunos problemas sobre competencia en las jurisdicciones donde se encuentran separadas las referidas a lo comercial de lo civil. Ello no ocurrirá en Córdoba, pues sólo existe una competencia especial (en la forma que proyectamos con los Dres. Francisco Quintana Ferreyra y Salomón Rotiman a requerimiento del Superior Tribunal) referida a los concursos y quiebras –indiferenciadas en ese aspecto– y de sociedades civiles y comerciales.

Pero particularmente rescatamos que aparece otra realidad en escena: la empresa, reconocida en la Constitución Provincial, como recuerda siempre la profesora María Cristina Mercado de Sala. Sobre este particular no podemos dejar de recordar los trabajos producidos en la década de 1980, con una ponencia conjunta Juan Carlos Palmero sobre la cuestión; nuestras disertaciones al recibir

el Premio Academia sobre “La conservación de la empresa” (Richard, 1986^a: 107 y ss.) y luego al ser recibido como Miembro de Número de esa Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en 1984 y expresarnos sobre “El posible futuro del derecho comercial” (Richard, 1986^b: 93 y ss.), tema reforzado en la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994. Y, por último –entre otros muchos ensayos que pueden ser en su mayoría consultados en www.acaderc.org.ar– recordamos en relación a nuestra facultad “Meditaciones para una investigación: ¿es eficiente el sistema concursal? La insolvencia empresaria dentro de las relaciones de organización” (Richard, 2001: 55 y ss.).

También rememoramos nuestros desvelos sobre la actualización de la materia y los estudios en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, ante la pérdida de tiempo al encarar una serie de contratos repetidos en la legislación civil y comercial que se enseñaban en Derecho Civil III y Derecho Comercial I, desde el punto de vista civil o comercial, y luego indicar en cada materia las diferencias con el legislado en la otra disciplina, en un indubitable desgaste pedagógico, mientras no se explicitaban otras relaciones, reguladas o no, que invadían los mercados. Sosteníamos que la unificación debía pasar primero por el consenso doctrinario y ser asumida pedagógicamente antes de imponerse legislativamente. El proceso fue inverso: se dictó una ley unificatoria a fines de los ‘80 sin ningún atisbo de asunción en lo pedagógico. La ley de unificación fue vetada. Luego el nuevo Plan de estudios de nuestra Facultad, vigente desde el inicio de este siglo, consideró esa unificación, y se produjo un fenómeno ajeno a la planificación y contenidos, como ratificamos en el debate del 18 de octubre de 2012 con los jóvenes abogados y estudiantes asistentes: no se habla en las aulas de actos de comercio o de empresa, aunque ésta es la que ocupa el centro de la escena, como resulta de las recientes reformas concursales –aunque mal instrumentadas– y en los proyectos en análisis a los que hemos sido convocados. Sí, en cambio, fue de preocupación en el debate la desaparición de regulaciones sobre Registro Público, con acotadas referencias en el Proyecto de Unificación de 1998, y ante la pregunta sobre si existió un olvido, debimos señalar que no podíamos contestar a ese interrogante, aunque ello podía corresponder no a un olvido sino a entender que la materia era de competencia de las autonomías provinciales.

Antes de entrar en materia, ante la intensidad de trabajos, jornadas, conferencias, debates sobre la unificación de la materia civil y comercial, no podemos soslayar que el gran problema de la sociedad argentina es el de la justicia lenta (Richard, 2012^a: 141)¹, que mina la salud psicológica de la persona humana y la viabilidad

¹ Correspondiendo a la publicación para el Décimo Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias societarias, y Duodécimo Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias concursales, pág. 141.

económica de las personas jurídicas ante el incumplimiento, que resulta estimulado, tornando ineficaces la mediación y el arbitraje, pues el incumplidor a sabiendas las descarta ante la posibilidad de un largo e impreciso proceso judicial. Esta es la cuestión que deberíamos poner en el centro del debate académico, sin dejar de lado el análisis de la legislación de fondo que quizá sucumbirá en las redes de las formas procesales.

Vinculado a la naturaleza de la empresa (Richard, 2012_b: 645), no como sujeto, sino como actividad organizada que podía ser asumida por una persona humana o una jurídica, normalmente sociedad, advertimos que el Código Civil está organizado sobre la base de las relaciones de cambio, reconociéndose desorganizadamente las relaciones de organización.

Las relaciones de organización

Vayan para la meditación estas líneas y las muy escuetas con las que continuaremos algunos análisis. Las mismas apuntan a la idea de la “organización humana”, a un proyecto solidario –despojado de intencionalidad política–, tendiente a la inclusión en el sistema social y no a la exclusión y a la marginación. Se trata de la idea de “empresa”, en la dinámica grupal para afrontar desafíos para la satisfacción de las necesidades de la vida humana, de su desarrollo sustentable, del bienestar general logrado por el trabajo colectivo, cada uno en el grado de su contribución.

Se trata de una visión global, como la que venimos sosteniendo para entender la legislación concursal, que se sigue viendo desde la perspectiva de la persona humana y no de la persona jurídica, como forma normal de la organización de la empresa y de los emprendimientos productivos.

Las relaciones de organización ocupan un importante lugar, no sistematizado, en el derecho privado patrimonial negocial.

Hemos formalizado aportes desde el derecho argentino cuya evolución² representa un esquema intermedio del de los derechos que siguen el sistema continental, pero sin desconocer ni rechazar interpolaciones del derecho anglo-americano³.

Las normas de organización en el derecho patrimonial son parte de la teoría de la organización humana. Dentro de ella, si bien los Códigos se sistematizaron

² La ley de Sociedades Comerciales de Argentina n° 19.550 data del año 1972, reformada varias veces y, con varios proyectos de reformas, uno en trámite, mantiene su esquema general, insertándose con algunos ajustes para los contratos asociativos en los diversos proyectos de Unificación de la legislación civil y comercial, a través de un Código Civil y Comercial unificado.

³ Como las referidas al descorrimento del velo o de las financiaciones a través del *leverage buyout*.

bajo la base del acto jurídico bilateral, del contrato y del negocio jurídico, las normas de organización ocupan hoy un lugar destacado.

Es que a la empresa –como realidad socioeconómica–, el derecho debe darle respuesta para su organización, generando medios de imputación, personificación, preferencias, en torno a los bienes y relaciones de la empresa en favor de los terceros. Cuando la titularidad y desarrollo de la empresa es pluripersonal, se afronta a través de otras técnicas de organización, como la societaria.

La empresa es una unidad económica, social y técnica, a diferencia del establecimiento (Caldani, 1994), registrando tantas nociones como autores se ocupan del tema (Mosset Iturraspe, 1993: 7 y ss.). Nos inclinamos por una noción funcional y organizativa: la actividad (Richard, 1986_a: 107 y ss.)⁴. La idea de intercambio –que calificaba la actividad de empresa– es hoy superada por la de planificación u organización. La empresa planifica o programa sus relaciones en su integridad, conformando metodologías de producción y comercialización (Gherzi, 1994: 17), y específicamente en torno a los riesgos a asumir. Una empresa que no está planificada para obtener rentabilidad y no contaminar no es empresa, generando responsabilidad a sus administradores (Richard, 1994_a: 1189).

Los actos colectivos colegiales no tienen hoy una regulación sistemática. Son los que expresan la vida profunda de las personas jurídicas a través de una decisión por mayoría de todos los asociados. La base de los mismos se encuentra en las leyes de sociedades por acciones, pero irrumpen con inusitada fuerza en los contratos de colaboración y en la legislación concursal. Su regulación tampoco ha sido encarada por el Proyecto de Código Civil y Comercial en análisis legislativo.

El método a emplear –que hemos dado en llamar “de empresa”– implica vincular la multilateralidad de la relaciones⁵, su proyección integral, con visión económica, pero al mismo tiempo solidaria. El Estado, al abandonar la actividad de mercado, dejándola al sector privado, tiene la función esencial de asegurar la solidaridad en éste, que no debe ser sólo de vigilancia, sino específicamente normativa⁶.

En todo lo concerniente a los contratos de colaboración (asociativos) se generan ciertas perplejidades, ya que se corresponden a un método de trabajo

⁴El reconocimiento de la noción “actividad” en el derecho positivo puede verse en Efraín H. Richard (1992_a; 2003: 313).

⁵ Por ejemplo, en cierto contrato de colaboración: quien formaliza un *franchising* tiende a tener más beneficios por su mayor penetración en el mercado a través del franquiciado. El franquiciante tiene una clara visión de la relación de empresa y de la relación de consumo que proyecta.

⁶N° 24.452, anexo I, vigente desde el 2 de mayo de 1995, que incorpora un nuevo título valor: el cheque de pago diferido registrado, en cuya gestión asumimos responsabilidad.

fijado por las relaciones de cambio: la asunción de la relación, la imputabilidad real del acto, la generación de responsabilidad, con la sola inserción de previsiones sobre la plurilateralidad funcional de la relación. Pero cuando existe una sociedad, esa relación aparece interaccionada no sólo por la sociedad, sino por los administradores, socios y terceros.

Esta es la razón de la evolución del sistema societario y de los contratos de organización-colaboración en la última centuria, y la dificultad en la separación de normas contractuales de las de organización. Los problemas terminológicos en cuanto al empleo de la palabra “sociedad” en sentido amplio o estricto, y la preeminencia de normas de control público en torno a las sociedades anónimas – conforme su origen histórico–, dificulta su visualización actual como organización privada⁷.

Dentro de ese aspecto –interfiriendo en el análisis– se enrola la relación de consumo⁸ que genera una “unidad compleja de interés”, donde se suman una serie de relaciones que no existen la una sin la otra (Lipari, citado por Ghersi, 1994: 35)⁹, y que sí es asumida por el CCC.

La evolución y construcción fragmentaria del derecho de los contratos de colaboración y sociedades¹⁰ marca justo el nudo de la inflexión doctrinaria: 1. abarcar todo el esquema con un concepto amplio de sociedad, que comprenda inclusive a los contratos de colaboración empresaria –asociativos–, dentro de los

⁷ Aunque para entender este fenómeno se hable de un método o teoría de contrato para referirse a la S.A., o sea el de autonomía de la voluntad escapando al derecho público, como aplicación al caso de un método de mercado, y dentro de ellos el de empresa o de organización. Véase el citado Efraín H. Richard (1994) y H. Butler (1993: 17 y ss.).

⁸ La cuestión metódica tiene fundamental importancia para asumir la disposición constitucional argentina del año 1994, del art. 42 en torno a la “relación de consumo”. Las relaciones de consumo que no pueden verse a través de una técnica o sistema de cambio, sino de un sistema de empresa, deben ser tratadas integralmente.

⁹ La relación de consumo implica imputar la misma a todos los partícipes frente al consumidor. La imputación puede responder a criterios objetivos de atribución presunta, que autorizan una legitimación activa para reclamar –imputar–, pero que no implican la certeza que esa persona sea responsable. Es sólo presuntamente responsable. Puede acreditarse lo contrario. Frente a ello deben aparecer soluciones que impongan soluciones sociales, como los fondos de reparo o seguros colectivos. O prevenir la actuación de una empresa a través de soluciones como el daño punitivo: se indemniza a pagar sumas bien superiores a las que corresponde al daño o al comportamiento reprochable en análisis particular, comportando para la víctima una ventaja financiera y no la reparación de sus perjuicios. Sobre el *punitive damages* puede verse Marée Perrine (1985: 137), pero dentro de lo que llamamos un método o técnica de empresa y no de relaciones de cambio, de mercado, como venimos puntualizando.

¹⁰ En este punto la comunicación que formalizamos en el año 1994 en Montevideo en homenaje al jurista José Ferro Astray, y también Efraín H. Richard (1994,; 341 y ss.).

que se reconocerían ciertos tipos subjetivizados de sociedad –como el original sistema alemán y suizo–, o 2. ajustar el concepto de sociedad en forma estricta a las formas subjetivizadas –como el sistema español, francés o italiano.

La organización de la empresa, reafirmamos, se formaliza normalmente a través de la sociedad-sujeto de derecho como medio técnico de simplificación de las relaciones internas y externas. La sociedad-empresa, por otra parte, se vale en la organización de la producción y comercialización de otras sociedades, ligadas por contratos de distintos tipos, entre los que se destacan los de colaboración o cooperación y los de cambio con cláusulas de resultado, contratos “con” participación o “de” participación (Richard, 1994).

El sistema normativo de los contratos o relaciones de organización se ha ido generando en forma desestructurada y aluvional. En las leyes sobre sociedades anónimas se fueron gestando las previsiones en torno a afectaciones vinculares, sistemas de nulidad, formación de la voluntad mayoritaria colegial y la impugnabilidad de sus decisiones, resolución parcial, disolución o extinción, etcétera. De esas leyes se fueron irradiando esas normas a leyes de sociedades de responsabilidad limitada, como aparece en el moderno derecho español, o en leyes generales de sociedades como en el derecho argentino y uruguayo, o en normas del Código Civil como en el derecho italiano y paraguayo.

Normativa basada en un método de organización puede advertirse en intentos de justicia distributiva, la obligación de concurrencia, las regulaciones colegiales, el ejercicio de derechos estatutariamente, las acciones derivativas, la sustitución del deudor en el moderno derecho concursal, y sanciones tales como el abuso de control o de posición dominante –interna o en el mercado. Se empieza a aceptar que el grupo existe y que arribe a resultados superiores, distintos o inferiores a los que alcanzarían los individuos por sí solos; estamos enfrentando la idea de “organización” (Lorenzetti, 1995: 133)¹¹.

La dificultad en el tema puede advertirse también en la adaptación de las normas clásicas sobre nulidades previstas para los actos jurídicos unilaterales o bilaterales (Richard, 1999: 95-111; Halperin, 1970: 545), al negocio constitutivo de sociedad de característica plurilateral y más aún a sujetos operando asociativamente sin estructura formal ni inscripción alguna (sociedad de hecho)¹².

¹¹ Sobre el punto también puede verse Efraín H. Richard (1994) y José Miguel Embid Irujo (2003: 933 y ss.).

¹² La importancia de esta problemática puede verse en Efraín H. Richard y Orlando Muiño (2007), y en Efraín H. Richard (2000: 115-142).

* ¿Qué son las *relaciones de organización*?¹³ El tema está vinculado a la función de los contratos. Los más comunes son los contratos de cambio de titularidad, o de transferencia de uso, o de función de garantía o financiera, o de colaboración gestoria, o de prevención.

Al lado de ellos, los que tienen una función de colaboración asociativa, o las redes contractuales¹⁴ que tienden a asegurar diversos negocios, en muchos casos de colaboración asociativa más compleja.

Apuntamos específicamente a algunas de las relaciones de organización, normalmente llamadas asociativas, donde todas las partes tienen similar posición (partícipes o socios), sin que de ello resulte que el negocio queda personificado.

Son las relaciones o contratos plurilaterales funcionales, o sea aquéllos donde las vicisitudes de una relación no afectan al negocio en total.

Respecto a ellas no existe sistemática ni uniformidad en la propia legislación interna argentina ni, en general, en las de otros países.

Las normas de las relaciones de organización, como dijimos, son introducidas por el derecho a través de normas sobre sociedades, originariamente la anónima y luego acercadas desestructuradamente en el derecho general de las sociedades o tímidamente en algunos códigos. Los códigos civiles se refieren normalmente a actos singulares no genéricos, a relaciones bilaterales aunque con partes plúrimas, y no a relaciones genéricas, funcionales, donde todas tienen una causa única, generando un efecto grupal, con aspectos colectivos, trasindividuales que empiezan a ser afrontados dentro de aquéllas con un método diverso de ordenamiento jurídico de organización o de empresa¹⁵. Un debate sobre estos

¹³ Véase Efraín H. Richard (1997: 179-206) y Efraín H. Richard (2000_b), o su segunda edición: *Las relaciones de organización. El sistema jurídico del derecho privado*, en 2002, de la misma editorial.

¹⁴ Para la organización de un negocio se usan multiplicidad de contratos. Es el fenómeno de las redes contractuales para negocios complejos, de carácter asociativo, participativo y/o de colaboración. Los contratos de colaboración en red imponen una normativa de aplicación general, las relaciones de titulares dominiales con vínculos de conexidad contractual, se crea una situación derivada de esa conexidad. Dentro de ellos debe rescatarse la diferencia entre la relación de cambio que surge entre el consumidor y su prestador, del elemento grupal que asiste al prestador, que impone ver la relación como una “institución” (Lorenzetti, 1995: 154). El tema ya lo habíamos analizado en nuestro artículo “Sociedad y contratos asociativos”, y como lo hace el Código Civil de Canadá al tratar las personas jurídicas en general. La noción de *grupo* surge cuando se da la noción de *sistema*, es decir, de un conjunto de partes interdependientes funcionalmente de modo tal que una no puede existir plenamente sin el concurso de las otras. Se necesita entonces de una coordinación que genera un deber de cada una de las partes de contribuir al sostenimiento del todo.

¹⁵ Ello no obsta a que se pueda distinguir, en esa causación, entre el interés social previo: que el patrimonio social sea utilizado para el ejercicio de la actividad económica que es el objeto de la

aspectos permitirá ajustar, perfeccionar, integrar o hasta descartar los criterios que venimos proponiendo.

No es posible sustraer la aplicación del derecho nacional sobre las relaciones de organización (empresa, establecimiento, sociedad). Ello se encuentra vinculado a un tema original de “orden público” (Richard, 1998: 141), como era la concesión de la personería jurídica a las sociedades.

La Unión Europea, partiendo de ese mismo punto, se ha limitado en sus directivas a referirse a la seguridad en el reconocimiento de personalidad jurídica, la limitación de nulidades que afecten esa personalidad, y principios de exposición contable o de unidad económica para enfrentar fusiones o escisiones internacionales; hoy se intentan atisbos desde Unidroit a regímenes de quiebra transnacional.

Las relaciones de organización, insistimos, son genéricamente aquellas donde no se agotan en forma inmediata las relaciones negociales. Con este amplio criterio se englobaría una serie de negocios. El tema se vincula a la función de los contratos. Los más comunes son los contratos de cambio de titularidad, o de transferencia de uso, o de función de garantía o financiera, o de colaboración gestoria, o de prevención. Al lado de ellos los que tienen una función de colaboración asociativa, o las redes contractuales que tienden a asegurar diversos negocios, en muchos casos de colaboración asociativa más compleja. Son las relaciones o contratos plurilaterales funcionales, o sea aquéllos donde las vicisitudes de una relación no afectan al negocio en total.

El tema puede ser ampliado desde distintos puntos de vista, como puede ser el de los contratos coaligados (Lorenzetti, 1998: 207 y ss.)¹⁶ por los especiales vínculos que se generan, haciendo aplicable las nociones de control (art. 33 LS) y de responsabilidad por imputación aditiva (art. 54 ter LS)¹⁷. Se trata de advertir los recursos técnicos de imputación de relaciones asumidos por la autonomía de la voluntad.

Centros imputativos. Los sistemas jurídicos disponen de soluciones para sus cuerpos normativos a fin de reglar ciertas relaciones con y entre los terceros. En ese sentido, parece indispensable atender las referidas relaciones de organización¹⁸.

sociedad; entre el interés intermedio: que la actividad económica se dirija a la obtención de beneficios, y el interés social final: que los beneficios sean divididos entre los socios. Véase Francesco Galgano (2000: 213).

¹⁶ Allí Lorenzetti señala que si una empresa vende a un distribuidor estamos ante una relación de cambio, pero si arma una red de distribuidores, todos deben actuar coordinadamente y si bien hay contratos autónomos, hay algo que los une, no hay contratos sucesivos sino coordinados.

¹⁷ Véase nuestro trabajo en la publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: “La unificación del Derecho Privado: lo conveniente y lo posible”.

¹⁸ Véase la ponencia presentada a las Cuartas Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Corrientes, 5-7 de septiembre de 1996, publicada en Efraín H. Richard (1997).

En el plano ideal de las reglas organizadoras, “persona” o “patrimonio” son recursos técnicos para disciplinar unitariamente cierto grupo de relaciones jurídicas. Así pueden verse las opciones permitidas por el art. 1.531 del Proyecto en análisis.

Personificación. Guyenot, en el año 1971, señalaba que el camino de un reconocimiento jurídico de la empresa era la noción de *sociedad*, en la cual normalmente se absorbía. Noción que ya se registraba en el conocido libro de Ascarelli *Iniciación al Derecho Mercantil*, y coherentemente el reconocimiento de ellas como personas jurídicas.

Patrimonialización. Otra técnica es generar un patrimonio separado, como en el fideicomiso, o en el contrato de agrupamiento de colaboración empresaria, o en los peculios.

La organización de la empresa se formaliza normalmente a través de la sociedad-sujeto de derecho como medio técnico de simplificación de las relaciones internas y externas. La sociedad-empresa, por otra parte, se vale de otras sociedades en la organización de la producción y comercialización, *ligadas por contratos de distintos tipos*.

Un Derecho Privado colectivo (Lorenzetti, 1995: 147 y ss.) va reconociendo las relaciones de organización. Se advierte la necesidad del dictado y reordenamiento de normas para relaciones de organización, imponiendo en la legislación mercantil el método de empresa o de organización que trate de analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad, según su funcionalidad.

El género que se contrapondría a los contratos de cambio es el de contratos de colaboración asociativa¹⁹. Una especie de ellos, los contratos de organización (colegios, grupos, y otros muchos sin generar una actuación personalizada). Dentro de los de organización, los personificados (sociedades, fundaciones, asociaciones) o patrimonializados (fideicomiso).

El Proyecto CCC usa la terminología *asociativos* donde están reflejados los de colaboración. Ya nos hemos referido a las relaciones de organización y las mismas importan una sistemática distinta a las relaciones de cambio. El Proyecto mejora esa sistematización, que sin duda podría ser perfectible²⁰. Esas relaciones

¹⁹ Véase *SUMMA SOCIETARIA*, tomo IV pág. 4707 y ss., y Efraín H. Richard (2002).

²⁰ Recientemente, Raúl Anibal Etcheverry critica la regulación de los “contratos asociativos” –aunque también indirectamente el sistema de personalidad jurídica– en CCC, sin referirse ni criticar mi visión sobre las “relaciones de organización”. Lo hizo en “El derecho y la vida moderna. Los llamados ‘contratos asociativos’ y la nueva legislación civil y comercial”, LL, 14 de febrero de 2012. Concibe la SIJAP, apuntando: “En el derecho vigente, los sistemas jurídicos organizados para administrar y disponer de un patrimonio, son establecidos por la ley con fuerte tipicidad y pueden o no tener ‘personalidad jurídica’. Siempre son actores en el mercado y en el derecho. Los

de organización, nacidas de un acto o de un contrato, abarcarían relaciones personificadas o no, generando centros imputativos con otras técnicas como fideicomisos, fondos, etcétera.

* Sobre los *contratos de colaboración*, como anticipamos, se debe distinguir entre *pluralidad ocasional*, o sea donde las partes pueden ser plúrimas dentro de la bilateralidad del contrato, de aquella *pluralidad estructural* que resulta de la necesidad de la existencia de tres partes, por ejemplo en la delegación perfecta. Pero en estos contratos las partes tienen posiciones jurídicas diferentes y no hay una función en común. Contrasta con ello la plurilateralidad funcional donde puede haber menos partes, pero si hay más de dos las partes tienen la misma posición jurídica y hay una función común derivada de la comunidad de fines que se persiguen (Lorenzetti, 2004: 215-216; Richard y Muño, 2007)²¹. El nudo funcional, o de fin común, o carácter común de la relación aparece como fundamental (Fernández de la Gándara, 1977: 298 y ss.; 304).

En otra posición aparecen los contratos en participación. Se destacan los de colaboración o cooperación y los de cambio con cláusulas de resultado, contratos “con” participación o “de” (“en”) participación (Richard, 1994: 136). En éste último hay participación en las utilidades sin configurarse sociedad. El primero es el negocio parciario, contrato de cambio donde se genera co-interés en el resultado del negocio, como por ejemplo en la aparcería donde no hay aportes comunes ni participación en las pérdidas y el resultado no surge de la actividad coordinada sino

llamaremos provisoriamente SIJAP para resumir el concepto que estamos buscando delinear e identificar en sus principales elementos para confirmar que posee solidez jurídica. (...) Generalmente el objeto de un SIJAP es preciso, determinado y restringido a su precisión legal. El objeto de algún modo limita y condiciona su funcionamiento, que establece derechos, obligaciones, facultades y deberes. Algunos sistemas jurídicos funcionales y estructurales que mencionamos a modo de ejemplo, podrían ser los siguientes: 1. Formas de la llamada propiedad horizontal, incluidos los consorcios de PH. 2. Sociedades civiles y comerciales. 3. Uniones transitorias de empresas. 4. Acuerdos de colaboración. 5. Consorcios de cooperación. 6. Cooperativas. 7. Asociaciones. 8. Fundaciones. Los negocios fiduciarios de organización, administración o construcción también son SIJAP, y no lo son los contratos fiduciarios bilaterales o plurilaterales de cambio o las fiducias testamentarias y los fideicomisos de garantía, en la generalidad de los casos. (...) A su vez, la regulación de los sistemas de administración de un patrimonio podría cumplirse dentro de un sistema de personalidad jurídica más perfecto y coherente que el actual o bien creando una nueva figura genérica que para facilitar su individualización hemos llamado SIJAP. (...) Una norma especial debería establecer responsabilidades especiales para el o los órganos de cada sistema de autogestión patrimonial”. Lo he intentado con anterioridad bajo el sistema de las relaciones de organización en los libros y trabajos citados en nota 1.

²¹ Agregamos que ello no se altera en cuanto tengan roles diferentes en la organización – comanditados o comanditarios, gestores o partícipes.

de la actividad de una sola de ellas. Así, un préstamo puede convertirse en un negocio participativo, determinándose el interés por la utilidad del negocio a que se aplicó. Ello no es negocio en participación donde puede perderse el capital, sino negocio parciario (Richard, 1993: 47 y ss.). Es interesante la regulación del mutuo, particularmente en el art. 1.531 b del CCC.

El proyecto. El CCC aborda las relaciones asociativas –o de organización– que son aquellas con finalidad común, donde la causa es el advenimiento del contrato o de esa relación jurídica. En ellas las partes tienen, además de esa finalidad común –y a la que los puede haber llevado intereses y causas disímiles–, una posición similar –socios o partícipes– que no se altera en cuanto tengan roles diferentes en la organización –comanditados o comanditarios, gestores o partícipes.

El capítulo 16, denominado opinablemente “Contratos asociativos”, en su sección primera, contiene disposiciones generales. Contrastando con la definición de *sociedad*, no se definen estos contratos, que son encasillados por la “comunidad de fin que no sea sociedad”, por lo que “no se les aplican las normas sobre la sociedad” ni las de “personas jurídicas”, en norma repetitiva y de carácter docente (art. 1.442 CCC), descartando su aplicación a “las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria” a las que también se excluye aplicar las normas “de la sociedad”.

El grupo de trabajo convocado para el anteproyecto aceptó usar las previsiones de anteriores anteproyectos que no habían recibido observación, no por perfectas; entendiendo que de esta forma se avanzaba eliminando alguna norma docente que integraba anteriores proyectos.

En nuestro derecho societario existe una norma referida a los contratos plurilaterales, la del art. 16 LS, excepcionada por los arts. 93 y 94 bis LGS. El art. 1.443 CCC reproduce la previsión de ese art. 16 que mantiene la LGS, típico de los contratos plurilaterales funcionales (en oposición a los estructurales), sobre afectaciones vinculares que no alteran la relación de organización entre los restantes, “excepto que la prestación de aquélla que ha incumplido o respecto de la cual el contrato es nulo sea necesaria para la realización del objeto del contrato”.

El informalismo es aceptado en el art. 1.444, aunque en la realidad debe descartarse la posibilidad de inexistencia de base documental. La actuación de hecho impone hoy, frente a disposiciones impositivas, ciertas declaraciones o formalizadas, como la obtención de un CUIT –analizado para las UTE, al descartar la personificación de las mismas por normas impositivas (Richard, 2007; Esper, 2006: 4743). Ello se advierte en el artículo siguiente, que hace referencia a un negocio representativo o a un “contrato asociativo” que lo contenga. A su vez el art. 1.447 CCC prevé que la falta de inscripción, prevista en el tipo de contrato elegido, igualmente “producen efectos entre las partes”.

El art. 1.445 dispone la previsión de representación voluntaria (art. 342 CCC)²², permitiendo la posibilidad de pactar que se vinculen los partícipes con terceros a través de un representante común de cada uno de ellos o de la “organización común”, impidiendo una legitimación pasiva o activa de los partícipes.

La realidad de los negocios y la inventiva empresaria no puede encorsetarse en los negocios típicos de organización que se prevén –que no son distintos a los disponibles actualmente, aunque se perfeccionan las figuras, por lo que en el art. 1.446 se autoriza la “libertad para configurar estos contratos con otros contenidos”.

Se advertirá un gran paralelismo entre algunas de las previsiones del Proyecto LGS en sus arts. 21 y ss. con las disposiciones comentadas, porque al no generarse los efectos *erga omnes* de la personificación por vicios de contenido o de forma, se regulan –al igual que los asociativos– por las normas de los contratos respecto de terceros, sea que los conocieran o no. Se rescata el principio de autonomía de la voluntad en materia contractual, sin que ello afecte derechos de terceros, basados en los arts. 1.197 y 1.199 del Código Civil actual (CC).

Con esto anticipamos la base de las referencias a los “contratos asociativos” en el CCC. Remitimos a comentarios anteriores sobre los cuatro contratos regulados²³. Se eliminaron efectos disvaliosos de la no inscripción del contrato de consorcio y las referencias a empresarios, por entender que no correspondía a la terminología en uso. Por lo demás se mantiene la normativa, y son aplicables los ensayos sobre *Negocio en participación*, *Agrupamiento de colaboración*, *Unión transitoria de empresa* y *Consortio de cooperación*.

* Sobre *Personería Jurídica de las Sociedades*²⁴.

La constitución de centros imputativos (personificados o patrimonializados) importa un instrumento otorgado a la autonomía de la voluntad para la multiplicación de centros de imputación.

La concebimos como un recurso técnico de la ciencia jurídica, que posibilita que una declaración negocial de una persona o de una pluralidad de personas genere una estructura con fines instrumentales para lograr una organización funcional que permita generar derechos y contraer obligaciones imputables a su fondo de afectación, para que de esta forma alcance los fines sociales perseguidos

²² “CAPÍTULO 8 Representación. SECCIÓN 1ª Disposiciones generales. ARTÍCULO 358. Principio. Fuentes. (...) La representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica”.

²³ Véase Efraín H. Richard (2007), donde incluso se aborda la supuesta personificación impositiva de los contratos de colaboración, y Efraín H. Richard y Orlando Muiño (2007: 141 y ss.).

²⁴ Véase Efraín H. Richard (2010: 289).

por el ordenamientos jurídico y a través de los mismos alcancen sus fines individuales los generadores del nuevo centro de imputación.

Esa apreciación sobre la autonomía de la voluntad, vinculada al reconocimiento de que la regulación de las relaciones de organización comporta un cierto orden público interno, lleva a hablar de “la Economía del Derecho”, o sea un derecho más efectivo, con menos normas basadas en la libertad bajo responsabilidad, bajo el principio de actuar sin dañar como “responsabilidad ex ante” o indemnizar como “responsabilidad ex post”.

Disensos. Los disensos en el seno de la subcomisión de sociedades, de las subcomisiones específicas y del Proyecto versaron en torno a cuándo se las consideraba personas jurídicas a las sociedades y el reconocimiento como tal de la constituida por la voluntad unilateral.

En la subcomisión que tuvimos el honor de integrar con los colegas Rafael Manóvil y Horacio Roitman, inicialmente coincidimos en el texto de las reformas, que luego fueron amputadas en su mayoría pero manteniéndose particularmente las previstas para los arts. 21 a 26 de la Ley General de Sociedades proyectada (LGS) (Richard, S., 2012: 71). Se perfiló allí lo que la doctrina señala como “sociedad simple”, con amplia autonomía de la voluntad. También se coincidió en la estructura de los arts. 1 y 2 aceptando la constitución amplia de sociedades por declaración unilateral de voluntad y en que la personalidad se adquiriría con efecto *erga omnes* (Richard, 2011_a: 3) con una inscripción (impositiva o registral).

Este último aspecto mereció observación posterior en el seno de la subcomisión, intercambiándose argumentos, aceptándose la misma a la postre, en consonancia con lo aconsejado por la subcomisión que trabajo en “personalidad jurídica”.

Resultados. En efecto, el art. 142 del Proyecto de Código Civil y Comercial (CCC) sobre “Comienzo y fin de la existencia” reza: “La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución”.

Pese a las disidencias doctrinarias, la sociedad de hecho ha dejado de ser “persona jurídica”. En efecto, conforme al CCC no es la actuación exteriorizada la que genera la personalidad –como se sostenía del texto original de la Ley de Sociedades (LSA), aunque “precaria y limitada”. La constitución, para el reconocimiento de la personalidad jurídica, requiere algunos datos: “debe tener un nombre que la identifique como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada” –art. 151 CCC–; también se supone un domicilio –art. 152 CCC–, aunque el punto no resulta tan claro; y su objeto “debe ser preciso y determinado” –art. 156.

La realidad. Agréguese a ello la obligación para actuar lícitamente de obtener un CUIT donde los socios deben hacer por escrito ante la AFIP las manifestaciones expresadas precedentemente.

El sistema LGS. Regresemos ahora al anteproyecto de LGS. Los arts. 21 y siguientes fueron concebidos para formas societarias con oponibilidad a terceros como si fuera una relación contractual –ver arts. 22 y 23 LGS. Particularmente impone intervención notarial si esas sociedades intentan adquirir bienes registrables, que deben ser congruentes con lo reglado por los arts. 151 y 152 CCC.

¿Y la sociedad sin elementos documentales de su existencia? Un quebradero de cabeza para el juez, cuando se invoque “la existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba” –art. 23 *in fine* LGS– por un supuesto socio o por terceros que intenten hacerle responsable. Y también casi un caso de biblioteca, por las razones que hemos expuesto precedentemente.

La reforma en curso implica un paso adelante en el camino que señalamos, que debe pasar primero por la consagración doctrinaria de las *relaciones de organización*, insertarse en lo pedagógico y finalmente ser recibido en la legislación si se entiende que se exorbitan los límites de la autonomía de la voluntad.

Para entender la situación actual del derecho societario y tomar partido, se hace necesario formular un subsistema.

Una labor es distinguir entre la sociedad-contrato, que se refiere a una concepción de sociedad en sentido lato, propia de los contratos asociativos o de participación, y la sociedad-sujeto, que se refiere al concepto de sociedad en sentido estricto, conforme los actuales arts. 1.648 CC y 1º de la ley de sociedades.

La aparentemente rígida tipicidad imperante en la ley 19.550 –y en otras que siguen similar sistema de tipicidad societaria cerrada–, con la sanción severísima de la nulidad (maguer el principio de la conservación de la empresa), aparece hoy como excesivamente riguroso y seguramente antifuncional; a su vez, enfrentado en nuestra legislación el concepto del art. 1º con los arts. 21 y siguientes, 31 y 361 LS.

Lo negativo del sistema actual. La limitación fijada por el art. 30 de la ley 19.550 (LS) a las sociedades por acciones para participar en otras que no fueran del mismo tipo, unida a una interpretación extensiva de la prohibición para alcanzar a la sociedad accidental –art. 361 LS–, generó inseguridad jurídica para constituir *joint ventures*.

La distinción doctrinal entre sociedad en sentido amplio de la del sentido estricto²⁵ no alcanzó a disipar la cuestión, que se acentuó con la reforma de 1983

²⁵ Véase Efraín H. Richard (2005), reproducido en *SUMMA SOCIETARIA*, pág. 4637. Los tres fallos en esta última obra a págs. 7371, 7377 y 7381. Vélez, en nota al art. 1.648 CC, distinguió el criterio amplio del estricto para diferenciar relaciones participativas de sociedad, eliminando toda posibilidad de confusión y subrayando: “La simple comunidad de intereses, resultante aun de un hecho voluntario de las partes, por ejemplo, una adquisición hecha en común, no forma una

con la inclusión de contratos de colaboración empresaria a la ley de sociedades – Agrupamiento de Colaboración (AC) y Unión Transitoria de Empresas (UTE)–, sin incluir en ese cap. III al negocio en participación ni eliminar la expresión *sociedad accidental* de su denominación –título sec. IX cap. II LS.

Y luego la ley n° 26.005 sobre Consorcio de Cooperación, con la desacertada remisión al régimen de la sociedad de hecho en caso de no inscripción. Agréguese que no se registra una norma autorizando la autonomía de la voluntad para generar otras formas contractuales de colaboración empresaria, y esa posibilidad quedaría bajo el riesgo de ser calificadas como sociedades atípicas, bajo la tendencia de personificar todas las relaciones asociativas (Richard, 2011_a: 3).

Como señalamos, el sistema jurídico está construido sobre las relaciones de cambio, y las de organización tienen una asistemática normativa con eje en la ley de sociedades comerciales, generando alguna crítica la inclusión en la misma de los contratos de colaboración con la expresividad de no ser *sociedades* ni *sujetos de derecho*²⁶.

Muchos intentos de una sistematización habían fracasado desde la década de 1980 hasta la fecha, por diversas circunstancias que no es del caso abordar (Richard y Muiño, 2012: 5329).

Un limitado intento de reforma se introduce en el actual Proyecto de Código Civil y Comercial y en el de Ley General de Sociedades.

El eje de la reforma en curso se basa en una renovada normativa en torno a *Persona jurídica* (art. 142 y ss. CCC) y *Contratos asociativos* en CCC (cap. 16, art. 1.442 y ss.)²⁷, y una unificación de las sociedades en LGR, excluyendo la sociedad civil de CCC.

sociedad, cuando las partes no han tenido en mira realizar el fin característico del contrato de sociedad, que es obtener un beneficio, o un resultado cualquier que dividirán entre sí... Lo mismo sería del contrato por el que dos vecinos comprasen en común un terreno para proporcionarse un lugar de paseo, o una máquina para explotarla privadamente cada uno a su turno. Troplong sostiene que en esos casos hay sociedad porque hay un beneficio apreciable en dinero (*Société* n° 13). Pero ese beneficio no es divisible entre los partícipes de la cosa, tal como se entiende la división entre los socios, condición esencial de toda sociedad”.

²⁶ Véase Mario G. Bacigalup Vertiz (2012: 4661), reproduciendo JA 1986-III-781; Julio César Otaegui (2012: 4671), reproduciendo RDCO 1983-861 con la descripción de las dos figuras introducidas por la ley 22.903; Rubén Segal y Natán Elkin (2012: 4713), reproduciendo RDCO 1985-149, donde se subraya que “el legislador nacional ha entendido necesario prever formas o fórmulas, ciertamente de gran plasticidad, para facilitar emprendimientos en común”.

²⁷ “CAPÍTULO 16 Contratos asociativos. SECCIÓN 1ª Disposiciones generales. ARTÍCULO 1442. Normas aplicables. Las disposiciones de este Capítulo se aplican a todo contrato de

El art. 30 LGR no tiene limitaciones para que las sociedades por acciones puedan formalizar contratos de colaboración; su art. 1º autoriza a generar filiales por declaración unilateral de voluntad, y elimina efectos sancionatorios de sociedades constituidas con defectos substanciales y formales, facilitando la continuidad de las empresas viables y socialmente útiles (art. 100 LGR).

Excluidos de la LGR se agrupan cuatro contratos de colaboración empresarial y se reafirma la posibilidad de creación de otras relaciones contractuales de colaboración. Los *Fundamentos* de esa incorporación al CCC son significativos, y es subrayable que: “hay una persistencia del modelo societario que hace que, con demasiada frecuencia, se los confunda y se los termine calificando como sociedad, con los perjuicios que ello genera (...). La colaboración asociativa, como la societaria, presenta comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración basada en la gestión. A diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total, ya que no existe disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica. El contrato asociativo es un vínculo de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no es sociedad”.

* Apuntemos a las *sociedades constituidas por un único socio y las devenidas en unipersonales*.

Nuevamente en el tapete la sociedad constituida por un único socio. El debate continuó en la estructuración del Proyecto de Ley General de Sociedades surgido de la decisión de unificar los Códigos Civil y Comercial. Mientras la subcomisión introducía con un amplio marco de utilización –avalado luego por la Comisión– el Proyecto elevado por el PE al Congreso, lo limita en forma tal que se avizora su utilización únicamente para los casos de la “filial” nacional o local de sociedades de envergadura.

Claro que, al ser eliminado como causal de disolución el devenir de un único socio, se generan importantes perspectivas.

No hemos de volver sobre el disenso dogmático acerca de sobre si puede hablarse de sociedad de un solo socio o si se impone, en tal caso, hablar de “empresa individual”.

La noción de contrato (Zanelli, 1962; citado por Fontanarrosa, 1969), o de agrupación de personas como indispensable para la génesis de una sociedad, ha

colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad. A estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho (...).”

sufrido una profunda alteración con la aceptación de la sociedad de un solo socio, ya receptada en nuestro país con las sociedades del Estado²⁸ y la escisión²⁹.

La solución es receptada en el derecho comparado: la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal en Suiza, Austria, Checoslovaquia, Lichstentein, Dinamarca, Holanda, Portugal, Bélgica y Luxemburgo, siendo lícitas en el derecho inglés para las *Public* y las *Private company* (Sola Cañizares, 1954: 14 y ss.), incluso por las directivas de la Comunidad Económica Europea. La continuidad de las sociedades devenidas de un solo socio no está en discusión (Boquera Matarredona, 1990). En Francia, se admitió la sociedad unipersonal como empresa unipersonal de responsabilidad limitada (E.U.R.L.) en la ley 85.697 del 11 de julio de 1985, completada por el decreto 86.909 del 30 de julio de 1986. Se trata básicamente de una sociedad de responsabilidad limitada de socio único, que puede resultar de la estipulación del acto constitutivo de parte de una sola persona o de la reunión en una sola mano de todas las cuotas de una S.R.L. Este socio único puede ser una persona física o persona jurídica, pero la persona jurídica que constituya una sociedad unipersonal no puede ser a su vez sociedad unipersonal. En España, la legislación admite la unipersonalidad originaria o sobrevenida, tanto respecto de las sociedades de responsabilidad limitada como de las sociedades anónimas. Además, se incorpora la directiva 89/667/CEE, que trata de satisfacer exigencias de las pequeñas y medianas empresas; no impide asimismo que se alberguen bajo la unipersonalidad iniciativas de grandes dimensiones, sirviendo así a las exigencias de cualquier clase de empresas. Se admite expresamente que la sociedad unipersonal pueda ser constituida por otra sociedad, incluso aunque la fundadora sea a su vez unipersonal (diferencia marcada con respecto a la legislación francesa), a la vez que se amplía el concepto de la unipersonalidad a los casos en que la titularidad de todas las acciones o participaciones sociales correspondan al socio y a la propia sociedad. La ley española 2/995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada viabiliza la constitución y funcionamiento de sociedades de responsabilidad limitada unipersonales, previendo el régimen de autocontrato, y para el caso que dentro de los seis meses de devenida el ente unipersonal no se hubiera inscripto en el registro mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente por las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. En Alemania, se recepta el tipo en la década de 1980, denominándola “Sociedad de Fundación Unipersonal”, con el objeto de evitar la utilización de testaferros. Italia incluyó en 1994, en su Código Civil, la sociedad de responsabilidad limitada

²⁸ Ley 20.705.

²⁹ De *lege lata* una sociedad típica, mediante una asamblea (unilateral, acto colegial complejo) una persona jurídica sociedad puede escindir su patrimonio generando una o varias sociedades más que, a su vez, pueden gestionar con un único socio.

unipersonal, constituida por un acto unilateral de voluntad (art. 2.475 y ss.). En Latinoamérica, Colombia admite la Empresa Unipersonal en la ley n° 222 del 21 de diciembre de 1995, vigente a partir del 21 de junio de 1996, mediante la cual se introdujeron reformas al Código de Comercio de ese país, en materia societaria. En sus artículos 71 a 81, crea la empresa unipersonal y la define como un tipo de organización mediante la cual una persona, natural o jurídica, que reúna las condiciones para ejercer el comercio, puede destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil. La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro de comercio, se constituye en una persona jurídica distinta de su propietario. En similar sentido, Chile³¹.

Hoy, en materia de sociedades no hay duda de la necesidad de dos o más personas, en lo que ha dado en llamarse el negocio biplurilateral de constitución de sociedad, elemento cuantitativo que se supera respecto a la unipersonalidad devenida en sociedades típicas, por las normas del art. 93 LS y Dto. 677/01, que admiten la declaración unilateral de voluntad de adquisición de la totalidad del capital social remanente, dentro del régimen de participaciones residuales (art. 28), exceptuándola, además, de la aplicabilidad del art. 94, inc. 8 LSC (art. 29). También se genera una unipersonalidad en caso de que un tercero obtenga la homologación de un acuerdo en el concurso de una sociedad (art. 48, 48 bis y ss. LCQ).

Alejando cualquier disenso, un recuerdo de Bonelli: “El contrato, es el acto creativo de la sociedad sociedad, no es la sociedad; la subjetividad jurídica es un efecto del contrato pero nada impide que el efecto sobreviva a la causa” (1912: 257).

En el debate se confunde personalidad con limitación de responsabilidad, tema afín a cierto derecho comparado pero ajeno a nuestro sistema, donde la limitación de responsabilidad no es un efecto de la personalidad jurídica sino propio de la tipología del ente personificado.

Para centrar la cuestión debemos preguntarnos: ¿personalidad en beneficio de quién? No siempre se tiene en cuenta que la operatoria de una sociedad, con su personalidad jurídica, no sólo beneficia al que constituye el nuevo ente, sino fundamentalmente a los terceros que se vinculan a la misma –en cuanto la generación de la personalidad se haya formalizado por las vías de adecuada publicidad para evitar la sorpresa de terceros (acreedores individuales de los socios que son subordinados).

³¹ Sobre el tema y el sistema societario en general en Chile véase Luis Eugenio Ubilla Grandi (2003). Sobre el tema en el derecho comparado y nacional puede verse Alejandro Augusto Castellanos (2004: 1).

Frente a un empresario que desenvuelve varias actividades, es conveniente su separación en beneficio de los acreedores, para que cada uno pueda asumir con responsabilidad el otorgamiento del crédito y asuma las consecuencias –favorables o desfavorables– del desenvolvimiento de la actividad.

La declaración unilateral de voluntad como negocio constitutivo de una sociedad permite la plurilateralidad devenida sin alterar la naturaleza del medio elegido, cualificando las relaciones internas. Es un acto unilateral de gestación de sociedad-persona, apto y abierto a una posterior relación plurilateral (devenida).

La aceptación normativa de la división patrimonial generada por una declaración unilateral de voluntad de escisión de su propio patrimonio, es la regulación de la empresa.

Justificando la sociedad de un único socio, Yadarola expresa: “El concepto inspirador de esta doctrina no es ya el clásico, diría, de la sociedad-contrato, sino –me parece– el de patrimonio-empresa; el problema se desplaza así del terreno subjetivo al patrimonio, objetivo; el substrato de la sociedad no lo constituye una colectividad de sujetos humanos sino una masa de bienes organizada en empresa económica” (1963: 349). Siguiendo un par de páginas después: “Una vez puestos en funcionamiento (...) hecha la organización de la empresa, (...) –la pluralidad de socios– queda reducido a la categoría de un elemento puramente formal, mientras que la personalidad jurídica se presenta como una realidad viva y actuante; esta organización ha superado el mero contrato y se ha convertido en sujeto de derecho” (Yadarola, 1963: 354)³².

Nos inclinamos por la recepción de la sociedad constituida por una declaración unilateral de voluntad, señalando que ello hoy existe, cual es la escisión y las decisiones hereditarias. En el actual sistema la sociedad de un solo socio (arts. 93 y 94, inc. 8 de la ley de Sociedades) permite mantener este centro de imputación diferenciada, aparentemente por un plazo perentorio, pero de ninguna manera agota ese centro que podría mantenerse indeterminadamente en beneficio de los terceros y de la propia empresa, como hemos comentado antes. Ello acaece aún ante la preceptiva literal del art. 93 LS que permitiría pensar que, vencido el plazo de tres meses, se produce una confusión patrimonial al asumir el socio único el activo y pasivo sociales. Configurada la persona jurídica, con división patrimonial, esa literalidad implica que el socio único es titular de la totalidad del remanente de liquidación, sin perjuicio de la asunción de responsabilidad que le impone la ley.

³² Reproduciendo el prólogo a la edición argentina de la obra de Roberto Goldschmidt, *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*.

Justamente la asunción de responsabilidad descarta la confusión patrimonial. Los acreedores sociales podrán hacer valer sus derechos sobre el patrimonio social, sin que puedan aducir los acreedores individuales del único socio la existencia de una masa única. La desaparición de la personalidad recién se efectiviza a través de la liquidación.

Cuando se nos encargó sugerir normas para un anteproyecto de reformas del régimen societario, con instrucciones de incluir la “sociedad unipersonal”, con Rafael Manóvil y Horacio Roitman conformamos un régimen con gran libertad para elegir el medio técnico, aunque bajo el principio general “libertad bajo responsabilidad”, del que el daño a través del uso de la técnica personificante de constituir sociedad debe reparar el daño y puede “descorrerse el velo” para llegar al titiritero.

Adoptamos una sola previsión normativa en torno a la sociedad unipersonal abarcativa de todos los tipos que no requieren dos categorías de socios: *Artículo 1º.- Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Si el tipo social prevé dos clases distintas de socios, los socios deben ser DOS (2) o más.*

Se seguía la concepción española referida. La Comisión de Reformas – Kamelmajer, Highton y Lorenzetti– receptó la norma y sus fundamentos casi literalmente, expresándose así:

2) Sociedad unipersonal.- Se recepta la sociedad de un solo socio. La idea central no es la limitación de responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa –objeto–, en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple. En esto se han seguido, con alguna innovación, los lineamientos de anteriores Proyectos de Unificación, y la línea general propiciada por la doctrina. -La Comisión consideró conveniente dejar esta norma en el ámbito societario y no incluirla como norma general en materia de personas jurídicas, como también se propuso. La razón fundamental es que se trata de un fenómeno fundamentalmente societario y no se da en las asociaciones, fundaciones u otras personas jurídicas privadas que no son sociedades comerciales. -También se ha considerado conveniente limitar la cuestión a una norma permisiva, dejando librado a la iniciativa privada el resto de los desarrollos. Por ello se ha omitido una regulación más detallada, que podría obstaculizar la utilización del instituto. Además, cabe tener en cuenta que la mayoría de los problemas que se pueden presentar, tienen solución con las reglas generales.

Luego es modificada sustancialmente por el Poder Ejecutivo, manteniendo la unipersonalidad pero acotada muy rigurosamente.

El PE introdujo inicialmente las siguientes modificaciones sobre el tema “unipersonalidad constitutiva y devenida”, con nuevas modificaciones al elevar el Proyecto definitivo al Poder Legislativo.

Señalemos el Proyecto, indicando las modificaciones realizadas *in itinere*:

Concepto Artículo 1.- Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Si el tipo social prevé dos clases distintas de socios, los socios deben ser DOS (2) o más. -La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. -La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

Contenido del instrumento constitutivo. Artículo 11.- El instrumento de constitución debe contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad:

- 1) El nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad de los socios;
- 2) La razón social o la denominación, y el domicilio de la sociedad. Si en el contrato constare solamente el domicilio, la dirección de su sede deberá inscribirse mediante petición por separado suscrita por el órgano de administración. Se tendrán por válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta;
- 3) La designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado;
- 4) El capital social, que deberá ser expresado en moneda argentina, y la mención del aporte de cada socio. En el caso de las sociedades unipersonales, el capital deberá ser integrado totalmente en el acto constitutivo;
- 5) El plazo de duración, que debe ser determinado;
- 6) La organización de la administración de su fiscalización y de las reuniones de socios;
- 7) Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción de los aportes. Si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa;
- 8) Las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros;
- 9) Las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad.

Principio general. Artículo 16.- La nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, excepto que la participación o la prestación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias o que se trate de socio único. -Si se trata de sociedad en comandita simple o por acciones, o de sociedad de capital e industria, el vicio de la voluntad del único socio de una de las categorías de socios hace anulable el contrato.

Exclusión en sociedad de dos socios. Artículo 93.- En las sociedades de dos socios procede la exclusión de uno de ellos cuando hubiere justa causa, con los efectos del artículo 92; el socio inocente asume el activo y pasivo sociales, sin perjuicio de la aplicación del artículo 94 bis.

Reducción a uno del número de socios. Artículo 94 bis.- La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima, si no se decidiera otra solución en el término de TRES (3) meses.

[*Nota del autor:* en la primer modificación el PE había indicado “en sociedad de responsabilidad limitada, si no se...”. La modificación es congruente pero deja todavía espacios en blanco, a los que nos referiremos].

Denominación. Artículo 164.- La denominación social puede incluir el nombre de una o más personas de existencia visible y debe contener la expresión “sociedad anónima”, su abreviatura a la sigla S.A. En caso de sociedad anónima unipersonal deberá contener la expresión “sociedad anónima unipersonal” o su abreviatura a la sigla S.A.U.

Son nuevos y no habían sido introducidos en la primer modificación del PE, resultando una superfetación atento a lo dispuesto en el art. 11 inc. 4, los siguientes artículos anexados:

Art. 186: 3) El precio de cada acción y del total suscrito; la forma y las condiciones de pago. En las Sociedades Anónimas Unipersonales el capital debe integrarse totalmente.

Art. 187: La integración en dinero efectivo no podrá ser menor al VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de la suscripción: su cumplien-

to se justificará al tiempo de ordenarse la inscripción con el comprobante de su depósito en un banco oficial, cumplido la cual, quedará liberado. En la Sociedad Anónima Unipersonal el capital social deberá estar totalmente integrado. *Aportes no dinerarios*. Los aportes no dinerarios deberán integrarse totalmente. Sólo pueden consistir en obligaciones de dar y su cumplimiento se justificará al tiempo de solicitar la conformidad del art. 167.

Fiscalización estatal permanente. Artículo 299.- Las sociedades anónimas, además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos:

1º) Hagan oferta pública de sus acciones o debentures; 2º) Tengan capital social superior a pesos argentinos quinientos (\$a 500), monto éste que podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario; 3º) Sean de economía mixta o se encuentren comprendidas en la Sección VI; 4º) Realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros; 5º) Exploten concesiones o servicios públicos; 6º) Se trate de sociedad controlante de o controlada por otra sujeta a fiscalización, conforme a uno de los incisos anteriores. 7) Se trate de Sociedades Anónimas Unipersonales.

* Sigamos con reflexiones en torno a la aplicación de los arts. 94.8 y 299 LS.

El art. 94.8 LS que prevé la situación de la sociedad devenida de un solo socio, de cualquiera de los tipos sociales e inicialmente de dos o más constituyentes, es eliminado, y el art. 94 bis LGS fija como regla general: “La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución”, con absoluta congruencia de lo dispuesto en el art. 93 modificado.

Inmediatamente después –el mismo art. 94 bis LGS– dispone una solución sólo para tres tipos societarios, “imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima, si no se decidiera otra solución en el término de TRES (3) meses”.

O sea que la imposición de la transformación *ex lege* a los tres meses –si antes no se hubiera adoptado otra solución–, se refiere solamente a los tipos sociales que exigen dos categorías de socios (comandita simple o por acciones, y capital e industria).

Si se tratare de anónima aparentemente no existiría problema, salvo la necesidad de la aclaración en el nombre y de la integración del capital –conforme al otro requisito que referiremos en el párrafo siguiente.

Pero nada expresa sobre la sociedad comercial o de responsabilidad limitada, por lo que consideramos que en esas sociedades no existirá problemas en su continuidad como tales; quizá la última en la situación prevista por la Sección IV.

Esta interpretación parece adecuada dentro de la libertad bajo responsabilidad que venimos sustentando, y los principios que motivaron nuestra primera solución normativa para enfrentar la reforma.

Un tema a debatir, y para el caso que se receptó el Proyecto: ¿Qué dice sobre el plazo de tres meses para reordenar la bilateralidad necesaria que señala la ley? Si se recompusiera fuera de ese plazo ¿el juez no debería registrarlo? Parece una conclusión excesivamente rigurosa. No existe una prohibición en tal sentido y debe estarse al presupuesto del art. 100 LS. La responsabilidad que mantiene el único socio hasta la inscripción de la incorporación del nuevo socio, unida a la responsabilidad del administrador por la actuación posterior a los tres meses, conforme dispone el art. 99 LS, son previsiones suficientes en resguardo de terceros, que no imponen de ninguna manera la conclusión de rechazar el pedido de inscripción de la incorporación posterior.

No se nos ocurre que un juez pueda decidir, en estos supuestos, decretar de oficio la liquidación de una sociedad devenida unipersonal exitosa, con numerosos empleados. Ese plazo tiende a preservar la separación patrimonial, impidiendo que un tercero interesado intente la disolución de la sociedad devenida de un solo socio. Durante ese término no puede promoverse ninguna acción tendiente a la disolución de la sociedad. Se protege la autonomía de la voluntad del socio único. En relación a la causal de disolución, debe entenderse que cesa con la incorporación de nuevos socios, considerándose ello desde la notificación a la sociedad. La responsabilidad del socio único se mantiene hasta la inscripción de la incorporación del nuevo socio. No parece que exista un plazo de caducidad para la incorporación de un nuevo socio, pues la personalidad jurídica subsiste hasta que la sociedad no ha cancelado todas sus relaciones patrimoniales.

Sostenemos que existe una limitación en la legitimación para requerir la disolución de la sociedad, que podrían ser los ex socios de los que no se inscribió el retiro o los acreedores individuales del único socio para proteger su patrimonio personal del único socio por la futura agresión de los acreedores sociales. Además de la autoridad de aplicación en la sociedad incluida en el art. 299 LS (Richard, 1992, p. 273-281).

El art. 299 sobre Fiscalización estatal permanente y su aplicación a las Sociedades Anónimas Unipersonales agrega nuevos requisitos para las mismas:

1º. La aplicación de la previsión del art. 284 segundo párrafo respecto a la sindicatura. “Cuando la sociedad estuviera comprendida en el art. 299 –excepto su

inc. 2º– la sindicatura debe ser colegiada en número de tres”. O sea que una sociedad anónima unipersonal a cuya asamblea concurrirá un único socio, que podría ser también su presidente, deberá contar con una sindicatura integrada por tres profesionales (no se soluciona con la inclusión de una “sociedad con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por estos profesionales”). Deberán ser tres personas humanas o jurídicas.

2º. A su vez, la SAU requerirá la organización de un directorio plural, con “por lo menos tres directores” (art. 255 primer párrafo *in fine* LS).

Menudos temas. El único socio deberá ser acompañado por lo menos por dos administradores más, y controlado por una sindicatura plural. Por eso pensamos que este subtipo societario será la técnica instrumental de sociedades filiales de una sociedad de cierta envergadura (constituida en el país o en el extranjero), para generar una suerte de sucursales nacionales o provinciales.

Ante la discusión dogmática, la decisión de política legislativa fue compleja. Ello resulta del relato³³. La separación patrimonial debe entenderse en beneficio de terceros acreedores de la actividad societaria. Cuando existe perjuicio a terceros fluye casi inmediata la responsabilidad del socio único.

En relación a ello, y otros daños generados por medio de sociedades, confiamos en que la doctrina se consolide en alentar las sanciones contra el uso desviado de ese instrumento de organización empresaria que es la sociedad-persona, y que los tribunales desalienten el continuo abuso, evidenciado particularmente en los procedimientos concursales de cualquier tipo de sociedades.

Todos temas para meditar.

* Otro tema es *la supuesta personalidad de los contratos de unión transitoria de empresa y de colaboración empresaria*.

Se reafirma en la nueva norma que no son sujetos de derecho, y que ello no ha acaecido por disposiciones impositivas anteriores, pues no son titulares de deuda, sino que se genera una responsabilidad por las deudas de los partícipes, como en otros muchos supuestos en el derecho argentino (responsabilidad por deuda ajena).

Cierta doctrina aún insiste en sostener que los contratos de colaboración empresaria constituyen en nuestro país sujetos de derecho (Richard, 1996: 257), queriendo encontrar una base ontológica al reconocimiento de personalidad que, a

³³ Se corresponde a lo que formalizamos en las recientes XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, Rosario, junio 2012: “Notas sobre la sociedad constituida por un único socio”, publicado en www.acaderc.org.ar.

nuestro entender, es una mera técnica jurídica otorgable a supuestos en que se configura un centro de imputación (otra técnica puede ser la patrimonialización).

Ampliamos lo expuesto en la reunión del 18 de octubre de 2012.

No altera la no personificación la existencia de un fondo común operativo, verdadero patrimonio, ni de la denominación y domicilio del contrato de colaboración empresaria, que facilita la individualización y la imputación de los actos de los representantes convencionales frente a la expresa declaración de la ley: no es sujeto de derecho. No existe una representación orgánica, colegial o social, sino de carácter convencional, aunque la ley exija se otorgue.

El problema se vincula a la posibilidad de extensión de la quiebra conforme el art. 160 LQ n° 24.522; si existe sociedad y solidaridad la quiebra se extiende, si existe comunidad y no existe solidaridad, la quiebra no se extiende, sin perjuicio de las acciones de rendición de cuentas o de ajustes de cuentas que pueda ejercitar el síndico contra los partícipes o comuneros.

Se apunta al criterio de la Administración Federal de Ingresos Públicos (ex DGI) y las normas tributarias que consideran sujeto tributario a los contratos de Agrupamiento de Colaboración (AC) o de Unión Transitoria de Empresas (UTE). Entendemos que ello es en virtud del principio de la realidad económica: si actúan como sujeto de derecho deben tributar.

Bajo ese parámetro, el representante de un contrato de Agrupamiento de Colaboración que adquieran bienes a nombre del “contrato” y no de los partícipes en condominio funcional, como señala la ley, o que aplican esos bienes a realizar actos a favor de terceros, están actuando como “sociedad atípica” y, como tal, sociedad devenida de hecho (Richard, 1996: 257).

Igualmente, si la UTE a través de la actuación del representante de los partícipes, o por los propios partícipes, compra bienes al nombre de fantasía de la UTE o factura al comitente sin dividir las participaciones de los partícipes de quienes es representante, y no de la UTE como sujeto, estará actuando como sociedad y se correrá el riesgo de ello.

Así aceptada la condición de sujeto de derecho ante la AFIP, se confiesa la desnaturalización del contrato y haber actuado como sociedad atípica o de hecho, con todas las consecuencias de la inoponibilidad del contrato entre las partes, acción de liquidación o regularización únicamente, etcétera, que configuran consecuencias disvaliosas de un obrar no ajustado a derecho.

La personalidad es un recurso técnico que debe resultar exclusivamente de la ley y no de la interpretación judicial, bajo el riesgo de generar inseguridad jurídica, lo que en materia negocial desfavorece las inversiones.

* Cerramos con algunas *meditaciones* que resultaron de las preguntas e intervenciones del 18 de octubre, remarcando algunas ideas, particularmente sobre el “bien jurídico tutelado por la escisión patrimonial personificante”.

¿Para qué el derecho reconoce la personalidad? ¿Cuál es el objetivo o bien jurídico tutelado por la ley de Sociedades? Para ciertas relaciones de organización: seguridad jurídica, unificando las relaciones jurídicas, sin afectar derechos de terceros, o sea: un fin eminentemente jurídico, un medio para el funcionalismo.

Esa separación patrimonial, que importa constituir un centro imputativo de derechos y obligaciones, con posibilidad de autogestión, o personalidad, no sólo tiene una razón funcional permitiendo el negocio pensado conforme la causa del mismo –objeto social–, resguardando así la separación patrimonial y la gestión funcional, sino que ésta persiste a cualquier evento en beneficio de los terceros que contrataron en razón de o con ese nuevo centro, imponiendo la disolución del mismo o trámites de reorganización similares que resguardan también a esos terceros.

Por este medio se está tutelando no la limitación de responsabilidad de los socios, sino los intereses de quienes se vinculan con el centro referido en razón de la funcionalidad o finalidad del negocio, actividad o empresa que explota. Así se permite la segmentación en varias empresas conforme los establecimientos y organizaciones que tengan, pero no puede dividirse la empresa que debe identificarse con la finalidad organizativa.

Esa necesidad de afectar determinados bienes al desenvolvimiento de una actividad determinada (finalidad u objeto), por constituir una unidad económica-funcional para su cumplimiento y –al mismo tiempo– afectar esos bienes y los derechos que se adquieran con la actividad a la garantía de los acreedores nacidos de las relaciones generadas por esa actividad contractual o extracontractualmente, se justifica en el “interés” en cumplir ese objeto y en garantizar a los terceros que se vincularon por tal actividad, generando un centro de imputación (persona o preferencias). Este es el bien jurídico que fundamenta la personalidad jurídica, imponiendo un PATRIMONIO CONSTITUTIVO, pues si bien se pone el énfasis en la separación de los patrimonios entre la persona jurídica y de las otras personas físicas o jurídicas que la generan, donde se hace prolija la regulación normativa – en todas las legislaciones– es para asegurar el ingreso de los aportes al patrimonio de la sociedad y resguardar los derechos de los terceros que se han vinculado a la realidad funcional empresaria, o sea al nuevo centro de imputación diferenciada, incluso en referencia a la sociedad en formación³⁴.

³⁴ El tema se encuentra superado dentro del derecho argentino, particularmente después de la reforma del año 1983. Véase Efraín H. Richard (1982: 103-106); José Domingo Ray en “Empresa Jurídica y realidad económica”, presentado en V Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho, Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba tomo XXV, págs. 65 a 67 en torno al “buque”; Jaime L. Anaya (1988) y Ricardo A. Nissen (1989: 253). No obstante aparecería con una posición negativista de la personalidad de las sociedades en formación, anticipamos que – a nuestro entender– la Corte afirma el recurso técnico de la personalidad en beneficio de terceros (Considerando 8 del fallo indicado).

Ese patrimonio constitutivo o capital social resulta fundamental en la organización de un sistema de asunción de crisis de bajo coste y seguridad de tráfico en el mercado. Es la base de un derecho concursal moderno, y la previsión del art. 100 en LGS. La constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y a los socios (art. 99 LSA). Esto se integra a la llamada responsabilidad social empresaria, y el apartamiento aparece hoy como una violación al orden público, si se constata que la sociedad ha continuado su giro contaminando al mercado, perjudicando a los acreedores posteriores, comprometiendo la conservación de la empresa y el empleo. En tal supuesto, el intento de homologación de un acuerdo de quita implica un abuso de derecho para no asumir sus obligaciones los socios y enriquecerlos, con empobrecimiento de los acreedores y la posibilidad de un fraude a la ley de sociedades³⁵.

Se podría aceptar la quita frente a un empresario individual, pero muy difícilmente ante el concurso de una sociedad, en esta nueva visión que parece introducirse en el derecho patrimonial negocial. Es la idea de empresa, donde lo que importa es su continuidad y no quiénes sean sus titulares³⁶.

* Ante la pregunta que se me formuló sobre la unipersonalidad que resultaría de la aplicación del art. 48 de resultar aprobada la propuesta de la cooperativa de trabajo (Richard, 2011, p: 71), Halperin, refiriéndose a la eficacia ex ante, expresa que

La legislación francesa que responsabiliza al director por el pasivo social, ha sido criticada porque podrá ser eficaz en la pequeña y mediana sociedad, pero no en la gran sociedad, en la que el director generalmente tiene un patrimonio relativamente pequeño en proporción a la importancia del pasivo social. La crítica es exacta si se analiza desde el punto de vista del fin reparatorio total, pero tanto la indemnización que se traduce en el empobrecimiento del director

³⁵ Véase en VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y en VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán, septiembre de 2012, nuestro trabajo “Nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. El abuso y el fraude”, con Juan Carlos Veiga, tomo 1, pág. 367 de la publicación del Congreso.

³⁶ Conforme las ponencias conjuntas con los profesores Dr. Juan Carlos Veiga y Cr. Jorge Fernando Fushimi, que pueden verse en www.acaderc.org. También publicadas en los libros del Congreso citado en la referencia anterior.

como las consecuencias personales (art. 264 LS), satisfacen la función preventiva perseguida por la ley (Halperin, 1974: 466).

Los medios de tutela no deben ser buscados solamente en la ley concursal, sino en la prevención interna societaria. La cuestión debe ser resuelta en forma práctica y sencilla, advirtiendo que los mayores daños resultan no de la presentación del deudor persona individual sino de la insolvencia societaria.

La sociedad no ya como una institución social (es una institución jurídica) que pueda hacer pensar en la “empresa inmortal”, sino en el aseguramiento de su funcionalidad normativa y estructural: las obligaciones o deberes fiduciarios de los administradores societarios. La doctrina actual tiene en claro que “el saneamiento y recuperación empresarial será por sí un objetivo que haya que actuar contra las fuerzas del mercado” (Stoll y Moraht, 1993: 1111 y ss.).

Las preocupaciones deben centrarse, frente a las crisis de los mercados financieros, en la estimulación de las inversiones privadas productivas, y en desestimular el capitalismo especulativo³⁷.

Bibliografía

- ANAYA, Jaime L. (1988), “Sociedad en formación y personalidad jurídica”. Comentario al fallo de la Corte Suprema del 26 de abril de 1988 en *Telecor S.A. c/Provincia de Catamarca*. En *Revista El Derecho diario*, 30 de agosto.
- BACIGALUP VERTIZ, Mario G. (2012), “En torno a la naturaleza jurídica de los contratos de colaboración empresarial”. En *SUMMA CONCURSAL*, tomo IV, Buenos Aires: Abeledo Perrot. Reproduciendo JA 1986-III-781.
- BONELLI (1912), “A propósito de la sociedad con un solo socio”. En *Rivista di Diritto. Commerciali e del Dirirro. Generale delle obbligazioni*.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina (1990), *La concentración de acciones en un solo socio en las sociedades anónimas*. Madrid: Ed. Tecnos.
- BUTLER, H. (1993), “La teoría contractual de la S.A.”. En R.D.C.O. N° 151/3, junio.

³⁷ Véanse nuestras ponencias en Jornadas de Derecho Bancario, Buenos Aires, 2012, que pueden consultarse en www.acaderc.org.ar, destacando sobre el tema: “La crisis financiera global y las respuestas del derecho (y sobre los paraísos fiscales)”; “La actividad financiera ilícita (indirect doing business)”; “Sobre responsabilidad de intermediarios y ‘financial advisors’ (la especulación financiera)”; “Sobre acreedores profesionales (con algo de ‘leveragge buy out’ y financiamiento post crisis)” y “Aportaciones en torno a financiamiento productivo (*venture capital*)”.

- CASTELLANOS, Alejandro Augusto (2004), “La pluralidad de socios como presupuesto de la personalidad societaria”. ED, 26 de noviembre.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel (1994), “Aportes para la jusfilosofía de la empresa”. En *Derecho y Empresa*, tomos 1-2. Publicación del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral, Rosario.
- EMBID IRUJO, José Miguel (2003), “El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades”. En *Revista de Derecho Mercantil*, n° 249, julio-septiembre. Madrid.
- ESPER, Mariano (2006), “Las uniones transitorias de empresas como sujeto pasivo de obligaciones tributarias. Una cuestión espinosa”. En *SUMMA SOCIETARIA*, tomo IV. Reproduciendo RDCO 2006-B-473.
- FERNÁNDEZ de la GÁNDARA, Luis (1977), *La atipicidad en derecho de sociedades*. Zaragoza: Ed. Pórtico.
- FONTANARROSA, Roberto (1969), *Derecho Comercial Argentino*. Tomo II. Buenos Aires: Zavallá.
- GALGANO, Francesco (2000), *Diritto commerciale: Le società. Edizione 2000/2001*. Bologna: Zanichelli.
- GHERSI, Carlos A. (1994), *Contratos civiles y comerciales*. Tomos 1 y 2. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- HALPERIN, Isaac (1970), “El régimen de nulidad”. En R.D.C.O.
- (1974), *Sociedades anónimas. Examen crítico del dto. ley 19550*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (1995), *Las normas fundamentales del derecho privado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- (1998), “Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad”. En *Revista de Derecho Privado y Comunitario* n° 17, *Responsabilidad Contractual I*.
- (2004), *Tratado de los contratos. Parte General*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (1993), “Contratos de colaboración empresaria”. En *Revista de Derecho Privado y Comunitario* n° 3, *Contratos modernos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- NISSEN, Ricardo A. (1989), “Sociedades en formación. Personalidad jurídica. Oponibilidad del contrato y funcionamiento de sus órganos”. En *Doctrina societaria y concursal*, tomo I, actualización del 17.3.89. Errepar.
- OTAEGUI, Julio César (2012), “De los contratos de colaboración empresaria”. En *SUMMA SOCIETARIA*, reproduciendo RDCO 1983-861.

- PERRINE, Marée (1985), *Nouveaux Developpements de la responsabilite du fait des produits en Droit Americain*. París: Ed. Económica.
- RICHARD, Soledad (2012), “El régimen de las sociedades no regulares en el proyecto de reformas”. En *Doctrina Societaria y Concursal*, Suplemento especial *Proyecto de reforma delos Códigos Civil y Colmercial*. Buenos Aires: Ed. Errepar.
- RICHARD, Efraín Hugo (1982), “Patrimonio y capital social”. En *Derecho y principios societarios*, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.
- (1986_a), “La conservación de la empresa”. En *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, tomo XXV, Córdoba.
- (1986_b), “El posible futuro del derecho comercial”. En *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, tomo XXIV. Córdoba.
- (1992_a), “Sociedad con actividad no autorizada y actividad ilícita”. En Richard, E. H. (dir.), *Anomalías Societarias*. Primera edición. Córdoba: Editorial Advocatus.
- (1992_b), “En torno a la sociedad unipersonal”. En *Derecho Societario y de la Empresa*, tomo I, Córdoba.
- (1993), “Negocio en común en la Unificación del Derecho Privado: los Contratos de Participación y las Sociedades”. En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, nueva serie, nº 1, vol. I.
- (1994_a), “El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario”. En *Estudios en homenaje a Pedro Frías*, tomo II. Córdoba.
- (1994_b), “Persona y empresa”. En *Derecho y Empresa*, en homenaje a Alberto J. Bueres. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- (1994_c), *Organización Asociativa*. Buenos Aires: Zavalía.
- (1996), “Representación y relaciones de colaboración exorbitadas”. En *Contratos de Colaboración y Sociedades*. Córdoba: Ed. Advocatus.
- (1997), “Derecho de la organización y establecimiento empresarial (propuesta para un trabajo colectivo)”. En Richard, E. H. y Blanco, Agustín Justo (directores), *Empresa y Mercosur. Integración, Sociedades y Concursos*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- (1998), “La autonomía de la voluntad en Materia societaria. Aspectos generales y situaciones especiales”. En III Jornadas Uruguayas de Derecho Privado Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro. Montevideo, 13-16 de mayo. Montevideo: Ed. Asociación de Escribanos del Uruguay.

- (1999), “En torno a la nulidad absoluta de sociedades y el sistema jurídico de las relaciones de organización”. En *Revista Cuadernos de Derecho*, n° 14 Axpilcueta, 13, 1-242, Fonodis.
- (2000_a), “Contratos de colaboración en los tiempos de Vélez Sarsfield”. En *Libro Homenaje a Vélez Sarsfield*, tomo IV, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba: El Copista Editorial.
- (2000_b), *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba: Editorial Advocatus. Segunda edición 2002.
- (2001), “Meditaciones para una investigación: ¿es eficiente el sistema concursal? La insolvencia empresarial dentro de las relaciones de organización”. En *Anuario V del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba: El Copista.
- (2003), “Sociedad en insolvencia y actividad ilícita”. En *Doctrina Societaria y Concursal* n° 185, tomo XV, abril, Buenos Aires.
- (2005), “Sociedad de hecho o accidental. En torno al concepto de sociedad en relación a tres fallos”. En RDCO 2005-B-846, reproducido en *SUMMA SOCIETARIA* (2012).
- (2007), *Relaciones de Organización. Sistema de contratos de colaboración*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba: Editorial Advocatus.
- (2010), “Sobre la personalidad jurídica de las sociedad”. Publicación previa al XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo I. Edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 7 de octubre. También en *Microjuris eMercantil*, 3 de diciembre, Doctrina/Richard, Efraín H./MJ-DOC-4956-AR/MJD 4954.
- (2011_a), “Sobre personería jurídica”. En *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 22 de junio. JA 2011-II-3.
- (2011_b), “Ideario del sistema concursal en la reforma por ley 26.684”. En Foro de Córdoba, octubre, n° 149.
- (2012_a), “Sobre nulidad de resolución asamblearia”. En *Derecho Societario y Concursal - Tendencias jurisprudenciales*. Buenos Aires: Ed. Legis.
- (2012_b), “La empresa, su organización y crisis”. En *Derecho financiero y concursal*, libro homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández, vol. III. Caracas, Venezuela: Ed. Universidad Andrés Bello.
- y MUIÑO, Orlando (2007), *Derecho Societario*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

- (2012), “¿Qué es sociedad y qué es contrato de colaboración en el anteproyecto? En torno al cambio estructural propuesto por la reforma en curso”. En *SUMMA SOCIETARIA* (2012), tomo IV, reproduciendo JA 2004-III-1088.
- SEGAL, Rubén y ELKIN, Natán (2012), “Los instrumentos jurídicos de colaboración empesaria en el derecho argentino”. En *SUMMA SOCIETARIA* (2012), reproduciendo RDCO 1985-149.
- SOLA CAÑIZARES, Felipe (1954), *El contrato de participación en el derecho español y el derecho comparado*. Madrid: Editorial de Revista de Derecho Privado.
- STOLL, H. y MORAHT, J. (1993), “La insolvencia del Derecho privado Alemán en los años 1990-1991”. En *Revista de Derecho Privado*.
- UBILLA GRANDI, Luis Eugenio (2003), *De las Sociedades y la EIRL. Requisitos, nulidad y saneamiento*. Chile: Ed. Lexis Nexis, diciembre.
- YADAROLA, Mauricio (1963), “Sociedades Comerciales”. En Libro Homenaje a Yadarola, tomo II. Reproduciendo el prólogo a la edición argentina de la obra de Roberto Goldschmidt *Problemas jurídicos de la sociedad anónima*.
- ZANELLI, Enrico (1962), *La nozione di oggetto sociale*, Milano.

ANEXO INFORMATIVO

PROGRAMA DEL CICLO EL DERECHO EN DEBATE CUESTIONES JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS

SESIONES DE DISCUSIÓN, AÑO 2011

- 18 de agosto: **Rebelión fiscal: sí o no**
Panelistas: Eduardo Arroyo, Hugo Seleme.
- 25 de agosto: **Neopunitivismo y Contrapunitivismo: perspectiva histórica y moral**
Panelistas: Gabriel Pérez Barberá, Alejandro Agüero.
- 28 de septiembre: **Tratamiento carcelario: nuevo paradigma constitucional, corporaciones, agencias y prácticas. Un debate necesario**
Panelistas: María Garay, Consuelo Beltrán, Eduardo Valdés, Alejandro Carballo.
- 13 de octubre: **Subrogación materna: una mirada desde el derecho interno. Los efectos en el ámbito internacional**
Panelistas: Adriana Dreyzin de Klor, Silvana M. Chiapero.
- 20 de octubre: **A 20 años de la sanción del Código Procesal Penal: reflexiones sobre fortalezas y debilidades en su aplicación. Proyectos de Reforma**
Panelistas: José I. Cafferata Nores, Víctor M. Vélez, Jorge R. Montero, María Cristina Barberá de Risso, M. Susana Frascaroli, Maximiliano Hairabedián, Carlos F. Ferrer, Inés Lucero, Eugenio Pérez Moreno, Roberto I. Cornejo, María de los Milagros Gorgas, Daniel Ferrer Vieyra, Patricia Soria, Carolina Mauri, Ivana Rossi, Daniela Bianciotti, Berenice Olmedo.

- 27 de octubre: **Nuevos paradigmas en la persecución penal: criterios de oportunidad**
Panelistas: Carlos Lascano, Luis María Bonetto, Norberto Daniel Barmat, Gustavo Vivas Usher.
- 10 de noviembre: **Derechos y pobreza**
Panelistas: Andrés Rossetti, Magdalena Alvarez, Horacio Etchichury, Claudio Guñazú.
- 17 de noviembre: **Reformas del Estado y reforma política: análisis y reflexiones**
Panelistas: Consuelo Parmigiani de Barbará, Jorge Barbará, Guillermo Barrera Buteler, José M. Pérez Corti.

SESIONES DE DISCUSIÓN, AÑO 2012

- 23 de agosto: **Reformas legislativas en el sistema jurídico: interrogantes y perspectivas**
Panelistas: Antonio María Hernández (h.), Daniel Pizarro, José Milton Peralta, Horacio Etchichury.
- 30 de agosto: **Autonomía de la voluntad, libertad de elección, respeto por las diferencias, cambios en la visión socio-antropológica de lo jurídico**
Panelistas: Jorge Edmundo Barbará, Carlos Lista, Cristina Plovovich, Paola Bergallo.
- 27 de septiembre: **Nuevas dimensiones en el Derecho de Familia**
Panelistas: Dora Celton, Gabriel Tavip, María Virginia Bertoldi de Fourcade.
- 4 de octubre: **Discusiones en torno a la maternidad subrogada**
Panelistas: Adriana Dreyzin, Adriana Zavatti de Rougier, Hugo Seleme.
- 11 de octubre: **Incidencia de los cambios propuestos en el actual Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en el Derecho Penal**
Panelista: Laura Cantore.
- 18 de octubre: **Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, sentido y alcance de los cambios para el sistema jurídico argentino**
Panelistas: Juan Carlos Palmero, Efraín Hugo Richard.

- 5 de octubre: **Transformaciones de perspectiva jurídicas en el ámbito contractual**
Panelistas: Francisco Junyent Bas, María Cristina Mercado de Sala.
- 8 de noviembre: **Derecho Público y perspectiva política frente al nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**
Panelistas: Eduardo Arroyo, Jorge Augusto Barbará.
- 15 de noviembre: **Innovaciones organizacionales y funcionales en el ámbito del Estado nacional y provincial: necesidades y perspectivas**
Panelistas: Armando Segundo Andruet (h), Enrique Liberati, Diego La Serna.

Miembros del Programa

DIRECTORAS

Dra. Myriam Consuelo Parmigiani

Dra. Eugenia Gómez del Río

Mgter. María Isabel Yaya

COORDINADORAS ACADÉMICAS

Ab. Adriana Zavatti de Rougier

Mgter. Silvana Begala

ASISTENCIA TÉCNICA Y COMUNICACIONAL

Ab. Ana Lucía Romano

Lic. Damián Peranovich

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de Agosto de 2013

