

# PENSAR EN DERECHO

 *Ceudeba*



FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

## PENSAR EN **DERECHO**

### **Comité editorial**

Juan Pablo Alonso  
Gabriela Antonelli Michudis  
Lucas E. Barreiros  
Mariano H. Borinsky  
Emiliano J. Buis  
Marisa Herrera  
Luciana Beatriz Scotti

### **Coordinación de la revista**

Bárbara Weinschelbaum

---



Eudeba  
Universidad de Buenos Aires

1º edición: septiembre de 2012

© 2012 Eudeba  
Editorial Universitaria de Buenos Aires  
Sociedad de Economía Mixta  
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires  
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202  
www.eudeba.com.ar

Diagramación: *Alessandrini & Salzman*  
Diseño de tapa: *Andrés Sarchman*

Impreso en la Argentina  
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0186



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

**Decana:** *Dra. Mónica Pinto*

**Vicedecano:** *Dr. Alberto J. Bueres*

---

**Consejo Directivo**

**Claustro de profesores**

*Consejeros titulares*

Prof. Atilio A. Alterini  
Prof. Beatriz S. Krom  
Prof. Jorge L. Kielmanovich  
Prof. Mario E. Ackerman  
Prof. Marcelo Gebhardt  
Prof. Mary A. Beloff  
Prof. Luis M. Genovesi  
Prof. Darío F. Richarte

*Consejeros suplentes*

Prof. Alberto Bueres  
Prof. Enrique Zuleta Puceiro  
Prof. Esteban Centanaro  
Prof. Alfredo E. Soto  
Prof. Diego E. Chami  
Prof. Eduardo Barbarosch  
Prof. Marcelo E. Haissiner  
Prof. Jorge Berbere Delgado

**Claustro de graduados**

*Consejeros titulares*

Ab. Leandro Ernesto Halperin  
Ab. Marialma Gabriela Berrino  
Ab. Pablo Andrés Yannibelli  
Ab. Sebastián Alejandro Rey

*Consejeros suplentes*

Ab. Sergio Javier Gargiulo  
Ab. Marcela A. Hernández  
Ab. Aldo Claudio Gallotti  
Ab. Lisandro Mariano Teszkiewicz

**Claustro de estudiantes**

*Consejeros titulares*

Tomás González Vera  
Luciana Gallardo  
Lucas Lagos  
Julián Hofele

*Consejeros suplentes*

Diego Cortese  
Leandro Mutchinick  
Carlos Plaza  
Camilo Alejandro López

---

**Secretarios**

Secretaria Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*  
Secretario de Hacienda y Administración General: *Mag. Alejandro Gómez*  
Secretario de Investigación: *Dr. Marcelo Alegre*  
Secretario de Extensión Universitaria: *Ab. Carlos A. Bedini*

**Subsecretarios**

Subsecretario Académico: *Ab. Sergio Brodsky*  
Subsecretaria de Relaciones Internacionales e Institucionales: *Mag. Isabel Sábato*  
Subsecretario de Vinculación Ciudadana: *Ab. Nicolás de La Cruz García*



# Índice

Presentación .....	9
<i>Mónica Pinto</i>	
Ensayo sobre la necesidad de consistencia pedagógica en el derecho argentino .....	11
<i>Martín Böhmer</i>	
Necesidad y procedimiento de la reforma legal.....	23
<i>Roberto Gargarella</i>	
La recodificación penal en marcha. ....	37
<i>Daniel R. Pastor</i>	
A propósito de la reforma al Código Civil .....	57
<i>Marcelo Alegre</i>	
El impacto del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia.....	69
<i>Nelly Minyersky</i>	
Hechos y actos (o negocios) jurídicos .....	117
<i>Alberto J. Bueres</i>	
Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial .....	145
<i>Julio César Rivera</i>	
Los criterios que inspiran los contratos modernos en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación .....	163
<i>Alfredo L. Rovira</i>	
Globalización y derecho.....	187
<i>Héctor Alegría</i>	

El acceso a la vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	265
<i>Daniel A. Sabsay</i>	
La interrupción voluntaria del embarazo y el derecho penal .....	283
<i>Luis Fernando Niño</i>	
Violación, aborto y las palabras de la ley .....	301
<i>Juan Pablo Alonso</i>	
El aborto no punible en la Argentina .....	331
<i>Renato Rabbi-Baldi Cabanillas</i>	
El ejercicio de la función judicial internacional. Reseña de Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por Antônio Augusto Cançado Trindade Del Rey.....	379
<i>Diego P. Fernández Arroyo</i>	
Los autores.....	387
El Comité Editorial .....	393

# Presentación

En 1956, Ignacio Winizky lanzaba *Lecciones y Ensayos* desde el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales –como se denominaba en la época–, de la Universidad de Buenos Aires. Su formato era novedoso. Estaba dirigida por los mejores estudiantes de la Facultad e incorporaba ensayos escritos por alumnos. En su primer número, las novedades daban cuenta de la ratificación argentina de los Convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Internacional Humanitario, de los Tratados de Montevideo de Derecho Privado de 1940, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Carta de la OEA de 1948, entre otros instrumentos.

*La Revista Jurídica de Buenos Aires* fue la publicación siguiente. A los artículos de los civilistas Eduardo B. Busso y Héctor Lafaille continuaba un trabajo de René Cassin, el autor del proyecto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su original francés y con la traducción en español. La Declaración había sido adoptada el 10 de diciembre de 1948 en el Palais Chaillot, en París, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En 1968 René Cassin sería Premio Nobel de la Paz.

En 2003 aparece *Academia*, la revista sobre enseñanza del derecho como espacio de debate y reflexión sobre la didáctica en materia jurídica, sus fines, la sociedad que se define a partir de un modo de enseñanza del derecho y como foco convocante del tema en su área, en el país y en la región.

Hoy, a casi diez años, lanzamos *Pensar en Derecho*, una publicación en la que los profesores y docentes de la Facultad expresarán por escrito su actividad principal en la casa, la de pensar y enseñar a pensar en derecho. Preservando el patrimonio adquirido y el que nos legaron, esta nueva publicación se ocupará de reflexionar críticamente sobre los temas del derecho que la urgencia, la necesidad o la simple decisión política han puesto en el primer plano de las sentencias de los tribunales, de la consideración de los parlamentos, de la preocupación de los ciudadanos. Conservando el criterio plural de las publicaciones de la Facultad, *Pensar en Derecho* también se ocupará del contexto en que esos temas adquieren notoriedad. Sumará comentarios y también la palabra de quienes han sido ejemplo de conductas a seguir, de ser inspiradores de buenos juristas, de quienes han demostrado

un compromiso con valores éticos en lo profesional y en lo personal, de los que han contribuido a que esta casa tenga la fisonomía actual y que nosotros hayamos podido crecer. Nuestra tarea como profesores consiste en iniciar y en entrenar a los estudiantes en el arte de pensar en derecho.

Los límites de lo jurídico se han expandido porque las conductas humanas han encontrado nuevas formas de expresión, porque –en general– después de la Segunda Guerra Mundial los órdenes jurídicos han adoptado mayores y mejores criterios de consagración de la libertad y la dignidad de las personas. También las comunicaciones han hecho su revolución y la información es hoy más fácilmente accesible que antes. La transparencia es un valor y la rendición de cuentas, un deber. La participación política de los ciudadanos ha logrado materializarse en instituciones del tercer sector.

Así las cosas, entre otras muchas cuestiones, la enciclopedia se ha alejado de las casas de estudio del derecho y la necesidad de dotar a los estudiantes de una formación jurídica básica muy sólida y de iniciarlos en el modo de mantener sus conocimientos actualizados es cotidiana. También lo es la necesidad paralela de cada uno de los profesores y de los profesionales del derecho en general de mantenerse al día con los temas actuales. Si otras prestigiosas publicaciones se ocupan de la información cotidiana, *Pensar en derecho* contribuirá a la reflexión crítica sobre esos temas.

Un grupo de profesores adjuntos se hace cargo de la edición de *Pensar en Derecho*, otro de profesores titulares, consultos y eméritos constituye el Comité Asesor. A todos ellos, el agradecimiento y el llamado a seguir haciendo más y mejor.

*Mónica Pinto*

# Ensayo sobre la necesidad de consistencia pedagógica en el derecho argentino

*Martín Böhmer*

Profesor adjunto del Departamento de Filosofía del Derecho,  
Facultad de Derecho, UBA. Profesor Investigador Adjunto del  
Departamento de Derecho, Universidad de San Andrés.

A comienzos de este año la Corte Suprema de Justicia de la Nación promulgó un fallo en el que condenaba al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a respetar el derecho a la vivienda digna de una persona que se encontraba en “situación de calle” junto con su hijo víctima de una discapacidad mental. El Ministro Petracchi, en el considerando 17, párrafo quinto de su voto, afirma:

“A la luz de lo expuesto, la demandada debería haber acreditado, por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible; y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales.”<sup>1</sup>

Oculto entre los párrafos de una opinión individual aunque alineada con el voto de la mayoría, el mandato de Petracchi podría ser la contundente conclusión de años de trabajo institucional. Digo que podría porque para serlo

1. Voto de Enrique Petracchi, en “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”.

depende, entre otras cosas, de que nosotros, los que trabajamos con el derecho, realicemos las tareas que nos exige y que voy a discutir en este ensayo.

El mandato, como se puede ver, tiene dos aspectos: uno cuantitativo y otro cualitativo. El primero de ellos exige a los gobiernos, es decir a los poderes ejecutivos, justamente ejecutar los recursos provenientes de los presupuestos diseñados por los legisladores “al máximo nivel posible”; este primer aspecto, que podemos llamar cuantitativo obliga así a maximizar la eficacia y la eficiencia del gasto público y condena la subejecución y la desidia. El segundo aspecto, que podemos llamar cualitativo, exige que la forma en la que se administre la ejecución tenga en cuenta la definición constitucional de los derechos, volviendo a aclarar, como tantas veces, que toda la actividad estatal está demarcada por los límites que impone la Constitución. De esta forma, no cualquier presupuesto es constitucional así como no cualquier manera de ejecutarlo da lo mismo desde la perspectiva de los derechos.

El mandato toma partido respecto de una cuestión fundamental de toda democracia constitucional: el balance entre sus dos términos. En efecto, honramos la democracia por ser la mejor traducción institucional de la aspiración moderna de resolver nuestros conflictos acordando, consintiendo una decisión que tomamos entre personas libres e iguales. Pero también honramos el constitucionalismo porque sabemos que la distancia entre el ideal democrático y la práctica de la regla de la mayoría puede provocar la violación de los derechos humanos, fundamentos de todo el sistema.<sup>2</sup> En este balance la Corte se posiciona claramente como garante de los derechos.

Los órganos mayoritarios pueden y deben recaudar impuestos y organizar el dinero del público en un presupuesto que proponga prioridades y tiempos para ejecutar políticas públicas, pero esas políticas tienen que estar enmarcadas dentro de la cada vez más estricta agenda constitucional. Las políticas públicas de la democracia argentina deben respetar los límites procedimentales y sustantivos de la Constitución. Los derechos están por encima, excepcionan, restringen al bien común, y no al revés. La democracia argentina hace prevalecer una visión deontológica sobre una visión agregativa: la meta es la garantía de los derechos constitucionales, no el bienestar general sin más definido mayoritariamente.

2. Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

En el caso citado esta visión de nuestro sistema político se vuelve mandato judicial a los órganos mayoritarios y aspira a producir reformas institucionales que tiendan a hacerlo efectivo. Un gobierno que responda al mandato debe por lo tanto poner en orden su defensa jurídica y alinearla con la gestión de sus políticas públicas. Los abogados de la Procuración de la jurisdicción de que se trate deberán ponerse de acuerdo con los abogados de los ministerios relevantes, a su vez los ministerios deberán producir información certera y a tiempo sobre la forma en la que han decidido gestionar el presupuesto, y el ejecutivo deberá haber negociado con el legislativo y el legislativo debe haber dado razones para distribuir los ingresos públicos de la manera que lo hizo. El abogado del Estado que contesta la demanda o que se presenta en ese carácter ante un tribunal deberá entender este proceso previo de creación y ejecución de políticas públicas para defenderlo teniendo en cuenta las exigencias del mandato.

Si, como intentaré mostrar más adelante, este mandato reconfigura el derecho argentino, ¿a qué tareas nos convoca? ¿Cómo rearmar las instituciones jurídicas para honrarlo? ¿Qué deben saber y saber hacer los abogados del estado, y qué los abogados de los ciudadanos? ¿Cuáles son los destrezas que los jueces deben desplegar? ¿En qué medida la ética de la profesión es interpelada por las obligaciones que surgen del fallo? ¿Cómo se forman los profesionales del derecho capaces de hacer honor a la tarea de construir un Estado constitucional así de exigente? ¿Cuáles son los instrumentos pedagógicos, las estructuras institucionales necesarias que deben crearse o modificarse en las facultades de derecho para estar a la altura de este mandato?

Para comenzar a responder estas cuestiones debemos conceptualizar mejor el derecho en nuestro país, la práctica jurídica que hemos estado desarrollando en las últimas décadas en la Argentina. Una manera de hacerlo es seguir de cerca el trabajo de la Corte Suprema y el derrotero que le llevó a concebir el mandato que da comienzo a este ensayo. La idea que anima a esta exposición es que este mandato, de lograr convertirse en derecho, podría ser la conclusión de años de trabajo institucional con el objetivo de brindar una columna vertebral a la convulsionada democracia argentina y ofrecerle una vía transicional adecuada. Un trabajo que nació ya en la primera configuración de la Corte de la democracia y en la que el Ministro Petracchi fue protagonista ineludible de los fallos más importantes del período, pero que

continuó durante la Corte de la década del 90,<sup>3</sup> y que podría estar cerrando el círculo ante nuestros ojos. De ser así, el producto de este trabajo institucional, el nuevo derecho argentino, debería constituirse en la meta evidente de la enseñanza del derecho en la medida en que comprenderlo mejor sería fundamental para entrenar a los operadores jurídicos capaces de hacerlo funcionar y de mejorarlo.<sup>4</sup>

## **Las primeras dos décadas democráticas**

Antes todo era diferente. Hasta la violencia de los setenta, pero sobre todo a partir de nuestro encuentro con el mal radical, cuando el Estado utilizó el terrorismo para combatir sin ley al delito, la configuración de nuestro derecho se centraba principalmente en los Códigos. Un proyecto político que requería altas cuotas de concentración de poder en la figura presidencial y en el Estado federal debía relativizar el rol de los derechos, el federalismo y la posibilidad de control constitucional judicial. Así se hizo y el instrumento por excelencia que fue utilizado para ese proyecto fue la codificación.

En efecto, al haber un solo Código se unifica el derecho en toda la Nación expropiando la capacidad legiferante de las provincias en un solo gesto. El Código también produce la radical disminución de la actividad del Congreso ya que los temas más relevantes para la vida cotidiana son regulados por él y quedan fuera de la deliberación democrática por un largo tiempo. La codificación trae además una cultura jurídica formalista que saca de la actividad de los operadores del derecho la conciencia de la necesidad de interpretación de las normas. Esa cultura los hace deferentes al poder codificador y sospechosos de su propia capacidad de controlar constitucionalmente

3. “La corte de los 80 y los 90. Un diálogo sobre el rule of law en Argentina”, en SELA 2000: *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*, Publicación del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Democracia en la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001. Versión en inglés: *The Supreme Court of the '80s and the Supreme Court of the 90's: A dialogue on the Argentine Rule of Law*. SELA, 2000. [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Böhmer\\_The\\_Supreme\\_Court\\_of\\_the\\_80s\\_and\\_the\\_supreme\\_court\\_of\\_the\\_90s.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Böhmer_The_Supreme_Court_of_the_80s_and_the_supreme_court_of_the_90s.pdf).

4. Böhmer, Martín, “Metas comunes: la enseñanza y la construcción del derecho en la Argentina”, en *Sistemas Judiciales* (CEJA-INECIP) Año 5 N°9. pp. 26-38.

normas codificadas, es decir de interponer la lógica de los derechos a las decisiones mayoritarias (en el mejor de los casos) inmersas en los Códigos.

El terreno estaba preparado para la doctrina de facto. Una cultura jurídica que se podía desentender (y que de hecho lo hacía) de la Constitución gracias al formidable desarrollo de la codificación y del formalismo que aportó una enseñanza del derecho en línea con aquella no se opondría a la toma del poder por las fuerzas armadas y a largas décadas de autoritarismo. Sin embargo, medio siglo después de golpes de estado, nada nos había preparado para la violación masiva, planeada, sistemática de derechos humanos. Estaba por verse cómo el derecho acompañaba a la naciente democracia para consolidarla en un terreno que no estaba preparado para esa tarea.

Sin embargo, un evento del orden de lo milagroso ocurrió entre el fin de la década del setenta y el comienzo de la del ochenta. El reclamo por conocer el paradero de quienes fueron víctimas del actuar criminal del Estado sumó luego la exigencia de la vigencia del debido proceso para los detenidos y eventualmente el castigo penal para quienes hubieran violado la ley desde el Estado. Este reclamo, que pasó de ser individual a colectivo y de ser articulado como un interés particular a entenderse como una defensa de derechos humanos, cambió casi un siglo y medio de historia.

Allí comenzó el trabajo institucional de la Corte. Apenas empezó a funcionar en 1984 la primera Corte Suprema de la democracia argentina se propuso afirmar la centralidad de los derechos en el sistema político. Muchas de las decisiones centenarias que parecían grabadas en la piedra inamovible de los Códigos fueron modificadas con el ejercicio contramayoritario del control de constitucionalidad. El derecho a volver a casarse de toda persona divorciada,<sup>5</sup> el derecho a decidir autónomamente el uso de sustancias estupefacientes,<sup>6</sup> el derecho de negarse al servicio militar obligatorio basado en la libertad de conciencia<sup>7</sup> fueron algunas de las señales que la Corte enviaba al Estado y a la sociedad civil respecto de los tiempos que venían. La Corte trazaba una línea en la historia de nuestro país: habría ahora un antes y un después de la democracia, ya no sería lo mismo una norma de facto que

5. *Sejean* (1986). CSJN, *Fallos* 308:2268.

6. *Bazterrica* (1986). CSJN, *Fallos*, 308:1392.

7. *Portillo* (1989). CSJN, *Fallos*, 312:496.

una decisión democrática, la deliberación y el debido proceso importaban.<sup>8</sup> Y esa línea sería sostenida a lo largo del tiempo por la propia jurisprudencia de la Corte.

En definitiva, de un sistema en el que el bien común relegaba la defensa de los derechos, en el que el sistema jurídico se desentendía de la política y la dejaba librada al arbitrio de quien detentara el poder, de un sistema en el que la política se desentendía del derecho y lo limitaba a la regulación codificada de la vida cotidiana en la medida en que no afectara la discreción de la autoridad pasamos a otro muy distinto. El nuevo sistema aceptaba la centralidad de los derechos, y sólo eso modifica toda la estructura. Pero además las instituciones comienzan a alinearse con la nueva lógica y de esa forma la justicia se politiza, es decir, asume su rol constitucional en la política democrática. Y la política se judicializa, es decir, la sociedad comienza a comprender al Poder Judicial como otro lugar en el cual discutir el correcto balance entre decisiones mayoritarias y derechos, entre ley y constitución. Muchas de las cuestiones sociales más relevantes pasan ahora por los estrados judiciales.

Con todo lo complicada que resultó la transición de un gobierno democrático a otro, incluyendo una expeditiva modificación en la configuración de la Corte, el trabajo institucional continuó profundizándose gracias a que en 1994 una reforma constitucional articuló con lenguaje explícito los acuerdos de una década de vida democrática. Los derechos se multiplicaron, los canales de la deliberación judicial se ampliaron para hacerse más efectivos y pasar de ser procesos individuales a procesos colectivos iniciados por actores colectivos para producir consecuencias colectivas. Es importante subrayar este salto cualitativo. Procesos individuales liderados por actores individuales producen consecuencias caso a caso. Cuando el litigio se hace colectivo el impacto de las decisiones del Poder Judicial se siente sobre las políticas públicas. El control judicial individual defiende un derecho; no cambia la política, la excepciona. El control judicial colectivo modifica políticas públicas desde la lógica de los derechos.<sup>9</sup> La Constitución de 1994

8. *Aramayo* (CSJN 14-2-84), *Dufourq* (CSJN 27-3-84 y 3-4-84), *Gary* (CSJN 21-8-84), *Budano* (CSJN 9-6-87).

9. Ver Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Las Acciones Colectivas*, Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado, Lexis Nexis, Buenos

es una invitación a la participación democrática y al control de la política mayoritaria desde los derechos constitucionales.

Una de las formas de multiplicar los derechos que utilizó la reforma resultó de un gesto excepcional: la introducción de los tratados internacionales de derechos humanos en el texto de la misma Constitución.<sup>10</sup> ¿Cómo sería interpretado semejante cambio por los jueces? A los pocos meses de la reforma la Corte responde con inusitada transparencia: los tratados son norma válida, directamente aplicable por los jueces, de acuerdo a la interpretación que de sus normas realizaran los órganos que los mismos tratados instituyen a ese efecto.<sup>11</sup> La globalización había llegado a nuestro país de la mano de los derechos. La frontera nacional ya no era frontera para los derechos humanos, hay una instancia más de control contramayoritario, ahora ni siquiera una instancia que pudiéramos controlar con las instituciones nacionales.

## **Un nuevo siglo**

Las Cortes de la democracia habían avanzado en su trabajo institucional de reconfigurar el derecho de acuerdo a los mandatos de la transición pero habían fracasado en el armado de una esfera de legitimidad suficiente que les asegurara el respeto y la obediencia de los demás poderes y afianzara su continuidad. La corte, en definitiva, a comienzos del siglo XXI seguía en busca de la forma de construir su legitimidad. En su primera conformación había intentado anclarse en una fuerte apuesta a los derechos y a la confrontación con el derecho legislado. La segunda conformación desechó la primera e intentó una segunda: posicionarse con deferencia a los poderes mayoritarios. Esta segunda estrategia tampoco funcionó.

De las cenizas todavía calientes del estallido del año 2001 la tercera Corte de la democracia rescató una tercera posibilidad. Ni la confrontación

---

Aires, 2006, y Bergallo, Paola, “Justicia y Experimentalismo: La Función Remedial del Poder Judicial en el Litigio de Derecho Público en Argentina”, en Publicación del Seminario en Latinoamérica (SELA), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

10. Levit, Janet, “The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise”, 1999, 37 Colum. J. Transnat'l L. 281.

11. *Giroldi* (1995). CSJN, *Fallos* 318:514.

ni la deferencia, diálogo forzado.<sup>12</sup> En realidad la idea ya venía siendo utilizada en los innumerables amparos colectivos e individuales que se venían presentando desde la reforma constitucional. La práctica del derecho de interés público utilizaba con éxito en instancias inferiores el procedimiento del litigio estratégico para la reforma estructural de políticas públicas desde la perspectiva de los derechos y utilizando actores colectivos de la sociedad civil.<sup>13</sup> La nueva Corte no era ajena a esa práctica, la utilizó con buenos resultados y la potenció con decisiones osadas, decisiones que, como el caso *Mendoza*,<sup>14</sup> ponían en cuestión la legitimidad de la Corte y el futuro de su trabajo institucional.

Una estrategia clave de esta forma de ganar legitimidad consiste en la utilización de la doctrina de los actos propios. Frente a la tradición centenaria de la fraudulenta utilización de la Constitución, de la inconsecuente afirmación de que hay normas constitucionales pero que no son efectivas porque son aspiracionales, meras normas programáticas, la doctrina de los actos propios toma seriamente las decisiones de las autoridades democráticas y las normas de la Constitución y actúa en consecuencia. Frente a una política pública iniciada, frente a un tratado firmado, frente a un presupuesto acordado, la doctrina de los actos propios coloca a los interesados en el lugar de la demanda social y a los jueces en los guardianes de la palabra pública empeñada. Es por eso que en este siglo ha surgido como tema central de nuestro tiempo el de la ejecución de sentencias.

12. Böhmer, Martín, “Una aproximación retórica a las sentencias exhortativas”, SJA-2012/05/23-17; JA-2012-II.

13. En casos como Cámara Nacional Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II; *Adecua c. Telefónica de Argentina S.A.* 03/12/1998. La Ley 1999-D, 370; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, de fecha 16 de diciembre de 2002 sobre “*Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/ amparo*”; Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal 7, Secretaría 13, *Unión de usuarios y consumidores c/ Telefónica de Argentina s/sumario*; *Viceconte, Mariela Cecilia c/Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social– s/ amparo –ley 16. 986–*, entre muchos otros.

14. CSJN, Fallos, 329:2316 *Mendoza, Beatriz, Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios* (2006); *Verbitsky, Horacio (representative of Centro de Estudios Legales y Sociales) s/ Habeas Corpus* (2005). CSJN, Fallos, 328:1146. *Badaro, Adolfo Agustín c/ANSES s/ reajustes varios* (2006) CSJN, Fallos, 329:3089, entre otros.

El dictado de sentencias que cuestionan la discrecionalidad con la que los órganos políticos asumen la ejecución de las políticas públicas pone en juego la capacidad de la Corte para movilizar a los otros poderes y en ese sentido su propia legitimidad en la medida de su éxito o fracaso. En la discusión por la ejecución de esas sentencias se crea una nueva oportunidad para la deliberación pública en la medida en que la Corte fuerza una discusión sobre un tema que se había dado, incorrectamente, por terminado. Es también una oportunidad para apropiarse de normas que pueden parecer, como los tratados internacionales, decisiones en principio ajenas, y para que la discusión sobre su aplicación a través de un proceso de ejecución de sentencia permita que nuestra comunidad se apropie de ellas al utilizarlas para hacer valer sus derechos.

La decisión con la que comencé este ensayo va un paso más lejos. Ya no meramente aplica la Constitución, ni siquiera sólo toma por buena la decisión propia de los órganos políticos en el contexto de una política sectorial determinada para hacerla cumplir. Ahora la Corte nos dice que somos capaces de remontarnos a la decisión respecto de la forma de gastar el presupuesto y, si nos tomamos seriamente el mandato que surge de la opinión de Petracchi, aun podemos controlar el presupuesto mismo si se aparta de la agenda constitucional.

Estamos, como se puede ver, muy lejos del derecho codificado que nos rigió durante un siglo. En este sentido, las propuestas de actualización de nuestros Códigos de fondo deben ser debidamente contextualizadas para no pensar que se puede volver a la práctica anterior. Ahora, de lograrse el acuerdo parlamentario sobre lo que quede de las propuestas que han realizado jueces, abogados y algunos profesores de derecho luego de pasar por el tamiz del Poder Ejecutivo y de la deliberación del Congreso, los Códigos que se promulguen van a encontrar una realidad jurídica algo distinta a la de 1870. Las decisiones codificadas deberán enfrentar una sociedad civil plural y vibrante, grupos de abogados de interés público dispuestos a seguir el ejemplo de Sejeán y controlar su constitucionalidad, jueces con vocación de ejercer su jurisdicción democrática y una incipiente academia jurídica ávida por acompañar la dinámica interminable de la deliberación pública.

Como sabemos, los Códigos son nada menos (pero nada más) que leyes, decisiones mayoritarias de los actuales representantes del pueblo. El derecho argentino, sin embargo, y gracias a la lucha de quienes han creado la cultura de los derechos en nuestro país, es más que leyes. Nuestro

derecho se ha convertido una práctica social muy compleja cruzada por normas constitucionales, tratados internacionales, acuerdos jurisprudenciales y principios morales. Estas normas producen un diálogo permanente que tiene vida propia, surge de intereses que se convierten en reclamos de derechos que generan decisiones administrativas que se cristalizan en leyes que son cuestionadas por quienes tienen intereses diversos que interponen demandas judiciales, que producen decisiones administrativas... en un círculo interminable que constituye la práctica de la democracia constitucional. Y a pesar de todo esto y luego de más de dos décadas, la forma de entrenar a los operadores del derecho sigue siendo la misma que habíamos creado hace ciento cincuenta años.

### **Consistencia pedagógica**

El objeto de este breve ensayo no es sino poner sobre la mesa la inconsistencia en la que nos hallamos quienes formamos a los actores de esta nueva práctica. En muchos ámbitos admitimos conocer el nuevo derecho: escribimos sobre él, investigamos sus diferentes aspectos, y aun operamos con sus instrumentos litigando, proponiendo reformas legislativas o regulaciones administrativas. Pero en las escuelas de derecho hacemos como si nada hubiera ocurrido. Los mismos textos que acompañaron la expansión de la codificación, las mismas formas de entrenar a los operadores del derecho persisten en las aulas.

La nueva práctica jurídica pone en crisis, como es obvio, muchas de las presuposiciones de la codificación. El formalismo, la idea de validez, vigencia y eficacia, el lugar de los jueces, la teoría que justifica el peso relativo de las fuentes del derecho y coloca a la ley como fuente privilegiada, la distinción tajante entre derecho público y privado, o entre derecho sustantivo y procesal, la necesidad de un conocimiento enciclopédico de un material que se ha vuelto inabarcable. Con estas presuposiciones también se deben poner en cuestión la clase magistral excluyente, el conocimiento memorista de la ley, o de la ley comentada, o del tratado que ordena la ley y la jurisprudencia, o del manual que simplifica el tratado o de los apuntes que banalizan al manual. Debemos volver a pensar la enseñanza de las habilidades prácticas separadas, incluso arquitectónicamente separadas, del entrenamiento en la práctica de la argumentación o de la adquisición de conocimientos. Debemos terminar con la falta de investigación, la casi inexistencia de una

academia jurídica profesional e independiente de la profesión, de la judicatura y de la política y con el aislamiento local, regional e internacional de nuestras discusiones.

La nueva práctica requiere de los operadores conocimientos, actitudes, aptitudes, destrezas de las cuales aún no conocemos exactamente sus cualidades y mucho menos cómo se transmiten. Sabemos que requiere conocimientos de la práctica política, de la realidad social, ciertas actitudes de distancia moral y de escucha empática, aptitudes para la resolución de conflictos, para la creación de estrategias de negociación efectivas, para imaginar diversas teorías del caso, para persuadir, para ganar. Y todo eso en un contexto de centralidad de los derechos, de judicialización de los conflictos, de politización de los procesos judiciales y de internacionalización de los sistemas jurídicos.

Siempre es oportuno comenzar por un correcto diagnóstico de la situación, por una descripción lo más precisa posible de la práctica que debemos transmitir, y este ensayo pretende comenzar a caminar en esa dirección. La práctica va a cumplir veinte años, es el tiempo que en general se han tomado en la historia de la enseñanza del derecho las instituciones formadoras de abogados para adecuarse a un cambio de estas características.

No es una cuestión de modas, ni de importación caprichosa de culturas extrañas, es ser consistentes con lo que hemos logrado hasta ahora desde que dejamos de ejercer la violencia como método de resolución de conflictos. Es hora de que los profesores de derecho seamos consistentes y convirtamos la práctica de la democracia constitucional argentina en práctica pedagógica.



# Necesidad y procedimiento de la reforma legal

*Roberto Gargarella*

Profesor titular de Derecho Constitucional,  
Facultad de Derecho, UBA.

Al momento en que escribimos este texto, se encuentran abiertos, en la Argentina, al menos dos procesos fundamentales de reforma legal: el primero, vinculado con el Código Civil, y el otro, relacionado con el Código Penal. Lo que conocemos de tales procedimientos nos permite ya hacernos algunas preguntas relevantes, que tienen importancia más allá del modo particular en que vayan a evolucionar los procesos citados. Por tanto, y aunque en lo que sigue tomaremos como punto de partida y base de nuestra discusión a los procesos hoy en marcha, nuestra atención estará puesta en ciertas cuestiones jurídicamente relevantes, que exceden los ejemplos citados.

Los temas que nos interesan se relacionan, por un lado, con las condiciones que convierten a una cierta reforma en reforma necesaria; y por otro, con la importancia de escoger un procedimiento de reforma apropiado, para asegurar el sentido y valor de la reforma emprendida.

La exposición que sigue quedará dividida en tres partes. En primer lugar, vamos a presentar algunos datos básicos, elementales, sobre los procesos de reforma del Código Civil y Penal, hoy en marcha. Luego haremos algunas consideraciones sobre la necesidad de los procesos de cambio. Finalmente, centraremos la atención en cuestiones procedimentales referidas a los mismos.

## I. Las reformas en curso

Conforme anticipáramos, desde el año 2011 se ha puesto en marcha un proceso para la reforma del Código Civil primero y, desde 2012, se ha activado también un proceso de reforma relacionado con el Código Penal. En ambos casos, el Ejecutivo ha encomendado a comisiones técnicas, conformadas por unos pocos miembros –políticos, juristas, según el caso– la discusión y elaboración de un proyecto de reforma del Código respectivo. En relación con el Código Civil, el decreto 191/2011 determinó la creación de una comisión de expertos encabezada por el presidente de la Corte Suprema de Justicia, Ricardo Lorenzetti, y las juezas Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Los juristas recibieron, a lo largo del año de plazo que se les otorgara para elaborar un proyecto de reforma, la colaboración de más de 100 juristas. En relación con el Código Penal, mientras tanto, el decreto 678/2012 dispuso la creación de una comisión encabezada por el Juez de la Corte Suprema Raúl Zaffaroni, y también por los diputados Ricardo Gil Lavedra (UCR), Federico Pinedo (PRO), la ex diputada socialista María Elena Barbagelata y el ex camarista León Carlos Arslanián. El decreto otorga a la comisión, en principio, 180 días para que la misma se expida, aunque autoriza a la misma a auto-expandir dicho plazo.

En el caso de la reforma al Código Civil, cuya elaboración se encuentra en un estadio temporalmente más avanzado, conocemos algunos detalles adicionales acerca de cómo ha evolucionado el proceso de reforma. Algunos de tales datos se relacionan, por caso, con la importante intervención que ha realizado el Poder Ejecutivo en el proceso activado. El Ejecutivo, por caso, ha definido desde un decreto los mecanismos parlamentarios a partir de los cuales el Legislativo debe discutir y aprobar el proyecto reformador. Conforme a las instrucciones impulsadas por el Ejecutivo, y luego revisadas por el Poder Legislativo, se ha definido la creación de una comisión bicameral, y se ha establecido, a la vez, un plazo relativamente breve –90 días– para que el órgano colectivo se pronuncie sobre el mismo.

Más todavía, luego de recibir el trabajo de la comisión encabezada por el Dr. Lorenzetti, el Poder Ejecutivo incluyó una diversidad de reformas muy significativas sobre el proyecto que se le propusiera (las variaciones introducidas por el Ejecutivo pueden verse en <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-de-los-cambios-introducidos-por-el-PEN.pdf>). Dichas modificaciones generaron fuertes resquemores y polémicas, relacionadas

con la oportunidad y pertinencia de los cambios impulsados desde el poder político –cuestiones ambas que por ahora dejaremos de lado.

## II. Sobre la necesidad de la reforma legal

Tenemos ahora algunos datos básicos sobre los contornos distintivos de los procesos de reforma jurídica que se están llevando a cabo en la Argentina. Una primera y elemental pregunta, generada por dichos procesos, es la de si las reformas en marcha resultan, en esta época, necesarias. ¿Qué podemos decir acerca de la necesidad de procesos de reforma legal, como los que hoy están en curso? ¿Es que se trata de reformas *necesarias*? Algunas consideraciones generales pueden ayudarnos en nuestro acercamiento a la cuestión de la necesidad de las reformas.

*i) ¿Qué reforma?* Lo primero que corresponde señalar, frente al interrogante citado, es que la pregunta que nos motiva, en principio, no merece responderse en abstracto. Para saber si una reforma es necesaria o no, debemos tener en claro, en primer lugar, de qué tipo de reforma, específicamente, estamos hablando. Por caso, puede ser necesaria una reforma del Consejo de la Magistratura que torne al mismo un órgano más independiente, pero no una que lo subordine en los hechos a alguno de los poderes políticos. Del mismo modo, puede ser necesaria una reforma destinada a convertir al Consejo de la Magistratura en un órgano más eficiente, pero no una que expanda su burocracia interna. En definitiva, normalmente, necesitamos más datos para responder una pregunta como la que inicia a este texto.

Por lo demás, tener certeza sobre el tipo específico de reforma que se pretende promover resulta crucial para evitar un común pero siempre inatractivo escenario reformista, éste es, el de una reforma que es auspiciada por razones que se invocan, y que podrían tornarla atractiva, pero que en la realidad es llevada adelante con el principal objetivo de cambiar el derecho en otros aspectos, distintos de los invocados, y que merecían permanecer constantes. Éste ha sido un caso muy habitual en toda América Latina, relacionado especialmente con las reformas constitucionales, anunciadas para vitalizar las partes “envejecidas” de la Constitución, pero concretadas finalmente para posibilitar innecesarias e indeseables reelecciones presidenciales. Podríamos llamar a éste caso de reforma el “mal caso”, o caso de la *reforma oculta* –una reforma que se promueve invocando atendibles razones, pero

que resultan luego trastrocadas y reemplazadas, en la práctica real, por razones impropias, vinculadas a necesidades partidistas (antes que generales), de muy corto plazo.

*ii) Contradicciones internas y externas.* La reforma (aún periódica) del derecho puede ser necesaria, en general, por razones como las que explorara en su momento Juan Bautista Alberdi, para la Constitución, y relacionadas con la consistencia del derecho. Las reformas que buscan consistencia suelen originarse en normas abarcativas y ambiciosas (típicamente, un Código o una Constitución) que, una vez puestas en marcha, tornan evidentes ciertas contradicciones, desajustes y tensiones internas que no eran claramente visibles en el momento en que se las escribía. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un texto constitucional que en la práctica ve diariamente fortalecidos sus compromisos en materia de derechos sociales, que de ese modo pasan a entrar en tensión con sus cláusulas protectivas de una concepción tradicional de la propiedad. Este tipo de situaciones pueden tornar necesario, de tanto en tanto, procesos de “limpieza” interior, destinados a eliminar tales contradicciones, o aliviar las tensiones entre una parte y otra del texto legal (i.e., por ejemplo, para incluir en el mismo una referencia al carácter “social” de la propiedad). Dificultades y contradicciones como las señaladas –de tipo “interno”– se acompañan de otras de tipo “externo”. Juan Bautista Alberdi puede ser visto como un precursor en el análisis de las contradicciones externas, esto es decir, en el análisis de la consistencia existente entre una determinada ley o Código que se ha mantenido inmodificado a lo largo del tiempo, *vis à vis* el resto del derecho, que ha ido variando o actualizándose. Alberdi estudiaba, típicamente, la relación que existía entre Constitución y las leyes vigentes, o las que se dictaban para darle vida a aquella. Decía Alberdi, en el capítulo XVIII de las *Bases*:

“[la tarea por delante no se limita] a declarar inviolable el derecho privado de propiedad, sino que debe garantizar la reforma de todas las leyes civiles y de todos los reglamentos coloniales vigentes, a pesar de la República, que hacen ilusorio y nominal ese derecho. Con un derecho constitucional republicano y un derecho administrativo colonial y monárquico, la América del Sud arrebató por un lado lo que promete por otro: la libertad en la superficie y la esclavitud en el fondo” (Alberdi, 1981).

Junto con Alberdi, podríamos decir que los Códigos –tanto como el resto del derecho– merecen someterse a procesos de reforma periódicos – como los que él proponía para las Constituciones–. Ello, a los fines de eliminar las asperezas surgidas, con el paso del tiempo, entre la norma en cuestión, y las restantes normas fundamentales vigentes –en sus términos, para impedir que el derecho siga “arrebatando por un lado lo que promete por otro”.

*iii) Auto-gobierno y actualización del derecho.* Otra razón que puede justificar un proceso reformista encuentra su apoyo último en el derecho de auto-gobierno. El principio que ampara la necesidad de la reforma, en este caso, sería el que dice que cada generación debe darse a sí misma las normas dirigidas a organizar su vida en común (Holmes, 1988). En tal sentido, y en principio, podría señalarse que razones de auto-gobierno avalan la idea de que normas que llevan muchos años de vigencia –normas que han sido redactadas y puestas en marcha por las generaciones que nos han precedido– sean revisadas críticamente por la generación presente. El argumento del auto-gobierno suele ser paralelo a, y venir de la mano de otro, que enfatiza la importancia de actualizar el derecho, de tanto en tanto. La idea sería, en este caso, que con el paso del tiempo tienden a surgir necesidades y urgencias que no eran propias de etapas anteriores, y que el derecho debe reconocer, bajo el riesgo de quedar desfasado de su básica misión de atender las necesidades públicas. En todo caso, conviene no tratar ambos argumentos –el del auto-gobierno y el de la actualización– como si ambos fueran idénticos; del mismo modo en que conviene insistir sobre el valor especial del ideal del auto-gobierno. Ambas cuestiones, en todo caso, pueden dar fundamento a una necesidad reformista.

*iv) Reformas sustantivas.* Con la idea de reformas sustantivas vamos a referirnos, en lo que sigue, a aquellas reformas promovidas con el objeto de modificar la matriz esencial, fundamental, de una cierta sección del derecho. Este proceso tiende a darse, típicamente, en relación con porciones del derecho escritas no sólo hace tiempo, sino también en momentos en que la sociedad se encontraba controlada o dirigida por una elite excluyente, antes de su más efectiva democratización. Un típico cambio, en este sentido, sería el de una sociedad que quiere repensar la matriz liberal-conservadora del

ordenamiento legal que la rige desde su momento fundacional, localizado hace casi doscientos años. El cambio del caso procuraría alinear al derecho con el tipo de principios democráticos que hoy se encuentran ampliamente extendidos en la sociedad, pero que resultaban demasiado débiles en los años fundacionales del derecho local. En estos casos, como en todos aquellos en donde la comunidad decide pasar a regirse por principios radicalmente distintos a los que tradicionalmente la regían, la necesidad de una reforma –sustantiva– de las principales normas legales puede presentarse, también, como imperativa.

### III. El procedimiento de reforma

Las consideraciones anteriores pueden darnos algunas herramientas a partir de las cuales evaluar el sentido y valor de procesos de reforma legal como (sólo por ejemplo) los que hoy se encuentran en curso, en la Argentina. Dichas consideraciones merecen ser complementadas con otras, relacionadas con otros indicios firmes, con los que ya contamos, relacionados con los *procedimientos* a partir de los cuales se ponen en marcha tales reformas. Una vez examinados estos procedimientos, podremos contar ya con un material significativo, que nos permitirá reflexionar mejor sobre el proceso reformista hoy en curso.

*i) Democracia deliberativa.* Para llevar a cabo este análisis, partiremos de una posición teórica asociada con una teoría de la democracia deliberativa. Fundamentalmente, diremos aquí que, para quienes pensamos el derecho desde una teoría de la democracia tal, la validez de las normas públicas requiere, como condición necesaria, un proceso previo de discusión amplio e inclusivo (Cohen, 1989; Elster, 1998; Habermas, 1996; Nino, 1997).

Si nos guiamos (como aquí proponemos, provisionalmente) por los requerimientos propios de una democracia dialógica, podríamos decir que las exigencias que se derivan de allí son principalmente dos: una primera exigencia que nos habla de la centralidad del debate público, y luego otra que nos refiere a un requisito de inclusividad. Desde la teoría, dichos requerimientos aparecen explicitados en la famosa noción habermasiana que sugiere un proceso decisorio en el que debaten “todos los potencialmente afectados” por la decisión pública que va a tomarse. Sin embargo, no necesitamos aquí apelar a teorías abstractas para anclar exigencias dialógicas

como las citadas. En verdad, desde un texto constitucional como el argentino, dichos requerimientos aparecen presupuestos, por un lado, en las mismas ideas de igualdad y libertad que subyacen a todo el texto constitucional: si la Constitución es un pacto entre iguales, entonces, no es admisible que el mismo resulte socavado por pactos que excluyan, en los hechos, a parte de la población. Por lo demás, las cláusulas constitucionales que, de modo explícito, exigen que las normas jurídicas resulten de un proceso previo de debate, son numerosas. Ellas incluyen, por caso, a los artículos 78 y 83, que aluden a la “discusión” que debe darse en las Cámaras, en la formación y sanción de leyes; tanto como los artículos 100, inc. 9 y 106, referidos al proceso de “debate” que debe darse en el Congreso.

*ii) Imparcialidad: entre el debate abierto y los cuerpos técnicos.* Las razones que justifican tales exigencias –las razones que nos dicen que los procesos de creación y reforma legal deben ser procesos abiertos, inclusivos, dialógicos– no son formales ni preciosistas: se requiere un debate público abierto e inclusivo, porque asumimos que nadie es mejor juez de sus propios intereses que uno mismo; porque consideramos que no hay persona ni familia ni grupo social ni sector profesional que tenga el conocimiento que necesitamos para llevar adelante las reformas que emprendemos; porque tendemos a equivocarnos acerca de lo que es mejor para el bienestar colectivo; porque usualmente nos falta información relevante, que los demás pueden facilitarnos; porque los demás pueden ayudarnos a corregir errores o iluminar las zonas oscuras de nuestro razonamiento, o advertirnos acerca de tensiones o contradicciones que afectan al mismo, y que nosotros mismos rechazaríamos si advirtiéramos. En definitiva, podríamos decir, una discusión pública informada e inclusiva maximiza las posibilidades de tomar decisiones respetuosas de los derechos e intereses de todos.

Decir lo anterior no implica afirmar que las decisiones que surgen de un proceso de debate inclusivo van a resultar, necesariamente, decisiones imparciales. Más bien, lo que se afirma es que de ese modo se maximizan las posibilidades de decidir imparcialmente o, para decirlo por la contraria, que se reducen así los riesgos de que se creen leyes “con nombre y apellido” (destinadas, por caso, a favorecer a una minoría u oligarquía particular); tanto como se reducen los riesgos de cometer errores involuntarios, tan propios de los procesos de decisión concentrados en una o pocas personas (dos

patologías muy habituales, por lo demás, en los procesos decisorios argentinos, en particular de los últimos años).

Decir lo anterior tampoco implica negar el papel o la importancia de la intervención de “técnicos jurídicos” en la elaboración de las normas legales. La participación de “técnicos” suele ser imprescindible en el proceso de creación normativa, para trasladar al papel, en lenguaje preciso, los acuerdos públicos, políticos, celebrados por la comunidad. Así también, la presencia de aquellos suele resultar crucial a la hora de “limpiar” los textos legales, “depurarlos” de impurezas, y “curarlos” de las inconsistencias que suelen caracterizarlos luego de procesos de reformas realizados a lo largo de años, a veces con apuro o poco cuidado. El problema que aquí se examina tiene que ver, en cambio, con la común situación en que las reformas legales quedan en manos de elites jurídicas, más o menos bienintencionadas, pero en todo caso desvinculadas, institucionalmente, de un proceso de debate público abierto y colectivo.<sup>1</sup>

*iii) Fallas procedimentales, debido proceso y control judicial.* Por supuesto, resulta claro que, aun en el caso en que una administración se propusiera asentar sus decisiones en procesos de deliberación inclusiva, dichos procesos decisorios resultarían, en la práctica, siempre imperfectos, limitados en su inclusividad, “cortos” en términos de debate colectivo: siempre quedarán fuera de consideración y procesamiento, puntos de vista y reclamos relevantes. Pero no se trata de trivializar los principios en juego, sino de tomarlos en serio: la idea en cuestión es que el proceso público de creación normativa debe maximizar las condiciones de inclusividad y debate, bajo pena de generar “sospechas” sobre la imparcialidad de la norma en juego. Partimos, en definitiva, del valor de una conversación abierta, inacabada, plural, inclusiva, en constante progresión (un *ongoing debate*).

Lamentablemente, las exigencias de debate democrático aquí expuestas, como precondition de la validez de las normas públicas, son contradichas por una práctica legislativa, política y judicial, que tiende a ver a dichos requerimientos como vinculados con exigencias superficiales, redundantes,

1. El sociólogo jurídico David Garland, por caso, estudia las reformas penales producidas en las últimas décadas, mostrando el modo en que ellas han oscilado entre reformas producidas por elites “bienestaristas” o progresistas, y reformas producidas por elites más conservadoras (2002).

innecesarias. Conforme a aproximaciones habituales en la materia, el respeto de los procedimientos –el respeto al *debido proceso de creación normativa*– no requiere demasiado: fundamentalmente, dicho respeto exige que un número predefinido de manos se levante al mismo tiempo, en la instancia legislativa. Esas manos levantadas al unísono representarían la condición necesaria y suficiente para dar validez a las reformas del caso. Lo que tenemos aquí es una noción *minimalista* en torno a lo que significa un *debido proceso de creación normativa*, vinculada con una concepción también *minimalista* de la *democracia*. Contra dicha postura, aquí defendemos una visión más propia de un *debido proceso sustantivo*, atada a una concepción *deliberativa* de la *democracia*.<sup>2</sup>

Asumiendo que los organismos de control adoptaran, en su lectura del derecho, una concepción más robusta de la democracia, como la que aquí defendemos, la pregunta sería: ¿qué es lo que ellos deberían hacer, frente a la aparición de fallas procedimentales en la creación del derecho? ¿Es que ellos podrían arrogarse la capacidad de invalidar una norma porque el procedimiento de discusión no ha sido impecable, inmaculado? Lo cierto es que, en términos de control de constitucionalidad, nadie debería decir que una norma deja de ser válida porque algún argumento no terminó de ser presentado en público; o alguna queja pertinente aunque marginal no resultó finalmente procesada o respondida de modo pleno. Esas fallas son y serán propias de cualquier procedimiento de debate político real. Sin embargo, el criterio que aquí se propone sí sostiene que las condiciones de inclusividad y debate deben operar –como hoy no lo hacen– de manera decisiva, a la hora de definir la validez de la norma en juego. Así, del mismo modo en que

2. Un ejemplo interesante, que puede ilustrar las preocupaciones en juego, es el producido con la destitución del presidente paraguayo Lugo. Lugo fue separado de su cargo a través de un juicio político que implicó en la práctica un proceso sumarísimo, de pocos minutos, en donde el Presidente no contó con la oportunidad efectiva de defender su posición y demostrar la inadecuación de las objeciones que se le hacían (por lo demás, objeciones débiles en su sustancia). Para una mayoría de observadores, de todo tipo de orientación política, el proceso resultó impugnabile jurídicamente, aunque la destitución definitiva terminó produciéndose con una mayoría bastante más amplia que los dos tercios exigidos por la normativa legal. Es decir, resultó claro que no bastaba con tener una determinada cantidad de manos levantadas al mismo tiempo, para contar con una decisión pública válida –mucho menos, por supuesto, cuando (como en todos los casos aquí discutidos) están en juego decisiones públicas de altísima relevancia.

la presencia de un sesgo racial o de género merece disparar dudas sobre la norma en cuestión, y exigir de parte de quienes la analizan formas de escrutinio más estricto (que no es lo mismo que decir que tales sesgos convierten a la norma bajo examen en una norma inconstitucional), así también las fallencias de inclusividad y debate en el proceso de elaboración de una norma pública debe implicar no la invalidez automática de la misma, pero sí una mayor sospecha sobre la validez de la norma en cuestión: tales fallas exigen, de parte de quienes examinen la norma, un escrutinio más estricto. Esto es decir, las fallas de inclusividad y debate, en el proceso de elaboración de una determinada norma, *deben bajar la presunción de constitucionalidad* de la norma examinada.

El tipo de objeciones señaladas, basadas en el carácter imperativo del debate colectivo a la hora de tomar decisiones públicas, no quedaría salvada con formalismos vacuos o irrelevantes, como el de dejar que la oposición argumente, para luego de terminado su tiempo, imponer la decisión previamente acordada; o la de abrir un espacio a la intervención ciudadana, para registrar sin tomar efectivamente en cuenta las observaciones de la misma. Finalmente, la mejor prueba de que el proceso de discusión no es ficticio –de que dicho proceso no es, en el peor sentido, meramente formalista y minimalista– suele encontrarse en la disposición del partido que controla la mayoría legislativa a adoptar o tomar en cuenta las proposiciones de la oposición, ya sea para modificar de modo acorde sus propias posturas, ya sea para justificar cuidadosamente las razones por las cuales no se toman en cuenta los requerimientos de la misma.

## **Evaluando la necesidad y los procedimientos de la reforma**

En las páginas anteriores, examinamos algunas consideraciones que podrían justificar la *necesidad* de una reforma jurídica. Nos referimos, también, a los principios dialógicos que merecerían dar forma a los *procedimientos* reformistas, de modo tal de maximizar la legitimidad y validez de los mismos. Tomando en cuenta tales criterios, podríamos concluir lo siguiente.

En primer lugar, y en relación con la *necesidad* de las reformas en curso, podríamos decir que las reformas que están llevándose a cabo en nuestro país, en relación con los Códigos Civil y Penal, parecen estar vinculadas, fundamentalmente, con procesos de “ajuste y limpieza”, o eliminación de

contradicciones internas y externas, como los que describiéramos en II-ii). Estas razones parecen justificar, al menos en un sentido minimalista, las reformas del caso (sabemos, por ejemplo, que luego de algunas reformas realizadas con demasiado apremio –las conocidas como “reformas Blumberg”– el Código Penal quedó desordenado y desbalanceado, y en tal sentido necesitado de reformas de “ajuste y limpieza”). Hay quienes invocan, de todas maneras, razones como las que examinamos en II-iii), relacionadas sobre todo con la necesidad de actualizar el derecho, en ambos aspectos –Civil y Penal–. En este reclamo –actualizar el derecho– también, seguramente, podemos encontrar razones que justifican la imposición de cambios sobre el derecho hoy vigente (sabemos, por ejemplo, que nuestra legislación se ha actualizado en materia civil de modo significativo –i.e., a través de la incorporación de la figura del matrimonio igualitario– pero no ha ocurrido lo mismo con el Código respectivo, lo que tornaría necesarias ciertas reformas de actualización). En días recientes, sin embargo, hubo repetidas alusiones a lo que en II-i) definimos como “reformas ocultas”, para señalar, por caso, que reformas como las que se llevan adelante en relación con el Código Civil escondían, fundamentalmente, cambios destinados a limitar ciertas conquistas civiles, antes que a expandirlas o consolidarlas (i.e., en el caso de las acciones colectivas); tanto como reformas destinadas a servir al gobierno de turno en relación con objetivos de cortísimo plazo (i.e., vinculados con su errática y polémica política cambiaria). Estas razones nos llevarían a poner un llamado de atención sobre el proceso reformista hoy en marcha (en especial, pero no únicamente, en relación con el Código Civil). Finalmente, podría decirse que las reformas en juego no parecen estar vinculadas a lo que en II-iv) definimos como procesos de cambio sustantivos. Dichos cambios, sin embargo, parecerían urgentes, tanto para el Código Civil, como en relación con el Código Penal. El primero –podría alegarse– debería repensarse radicalmente, sobre todo para replantear los modos en que queremos organizar la propiedad, contemporáneamente, y a la luz de los fundamentales cambios sociales que se han experimentado en la materia –tanto en relación con cambios teóricos, como con la aparición de urgencias propias de un país que, a la vez, destaca por las necesidades habitacionales insatisfechas, y los niveles de viviendas no ocupadas y tierras ociosas existentes–. Curiosamente, la reforma emprendida sobre el Código Civil deja prácticamente intocado ése, justamente, su núcleo esencial: el derecho de propiedad. Tal derecho aparece como especialmente desfasado en el tiempo, y ajeno tanto

a los cambios sociales producidos en todos estos años, como desfasado en relación a las nuevas urgencias y necesidades que han emergido a partir de tales cambios sociales. El Código Penal también –podría alegarse– resulta merecedor de cambios de fondo, destinados a reinstalar al derecho penal en su lugar de *ultima ratio*, y a removerlo entonces del espacio jurídico en donde ha quedado situado en la actualidad, esto es decir, el de la política pública en materia social. Hoy, en efecto, y lamentablemente, los gobiernos se empeñan en dar respuestas penales a los problemas sociales que los acosan y amenazan con asfixiarlos: tales respuestas resultan efectistas y políticamente redituables, y son las que han generado un sobre-proceso de reformas absurdas sobre el sistema jurídico penal. En definitiva, la ausencia de estas razones sustantivas, detrás de las reformas en curso, no desmerece al proceso de reformas que se ha puesto en marcha, pero seguramente les quita parte de su potencial atractivo.

En segundo lugar, y en relación con los *procedimientos* con que se están llevando a cabo las reformas Civil y Penal, podríamos decir que los ideales de deliberación democrática arriba defendidos resultarían contradictorios, por caso, y en primer lugar, si las reformas en cuestión fueran aprobadas con la modalidad “a libro cerrado”, como ocurriera en su momento con el Código Civil de Vélez Sarsfield. Los indicios con los que hoy contamos, al momento de escribir este texto, parecen indicar que ése no será el caso, aunque –cabría agregar– los procedimientos descritos más arriba parecen cercenar fuertemente las capacidades de la autoridad legislativa para operar sobre el texto (<http://www.cadena3.com/contenido/2012/03/28/94487.asp>). Mucho más, por supuesto, en el contexto de una mayoría oficialista muy disciplinada y verticalista, completamente indispuesta –tal como lo ha mostrado una y otra vez a lo largo de estos años– a desafiar algún criterio definido por el Ejecutivo. *La presencia de este último factor –es decir, la existencia de mayorías legislativas disciplinadas y verticalistas– ponen una luz roja, de alarma y alerta, sobre las reformas en curso. En efecto, si al procedimiento inicial, basado en comisiones técnicas, institucionalmente aisladas del debate ciudadano corriente, le agregamos el riesgo de un trámite parlamentario potencialmente expedito y poco abierto al diálogo con fuerzas opositoras, tendríamos como resultado un procedimiento de creación normativa profundamente viciado, y cuestionable por tanto en su constitucionalidad.*

Ello así, muy en particular, si tomamos en cuenta que los procedimientos de reforma legal seleccionados (en apariencia, hasta el momento), implican no tomar en cuenta la cantidad de medios disponibles que podrían facilitar un involucramiento mayor de la ciudadanía en discusiones que le son propias. Los medios al alcance del poder público –posibles pero no explorados– son numerosos. En efecto, puede decirse que la ciudadanía no forma parte de estos procedimientos en ningún sentido relevante de la idea de “formar parte”: *no hay audiencias públicas convocadas; no se ha hecho un llamado a la misma para que presente iniciativas de cambio; no se han abierto foros de debate; no se ha dispuesto un período de consulta popular; no se espera convocar a un plebiscito validatorio de las reformas del caso.* Lo que es más grave –y esto empeora las cosas–, la ciudadanía suele ser invocada como agente responsable de la misma; al tiempo que se cita su papel protagónico en los debates sobre los cambios a introducir en los Códigos.<sup>3</sup>

Los procesos de reforma al Código Civil y Penal resultan, en este momento, procesos todavía abiertos e inacabados. Es de esperar que ellos terminen de desarrollarse, entonces, conforme a pautas como las descriptas, para no verse afectados en su legitimidad y validez constitucional. Es todavía posible y siempre deseable que así sea.

## **Bibliografía**

- Alberdi, J. B. (1981), *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires.
- Cohen, J. (1989), “Deliberation and Democratic Legitimacy,” en A. Hamlin & P. Pettit (eds.), *The Good Polity*, Oxford U.P., Oxford.
- Elster, J. (1998), (ed.) *Deliberative Democracy*, Cambridge U.P., Cambridge.
- Garland, D. (2002), *The Culture of Control*, The University of Chicago Press, Chicago.

3. La Presidenta habló, por caso, de los contenidos de la reforma al Código Civil resaltando que se trataba de “discusiones que la sociedad tiene que dar” ([http://www.perfil.com/contenidos/2012/03/01/noticia\\_0018.html](http://www.perfil.com/contenidos/2012/03/01/noticia_0018.html)).

- Habermas, J. (1996), *Between Facts and Norms*, The MIT Press, Cambridge.
- Holmes, S. (1988), "Precommitment and the Paradox of Democracy," en J. Elster & R. Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge U.P., Cambridge.
- Nino, C. (1997), *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.

# La recodificación penal en marcha

Una iniciativa ideal para la racionalización legislativa

*Daniel R. Pastor*

Profesor titular regular de Derecho Penal y  
Procesal Penal, Facultad de Derecho, UBA.

## I. Pensar en derecho penal recodificado

Acaba de ser puesta en marcha entre nosotros, con la mayor seriedad imaginable, una iniciativa para la recodificación de la legislación penal por medio de la creación de una “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación”.<sup>1</sup> Se trata de un plan admirable que tiene las mejores cartas para lograr (re)construir un Código Penal que resulte adecuado al modelo liberal y humanista impuesto en la materia por los textos políticos fundamentales de nuestro Estado constitucional y democrático de derecho. La tarea de la Comisión está presidida por E. Raúl Zaffaroni (Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires). Sin duda se trata del codificador ideal para este proyecto. Es destacable asimismo el pluralismo partidario que ha sido tenido en cuenta para la designación de los demás integrantes de una –como debe ser– reducida comisión, para cuya conformación concreta se seleccionó, en representación de cada partido escogido, a exponentes con alta capacidad técnica.<sup>2</sup>

1. Art. 1° del decreto N°678/2012 del Poder Ejecutivo Nacional, de 7 de mayo, publicado en el B.O. del día siguiente.

2. El art. 4.° del decreto designa a Zaffaroni como Presidente de la Comisión que integran también los diputados Ricardo Gil Lavedra (Unión Cívica Radical) y Federico Pinedo

La reforma iniciada tiene la finalidad explícita de integrar en un solo cuerpo normativo toda la legislación penal hoy dispersa y desarmonizada por una descodificación que ha alterado el equilibrio y la proporcionalidad que deben tener las disposiciones represivas, con lo cual se ha afectado la sistematicidad normativa, aspecto de la legislación penal que no es un adorno intelectual, sino garantía de efectividad de los principios de legalidad y culpabilidad (seguridad y previsibilidad), que son el corazón del derecho penal liberal.

En este trabajo presentaré, a grandes rasgos, el estado de la situación metodológica de la legislación penal (II), los lineamientos de la recodificación dispuesta por el decreto 678/2012 (III), los instrumentos jurídicos que deben acompañar dicha reintegración legislativa para asegurar sus fines (IV), la justificación de la necesidad de extender este plan de trabajo al derecho procesal penal (V) y unas conclusiones (VI). Todo el análisis de la cuestión tratada está inspirado por el estilo de “pensar en derecho” que propone esta nueva y atractiva publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (¡otra buena noticia!) y que pretende, como la recodificación penal, recuperar calidad donde se había perdido, en el caso de esta revista para que nuestra Casa vuelva a difundir, hoy aprovechando los avances tecnológicos, reflexión jurídica seria, crítica y tolerante.

## II. Descodificación y caos en el derecho penal

La legislación penal está completamente desquiciada.<sup>3</sup> Sólo de un modo irónico es posible hablar de orden jurídico penal. Muy lejos de ello, la realidad muestra que, en verdad, vivimos en un absoluto *caos jurídico*. Si simplificamos drásticamente el análisis veremos que esta situación responde a dos razones, cada una de ellas asentada en sendos modelos o estilos culturales: (a) el acrecentamiento desmesurado e incontenible del número de las conductas calificadas como delictivas por la ley y castigadas desproporcionadamente (fenómeno denominado corrientemente como “inflación de

---

(Alianza Propuesta Republicana) y los abogados María Elena Barbagelata (Partido Socialista - Frente de Acción Progresista) y León Carlos Arslanián (Partido Justicialista).

3. En todo lo que sigue relativo a descodificación y recodificación sigo mi investigación de 2004 publicada al año siguiente: Pastor, D. R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, 2005.

las leyes”,<sup>4</sup> “inflación penal”,<sup>5</sup> “expansión penal”,<sup>6</sup> “conformación paquidérmica” de las incriminaciones punitivas<sup>7</sup> o “hipertrofia del derecho penal”<sup>8</sup> que se funda en la consideración simbólica del aparato represivo como remedio exclusivo para todos los males sociales (“panpenalismo”);<sup>9</sup> y (b) la deficiente calidad descriptiva de los tipos penales que, producto de la ilusión panpenalista, ha llevado a la legislación punitiva a desbordar los límites de la *lex certa* para tratar de llegar a comprender la mayor cantidad posible de desviaciones, aunque lo haga de un modo tan ambiguo e incierto como inconstitucional.

Esta situación se funda en un desprecio profundo por el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal y por el principio *nullum crimen* y sus manifestaciones derivadas,<sup>10</sup> pero también es palpable el descuido de las reglas de la técnica legislativa penal que procuran preceptos homogéneos que respeten una determinada unidad de elaboración y que estén ordenados formalmente con arreglo a ciertos criterios racionales (código) para que de esa forma garanticen también el principio de estricta jurisdiccionalidad en la aplicación de las leyes penales por parte de los cuerpos judiciales.<sup>11</sup>

4. Ver Carbonnier, J., *Ensayo sobre las leyes*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, 1998, p. 237.

5. Ver Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, 2001, p. 700 y ss.; Maier, J., “¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho?”, en *¿Más Derecho?*, N°1, 2001, p. 267 y ss.; Demetrio Crespo, E., “Del ‘derecho penal liberal’ al ‘derecho penal del enemigo’”, en NDP, Buenos Aires, 2004/A, p. 47 y ss.

6. Ver Silva Sánchez, J., *La expansión del derecho penal*, Madrid, 2001.

7. Ver Maiello, V., “Riserva di codice e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice”, en AA.VV., *La riforma della parte generale del Codice penale*, Napoli, 2003, p. 160.

8. Ver Maurach, R./Zipf, H., *Strafrecht AT*, Heidelberg, 1992, t. I., p. 25; Palazzo, F., “Principio de última ratio e hipertrofia del derecho penal”, trad. de N. García Rivas, en Arroyo Zapatero, L. et al. (comps.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Cuenca, 2001, p. 433 y ss.

9. Ver Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, op. cit., p. 702.

10. Ver Maier, J., “¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho?”, en *¿Más Derecho?*, N°1, Buenos Aires, 2001, p. 272 y ss.

11. Ver Ferrajoli, L., “Legalidad civil y legalidad penal. Sobre la reserva de código en materia penal”, trad. de N. Guzmán, en *CDJP*, Buenos Aires, N°15, p. 15 y ss.

Zaffaroni justamente ha dicho al respecto que “si observamos el curso de nuestra legislación penal a partir de la pasada década, tendremos la sensación de que se ha operado un grave desorden que va en serio aumento, y, sin duda, vista en panorámica general –esto es, sin desmedro de reconocer aciertos aislados– se proyecta en una notoria pérdida de calidad y nivel técnico. Las urgencias políticas inmediatas y frecuentemente mal entendidas, han reemplazado al estudio detenido y al debate fructífero. La dispersión legislativa nunca fue tan evidente y las marchas y contramarchas, obedientes a consignas circunstanciales, han llevado a nuestros legisladores a una situación que puede tornarse caótica”.<sup>12</sup> La profecía del maestro se ha cumplido.<sup>13</sup>

Por tanto, nos encontramos ante una situación patológica comprobada de “descodificación penal” que ha conducido a un verdadero “caos jurídico penal”. Esta descodificación,<sup>14</sup> este legislar penalmente *extra codicem* se expresa en la emisión, prolífica y ya inabarcable, de miles de figuras delictivas, muchas veces con sus propios principios generales y sus propias reglas procesales, que no integran los códigos respectivos (leyes complementarias, especiales o delitos y procedimientos creados por leyes no penales). Esta modalidad de legislar no respeta los principios de fundamentación técnica y axiológica que un código busca asegurar (armonía, racionalidad, centralización, congruencia, igualdad, vigencia efectiva de las disposiciones de la parte general, certeza, accesibilidad, inteligibilidad, seguridad jurídica, etc.). Además, el “modo descodificar” es empleado también en las reformas a los propios códigos que, asistemáticamente, no respetan la mayoría de los cánones apuntados tampoco si esas modificaciones legales se introducen al código, porque en cierto sentido son, en los hechos, también reformas “extra-código” aunque formalmente sus disposiciones sean agregadas grosera e irreflexivamente al código. Común a ambos casos –y signo distintivo de la

12. Zaffaroni, E. R., *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1987, t. I, p. 458.

13. Muy ilustrativa sobre la situación es la conferencia de Zaffaroni “La destrucción total del Código Penal Argentino” que es posible ver en la Sección “Nuestros maestros del derecho” de la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires ([http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v\\_zaffaroni\\_01.php](http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v_zaffaroni_01.php)).

14. Sin embargo, Díez Ripollés, J., *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003, p. 71, considera que el derecho penal “sigue estando sustancialmente contenido en los códigos”, pero reconoce que su racionalidad es asediada “mediante un notable incremento de leyes especiales” (ver también p. 81).

legislación descodificada— es el debilitamiento de las exigencias del principio *nullum crimen* en favor de una técnica legislativa vaga y ambigua que permite captar, por aluvión de prohibiciones inciertas, la mayor cantidad de conductas posibles, condenando a muerte, por este medio, el mandato de determinación, el principio de certeza del derecho y el sentido constitucional de la ley penal previa.

No debería perderse de vista que no es la primera vez en la historia todavía reciente que la expansión punitiva desbarata a la Democracia y al Estado de derecho. La ideología penal del nacional-socialismo reemplazó precisamente el *nullum crimen sine lege* por el *nullum crimen sine poena*, con el sentido de que todo lo que fuera considerado disvalioso tuviera su justo castigo aunque ninguna ley lo previera expresamente.<sup>15</sup> Es preciso vincular, aunque suene a una insistencia, la descodificación con el recrudescimiento punitivo, conexión que no es casual en tanto que la codificación es hija del liberalismo penal e instrumento de protección frente a los autoritarismos punitivos (o *Blumbergstrafrecht* según la célebre descripción de Maier).

Contra todos estos estragos reconocidos de la legislación penal, que se concentran en la expresión descodificación, la reforma iniciada ofrece muy interesantes perspectivas de superación de este estado de cosas tan deprimente.

### **III. La recodificación en marcha**

El Código Zaffaroni, que será el producto de la reforma iniciada por el decreto 678/2012, tendrá unas características muy específicas que se resumen en el ideal de poner en sintonía la ley penal con el régimen jurídico de los derechos fundamentales del individuo.<sup>16</sup> Así, lo primero que destaca el plan de trabajo es la necesidad de devolver a nuestra legislación punitiva el sesgo marcadamente liberal del Código de 1921, que, como lo destaca el

15. Ver Prittwitz, C., “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?”, trad. de M. Castiñeira Palou, en AA.VV., *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000, p. 440; Silva Sánchez, J., “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en Revista *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, N°86-87, Bogotá, 2008, p. 150.

16. Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos.

decreto citado, abolió la pena de muerte, introdujo alternativas a las penas privativas de la libertad y rechazó las influencias fascistas del positivismo criminológico de la época.

Del Código de 1921 la reforma encarada hace notar también que fue “el primer cuerpo normativo que unificó la totalidad de la legislación penal; hasta entonces dispersa e inarticulada”. De modo que frente a los estragos de la caótica obra descodificadora de las últimas décadas, el decreto 678/2012 propone llevar a cabo “una reformulación integral y totalizadora de la legislación penal”. Con este objetivo la Comisión creada trabajará “en la actualización e integración de la legislación penal *en un único cuerpo normativo*”.

Para la reforma la recodificación no es una opción, pues rige entre nosotros un “mandato expreso de codificación contenido en el inciso 12 del artículo 75 de la Constitución Nacional”. Por medio de la recodificación el plan persigue que no se obstruya la sistematicidad del régimen punitivo, que no se ponga en cuestionamiento el principio que dispone que la ley penal se reputa conocida y que no se altere “el equilibrio y la proporcionalidad que deben guardar entre sí las escalas penales de los distintos delitos”.

Otra ventaja de la iniciativa en análisis, respetuosa del arquetipo penal sobrio del Código del 21, puede ser vista en la metodología de no introducir conceptos en el código, de modo que la doctrina, tal como lo ha propuesto desde la ciencia Sancinetti,<sup>17</sup> no esté encadenada por definiciones que obstruyan el desarrollo del pensamiento dogmático que se reflejará después en la evolución jurisprudencial.

En cuanto a otras líneas de principio, que también son parte de los papeles de trabajo de este proyecto de recodificación, se pueden citar, siempre en consonancia con el espíritu liberal en el que está inspirada la reforma establecida por el decreto 678/2012, cumplir al máximo con el principio de estricta legalidad en la determinación de las figuras penales sin caer en el casuismo, respetar cabalmente los principios de derecho penal de acto, de culpabilidad, de responsabilidad subjetiva, de lesión y peligro efectivo. Se busca igualmente armonizar el sistema de penas y medidas restableciendo la

17. Sancinetti, M., *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Buenos Aires, 2003, p. 15 y ss.

proporcionalidad en las escalas en consonancia con la gravedad de la ofensa y la necesidad de compensar la culpabilidad del autor.

Uno de los puntos culminantes de esta proposición de reforma de la legislación penal reside en la idea reductora de la legislación represiva que está implícita en el ideal de derecho penal codificado. En efecto, los fines de integrar y armonizar requieren también que la masa de prohibiciones penales de la actualidad resulte minimizada. El carácter subsidiario y de *ultima ratio* del derecho penal ha resultado categóricamente desmentido por la legislación inflacionaria del último medio siglo de disparates parlamentarios. Leyes penales complementarias, normas punitivas especiales, tipos penales incorporados a cualquier régimen jurídico –de la ley de “riesgos del trabajo” hasta la de “lucha contra el alcoholismo”–<sup>18</sup> han invadido todos los rincones de la vida cotidiana con su brutalización punitiva para domesticar a las personas.<sup>19</sup>

Frente a ello, la codificación no implica únicamente la incorporación armónica, sistemática y proporcionada de esas figuras a la parte especial del código, la codificación, especialmente una que tome como modelo a seguir el Código Penal de 1921 y que siga las reservas de Zaffaroni frente al poder represivo, exige un código breve (“un libro de bolsillo”)<sup>20</sup> compatible con el derecho penal mínimo que reclama la ciencia como único modelo de legislación punitiva adecuado –y apenas– al Estado constitucional y democrático de derecho.

Por último, es también elogiable que la Comisión redacte su proyecto recurriendo al empleo, como fuentes, de los avances técnicos de los mejores modelos de nuestro tiempo, tomando en consideración los códigos penales más significativos de las últimas décadas.

Las líneas de trabajo de la Comisión recodificadora son excelentes; quedan aquí abiertas las cuestiones de detalle, muchas de las cuales no son

18. Leyes 24.557 y 24.788, respectivamente. Por eso Maier no exagera cuando en sus clases y conferencias refiere que un Código Civil de la época represiva inflacionaria hubiera contenido un capítulo final de disposiciones penales.

19. Como ha sostenido Hassemer, “un derecho brutal embrutece el proceso sancionador de la vida cotidiana” (Hassemer, W., Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal, trad. de M. Ontiveros Alonso, México, 2003, p. 16).

20. Ver Tomás y Valiente, F., Manual de historia del derecho español, Madrid, 1983, p. 501.

todavía conocidas, pero que deben gozar del crédito de acierto que tiene la política criminal liberal que funda este modelo de reforma y de la confianza que despierta la sabiduría y moderación del codificador y sus colaboradores.

#### **IV. Instrumentos de garantía de la recodificación**

La evolución y consolidación de la codificación penal demuestra, ante todo, que codificación significa mucho más que una agrupación de normas de una misma materia en un único cuerpo normativo. Tampoco se trata de una búsqueda ingenua y quimérica de perfección y permanencia legislativa. Se trata, antes bien, de conseguir un producto capaz de limitar la arbitrariedad punitiva de un modo realista.<sup>21</sup> La metodología codificadora es, en este sentido, un instrumento al servicio de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, tal como lo destaca la Comisión de reforma establecida por el decreto 678/2012. De ahí el vínculo estrechísimo, también histórico, que la codificación ha tenido y tiene con el constitucionalismo moderno.<sup>22</sup>

Pero ya se sabe: no hay cadena más fuerte que su eslabón más débil. Por esto, la recodificación tendría que ser garantizada con instrumentos jurídicos que eviten volver a la descodificación a la cual tiende con agrado el poder punitivo. Por ello, la metodología recodificadora planteada en el apartado anterior no puede ser concebida sin todos los instrumentos que brinden al sistema la seguridad de que serán respetados los principios, englobados en el método codificado de legislación, de subsidiariedad (*ultima ratio*), mínima intervención (derecho penal mínimo), estricta determinación de las prohibiciones penales, del tipo de sanción y de su extensión (legalidad penal) y de simple accesibilidad a la legislación punitiva, que es requisito básico del reproche penal (principio de culpabilidad). Todo ello aun cuando no se trata más que de una tendencia hacia un perfeccionamiento inalcanzable.

21. Retumban aquí las ideas del Contrato social de Rousseau (1762) acerca de los presupuestos que deberían cumplir el legislador racional: 1) conocer todas las pasiones humanas; 2) que su felicidad no dependa de sus leyes; 3) tener compasión por el género humano; y 4) no buscar la gloria del momento (cito por medio de Zapatero, V., “El arte ilustrado de legislar”, publicado como introducción a la obra de J. Bentham, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, trad. de C. Pabón, Madrid, 2004, p. L).

22. Ver Pastor, *Recodificación...* (cit. N°3), p. 97.

Así y todo es preciso tender a ello y el producto del intento será sin duda algo mucho mejor que el actual caos en el que se halla la legislación penal.

Para fijar la codificación deberían ser empleados unos materiales algo infrecuentes. Estos instrumentos pueden derivarse, con dificultades para fundamentarlos y arriesgándose argumentalmente, en la naturaleza constitucional de la codificación, ya señalada.<sup>23</sup> Por eso también es pensable un compromiso del legislador para que, en “modo autolimitación”, respete unas reglas imprescindibles para que la codificación sea verdadera, a pesar de que quedará librado a su voluntad suprimirlas con un suave golpe de su pluma legisferante.

La herramienta para asegurar la (re)codificación es la “reserva de código”. Bentham ha sido el precursor del principio: “Todo lo que no esté en el *cuerpo de las leyes* no será ley”.<sup>24</sup>

Ferrajoli, el mayor y mejor difusor contemporáneo de esta idea, nos habla de la introducción del principio de reserva de código, según el cual todos los delitos y todas las penas deben estar previstos en el código penal y que ninguno pueda ser introducido sin modificarlo.<sup>25</sup> Para el maestro de Roma, el fortalecimiento del principio de legalidad material requiere la recodificación sistemática y ésta la garantía de la reserva de código, para lo cual propone “la sustitución de la simple reserva de ley por una *reserva de código*, en virtud de la cual no podría introducirse ninguna norma en materia de delitos, penas o procesos penales si no es a través del texto del código penal o procesal, a aprobar por un procedimiento agravado. Se obtendría así una recodificación de todo el derecho penal sobre la base de una metagarantía frente al abuso de la legislación especial, idónea para poner fin al caos existente y para proteger los códigos de la arbitrariedad”.<sup>26</sup>

23. En los considerandos del decreto 678/2012 se reconoce, como ya se mencionó, el mandato constitucional expreso de codificar la legislación penal impuesto por el art. 75, inc. 12, de la CN. Suscribo desde hace años esta misma idea (ver Pastor, Recodificación... [cit. N°3], p. 245 y ss.

24. Cito por medio de Marí, E., “La interpretación de la ley. Análisis histórico de la Escuela Exegética y su nexa con el proceso codificador de la modernidad”, en AA.VV., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, 1991, p. 267.

25. Ferrajoli, L., *Legalidad civil y legalidad penal*, cit., p. 24 y ss.

26. Ferrajoli, L., “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, p. 23 (destacado original), donde pueden ser vistas

Esta reserva de código se expresa en varios subprincipios que contribuyen a resguardar el derecho codificado. Uno de ellos es, evidentemente, el de exclusividad del código. Toda la materia punitiva (parte general, parte especial y ejecución penal) tendría que estar contenida en un único cuerpo de normas, en el cual todas las figuras penales y sus conexiones con las disposiciones generales estén armónica y sistemáticamente ensambladas.<sup>27</sup> No tiene valor en derecho penal ni resultará aplicable norma alguna que no esté contenida en el código.

Para que sea real el anhelo de un derecho penal mínimo –y duradero como tal– el nuevo Código Penal debería tener un número máximo de delitos. En esto confluyen las ideas de moderación penal con las que son propias de toda codificación. La exigencia misma de que el derecho penal sea claro y conocido únicamente puede ser cumplida si el número de preceptos es relativamente reducido. A su vez, sólo un número respetablemente contenido de figuras penales puede asegurar la interpretación sistemática de todo el cuerpo. Ya lo escribió Alberdi: “La idea de un código representa en sí misma la necesidad de abreviar, simplificar y reducir una legislación numerosa y complicada. Así, *un código largo* es un contrasentido”.<sup>28</sup>

Esto impone que el proceso recodificador deba cerrar el camino no sólo a la descodificación por la descentralización de un legislar extra-código, sino que debe evitar la expansión intra-código. Para ello, el nuevo Código Penal tendría que fijar un número máximo de figuras que no pueda ser superado en el futuro, de modo que cuando resulte verdaderamente necesaria la incorporación de una nueva figura se deberá escoger también la eliminación de una de las existentes. Dicho alegóricamente, también el legislador penal está limitado a jugar con un número fijo de jugadores, de modo que si quiere incorporar uno fresco debe indicar simultáneamente el nombre del que

---

también, en n.º 10, todas las ocasiones en las cuales Ferrajoli desde hace mucho tiempo, se viene refiriendo a este principio.

27. Lo mismo rige respecto del derecho adjetivo: todos los preceptos del derecho procesal penal y también del derecho de la organización judicial deben estar sistemáticamente elaborados y contenidos en un único código (ver, sobre esto último, el art. 2.º del Anteproyecto de Código Procesal Penal de la Nación, de 2003, elaborado por la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la República Argentina).

28. Alberdi, J., “El Proyecto de Código Civil para la República Argentina” (1868), en id., *Obras Completas*, Buenos Aires, 1880, p. 99.

abandonará, en su lugar, el campo de juego. Esto sirve también para corregir el déficit de la política criminal actual que aumenta desmedidamente el ámbito de lo punible tomando en consideración puntos de vista de justicia y, sin embargo, a pesar de la abierta injusticia de muchas normas penales son derogadas muy pocas.<sup>29</sup>

Si bien no sabemos aún cuáles son los alcances del derecho penal mínimo, al menos con el principio del *numerus clausus* de figuras delictivas a incorporar en el código se puede ya tener el molde en el cual el derecho penal mínimo encontraría su contenido máximo tolerable. Claro es que fijar ese número es también una tarea difícil, con muchas variantes, casi siempre determinadas por meras preferencias, que pueden ser consideradas dentro de lo aceptable, aun en un esquema de derecho penal mínimo. El nuevo Código Penal debería establecer ese número, pero falta resolver todavía cuál tendría que ser ese número, cuestión que aquí también se dejará relativamente abierta.<sup>30</sup> El Código del 21, como lo ha indicado desde siempre Zaffaroni,<sup>31</sup> es un buen punto de partida, que requiere, como lo sabe la Comisión redactora de la reforma, una actualización que retire lo que ya es nieve de ayer e incorpore algunas novedades aceptables.

El nuevo Código Penal debería ser aprobado (o desechado) por el parlamento en un debate “a todo o nada”, sin posibilidad de sancionar una versión distinta de la presentada por la Comisión creada por el decreto 678/2012. Este procedimiento, conocido como “aprobación a libro cerrado”, es el típicamente empleado para los códigos. En verdad, si la codificación tiene algún sentido sistemático defendible –y creo que ello evidentemente es así– sólo el libro cerrado asegura la calidad técnica de la obra y su armonía sistemática.<sup>32</sup> Por ello, el texto del Código Penal que presentará la Comisión Zaffaroni deberá ser preservado de toda discusión parlamentaria posterior que lo

29. Ver Prittwitz, C., “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿última ratio?”, *op. cit.*, p. 441.

30. El tratado con algún detalle mayor esta propuesta, aunque algo caprichosamente, en Pastor, *Recodificación...* (cit. N°3), p. 182 y ss.

31. “En mi opinión, considero que habría que volver al texto [del Código Penal] de Rodolfo Moreno, de 1921” (entrevista publicada en *La Nación*, Buenos Aires, 13.2.2005[[http://www.lanacion.com.ar/EdicionImpresa/politica/nota.asp?nota\\_id=679347](http://www.lanacion.com.ar/EdicionImpresa/politica/nota.asp?nota_id=679347)]).

32. Ver Pastor, *Recodificación...* (cit. N°3), p. 237 y ss.

modifique y altere el funcionamiento del conjunto. La Comisión de trabajo tiene una integración plural y ha abierto una instancia amplísima de consulta a la comunidad para recibir de ésta sugerencias y opiniones que serán consideradas en la elaboración del nuevo Código Penal. Esto ya es garantía de discusión democrática sobre el proyecto. Por lo demás, el Parlamento tendrá el momento decisivo de expresión final de la voluntad popular, dado que, después de toda el debate que sea necesario, tendrá la resolución de aprobar el código o rechazarlo según el producto de esa disputa.

Otro problema vinculado a la reserva de código se refiere a la cuestión de cómo asegurar la codificación sin caer en una cristalización socialmente inútil de la legislación penal. No es posible desconocer que la cambiante realidad social, con su complejidad y todos sus componentes atendibles (políticos, económicos, culturales, etc.), exige cambios necesarios y aceptables en la selección de los supuestos a punir y en las demás reglas jurídicas que operan asociadas a ello (especialmente el derecho procesal penal y el derecho de la organización judicial).<sup>33</sup> Pero también es cierto que por sus propias circunstancias de funcionamiento y especialmente por tratarse de la más violenta de las reacciones sociales, la reforma del régimen punitivo tendría que ser administrada con un análisis previo, detenido y profundo, acerca de su conveniencia técnica y de su impacto en el sistema, de modo que ya por naturaleza y definición el derecho penal no puede correr detrás de todos los cambios y latir a la par de ellos. Por lo contrario, hay que admitir que siempre va a ir detrás y muy detrás, pues es un instrumento que no resulta competente para las enormes responsabilidades que actualmente, aunque sólo sea en símbolos, se le asignan.

Correcto en esta cuestión es derivar del método codificado y de la reserva de código una regla según la cual, también por auto-limitación parlamentaria, la legislación de la materia penal sólo pueda ser reformada una vez al año por una ley general de reforma (subprincipio de concentración de la reforma).<sup>34</sup>

Este método brinda ventajas relevantes. Así, por un lado, la incorporación de todas las reformas del código por medio de una sola norma y sólo una vez al año es la única manera de asegurar seriamente los principios

33. Ver Demetrio Crespo, *op. cit.*, p. 74 y ss.

34. Ver, más puntillosamente al respecto, Pastor, *Recodificación...* (cit. N°3), p. 227 y ss.

básicos del sistema penal de accesibilidad y cognoscibilidad sencilla y segura de sus preceptos, superándose de esta forma el actual caos de una legislación que cambia a cada instante, sin permitir su conocimiento adecuado, pues antes de que se lo logre ya ha cambiado otra vez, sin tolerar que legos y profesionales puedan tener sus textos legales al día por más de un minuto. Asimismo, por otro lado, esta metodología introduce un importante punto de racionalidad –mínimo pero indispensable– en cuanto al mantenimiento de la sistematicidad del código. Por cierto, una reforma anual única de la legislación penal, elaborada obviamente por una Comisión que tenga las mismas características que la creada por el decreto 678/2012, otorga el tiempo necesario para reflexionar, sin ansiedad ni presiones, no sólo acerca de la conveniencia o no de las distintas reformas que se vayan proyectando, sino también de su acomodamiento armónico en la estructura del código para impedir que se quiebre su necesaria sistemática.

También deberían ser atendidas, por medio del subprincipio de *quorum*, las propuestas de Ferrajoli (procedimiento parlamentario agravado)<sup>35</sup> y Maier (dos tercios de los legisladores)<sup>36</sup> acerca de la necesidad de exigir un trámite parlamentario especial para la aprobación de la reforma de la legislación penal codificada. En este sentido, resultan sorprendentemente adecuadas las palabras de Carlos Tejedor, el gran codificador penal sudamericano del siglo XIX: “Un código es una colección de leyes coordinadas bajo un sistema. De aquí viene que no pueda tratársele como a cualquier ley”.<sup>37</sup>

La interpretación de Maier merece la aprobación, pues si es normal que las Constituciones exijan mayorías calificadas para otras materias,<sup>38</sup> entonces resulta indudable que, por analogía en favor de los individuos y para garantizar el mandato constitucional que impone el método codificado para la legislación penal se debería reclamar una mayoría de las dos terceras

35. Ver Ferrajoli, “Pasado y futuro del estado de derecho”, *op. cit.*, p. 23.

36. Ver Maier, “¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho?”, *op. cit.*, p. 273 y s.

37. Tejedor, Carlos, Diario de Sesiones. Cámara de Diputados, 1859, p. 358 (apud Tau Anzoátegui, *op. cit.*, p. 332).

38. CN, arts. 66 (correcciones disciplinarias [entonces, con cuanto más razón lo relativo a las sanciones penales]), 70 (suspensión de funciones de los acusados), 83 (cierta insistencia en proyectos desechados), 99, inc. 4 (acuerdo del Senado al nombramiento de los jueces de la Corte Suprema).

partes de los miembros del Parlamento para la aprobación de cada ley anual de reforma de la legislación codificada del sistema punitivo, una vez que ese derecho haya sido recodificado.<sup>39</sup>

Las propuestas formuladas precedentemente, complementarias del trabajo central de recodificar la legislación penal, son tan atractivas para la producción de un derecho punitivo de calidad como atrevidas en cuanto a su sustento argumental. Si bien muchas de ellas no pueden más que ser compartidas por un número elevado de quienes participan de estas discusiones, otras no obtendrán más que mínimas aprobaciones. Sin duda lo más audaz de todo lo propuesto es justificar el carácter constitucional del principio de reserva de código y sus derivaciones.<sup>40</sup> Sin embargo, en cuanto se atienda en serio a la relación ya explicada entre el movimiento del constitucionalismo liberal y el de la codificación se verá con claridad que las constituciones modernas reclaman derecho codificado y que lo exigen con el sentido preciso que este método tiene en la cultura del código y cuyo contenido exacto aparece en el espíritu con el cual ha sido creada la Comisión encargada de la reforma penal en estudio.

## **V. La recodificación procesal**

Resulta imperioso extender los alcances de la iniciativa de reforma penal, simultánea o sucesivamente, a una modificación del derecho procesal nacional encarada con la misma metodología de trabajo.<sup>41</sup> Ambos escenarios son inseparables y se condicionan mutuamente.

La pérdida de centralidad del código (descodificación) rige también para el derecho procesal penal, pues es usual que los ámbitos especiales del

39. Dado que el actual caos jurídico penal fue introducido por un mayoría simple de representantes, entonces el proceso recodificador que le pondrá fin debe contar con la misma prerrogativa y plasmar en su texto, como reglamentación del mandato constitucional de codificar el derecho del sistema punitivo, la autolimitación de reformar ese texto en el futuro únicamente con las dos terceras partes de todos los parlamentarios.

40. Las dificultades y riesgos de esta afirmación provienen de que, quien la sostenga, tiene que mantener también –inevitablemente– el carácter inconstitucional de la legislación extra-código.

41. En especial es esperable que la tarea quede a cargo de una Comisión también muy reducida.

derecho punitivo inflacionario no se detengan en la incorporación de reglas de parte general y de parte especial propias, sino que también construyen normas procesales *ad hoc* o directamente un derecho procesal específico (así, en gran medida, en el derecho de drogas, en el derecho penal tributario, etc.), efecto que muchas veces se extiende a la descentralización de la organización judicial al proliferar cuerpos jurisdiccionales expertos en las distintas especialidades punitivas (derecho penal económico, fiscal, de bagatela o correccional, etc.). Es por ello que si bien la recodificación se orienta más al derecho sustantivo, la propuesta analizada parte, sin lugar a dudas, de la consideración del derecho penal como sistema punitivo que, como tal, abarca necesaria y conjuntamente las partes general, especial y ejecutiva del derecho material, el derecho procesal penal propiamente dicho y el derecho de la organización judicial, incluidas la fiscalía y la defensa pública.<sup>42</sup>

Ya en la década del 30 del siglo pasado Soler y Vélez Mariconde justificaron la reforma del procedimiento penal en la necesidad, indiscutible, de ajustarlo con precisión justamente al Código Penal de 1921.<sup>43</sup> Del mismo modo, la más seria de todas las propuestas de reforma del derecho procesal penal nacional, dirigida por Julio Maier en la década del 80, incluía todas las modificaciones necesarias de la ley sustantiva relativas a las instituciones íntimamente vinculadas con lo procedimental.

Asimismo, la aspiración de la reforma penal en curso, tendente a unificar en el código todas las figuras, conducirá a que las reglas procesales de las leyes penales complementarias y especiales tengan vida ultraactiva y dispersa si no son, consecuentemente, integradas en el código de procedimientos, una razón más que justifica la ejecución conjunta y coordinada de la reestructuración de ambos cuerpos normativos.

Por otra parte, las provincias también tendrán que reformar sus códigos procesales para adaptarlos al nuevo Código Penal, de modo que un

42. Ver Pastor, *Recodificación...* (cit. N°3), p. 73 y s.

43. Soler y Vélez Mariconde defendieron, en 1937, la necesidad de sanción de un nuevo régimen procesal también porque había sido reformada, en 1922, la ley sustantiva: “después de la reforma de 1922, el actual C. de Procedimientos no solamente es un instrumento inadecuado, sino perjudicial, porque, carente de toda elasticidad, no solamente es inadaptable a la nueva legislación de fondo, sino que hace imposible la aplicación de la ley en numerosas sanciones” (Soler, S. y Vélez Mariconde, A., *Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, Córdoba [Arg.], 1938, p. X).

régimen procesal penal nacional también nuevo –y ya ajustado a la ley de fondo recién hecha– servirá de modelo para esa tarea, además de funcionar, según lo ha predicado usualmente en nuestro medio, de norma básica de reglamentación procesal mínima de las garantías del bloque de constitucionalidad a partir del cual las provincias pueden otorgar derechos más amplios sin restringir los otorgados por el código nacional.

Así pues, a esta reforma del Código Penal tendría que seguirle, como la sombra al cuerpo, una reforma específica del legislación procesal que ponga a ambos en la misma sintonía, para lo cual es necesario un proyecto completamente nuevo, en tanto que las propuestas de reforma procesal que hoy están en discusión, todas muy válidas por cierto, no han previsto la reforma penal ni, obviamente, han podido tener en consideración sus herramientas sustantivas concretas para orientar en ellas las decisiones de política procesal.

Esta noción inclusiva de lo procesal en lo penal está presente en el trasfondo de la recodificación material iniciada. La propia idea de combinar el derecho penal con el derecho internacional, explícita en el decreto 678/2012, debería ser extendida al derecho procesal penal, que es inseparable precisamente tanto de la ley sustantiva como de los catálogos de derechos humanos, lo cual también conforma “un conjunto de cuestiones que demandan un tratamiento integrador”. Lo mismo sucede con el objetivo de la reforma de tomar en cuenta las legislaciones de la región para favorecer la integración. Con ese propósito se justifica igualmente un código de procedimientos, de bases mínimas, que sirva además para favorecer la implementación de estrategias político-criminales entre la Nación y las provincias. Si códigos penales similares cooperan con la integración sudamericana, códigos procesales idénticos ayudarán a esa unión regional y a la integración jurídica nacional, con una bienvenida profundización, en este último ambiente, del tratamiento igualitario de todos los afectados por el poder punitivo, en todas sus instancias de ejercicio, artificialmente seccionadas por una decisión que sólo puede ser calificada como demencial.<sup>44</sup>

44. 25 códigos de procedimientos penales es lo más irracional que puede exhibir al mundo un país que todavía se declara gobernado por el derecho. Especialmente porque todos esos códigos provinciales aplican un único código de fondo nacional. Esto es estupidez, no federalismo. Federal sería que cada provincia dictara también, junto a las procesales, sus leyes sustantivas.

Los deseos de afianzar el principio de legalidad penal que se impone como tarea la Comisión creada por el decreto 678/2012 no deben detenerse en los aspectos materiales del tratamiento del delito. Esta exigencia de taxatividad jurídica rige también para el derecho procesal penal, pues al ser éste también coacción estatal (e incluso casi siempre con carácter análogo a la pena) está abarcado por el principio *nulla coactio sine lege* que es al derecho procesal lo que el *nullum crimen* es al derecho sustantivo.<sup>45</sup>

Por consiguiente, así como la reforma del código penal emprendida ahora implica una continuación de la intentada en 2004 por el mismo Gobierno (Anteproyecto de 2006), que no pudo concretarse, la nueva reforma procesal penal a ser iniciada tendría que constituir una continuación de la elaborada entre 2007 y 2008,<sup>46</sup> cuyo Anteproyecto<sup>47</sup> corrió la misma suerte que el Anteproyecto de Código Penal de 2006, sobre todo porque, como ya se indicó, el régimen procesal tendrá que ser adecuado puntillosamente al nuevo Código Penal que presente la Comisión redactora designada por el decreto 678/2012.

## VI. Conclusiones

El derecho es un artificio para tratar de asegurar la paz social, una “regla de convivencia civilizada”,<sup>48</sup> que se expresa, en el caso del penal, por medio del castigo de las conductas prohibidas pero a través de limitaciones regladas del poder que están justificadas por ese fin y que actúan como una metodología racional de moderación humanista en una sociedad democrática en la que todos sus miembros reciben un trato jurídica y políticamente igualitario.

45. Ver Pastor, *Recodificación...* (cit. N°3), p. 78 y s.

46. Según lo dispuesto por el decreto N°115/2007.

47. Ver los detalles en “Análisis crítico del Anteproyecto de reforma procesal penal nacional”, en Revista *Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, N°6/2008, pp. 919 a 1138.

48. Zaffaroni, E., “Reconstrucción institucional de la justicia”, estudio preliminar a *¿Cómo funciona la máquina judicial? El modelo italiano* de C. Guarnieri, trad. de Alejandro W. Slokar y Norberto F. Frontini, Buenos Aires, 2003, p. 29.

La recodificación penal, entendida como aquí se la ha considerado, a saber, como mandato del Estado constitucional de derecho, establece los límites de actuación de un poder penal democrático, respetuoso de los derechos fundamentales y efectivo, pues no se lo puede utilizar indiscriminadamente, sino que su empleo legítimo estará asegurado por el método del derecho codificado: lo que no se puede codificar penalmente no se puede usar como instrumento punitivo. De este modo, la recodificación sirve como herramienta tendencialmente apta para la *racionalización de la legislación punitiva* en dos sentidos, pues desde el punto de vista de la *racionalidad ética* permite únicamente un derecho penal mínimo, orientado a la protección de unos pocos bienes de verdad fundamentales, en tanto que, desde el punto de vista de la *racionalidad formal*, la recodificación supone un método apropiado para legislar con seguridad sistemática.<sup>49</sup>

Para garantizar una recodificación, así entendida, es preciso introducir el principio de reserva de código y sus manifestaciones asegurativas.<sup>50</sup>

La reforma del Código Penal a cargo de la Comisión creada por el decreto 678/2012 es un gran paso para lograr esos objetivos, dado que tiene como finalidad central devolver racionalidad a la legislación penal. Ese propósito se canaliza por la elección de una metodología de trabajo que hace de la codificación una garantía de sensatez en las expresiones punitivas del Estado. Este modelo de trabajo asegura un sometimiento riguroso de las normas penales a las disposiciones de orden constitucional que –en respeto

49. Esto significa ofrecer discursivamente, en los términos empleados por Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, *op. cit.*, p. 87, las condiciones necesarias para desarrollar, a partir del principio de la codificación, la racionalidad de la legislación punitiva.

50. El Código Penal debería tener como último artículo el siguiente: “En materia penal sólo resultarán aplicables las normas establecidas por el derecho constitucional, por el derecho internacional de los derechos fundamentales y por este Código. Toda disposición penal anterior, contenida en leyes generales o especiales, queda derogada. Todo precepto penal futuro deberá ser incorporado a este Código o no tendrá valor alguno como tal. Las modificaciones al Código podrán ser realizadas por una única ley anual que requerirá mayoría de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara del Congreso Nacional y nunca podrán suponer que sea excedido el número máximo de delitos previstos en este código”. Deseable sería, además, la futura constitucionalización de esta regla (tal la propuesta de Maiello, “Riserva di codice e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice”, *op. cit.*, p. 161 y ss.

de los derechos fundamentales del individuo moldeados en distintos catálogos igualmente vigentes y aplicables– exigen un régimen represivo mínimo, liberal y moderado. Las afectaciones graves de la convivencia pacífica deben ser tratadas con la consecuencia equivalentemente grave que supone la pena estatal, pero sólo ellas y no de cualquier manera. La sistematicidad, exactitud y proporcionalidad que brinda un Código Penal bien hecho es el mejor comienzo para transitar el largo y arduo camino hacia un ejercicio del poder punitivo menos arbitrario y más humano.

Es tiempo de dejar trabajar a los que están mejor preparados para hacer las cosas bien. El decreto 678/2012 brinda al respecto razones para ilusionarse: es el momento de dejar a Zaffaroni hacer.



# A propósito de la reforma al Código Civil

Duguit y la constitucionalización del derecho privado<sup>1</sup>

*Marcelo Alegre*

Profesor adjunto de Teoría General del  
Derecho. Secretario de Investigación  
de la Facultad de Derecho, UBA.

## Introducción

En nuestro país se discute en estos días una posible reforma al Código Civil. Una de las notas características del anteproyecto elaborado por la comisión designada por el poder ejecutivo es la noción de que el derecho privado debe constitucionalizarse.<sup>2</sup> La constitucionalización del derecho privado implica echar por tierra con la tradicional pretensión de aislar al derecho privado del alcance de los principios constitucionales, sobre todo en lo atinente a estándares de justicia distributiva. La idea tradicional era que el derecho privado tiene su propia dinámica, y sus propios principios. Una consecuencia de esta postura es la doctrina de la eficacia vertical (opuesta a la eficacia “horizontal”) de los derechos fundamentales.<sup>3</sup> Según esta postura,

1. Una versión previa de este texto fue presentada en la videoconferencia internacional en homenaje a los cien años de las conferencias de León Duguit, realizada en la Facultad de Derecho en noviembre de 2011. Agradezco a los participantes, en especial a Matthew Mirow, de la Florida International University College of Law, y a mis colegas Tulio Ortiz, Abelardo Levaggi y Luciana Scotti.

2. Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. [http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS\\_DEL\\_ANTEPROYECTO\\_DE\\_CODIGO\\_CIVIL\\_Y\\_COMERCIAL\\_DE\\_LA\\_NACION.pdf](http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf).

3. Ver el análisis de Víctor Ferreres en “La eficacia de los derechos constitucionales frente

los derechos fundamentales (típicamente reconocidos en los textos constitucionales) obligan al Estado pero no a los particulares en las relaciones entre sí.

Otra implicancia práctica de la perspectiva “constitucionalizadora” es el abandono de la idea de la familia como una institución puramente “privada” y por lo tanto al margen de la acción del Estado y de los principios de justicia. La literatura feminista<sup>4</sup> ha mostrado las inconsistencias de esta concepción tradicional. Lo cierto es que las normas que rigen la vida interna de las familias son un producto estatal, y la noción de la familia como propia del ámbito privado, encubre y refuerza la desigualdad de género, desprotegiendo a las mujeres frente a la desigualdad material, la explotación y hasta la violencia. La constitucionalización del derecho privado también somete a un cuestionamiento radical a las normas sobre los contratos y los derechos reales, y en particular al derecho de propiedad. Una de las influencias principales es la incorporación de la desigualdad económica en el tratamiento de estas prácticas e instituciones.

Hace un siglo y un año, el jurista francés Léon Duguit dio sus célebres conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.<sup>5</sup> Allí, Duguit defendió varias nociones novedosas, y en especial su famosa concepción de la propiedad como función social.<sup>6</sup> Quisiera proponer que consideremos a Duguit como un precursor de la idea de la constitucionalización del derecho privado. En efecto, su tesis de “la propiedad como función social” expresa una visión modernizante del derecho de propiedad, y un intento de reconcebir esta institución a la luz de principios propios del constitucionalismo social o liberal igualitario. Esta postura se opone a una

---

a los particulares”, en SELA 2001, *Los Derechos Fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

4. Por ejemplo, Moller Okin, Susan; *Justice, Gender, and the Family*, Basic Books, Nueva York, 1989.

5. Para un análisis detallado de las conferencias, ver Mirow, Matthew C., *The Social-Obligation Norm of Property. Duguit, Hayem, and Others*, Florida Journal of International Law, Vol. 22, 2010, pp. 191-226; Florida International University Legal Studies Research Paper N°10-60. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1662226>.

6. Duguit, Léon, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*, traducción de Carlos G. Posada, Libr. Española y Extranjera, Madrid, p. 199.

concepción de la propiedad como un derecho absoluto, desconectado e independiente de otras consideraciones políticas o valorativas.<sup>7</sup>

### **Duguit, positivista y realista**

Ante todo Duguit defiende una posición académica, una concepción del derecho y del estudio del Derecho. Es una perspectiva positivista, inspirada en el ideal de la ciencia, respetuosa de las investigaciones empíricas. Ideas semejantes comenzaban a difundirse en diversas latitudes, por caso, en los Estados Unidos a través de la escuela del Realismo Jurídico. Así, dice Duguit:

“[S]i al estudiar el Derecho moderno se limita uno a comentar los textos de nuestros códigos, se ignorará casi toda la realidad” (p. 166). “[E]l realismo no es ni una escuela ni una doctrina: es un método, el único método fecundo, el único método científico en todo orden de conocimientos, sea el que fuere. Es preciso observar los hechos, analizarlos y hacer su síntesis [...] Para estudiar el derecho es preciso ante todo hacer observaciones sociales y abandonar todas las viejas concepciones metafísicas sin valor y sin realidad” (pp. 167-168).

Esta posición desdeña el uso de conceptos “metafísicos”, es decir no comprobables empíricamente. Uno de estos conceptos es el de los derechos. Mucho tiempo antes de la revolución de los derechos humanos, luego de la Segunda Guerra Mundial, esta rebelión contra los derechos era una reacción contra la pretensión de explicar los derechos subjetivos en términos absolutos, incondicionales, lo que en el caso de la propiedad, por ejemplo, conllevaba obturar toda política pública de redistribución de la riqueza o de protección de los contratantes más débiles económicamente. Esta noción absolutista del derecho de propiedad era, para positivistas como Duguit, un obstáculo para el progreso. Así, dice Duguit:

7. Jeremy Waldron ha cuestionado esta visión en *The Right to Private Property*, Oxford, 1988.

“[L]a propiedad derecho subjetivo es una concepción de orden puramente metafísico, en contradicción radical con el positivismo moderno” (p. 149). “[L]a propiedad es una institución jurídica que se ha formado para responder a una necesidad económica, como por otra parte todas las instituciones jurídicas, y que evoluciona necesariamente con las necesidades económicas mismas” (p. 142).

Es importante hacer notar que la postura de Duguit no implicaba un cientificismo pretendidamente neutral o aséptico. Por el contrario, su análisis de la propiedad estaba guiado por una valoración del progreso social, manifestado por una regulación inteligente de la propiedad para orientarla a las demandas sociales. Aunque con un tono educado, Duguit se vio obligado a dejar asentado que Argentina tenía aún un sendero a recorrer para alcanzar al mundo más desarrollado. Así:

“La evolución que intentaré describir está, yo creo, mucho menos adelantada en los países de la América del Sur, que en los países europeos, particularmente en Francia y en Inglaterra. Me colocaré sobre todo en el punto de vista francés y vosotros haréis la comparación” (pp. 142-143). “En vuestro país, decía, la evolución de la propiedad está indudablemente menos adelantada que en Europa, particularmente en lo que se refiere a esta última especie de propiedad. Quizás podría caracterizar el momento en el cual todavía os encontráis, diciendo que es el momento de la propiedad-especulación, pero al cual seguirá una época, que no está quizás muy lejana, de la propiedad-función, ya que la evolución de la sociedades, y particularmente de las sociedades latinas, que han llegado a un mismo grado de civilización, es semejante” (pp. 143-144).

### **¿Duguit utilitarista?**

Un componente importante de las ideas de Duguit lo constituyen sus creencias de corte utilitarista. Comencemos por la crítica a la noción tradicional de la propiedad. Duguit rechaza la visión absolutista en parte por su incapacidad para servir intereses sociales:

“...el propietario, al tener el derecho de usar, de gozar y de disponer de la cosa, tiene por eso mismo el derecho de no usar, de no gozar, de no

disponer, y por consiguiente de dejar sus tierras sin cultivar, sus solares urbanos sin construcciones, sus casa sin alquilar y sin conservar, sus capitales mobiliarios improductivos” (pp. 146-147).

Según Duguit, debemos comprender al derecho de propiedad de un modo radicalmente diferente. La propiedad no es sólo un conjunto de derechos, sino principalmente fuente de obligaciones para el propietario, obligaciones que se correlacionan con fines colectivos valiosos:

“La propiedad es para todo poseedor de una riqueza el deber, la obligación de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependencia social. [...] Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla” (p. 151).

La conclusión de estas consideraciones utilitaristas es su famosa definición de la propiedad como una función social:

“La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza” (p. 151).

Con tono conciliatorio, Duguit enfatiza que su posición no debería escandalizar a nadie:

“Es de notar que hoy día los más ardientes defensores de la propiedad individual, los economistas más ortodoxos, se ven obligados a reconocer que si la afectación de una cosa a la utilidad individual está protegida, es ante todo a causa de la utilidad social que de ellos resulta” (p. 152).

Esta mirada utilitarista es un paso adelante respecto de concepciones oscurantistas, pero tiene sus riesgos.<sup>8</sup> Es un paso adelante porque expresa

8. Para un análisis de los pros y contras del utilitarismo, ver, por ejemplo, Kymlicka, Will, *Filosofía Política contemporánea*, Ariel, Barcelona, 1995.

un impulso igualitario, en tanto la construcción de los objetivos sociales varios tenga en cuenta las preferencias de todos los miembros de la sociedad. También es un aporte positivo del utilitarismo el subordinar las políticas públicas a estándares verificables empíricamente. En otras palabras, el estado debe justificar en términos asequibles a todas sus acciones regulatorias, y ya no será suficiente el recurso a entidades metafísicas o conceptos sin fundamentos o referencias observables.

Por otra parte, es bien conocido el lado oscuro del utilitarismo: en tanto depende de cálculos agregativos, el enfoque utilitarista, al decir de Rawls, “no toma seriamente en cuenta la separabilidad de las personas”. En otras palabras, en ciertas circunstancias los intereses más importantes de una persona o grupo pueden verse vulnerados en atención a intereses menos importantes pero pertenecientes a un grupo mayor de personas. El utilitarismo está en tensión con el ideal de los derechos. Algunas observaciones de Duguit lo muestran flirteando con esta faz antiindividualista del utilitarismo:

“[E]l individuo no es más que una rueda de la vasta máquina que constituye el cuerpo social; que cada uno de nosotros no tiene razón de ser en el mundo más que por la labor que realiza en la obra social” (p. 150).

Pero veremos más adelante que la concepción de Duguit no colisiona tan frontalmente como parece con las demandas más razonables del liberalismo individualista.

### **¿Duguit, el socialista?**

En ciertos pasajes el enfoque utilitarista se acerca a una concepción socialista, o radical, en la medida en que propicia que la regulación de la institución de la propiedad no debe balancear el interés individual con el colectivo, sino dar preeminencia a este último:

“[E]l derecho positivo no protege el pretendido derecho subjetivo del propietario; pero garantiza la propiedad del poseedor de una riqueza, para cumplir la función social que le incumbe por el hecho mismo de esta posesión, y por esto es por lo que yo puedo decir sobre todo que la propiedad se socializa” (p. 152).

“La evolución se realiza también aquí en el sentido socialista, está también determinada por una interdependencia cada vez más estrecha de los diferentes elementos sociales. De ahí que la propiedad, por decirlo así, se socialice. Esto no significa que llegue a ser colectiva en el sentido de las doctrinas colectivistas; pero significa dos cosas: primeramente, que la propiedad individual deja de ser un derecho del individuo, para convertirse en una función social; y en segundo lugar, que los casos de afectación de riqueza a las colectividades, que jurídicamente deben ser protegidas, son cada día más numerosas” (p. 142).

Esta perspectiva radical se manifiesta muy claramente en la crítica de Duguit al sistema tradicional de regulación del derecho de propiedad:

“¿Cómo han organizado esta institución social los códigos fundados en el principio individualista y civilista? De una manera bien sencilla. Primeramente, sus autores no se han preocupado de apreciar la legitimidad de las apropiaciones existentes de hecho y de determinar su fundamento. Han tomado las situaciones existentes y las han declarado intangibles” (p. 144). “Por otra parte, siendo profundamente individualistas, no han tenido en cuenta más que la afectación de la riqueza a un fin individual, el complemento y algo así como la condición misma de la libertad, de la autonomía individual. No han comprendido, ni han podido comprender, más que la protección de este destino individual” (p. 144-145).

Duguit formula una crítica que se volvería muy frecuente en los enfoques progresistas sobre la propiedad: el estado moderno no puede tomar la distribución existente de la propiedad como un dato inmodificable. Por el contrario, le compete al Estado llevar adelante políticas redistributivas, que por un lado procuren una cierta dispersión de la riqueza, y por el otro, garanticen a todos un acceso a un mínimo de propiedad. La crítica de Duguit al sistema tradicional culmina con esta observación profundamente revisionista:

“El derecho de propiedad [en el enfoque tradicional] es, además, absoluto en su duración; y sobre este carácter es sobre el que se funda el derecho de testar; ya que el propietario titular de un derecho absoluto,

tiene lógicamente el poder de disponer de sus bienes durante su vida y después” (p. 148).

Duguit pone en cuestión que el derecho de propiedad deba necesariamente revestir un carácter vitalicio, y que deba incluir un derecho absoluto de disponer de esa propiedad a través del testamento. Este ataque al derecho absoluto de testar convalidaría restricciones como las que protegen a todos los hijos por igual (contra la institución que privilegia, por ejemplo, a los primogénitos). Pero también legitima las críticas a la institución de la herencia basadas en la igualdad de oportunidades, críticas que, por ejemplo, favorecen un impuesto a este tipo de transmisión de bienes.

### **¿Duguit el liberal?**

Las ideas de Duguit no son fácilmente clasificables. Como dije, hay en sus conferencias rasgos realistas y positivistas, utilitaristas y social-demócratas. Si bien los párrafos anteriores parecen arrasarse con toda noción liberal o individualista, Duguit se apresura a dejar en claro que hay una dimensión de la propiedad que no se vería afectada por su concepción de ella como una función social. Es aquella propiedad que sirve a necesidades personales, o al consumo individual como opuesta a la propiedad “capitalista”.

“[E]n este estudio considero exclusivamente lo que los economistas llaman la propiedad capitalista, dejando a un lado la propiedad de los objetos de consumo, que presenta un carácter absolutamente diferente, y que no sería exacto decir que evoluciona en el sentido socialista” (p. 143). “[L]a propiedad individual persiste protegida contra todos los atentados, incluso contra los que procedan del poder público. Es más: diría que está más fuertemente protegida que con la concepción tradicional” (p. 153).

Duguit reconoce que la propiedad sirve, en esa medida, a exigencias importantes de la libertad. Un mínimo de propiedad, en efecto, puede entenderse como un requisito para el ejercicio de la autonomía, así como también para la protección de la privacidad y la dignidad de las personas. En esta línea de razonamiento, afirma Duguit:

“El propietario tiene el deber, y por tanto el poder, de emplear la cosa que posee en la satisfacción de las necesidades individuales, y especialmente de las suyas propias, de emplear la cosa en el desenvolvimiento de su actividad física, intelectual y moral. No se olvide, en efecto, que la intensidad de la división del trabajo social está en razón directa de la intensidad de la actividad individual” (p. 157).

Estas consideraciones acerca del rol positivo del derecho de propiedad (con los límites que le impone la idea de la función social) traslucen una cierta similitud con lo que Amartya Sen llama el libertarismo no disparatado (no-nonsense libertarianism),<sup>9</sup> es decir el enfoque liberal clásico que hace énfasis en la limitación del poder estatal, defiende el papel de la propiedad en la protección de la libertad y elogia los efectos positivos de la economía de mercado. Por otra parte, estaríamos frente a un libertarismo disparatado en el caso de que se pretendiese que el mercado funcionara sin limitaciones, se impugnase toda regulación de la propiedad o se considerara como intocable la distribución actual de la riqueza. Autores contemporáneos como Ronald Dworkin han desarrollado extensamente la convicción de que la igualdad económica es compatible con (y hasta requiere de) instituciones que protejan la propiedad privada y la operación de los mercados.

Duguit refuerza esta toma de distancia respecto de sus observaciones más radicales descalificando la idea marxista de la lucha de clases, y acercándose a posturas solidaristas a la Durkheim:

“[A]dmito como un hecho la posesión de la riqueza capitalista por un cierto número de individuos. No tengo por qué criticar o justificar ese hecho; sería un trabajo perdido precisamente porque es un hecho. No investigo tampoco si, como pretenden ciertas escuelas, hay una oposición irremediable entre los que tienen la riqueza y los que no la tienen, entre la clase propietaria y la clase proletaria, debiendo ésta expropiar y aniquilar lo más pronto posible a aquella. Pero no puedo, sin embargo, menos de decir que, en mi opinión, esas escuelas tienen una visión absolutamente equivocada de las cosas: la estructura de las sociedades modernas es mucho más compleja. En Francia, principalmente, un

9. Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Harvard, 2010.

gran número de personas son a la vez propietarios y trabajadores. Es un crimen predicar la lucha de clases, y estimo que marchamos, no hacia el aniquilamiento de una clase por otra, sino, por el contrario, hacia un régimen de coordinación y de jerarquización de las clases” (p. 153).

## 6. Armando el rompecabezas

La constitucionalización del derecho privado es la tendencia a extender el marco de aplicación de los principios constitucionales, rechazando la pretensión de insularizar ciertas áreas del derecho, o la idea de que ciertas áreas se rigen por principios especiales, desconectados de los estándares constitucionales. Las históricas conferencias de Léon Duguit son, a mi juicio, una temprana contribución a esta visión modernizadora de las instituciones jurídicas. Su concepción de la propiedad como función social combina perspectivas propias del positivismo, del utilitarismo, del liberalismo clásico y del igualitarismo social-demócrata.

En la medida en que nuestra Constitución también contiene principios provenientes de estas corrientes, la constitucionalización del derecho privado exige articular de algún modo estos puntos de vista. Una forma de combinar las exigencias diversas y en algunos casos contradictorias de estas corrientes es la de la estrategia rawlsiana.<sup>10</sup> Para Rawls, el trasfondo de los principios de justicia está constituido por una democracia constitucional vigorosa, en la que las consideraciones utilitaristas son mediadas a través de los mecanismos de la política democrática. Pero las consideraciones de utilidad general pueden en ocasiones frustrar la justicia, como en el caso en el que una mayoría manifiesta preferencias discriminatorias en perjuicio de alguna minoría impopular, o como en lo referente a la distribución de la riqueza, ya que el utilitarismo es en principio neutral respecto de los aspectos distributivos. Por lo tanto, un estado puramente utilitarista sería injusto. Para evitarlo, entran en juego tres principios. En primer lugar un principio de respeto y promoción de las libertades civiles y políticas clásicas. En segundo lugar, un principio de nivelación del terreno de juego, o de igualdad real de oportunidades. Y en tercer lugar, Rawls propone un principio para limitar las desigualdades materiales, que sostiene que sólo serán admisibles las disparidades que beneficien a los más

10. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard, 1971.

desaventajados (en la práctica, las y los trabajadores/as no calificados y sus familias). Los tres principios están ordenados jerárquicamente, de modo que ni el primero puede sacrificarse para avanzar el segundo, ni el segundo puede ser sacrificado en aras de satisfacer al tercero.

El enfoque de Rawls, en suma, es típico del liberalismo igualitario, en tanto aspira a armonizar tres perspectivas en principio divergentes: el utilitarismo, el liberalismo clásico y el igualitarismo. Si fuera el caso (como creo que lo es) que nuestra Constitución reformada en 1994 encarnase un ideal liberal igualitario (al que considero estructuralmente similar al enfoque del estado social de derecho, que es una etiqueta más popular), entonces algún tipo de combinación de estos valores es inevitable. Es decir, la axiología de nuestra Constitución resulta de una articulación de las demandas más razonables del utilitarismo, el liberalismo clásico y el igualitarismo democrático.

El liberalismo igualitario, en la versión de Rawls, es sólo un ejemplo. Es indudable que pueden existir otras formas plausibles de ordenar estas exigencias de la justicia, derivadas de las perspectivas utilitaristas, liberales e igualitarias. Lo que resulta más difícil es ignorarlas, como podemos aprenderlo leyendo los textos de Duguit.

## **7. Conclusión**

En este texto he presentado a Léon Duguit como un exponente temprano de la tendencia, hoy dominante, de la constitucionalización del derecho privado. Quien defienda esta tendencia deberá comprometerse con alguna forma de aplicar al derecho privado los valores fundamentales expresados en la Constitución. Estos valores pueden sintetizarse en tres grandes nociones: el enfoque utilitarista, el enfoque demo-liberal y el igualitario. En sus conferencias de Buenos Aires, Duguit deja traslucir ideas afines a estas visiones. Frente a la sospecha de que tal vez estas ideas no son armonizables, he argumentado que el enfoque liberal igualitario parece ser una estrategia promisoría de articulación. En otras palabras, la defensa que Duguit realiza de posiciones que parecen antagónicas no es una exposición desordenada de intuiciones en conflicto, sino un intento de tomar en cuenta principios filosófico-políticos muy probablemente ineludibles en cualquier democracia constitucional. Si esto fuera correcto, a 101 años de sus célebres conferencias, no sería exagerado homenajear a Duguit como un sólido precursor de la democratización del derecho privado.



---

# El impacto del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia

*Nelly Minyersky*

Profesora Adjunta Consulta de Derecho de Familia, Facultad de Derecho, UBA. Directora de la Maestría y Carrera de Especialización en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles, UBA.

## **I - Introducción**

La Real Academia Española define a la palabra “reforma” como “aquello que se propone, proyecta o ejecuta como innovación o mejora en algo”.<sup>1</sup> Nuestro Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield es el encargado de regir la vida de los argentinos desde el año 1871. De aquel momento a la fecha ha pasado casi un siglo y medio, y si bien ha tenido importantes reformas, tales como las leyes 23.515 y 23.264, lo cierto es que es imprescindible una reforma integral y una adecuación a las normas de derecho constitucional.

El Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial requerido por el Poder Ejecutivo, y bajo la dirección de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, se encuentra a estudio del Poder Legislativo; viene a cumplir una asignatura pendiente, la de adecuar la legislación civil y comercial en forma clara y precisa a nuestra realidad social en especial, en el marco de la Constitución Nacional de 1994 y los Derechos Humanos que ella consagra.

1. En <http://lema.rae.es/drae/?val=reforma> (el 02.07.12).

A partir de la era de la globalización de la información, los avances en todas las áreas de las ciencias, y la instantánea divulgación y socialización de todas las artes, se ha experimentado un desarrollo precipitado y profundo en la manera en que se relacionan las personas y en que las personas se reconocen como sujetos poseedores de derechos.

Que la información de todos los científicos e investigadores del mundo se encuentre a disposición de gran parte de la humanidad ha llevado a la sociedad en general, y a la comunidad científica en particular, a crecer en el estudio y entendimiento de los derechos humanos. La forma instantánea en la que se dan a conocer estos derechos permite que más gente, que quizás no ha concurrido a facultades para aprenderlos, tenga acceso a tal información y comprenda que cada uno de ellos es sujeto de derechos. Que las ciencias tienen por último y principal fin mejorar la existencia de mujeres y hombres desde su inicio. Que a su vez, las ciencias jurídicas se desarrollan y las leyes son su expresión. Y que las leyes deben crearse en beneficio de todos y que los derechos que las mismas otorgan deben ser conocidos, ejercidos y respetados para lograr un real empoderamiento de los mismos por parte de todos los ciudadanos.

El mundo en este último siglo y medio ha avanzado en el estudio, interpretación y consolidación de los derechos humanos, y en nuestra sociedad se ha prendido la chispa de humanización de los derechos.

Es que se ha comprendido que el respeto de los derechos humanos es el primer derecho a garantizar por parte del Estado, para que se pueda luego gozar de los derechos constitucionales, civiles, comerciales, etc.

En análisis particular de los tópicos en estudio en el presente artículo, cabe la pregunta individual: ¿era necesaria la reforma?

## **II - La Reforma propuesta en el derecho de familia**

A nuestro entender, están dadas las condiciones para avanzar en la aplicación de los tratados de derechos humanos a nuestro derecho positivo local. Las recomendaciones de los Comités Internacionales, y la jurisprudencia y la casuística así lo ameritan, y es exigida todos los días por los operadores del derecho.

Las distintas fuerzas políticas, sociales y culturales se han encaminado hacia la constitucionalización del derecho privado.

Se ha producido la privatización del derecho de familia, pero al mismo tiempo, este debe articularse con su constitucionalización o universalización, que devienen de la necesidad de hacer realidad los Derechos Humanos, incorporados a la Constitución de 1994. El derecho de familia ha sido siempre imbuido por el orden público: el matrimonio, sus efectos; la filiación, etc. Estos institutos han sido delineados por el Estado desconociendo la autonomía de las personas para regir sus vidas como la sexualidad, la procreación y el proyecto de vida personal.

Para iniciar este análisis, es preciso reconocer que la familia no es una institución natural, sino que es un producto evidentemente cultural, y por ende su destino se encuentra ligado al camino que la sociedad recorre: “Sabemos que a lo largo de la historia y antes de ella según los datos obtenidos por los prehistoriadores y por los antropólogos, lo que han existido han sido muy diferentes modelos familiares. Se puede discutir el orden evolutivo y las líneas de paso de uno a otro, pero no cabe duda que los modelos son diferentes y que, por consiguiente, más que de una única intemporal familia estamos en presencia de múltiples familias y modelos familiares”.<sup>2</sup> Cuando mencionamos que toda la sociedad ha cambiado, no podemos dejar de notar que ello ha devenido en un obligado cambio de las diferentes realidades por las que atraviesan las familias y la forma en que el Estado debe responder con iguales o distintas herramientas, pero siempre garantizando los mismos derechos a cada uno de los integrantes de las familias (cualquiera sea su modo de conformación). Porque como se plasma en los Fundamentos del Proyecto, lo que se necesita es conquistar la igualdad real y no abstracta para todos los ciudadanos.

Por otro lado, debemos atender a la realidad de que el derecho está siempre presente en el momento de constitución de las relaciones jurídicas familiares y los cambios sociales tienen sus propios factores genéticos. La vida social cambia en virtud de sus propias causas de cambio. El derecho las recoge, y si no lo hace la ley, igual el derecho cambiaría. Y si el Derecho no cambiara lo haría igual la vida social y el Derecho sería un factor de perturbación.

La relación entre Familia y Derecho no es sencilla. Históricamente ha existido una cierta tensión entre la familia-realidades sociales y la

2. L. Díez-Picazo, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 25.

familia-realidades jurídicas. La gran pregunta es si familia es aquello que el derecho acota como familia, o es aquello que los sociólogos o el común de los mortales asumen como familia.

Entiendo que las familias no se definen, sino que simplemente se conforman en base al respeto, la elección personal y las ideas de pluralismo, tolerancia y democracia. Debemos destacar que cada familia no es un ente autónomo en sí mismo, porque sin sus integrantes carece de sentido.

Partiendo de la realidad y de los usos y costumbres como fuente del derecho, este Proyecto ha tomado debida nota de que la familia ya no se conforma únicamente a partir de la unión de una pareja heterosexual en matrimonio, sino que existen muchos modelos de familia y cada una de ellas debe ser protegida atendiendo al art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, así como a los tratados que integran el bloque de constitucionalidad y tratados internacionales de derechos humanos en los que se ha comprometido nuestro país.

Teniendo entonces presente esta nueva concepción de las familias y de la sociedad, las acciones del Estado deben tender a la preservación de esta institución, pilar fundamental en la que son concebidos, ahijados y educados los nuevos sujetos de derecho. Ello solamente se logrará a través de la consideración de los derechos humanos de cada uno de los integrantes de la familia. Es así que este Proyecto respeta, recepta y regula las nuevas maternidades y paternidades que la sociedad ejerce y acepta en sus usos y costumbres.

El Derecho de Familia ha sido estudiado por los juristas concibiendo a la familia como una institución jurídica, formada por un complejo entramado de relaciones, que está regida por normas jurídicas. Es decir, para los juristas siempre la familia ha sido una realidad jurídica. Por otro lado, la sociología la concibe como una realidad social, para la cual el Derecho le es algo ajeno. Así lo ha explicado Luis Díez-Picazo, quien también sostiene que “las relaciones entre familia y Derecho son dos círculos secantes, entre los cuales hay sólo una zona en común. Habría de este modo, un campo de la vida familiar regulado por el Derecho (Derecho de Familia) y otro amplio campo de la vida familiar extraño o ajeno al Derecho, que formaría el llamado no-Derecho”.<sup>3</sup> Continúa el autor sosteniendo que “el Derecho recibe

3. L. Díez-Picazo, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 22.

y juridifica algunas reglas que previamente han sido éticas, pero que hay otras reglas de derecho cuyo origen no puede encontrarse en la ética. Su origen se relaciona más con intereses sociales, con realidades económicas o con modos de producción. El Derecho de Familia no es por consiguiente un *minimum* ético, es un *minimum* estrictamente jurídico, El Derecho trata de resolver aquellas cuestiones o aquellos conflictos que son reconocidos en cada momento histórico como justiciables, esto es, que pueden y deben ser sometidos a una decisión de los jueces”.<sup>4</sup>

El Estado sería el encargado de decidir qué materia entra en cada uno de los círculos que describiera Díez-Picazo. Esta decisión del Estado impacta profundamente en la vida de las personas y de la sociedad.

Lo que para el Estado es la adopción de una política pública cierta, para el individuo es impacto a nivel subjetivo; esa inclusión o exclusión del individuo en el marco de protección del derecho de familia repercute en su autoestima, y también en la mirada del resto de la sociedad hacia esa persona.

Para el Estado, la regulación del derecho de familia se traduce en control social y eventual paternalismo, es decir, que encontrando regulada la mayor parte de la población, más elementos tendrá el Estado para tomar las políticas públicas que considere adecuadas para el grupo de personas que ha incluido en el marco que brinda el derecho de familia.

### **III - La universalización de los derechos humanos**

#### *A - Constitucionalización del derecho privado*

El Estado argentino asumió muchas y grandes obligaciones internacionales desde el dictado del Código de Vélez Sarsfield. La mayoría de ellas, o las más importantes, sobre derechos humanos. Los Códigos cuya reforma se propone son los que rigen la vida cotidiana de cada uno de los habitantes del país. Era necesario que estas leyes que tanto afectan nuestras vidas se permeabilicen a todos los avances y compromisos del Estado en relación a los derechos humanos de cada uno de nosotros.

Al leer los dos primeros artículos del Proyecto en estudio, observamos que este Código recepta en el código de fondo que regirá en toda la

4. L. Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 30.

República la doctrina de derechos humanos. El primer artículo remite a la Constitución Nacional y a los tratados en los que es parte la República. En el segundo, a los fines de la interpretación de la ley establece que la misma 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”.

Germán J. Bidart Campos ha manifestado que las obligaciones a las que se compromete el Estado en los tratados de derechos humanos internacionales “aparejan y proyectan un deber ‘hacia adentro’ de los estados, cual es el ya señalado de respetar en cada ámbito interno los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción del estado-parte”. Sostiene que “la fuerza y el vigor de estas características se reconocen fundamentalmente por dos cosas: a) que las normas internacionales sobre derechos humanos son *ius cogens*, es decir, inderogables, imperativas, e indisponibles; b) que los derechos humanos forman parte de los principios generales del derecho internacional público”. Este autor no vacila en afirmar que: “a) la persona humana es un sujeto investido de personalidad internacional; b) la cuestión de los derechos humanos ya no es de jurisdicción exclusiva o reservada de los estados, porque aunque no le ha sido sustraída al estado, pertenece a una jurisdicción concurrente o compartida entre el estado y la jurisdicción internacional; c) nuestro derecho constitucional asimila claramente, a partir de la reforma de 1994, todo lo hasta aquí dicho, porque su art. 75 inc. 22 es más que suficiente para darlo por cierto”.<sup>5</sup> Por requerir estas obligaciones internacionales asumidas por el Estado que el mismo cumpla en su jurisdicción, la aplicación interna y la remisión directa a los tratados internacionales resulta no justa, sino muy oportuna e imprescindible.

La reforma es necesaria, porque subsisten cuerpos legislativos que al contar algunos con derogaciones expresas y otros no, producen interpretaciones de acuerdo a la subjetividad de cada operador. Se llega a soluciones de arbitrariedad manifiesta que pueden traducirse en la negación de derechos fundamentales, así como en un total desconocimiento del avance que supone, para determinados sectores de la humanidad, en especial mujeres y

5. G. J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 506-7.

niños, el desarrollo de lo que denominamos universalización de los derechos humanos o teoría de la constitucionalización o humanización del derecho de familia.<sup>6</sup>

Un ejemplo paradigmático lo encontramos en el análisis de la ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes 26.061. Al estudiarla y tratar de relacionarla con el Código Civil, las contradicciones y contraposiciones son flagrantes. La ley nacional de infancia receptó los principios enunciados en la CDN,<sup>7</sup> invirtiéndose el principio de incapacidad regulado en el Código Civil. Se convierte así la capacidad en la regla y la incapacidad en la excepción. Al analizar la situación que se creaba al entrar en vigencia al ley 26.061, se sostuvo que “de esta manera, se encontraría invertida la carga probatoria o el *onus probandi*, al presumirse que todo acto en ejercicio de un derecho personal por una persona menor de edad que cuenta con el desarrollo, madurez y edad suficiente, se reputa realizado con discernimiento, intención y libertad. De esta manera, quien alegue lo contrario, debería probarlo”.<sup>8</sup>

Por otro lado, la no derogación expresa del articulado del Código Civil permitió erradas interpretaciones de los mismos, claramente tendenciosas, a los fines de desconocer determinados derechos. Es por ello que resultaba “imperioso realizar un estudio profundo y sistemático de las normas vigentes, a fin de determinar cuáles son las disposiciones que han sido derogadas

6. El término “constitucionalización” del derecho de familia ha sido acuñado por Aída Kemelmajer de Carlucci en la publicación titulada “Derechos Humanos y Familia”, en Arnaud, André-Jean y otros, *Aspectos Constitucionales y Derechos Fundamentales de la Familia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 60. En cambio, en el de “humanización” se enrola Germán Bidart Campos en su publicación sobre “Familia y Derechos Humanos”, en *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 85 y ss., y el de “universalización” es utilizado por Nelly Minyersky en “Derecho de Familia y aplicación de las Convenciones Internacionales sobre niños y mujeres”, en Eleonor Faur y Alicia Lamas (comps.), *Derechos Universales. Realidades Particulares*, UNICEF, Buenos Aires, 2003, pp. 98 y 99.

7. En adelante CDN.

8. N. Minyersky y M. Herrera, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Emilio García Méndez (comp.), Fundación Sur - Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

tácitamente –ya sea de manera parcial o total–, y cuáles continúan vigentes. En especial, en materia de tutela, adopción, usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos, entre tantas otras normativas”. Y ya en aquel entonces se adelantó que “aquellos articulados del Código Civil que niegan o retacean la participación del niño en situaciones de tal entidad, como por ejemplo en relación a su estado civil, se encontrarían tácitamente derogadas”.<sup>9</sup>

Por el contrario, este freno en la interpretación humanizada del Código a favor de los derechos de los niños vigentes por la ley local 26.061 y la CDN, no se repite en otras áreas del derecho, reconociéndose la tácita derogación de artículos, como es el caso del libro de sociedad conyugal, en el que proliferan artículos que no se aplican.

### *B - Los principios fundantes*

Como recordamos al principio, esta reforma trae aparejada la necesidad sustancial de modificar las normas en materia de derecho de familia. En los fundamentos del Proyecto se dice que el Código que se propone contiene aspectos valorativos que lo caracterizan y se pueden resumir en los siguientes principios: código con identidad latinoamericana, constitucionalización del derecho privado, código de la igualdad, código basado en un paradigma no discriminatorio, código para una sociedad multicultural, código para la seguridad jurídica, código de derechos individuales y colectivos. Analizaremos algunos de estos principios que consideramos de gran importancia para las instituciones en estudio.

#### *1. Igualdad*

Los derechos humanos encuentran su pilar fundamental en el principio de igualdad. Desde la Revolución Francesa se ha estudiado y trabajado en pos de la igualdad de los hombres, literalmente hablando. Porque este camino comenzó a ser recorrido por mujeres y niños con mucho más esfuerzo y muchas más trabas.

9. N. Minyersky y M. Herrera, “Autonomía, capacidad y participación...”, *op. cit.*

Este Proyecto en sus fundamentos postula como una de sus directrices el establecimiento de la igualdad real de todos los habitantes.

Debe resaltarse que el igualitarismo no es igualdad, en tanto existen diferencias justas que deben tenerse presentes para no tratar de igual manera a desiguales personas en distintas situaciones. La igualdad no implica uniformidad total.

Algunos entienden la igualdad basándose en la llamada discriminación justa, sosteniendo que no se puede otorgar igual tratamiento a lo que es distinto.

Justamente, la igualdad elemental consiste en asegurar a todos los hombres los mismos derechos; pero para alcanzarla se requiere en primera instancia emparejar la situación de todos los individuos, neutralizando obstáculos o desigualdades sociales, culturales, económicas, políticas, a los fines de igualar las posibilidades de todos para el desarrollo integral de la personalidad de cada uno y entonces promover el acceso efectivo al goce de derechos personales.

El principio aristotélico de justicia distributiva postulaba como máxima “dar a cada uno lo suyo”. Se debe analizar en debida forma este principio; otorgar contenido a esta situación tan tajantemente puede conducir a flagrantes injusticias, por ejemplo la que se produjo cuando la Corte Suprema de Justicia en el año 1930 en el caso Lanteri denegó el derecho al voto de las mujeres considerando que no se violaba el derecho de igualdad ya que ninguna mujer podía votar. En la historia dolorosa de nuestra humanidad situaciones similares se produjeron negándose a negros y judíos la posibilidad de contraer matrimonio, de trasladarse o ejercer determinado empleo.

## *2. No-discriminación*

Este principio de igualdad debe interpretarse de manera armoniosa con el principio de no-discriminación. Claramente ha sido expresado en el fallo Freyre “que la igualdad que garantiza el artículo 16 de la Constitución, no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias. Su formulación resumida suele expresarse en el adagio: ‘igualdad entre iguales’. Así entendido, este derecho estaría emancipado del principio de no discriminación, al dejar que el Estado determine la noción de igualdad que será fuente de derechos. Es decir, bajo el amparo de aquel principio se

puede justificar la discriminación por origen racial, nacionalidad, por orientación o identidad sexual”.<sup>10</sup>

Atendiendo a lo expuesto, puede afirmarse que el derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado sólo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. No se es igual en la medida de la ley sino ante ella, la ley no debe discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas.<sup>11</sup> Por lo que el antiguo principio de igualdad proclamado por los revolucionarios franceses debe ser interpretado en esta actualidad que nos toca vivir, reconociendo que esa igualdad supone diferencias.

Este Proyecto promueve que nadie quede excluido del amparo de los derechos universales. La pluralidad que existe en todas las sociedades y en particular en la nuestra reconocida en los fundamentos del Proyecto como multicultural, obliga al reconocimiento de las identidades, respetando los diferentes proyectos de vida de cada uno de los habitantes.

### 3. Autonomía

Un principio imperante en el Proyecto es el de autonomía y de autonomía de la voluntad. La Real Academia Española define la palabra autonomía como “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”. Se trata de una condición de la persona. Pedro Hofft ha sostenido sobre este principio de autonomía que “el respeto por las personas incorpora al menos dos convicciones éticas: primera, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos, y segunda, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección”. Se entiende por ente autónomo

10. Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario N°15 del Gobierno de la CABA, Sentencia de primera instancia del 10 de noviembre de 2009, *Freyre Alejandro c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*, Expte. 34292.

11. Ver E. Á. Russo, *Derechos Humanos y Garantías*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, e “Identidad y diferencia (reflexiones en torno a la libertad y la igualdad)”, en la *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, volumen XXXVIII, sep.-dic. 2003, 1, pp. 127 a 135.

al individuo “capaz de deliberar sobre sus propios objetivos personales y actuar bajo la dirección de esta deliberación”. Además sostuvo que “respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que éstas produzcan claro perjuicio a otros. Mostrar la falta de respeto por un agente autónomo es repudiar los criterios de estas personas, negar al individuo la libertad de actuar según tales criterios o hurtar información necesaria para que puedan emitir un juicio, cuando no hay razones convincentes para ello”. Por tanto, “la autonomía, se entiende en un sentido muy concreto, como la capacidad de actuar con conocimiento de causa y sin coacción externa”.<sup>12</sup> Este principio de autonomía impregna la vida de las personas en distintos ámbitos: en el ámbito de su persona, en el ámbito de su familia y en el ámbito de su voluntad de convertirse o no en madre o padre.

#### *a) Autonomía de la Voluntad*

Así como los pueblos gozan del principio de autodeterminación para gobernarse, cada individuo en su ámbito personal debe poder gozar del mismo principio. De eso se trata la autonomía de la voluntad personal, la que no existe si no es acompañada por el derecho a la libertad. Esta autonomía de la voluntad se expresa en el derecho a manifestarse y actuar libremente de acuerdo a las propias leyes, respetando quién se es. Este derecho a la libre determinación se origina en la dignidad humana y como antes mencionamos es inescindible del derecho a la libertad.

Se lo puede resumir como el estado de libertad que puede coexistir con el de los demás respetando del principio no dañar a otro, cumpliendo con los requisitos del principio de reserva consagrado en la Constitución Nacional, en su artículo 19, interpretado éste último con la actualidad necesaria para el reconocimiento de la autonomía de la voluntad que cada uno de los habitantes de la República posee.

12. Ver P. Hofft, *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 7 y ss.

### *b) Autonomía de la Voluntad en el Derecho de Familia*

Así como cada individuo goza de su derecho a la autodeterminación en cada una de sus decisiones personales. La familia conforma una faceta más en la vida de las personas, y no queda exenta de esa autonomía de la voluntad.

Cuando mencionamos la oportunidad de la presente reforma en relación al derecho de familia, propusimos que no existe un único modelo de familia, ni una sola definición. Es que con el devenir del tiempo, a lo largo de los siglos, el avance de la sociedad ha originado diferentes modelos adecuados a las necesidades de cada época. Esos cambios no encuentran su explicación en una sola teoría. Díez-Picazo mencionó como precursores de cambio los diferentes intereses sociales, realidades económicas o modos de producción. Lo cierto es que los cambios sociales llevan siempre muchos años de gestación y desarrollo para imponerse sobre otros, y ellos llevan la impronta de la voluntad de cada uno de los individuos que han vivido en esas épocas.

Las diferentes y múltiples formas familiares que existen en nuestra sociedad, si bien son el resultado de años de gestación, también son el resultado del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los individuos, no sólo sobre su propia vida, sino sobre su vida familiar. Cada individuo, más allá del derecho positivo del lugar en el que vive, decide formar su familia del modo en que lo considere apropiado.

Este modelo nuevo de familia nace en un modelo democrático, en tanto los individuos además de respetar su libre determinación, o su autonomía personal, respetan la del resto de los integrantes de la familia, y basados en principio de tolerancia y solidaridad crean su propio modelo de familia.

### *c) Autonomía de la voluntad procreacional*

Uno de los grandes desafíos del proyecto en estudio ha sido el de legislar sobre los distintos métodos de reproducción humana asistida existentes, que no son pocos. Esta legislación es un hilo central en el capítulo de filiación.

El estudio de la maternidad/paternidad se ha corrido completamente del eje de la biología hacia el de la voluntad como el elemento central para la creación de vínculos filiatorios. Esta voluntad procreacional es diferente de la voluntad parental, en tanto mientras en la primera el fin último es la

procreación (más relacionado con las ciencias biológicas), en la segunda su finalidad es la de ahijar, convertirse en madre/padre.

La voluntad parental no se limita a tener o no tener un hijo, sino que también abarca la decisión de cómo y cuándo tenerlo, o cómo y cuándo no tenerlo. Ello puede suceder de múltiples maneras, ya sea desde la utilización de métodos anticonceptivos, hasta las intervenciones quirúrgicas para la anticoncepción en el caso de no querer concebir un hijo. Y para el caso de sí querer concebirlo: la práctica de relaciones sexuales, y las distintas formas que la ciencia médica pone al alcance de los particulares para concebir y tener un hijo.

Que las distintas situaciones que se presentan estén legisladas resulta trascendente en la reflexión bioética, por cuanto todas esas posibilidades pasan a tener una presencia real y concreta en la sociedad por un lado, y por otro lado, no deja margen para considerar que la política que se implemente al respecto constituya una concesión gratuita, sino el cumplimiento de una obligación en el respeto, garantía y efectivización de los derechos sexuales y reproductivos en un marco de libertad, igualdad, justicia y pluralismo.

Así, al dictarse una ley, “lo que es técnicamente posible se transforma en permitido legalmente y la diferencia para el ciudadano común es de capital importancia ya que, para muchos, la única referencia moral es la ley positiva. De lo posible se pasa así a lo legítimo y lo que la ley permite es ya un derecho subjetivo o sea una pretensión que cualquiera puede exigir y la justicia no puede negar”.<sup>13</sup>

#### **IV - Análisis del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**

Procederemos a analizar algunas de las instituciones de derecho de familia cuyo tratamiento en el proyecto de reforma nos parece de singular trascendencia.

13. J. Bustamante Alsina, *Las nuevas tecnologías biomédicas frente a la ética y el derecho*, La Ley, 1996-C, Sec. Doctrina: 1017.

## *A - Las relaciones de pareja en el Proyecto*

### *1. El divorcio*

El matrimonio y el divorcio son dos instituciones en las cuales la tensión que señalamos al inicio de este trabajo entre la sociología y derecho de familia aparece en distintos momentos de su historia con alto nivel de conflicto.

En estas situaciones especiales las nuevas ciencias deben ser interpeladas. Así como se plantea la autonomía y la libertad para elegir y constituir un determinado tipo de familia o contraer matrimonio de acuerdo a su identidad sexual, también esa autonomía y libertad debe corresponderse con la libre elección de cuándo y cómo poner fin a las referidas uniones.

Es necesario preguntarse cómo operan los principios reseñados cuando los proyectos de vida en común cesan por parte de uno o de ambos integrantes de la pareja.

Una de las modificaciones propuestas en el Proyecto en materia de familia que más inquietudes han suscitado ha sido la eliminación de las causales subjetivas en el divorcio.

En los fundamentos que acompañaron al Proyecto se menciona que la experiencia judicial ha mostrado que el alto nivel de destrucción y desgaste que sufren los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contradictorio es sumamente dañino. La culpa conlleva la sanción de castigo-reproche. La ley cuando incorpora el divorcio-sanción en lugar de contribuir y ayudar al grupo humano en crisis, aparece como un elemento que profundiza el antagonismo y el conflicto. Se reconoce la función pedagógica de la ley: el Proyecto “pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial”.<sup>14</sup> Se busca de esta manera aplacar los daños de todo tipo que sufren los integrantes de la pareja y sus hijos.

Se ha considerado que se cumple con la doctrina internacional de los derechos humanos. La legislación trata de dotar de elementos a las personas involucradas en la crisis familiar para que atenúen las consecuencias y los efectos de la ruptura conyugal. Salir del ámbito sancionatorio para poner el eje en el tratamiento de la culminación de un proyecto o vida en común, tie-

14. Ver Fundamentos del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

ne coherencia desde el punto de vista del cuidado que merecen las personas. Ello sobre todo cuando se busca hacer efectiva en los casos particulares la doctrina internacional de los derechos humanos, o la llamada constitucionalización del derecho de familia.

Cabe recordar que nos encontramos frente a la finalización de un proceso gradual que se desarrolló durante décadas, el que comenzara después de la II Guerra (1945), cuando los estados comienzan a percibir que el denominado divorcio-sanción, que establecía culpas y sanciones no cumplía con el objetivo querido, o sea, el cese o disminución de la ruptura de los vínculos. Es entonces que comienza a ponerse la mirada y cuidado sobre los efectos de la crisis matrimonial. Aparece así en el derecho comparado el denominado divorcio-remedio a través de la incorporación de normas que aceptaban la separación de hecho con fundamentos variados por causas que hacen imposible la vida en común. También se aprecia un avance en el reconocimiento de estos derechos en la aceptación no solamente de la separación personal, sino también la disolución del vínculo.

En nuestro país, la ley 17.711 de 1968 incorpora a nuestra legislación la separación personal por presentación conjunta en su mentado artículo 67 bis. Con posterioridad una vez restablecido el estado de derecho en nuestro país se dicta la ley 23.515 que admite el divorcio vincular, mantiene la separación personal y el divorcio por presentación conjunta e incorpora la separación de hecho como causa.

Esta reforma supone un avance importante en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las personas en cuándo y de qué forma quieren dejar de vivir en matrimonio. Es un camino que lleva al denominado divorcio incausado que ha sido definido como “aquel en donde no se exige la prueba de la culpa o del desquiciamiento matrimonial”. Se atribuye fuerza vinculante al solo pedido del cónyuge sin necesidad de invocar causas al tribunal. La falta de invocación de causa conlleva a la eliminación de responsabilidades. Desaparece así la categoría de culpa y en consecuencia la responsabilidad debida al inocente. Los efectos deben ser considerados sin ligarlos al tema culpabilidad. “La ley debe, en cambio, regular en términos generales las secuelas del divorcio, en atención a pautas ético-sociales que

se consideren aceptables, que no son sancionatorias, sino sólo trasunto de situaciones jurídicas que trascienden el conflicto mismo”.<sup>15</sup>

La jurisprudencia ha ido flexibilizando los requisitos que encontramos en la ley 23.515 respecto de los denominados requisitos temporales que traen los artículos 214 y 215 de la mencionada ley, considerándolos como descriptivos de la autonomía y de la libertad.

Por otro lado, la doctrina y el derecho comprado promueven el divorcio incausado solicitado incluso por uno solo de los cónyuges, ya que el quiebre y la separación del matrimonio se producen ya sea a través de la voluntad de ambos o de la mera expresión de uno de ellos.

Otro elemento que se debe tener en cuenta al legislar sobre esta temática, es la dificultad que se encuentra para determinar la culpabilidad y el tipo de prueba que debe meritarse. Muchas veces esta apreciación aparece impregnada de subjetividades ajenas a la esfera de la justicia y del derecho: “Así, partiendo de la premisa de que el matrimonio es un acto que las personas celebran –y mantienen– consensualmente, de forma que puede hablarse de la existencia de un consentimiento ‘renovado’, al momento en que este consentimiento mutuo deja de existir, el acto en sí mismo pierde uno de sus requisitos esenciales”.<sup>16</sup>

“El divorcio incausado –tanto bilateral como unilateral– ha sido promovido por las legislaciones más progresistas que no legitiman una excesiva intromisión del juez en los asuntos familiares que resulte contraria a la libertad de intimidad de los afectados. Es que, con frecuencia, el desamor, la incomprensión recíproca, los desencuentros afectivos, la quiebra del proyecto común, en suma, no se materializan fatalmente en conductas que puedan proponerse ante los estrados, y menos aún, probarse como ‘causa’ del divorcio”.<sup>17</sup>

15. E. A. Zannoni, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. II, 3ra. ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 11.

16. M. V. Fama, “Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de divorcio”, en *RDF* N°44, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 45.

17. E. A. Zannoni, “Las causas objetivas de separación y divorcio en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en *RDF* N°16, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 29.

Entendemos que el Proyecto ha asumido la posición del Código español y en cierto modo la del Código francés considerando el divorcio como un derecho.

“El legislador reconoce un auténtico derecho al divorcio que viene a incrementar la larga lista de derechos subjetivos recientes y la consagración del derecho al divorcio confiere un nuevo impulso a la voluntad de descasar. Ya sea recíproca o aislada, la voluntad adquiere un papel mayor dentro de los supuestos de divorcio”.<sup>18</sup> El sistema de divorcio propuesto en el artículo 438 del Proyecto se ha mal denominado como un “divorcio express” desvalorizando la propuesta, sin analizar el profundo contenido de una mejor resolución de la crisis que el mismo significa. Por el contrario, si bien la petición del mismo puede ser unilateral o por ambas partes, el o los presentantes deben acompañar un convenio denominado regulador. Se trata de una propuesta que regule los efectos del divorcio, en el que se manifiesta claramente el respeto a la autonomía de la libertad de las personas. Se exige un grado de responsabilidad que supone el pensar y proponer un sistema que determine pautas de convivencia y cuidado de los hijos, cuál considera debe ser el destino de los bienes de la sociedad conyugal, el destino de la sede del hogar conyugal, etc. Resulta interesante transcribir del Proyecto el “Artículo 439.- **Convenio regulador. Contenido.** El convenio regulador que acompaña la petición de divorcio debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges”.

18. N. Petreka, “El divorcio francés tras la ley 26/5/2004. Un divorcio bajo la influencia de la voluntad”, en C. Lasatre (dir.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*. Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Potencias y Comunicaciones, Madrid 27-29/6 /2005, Idadfe, UNED y El Derecho, Madrid, 2006, p 19. Ver en M. Herrera, “Perspectivas Contemporáneas sobre el divorcio en el derecho comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro”, en RDF N°44, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 80.

Otro de los temas a destacar en el Proyecto es la incorporación de la figura de la compensación económica establecida en el artículo 441 cuya fuente principal es la solidaridad familiar, considerándose si el matrimonio ha provocado o no un enriquecimiento o empobrecimiento de un cónyuge por sobre el otro.

La prestación compensatoria busca, como bien lo explicita el artículo 441, resarcir al cónyuge al cual el divorcio le ocasiona un desequilibrio en relación a su situación anterior. Desequilibrio que puede provenir de la división de roles que surge en la pareja y/o por causas relacionadas con la vida en común. Esta institución ha sido receptora de la legislación civil de Austria, Francia, Suiza, Barcelona, Dinamarca, Quebec, el código de familia de Cataluña y varias legislaciones como la de Navarra, Aragón, Canarias, todas bajo distintas formas, pero en miras a la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de la vida de los cónyuges. En España la obligación pasa a los herederos, se pierde por matrimonio, pero no se extingue por trabajo del beneficiario ni por muerte. En Quebec se la reconoce por haber contribuido con los bienes o con el trabajo en el hogar, tiene duración limitada, se impone por causas objetivas y no se excluyen por la ganancialidad.

Esta figura está íntimamente ligada al divorcio incausado, ya que su causa fuente no es la culpa, sino los principios antes mencionados. El artículo 441 del Proyecto dispone que el cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación tiene derecho a una compensación. Si las partes no se ponen de acuerdo el juez define el monto. Es interesante resaltar que las pautas que establece el artículo 442 en sus distintos incisos receptan en forma directa e indirecta principios de igualdad y dignidad entre hombres y mujeres. Se aclaran así situaciones que eran frecuentemente planteadas pero no reconocidas por la jurisprudencia y que suponían un desconocimiento de los derechos de cada uno de los integrantes de la pareja que provenían de una asignación de roles social y culturalmente estratificados. Por ejemplo, el inc. b) del artículo 442 cuando habla de la dedicación que cada cónyuge brindó a la crianza de los hijos y/o la colaboración prestada a las actividades mercantiles y/o industriales o profesionales del otro cónyuge, en el inc. e). Este principio aparece también en el capítulo de derechos y deberes de los cónyuges en el cual se determinan que los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de

vida en común basado en la cooperación y deber moral de la fidelidad, debiendo prestarse asistencia recíproca.

En el artículo 433 se fijan las pautas para la determinación de alimentos que rigen durante la convivencia y la separación de hecho; aquí también se incorporaron principios que deben ser tenidos en cuenta y que fueron largamente reclamados sobre todo por las mujeres, en especial por el trabajo en el hogar y crianza y educación de los hijos y sus edades; la capacitación laboral y posibilidad de conseguir un empleo; la colaboración en las actividades mercantiles y/o industriales o profesionales del otro cónyuge. También ha de destacarse el minucioso desarrollo que se hace del uso de la vivienda.

#### *a) La atribución de la vivienda*

La atribución de la vivienda se encuentra completamente separada del concepto de la culpa ya que cualquiera de los cónyuges puede solicitar la atribución de la vivienda; se trate de un bien propio o ganancial, teniéndose en cuenta si quien peticiona es quien convive con los hijos y si se encuentra en una situación económica desventajosa y quiénes integran el grupo familiar. Se considera el derecho de la vivienda como un derecho humano, por ende, son las condiciones disvaliosas de quien lo solicita las que determinarán el otorgamiento del uso de la vivienda familiar.

#### *b) Separación Personal*

Otra de las reformas importantes que introduce el Proyecto en el régimen en estudio es la eliminación de la separación personal, en la que los cónyuges no asumen la aptitud nupcial, pero sí quedan eximidos de una serie de derechos y obligaciones matrimoniales. En esta opción la posición asumida en el Proyecto es coherente con el camino emprendido por los países más avanzados en la materia. Se ha dicho que mantener la separación personal retrotrae a una visión conservadora y descalificadora sobre el divorcio vincular, ya que siendo los efectos los mismos, la persona practicante de algún credo determinado, que por sus convicciones considera el vínculo matrimonial como un sacramento, puede muy bien no ejercer el derecho. Es decir, no está obligado a hacerlo.

En los fundamentos del Proyecto se dice que la derogación de la figura de la separación personal tiene su explicación en que cuando ésta se

mantuvo, el contexto jurídico-social era diferente del presente. La separación personal suponía una alternativa a quienes se oponían al divorcio vincular. Por otra parte, la escasa aplicación que evidencian las estadísticas y el hecho de que en la mayoría de los casos se acude a la separación personal no por razones religiosas, sino por no haberse cumplido el plazo mínimo que exige la ley para solicitar el divorcio de común acuerdo o el de separación de hecho, auspiciaron su justa supresión.

### *c) Régimen Patrimonial del Matrimonio*

Se reconocen en toda su plenitud en las disposiciones que se regulan respecto del régimen patrimonial del matrimonio, la libertad y su consecuencia, la autonomía. Estos principios aparecen con toda claridad en el artículo 446 del Proyecto, cuando dispone que antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer las convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: un inventario de los bienes que llevan cada uno al matrimonio y así también de las deudas; las donaciones que se hagan entre ellos, y en especial el convenio que más nos interesa: en el que se haga opción a uno de los regímenes previsto en este código. Como vemos si bien se recepta claramente el principio de autonomía, está restringido y condicionado por la limitación en cuanto a los regímenes a seleccionar, así como por las normas que son aplicables cualquiera sea el sistema adoptado.

La opción que la ley somete a los cónyuges es entre un sistema de comunidad y el de separación de bienes. Se establece el de comunidad de gananciales como el régimen legal supletorio.

El régimen de comunidad de bienes mantiene en forma aproximada en el sistema vigente si bien se aclaran algunas situaciones conflictivas, por ejemplo explicitando la situación de recompensa y los aspectos del fondo de comercio y el régimen societario; se regla debidamente la división poscomunitaria.

El régimen de separación de bienes implica una absoluta independencia entre los patrimonios de ambos cónyuges razón por la cual ninguno de ellos se aprovechará de la mejora o disminución de los bienes del otro. Se destacan el artículo 454 y siguientes respecto a las disposiciones comunes a todos los regímenes. Entre estas disposiciones cabe detallar las siguientes: el deber de contribución, o sea que los integrantes de la pareja deben

aportar a su propio sostenimiento, el de sus hijos comunes y del hogar. Esta obligación se extiende a los hijos menores de edad o con discapacidad del otro cónyuge que convivan con ellos. Ninguno de los cónyuges sin el consentimiento del otro puede disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los bienes muebles indispensables de ésta, o transportarlos fuera de ella. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

La reforma obedece a un importante sector de la doctrina que, a partir de la ley 23.515 que estableció el divorcio vincular, sostuvo que a los fines de facilitar el matrimonio de personas que constituían una segunda unión debía modificarse nuestro régimen de ganancialidad. Se decía que la existencia de un sistema de comunidad provocaba un alejamiento de la institución matrimonial por parte de aquellas personas que ya habían desarrollado sus vidas con patrimonios individuales y a las cuales la ganancialidad les era ajena. Como vemos, éste es un razonamiento correspondiente a sectores particulares de nuestra sociedad, dentro de los cuales no se encuentra la mayoría de nuestra población. La cuestión a plantearse es si era necesario introducir un sistema opcional cuando pensamos que todavía nuestra sociedad y nuestra cultura media no están en condiciones de receptor debidamente una institución de este tipo. Todavía la mujer en nuestro país, por distintas causas no analizables en este momento, no se encuentra en pie de igualdad con el hombre frente a toda la problemática patrimonial. En miras a una búsqueda de igualdad podemos encontrarnos ante efectos no queridos por la ley, tales como una opción proveniente de presiones indebidas.

Las relaciones de pareja en que se acepte por desconocimiento un sistema de separación de bienes, el día de mañana pueden traducirse en situaciones altamente desfavorables para la mujer. Será función de los escribanos y/o funcionarios intervinientes asesorar debidamente a las partes para la elección de uno u otro régimen patrimonial matrimonial. Siendo el momento de contraer matrimonio, como ha sido estudiado anteriormente, un momento en que prevalecen las emociones ante las inquietudes económicas o patrimoniales, es de suponer que la mayoría de los contrayentes no optarán; en consecuencia, se aplicará nuestro antiguo régimen de comunidad de gananciales.

## *2. Uniones convivenciales*

Las denominadas uniones de hecho actualmente tienen una protección sumamente débil. Si bien sus caracteres sociales en la mayoría de las veces son similares a las de la familia matrimonial, los derechos que relacionan a sus integrantes son totalmente diferentes. Podemos decir, siguiendo a Díez-Picazo, que las uniones de hecho en Argentina se encuentran en el mundo del No-Derecho. Esto ha suscitado situaciones de gran injusticia, en particular a las mujeres que luego de convivencias, en ocasiones de décadas, frente a la muerte de su compañero o separación se encuentran en situaciones desvaliosas y solamente pueden aspirar a una pensión, o en los casos de accidentes laborales a una indemnización por muerte del trabajador.

Hemos bregado durante años por el reconocimiento de derechos a los integrantes de las uniones denominadas concubinarias. La doctrina no ha sido unánime al respecto, muchos consideran que al existir el divorcio vincular y la posibilidad de contraer nuevas nupcias, la opción de no formalizar una unión debe ser respetada. La reflexión que corresponde hacer es que si la mujer es quien suele ser víctima de las situaciones mencionadas precedentemente su autonomía y libertad es relativa frente a la oposición de no legalizar la unión a través del matrimonio de la otra parte. Cabe recordar lo que se sostiene en los fundamentos del Proyecto, que las bases de las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial) se fundan en aceptar el respeto por el artículo 16 de la Constitución Nacional, siendo posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia.

Ante la posibilidad de ingresar, estas uniones, al mundo del Derecho, consideramos como una asignatura pendiente encontrar una fórmula denominativa para esta institución que tenga su base en la perspectiva de derechos humanos, en el marco de la dignidad, igualdad, y en especial la solidaridad. La terminología es variadísima en el derecho comparado; el Proyecto adopta la terminología de unión convivencial, ya que esta misma se integra de elementos más humanos, que la denominación ‘concubinato’ o ‘unión de hecho’ no poseen.

Estimamos adecuado el ánimo elegido por el Proyecto para legislar este instituto ya que adopta una posición intermedia entre la negación total de efectos y los efectos del matrimonio. El artículo 509 del Proyecto sostiene que la unión convivencial es aquella basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas que

comparten un proyecto de vida en común, sean o no del mismo sexo. De los requisitos que impone el Proyecto a quienes no desean contraer matrimonio, para garantizar la estabilidad referida en el artículo 509, se solicita la acreditación de un mínimo de dos años de convivencia; y en especial nos interesa destacar el inciso d) del artículo 510, que requiere que los integrantes de estas uniones no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea, restringiendo así este instituto a una cantidad de personas que configuren nuevas uniones, muchas veces sin saber cada una de ellas el real estado civil del otro. En general las víctimas son mujeres y en especial de grupos sociales desvalidos, que no tienen medios posibles como para conocer la real situación de su pareja. La virtud del articulado propuesto es que tiene una elasticidad suficiente que puede amparar a quienes así lo desean, pero también a través de los pactos de convivencia regula una independencia total. Esta independencia encuentra como límite que los pactos de convivencia referidos no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar derechos fundamentales de sus integrantes.

Se establece la registración de la existencia de la unión convivencial, su extinción y los convenios que se hubieren celebrado. Esta inscripción tiene efectos sólo probatorios o para ser oponibles a terceros, en cuanto se encuentren involucrados derechos de éstos. Durante la convivencia las relaciones económicas se regirán por lo que se estipula en el pacto de convivencia, pero no se pueden resignar los derechos emergentes de los artículos 519 a 522, o sea: asistencia, contribución a gastos domésticos del hogar, responsabilidad solidaria por determinados gastos a favor del hogar. También es irrenunciable la protección de la vivienda familiar: si la unión convivencial ha sido inscrita, ninguno de los convivientes puede disponer sobre los derechos de la vivienda familiar, ni los muebles de ésta, sin el asentimiento del otro. Asimismo, la vivienda familiar no puede ser ejecutable por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

En relación al cese de la unión convivencial debemos señalar: muerte de uno de los convivientes, sentencia firme con presunción de fallecimiento, matrimonio o nueva unión convivencial de uno de los miembros de la pareja o de ambos, o por voluntad de ambos o unilateral de uno de ellos, notificada en forma fehaciente.

El Proyecto ha buscado apalear los efectos del cese de la convivencia estableciendo una compensación económica para el conviviente al cual la ruptura le causa un empeoramiento de su situación económica. La compensación económica, si no hay acuerdo entre partes, debe ser fijada judicialmente y deben tenerse en cuenta las siguientes pautas: a) el estado patrimonial de cada conviviente al inicio y fin de la unión; b) la dedicación de cada uno a la crianza educación de los hijos durante y luego de la convivencia, c) edad y estado de salud de convivientes e hijos, d) capacidad laboral, e) cooperación prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro; y f) atribución de la vivienda familiar.

El reclamo de la compensación económica caduca a los 6 meses de haberse producido el cese de la convivencia.

El artículo 526 dispone que para la atribución de la vivienda familiar debe tenerse en cuenta si quien la solicita tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores y si acredita la necesidad de una vivienda e imposibilidad de procurársela de forma inmediata.

El plazo por el que se atribuye la vivienda no debe superar el máximo de 2 años, ni ser mayor al que haya durado la convivencia.

En el caso de muerte se otorga en forma gratuita la utilización del hogar familiar por el plazo máximo de 2 años al conviviente supérstite que no cuente con vivienda propia o bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta; se aprecia aquí el debido respeto y solidaridad a los integrantes de estas uniones.

El artículo 528 establece que a falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.

En el título de uniones convivenciales aparece claramente una protección a la mujer, que en nuestra sociedad no está en paridad de condiciones con el hombre. Esta situación es la misma que encontramos cuando se legislan los alimentos debidos por los cónyuges durante el matrimonio y separación de hecho, así como cuando se contemplan las prestaciones compensatorias en el divorcio. Muchos de los elementos que deben tenerse en cuenta para su determinación fueron objeto de reclamo por parte de los sectores femeninos que veían desconocidos una cantidad de esfuerzos durante el matrimonio y/o uniones de hecho. Es por ello que consideramos que el

Proyecto cumple con el principio de igualdad y el no discriminatorio que se encuentran presentes en los tratados de derechos humanos y que el Estado debe garantizar a toda su población.

## **B - La Filiación en el Proyecto de Reforma**

### *1. Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción asistida*

Hasta hace algunas décadas al hablar de filiación no podía dejar de señalarse el vínculo biológico que ella entrañaba, tanto que las definiciones que encontramos de esas épocas se referían a procreantes y procreados. Se decía “el término filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado”.<sup>19</sup>

Es el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y la mujer que lo alumbró. Como vemos, se identifica filiación, en general, con naturaleza. Aparece el vínculo biológico como si fuera el único y exclusivo para poder elaborar el concepto jurídico de filiación. Con la aparición de técnicas de reproducción humana asistidas<sup>20</sup> las definiciones precedentes son totalmente insuficientes para definir jurídicamente el vínculo filiatorio. Es por ello que optamos por la que nos dice que es el vínculo que se entabla entre dos personas como “padre” y “madre” en un extremo, e “hijo” o “hija”, en el otro.<sup>21</sup> La definición precedente es la que resulta más exacta, o más pertinente, teniendo en cuenta los avances de las ciencias biológicas y tecnológicas sucedidos en las últimas décadas, que han puesto al alcance de grandes sectores de la población las técnicas de reproducción humana asistida.

La división que estos avances supusieron entre la procreación y sexualidad por un lado y por otro el avance que la crioconservación de óvulos y espermias significó, condujeron a la posibilidad de distintos tipos de paternidades y maternidades. Es así que hoy encontramos que puede haber

19. M. J. Méndez Costa, D. H. D’Antonio, *Derecho de familia*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 9.

20. En adelante TRHA.

21. Ver M. L. Mizrahi, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 5.

un padre genético donante de espermatozoides, padre genético o procreador, y un padre social que es quien asume como hijo a un niño aunque no tenga un vínculo biológico con él. En la misma línea debemos señalar la identificación que puede hacerse de distintas figuras maternas: madre genética, madre gestante y madre social.

El Código Civil vigente, en el artículo 240, establece que la filiación puede ser por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial, de ambas surgen los mismos efectos.

Podemos observar que el mencionado artículo equipara los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pero no menciona la filiación correspondiente a los hijos nacidos por TRHA.

En nuestro país se practican habitualmente las TRHA. Han nacido miles de niños en estos años a través de las mismas, con las distintas opciones mencionadas antes; o sea, con gametos de ambos progenitores, o con donación de semen u óvulos por parte de terceros.

Dotar de seguridad jurídica a los vínculos filiales de estos niños torna imprescindible promover una reforma legislativa al efecto, dotando de los mismos derechos a todos, cualquiera sea el origen de su filiación.

Esta falencia señalada adquiere nuevas dimensiones al sancionarse la ley 26.618 de matrimonio igualitario. El artículo 42 de esta ley dice que los mismos derechos que se conceden a los matrimonios heterosexuales corresponden a los matrimonios igualitarios y que de ninguna manera corresponde privar a los mismos de derecho alguno. No se menciona expresamente en el referido artículo 42 los efectos derivados de la filiación en relación a esta ley, ni se modificaron las normas vigentes al efecto. Al no modificarse todo lo que hace a la filiación, incorporando las normas necesarias para hacer realmente eficaz y efectivo el mencionado artículo, se crea una necesidad legislativa, al existir la posibilidad de plantearse inconstitucionalidades por omisión. Podría considerarse que cuando se trata de una pareja homosexual, el derecho filiatorio es un derecho débil.

El Proyecto del Código en análisis asumió esta responsabilidad y haciendo efectivos principios constitucionales y de los tratados internacionales –Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer– y la ley 26.061, receptó las técnicas de reproducción asistida regulando el uso de las mismas en cuanto causa fuente de filiación, al decir que la filiación puede tener lugar por naturaleza

y, mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción, otorgando los mismo efectos ya fuere matrimonial o extramatrimonial. Añadiendo que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiares, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Asimismo, en miras a la señalada igualdad se establece que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo expedirá certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por TRHA o ha sido adoptada (Artículos 558 y 559 Proyecto).

Los ejes centrales que se tuvieron en cuenta al legislar esta institución son los principios de igualdad, derecho a la identidad, celeridad e inmediata inscripción, de acuerdo a lo que ordenan los arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061. Y sustancialmente el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico, así como el derecho a gozar de la familia.

En este capítulo se incorpora la voluntad procreacional como fuente de la filiación. En el artículo 561 se señala que los hijos nacidos de una mujer por las TRHA son hijos también del hombre y/o la mujer que ha prestado su consentimiento previo informado y libre, en los términos el artículo 560, debidamente inscriptos en el Registros de Estado Civil y Capacidad de las Personal, con independencia de quien haya aportado los gametos.

A través de esta norma, se le otorga una imprescindible seguridad jurídica a las filiaciones en que se ha utilizado TRHA, dotando a la voluntad de ser padres o madres de una fuerza tal que desplaza completamente al material genético, culminando en que éste no es determinante, ni causa fundante del vínculo filial, convirtiéndose nada más que en un medio para determinar la maternidad o paternidad de terceros.

Cabe preguntarse si cuando hablamos de voluntad procreacional en referencia a las TRHA debería sustituirse esta terminología por la de voluntad parental. La voluntad procreacional se concretiza y se expresa en el Proyecto a través del consentimiento previo informado y libre de quienes se someten al uso de las TRHA. El Proyecto con toda claridad adopta la renovación como hecho fundamental cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. Se sostiene que el consentimiento deberá contener los requisitos previstos en disposiciones especiales, con posterior protocolización de escribano público y que debe prestarse en el centro de salud interviniente.

Otro tema importante, por haber sido interpretado en forma contradictoria, es que hasta tanto no se haya producido la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella, el consentimiento es libremente revocable. Como vemos, en todo el desarrollo de esta temática los principios de autonomía e igualdad se encuentran presentes. En el artículo 563 también se asume una clara posición cuando se establece que en caso de muerte del cónyuge conviviente de la mujer que da a luz, no habrá vínculo filial entre la persona nacida de TRHA y la persona fallecida, si la concepción de la mujer o la concepción del embrión no se hubiesen producido antes del fallecimiento. Ello salvo que antes del fallecimiento, al prestar consentimiento o en un testamento al efecto, se dejare constancia que los embriones producidos por sus gametos serán transferidos aun después de su deceso y que la concepción o implantación del embrión en la mujer se produzca al año siguiente del mismo.

Es así que sostenemos que en la materia de procreación *post mortem* se determina, a los efectos de clarificar jurisprudencia y doctrina en contrario, que debe haber una voluntad actual a los efectos de consentir el uso de los gametos o embriones, en su caso, salvo que la voluntad haya sido expresada fehacientemente en la documentación requerida y no haya sido revocada hasta la muerte.

Cabe aclarar que el Proyecto no regula, como es lógico, las TRHA; solamente se limita a incluir dentro del instituto de la filiación la que deviene del uso de estas prácticas.

## *2. Gestación por sustitución*

La gestación por sustitución es uno de los temas que mayor inquietud ha suscitado en estos últimos tiempos en la materia. La aplicación de las TRHA a la maternidad subrogada es una de las técnicas que mayores obstáculos ha encontrado en su aplicación para ser incorporadas a las legislaciones en el derecho comparado. Los obstáculos que ellas enfrentan son de todo tipo: culturales, sociales y políticos. En general se prohíbe en base a la utilización eventual mercantilista del cuerpo de las mujeres frente a esta técnica. Observamos en el derecho comparado tres sistemas diferentes, 1) aquel en que la prohíben terminantemente, como es el caso de Francia, en que inclusive se la considera un delito, 2) aquellos que se abstienen de legislar sobre la misma y 3) aquellos que la regulan.

La regulación asume distintas posibilidades en formas de implementarla, por ejemplo: en general las distintas legislaciones tratan de evitar el tráfico o turismo llamado “reproductivo” y para evitar la mercantilización del cuerpo de la mujer se prohíbe la onerosidad del pacto. También se limita el número de partos o de utilización de estas técnicas. Algunos países incorporan la institución de la adopción para otorgar eficacia a los contratos de maternidad por sustitución. En los Estados Unidos de Norteamérica algunos estados, si bien tienen una actitud permisiva hacia los acuerdos gestacionales, tienen características propias, por ejemplo en Florida se acepta que la madre subrogada pueda cambiar de opinión hasta 48 horas posteriores al parto.

La ley griega 3089 del año 2002 exige que la madre comitente y la madre subrogada residan en el país, al igual que lo hace la ley israelí.

Por el contrario, la ley inglesa limita esta exigencia de residencia a una de las dos. En relación a este último país, debemos señalar que en el derecho inglés se considera madre a la que pare; y se articula este derecho de subrogar la maternidad como un régimen especial que consiste en una orden de parentalidad que los tribunales deben expedir.

La ley israelí 5746/1946 establece una previa aprobación del convenio de maternidad por subrogación. Entre sus requisitos: la gestante no debe aportar sus óvulos; debe tener entre 22 y 40 años y a lo sumo debe haber sufrido 2 cesáreas y 5 partos. Sólo se otorga el derecho a celebrar estos contratos a parejas infértiles y casadas.

Cabe señalar que en los últimos tiempos el Distrito Federal en México y Brasil a través de distintos instrumentos han incorporado la posibilidad de que se practique la maternidad por sustitución.

El Proyecto ha optado por incorporar el uso de esta técnica. Se dice en los fundamentos que la práctica indica que se realiza más allá de su legalidad o no. Recordamos y damos por reproducidas las reflexiones de Díez-Picazo sobre la porción de las relaciones de familia que son captadas por el orden jurídico y las que no, quedando estas últimas en el mundo del No-Derecho. La complejidad de la temática en cuestión y las diversas situaciones que pueden darse frente a las diferentes formas de paternidad y maternidad enunciadas precedentemente nos hacen pensar que la regulación legal siempre es benéfica para los sujetos involucrados.

Hemos dicho también que se trata de estudiar sobre el derecho de las familias, lo cual nos hace pensar que violamos los derechos de igualdad y

reproducción si prohibimos a determinados sectores de la sociedad el instrumento apto para igualar los derechos y obligaciones de las parejas, sean hombres o mujeres. Para las parejas conformadas por dos personas del sexo masculino no existe otro medio que recurrir a este tipo de gestación, manteniendo por lo menos el vínculo genético del semen de una de las dos personas. Igual situación puede darse en aquellos casos de parejas heterosexuales que por alguna enfermedad o disfunción en los órganos reproductivos de la mujer no tienen otra forma de constituir una familia, utilizándose o no los gametos de ambos.

Nuestro país en este momento se encuentra dentro del grupo de países que se abstiene ya que no tiene ningún tipo de legislación al respecto.

El Proyecto adopta uno de los modelos reseñados, no se prohíbe la práctica, pero se rodea a la institución de una serie de requisitos que lo hacen lo más transparente y accesible posible. El artículo 562 adopta la gestación por sustitución señalando que debe existir consentimiento informado de todas las partes. Se deja totalmente aclarado que la filiación del niño nacido queda establecida entre él y los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del/los comitentes y el consentimiento debidamente homologado judicialmente. Sin dejar de lado las exigencias que prevea la ley especial en la materia, el Proyecto requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Respecto del niño: que se haya tenido en miras su interés superior.
  
- Respecto del/los comitentes: a) que al menos uno de ellos haya aportado sus gametos, b) imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término.
  
- Respecto de la gestante: a) que tenga plena capacidad y buena salud física y psíquica, b) que no haya apartado sus óvulos, c) que no haya recibido retribución, d) que no se haya sometido al proceso por más de dos veces, y e) que haya dado a luz al menos un hijo propio.
  
- Respecto del trámite: que exista previa autorización judicial antes de la transferencia embrionaria a la gestante. Si no lo hubiere, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Consideramos que los requisitos que exige el Proyecto son indispensables y constituyen instrumentos morales y éticos para la resignificación de la maternidad por sustitución. El control jurisdiccional es un principio determinante para verificar que se acude a este procedimiento con total autonomía y libertad de las distintas personas involucradas. Se considera a la mujer gestante en diversos aspectos de su personalidad al exigir que previamente haya transitado por la experiencia de la maternidad. Se pone a salvo la no mercantilización del cuerpo de la mujer mediante la exigencia de no onerosidad del convenio, así como mediante el requisito de no poder someterse más de dos veces a estos procedimientos. Asimismo, la exigencia de la imposibilidad por parte de los comitentes de concebir o llevar a término un embarazo nos asegura no se banalicen estos procesos.

### *3. Anonimato del donante*

Otro tema de suma importancia es el del anonimato del donante. En relación a esta temática el Proyecto en el artículo 564 legisla sobre el derecho a la información en las TRHA y establece que cuando se hayan utilizado gametos de un tercero, esta información debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. La persona nacida a través de estas técnicas puede solicitar se le revelen: la identidad del donante por razones debidamente fundadas y evaluadas por la autoridad judicial por medio de un procedimiento breve; y también puede requerirse, a través de un procedimiento administrativo, que el centro de salud interviniente provea información relativa a datos médicos del donante cuando hay riesgo sobre la salud del nacido.

La creación de los bancos de semen y su utilización suscitaron de inmediato una de las inquietudes más grandes en la materia: el anonimato o no del donante. Los bancos de semen asumieron una posición restrictiva en cuanto a la información. Se han esbozado diversos principios que se apoyan en especial sobre diferenciar los conceptos de padre y progenitor, dotando a la palabra padre de un contenido cultural, social y jurídico; y dejando la de progenitor para alguien que agota su conducta en el hecho de la entrega del semen, no sabiendo a quién se va a inseminar, si se va a utilizar o no su semen. Por otro lado, el padre va a prolongar su función con los deberes y derechos de padre que se le imponen: “La dación de semen no comporta la responsabilidad natural del acto sexual, ni tampoco es procreativo, *iure*

*propio*, en ese momento, sino que es un acto que *per se* es sólo idóneo para la generación, pero no la provoca”.<sup>22</sup> Es decir, no provoca en sí mismo una concepción. Se necesita una instrumentalización humana en el curso del proceso generativo, de modo y manera que un tercero sea quien decida la finalidad procreativa o no.

El absoluto anonimato del donante encuentra sus límites en la necesidad de preservar datos que pueden ser imprescindibles para resolver problemas de salud del nacido. Se ha dicho entonces que es un derecho inalienable y fundamental de la persona conocer su origen biológico y poder investigar esta relación genética. ¿Es coherente este acceso a la información con la preservación del anonimato del donante? Se sostiene que permitirle al hijo conocer la identidad genética sin reclamar determinaciones legales del progenitor respeta los derechos de la persona nacida por estas técnicas con gametos de terceros ajenos a sus padres, pero contraviene los argumentos a favor del anonimato del donante.

Esta postura es compartida por Roca, que sostiene que la cuestión del derecho a conocer el propio origen genético “debe basarse en la protección de los derechos de la personalidad [...] Y que ello nunca debe provocar relaciones de parentesco-filiares establecidas con los sistemas que la ley disponga”.<sup>23</sup>

Los argumentos a favor del anonimato encuentran su eje en la garantía de protección de la información por el secreto profesional debido. Se considera que el donante carece de vocación procreacional, y debe respetarse esta vocación. También se ha dicho que el conocimiento del donante puede llevar a resultados negativos respecto del interés superior del niño.

En el derecho comparado se advierten diferentes posiciones. Francia niega al nacido la posibilidad de conocer la identidad del donante. Se legisla de la misma forma en Italia, Dinamarca, Noruega y Finlandia. Otros países que comenzaron sosteniendo el anonimato modificaron su posición, algunos de ellos, como Austria, Suecia y Suiza, permiten al nacido en estas circunstancias en su mayoría de edad, obtener los datos del donante. Igual posición se sostiene en el Reino Unido, a partir del año 2005.

22. F. Lledó Yagüe, *Fecundación artificial y derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 53.

23. E. Roca Trias, *La incidencia de la inseminación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Trivium, Madrid, 1988, p. 43.

En el Proyecto en análisis el artículo 564 adopta una posición intermedia, o sea, de anonimato relativo. Se estableció un método judicial y otro administrativo, lo que permite compatibilizar el derecho a la identidad con las características del nacimiento por estas técnicas de reproducción asistida.

En la materia que nos ocupa, los artículos referidos a la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial, así como las acciones, las modificaciones respecto del régimen vigente son menores, si bien algunas son de trascendental importancia. En la determinación de la maternidad se incluye la notificación a la madre de la inscripción del recién nacido, excepto que sea ella o su cónyuge quien la solicite o quien denuncie el nacimiento. En el mismo artículo 565 se limita la acreditación de la maternidad con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. Reviste singular importancia la extensión del artículo 566 en la determinación de la filiación matrimonial al presumirse tal respecto de los nacidos después de celebrarse el matrimonio y hasta 300 días posteriores a la interposición de la demanda del divorcio o nulidad de matrimonio, o separación de hecho o muerte, no rigiendo esta presunción en los supuestos de TRHA, si el o la cónyuge no prestó el consentimiento previo.

Como surge del citado artículo esta presunción rige tanto en los matrimonios heterosexuales como en los homosexuales. Se ha considerado que la presunción contiene elementos no sólo biológicos, sino también culturales y sociales; y es de gran importancia para la inscripción de los niños nacidos, cualquiera sea la forma adoptada para su nacimiento. En relación a las acciones, debe destacarse la amplitud con que se trata la legitimación, en especial para impugnar la paternidad y maternidad matrimonial. Se otorga la posibilidad a toda persona con interés legítimo de interponer la acción, modificando el plazo desde que comienza a correr la caducidad; éste correrá desde que el presunto padre supo o pudo saber que no lo era. El principio de igualdad adquiere plena vigencia otorgándole a la madre la posibilidad de impugnar la paternidad matrimonial. En relación al derecho a la identidad, sostiene al igual que la legislación actual, en los casos en los que esté determinada sólo la maternidad, el Registro Civil debe comunicar la situación al Ministerio Público, el que deberá procurar la identidad de la paternidad y posterior reconocimiento del hijo, instando a la madre a suministrar los datos pertinentes. Antes de la remisión al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro debe citar a la madre e informarla de los derechos del niño.

En cuanto al valor que tiene la posesión de estado, el Proyecto la asimila al reconocimiento, si se encuentra debidamente acreditada.

En relación a la acción de reclamación de registración, el Proyecto mantiene el proceso existente en la legislación vigente, incorporándose la reparación del daño causado por la falta de reconocimiento.

En las acciones de filiación, se mantiene la admisión de toda clase de pruebas, como las genéticas, que pueden ser pedidas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, la misma se puede realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado, priorizándose a los más próximos. Si alguna de estas alternativas es posible, el juez valorará la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente.

### **C - El derecho de niños, niñas y adolescentes en el Proyecto de Reforma**

Hemos dicho y así se manifiesta en los fundamentos que acompañaron el Proyecto de reforma que éste es un código que sostiene el principio de constitucionalización de derecho privado. Es un código de la igualdad, basado en un paradigma no-discriminatorio. Se legisla teniendo presente que se trata de una sociedad multicultural poseedora de una serie de conductas sociales diversas. Especial consideración merece el avance sustancial de este código en el reconocimiento de los derechos humanos de niños, niñas y mujeres, el que puede proyectarse como fundamental para la institucionalización de la democracia en nuestro país.

“Se ha dicho que la democracia es buena para los niños” y “que los niños son buenos para la democracia”.<sup>24</sup> Oposición y complementariedad que testimonian la importancia del tema infancia dentro del sistema democrático.

La histórica exclusión de niños, niñas y adolescentes de los programas de acceso a la ciudadanía requiere medidas concretas para el cambio de esa relación y la profundización de la vinculación entre los conceptos de democracia, niñez y familia. Es necesario considerar a la democracia en la familia

24. A. Baratta, “Infancia y Democracia”, en E. García Méndez y M. Beloff (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis, Santafé de Bogotá, 1998, p. 39.

como condición insustituible para pensar a la democracia en la sociedad, y por ende llegar así a un estado democrático de derecho.

Podríamos preguntarnos si el reconocimiento normativo y real de los derechos de los niños y adolescentes requiere de la existencia de un estado democrático. Consideramos que ello es así, y así lo expone nuestra historia legislativa.

La titularidad de derechos humanos originarios es un presupuesto necesario pero no suficiente para extender a niños, niñas y adolescentes el concepto y las reglas de la democracia.

La CDN<sup>25</sup> ratificada por nuestro país hace décadas e incorporada con jerarquía constitucional en la reforma de 1994 contiene principios estructurantes que están íntimamente relacionados con los fundamentos referidos en los párrafos precedentes. En un sistema garantista puede decirse que estos principios “son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos”.<sup>26</sup>

En la CDN podemos señalar en el artículo 2° el principio de no-discriminación, en el artículo 3° el de protección, en el artículo 4° el de efectividad, y en los artículos 5 y 12 la autonomía y participación. Todos ellos describen derechos tales como la igualdad, la protección efectiva, la autonomía y la libertad, cuyo cumplimiento es exigencia de la garantía. Los principios enunciados son obligatorios y por ello el Proyecto no hace otra cosa que cumplir con el mandato constitucional.

Uno de los ejes fundamentales de la reforma que adopta las disposiciones establecidas en las convenciones internacionales se refiere a la regulación de las relaciones filiales, o sea, las relaciones de los niños con sus padres y de todos los integrantes del grupo familiar. Los artículos 18 y 5 de la CDN si bien reconocen el derecho y la responsabilidad de los padres a la crianza

25. En Argentina la CDN –que fue ratificada por ley 23.849– goza de jerarquía constitucional desde 1994 (conf. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional, en adelante CN). Incluso previo a la Reforma Constitucional, la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 7 de julio de 1992.

26. M. Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en E. García Méndez y M. Beloff (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Santafé de Bogotá, Temis, 1998, p. 77.

y educación de sus hijos, a su vez estatuyen el derecho de los niños a ejercer sus derechos por sí mismos, en forma progresiva de acuerdo a la evolución de sus facultades. En el artículo 18 de la CDN se reconoce como incumbencia de los padres la responsabilidad de la crianza y desarrollo de sus hijos. Del mismo artículo también surge la necesidad de que el Estado apoye a los padres en el rol que deben cumplir.

El niño no es un ciudadano futuro sino un ciudadano en plenitud en cada momento de su existencia. La CDN desde el momento de su incorporación a nuestro plexo normativo encontró graves obstáculos para ser empoderada por determinados sectores de la sociedad y por individuos en particular. Evidencia de tal circunstancia fueron la resistencia a derogar la ley 10.903 de Patronato, evento que recién se produjo en el año 2005 con la promulgación de la ley 26.061. La ley 10.903 era portadora de una doctrina e ideología totalmente ajena a la esencia de la CDN. En la misma tesitura, se encontró la resistencia que produjo la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061, que operativizaba e inclusive sistematizaba y desarrollaba aún más los derechos de los niños estatuidos por la CDN.

La existencia de un Código Civil obsoleto, a pesar de las reformas que introdujeron las leyes 23.264 y 23.515, produjo un desfasaje ya que no se articulaba debidamente con las normas constitucionales. Se suscitaron así interpretaciones diversas, la mayoría de ellas desconociendo los derechos humanos en estudio.

### *1. Capacidad Progresiva*

La aprobación de la CDN constituye un hito fundamental en el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez en tanto inaugura una nueva relación entre el derecho y los niños, relación que se conoce como modelo o paradigma de la “protección integral de derechos”.

Aquello que caracteriza a este nuevo modelo y que indudablemente lo muestra como un punto de inflexión en la historia jurídica de la niñez es la concepción del niño como “sujeto” titular de los mismos derechos de los que resultan titulares los adultos, más un “plus” de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo. Así, la CDN deja atrás la concepción paternalista propia de la doctrina de la “situación irregular” que consideraba a los niños como “menores” o “incapaces” y,

ante ello, “objeto” de protección y de representación por parte de sus progenitores y el Estado.

En el ámbito de su familia, el paradigma de la protección integral propone una nueva concepción del niño como sujeto de derechos en la relación paterno-filial de modo de garantizar que la función formativa de los padres se lleve a cabo en el marco de una interacción entre el adulto y el niño, y no como efecto de una acción unilateral en la cual el niño asume un lugar de sumisión como objeto de represión y control ilimitados por parte de sus padres. Esta interacción se basa en la consideración de la personalidad y el respeto de las necesidades del niño en cada período de su vida, en su participación activa en el proceso formativo, y en un gradual reconocimiento y efectiva promoción de su autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales en función de las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo.

En la República Argentina, al referirnos a esta temática debemos considerar un marco normativo integrado por la CDN, que desde 1994 conforma el bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 C.N.), la Ley de Infancia 26.061 y el Código Civil. Si nos atenemos a la letra del Código Civil vigente, la capacidad progresiva como la entendemos hoy de acuerdo a la normativa constitucional, no está contemplada.

Es por ello que el Proyecto ha receptado la doctrina de la capacidad progresiva. En principio, se recepta la modificación de la ley 26.579 que entró en vigencia el 31 de diciembre de 2009, que modificó la edad en la que se llega a la mayoría de edad, estableciéndola en 18 años, en lugar de 21 (art. 25 del Proyecto). Ese mismo artículo crea una categoría que no existía, la de adolescente (personas de entre 13 y 18 años). El proyecto permite al menor de edad ejercer los derechos que le son permitidos de acuerdo con su edad y grado de madurez, y por supuesto recepta el derecho a ser oído en todo proceso judicial y a participar en todas las decisiones que se tomen sobre su persona.

Cabe destacar que el Proyecto incorpora la figura del abogado del niño, la que ha sido largamente debatida por doctrina y jurisprudencia y reconocida expresamente en el artículo 27 inc. c de la ley 26.061. El artículo 26 del Proyecto dispone que la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, y en situaciones de conflicto de interés con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

El trabajo de décadas respecto a la participación del niño en las situaciones en las que se encuentren en juego sus derechos se ve reflejado

también en el instituto de la Adopción. El niño que cuenta con edad y grado de madurez es parte respecto de la declaración de su situación de adoptabilidad (artículo 608) al que comparecerá con asistencia letrada, y en el juicio de su adopción (artículo 617 inc. a), en el que también contará con asistencia letrada. Además el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar su consentimiento expreso en su juicio de adopción (artículo 617 inc. c). Por último, el adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos su origen y puede acceder al expediente judicial y administrativo (artículo 596).

## *2. Competencia médica*

Capítulo aparte merece la recepción del Proyecto sobre la doctrina de competencia médica. Debemos tener bien claro que existe una diferencia fundamental entre capacidad civil y el concepto de competencia bioética o médica. La capacidad civil se adquiere al cumplir la mayoría de edad. La competencia bioética no se alcanza en un momento determinado de la vida, sino que se va desarrollando y evolucionando con el paso del tiempo, hasta que paulatinamente se alcanza la madurez. Se trata de un concepto que pertenece al área de los derechos personalísimos que se ejercen a medida que se va adquiriendo la capacidad necesaria para hacer efectivos derechos como la salud y la vida. En este Proyecto, para evitar interpretaciones divergentes respecto de la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para situaciones determinadas, se establecieron edades específicas, en las cuales nadie puede negarles el ejercicio del derecho personalísimo que es el cuidado de su propio cuerpo.

Es así que establece que entre los 13 y los 16 años, el menor adolescente se presume tiene aptitud para decidir respecto de tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su salud o integridad física. En tales casos, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus padres o representantes legales. Y a partir de los 16 años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Es que “el derecho de las niñas, niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo, puede ubicarse dentro de los derechos de la persona vinculados a su dignidad, los denominados personalísimos, o sea, aquellos en los

cuales se restringe la posibilidad de su ejercicio mediante representación”.<sup>27</sup> Se garantiza así el ejercicio de manera autónoma de un derecho personalísimo.

## **D - Análisis de la responsabilidad parental**

El proyecto introduce grandes modificaciones en este tema. Se consideró imprescindible reemplazar la expresión patria potestad por ser contraria totalmente a la esencia de una familia democrática. “Patria potestad” impregnada había sido pensada en un modelo de familia piramidal donde el niño es un sujeto sometido al poder de sus padres, siendo su opinión despreciada. Se modifica totalmente el concepto y se asume el de responsabilidad parental, que traduce la esencia de función y de acompañamiento que significa para este proyecto la relación de padres e hijos.

Distintas legislaciones han asumido esta denominación: en Inglaterra, la Children Act de 1989 modificada en 2004; también el Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia. En especial cabe recordar que el artículo 34 de la ley 114 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de la infancia de la Nación, receptan respectivamente la expresión responsabilidad de los padres, y esta última ley, en su artículo 7, utiliza la expresión de responsabilidad familiar.

Cabe destacar como un elemento importante de esta reforma, que tanto en filiación, como en todos aquellos capítulos que tiene relación con la niñez, los principios de igualdad y no-discriminación son fundamentales, o sea todos los niños tienen iguales derechos y obligaciones, cualquiera sea el origen y/o causa de su filiación.

Los principios rectores, denominados principios generales, ordenan la responsabilidad parental; ellos son: el interés superior del niño y la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, y la regla de que a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; el dere-

27. C. Rodríguez Palomo, *Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo*, Universidad Complutense, Madrid, 2004, p. 12.

cho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Estos principios deben ser tenidos en cuenta en forma inescindible en todos los casos en los cuales se apliquen los distintos articulados referidos a la materia

Cuando se trata del interés superior del niño, deberá recordarse que éste no es un concepto etéreo, ni un espacio vacío, cuyo contenido puede completarse con cualquier subjetividad. Cuando hablamos del interés superior del niño debemos tener presentes la doctrina y legislaciones que concretizan este concepto tales como la ley 114 de la CABA y artículo 3 de la ley 26.061, para lograr el pleno goce y efectivización de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

“Es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un ‘principio’ que obliga a diversas autoridades e incluso, a instituciones privadas a estimar ‘interés superior del niño’ como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promueven y protejan sus derechos y no las que los conculquen”.<sup>28</sup>

El inciso b) del mismo artículo tercero se refiere a la autonomía progresiva, que se describe como la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas y, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores de los derechos de los hijos, coherentemente con lo establecido en los artículos 5 y 18 de la CDN que nos dicen que el ejercicio de la responsabilidad parental debe tener en cuenta, en relación a los hijos, la evolución de sus facultades dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos que se le reconoce; y pueda estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad,

28. M. Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de CDN”, en E. García Méndez y M. Beloff (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis, Santafé de Bogotá, 1998, p. 78.

educado en el espíritu proclamado en el de la Carta de las Naciones Unidas, conforme se cita en el preámbulo de la CDN.

También en la ley 26.061 deben tenerse en cuenta en relación a esta temática sus artículos 19 y 27, en cuanto al derecho de niños, niñas y adolescentes a participar de aquellas decisiones que le competen. El concepto de capacidad progresiva también se ha desarrollado en el punto pertinente a capacidad progresiva.

El derecho del niño a ser oído debe interpretarse, desarrollarse y articularse con el derecho a la participación. Es el derecho del niño a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma desde la esfera intelectual y moral, o sea, en todo su desarrollo. El derecho del niño a ser oído (artículo 12 CDN) contiene un principio de reciprocidad, al derecho a expresarse le corresponde el deber de los adultos a escuchar. Este deber no puede ni debe limitarse al solo otorgamiento de la palabra al niño. Se requiere una actuación activa entre adultos e infantes, lo que supone participación de ambos. Se ha dicho que “sólo configurando el derecho del niño a ser escuchado, como deber de los adultos de escucharlo y aprender de él, es que el principio contenido en el artículo 12 se coloca como el principio central de la Convención e indica un largo camino hacia el futuro de la relación entre niños y adultos. Pero este es también el camino hacia el futuro de la democracia”.<sup>29</sup>

Estos principios adquieren fuerza y presencia en el Proyecto, por ejemplo en el artículo 645, en relación a los actos que requieren consentimiento de ambos progenitores, es necesario también el del hijo adolescente. En el artículo 646 entre los deberes y derechos de los progenitores, se establece como un deber considerar las necesidades específicas del hijo, según sus necesidades psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativos. En el inciso c) se establece el deber de respetar los derechos del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; orientar y dirigir al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos.

Surge con toda claridad que la norma propuesta busca el respeto a la personalidad e individualidad del hijo. Esta actitud, de consideración a las

29. A. Baratta, “Infancia y Democracia”, en E. García Mendez y M. Beloff (comps.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis, Santafé de Bogotá, 1998, p. 54.

capacidades especiales y a la personalidad del hijo y el respeto de las mismas, han sido receptadas en diversas legislaciones. Cabe señalar que la interacción y la participación de los integrantes del grupo familiar aparecen como una característica de esta organización de la representación parental en el derecho comparado (Código Civil español, art. 145; Código Austríaco, art. 146; Conclusiones del Consejo de Europa 1977, Código Civil portugués, art. 1885).

### *1. Cuidados personales*

Otro cambio fundamental desde el contenido y el lenguaje es la sustitución de la palabra “tenencia” que, como se sabe, se refiere a posesión actual y corporal de una cosa.

No puede negarse que el carácter derivado de este último término lleva implícita una suerte de cosificación de uno de los extremos de la relación paterno-filial.

O sea, se trata de una denominación completamente ajena a la consideración de los niños como sujetos de derecho. Se reemplaza por los términos “cuidado personal” del hijo. En el derecho comparado se han utilizado denominaciones similares tales como residencia habitual del hijo, convivencia, etc. El artículo 648 se refiere a ello diciéndonos que cuidado personal se denomina a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo, el que puede ser asumido por un progenitor o por ambos.

Se privilegia el cuidado personal compartido, que puede ser alternado o indistinto. En el caso del cuidado compartido indistinto, el hijo reside de manera principal con uno de sus progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de forma equitativa las labores atinentes a su cuidado. La ley 23.264 vigente nos señala que cuando no hay convivencia de los progenitores, el ejercicio de la patria potestad corresponde a quien vive con el niño/niña; esto puede crear una eyección de la figura del padre no conviviente. Se contraría así la igualdad de derechos y obligaciones para ambos progenitores que surge de la CDN. La experiencia de otros países que han adoptado el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, aun después de la separación o divorcio, nos ha mostrado que la figura es positiva para un mejor ejercicio de la misma y un desarrollo del grupo familiar con mayor participación de todos sus miembros. Ello porque se propicia un actuar conjunto y solidario de los padres. Entre los países que han adoptado esta modalidad pueden citarse España, Inglaterra, Italia y Francia. El

Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó que “el disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aun cuando la relación entre los padres se haya roto y que las medidas internas que obstaculicen ese disfrute constituyen una violación del derecho protegido por el artículo 8 del Convenio”.<sup>30</sup>

## *2. Ejercicio de la responsabilidad parental por parte de padres adolescentes*

Una de las innovaciones fundamentales a destacar es la de la responsabilidad parental de los padres adolescentes, quienes hasta ahora y en la actualidad no detentan el ejercicio de la hoy denominada patria potestad, si no están casados. La discriminación de esta norma es tan flagrante que considera que la existencia o no del matrimonio acredita capacidad para asumir las responsabilidades que devienen de la maternidad/paternidad. Esta situación ha causado graves perjuicios, como es habitual, a los sectores más excluidos de nuestra población. Por ejemplo no permitiendo el acceso a la salud de los niños cuando el servicio es requerido por madres menores de edad, cuyos progenitores viven a grandes distancia, o negativa de otras prestaciones a progenitores menores de edad, tales como procuración de vivienda. Si bien haber fijado la edad de 18 años como mayoría de edad ha posibilitado a un sector de esta población resolver estas cuestiones, todavía existe un gran sector de niñas, niños y adolescentes que se ven impedidos de cuidar debidamente de sus hijos.

El artículo 644 del Proyecto elimina el requisito de matrimonio y establece que los progenitores adolescentes estén o no casados ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo realizar las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud, señalando que aquellos que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente pueden oponerse cuando los actos de éste sean perjudiciales para el niño, como también puede intervenir si se omite realizar las acciones para preservar su desarrollo. También se destaca que el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si

30. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del día 13 de julio de 2000.

se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como su entrega con fines de adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos.

### *3. Familia Ensamblada*

Un tema novedoso es la mención que se hace sobre derechos y deberes de los progenitores e hijos afines. Se denomina progenitor afin al cónyuge conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño y/o adolescente. Ante todo queremos señalar que en este capítulo se reconoce una de las nuevas formas de familia, la que se denomina familia ensamblada. Sin que ello vaya en desmedro de la responsabilidad parental, se establece un deber de cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro cónyuge, realizando los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptando decisiones ante situaciones de urgencia.

Se concede al progenitor conviviente el poder delegar a su cónyuge el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir con sus funciones por viaje, enfermedad o incapacidad transitoria; siempre y cuando exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor. Esta delegación requiere homologación judicial, y, de acuerdo a nuestra postura, la participación del niño en esta toma de decisión.

Asimismo se establece la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro con carácter subsidiario, la que cesa con la disolución del vínculo o ruptura de la convivencia. Ello salvo que el cambio de situación ocasione un grave daño al niño, entonces puede fijarse una cuota asistencial de carácter transitorio al cónyuge que asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro.

Si bien no está expresamente estipulado, consideramos que el niño y/o adolescente debe ser oído en el supuesto de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y en otros casos en que se le otorguen facultades al padre a fin.

### *4. Obligación de alimentos*

Entre los deberes y derechos de los progenitores se cuenta la obligación de criarlos, alimentarlos y educarlos. Ello corresponde a ambos, aunque

conviva sólo con uno de sus progenitores. El Proyecto en esta materia innova en varios puntos. Uno de ellos ha sido objeto de una larga lucha por la vigencia de una legislación que se encuentre impregnada de los principios de igualdad y no-discriminación, que ha tenido por objeto reconocer valor económico a las tareas cotidianas a cargo del progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo, las que se consideran como un aporte a la manutención de los hijos (artículo 660). Mencionamos que ha sido una larga lucha, porque durante décadas no se lo reconoció así. Siendo que en la mayoría de los casos eran o son las madres quienes conviven con sus hijos menores de edad y ven menguada su capacidad de ingresos económicos por el tiempo que deben dedicar al cuidado de sus hijos.

El proyecto establece la obligación de prestar alimentos hasta los 21 años de edad, salvo que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. También habilita a la administración directa por el hijo de una porción de la cuota alimentaria destinada a cubrir gastos personales como vestimenta, esparcimiento, etc.

La norma pone fin a un debate jurisprudencial y doctrinario en cuanto a quién tiene capacidad y/o legitimación para iniciar y/o proseguir el juicio promovido durante la minoría de edad del hijo (artículos 661/2).

En los términos de la CDN y de la ley 26.061, así como del propio articulado del Proyecto, encontramos que una de las obligaciones fundamentales de los progenitores y de los derechos de los hijos se refiere a la educación. Así lo señalan especialmente los artículos 27 y 29 de la CDN. Naturalmente, en las parejas convivientes cuando los jóvenes continúan con los estudios y aprendizaje, los padres contribuyen a su manutención, sin prestar atención a si el hijo ha cumplido o no la mayoría de edad. Contrariamente, cuando se produce una separación y cesa esta convivencia entre los progenitores, esta situación cambia. Es frecuente el pedido de cese de la obligación alimentaria, sin tener en cuenta las necesidades reales del hijo. Esta situación supone que las dificultades de la relación de pareja se han proyectado indebidamente sobre las relaciones parentales, con lo cual aparecería que no es la mayoría de edad lo que determina el cese de la obligación de la cuota alimentaria, sino la ruptura de la relación parental.

Se ha considerado, entonces, necesario regular el supuesto de alimentos para los hijos mayores de 21 años que prosiguen sus estudios. La jurisprudencia y la doctrina ya han receptado esta obligación, si bien en algunas ocasiones puntuales en América Latina, países como Nicaragua, San

Salvador, Costa Rica lo admiten con un tope, como también lo establece el Proyecto en análisis; por el contrario, en Europa países como Francia o Suiza tienen otros requisitos. El Proyecto fija la edad de 25 años como límite para poder seguir percibiendo alimentos, siempre y cuando se prosigan estudios o preparación profesional de un arte u oficio que le impida proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente. Al igual que los alimentos para el hijo entre los 18 y 21 años se encuentran legitimados para solicitarlos, tanto el interesado directo o el o la progenitora conviviente.

### *5. La prohibición de los malos tratos*

La prohibición de malos tratos es una reforma reclamada por distintos sectores de la sociedad ya que la redacción actual del Código Civil (artículo 278) establece que los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir las conductas de sus hijos menores. Este poder debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos que menoscaben física o psíquicamente a los menores. Como podemos observar, la redacción es confusa y las palabras “corrección” y “moderadamente” que se utilizan pueden dar lugar a equívocos en cuanto a su interpretación. Creemos que se pueden llegar a legitimar así acciones de violencia contra los niños. Es por ello que amerita un pronunciamiento estricto contra la prohibición de malos tratos. Es así que en el Proyecto en análisis el artículo 647 establece la prohibición de malos tratos, prohibiéndose expresamente el castigo corporal o cualquier hecho que menoscabe física o psíquicamente a niños y adolescentes. Se agrega que los progenitores pueden solicitar la asistencia de los organismos del Estado. Como vemos, esta norma promueve y garantiza el respeto al derecho a la vida y a la integridad psicofísica de niñas, niños y adolescentes. En el derecho comparado esta prohibición tiene cada vez mayor desarrollo.

## **V - Conclusión**

Se ha intentado dar una visión de las instituciones cuya reforma nos parece más trascendente. Consideramos que el Proyecto en materia de Derecho de las Familias cumple acabadamente con los principios enunciados en los fundamentos.

La incorporación al mundo del Derecho y por ende la salida del No-Derecho de los distintos tipos de familias (ensambladas, hetero u homoparentales, matrimoniales, convivenciales, etc.) supone la recepción del multiculturalismo, así como el pleno reconocimiento a las distintas identidades sexuales.

La consideración del menor como sujeto de derechos en los términos de la Convención, se encuentra presente en todo el articulado referido a responsabilidad parental, filiación y adopción. Por su parte, la equiparación de roles y el reconocimiento de las tareas del hogar y crianza de los hijos, entre otros progresos, cumplen los mandatos de la CEDAW. El reconocimiento de las uniones convivenciales también significa un gran avance en el dotar de derechos y obligaciones a quienes no contraen matrimonio, pero se unen en un proyecto de vida en común. La manda constitucional se encuentra cumplida de aprobarse el Proyecto en la materia que nos ocupa.

Se busca dotar a quienes conforman un grupo familiar de los mejores institutos y derechos, así como obligaciones, que organicen y les faciliten un vivir armónico, pleno de respeto de los derechos del otro.

La inclusión social que significa la incorporación a la esfera de lo jurídico de personas que hasta ahora no gozaban de igualdad de derechos o no contaban con las debidas regulaciones, es un paso más hacia la igualdad real y la dignidad de todas las personas.

A modo de cierre sostenemos que el presente Proyecto, respecto de las instituciones brevemente analizadas en este trabajo, representa un verdadero avance en la historia de nuestro derecho de fondo, en tanto, como ha sido sostenido, incorpora expresamente la doctrina de universalización de los derechos humanos.

El gran objeto de los Estados es, o debería ser, garantizar derechos a todos sus habitantes, no restringirlos. Las legislaciones deben reconocer y garantizar la mayor cantidad de derechos, respetando estos principios universales de igualdad, libertad, no-discriminación y solidaridad. Deben asegurar la felicidad del pueblo al que rigen, en tanto la felicidad también es un derecho. Se ha dicho que la libertad es un impulso que no garantiza la felicidad humana, pero asegura la condición de un mundo en donde a nadie se le estafe la oportunidad y la ocasión de ser feliz.

Como antes explicamos, el principio de autonomía necesita de la libertad para existir, porque sin libertad, la igualdad es una caricatura y la vida no tiene sentido. El límite a nuestra libertad entonces lo marcará el principio de no dañar a otro. Pero por sobre todo debemos desarrollar el principio de solidaridad, porque éste es el mejor componente de la condición humana. La solidaridad nos hace asumir a los otros como semejantes y a todos como nosotros mismos.

# Hechos y actos (o negocios) jurídicos

Aspectos metodológicos y conceptuales

*Alberto J. Bueres*

Vicedecano, Profesor Emérito de  
Obligaciones Civiles y Comerciales,  
Facultad de Derecho, UBA.

## **I - Los denominados “hechos simples” o “no jurídicos” y los “hechos jurídicos”**

**A.** Constituye una afirmación común que el derecho –que es conducta humana– está referido a hechos en sentido lato (hechos humanos –o actos– y sucesos naturales). En definitiva, acontecimientos. Sin los hechos no resulta posible concebir el derecho.

Los acontecimientos tienen que ser sensibles, perceptibles por medio de los sentidos. Los fenómenos volitivos no exteriorizados (que permanecen *in mente retenta*) escapan al significado en estudio (art. 913, Cód. Civil).

En general, la doctrina enfatiza en que ciertos hechos no interesan al derecho: la caída de una estrella, el vuelo de un ave, una invitación a pasear, leer, la puesta del sol, la lluvia, etc. En cambio, en torno a otros acontecimientos se predica que poseen relevancia jurídica. Los primeros se llaman hechos simples (o no jurídicos); los segundos hechos jurídicos.<sup>1</sup> De todas formas, cuando en la dogmática se habla de hechos simples (o no jurídicos) se lo hace en abstracto, pues en concreto cualquier acontecimiento puede integrar el *factum* emplazable en la norma. Por ejemplo, si se supedita un

1. L. Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, p. 3, trad. Manuel Albaladejo.

acto jurídico (o aun un derecho) a la modalidad del plazo y el término (*dies ad quem*) es referido a la puesta del sol; o si se inserta como condición de un negocio la próxima lluvia. Inclusive, la propia ley puede conferir juridicidad a ciertos hechos que aprehendidos en abstracto son no jurídicos. Levantarse y vestirse son hechos simples, pero pasarían a ser hechos jurídicos si se los contempla en un reglamento militar.<sup>2</sup>

**B.** Bajo otra óptica, algunas corrientes de pensamiento iusfilosóficas –v. gr. la teoría egológica– niegan la dicotomía entre el hecho jurídico y el hecho no jurídico, en razón de que la plenitud hermética del ordenamiento hace imposible que un acontecimiento pueda evadirse de la calificación normativa. Por tanto, cuando la ley define el hecho jurídico está dotando de juridicidad por exclusión al hecho que no lo es. Con este alcance tanto uno como otro están revestidos de juridicidad.<sup>3</sup>

## **II - Metodología adoptada por el Código Civil de Vélez Sarsfield. El significado de hecho jurídico (interpretaciones)**

**A.** El codificador argentino, siguiendo de cerca a Freitas, sistematizó los hechos jurídicos estableciendo principios generales. El método es considerado correcto y de avanzada por la mayoría de los autores, dado que hasta el momento de la sanción del Código de Vélez Sarsfield, sólo se había cuidado la ordenación sistemática en el Código de Prusia de 1794<sup>4</sup> y en las obras de Savigny y Freitas. Tiempo después continuaron este camino el Código alemán de 1900, el brasileño de 1916 y el Código de Portugal de 1966.<sup>5</sup>

2. M. Albaladejo, *Instituciones de derecho civil. Parte general y derecho de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1960, T. I, pp. 316 y 317; R. H. Brebbia, *Hechos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1979, T. I, p. 2.

3. L. M. Boffi Boggero, *Estudios jurídicos, Primera serie*, Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1960, p. 35.

4. Curiosamente, el *Landrech* prusiano es el primer cuerpo de leyes que inicia el camino formal del proceso de codificación, más allá de que, por su importancia e influencia, se diga que ese camino fue promovido por el Código francés de 1804.

5. H. Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley. La voluntad jurídica*, Tea, 1950, T.I, p. 5; Boffi Boggero, “Reflexiones sobre los hechos jurídicos”, *LL*, 1980-C-850, secc. Doctrina.

En actitud crítica, se destacó que la *generalización* efectuada en el Código prusiano y hasta en el mismísimo Código alemán no fueron completas. En cambio, la tendencia sistematizadora –que en buena parte reconoce su génesis en el pandectismo germánico– tiene acabada recepción en el *Esboço* de Freitas (Sección III, Libro I), en donde se hace un reenvío a la *Consolidación de las leyes civiles*. También son elogiadas por su ajuste, precisiones más o menos, los desarrollos realizados por los códigos portugués y brasileño, por el Anteproyecto de 1972 y Proyecto de 1975 de reformas al Código de Brasil –y por el actual Código de este país.<sup>6</sup>

En cuanto al Código Civil argentino, Luis María Boffi Boggero conceptúa que hubiera sido más lógico colocar los principios generales dentro del Libro I, y no en el Libro II, Sección II (como lo hizo Vélez Sarsfield). Sin embargo, el analista acepta complacido las bondades de la *generalización* y de la inclusión de algunas definiciones, pues éstas muchas veces son una guía que permite al intérprete captar el sentido de una institución o el área de aplicación de las normas.

La opinión no es unánime ya que la actitud *generalizadora* tiene algunos adversarios (Nipperdey, Larenz, Allara, los hermanos Mazeaud, Pedro León). Asimismo, hay quienes la admiten, pero rechazan de cuajo todo intento de incluir definiciones y divisiones didácticas en los códigos o en las leyes, argumentando que esa actividad es propia de la doctrina.<sup>7</sup>

En otras oportunidades y a propósito de un asunto diverso pero de cierto modo conexo en lo sustancial con el presente, hemos dicho que no nos oponíamos a la sistematización de algunas instituciones trascendentes, ni a que se las clasificara en la ley cuando ello fuese imprescindible para penetrar mejor en sus entrañas. Por tanto, no vemos inconveniente alguno en que, de concurrir análogas razones, se perfilen ciertos conceptos en la ley.<sup>8</sup>

Comoquiera que sea y, sin defecto de insistir en que apoyamos la generalización de la teoría del hecho jurídico efectuada por Vélez Sarsfield, a

6. Boffi Boggero, “Reflexiones sobre los hechos jurídicos”, *LL*, 1980-C-850 y 851, secc. Doctrina.

7. Boffi Boggero, “Reflexiones sobre los hechos jurídicos”, *LL*, 1980-C-850 y 851, secc. Doctrina.

8. A. J. Bueros, *La entrega de la cosa en los contratos reales*, Ábaco, Buenos Aires, 1977, pp. 17 y 18.

despecho de los defectos que posee, se nos ocurre que, en principio, no era necesario definir *la figura* en el art. 896, pues tal significado es ultracivilista, es común a todo el Derecho.

**B.** El art. 896 del Cód. Civil establece que son hechos jurídicos: “...los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones”.

La fuente del precepto es el art. 431 del *Esboço* de Freitas. Entre ambas disposiciones existen diferencias menudas, pues el jurista brasileño no menciona la “transferencia” entre las virtualidades del *hecho* y sólo alude a los “derechos” como entidades receptoras de esos efectos (o virtualidades). A su vez, Vélez Sarsfield añadió en la parte final del art. 896 la expresión “u obligaciones”, que resulta pleonástica o sobreabundante, si tenemos en cuenta que la obligación (unidad compleja) constituye un enclave dentro del vasto género de los derechos subjetivos patrimoniales.<sup>9</sup>

**C.** La doctrina *empírica* (o *empirista*), sostenida incomprensiblemente en el medio local por un sector de opinión, el que por fortuna cada día es menos significativo –o acaso ya ha desaparecido–, se funda en una desviada interpretación del texto del art. 896 (indiscutiblemente imperfecto).

Por una parte, se aduce que el codificador entendió que el *hecho* es el que posee energía para producir el efecto de derecho con menosprecio de la norma (terreno éste en el cual los autores no pisan firme o no son siempre consecuentes).<sup>10</sup> Y por otra, que no es imprescindible que el referido *hecho* (o acontecimiento) produzca *inexorablemente* el efecto, pues sería suficiente, para que se le tilde de *hecho jurídico*, que tuviera la *posibilidad* de producirlo.

Quizá, el precursor de esta interpretación fue Henoch Aguiar, quien dice que Vélez Sarsfield utilizó la palabra *susceptibles* –traducción castellana

9. Aparte de ello, los derechos patrimoniales son sólo un aspecto de los derechos en general.

10. R. J., Salvat - J. M., López Olaciregui, *Tratado de derecho civil argentino*. Parte general, 11ª ed., Tea, 1964, T. II, p. 165, y referencia a la opinión de Savigny, quien afirmaba que los hechos jurídicos son “los acontecimiento en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan” (*Sistema de derecho romano*, F. Góngora y Cía., trad. J. Mesía y M. Poley, 1879, T. II, p. 142, parág. 104).

de la expresión portuguesa *susceptível* que figuraba en el art. 431 del *Esboço de Freitas*–, que significa *capaz de...* Por ende, para Aguiar no es menester que la consecuencia de Derecho se verifique de forma incontrastable, pues es bastante con que *el hecho sea capaz (susceptible)* de producirla.

En otros términos, hecho jurídico no es únicamente el que tiene idoneidad concreta, efectiva, indefectible, para establecer relaciones jurídicas, sino que también está investido de esa calidad, el acontecimiento con aptitud potencial o eventual a tales fines.<sup>11</sup>

El temperamento dual –en cuanto a las consecuencias del hecho– queda justificado por los arts. 911, 1067 y 1132 del Código Civil.

El primero de ellos permite “obligar” a una persona a abstenerse de realizar un hecho cuando obre en contra de las leyes –si lo realizare– y no pueda tener lugar la intervención oportuna de las autoridades públicas. El art. 1067 expresa que: “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, *u otro acto exterior que lo pueda causar...*” (destacamos en bastardilla la parte esencial). Finalmente, el art. 1132 niega la posibilidad de que el propietario de una finca contigua a un edificio que amenace ruina, pueda pedir al dueño de éste una garantía por el perjuicio eventual o exigirle que repare o demuela el edificio (*cautio damni infecti*).<sup>12</sup>

Aguiar concluye su pensamiento elogiando la definición del art. 896 e intenta sostener que ella, complementada con los preceptos mencionados en el párrafo anterior, consagró la idea de *justicia preventiva*, al no exigir la producción efectiva del daño para que el acto sea ilícito. La simple

11. H. Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley. La voluntad jurídica*, T. I, p. 14 y ss.

12. La *cautio damni infecti* fue abolida por el codificador debido a las razones que expresa en la nota al art. 1132. Básicamente: la proliferación de pleitos que podían acarrear soluciones arbitrarias. No obstante, Vélez Sarsfield agrega que el afectado podría acudir a la vigilancia policial y a las autoridades municipales. Además de estas posibilidades, la Ley de Enjuiciamiento civil española y la Ley 50 de Procedimiento Federal, consagraban la acción judicial de daño temido, bajo el rótulo de interdicto de obra vieja u obra ruinosas. El actual Código Procesal de la Nación (ley 17.454) no legisla sobre el interdicto de obra vieja, aunque se pensó que por vía analógica podría ser aplicable el procedimiento de interdicto de obra nueva (Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, 1980, pp. 63 y 64, N°126). Sin perjuicio de todo esto, la ley 17.711 introdujo una segunda parte al art. 2499 –de la cual damos noticia a continuación en el texto.

perspectiva de que ocurra el perjuicio es suficiente para que exista ese acto ilícito (especie de hecho jurídico).

El criterio entraña un verdadero desacierto, al partir de la premisa falsa de que la *posibilidad de daño* (que es un hecho integrante del *factum*) es la *consecuencia jurídica*. En rigor, el hecho contrario a la ley (v. gr. el estado deficitario de un bien), sumado al peligro de daño a una finca que, por razón de circunstancias, está edificada en terreno lindero, conforman un *factum* complejo, que encaja en un *supuesto jurídico* complejo (mera especie de *acto ilícito*). Y el efecto jurídico que *la ley* produce aguijoneada por ese *factum* está dado por la legitimación acordada al posible perjudicado para ocurrir ante las autoridades públicas.<sup>13</sup>

Por ejemplo, en la nota puesta al art. 1132 se hace referencia a la vigilancia de la policía y al poder generalmente concedido a las municipalidades para ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenazan ruina. Amén de ello, el art. 2499, segunda parte, según texto introducido por la ley 17.711, prescribe que quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes podrá denunciar ese hecho al juez para que se adopten las medidas cautelares.

Por lo demás, la noción de justicia preventiva o protección privada es común en los sistemas legislativos comparados (por caso en el derecho alemán);<sup>14</sup> y a nadie se le ha ocurrido efectuar unas deducciones semejantes.

La interpretación de Aguiar, admitida por algunos autores mecánicamente sin reflexión, olvida entre otras cosas que esa idea no es imaginable en el derecho universal. Tan sólo deriva de un análisis textual que no hubiera entrado en los cálculos del más amante de los filologistas. A tal extremo llegó la teoría empirista que se supuso que tirar al blanco es un hecho

13. El acto ilícito que no ocasiona daño sino que supone “un hecho exterior que lo pueda causar” –en los términos de los arts. 911, 1132 y 2249, segunda parte–, contiene antijuridicidad, pero la consecuencia de Derecho no ha de ser la responsabilidad civil (“punibilidad” en la terminología del susodicho art. 1067). Ese efecto jurídico es el de legitimar al sujeto perjudicado para requerir medidas de defensa personal (ver A., Acuña Anzorena, “Actos ilícitos. Definición y elementos”, en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Platense, La Plata, 1963, pp. 12 y 13).

14. Von Thur, *Tratado de las obligaciones*, Reus, trad. por W. Roces, 1934, T. I, pp. 282 y 283.

jurídico, por cuanto con ello, aunque no sea el normal propósito, se puede eventualmente herir a un sujeto e incurrir en responsabilidad.<sup>15</sup>

Es indudable que desde este panorama todos los hechos serían jurídicos, pero no *en abstracto*, es decir, en tanto pueden en cualquier momento formar el *factum* imaginado por una norma, sino *en concreto*, en cuanto ya son hechos jurídicos. O con otra mira iusfilosófica: todos los hechos serían jurídicos, pero no en el sentido de que la ley al no captarlos como tales estaría calificándolos por *exclusión*, sino en la medida en que se encontrarían *explícitamente* pergeñados por la norma jurídica.<sup>16</sup> En verdad, tirar al blanco, en sí mismo, en abstracto, es un *hecho social*, un *hecho simple*, un *hecho no jurídico*. Cuestión distinta es que a ese suceso se agregue otro: el daño. En tal caso, se conformará un *factum* compuesto o complejo que, de forma *indefectible* y no potencial, engendrará –si se reúnen los restantes presupuestos de la responsabilidad civil– la *consecuencia* de derecho (obligación de reparar).

Por lo demás, Aráuz Castex es inconsecuente, pues, por un lado, dice que todo acto jurídico (especie) es un hecho jurídico (género). Y, por otro lado, refiere que en los hechos jurídicos la creación, modificación o extinción de derechos es potencial o eventual, mientras que en el acto jurídico ello constituye el fin inmediato, el designio del agente.<sup>17</sup> Luego, el acto jurídico (especie) no tendría las características esenciales del hecho jurídico (género), lo cual encierra una visible contradicción.

**D.** En correspondencia con lo dicho hasta aquí, resaltamos que los hechos tienen relevancia jurídica cuando ella se encuentra preordenada por la norma (*teoría normativa*).<sup>18</sup>

En esta dirección, Orgaz define el hecho jurídico como todo acontecimiento al cual la ley liga una consecuencia cualquiera.<sup>19</sup> Y Albaladejo enfatiza que el hecho jurídico es todo acontecimiento o estado –en general

15. M. Aráuz Castex, *Derecho civil. Parte general*, Ejea, 1965, T. II, p. 104, N°1121.

16. *Supra B.*

17. Aráuz Castex, *Derecho civil. Parte general*, T. II, pp. 103 y 104, N°1121.

18. Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, trad. por M. Albaladejo, 1956, pp. 3 y 4.

19. A. Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Víctor P. de Zavallía, Buenos Aires, 1963, p. 14.

todo suceso o falta del mismo (ya que también hay hechos negativos)—, al que por su sola realización o juntamente con otros, liga el derecho objetivo la producción de un efecto, que es efecto jurídico en cuanto dispuesto por ese derecho objetivo.<sup>20</sup> Siguiendo la línea ideológica, podemos afirmar que hecho jurídico es el acontecimiento —o suma de acontecimientos— previsto en la ley que, de producirse en el plano de la realidad, *debe* necesariamente determinar un efecto de Derecho. En virtud de lo expuesto conviene distinguir con celo el *supuesto jurídico* del *hecho real*.

El *supuesto jurídico*, llamado en Alemania *tatbestand* y en Italia *fattispecie*, es la descripción abstracta que hace la ley de sus acontecimientos relevantes. Se trata de una hipótesis, de una suerte de situación típica, de la figura del hecho plasmada en el derecho (figura jurídica).<sup>21</sup>

El hecho concreto que se da en el plano de la realidad mundana se denomina *factum* y es el que va a encuadrar en la norma. Ese hecho en tanto la norma lo califica es, en última instancia, el hecho jurídico. De ahí que Brebbia separe con acierto el supuesto jurídico del *factum*, ya que aunque ambos están indisolublemente ligados no se confunden.<sup>22</sup> Y a un tiempo, el prestigioso autor identifica virtualmente el *factum* y el *hecho jurídico*.

Esta última apreciación es exacta en lo pragmático, no obstante lo cual, afinando la precisión teórica, podría separarse el hecho concreto o real, en su más primaria materialidad, de ese mismo suceso calificado por la norma jurídica (hecho jurídico). Pero insistimos, la escisión en el sentido indicado importaría una actitud sutil, una fineza excesiva, pues el hecho real coincide con el hecho calificado, de donde ese *factum* es el hecho jurídico.

El supuesto jurídico, *fattispecie* o *tatbestand*, es identificado muchas veces como supuesto de hecho. Nos parece preferible prescindir de esa terminología, en razón de que podría confundirse el supuesto jurídico (tildado

20. M. Albaladejo, *Instituciones de derecho civil. Parte general y derecho de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1960, T. I, p. 315.

21. F. Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, Ejea, trad. por S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1971, T. II, pp. 321 y 322; F. Santoro Pasarelli, *Doctrinas generales del derecho civil*, Revista de Derecho Privado, trad. por A. Luna Serrano, 1964, p. 109; R. H. Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, 1979, T. I, pp. 12 y 13.

22. Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, T. I, pp. 12 y 13.

supuesto de hecho) con el *factum*. O bien –como se apuntó sagazmente–<sup>23</sup> por cuanto podría hacer suponer que los hechos son los que producen el efecto de Derecho, como insinúan ciertas voces empiristas, siendo que, en realidad, el hecho juega el rol de condición coadyuvante respecto de la ley, la cual es, sin duda, causa vital para la producción de la consecuencia.<sup>24</sup>

En cambio, no creemos que sea del caso reemplazar la expresión hecho jurídico por el giro supuesto jurídico (o *hipótesis de hecho*),<sup>25</sup> pues tal cual apuntamos, aquél es el acontecimiento real revestido de juridicidad por la actitud normativa típica, mientras que el supuesto jurídico es el mero dibujo o descripción que abstractamente y de modo generalizado hace la ley.<sup>26</sup>

Si se produce el acontecimiento natural o humano previsto por la norma (*factum*), y si media concordancia entre él y el supuesto jurídico, a la manera en que ello ocurre con la tipicidad penal (tarea de subsunción en el decir de Brebbia)<sup>27</sup> debe producirse fatalmente, desde un ángulo normativo y no fáctico, el efecto de derecho. De no existir concurso o convergencia entre las dos entidades mencionadas no se observará la consecuencia jurídica.

23. J. M. Farina, “Hecho jurídico. Acto jurídico. Negocio jurídico”, *JA*, 1975-547, Doctrina.

24. A. J. Bueres, *Objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 74, y remisión a la opinión de L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1975, T. I, p. 466; Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. por S. Sentís Melendo, 1971, T. II, pp. 326 y 327; D. Barbero, *Sistema de derecho privado*, Ejea, trad. por S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1967, T. I, pp. 332 y 333; Salvat - López Olaciregui, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 11ª ed., 1964, T. II, p. 165.

25. Farina adopta la opinión de Betti (“Hecho jurídico. Acto jurídico. Negocio jurídico”, *JA*, 1975-547, Doctrina).

26. Alsina Atienza objeta la terminología *hecho jurídico*, pues cree que es estrecha (o insuficiente), y cita la expresión del Derecho alemán *Tatbestand*, que algunos traducen como estado de hecho, situación de hecho, supuesto de hecho o presupuesto de hecho. Inclusive, refiere que el giro es identificado con el *factum*. Y agrega que la *fattispecie* de la doctrina italiana se relaciona con el *factum* (“Los hechos jurídicos”, *JA*, 1955-IV-60, Doctrina). Creemos que el pensamiento del autor, aunque expositivo, resulta confuso, pues una cosa es la figura del hecho abstracta que está en la norma (*Tatbestand* o *fattispecie*) y otra el acontecimiento del mundo real (*factum*). Con más rigurosidad –aunque la terminología puede crear equívocos, si se la utiliza *genéricamente*–, se habla de *fattispecie astrata (situazione tipica)*, y de *fattispecie concreta (il fatto specifico)* –A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 1995, pp. 115 y 116.

27. Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, 1979, T. I, p. 13.

En resumidas cuentas, no hay una tercera opción –la de la potencialidad del efecto– como intenta demostrar frustradamente la corriente empirista.<sup>28</sup> En definitiva, la definición del art. 896 además de innecesaria es defectuosa.

Por una parte, se afirma que los hechos son capaces (“susceptibles”) de producir el efecto jurídico con olvido de la norma. Y ésta es fundamental, pues junto con aquellos hechos, condiciona la mutación jurídica.<sup>29</sup> Por otra parte, la eficacia jurídica no se reduce a la regulación de derechos subjetivos, sino que se refiere *lato sensu* a las situaciones y posiciones jurídicas.<sup>30</sup> Las mismas críticas pueden hacerse al Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, dado que en el art. 572 conserva con pequeñas modificaciones de detalle el texto del art. 896.<sup>31</sup>

En cuanto a la interpretación que realiza Cifuentes, no la compartimos, pues sin defecto del loable esfuerzo hermenéutico desplegado para rescatar un texto desacertado, lo cierto es que las deficiencias no se subsanan, ya que afirmar que el art. 896 alude a la *fattispecie* (figura del hecho), constituye una petición de principio. Y aunque así fuera, en tren de conjeturas, igualmente no se conciliarían los inexorables aspectos normativos y fácticos que hacen posible la localización de la figura.<sup>32</sup>

28. Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, p. 12; C. M., Schwarzberg, “Definición legal de hecho jurídico”, LL, 1975-B-1249, secc. Doctrina.

29. Hechos y normas jurídicas son imprescindibles para producir el efecto de derecho, más allá de que se considere que la norma es lo esencial y el hecho mera condición o de que se piense que son concausas (ver, D. Alsina Atienza, “Los hechos jurídicos”, JA, 1955-IV-57, Doctrina). Por tanto, no parece de recibo considerar que el efecto deriva de la ley en el acto voluntario no negocial y del hecho (acto) en el negocio jurídico (Santi Romano, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Ejea, Buenos Aires, 1964, pp. 35 y 36) –sin duda sobre la base, a nuestro juicio errónea, de que las reglas que las partes establecen en el negocio son normas jurídicas y no preceptos particulares animados por el ordenamiento.

30. I. H. Goldenberg - J. W., Tobías, *Reformas al Código Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 119 y 120; Salvat - López Olaciregui, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, T. II, p. 169; Farina, “Hecho jurídico. Acto jurídico. Negocio jurídico”, JA, 1975-548, Doctrina; Alsina Atienza, “Los hechos jurídicos”, JA, 1955-IV-9, Doctrina.

31. Goldenberg - Tobías, *Reformas al Código Civil*, p. 115 y ss.

32. S. Cifuentes, *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 8.

### III - Causalidad física y jurídica. El efecto de derecho

**A.** A propósito de la afirmación que se lee con frecuencia en algunas obras jurídicas, en el sentido de que los hechos son causa de los derechos –y más allá de la exactitud o inexactitud de dicha proposición– algún autor ha formulado objeciones al planteo científico. En este sentido, se dijo que la relación de causa efecto es propia de las ciencias de la naturaleza. Puede afirmarse que el calor es causa de la dilatación de un metal, pues con criterio científico quedan vinculados dos hechos que se suceden fatalmente. Pero no cabría concluir de igual modo que el contrato es causa de las obligaciones, pues en supuesto semejante la vinculación se verifica entre un hecho y un *quid* que no es otro hecho sino una prescripción normativa; y esta última se concretará como hecho (o no se concretará), dado que se encuentra en dependencia de la libertad del obligado. Tan es así que si éste no cumple la prestación el supuesto efecto se transforma en otro: indemnizar al acreedor (*aestimatio rei*, acoto yo). De ahí que se prefiere precisar que el hecho jurídico no es causa de los derechos sino el antecedente y que los susodichos derechos no son el efecto sino el consecuente de aquél hecho jurídico. Y lo que relaciona a ambos aspectos viene a ser una imputación normativa, vale decir, una norma jurídica que indica lo que debe ser (no lo que es) y no una ley natural.<sup>33</sup>

**B.** Según otro enfoque, del hecho jurídico dimana el *efecto jurídico* (no el consecuente), en la medida en que el ordenamiento jurídico acuerde relevancia al acontecimiento y le anexe dicho efecto. De tal suerte, se perfila una causalidad jurídica que supone la conexión entre el hecho y el efecto, aunque tal conexión deriva de la propia virtualidad del derecho.<sup>34</sup>

En rigor, pese a que la relación causa efecto en el plano de las leyes físicas determina lo que es y que la norma jurídica prescribe lo que debe ser, no advierto inconvenientes en que pueda hablarse de una causalidad

33. Aráuz Castex, Derecho Civil. Parte General, T. II, N°1113 y 1114, pp. 101 y 102.

34. S. Pugliatti, *I fatti giuridici, revisione caggiornamento de A. Falzea con prefazione de N. Irti*, Giuffré, Milano, 1996, p. 3; Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 1; E. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, Revista de Derecho Privado, trad. A. Martín Pérez, Madrid, 1959, p. 5; Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, p. 323; Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, p. 9.

jurídica, como se lo hace en otros ámbitos del derecho, ni para que ese deber ser se pondere en su auténtica dimensión de acuerdo con los componentes y circunstancias de la *fattispecie* que pueda configurarse.<sup>35</sup>

La doctrina clásica –cuando menos en buen número– estimó que el hecho era causa o función eficiente de los efectos.<sup>36</sup> Recuerdo que para Marcel Planiol las fuentes de las obligaciones son el contrato y la ley, razón por la cual el primero (hecho) y la segunda (norma) están en paridad de situaciones.<sup>37</sup>

Durante el siglo XX se otorgó preeminencia a la norma en la determinación del poder causal y se ha concedido al hecho el alcance de elemento auxiliar o de mera condición; o, en todo caso, se considera que hechos y normas son de forma paritaria necesarios para que nazca el efecto jurídico.

Las opiniones son matizadas. Por caso, a veces se afirma que la ley siempre es fuente de los efectos jurídicos;<sup>38</sup> en otras ocasiones se cree que la ley por sí sola no puede generar el efecto, pues necesita otros coeficientes y, en fin, también se observa que la *fattispecie* contiene el efecto pero no lo determina (puesto que la determinación la hace el hecho) –de donde hecho y ley quedan colocados en planos distintos–. Para superar las diferencias hasta se llegó a concluir que la ley es causa del efecto jurídico cuando por una razón de comodidad se pretende indicar que no es la voluntad humana la que activa la producción del efecto, sino que ello ocurre por la voluntad del Estado (que sustituye a la voluntad privada). Aunque, claro está que la voluntad estatal debe estar estimulada por la iniciativa de quien se encuentra interesado en que se produzcan los efectos de derecho e, inclusive, en algún caso, por la propia ley que confiere a un hecho relevancia y fuerza constitutiva –con esta mira se cree legítimo que sea la ley la productora del

35. Schwarzbarg, “Definición legal de hecho jurídico”, L.L., 1975-B-1249 y ss.; Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, T. I, p. 42; Boffi Boggero, *Estudio jurídicos*, Primera Serie, p. 30.

36. F. C. Savigny, *Sistema de Derecho romano*, F. Góngora y Cía., trad. J. Messia y M. Poley, Madrid, 1879, T. II, parág. 104, p. 142, quien indica que los hechos jurídicos son los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan.

37. M. Planiol, “Classification des sources des obligations”, en *Revue Critique de Droit et Jurisprudence*, París, 1909, N°807 y 808, pp. 260 y 261.

38. Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de derecho civil*, Vol. I, p. 466.

efecto de derecho—. <sup>39</sup> Esta última conclusión del autor no es de recibo puesto que no da solución al punto.

En nuestro medio, se supuso que la causa debe ser homogénea con el efecto. Del puro acontecer físico no pueden extraerse efectos jurídicos dado que éstos siempre se encuentran determinados por el ordenamiento jurídico. El hecho será una concausa y a veces una simple ocasión. <sup>40</sup> La postura se pretende aclarar cuando se observa que la producción de un efecto jurídico no surge del hecho sino de una adecuada valoración y tratamiento de la norma: el ordenamiento (ente de razón) asume el cambio externo operado por el hecho, valora su sentido y lo devuelve convertido en el efecto jurídico. El ordenamiento fecunda jurídicamente al hecho y le confiere vida en el mundo del derecho. <sup>41</sup>

Comoquiera que sea, los argumentos no son muy convincentes, pues aunque se diga que la causa debe ser homogénea con el efecto (ambos jurídicos), si el hecho es concausa, cuando menos en ciertas oportunidades, esto significa que tiene una incidencia (mayor o menor) en la producción del efecto. Prueba de ello es que el opinante añade a seguido que siempre es necesario un hecho para generar el efecto; y agrega que ninguno de los elementos aislados (hecho y ley) son causa de la relación jurídica puesto que ambos lo son al mismo tiempo. <sup>42</sup>

También se ha expuesto que la norma es causa del efecto jurídico y que el hecho es una mera condición para que ello ocurra. La pregnada fuerza jurídica del hecho se expresa en términos de relevancia jurídica. Todo efecto de derecho tiene su causa en un comportamiento normativo que tiene su traducción en un *ita ius esto* (así se expresa el derecho) de conformidad con la relevancia atribuida a un hecho. Y *a posteriori*, de tal relevancia

39. Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, T. II, pp. 326 y 327.

40. López Olaciregui, en R. J. Salvat, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, T. II, p. 165.

41. López Olaciregui, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, T. II, p. 165.

42. López Olaciregui, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, T. II, p. 166, quien cita a Ortolan, mencionado en la nota al art. 896 por el Codificador —“no hay derecho que no provenga de un hecho...”—, y a Francesco Messineo, en tanto apunta que “sin hechos el ordenamiento jurídico permanecería en la inercia, no se producirían los efectos jurídicos”.

adjudicada al hecho por el ordenamiento se infiere la naturaleza de los hechos y sus especies (o clases). La máxima *ex facto oritur ius* quiere expresar que el hecho es un estimulante, un motor impelente para que la ley cause el efecto jurídico, luego, la fuerza jurídica está en la norma; en el hecho sólo descansa la razón en virtud de la cual esa norma despliega su precepto.<sup>43</sup>

Nos parece que aun siendo cierto que hecho y norma son indispensables para la construcción de los hechos jurídicos, el ordenamiento valora la trascendencia social, económica o práctica de un acontecimiento con el propósito de escrutar si es digno de poseer **relevancia jurídica** y, en tal caso, le ha de asignar unos efectos jurídicos *ex lege* (la pregonada **eficacia** del hecho).<sup>44</sup>

**C.** Por lo que respecta a los efectos jurídicos, ellos pueden ser variados. Como quedó expuesto, el art. 896 vigente habla con estrechez de “derechos u obligaciones”.

Sin embargo, la doctrina entiende que no sólo los derechos subjetivos encarnados en las relaciones jurídicas o en ciertas potestades (v.gr. las reales) pueden ser trasunto de un hecho. Es más, también se mencionan las potestades que no contienen derechos subjetivos,<sup>45</sup> las situaciones jurídicas, los status jurídicos, las cualidades de los sujetos, los derechos eventuales, las expectativas jurídicas, etc. La amplitud de especies es notoria y depende de las diferencias conceptuales que se advierten entre los autores (o en los preceptos normativos).<sup>46</sup>

43. Barbero, *Sistema de derecho privado*, T. I, pp. 332 y 333.

44. Cfr. R. H. Compagnucci de Caso, *Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Dirección: A. J. Bueres - Coordinación: E. I. Highton, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, T. 2 B, p. 379, y sus interpretaciones acerca de las ideas de Orgaz, Ruiz Serramalera, Von Tuhr, Betti, Albaladejo, Galgano y las nuestras, sobre la incidencia del hecho en relación con la norma, *a partir de la preeminencia de ésta*. Por otro lado y en torno a la pluralidad de interpretaciones que existe sobre la relevancia y la eficacia, pueden consultarse: A. P. Ugas, *Fatto e dinamica del diritto*, Giapichelli Editore, Torino, 2011, p. 3 y ss. y, en especial, p. 64 y ss.; A. Falzea, *Ricerche de teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 131.

45. Santoro Passarelli, *Doctrinas generales del derecho civil*, p. 39; Albaladejo, *Instituciones de derecho civil, Parte general y derecho de las obligaciones*, pp. 265 y 266.

46. Ver Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, pp. 4 y 5, quien agrupa el complejo de efectos en las categorías de las relaciones jurídicas o relaciones de derecho.

## IV - Clasificación de los hechos jurídicos

A. El Codificador dividió didácticamente los hechos jurídicos inspirándose en Freitas, en los arts. 897, 898, 899, 900 y 944, al margen de la incidencia que tiene en la configuración de la voluntad el principio que informa el art. 913.

Inicialmente, los hechos jurídicos pueden ser naturales y humanos. Esta distinción no aparece expresamente marcada, como ocurría en la obra de Freitas, ya que el art. 897 sólo concierne a los hechos humanos. Sin embargo, la especie del hecho natural está aludida en la nota al art. 896 en donde se hace hincapié en los “actos externos”, en los arts. 513 y 514 que versan sobre el caso fortuito genérico, y en las eximentes contenidas en el art. 1113, parágr. 2º, en relación con el daño generado por el riesgo o vicio de las cosas inanimadas (entre otras disposiciones).

Los hechos naturales son aquellos originados en la naturaleza –y, por tanto, hay carencia de conducta humana–. Los hechos humanos provienen del hombre como tal, constituyendo, en suma una emanación de su persona.

Estimamos que la terminología hecho natural es más apropiada que la de *hecho externo*, categoría ésta que ciertos autores oponen a la de *hecho interno* (humano). En otras ocasiones, observamos que hay sucesos que se engendran físicamente dentro del hombre o en el hombre y no fuera de él, y que pese a ello son fenómenos jurídicos extraños al sujeto (v. gr. la enfermedad no imputable, la *vis absoluta* o *vis corporis illata*, los actos reflejos –que configuran auténticos casos fortuitos–). Por ello, el acto voluntario o involuntario –cuyo presupuesto es su raigambre *humana*– es aquel que posee un valor sintomático respecto de la persona.<sup>47</sup>

A veces, fue impugnado el distingo entre hecho natural y hecho humano, aduciéndose que carece de interés y, sobre todo, que deviene equívoco, pues permitiría la posibilidad de calificar un mismo acontecimiento como natural o humano según las circunstancias. Por caso, la siembra o plantación de una finca o la muerte de una persona, según que, en unos supuestos concretos, estuvieran o no determinadas por la intervención del hombre.<sup>48</sup>

47. A. J. Bueres, *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Ábaco, Buenos Aires, 1981, pp. 206 a 208.

48. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 11.

Estamos en desacuerdo con estos razonamientos. Lo trascendente en los ejemplos mencionados es *el hecho en sí mismo* y no su causa motora. De tal suerte, la siembra o la plantación de una finca será un hecho humano; el crecer de las plantas un hecho natural –con prescindencia de que su causa sea humana (la semilla puesta por el hombre) o natural (la caída de la semilla por efecto del viento)–. En cuanto a la muerte como tal, siempre se trata de un hecho natural, sea que se reconozca génesis en un comportamiento del hombre (homicidio o suicidio), bien en un suceso natural (enfermedad no imputable).<sup>49</sup>

**B.** Los hechos humanos se llaman *actos*.<sup>50</sup> Esta opinión no es uniforme ya que hay quien piensa que *el acto* es voluntario, mientras que el hecho humano involuntario (art. 900) es igual o casi igual al hecho natural. De ahí lo de *acto* y no simplemente hecho.<sup>51</sup>

Reiteramos que a nuestro juicio el acto supone *autoría, acción*, lo cual quiere decir comportamiento humano, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad, y a condición de que ese comportamiento refleje la personalidad del sujeto.

Brebbia acota que alguna doctrina extranjera, principalmente la alemana –y aun la italiana–, prescinde del acto involuntario y separa el hecho natural del acto voluntario. La referencia en ocasiones es exacta. Es más; ya aludimos a ciertas posiciones que en el derecho nacional estiman que el hecho involuntario es un suceso fortuito o algo así como un suceso natural.<sup>52</sup> De todas formas, Brebbia conceptúa que la distinción entre el hecho natural y el hecho humano, sea éste voluntario o involuntario, es insoslayable (hacemos notar que el autor piensa que la *acción* o *autoría* está dada por el *acto voluntario*, pese a lo cual, en sus explicaciones habla de “acto” involuntario).<sup>53</sup>

49. Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, p.5.

50. Bueres, *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, pp. 214 y 215.

51. López Olaciregui, *Tratado de derecho civil. Parte general*, T. II, p. 174.

52. López Olaciregui, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, T. II, p. 174; Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, p. 23.

53. Brebbia, *Hechos y actos jurídicos*, T. I, pp. 14, 15, 44 y ss.

También es común entre los penalistas aludir a la voluntad o a la manifestación de voluntad para caracterizar la *acción*, pero queda sobreentendido que se lo hace en la doble dirección de voluntariedad o involuntariedad de nuestro Código Civil.<sup>54</sup>

C. Los hechos humanos o actos se subdividen en voluntarios e involuntarios.

El art. 897 establece que los hechos se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad. El precepto hace referencia exclusiva al núcleo de la voluntad, a sus condiciones internas. Pero cabe notar que la voluntad psicológica no es la voluntad jurídica, ya que ésta reclama un signo exterior que la evidencie, que la extrovierta, que la haga perceptible (art. 913).<sup>55</sup>

A veces se supuso que la involuntariedad se presenta cuando faltan uno o más elementos internos.<sup>56</sup> Asimismo, se afirmó que los tres elementos pueden reducirse a uno solo: la intención. Si falta el discernimiento no puede haber acto intencional, al suponer la intención la capacidad de discernir; y tampoco hay intención si el agente actuó sometido a violencia, lo cual significa que esa falta de libertad afecta la intención.<sup>57</sup>

Estimamos que la ausencia de cualquiera de las condiciones internas apareja la involuntariedad del acto, razón por la cual la conjunción copulativa “y” insertada en el art. 900 debería ser reemplaza por la disyuntiva “o” (“Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención o –en vez de y– libertad...”).

Veamos; si no hay discernimiento no existe imputabilidad, es decir, capacidad de discernir. De darse una hipótesis de inimputabilidad el sujeto no podrá ser culpabilizado, no podrá poner como guardián –a veces– *el*

54. M. A. Terragni, *Culpabilidad penal y responsabilidad civil*, Hammurabi, Buenos Aires, 1981, p. 21 y ss.

55. Boffi Boggero, *Estudios jurídicos*, pp. 59 y 60.

56. Aráuz Castex, *Derecho civil. Parte general*, T. II, N°1116, p. 102.

57. G. A. Borda, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Perrot, Buenos Aires, 1976, T. II, N°816, p. 71.

*riesgo* en acción, no podrá generar una relación de encargo por sí, ni ser dependiente.<sup>58</sup>

Pues bien, si no hay discernimiento no puede haber intención (ésta es el discernimiento aplicado al acto en lo específico); pero en cambio puede existir discernimiento y faltar intención (v. gr. si media error).

También se insinuó que puede haber discernimiento e intención y faltar la libertad (por coacción).<sup>59</sup>

A pesar de que la cuestión suscita alguna perplejidad, nos parece que la falta de libertad percute en la intención. Aquélla es un medio instrumental para que, al cabo, quede conmovida ésta (la intención). Es una *especie calificada* de exclusión de la intención. Efectivamente, no sería lógico aludir a una intención, al *conocimiento* o *conciencia* sobre un acto en concreto, si, a la par, el agente está sufriendo intimidación, perdiendo su libertad. En supuesto semejante, esa falta de posibilidades de elegir sin presión moral alguna, está deformando el auténtico propósito de poner el discernimiento en práctica para *un acto determinado*.<sup>60</sup>

**D.** Los hechos voluntarios fueron clasificados por Vélez Sarsfield en lícitos e ilícitos (art. 898).

El acto es lícito cuando no está prohibido por la ley, de donde, en sentido contrario –y a pesar de que la ley no lo expresa–, el acto ilícito es el que está en situación de disconformidad con el ordenamiento jurídico.

58. Bueres, *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, pp. 193 a 195 y 275 a 279; Comp. R. D., Pizarro, *Responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa*, Universidad, Buenos Aires, 1983, pp. 498 a 505.

59. Ávila, J. J., “El concepto de culpa”, en *Ilicitud e indemnización*, Jorge Álvarez, Buenos Aires, 1979, pp. 241 y 242.

60. Brebbia dice que, prescindiendo de un análisis puramente filosófico o psicológico, la voluntad se compone de *conciencia* (*saber*) y de *voluntad propiamente dicha* (*querer*). El primer elemento es el discernimiento; el segundo la intención. El autor agrega que la libertad no es más que una condición negativa para la existencia del acto, y que no integra propiamente el contenido de éste. A la vez, refiere que la doctrina europea no desmenuza los ingredientes de la voluntad, y sólo aborda incidentalmente el tema al estudiar el negocio jurídico (*Hechos y actos jurídicos*, T. I, p. 51).

**E.** En cuanto a los actos voluntarios lícitos, ellos pueden ser actos meramente lícitos (art. 899) o actos jurídicos (art. 944). La pauta distintiva entre ambas categorías está dada por la *finalidad*, que es calificación autónoma de los actos o negocios jurídicos.<sup>61</sup>

Henoch Aguiar refiere que en lugar de *fin immediato* sería más apropiado hablar de *finalidad*, pues el fin inmediato es un propósito primario conectado al movimiento de los órganos humanos que permite al sujeto de la voluntad comunicarse con el mundo exterior. En lugar de ello, la idea de finalidad –aspecto mediato para el autor– es la que está implicada en el establecimiento de relaciones jurídicas.<sup>62</sup>

La doctrina se ha preocupado más de una vez en esculcar cuándo existe esa finalidad o fin inmediato (art. 944) que permite diferenciar el mero acto lícito del acto jurídico. Boffi Boggero, tras un profundo análisis, llega a la convicción de que en el primero la ley se despreocupa de la dirección impresa a la voluntad por el sujeto cuando enlaza el efecto de derecho. Dicho de otro modo: la ley se desinteresa, en cuanto no conceptúa esas consecuencias como queridas por el agente, aun cuando en la realidad psíquica éste haya tenido conciencia de su producción. Por el contrario, en el acto jurídico la ley considera como queridos por las partes los efectos del acto, pese a que esas partes, subjetivamente, no hayan querido o tenido plena conciencia de todos los efectos de tal acto.<sup>63</sup> Esto sería tanto como concebir el *querer* el acto (voluntad), y el *querer que el mismo produzca consecuencias jurídicas*.<sup>64</sup>

En sentido más próximo, Borda al comentar el pensamiento del alemán Danz, asienta que, a criterio de este último, en el acto jurídico se persigue un fin práctico. Cuando una persona asciende a un ómnibus no procura celebrar un contrato de transporte; simplemente, quiere que se lo conduzca a destino. Cuando se adquiere una camisa o una corbata no se piensa en el contrato de venta sino en el placer que depara al comprador la adquisición, o en la necesidad que colman esos objetos. Sin embargo, Borda, corrigiendo la postura de Danz, dice con razón, que si bien en todos esos casos hay de por

61. Bueres, *Objeto del negocio jurídico*, pp. 23, 85 y ss.

62. Aguiar, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley. La voluntad jurídica*, T. I, pp. 24 y 25.

63. Boffi Boggero, *Estudio jurídicos. Primera Serie*, pp. 40 a 43.

64. Bueres, *Objeto del negocio jurídico*, pp. 23, y pp. 109 y 110.

medio un fin práctico, lo cierto es que, a la vez, ese fin práctico importa un resultado jurídico (adquirir, modificar o extinguir un derecho).<sup>65</sup>

En resumidas cuentas; el fin práctico es inseparable del fin jurídico que la ley reputa querido por los sujetos. Dicho fin jurídico integra el supuesto jurídico, a diferencia de lo que ocurre en los meros actos lícitos, en los cuales la ley no concatena al resultado práctico el deseo teleológico de que se produzca el efecto de derecho –el que en la realidad se produce en virtud de la potencia causal de la norma jurídica animada por el hecho– (ya volveremos sobre este asunto).

## V - Actos jurídicos (o negocios jurídicos)

**A.** El Código Civil vigente se refirió al acto jurídico en el art. 944 y reprodujo con algunos pocos agregados el art. 437 del *Esboço* de Freitas. También el Código Civil francés empleó esta terminología (*acte juridique*), que se mantiene todavía en la mayoría de los códigos latinoamericanos. No obstante, los juristas alemanes, italianos y españoles, entre otros, hablan del negocio jurídico.

En general, la opinión doctrinal dominante en nuestro país considera que ambos rótulos son aplicables a la misma figura, aunque una minoría sutiliza el análisis y ubica el negocio jurídico dentro de un imaginario género dado por el acto jurídico. Nosotros desde hace años admitimos la equivalencia terminológica para referirla a la susodicha figura.<sup>66</sup>

**B.** Pocos temas han sido investigados por la ciencia del derecho, desde los primeros años del siglo XIX, como el del negocio jurídico. Pese a ello, las elaboraciones doctrinales no han sido categóricas (o definitivas) por lo que respecta a sus conclusiones.<sup>67</sup>

La historia del negocio jurídico está plagada de anuncios en torno a su próxima desaparición (esto ha sucedido, sin ninguna razón, con otras

65. Borda, *Tratado de derecho civil. Parte general*, T. II, N°825 y 826, pp. 82 y 83.

66. Bueres, *Objeto del negocio jurídico*, pp. 21 y 22 y referencias doctrinales de uno y otro signo que en ese lugar se encuentran indicadas.

67. R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1969, p. 1 y ss.

instituciones del derecho privado como la responsabilidad civil).<sup>68</sup> También se añadió que en el futuro el negocio jurídico ha de ser una categoría extraña para el jurista moderno y que, por ende, permanecerá en el recuerdo como una antigua reliquia (o pieza arqueológica), que sólo merecerá atención a causa de la prestigiosísima literatura jurídica que existe sobre ella. En definitiva, se ha señalado con afanes literarios que en la cabecera del lecho del enfermo (el negocio jurídico), parece estar reunido de modo permanente un mundo de personas impactado (o conmovido) –*respektvoll erschütterverte Welt*–, que espera recibir, probablemente muy compungido, el mensaje de la muerte de la categoría –*die Nachricht von seinen Tode*.<sup>69</sup>

Todavía más; importantes voces se hicieron oír con frecuencia, para manifestar la inexistencia de la figura por tratarse de una abstracción ficticia que no puede contemplar las diversidades en cada especie de acto que se presenta en la realidad de la vida. Nosotros creemos con firmeza en la utilidad del negocio jurídico como categoría general, pues los elementos esenciales, vicios, modalidades y otros aspectos, son comunes a diversos institutos jurídicos y, al margen de ello, el negocio jurídico es el vehículo imprescindible para estudiar el significado institucional de la autonomía privada. Por lo demás, las normas de los actos jurídicos se aplican muchas veces de forma directa o por analogía a muchos actos voluntarios lícitos (que no son actos jurídicos).

Tampoco estuvo ausente la actitud de relacionar este instrumento científico con diferentes ideologías políticas y económicas, inclusive, de signo muy antitético. He dicho en otras ocasiones que así como el negocio jurídico no es el engendro de una teoría gris, tampoco se trata, como se supuso,<sup>70</sup> de un *detritus* precapitalista que hoy empece al derecho privado.

En rigor, el negocio jurídico nace con la pandectística anexado al contrato –sobre todo al que implica un intercambio de ventajas (oneroso)– y al

68. A. J. Bueres, “El futuro de la responsabilidad civil: ¿hacia dónde vamos?”, en *Derecho de Daños*, Asociación Justicia y Opinión. Sepin, Coordinador: M. J. Herrador Guardia, Madrid, 2011, p. 729 y ss.

69. G. Ferri y C. Angelici, *Studi sull' autonomia dei privati*, Utet, Torino, 1997, pp. 3 y 4, quienes relacionan la metáfora mencionada con el poema de Thomas Mann titulado “Der Tod in Venedig” –cfr. p. 4, texto y nota N°2.

70. F. Galgano, “Uso alternativo del diritto privato”, en *L' uso alternativo del diritto*, Laterza, Bari, 1973, T. I, p. 139 y ss.

testamento. Ambos son medios de transmisión y circulación de la riqueza; y en este contexto es comprensible que se ocuparan del instituto los civilistas y romanistas.<sup>71</sup> Pero el pasaje de la idea originaria de negocio jurídico como acto de voluntad productora de efectos a la actual que lo avizora como un acto de autonomía privada (y, por tanto, de autorregulación de intereses dentro de la zona autorizada por el ordenamiento), ha enriquecido la figura y la dotó de nuevos perfiles. De tal suerte, el negocio jurídico aparece como un punto de referencia dialéctica inherente a un conjunto de actos en los que se manifiesta la autonomía privada.

La fascinación y las adhesiones que cada día adquieren una mayor dimensión en derredor del negocio jurídico se ha puesto en evidencia en las doctrinas francesa, alemana, italiana, española, holandesa y latinoamericana, entre otras, quienes advierten en él un hito fundamental, teórico y práctico. Es más, J. H. Merryman, un importante jurista del Common Law, ha expresado que el negocio jurídico es la mayor conquista para los civilistas y el máximo orgullo que ellos pueden ostentar.<sup>72</sup>

Cuadra destacar que algún autor marca un punto de enlace entre la definición de Savigny, que es la primera orgánica que se hace del negocio jurídico,<sup>73</sup> y la relativamente reciente que informa el art. 33 del Código Civil holandés (en el título tercero destinado a la disciplina general del derecho patrimonial).<sup>74</sup> Se nos ocurre que estas ideas deben ser matizadas, perfeccionadas y reconducidas a las esencias más genuinas de la categoría en estudio.

71. Ferri y Angelici, *Studi sull' autonomia dei privati*, Introduzione, p. XII.

72. J. H. Merryman, *La tradizione di civil law nell' analisi di un giurista di Common Law*, Guiffirè, Milano, 1973, p. 113.

73. W. Flume, *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, trad. J. M. Miquel González y E. Gómez Calle, Madrid, 1992, pp. 54 a 61.

74. Ferri y Angelici, *Studi sull' autonomia dei privati*, pp. 4 y 5. Corresponde señalar que Savigny dijo que el negocio jurídico es una declaración de voluntad que, no sólo consiste en un acto libre, sino que tal voluntad está directamente dirigida a constituir una relación jurídica. El autor señala tres momentos cualificantes del concepto: la voluntad (real o psíquica), la declaración y la concordancia entre ambas. Por su lado, el art. 33 del Código Civil holandés refiere que el negocio jurídico es el acto de voluntad destinado a producir efectos jurídicos y que se emite con una declaración.

C. Hoy día se acepta sin mayores discusiones que los negocios jurídicos son actos de autonomía privada, por conducto de los cuales los individuos tienen el poder de regular sus propios intereses dentro de los límites autorizados por el ordenamiento, a base de crear, modificar, o extinguir relaciones o situaciones jurídicas.

En los primeros tiempos, se acordó importancia a la voluntad real más que a la vestimenta (la declaración) —ésta sólo servía para demostrar el hecho psíquico—. Las exigencias del primer capitalismo en la sociedad industrial determinaron un cambio de paradigmas. Consecuentemente, si bien se reclamaba al autor una actitud volitiva para cumplir las obligaciones (autoresponsabilidad), antes bien, era exigible que fuese protegida la confianza del receptor de tal actitud por el mero hecho de participar en el mercado (o en el tráfico jurídico). De tal manera, la evolución llevó a privilegiar la declaración por encima de la voluntad real. Esto condujo a que ciertas exageraciones a la hora de defender el elemento externo de la voluntad hicieran descuidar los estados de debilidad (o inferioridad) de uno de los contratantes frente al operador jurídico más poderoso. Claro está que con el correr del tiempo estas situaciones de injusticia e iniquidad provocaron de manera paulatina el abandono del individualismo y la adopción de posiciones comprensivas de la solidaridad y la cooperación.

Luego, en un paso más adelante, surgió la teoría preceptiva, que difuminó no sólo ni tanto la voluntad real, sino también la declaración, hasta tal punto que esta última fue absorbida por la voluntad estatal. Los preceptos de los particulares son identificados con el ordenamiento jurídico y sumergidos en él, en términos de un exacerbado positivismo y de un reduccionismo que hacen incorporar tales directivas al derecho estatal.<sup>75</sup>

Estas apreciaciones extremas acerca de la autonomía privada, como es lógico, se fueron atenuando, para lo cual se pusieron de relieve los aspectos sociales del fenómeno que preceden al reconocimiento de un hecho y a la adjudicación de efectos jurídicos; y también se ha delimitado la actividad de los particulares, individuos y grupos, en la pluralidad de los ordenamientos.<sup>76</sup>

75. P. Rescigno, *Manuale di Diritto Privato*, a cura di G. P. Cirillo, Kluwer, Ipsosa, Milano, 2000, pp. 231 a 235.

76. Rescigno, *Manuale di Diritto Privato*, p. 235.

En tono conciliador, se advirtió que todas estas vicisitudes históricas muestran la relatividad del concepto y la fragilidad y el cambiante sentido semántico de las palabras declaración de voluntad, precepto, acto de autonomía, etc., utilizados con diferentes alcances, los cuales no deben ser desatendidos cuando se diseña un sistema actualizado –más aún en supuesto de que los contrastes doctrinales y legislativos impresionan por su incoherencia y discontinuidad–. Y se agrega que las dos nociones conceptuales más significativas, una clásica y otra moderna, no son en realidad incompatibles: la primera concierne a la estructura de los negocios, mientras que la segunda pone el acento en las funciones de dichos actos. La clásica capta el negocio como una declaración de voluntad dirigida a un fin garantizado por la ley; la moderna insiste en torno a la eficacia del negocio para las partes que activan su puesta en marcha y sobre el vínculo que limita la libertad de las aludidas partes, del mismo modo que lo hacen los preceptos legales. Esta última noción, que a nuestro juicio se acerca más a la verdad, realza el sentido de la autonomía privada, que apunta a los preceptos (órdenes) que las partes se dan a sí mismas (y que por ello no provienen del exterior) y que se traslucen, si pensamos en el contrato, en la fórmula condensada en el art. 1372, ap. 1º, del Código Civil italiano, en la medida que refiere que dicho acto “ha forza di legge tra le parti”<sup>77</sup> (véase nuestro art. 1197, Cód. Civil vigente y su recta hermenéutica).<sup>78</sup>

**D.** Por lo demás, la voluntad (hecho psíquico y hecho exterior –o *voluntas* y *verba*–) es unitaria e inescindible. Ni el derecho es la voluntad, ni es posible retornar a símiles modernos del trasnochado formalismo romano. La confianza (imprescindible, por ejemplo en el caso del error causante de la invalidez –art. 265 del Proyecto de 2012–) no puede sin embargo ser elemento estructural del negocio en reemplazo de la voluntad (interna), ni el negocio (bilateral), por caso, es la coincidencia matemática de dos declaraciones puramente formales y desprovistas de todo contenido espiritual. No hay crisis del contrato como acuerdo de voluntades, como a veces se pensó, sino que hay casos en que una de éstas, individualmente considerada, se tiene por eficaz, por tal, más allá de que su emisor haya incurrido en error, en

77. Rescigno, *Manuale di Diritto Privato*, pp. 235 y 236.

78. Bueres, *Objeto del negocio jurídico*, p. 76 y ss.

tanto y en cuanto el vicio carezca de entidad por falta de los requisitos relevantes exigidos por la ley. Tampoco es de recibo que se recurra al eclecticismo simplista de considerar que la voluntad real es la regla y la declaración es excepcional (o a la inversa). Por tanto, hay que adoptar un criterio que se distancie de todo dogma y que por aplicación de los más amplios y elementales principios de justicia proteja adecuadamente los intereses de las partes (intereses libres de sus autores, como bien se advirtió).<sup>79</sup> Asimismo, debe considerarse la responsabilidad (o autorresponsabilidad) del emisor de una voluntad, quien debe comportarse en el mundo de los negocios de buena fe, y también la confianza que la declaración inspira en el receptor debido a la apariencia de ella.<sup>80</sup> Finalmente, cabe tener en cuenta el interés general que impone seguridad y certeza en el tráfico jurídico: mantener una voluntad defectuosa por lo declarado tiene lógica, no porque se oponga al principio de la voluntad, sino a causa de que con el sacrificio del susodicho principio en unos pocos casos, se lo hace más ágil y seguro en la mayoría de las situaciones en las cuales la actitud psíquica no coincide con su externalización.<sup>81</sup>

Esto no quiere decir que la voluntad, desde esta contemplación unitaria, venga a ser la productora de la eficacia jurídica, pues ésta surge *ex lege* y no *ex voluntate*. La libertad jurídica para configurar preceptos privados existe y es connatural a la condición de persona humana (autodeterminación), pero esto acontece dentro del *numerus clausus* de tipos (típicos y atípicos) legales o, en todo caso, que provienen de una costumbre vinculante (art. 17, Cód. Civil vigente). De ahí que, aunque la voluntad es imprescindible para configurar el negocio, su eficacia se encuentra en dependencia de las normas jurídicas.<sup>82</sup>

79. L. Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993, Vol. I, p. 155.

80. F. Jordano Fraga, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, p. 46.

81. R. Sacco, "Affidamento", en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, T. I, pp. 661 a 666; A. J. Bueres, "El vicio de error y los requisitos de excusabilidad y reconocibilidad", en *Los vicios de la voluntad*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie IV, Instituto de Derecho Civil, N°10, Buenos Aires, 2005, pp. 63 a 65.

82. Bueres, *Objeto del negocio jurídico*, pp. 86 y 87.

## VI - El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012

**A.** De acuerdo con las proposiciones teóricas que establecimos en este trabajo, por cierto que muy sucintas, podemos ensayar un análisis crítico en relación con los distintos aspectos de la reforma de 2012.

El art. 257 del Proyecto establece que “El hecho jurídico es el acontecimiento que conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

El texto proyectado presenta las características que anotamos en lo que sigue.

Hay una nítida referencia al ordenamiento jurídico como productor de relevancia y consiguiente eficacia de los hechos, sin defecto de que los analistas sigan discurriendo sobre los grados de incidencia de cada uno de los componentes (hecho y norma).

El Proyecto ha superado la imperfección y equivocidad del vocablo “susceptibles” incluido en el art. 896 del Código vigente. Luego, si el acontecimiento del mundo real (simple o complejo) se verifica y encuadra en la *fattispecie* de circunstancias, se producirá de manera inexorable el efecto de derecho.

Por lo que respecta a la eficacia jurídica, ha quedado sustituida la cicatera y defectuosa alusión a los “derechos u obligaciones” por la referencia a las relaciones o situaciones jurídicas. Con esto se trata de compendiar la vasta gama de virtualidades que pueden dimanar de la conjunción hecho y norma (*supra*, II, D).

En alguna oportunidad, advertimos que no es imprescindible definir el hecho jurídico, puesto que no es una categoría exclusiva del derecho civil (o del derecho privado). Sin embargo, no objetamos en este caso la inclusión del concepto, dado que el Proyecto contiene una ordenación sistemática de los hechos y actos jurídicos (y no sólo de estos últimos, como el B.G.B.); y en nuestro medio los equívocos (y equivocaciones) que generó el art. 896, desembocaron en una discusión doctrinal estéril a la cual es menester poner punto final de una vez por todas.

**B.** A su vez, el art. 259 del Proyecto refiere que “El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

Esta definición es justificable en el marco de una teoría general debido a que existe una multiplicidad de significados que varían en detalles de sustancia y léxico. Ciertamente, Windscheid decía hace muchos años que “en rigor, aquí no se debería decir negocio jurídico es esto y esto, sino por negocio jurídico yo entiendo esto y esto”.<sup>83</sup>

En la redacción del art. 259 se optó por mantener el criterio del actual art. 944 (externamente parecido al *rechtsgesehäft* de los pandectistas y de Savigny). No obstante, el concepto puede suministrar una versión actualizada si “el fin inmediato” de producir efectos de derecho (práctico y jurídico) es vinculado a la autonomía privada: las partes pueden tener un intento empírico pero saben (o se descuenta que deben saber, aunque no se lo hayan planteado) que están generando preceptos privados que se atribuyen a sí mismas a consecuencia de la autodeterminación que caracteriza a la autonomía privada.

Por otro lado, y aunque el texto del art. 259 no lo dice, los límites a la posibilidad de autorregular intereses los establece el ordenamiento (repárese que la alusión a éste se encuentra en el art. 257 cuando define el hecho jurídico; y el acto jurídico es una especie del género hecho jurídico). Bajo otra luz, el art. 958, colocado en la parte de los contratos pero de aplicación general, refiere que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido dentro de los límites impuestos por el orden público, la moral y buenas costumbres (*rectius*: el ordenamiento jurídico). Asimismo, el art. 959 consagra el principio de la autonomía privada al sentar la obligatoriedad de los contratos para las partes. Dicha fuerza obligatoria, sin duda, proviene de la ley, pues el art. 964 referente al contenido del contrato coloca por encima de todo la ley indisponible y luego alude a las leyes supletorias. De donde, el precepto de autonomía privada, virtualmente, queda ubicado en el medio de ambas leyes.<sup>84</sup>

Estas premisas permiten entender que el acto jurídico es un acto de voluntad (completa) –vale decir, que no es propio incurrir en el anacronismo del art. 33 del Código Civil holandés, en cuanto escinde la voluntad real y la declaración–, que autoriza a los particulares a reglamentar sus intereses en el ámbito permitido por el ordenamiento jurídico, que es, por lo demás, el que dota de eficacia al acto.

83. Ver referencia en Bueres, *Objeto del negocio jurídico*, p. 22.

84. Bueres, *Objeto del negocio jurídico*, pp. 87 y 88, y análisis de las ideas de Díez-Picazo.

**C.** El Proyecto de 2012 disciplina el acto voluntario lícito (art. 258) al cual la ley, dada una voluntad autorizada, adscribe el efecto de derecho sin que promedie para ello autodeterminación de las partes.

Quedan dentro del campo del simple acto voluntario lícito diferentes categorías que la doctrina conceptualiza con lógicas variantes (actos materiales –o reales–, actos semejantes a los negocios, actos debidos, etcétera).

**D.** El Proyecto de 2012 ha dejado de lado la clasificación de los hechos jurídicos que Vélez Sarsfield –fundado en Freitas– insertó en los arts. 896, 897, 898, 899, 900, 913 y 944. La solución es correcta, pues salvo casos de extrema necesidad, las divisiones son un resorte escolar o pedagógico de doctrina.

Por tanto, se define bien el acto voluntario con la fusión de las condiciones internas y externas de la voluntad (art. 260).<sup>85</sup> Amén de ello, se sustituyó el muy defectuoso art. 900 del Código vigente, que mereció críticas por ignorar que, en ciertas ocasiones, los actos involuntarios pueden producir efectos jurídicos (art. 907, párr. 2º, Cód. Civil vigente y art. 1750 del Proyecto de 2012, que regulan la reparación del daño involuntario). Por otro lado, el mencionado art. 900 presenta un severo defecto de redacción, en la medida en que emplea la conjunción copulativa “y” en lugar de la conjunción disyuntiva “o”, a la vista de que para determinar la involuntariedad de un acto resulta suficiente que falte cualquiera de las condiciones internas de la voluntad y no las tres condiciones (discernimiento, intención y libertad).

**E.** En definitiva, la disciplina legal establecida en el Proyecto 2012 con respecto a los hechos y actos jurídicos es sobria, ajustada a derecho y adaptada a nuestra tradición jurídica ya secular.

85. *Ídem*, art. 897 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Comisión Federal creada por la Cámara de Diputados de la Nación, 1993.

# Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial

*Julio César Rivera*

Profesor titular de Derecho Civil, Facultad de Derecho, UBA y Universidad de San Andrés.

Los proyectos legislativos de toda índole generan un movimiento doctrinario intenso; con mayor razón ello sucede cuando se trata de la posible sustitución de dos códigos, uno de ellos con ciento cuarenta años de vigencia y el otro, originado más atrás aún en el tiempo pero del que en la práctica poco queda ya que ha sido desguzado por múltiples reformas y estatutos especiales. A lo que cabe agregar que entre ambos conforman la regulación de prácticamente todo el derecho privado, patrimonial y extrapatrimonial.

Entonces, la referencia al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 resulta casi inexorable para quienes enseñamos derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, institución que comienza con la edición de esta revista a la que auguramos una larga y fructífera vida.

El tema que hemos de exponer es el de la regulación de los denominados por el Proyecto “Derechos y Actos Personalísimos” que se incluyen como Capítulo 3 del Título I del Libro I.

Conveniencia de incluir en el Código Civil y Comercial una regulación de los denominados Derechos Personalísimos

La regulación sistemática de los derechos de personalidad en un ordenamiento especial o en el Código Civil viene siendo un reclamo ya antiguo de la doctrina argentina.

Ya el IV Congreso de Derecho Civil realizado en Córdoba, en 1969 aprobó una recomendación tendiente a que “se incluyan en el Código Civil o en leyes especiales, preceptos que regulen las consecuencias civiles del

principio constitucional del respeto a la personalidad humana, como pueden ser, entre otros, los relativos a los derechos a la intimidad, a la imagen y a la disposición del propio cuerpo”.

Posteriormente, en las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil, desarrolladas en la ciudad de Mercedes, provincia de Buenos Aires, entre los días 2 y 4 de junio de 1983, se aprobó en ésta una recomendación dirigida a incorporar en el Libro I, Sección II, Título II del Código Civil, una reglamentación completa de los derechos personalísimos sobre la base de las proposiciones que se dejaron puntualizadas. Siguiendo una idea del doctor Augusto Mario Morello, la Comisión respectiva formuló sus conclusiones en la forma de “Bases” para la legislación que debe dictarse a los efectos de una adecuada tutela de los denominados derechos personalísimos.<sup>1</sup>

Las citadas recomendaciones de Congresos y Jornadas han tenido muy en claro que son derechos que se introducen en la médula del ordenamiento civil y, desde tal punto de vista, su lógica y apropiada planificación revela la necesidad de hacerlos partícipes del código que trata esta rama del Derecho. Dentro de este cuerpo orgánico, a partir de la idea de considerarlos una firme y decidida protección de la persona individual, en orden a sus facultades puramente humanas y a sus libertades privadas esenciales, ha sido mayoritario el criterio que considera que deben estar en inmediata vecindad y haciendo parte de la definición y primeras regulaciones de la persona de existencia visible. Esto porque no se trata de un régimen seccionado en partes separadas, sino comprensivo de todos estos derechos innatos y vitalicios que tienen la particularidad de participar por su objeto de las manifestaciones más entrañables del hombre mismo.<sup>2</sup>

## **Antecedentes nacionales**

El Proyecto actual no es la primera tentativa de regulación sistemática de los derechos personalísimos; podemos señalar varios antecedentes que

1. Un comentario extenso de las conclusiones de tales Jornadas en: J. C. Rivera, “Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos”, LL 1983-D, 846.

2. S. Cifuentes - J. C. Rivera, “Anteproyecto de régimen integral de los derechos personalísimos”, ED 115-832.

en gran medida aparecen como fuentes de la reglamentación propuesta en este Proyecto de 2012.

En el año 1984, el recordado profesor Morello nos pidió, al Dr. Santos Cifuentes y al autor de esta nota, la redacción de una suerte de anteproyecto de ley reguladora de los derechos personalísimos, que serviría de base a un proyecto que el Ministerio del Interior elevaría al Congreso de la Nación. Finalmente, el Ministerio produjo un proyecto pero que se apartaba de la iniciativa que habíamos preparado con el profesor Cifuentes, por lo que publicamos nuestro borrador en una revista jurídica y desde entonces se lo conoce como “Anteproyecto Cifuentes-Rivera”.<sup>3</sup>

El proyecto del Poder Ejecutivo no llegó a ser tratado. Pero el Anteproyecto Cifuentes-Rivera sirvió de base a una iniciativa legislativa de la diputada Guzmán, denominada *Estatuto de las libertades civiles*.

La materia fue también tratada en algunos de los Proyectos de reforma al Código Civil. Así, el elaborado por la Comisión designada por decreto 468/92<sup>4</sup> propuso la incorporación a la sección Primera, Título VIII del Libro I del Código, una serie de artículos (numerados del 110 al 125) que regulaban la materia de los derechos de la personalidad física y espiritual.<sup>5</sup> Cabe apuntar que muchas de las soluciones sugeridas por este proyecto fueron asumidas por el Proyecto de 1998 y en definitiva por el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012.

## **El Proyecto y los derechos de raíz constitucional**

Como anticipamos, el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998,<sup>6</sup> siguiendo el camino abierto por el proyecto de 1993, también incluyó un

3. Citado en la nota precedente.

4. Comisión integrada por Augusto C. Belluscio, Eduardo A. Zannoni, Sergio Le Pera, Aída Kemelmajer de Carlucci, Federico N. Videla Escalada, Salvador Darío Bergel y el autor; el Proyecto está publicado bajo el título Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92, Astrea, Buenos Aires, 1993.

5. Este Proyecto lo identificaremos como Proyecto de 1993.

6. El Proyecto de 1998 fue elaborado por una comisión integrada por Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Horacio Roitman y el autor. También participaron Augusto Belluscio y Aída Kemelmajer quienes abandonaron la comisión poco antes de la terminación de los trabajos –que se extendieron por cuatro años– y por ello no suscribieron el Proyecto.

capítulo sobre derechos personalísimos. Sin duda ello se justifica en el proceso de integración del derecho civil con la Constitución que anticipado por la doctrina se materializa en este Proyecto en múltiples instituciones, como lo señalan sus Fundamentos.

En lo que hace al tema que estamos tratando, debemos subrayar que es largamente reconocido por la doctrina que todos estos derechos de la personalidad o personalísimos tienen su fuente en el texto constitucional, y lo que hacen las leyes civiles es reflejar las consecuencias que emanan de su reconocimiento precisando las facultades de que goza la persona titular –por ejemplo la de rechazar todo tratamiento médico– y se atribuyen las consecuencias inherentes a la violación de tales derechos, disponiendo que el titular puede requerir el auxilio judicial para prevenir o hacer cesar un atentado o para reparar el daño causado.

Es ésta la orientación del Proyecto; define facultades de los sujetos titulares y consagra los derechos a la prevención y reparación del daño (art. 52).

### **Antecedentes en el derecho comparado**

El reconocimiento por la doctrina civilista de una categoría de derechos de la personalidad o personalísimos es relativamente reciente. Podríamos decir que pese a la existencia de antecedentes remotos, los códigos del siglo XIX contuvieron disposiciones aisladas sobre los delitos contra el honor –como lo hace el Código Civil argentino vigente– y casi nada más. El Código Civil italiano contiene alguna disposición aislada sobre el derecho a la imagen (art. 10) y sobre los actos de disposición sobre el propio cuerpo (art. 5<sup>o</sup>), incluidas en el Título “De las Personas Físicas” junto con la capacidad, la conmorienencia y el nombre. La reforma de 1970 al Código Napoleón se limitó a establecer la protección del *droit à la vie privée* (art. 9<sup>o</sup>).<sup>7</sup>

De modo que la legislación civil sólo se ocupa de manera sistemática de estos derechos a partir de los códigos de la segunda mitad del siglo XX.

En este sentido cabe citar como ejemplarizador al Código Civil de Portugal de 1966 –vigente desde el 1.6.67– que contiene una sección destinada a los “derechos de la personalidad” (arts. 70 a 81). Como sucederá con otros

7. El Código Napoleón incorporó en 1994 el Capítulo II del Título I del Libro I (arts. 16 a 16.13) denominado “Del respeto debido al cuerpo humano”.

ordenamientos posteriores, además del tratamiento de los derechos a la intimidad, honor e imagen, se incluyen normas sobre el nombre y una curiosa y extensa regulación sobre las cartas misivas y papeles confidenciales.

Otro antecedente que se ha tenido en cuenta entre nosotros es el del Código Civil boliviano de 1975. Este Código reconoce como fuente directa al Código Civil italiano de 1942, pero en la materia lo supera largamente, pues en el Capítulo III del Libro I –denominado De los Derechos de la Personalidad– aborda el derecho a la vida (art. 6º), los actos de disposición del propio cuerpo (art. 7º) con lo cual por vez primera aparece este tema en un código civil, el derecho a la libertad personal (art. 8º), el nombre y el seudónimo (arts. 9º a 13); el principio según el cual nadie está obligado a someterse a un tratamiento médico (art. 14), y los derechos a la imagen, honor, intimidad, igualdad (arts. 16 y ss.). Un aporte relevante es que no sólo tutela la imagen sino también la voz de la persona. Seguramente, en este capítulo ha influido el Anteproyecto de Código Civil para Bolivia autoría de Ángel Ossorio y Gallardo, que fuera a la vez fuente de la primera tentativa argentina de tutela del derecho a la intimidad.

Los proyectos argentinos a que hemos aludido han tenido en cuenta estos antecedentes, así como el Código Civil suizo. En este cuerpo se incorporó una regulación sancionada por ley federal en diciembre de 1983,<sup>8</sup> que incorpora los artículos 28 a 28 [I]. Este Código sigue otra metodología: el art. 28 consagra el derecho de aquél que sufre un atentado ilícito en su personalidad a actuar en justicia por su protección contra toda persona que en él participa. Un atentado es ilícito, a no ser que esté justificado por un interés privado o público preponderante o por la ley. Y a partir de allí se reglamenta el ejercicio de tales acciones, incluyendo el derecho de rectificación o respuesta (arts. 28 [g] a 28 [I]).

En el área latinoamericana también debe mencionarse al Código Civil peruano de 1984 que, como el Código boliviano de 1975, abarca los derechos de la personalidad espiritual pero también los actos de disposición sobre el propio cuerpo y los derechos de la persona frente a los tratamientos

8. Sólo para hacer una comparación: la ley federal se sancionó el 16 de diciembre de 1983; incorporó al Código Civil unos pocos artículos, y fue puesta en vigencia a partir del 1º de julio de 1985. O sea más de un año y medio. En nuestro país se pretende poner en vigor todo un Código Civil y Comercial en un plazo de seis meses a partir de su sanción; menos tiempo de lo que dura un curso universitario de cualquiera de las partes del Derecho Civil.

médicos. Una curiosidad de este Código es que incluye una disposición sobre los “derechos del autor e inventor”.

El Código Civil de Quebec de 1994 consagra el Título II del Libro I a la regulación “De ciertos derechos sobre la personalidad” que se divide en cuatro capítulos: “De la integridad de la persona” (art. 10 en adelante) donde se examinan temas como el consentimiento para los cuidados médicos, experimentaciones, la internación y el examen psiquiátrico; “Del respeto a los derechos del niño” (a partir del art. 32); “Del respeto a la reputación y a la vida privada” (arts. 35 y ss.) y “Del respeto al cuerpo después de la muerte” (arts. 42 y ss.).

### **Conclusiones sobre la conveniencia de incluir la regulación en el Código Civil**

De acuerdo a lo que hemos venido exponiendo, la incorporación de normas que reglen de manera integral y sistemática la materia de los denominados derechos de la personalidad o personalísimos, está plenamente justificada. La doctrina argentina la reclama, tiene sólidos antecedentes en el derecho comparado y así lo previeron los proyectos de reforma al Código Civil o de legislación particular sobre el tema.

Examen de algunas de las disposiciones del Proyecto sobre derechos de la personalidad espiritual

#### **Art. 51. Inviolabilidad de la persona humana**

##### Texto y fuentes

El art. 51, con el que comienza el Capítulo 3 –Derechos y Actos Personalísimos– bajo el acápite *Inviolabilidad de la persona humana* dispone “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

Este texto no se encontraba en los proyectos de 1998 y 1993. En el Anteproyecto Cifuentes-Rivera se preveía una norma introductoria que

contemplaba la tutela de la personalidad física y espiritual<sup>9</sup> pero no es la inspiradora del art. 51 del Proyecto de 2012.

La fuente inmediata del precepto proyectado es el art. 19 del Código Civil del Bajo Canadá, que sentaba la regla fundamental de la inviolabilidad de la persona, la que se reitera en el artículo 10 del Código Civil de Quebec, agregando éste la noción de “integridad”.<sup>10</sup> El Proyecto agrega la referencia a la dignidad que aparece en el Código francés.<sup>11</sup>

### *Comentario*

El precepto legal recoge la idea de que la persona tiene un valor en sí misma y como tal cabe reconocerle una dignidad, de lo que se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (vida, cuerpo, salud), y en su propia dignidad (honor, intimidad, imagen), y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo. La relación de respeto mutuo que cada uno debe a cualquier otro y puede exigir de éste es la relación jurídica fundamental, la cual es la base de toda convivencia en una comunidad jurídica y de toda relación jurídica en particular.

De modo que el artículo proyectado extiende su tutela a los derechos de la personalidad espiritual que se enumeran –no taxativamente– en el artículo 52 (imagen, intimidad, identidad, honor o reputación), así como a cualquier otro que resulte una emanación de la dignidad personal. De la misma manera, la referencia a la inviolabilidad de la persona hace que esté tutelada la integridad física –por ende y primordialmente la vida– y la salud.

9. El Anteproyecto preveía este texto: “La ley protege a la persona de cualquier atentado a los derechos que son manifestaciones de su personalidad física y espiritual, y ampara sus libertades”.

10. El primer párrafo del art.10 del Código Civil de Quebec dispone: “Toda persona es inviolable y tiene derecho a su integridad”.

11. El art. 16 del Código Napoleón, según la versión introducida en 1994, dice: “La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe cualquier ataque a su dignidad y garantiza el respeto al ser humano desde el comienzo de su vida”.

## Art. 52. Afectaciones a la dignidad

### Texto y fuentes

El artículo 52 establece cuáles son las consecuencias del atentado a los derechos de la personalidad espiritual. Lo hace disponiendo que “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier otro modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...”.

La fuente del artículo es el artículo 105 del Proyecto de 1998, que a su vez estaba inspirado en el art. 110 del Proyecto elaborado por la Comisión del Decreto 468/92.

### *Derechos tutelados*

Ha de examinarse el texto desde dos perspectivas: la enumeración de derechos tutelados y los efectos de la lesión a los mismos.

### *Carácter de la enumeración*

En cuanto a la enumeración es –como ya se señaló– no taxativa, pues el texto comprende al menoscabo “de cualquier otro modo” de la “dignidad personal”. Con lo que la persona que sufra una discriminación o se vea afectada en sus libertades podría ejercer las acciones tendientes a prevenir tal atentado o a obtener la reparación del daño que haya sufrido.

### *Derecho a la intimidad*

Debe destacarse que el artículo bajo comentario no define el derecho a la intimidad, así como tampoco precisa los contenidos del derecho al honor o la reputación ni a la identidad. Así lo hacían también los artículos 110 del Proyecto de 1993 y 105 del Proyecto de 1998. Es más, la nota al art. 110 del Proyecto de 1993 explicaba que “[S]iguiendo los criterios de la doctrina nacional tejida alrededor del artículo 1971 bis del Código Civil, se elimina el requisito de que el hecho no sea un delito del derecho criminal y la mención de la arbitrariedad y la alusión a la equidad como pauta de determinación de la indemnización”. Por lo demás, era obvio que el texto de 1993, como

el de 1998, eliminaban las ejemplificaciones de conductas violatorias de la intimidad que hace el vigente artículo 1071 bis.

Y, finalmente, debe tenerse en cuenta que tanto en los antecedentes nacionales como en el artículo 52 del Proyecto de 2012 se alude a la “intimidad personal y familiar” con lo que se adopta la terminología de la ley española del 5 de mayo de 1982, adecuando además, la tutela a lo previsto en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone que “[N]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia...”. También se sigue a la Convención en cuanto ésta garantiza a toda persona la protección contra ataques ilegales a “su honra o reputación”.

De lo que concluimos que la idea de los antecedentes nacionales era que resultaba suficiente con una norma abierta, que se limitara a enumerar de manera no taxativa ciertos derechos –intimidad personal y familiar, honra o reputación, imagen e identidad– y consagrara de manera explícita cuáles eran las acciones que podría ejercer el titular afectado. Ésta es la metodología que siguen muchos de los antecedentes del derecho comparado; así el artículo 9º del Código Napoleón se limita a establecer que “Chacun a droit au respect de sa vie privée”; y el art. 80 del Código portugués reza: “1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”. En la misma corriente están el artículo 14 del Código Civil peruano de 1994 y el art. 18 del Código Civil boliviano de 1975.<sup>12</sup> Cabe apuntar que en cambio el Código de Quebec hace una breve enumeración de casos de violación del derecho a la vida privada.<sup>13</sup>

12. Cabe señalar que el artículo 80 del Código de Portugal contiene un inciso 2º que da una pauta para interpretar la extensión del derecho a la vida privada, disponiendo “A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”; el código boliviano alude a la “condición” de la persona afectada.

13. Es el art. 36 del Código. “En particular pueden ser considerados lesivos de la vida privada de una persona los siguientes actos: 1º Ingresar a su morada o apoderarse de cualquier cosa; 2º Interceptar o utilizar voluntariamente una comunicación privada; 3º Captar o utilizar su imagen o su voz mientras se encuentra en lugares privados; 4º Vigilar su vida privada por cualquier medio que sea; 5º Utilizar su nombre, imagen, parecido o voz para cualquier otro fin que no sea la legítima información al público; 6º Utilizar su correspondencia, manuscritos u otros documentos personales” (traducción al español tomada de “Código Civil de Quebec” sous la direction de Julio César Rivera avec la collaboration de Mme. Alejandra Tello - M. Walter Viegas, Wilson & Lafleur Limitée, Montréal, 1998).

Pero he aquí que el Proyecto de 2012 contiene una norma en el artículo 1770 –incluida en la Sección “Supuestos especiales de responsabilidad”– que bajo el acápite “Protección de la vida privada” dice: “El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación”.

Con lo cual se produce una superposición injustificada entre los artículos 52 y 1770, que no son coherentes entre sí. Adviértase que:

El art. 52 alude explícitamente a la intimidad personal y familiar; el art. 1770 no contiene previsión alguna relativa a la intimidad familiar.

El art. 52 alude a la prevención y a la reparación; el art. 1770 no menciona la prevención.

El art. 52 no requiere que la afectación a la intimidad sea arbitraria; mientras que el art. 1770 mantiene este requisito calificador de la conducta antijurídica cuya supresión se propicia desde hace 20 años en los proyectos de reforma.

### *Derecho al honor y a la identidad*

Como anticipamos, el Proyecto no define el derecho al honor, limitándose como el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos a mencionar el “honor o reputación”, por lo que serán aplicables los criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia que han definido el contenido de este derecho.

En cuanto al derecho a la identidad, comprende tanto la identidad biológica, la sexual y la identidad dinámica de acuerdo a los criterios que ha desarrollado la jurisprudencia italiana que tiene repercusión en la doctrina argentina.<sup>14</sup>

14. V. J. C. Rivera, *Instituciones de Derecho Civil - Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 5ª ed., 2010, N°782, p. 807 y ss.

### *Derecho a la imagen*

El derecho a la imagen aparece más claramente definido en el art. 53, estableciendo que son ilícitas tanto la captación como la reproducción no consentidas de la imagen y de la voz. La extensión a la voz tiene antecedentes en el Código boliviano y en el peruano, así como en la ley española del 5 de mayo de 1982 y en el Código de Quebec. En la misma orientación están los proyectos nacionales de 1993 y 1998, así como ha sido propiciada por la doctrina nacional.

Luego enumera los casos en que tal captación o reproducción están justificadas; tal enumeración reproduce la que hiciera el artículo 112 del Proyecto de 1993; es interesante señalar que el inciso 3º considera lícita la captación o reproducción de la imagen o de la voz cuando se trata del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general, con lo cual se introduce la idea de abuso del derecho relacionada con la actividad de la prensa. En definitiva, la doctrina nacional y la jurisprudencia ya han hecho uso de tal idea en reiteradas oportunidades.

Lo curioso es que el proyecto de ley que se refiere a la legislación complementaria no prevé la derogación del art. 31 de la ley 11.723, lo que sería conveniente para evitar incoherencias entre ambos textos. Por empezar comprende a la voz (como el Código de Perú, art. 15, y el de Quebec, art. 36, inc. 5º). Define la conducta ilícita como la captación o reproducción, las que sólo son justificadas en los casos que enumera.

Concluye con una norma de cierre sobre la reproducción de la imagen de las personas fallecidas, estableciendo quiénes pueden dar el consentimiento y que a los veinte años de la muerte es lícita la reproducción no ofensiva.

### *Efectos de la lesión a estos derechos*

El art. 52 correctamente dispone que ante el atentado a estos derechos de la personalidad espiritual su titular tiene el derecho de accionar para reclamar la prevención o la reparación de los daños. Obviamente, frente al ataque iniciado se puede reclamar también su cesación; así lo prevé expresamente

el art. 1770.<sup>15</sup> La idea de la prevención es coherente con el artículo 43 de la Constitución Nacional así como con las reglas generales sobre responsabilidad civil.<sup>16</sup> Cuando la afectación al derecho a la vida privada o a la honra, así como a los demás derechos de la personalidad espiritual provenga de la prensa, debe compatibilizarse la acción preventiva con las garantías de que goza el derecho a la libertad de expresión no sólo en la Constitución Nacional sino también en el derecho supranacional (art. 13 Convención Americana de Derechos Humanos).<sup>17</sup>

### *Conclusiones*

La normativa proyectada es en general adecuada y se corresponde con los antecedentes nacionales y del derecho comparado. De todos modos, no cabe duda que la subsistencia de un precepto como el del art. 1770 sume en la perplejidad y debe ser considerado como una inadvertencia de la comisión, por lo que sería conveniente que el Congreso suprima tal regla. También debería suprimirse el art. 31 de la ley 11.723.

#### Disposición de estos derechos

##### Texto y fuentes

El art. 55 del Proyecto de 2012 dice: “El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable”.

15. El art. 70, inc. 2º del Código de Portugal dispone: “Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

16. El art. 1708 que tiene un acápite que dice: “Funciones de la responsabilidad” expone: “Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva”.

17. En este punto cabe recordar que conforme a los criterios establecidos por la Corte Americana de Derechos Humanos, la protección de la prensa contra la censura previa es absoluta y comprende a la censura administrativa y judicial. De todos modos cabría reconocer alguna excepción cuando se trate de la protección de personas vulnerables, como los menores.

La idea de que los derechos de la personalidad pueden disponerse y que el consentimiento para la disposición es libremente revocable tiene sólidos antecedentes en el derecho comparado ya que aparece por vez primera en el Código Civil de Portugal (art. 81) y estuvo incluida en el Proyecto de 1993 (art. 115) y en el de 1998 (art. 108).

Sin embargo, la norma ahora incluida en el Proyecto de 2012 presenta una diferencia significativa con todos los antecedentes mencionados.

En efecto, tanto el Código portugués como los proyectos nacionales y la ley española del 5 de mayo de 1982 (art. 2º, inciso 3º), prevén que la revocación del consentimiento podría dar lugar a resarcir los daños causados, salvo disposición legal en contrario. En principio, ello se limitaría al denominado daño al interés negativo.

Esta referencia a la reparación del daño no aparece en el Proyecto de 2012 y ello seguramente causará algún debate doctrinario, en particular porque el art. 55 del Proyecto señala expresamente que el consentimiento es “libremente revocable”.

## **Comentario de algunas disposiciones del Proyecto sobre derechos sobre la personalidad física**

### *Reglas sobre la disposición del propio cuerpo*

El Proyecto de 2012 contiene varias reglas importantes en esta materia, sobre la cual, cabe advertir, se ha avanzado mucho en la legislación especial, en particular con la denominada Ley de Derechos de los Pacientes N°26.529.

Así contiene:

Una regla general sobre actos de disposición sobre el propio cuerpo (art. 56) los que no son autorizados cuando causen una disminución permanente de la integridad, o sean contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres, salvo que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona y excepcionalmente de otra persona, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. De modo que no son autorizados, por ejemplo, los actos de automutilación. La ablación de órganos aparece remitida a la legislación especial.

Como en materia de disposición de derechos de la personalidad espiritual, se dispone que el consentimiento no puede ser suplido y es revocable libremente.<sup>18</sup>

### *Prácticas prohibidas*

El art. 57 del Proyecto dispone la prohibición de las prácticas que tiendan a la modificación genética de la descendencia. El único comentario que dedican los Fundamentos a esta disposición es que se ha eliminado la expresión “prácticas eugenésicas” por así haberlo recomendado la comunidad científica, sin ninguna otra precisión.

El texto propuesto aparece como una significativa simplificación del art. 111 del Proyecto de 1998.<sup>19</sup> La propuesta de 1998 era más amplia, pues contenía una regla de principio que prohibía todas las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos (párrafo primero) y luego establecía la prohibición de toda práctica que afectara la integridad de la especie humana o que de cualquier modo tendiera a la selección de las personas, o a la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos.

Ese Proyecto de 1998 se había inspirado en el art. 16.4 del Código francés, incorporado por la ley 94-653 del 29 de julio de 1994.<sup>20</sup> El Código

18. En este caso el Proyecto de 1998 sí establecía que la revocación “no causa responsabilidad alguna” (art. 110).

19. Proyecto de 1998, Art. 111: “Prácticas eugenésicas. Quedan prohibidas las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos. Ninguna modificación puede ser realizada a los caracteres genéticos con la finalidad de alterar los caracteres de la descendencia de la persona, salvo que tenga por objeto exclusivo evitar la transmisión de enfermedades o la predisposición a ellas. Es prohibida toda práctica que afecte la integridad de la especie humana, o que de cualquier modo tienda a la selección de las personas o la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos. Quedan a salvo las investigaciones que tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas”.

20. El art. 16.4 del Código francés fue reformado por la ley N°2004-800 del 6 de agosto de 2004. El texto vigente dice: “Nulne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivant e ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à

francés completa la regulación con la prohibición de todo contrato sobre el cuerpo humano<sup>21</sup> y la nulificación de todo acuerdo dirigido a la procreación o gestación por cuenta de otro.<sup>22</sup>

Estos antecedentes hacen sospechar que la reducción de la prohibición de las prácticas eugenésicas puede tener relación con la injustificada y por nadie reclamada legitimación de la gestación por otro que inopinadamente propicia el Proyecto de 2012.

Más allá de las motivaciones, lo cierto es que la norma aparece injustificadamente restringida.

### *Investigación en salud humana*

El Proyecto incorpora una norma extensa sobre investigación en salud humana (art. 58) que no estaba prevista en el Proyecto de 1998. Ella establece una serie de requisitos para la realización de investigaciones relativas a intervenciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas) cuya eficacia o seguridad no estén comprobadas. La enumeración de los requisitos en el Código no parece una técnica aconsejable<sup>23</sup> pues

---

la prévention et au traitement des maladies génétiques, auc une transformation ne peut être apporté eaux caracteres génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne”.

21. Cód. Francés, art. 16.5.: “Les conventions ayant pour effet de conférer un evaleur patrimoniale au corps humain, à ses élément sou à ses produits sont nulls”.

22. Cód. Francés, art. 16.7.: “Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle”.

23. Esos requisitos son:

- a) ser precedida de una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas para las personas que participan en la investigación en relación con los beneficios previsibles para ellos y para otras personas afectadas por la enfermedad que se investiga;
- b) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que se sujeta a la investigación; el consentimiento es libremente revocable;
- c) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;
- d) asegurar al participante la atención médica pertinente, durante y finalizada la investigación.
- e) el ser parte de protocolos de investigación para determinar su eficacia y seguridad;
- f) contar con la aprobación previa por parte de un comité de evaluación de ética en la investigación;
- g) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente.

ellos pueden variar de acuerdo a la evolución de la ciencia y las prácticas, con lo que hubiera sido mejor dejar su determinación a la legislación especial. Máxime teniendo en cuenta que subsiste la ley de derechos del paciente, que podría ser el receptáculo de tal reglamentación detallada.

### *Tratamientos médicos*

Los proyectos de 1993 y 1998 establecían el principio básico en la materia, esto es, que nadie puede ser sometido a tratamiento médico sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario. El Proyecto de 2012 expone el mismo principio pero además aclara que el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresa por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada respecto a:

- a) Su estado de salud.
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos.
- c) Los beneficios esperados del procedimiento.
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles.
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto.
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.
- g) En caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable.
- h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Habida cuenta que subsiste la ley de derechos del paciente debemos mencionar que:

Los dos últimos incisos no figuran en el artículo 5º de la ley 26.529.

La ley 26.529 exige que en ciertos casos el consentimiento sea por escrito, requisito que no aparece en el artículo 59, que no contiene una regla sobre forma de la declaración de voluntad.

El Proyecto de 2012 también contiene normas sobre capacidad de las personas menores de edad respecto de los actos sobre su propio cuerpo que deben tomarse en consideración (art. 26 del Proyecto).

### *Directivas médicas anticipadas*

Una vieja aspiración de la doctrina argentina es la incorporación de reglas sobre directivas anticipadas, lo que se concretó con la sanción de la ley de derechos del paciente N°26.529.<sup>24</sup>

Lo interesante de la norma prevista por el Proyecto (art. 60) es que autoriza a la persona plenamente capaz no sólo a anticipar directivas, sino también a conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Asimismo puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela.

Si bien al tratar del mandato se prevé su extinción por la muerte o incapacidad del mandante (art. 1329), es obvio que tal causal no se aplica al mandato concebido en previsión de la propia incapacidad, ya que ello implicaría la frustración de su finalidad.

### *Disposición del cadáver*

Finalmente el art. 61 sobre las “Exequias” dispone: “La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la

24. Ley 26.529, art. 11: “Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”.

voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad”.

Disposición similar hallamos en el Proyecto de 1998, aunque en él se decía que los parientes no podían dar al cadáver un destino “contrario a los principios religiosos del difunto”.

## **Conclusiones**

Es un acierto la incorporación de un capítulo de derechos personalísimos al Código Civil.

La mayor parte de las disposiciones previstas tiene sólidos antecedentes en el derecho comparado y en los anteriores proyectos de reforma argentinos, así como cabe reconocer una clara coincidencia doctrinaria con las soluciones propuestas.

Resulta objetable la inexplicada reducción de las reglas sobre prácticas eugenésicas; es difícilmente justificable que no aparezca una norma que excluya toda práctica que atente contra la integridad de la especie humana.

Las normas sobre investigaciones en seres humanos y sobre consentimiento informado debieron limitarse a establecer los principios básicos, dejando a la legislación especial el detalle de la información a suministrar al paciente.

Sería conveniente eliminar el art. 1770 que virtualmente reproduce el artículo 1071 bis vigente, así como propiciar la derogación del art. 31 de la ley 11.723.

# Los criterios que inspiran los contratos modernos en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

*Alfredo L. Rovira*

Profesor regular titular de Derecho Comercial,  
Facultad de Derecho, UBA.

## 1. Introducción

Como ya señalara en un trabajo anterior vinculado a la cuestión que abordaré, Friedrich A. Hayek<sup>1</sup> destaca que el contrato, como nos legara el derecho francés (y llegara a nuestros Códigos Civil y Comercial decimonónicos), fruto de la colaboración de las partes y del libre juego de la voluntad de los contratantes, se vio alterado por el mundo moderno. La comprobación de la realidad nos muestra que los métodos para contratar han sufrido tal transformación que hoy se contrata con “una máquina” (en rigor valiéndose de una máquina –caso de la utilización de cajeros automáticos o de la contratación por internet–) o sin tener contacto físico con el co-contratante –como es el caso de los contratos que se celebran por internet– o, en particular en los contratos de adhesión como puede ser el contrato de seguro –que normalmente se celebra por intermedio de un agente o corredor (el

1. Rovira, Alfredo L., “La Empresa en la concepción moderna de los contratos”, en Piaggi, Ana I. (dir.), *Tratado de la Empresa*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 1134, donde se cita a Hayek, F. A., *Derecho, legislación y libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1985, aclarando que el mencionado jurista plantea la frustración de la visión del contrato como expresión del “orden acordado o convencional”, por oposición del “orden espontáneo” emergente de la legislación.

productor) firmando un simple formulario— y otras veces directamente mediante contratos de hecho, como cuando uno contrata un transporte con un medio de transporte colectivo, en cuyo caso el contrato de transporte que se celebra da ninguna oportunidad al transportado a pactar respecto de su transporte y el precio del mismo; este fenómeno exterioriza lo que Mosset Iturraspe<sup>2</sup> diera en denominar “la huida del contrato” que, según dicho autor, se manifiesta a través de los acuerdos verbales, declaraciones unilaterales, ofertas privadas de aceptación, formularios, etc. Pero, además, muchas veces el poder de negociar ya ha dejado de ser igual por diversos factores, tales como: mayor poderío económico de una parte sobre la otra, circunstancias prácticas que crean “necesidad” a una de las partes para contratar, desigualdad en el conocimiento, etc.

## 2. Contenido del contrato moderno

Si bien el art. 1137 del Código Civil define al contrato como “un acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”, en el moderno derecho de los contratos no todo acuerdo es un contrato.

Para que un acuerdo sea contrato es menester que no sólo se trate de un negocio entre vivos sino que el objeto u operación jurídica tenida en mira sea susceptible de una apreciación en dinero, es decir tenga apreciación pecuniaria (argumento del art. 1169 Código Civil). Los bienes y los intereses poseen naturaleza económica cuando pueden ser objeto de valoración.

Un acuerdo puede ser un “acto jurídico bilateral” cuando las partes se proponen producir efectos jurídicos y cuando tienen la intención de obligarse. Es la postura tradicional de Savigny, Miccio en Italia y Lehmann en Alemania.

Ante esta posición se contraponen la denominada concepción objetiva del contrato que prima en el derecho anglosajón que destaca el carácter instrumental del contrato como un elemento objetivo y funcional en la operación de los mercados. En el contrato las partes buscan un “resultado práctico”, lícito, patrimonial y entre vivos.

2. Mosset Iturraspe, Jorge, “El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual”, *Rev. de Derecho Privado y Comunitario*, N°17 Responsabilidad Contractual I, Rubinzal-Culzoni, p. 173 y ss.

### 3. El contrato y la moderna regulación del comercio

Diversas leyes han regulado la actividad económica y el comercio en general. En los últimos 60 años al compás de las diversas políticas económicas, nuestro derecho positivo reguló más o menos la actividad económica en función del rol del Estado. Se vivieron tiempos durante los cuales el Estado adquirió protagonismo; en esos años se dictaron leyes que interfirieron el principio de la libre autonomía de la voluntad. Ejemplo de esas legislaciones son las leyes de abastecimiento que se dictaron a los fines de evitar que la distorsión provocada en el mercado por razón de la interferencia de los controles estatales sobre los actores del mercado llevara a situaciones extremas; en materia de canalización de inversiones, las leyes de transferencia de tecnología y de inversiones extranjeras regularon la actuación de los inversores extranjeros y de los prestadores de tecnología en formas variada según se tratara de fomentar su actuación en nuestra economía o no.

Hubieron tiempos en los que las inversiones extranjeras fueron desmotivadas descreyendo en los avances tecnológicos que sucedían en el mundo y la capacidad dinamizadora de los capitales que –en rigor, con prescindencia de nacionalidad– buscan lugares donde invertir con razonables ganancias. La globalización de la economía hizo ceder tales actitudes y así se llegó a una posición opuesta en donde la inversión extranjera fue vista como el más rápido y relevante medio de lograr dinamizar economías locales en las que sus habitantes descreían de su potencial o los vaivenes políticos no les generaban suficiente seguridad jurídica. Actualmente, la ley de inversiones extranjeras (t.o. en 1993 por Decreto 1853/93) y la ley 22.426 de Transferencia de Tecnología han permanecido por más de veinte años intactas como testimonios de tiempos en donde el Estado fomentaba la actividad privada y se reservaba un rol regulador pero menos protagónico en la actividad económica. Es que en los tiempos actuales es difícil negar o desconocer la necesidad de la actividad de las empresas –cualquiera sea su origen, esto es, extranjeras o nacionales– para ayudar en el desenvolvimiento de la actividad económica.

A pesar de los vaivenes de las orientaciones políticas de los gobiernos de turno, que van y vienen cambiando de tendencias como un péndulo, la conclusión antedicha no ha variado: el capital no tiene memoria y va, conforme circunstancias cambiantes, a la búsqueda de su radicación donde existan posibilidades de razonable rentabilidad en un marco de lógica seguridad jurídica. Es que, en el fondo, la *lex mercatoria*, la que generaron los

comerciantes en procura de la seguridad del tráfico, hoy se ha propagado demostrando cómo, en los hechos, la fuerza de los principios autónomos y los dogmas propios del derecho comercial se entremezclan en el otrora llamado “derecho común” para exteriorizar que la impronta mercantil se encuentra presente en todas las actividades humanas.<sup>3</sup> Ello asimismo significó una profunda alteración de los principios clásicos del derecho de los contratos.

La ley de convertibilidad 23.928 implicó la vuelta al nominalismo pero también la interferencia del Estado en las relaciones particulares ya que dicha ley prohibió pactar cláusulas de ajuste o repotenciación de deudas. Sin embargo la sanción de la ley 25.561, a pesar de que mantiene ciertos principios inspiradores del régimen de convertibilidad, prohibiendo las cláusulas de ajuste, con la inestabilidad generada por la emergencia política, social y económica, hoy profundizada por un regreso de la inflación, ha abierto la puerta al regreso del concepto de deuda valor,<sup>4</sup> cuestión propia de períodos que parecían superados y en donde el flagelo de la inflación causó estragos en la sociedad. Dicha ley de emergencia económica, alterando cláusulas ya pactadas por las partes, implicó una profunda modificación de la seguridad jurídica y puso en crisis el valor de los contratos como ley de y para las partes.

En ese contexto el fenómeno de la cooperación de empresas como una de las manifestaciones del moderno contrato surgió como una derivación natural de la producción a escala industrial respondiendo con la revolución tecnológica a mayores necesidades de consumo. De esta forma la producción y el consecuente consumo masivo han creado la necesidad de buscar diversas formas contractuales que genéricamente pueden catalogarse como

3. Rovira, Alfredo L., “Panorama actual del derecho comercial”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, T. 63, N°2.

4. Al respecto son útiles las reflexiones que oportunamente vertiera Kleidermacher sobre el valor de la convertibilidad y la responsabilidad que ella implicaba para los gobernantes de turno. La sanción de la ley 25.561 que implicó más que la modificación de la convertibilidad su eliminación, abre el interrogante planteado oportunamente por Kleidermacher sobre los criterios de juzgamiento de conducta de los funcionarios públicos por violación de sus deberes cuando por sus actos u omisiones llevaron a desbaratar todos los beneficios que la convertibilidad implicó y denotó que los desbordes resultantes de malas administraciones significaron conmocionar la economía y el bienestar general sumiendo al país en una profunda crisis, no sólo económica, sino también de valores, con la correlativa crisis de las instituciones que sustentan un sistema democrático. (Ver comentario de Farina, J. M. en “Contratos Comerciales Modernos”, p. 52 y ss).

mecanismos de cooperación tanto para el logro de los fines buscados por el empresario como para facilitar el acceso del capital a procesos de transformación de bienes y servicios.

Las hoy denominadas formas modernas de contratación reflejan, por un lado, una ampliación del espectro de los auxiliares del comercio así como, por el otro, fruto de la nueva realidad socio-económica, motivan a un nuevo enfoque de la autonomía de la libertad. Es que cualquiera sea la política económica, en el fondo, no se pueden soslayar la realidad de las fuerzas económicas y la vigencia del mercado como medio idóneo para el desarrollo de la actividad económica.

En síntesis, el continuo fenómeno económico moderno no es más que la resultante de las transformaciones de nuestra sociedad y cultura en donde la creatividad humana se desarrolla en forma incesante a partir de concebir variadas gamas de posibilidades mucho antes de que el legislador las contemplara de una forma ordenada y sistemática.

Una vez más se advierte la característica de una legislación que sigue o acompaña los acontecimientos y desarrollos de la economía demostrándose así que no es el legislador el que puede inducir a los procesos transformadores de la sociedad sino, por el contrario, que es ésta la que genera la necesidad de crear normas para adecuar y equilibrar las conductas en el marco de una sociedad armónica en su desarrollo y evolución. Éste es el contexto en el que actualmente se debate el Proyecto de reforma y unificación de nuestros Códigos Civil y Comercial, que ingresara al Congreso de la Nación el pasado 7 de junio de 2012 postulando la sanción de un único Código Civil y Comercial (el “Proyecto”).

A la par que aparecieron formas contractuales “innominadas” éstas se reconocieron como una expresión moderna de la *lex mercatoria*, fruto de los usos y prácticas mercantiles. La tipicidad social alcanzada por estas modalidades contractuales en las postrimerías del siglo XX motivó la necesidad de su legislación. Por ello no sorprendió que el Proyecto tuviera tan en cuenta los antecedentes habidos en nuestro derecho tendientes a la unificación del derecho de las obligaciones civiles y comerciales, en particular la propuesta de códigos unificados del año 1998, con fuerte influencia en el Proyecto (en adelante nos referiremos a él como “Código Único de 1998” o “Código Único del 98”). El valor indiscutible del Código Único de 1998, y que el Proyecto evidentemente recogió, fue haber contemplado las más modernas tendencias doctrinarias del derecho comparado y corrientes jurisprudenciales

predominantes en nuestro derecho a pesar de que de los Fundamentos del Proyecto resulta que también se tomaron en cuenta experiencias y modos de ser de la cultura latinoamericana que, en verdad, cuesta identificar.

Como se sabe, el Anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora del denominado Proyecto 26 del año 2012 que tuviere entrada en el Senado de la Nación en junio de este año, fue objeto de ajustes y modificaciones en su paso por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; sin embargo, en lo que se refiere a la materia de contratos, los mismos no sufrieron mayor alteración en el Proyecto.

#### **4. Los Contratos Modernos frente a las formas tradicionales de contratación. La necesaria distinción de los Contratos entre Empresas respecto de los Contratos de Consumo: un vacío que el Proyecto debe cubrir**

Como se dijo en los párrafos precedentes el contrato concebido por el legislador del siglo XIX ha evolucionado al compás de los cambios habidos en los medios de comunicación y de expresión de la voluntad. Así, las modernas manifestaciones de los contratos requieren una reflexión previa en torno a las pautas directrices que gobierna al contrato tradicional y su visión desde la perspectiva de los modernos contratos de empresa y de consumo. Ellas servirán al tiempo de categorizar al contrato y rigen al tiempo de su interpretación y, eventualmente, su integración.

Por razón de esta reflexión criticamos que el Proyecto no hubiere traído, al tratar la clasificación de los contratos, la clasificación de los Contratos Discrecionales y Predispuestos para luego plantear la moderna distinción de los contratos entre empresas, para diferenciarlos de los contratos de consumo. Ello hubiere sido útil, como se destaca más adelante, para resaltar la diferencia de la naturaleza contractual de unos y otros y que justifica por lo tanto, también un diferente trato. El Proyecto sólo aborda los contratos de consumo. De este modo, no cabe más que asumir que el Proyecto presume que el lector conoce tal distinción antes descripta; pero tal presupuesto no parece adecuado en una norma de las características y trascendencia de un código de fondo que se convertirá en la columna vertebral del sistema jurídico convencional.

#### *4.1. El contrato y el consentimiento, nexos inescindibles*

El contrato es uno de los pilares en los cuales, juntamente con el derecho de propiedad, se estructura la economía de mercado. Esa parece ser la orientación filosófica del Proyecto, el cual, a pesar de recoger modernos criterios, realza el valor del contrato reconociéndole a los derechos resultantes de tal acto jurídico el carácter de derecho de propiedad del contratante (art. 965, Proyecto).

Por ello, aun en un sistema donde se analice al contrato con una concepción “solidarista” en lo jurídico e “intervencionista” en lo económico, siguiendo una expresión utilizada por Mosset Iturraspe,<sup>5</sup> y a pesar de la revisión de la concepción clásica del contrato que inspirara la doctrina liberal y capitalista del siglo XIX, la convención continúa siendo un instrumento fundamental de la que la persona (tanto física como jurídica) se vale para la satisfacción de sus necesidades.

Aún bajo un sistema de economía política dirigista y en donde el Estado asuma cada vez más un rol protagónico, el papel del contrato sigue siendo relevante y foco de principal atención para el jurista porque continúa desempeñando un rol preponderante aunque su concepción sufra algunas correcciones respecto de la visión tradicional, particularmente por el deseo de proteger a los económicamente débiles en pos de un mayor equilibrio de las consecuencias económicas debidas mutuamente para las partes contratantes.<sup>6</sup>

Es que el contrato hace a la esencia de las relaciones jurídicas para prever y proteger mecanismos que contribuyan a dinamizar la economía y a facilitar el acceso de los bienes al usuario final y a todos los que participan de la cadena que se forma desde la generación de materias primas hasta llegar al producto final. Pero ese reconocimiento de nuevas realidades, distintas a las que tuvo en cuenta el legislador del siglo XIX, se produjo a la par de importantes cambios de enfoque en el derecho de los contratos, consecuencia

5. Mosset Iturraspe, Jorge, “Contratos”, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 43.

6. Para un mayor análisis de este aspecto ver Mosset Iturraspe, Jorge, “Justicia Contractual”, Ediar, Buenos Aires, 1977, y la obra del mismo autor citada en la nota precedente, p. 42.

de la notoria evolución en la forma de considerar la formación de la voluntad y sus efectos.

El denominado dogma de la autonomía de la voluntad fue considerado como un principio fundamental en la doctrina francesa que inspiró la mayoría de los códigos europeos y los modernos códigos latinoamericanos así como nuestro derecho. Tan es así que las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil habidas en Buenos Aires en 1997 las consideraron “un principio general del derecho de fuente constitucional”. Esa misma doctrina, en su expresión moderna, le atribuyó a la autonomía de la voluntad el carácter de “uno de los fundamentos del orden civil”, al decir de Cornú, reconociéndose al consentimiento como elemento primordial creador de obligación (Mazeaud-Chabas) y, a pesar de que algunos autores consideraron que había sufrido una “crisis”, sigue siendo “la regla” según Flour-Aubert, habiendo llegado a señalar algunos que se ha producido un “rebrote de eficacia” (Bénabent) al punto que el Consejo Constitucional francés reiteradamente le reconoció el carácter de principio fundamental.

Los Principios de UNIDROIT establecen claramente, en su art. 1, que “las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido” pues “la libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad”, como se explica en su comentario. Pero ello no obstante, queda a salvo la necesidad de contar con normas imperativas como las antimonopólicas y las que prohíben las cláusulas abusivas no sólo en las relaciones entre empresas sino con el consumidor.

Tales criterios están presentes en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (art. 2) y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 1102) y subsisten en el Proyecto. Para corroborar lo expuesto, basta remitirse a los arts. 958 y 959 que consagran la libertad de contratación y el efecto vinculante de los contratos.

Es que la autonomía de la voluntad se apoya en “la libertad de contratar” que da derecho a contratar o no y en la “libertad contractual” que da derecho a que el contrato sea el resultante del propio albedrío, esto es, a que las partes puedan elegir la modalidad contractual que consideren más afín a sus intereses.

*4.2. El mantenimiento de los principios básicos del derecho de contratos no impide el reconocimiento de fenómenos modernos como el de la falta de paridad de fuerzas entre las partes de un contrato*

Los contratos modernos y en particular los sistemas de comercialización aparecen como soluciones inspiradas en la *lex mercatoria* buscando dar una respuesta pronta y adecuada a las necesidades que planteó el fenómeno de “la masificación” en la economía moderna. Farina, en su obra *Contratos Comerciales Modernos*, alude al fenómeno del consumo en el mundo moderno<sup>7</sup> y a partir de tal reflexión encara la función económica y social de los contratos comerciales en la actualidad. Dicho autor destaca cómo los modernos contratos están dirigidos a satisfacer las necesidades materiales, espirituales, científicas, de esparcimiento y de otro orden que tiene el hombre moderno en un escalón que supera las necesidades básicas del ser humano, lo que dio lugar a la cuestión sociológica que expone lo que conocemos como “sociedad de consumo” y el riesgo al que ella expone a los individuos, cual es el “consumismo”.

De esta forma el referido autor señala que la contratación mercantil moderna trata de satisfacer las necesidades, los lujos y hasta las vanidades humanas necesariamente debiendo introducirse en el fenómeno de la economía de masa, lo que dio origen a que la doctrina profundizara los efectos que tal circunstancia genera en la relación contractual.<sup>8</sup>

Así aparecieron nuevos conceptos en el derecho de contratos tales como el reconocimiento de que eventualmente en la relación contractual puede existir disparidad de fuerzas entre las partes contratantes que, en definitiva, afecta el plano de igualdad jurídica que inspiró a Vélez Sarsfield y las fuentes en las que abrevó. En tal sentido, y como una ulterior derivación, fruto especialmente del fenómeno de la “masificación” de la producción y el consumo, comienza a adquirir jerarquía y ser motivo de especial atención la figura del consumidor caracterizada como una parte contractual

7. Farina, Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 1 y ss.

8. Ghersi, Carlos A., “La paradoja de la igualdad del consumidor en la dogmática contractual”, en *LL*, 4-4-00 (T. 2000-B, p. 1085) distingue así las “necesidades reales” de las “necesidades inducidas”.

particularmente débil, ya sea por carencia de conocimiento técnico, falta de profesionalidad, o simplemente por la necesidad que impuso al ser humano el mundo actual donde ya no se trata de satisfacer necesidades básicas sino otras que bien podrían caracterizarse de “superfluas” o simplemente producto de una “necesidad social”.

Es que si bien en las legislaciones contemporáneas se mantienen los principios liminares en los que tradicionalmente se sostiene el derecho de contratos, hay que reconocer también que la moderna concepción de los contratos ha abandonado la tradicional noción del contrato del Código Civil, y siguiendo la iniciativa del jurista francés Saleilles al inicio del siglo XX, sobre la base de observar la conducta de las partes al tiempo de dar su consentimiento, la doctrina de nuestros tiempos ha centrado el estudio del contrato desde la perspectiva que distingue a los Contratos Discrecionales de los Contratos Predispuestos.

Los Contratos Discrecionales pueden calificarse como expresión del contrato por antonomasia. El Proyecto no innova sustancialmente respecto de la concepción tradicional del contrato que recoge nuestro Código Civil en su art. 1137 pues mantiene el criterio de que no cualquier acuerdo destinado a producir efectos jurídicos, a reglar derechos, es un contrato. El Proyecto lo define en el art. 957 como un acto jurídico expresión del consentimiento tendiente a crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Esto es, adhiere así a la posición de que sólo los acuerdos con contenido patrimonial adquieren el rango de contrato. Sigue así el Proyecto los lineamientos de la moderna doctrina que distingue los acuerdos de contratos, concibiendo a estos últimos como aquellos que tienen contenidos patrimoniales y así, aunque sin destacarlo, trata del contrato negociado o paritario, donde juega a pleno la autonomía de la voluntad en un plano de igualdad como la imaginó el legislador decimonónico.

El art. 957 del Proyecto trae una definición de contrato en línea con lo antes expresado para seguidamente hacer especial referencia a los postulados básicos que tradicionalmente nuestra doctrina consagró, a saber: (a) *autonomía de la voluntad*;<sup>9</sup> se enfatiza la libertad en decidir la celebración

9. El art. 958 del Proyecto dice: “Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

del contrato; (b) *efecto vinculante*; se mantiene el principio “*pacta sunt servanda*” (art. 959) pues el contrato es obligatorio para las partes y sólo susceptible de ser modificado por ellas al punto que se enfatiza que los jueces no tienen facultades para modificar sus estipulaciones salvo a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley (supuesto de cláusulas abusivas) o de oficio cuando se afecte el orden público de modo manifiesto (art. 960). Se verá más adelante que, del articulado del Proyecto surge que esta facultad excepcional del juez se enmarca en su función integradora, en particular, cuando se trata de declarar la nulidad de una o más cláusulas consideradas abusivas (art. 989). Por fin, como importante reafirmación de los efectos que un contrato importa para las partes como generadora de derechos, vale resaltar el *derecho de propiedad* consagrado por el art. 965 que consagra a los derechos resultantes de los contratos como integrantes el derecho de propiedad del contratante.<sup>10</sup>

En cambio, en los Contratos Predispuestos, en donde se parte de reconocer una diferencia en la fuerza relativa de las partes contratantes y un campo diverso de aplicación de la libre autonomía de la voluntad, la doctrina y jurisprudencia moderna han entendido necesario reconocer algunos criterios de interpretación de las conductas de las partes diferentes a los que juegan en los Contratos Discrecionales.<sup>11</sup>

En este sentido percibo un retraso en la metodología del Proyecto respecto del Código Único que se proponía en el año 1998 dado que, a mi juicio, éste tenía una metodología que contemplaba en forma clara y precisa esa distinción y, consecuentemente, los efectos excepcionales respecto de las pautas generales antes sentadas.

El defecto metodológico se advierte en forma notoria pues, si bien en el Proyecto se percibe esa distinción basada en la disparidad de fuerzas de las partes contratantes ello se advierte luego de una compleja tarea para identificar las pautas correspondientes y cómo operan.

Dicho de otra forma, si bien el Proyecto se hace eco del reconocimiento doctrinario moderno en el sentido de reconocer que la fuerza del

10. “Art. 965: Derecho de Propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante”.

11. Conf. Salerno, Marcelo U., *Contratos Cíviles y Comerciales*, Educa, Buenos Aires, p. 253.

consentimiento y de la libertad para contratar también se vincula con la evolución de la estructura social en virtud de lo cual se ha detectado la necesidad de reconocer que no siempre la contratación es entre iguales, la falta de un adecuado planteo al tiempo de clasificar los contratos como modalidad del acto jurídico torna dificultosa la tarea y ello deriva en potenciar las posibilidades de errores en la interpretación.

#### *4.3. El Proyecto de 2012 trata de los Contratos Predispuestos al referirse al Abuso de Posición Dominante y al tratar los Contratos de Consumo*

En línea con lo que antecede el Proyecto –en función de la metodología que utiliza al considerar esta cuestión de la disparidad de fuerzas cuando aborda la materia de las nulidades– realza una institución que nuestro Código Civil tuvo siempre, como es el de la nulidad parcial. En efecto, se ha propagado la posibilidad de que, bajo determinadas circunstancias, el vicio del contrato no sea considerado suficiente para afectarlo íntegramente. Así se da pie a salvar el acto jurídico y sólo afectarlo con una nulidad parcial.

Recuérdese que el instituto de la nulidad parcial ya se encuentra en el art. 1039 del actual Código Civil como un modo de preservar la relación jurídica que pudo haber sido afectada por un vicio que, sin embargo, no sea de la entidad suficiente como para alterar su economía. De tal modo, al amparo de esa norma cada vez más se fue dando al juez el poder de declarar la nulidad de las cláusulas y asumir el rol integrador tendiendo a suplir la cláusula afectada de modo de restablecer la esencia del objeto del acuerdo de voluntades.

El Proyecto, en su Título Preliminar, al tratar de la buena fe como un principio rector del ejercicio de los derechos de las personas y mantener el principio ya existente en el actual Código Civil de que el “ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto” y que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos” (arts. 9 y 10), vincula tales principios con el supuesto del “abuso de posición dominante” (art. 11) con lo cual introduce un concepto que es la fuente del reconocimiento de que en el contrato pueden darse situaciones de “abuso” que engendran “cláusulas abusivas” sólo posibles en función del reconocimiento de una disparidad de fuerzas entre las partes contratantes y que, en su caso, podrán ser declaradas “nulas” o “no escritas”.

Mas el proyecto, si bien vuelve a tratar esta cuestión sólo desde la perspectiva del contrato de consumo, falla al no destacar este encuadre dentro del marco de una clasificación más clara de la fenomenología contractual. Debe precisarse que la cuestión de las cláusulas abusivas está tratada en dos lugares por el Proyecto; la primera en la regulación general antedicha complementada con la prevista en los arts. 985 a 988 y, luego, en los arts. 1117 a 1121 cuando regula los Contratos de Consumo.

Lo expuesto se vincula con la posibilidad que sienta el art. 389 del Proyecto que reconoce la posibilidad de declarar la nulidad parcial de un acto cuando sus cláusulas sean separables y en tal caso la nulidad parcial sólo afecta a una o varias de las disposiciones del acto. Éste es el supuesto en el cual la nulidad de una disposición del acto o contrato no afecta a las otras disposiciones válidas en tanto el acto puede subsistir cumpliendo la finalidad buscada por las partes a pesar de prescindirse de aquellas cláusulas afectadas por la nulidad. El Proyecto es explícito en tal caso, ya que establece que a criterio del juez que lo entienda necesario, declarada la nulidad parcial, el magistrado debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes (art. 389 últ. párr. y art. 1121, inc. c) referido al contrato de consumo).

De allí que cuando no se da la igualdad contractual el principio de que “lo convenido debe ser obligatorio” comienza a flexibilizarse. Ello es derivación lógica de reconocer la posibilidad de diferente calidad o fuerza en las partes contratantes surgiendo de tal modo la conveniencia de distinguir las relaciones “entre empresas” de las relaciones de las “empresas con el consumidor”. Esta distinción hay que encontrarla en el Proyecto por exclusión, atendiendo a la regulación que trae en el art. 1092 y ss., en particular los arts. 1094 y 1095, que establecen el principio del “*favor debilis*” cuando se trata de un consumidor y se remite a lo regulado en materia de cláusulas abusivas en los arts. 985 y ss.

Fruto de tal distinción, en particular cuando una de las partes es el consumidor, la máxima “*pacta sunt servanda*” es puesta en crisis. Ello es ratificadorio de lo que ya se expresa en los arts. 34 (facultad de revocar la aceptación) y 37 (posibilidad de nulificar cláusulas abusivas) de la Ley de Defensa del Consumidor. El Proyecto profundiza la cuestión cuando adicionalmente regula la facultad de revocar la aceptación de la oferta cuando se trata de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, en los arts. 1110 a 1116 del Proyecto.

Pero, por otra parte, también en las relaciones entre empresas surge la necesidad de poner límite a la supremacía de una de las partes en el contrato y, así como se admite la posibilidad de afectar la voluntad expresada, por aplicación de una norma estructurada para preservar el equilibrio en el mercado cual es la Ley de Defensa de la Competencia, surge la posibilidad de considerar abusivos ciertos pactos impuestos por la parte fuerte de la relación. El Proyecto, de nuevo, de modo indirecto recepta este concepto cuando eleva al rango de norma de fondo al concepto de “Abuso de Posición Dominante”. Hasta ahora, tal noción sólo se reconocía en la legislación societaria (art. 54, LSC) y antimonopólica (art. 5, Ley 25.156). Es allí donde –con prescindencia de las relaciones de consumo que tienen reglas propias– vemos una nueva manifestación de la nulidad parcial del contrato como un modo de salvar el acto jurídico en su esencia.

Con lo expuesto se rompe, en el moderno derecho de los contratos, la clasificación tradicional de los contratos que evoluciona para distinguir “categorías contractuales”. Como ya se dijo, expresión de dichas “categorías” son, los contratos discrecionales o paritarios que se contraponen a aquellos en donde las cláusulas contractuales son predisuestas por alguna de las partes.

Por todo lo expuesto sorprende que el Proyecto, a diferencia del Código Único de 1998, mantenga la tradicional estructura de clasificación de los contratos, omitiendo enfatizar esta nueva categorización. En cambio el Código Único de 1998 en su art. 899, luego de definir al contrato distinga al contrato discrecional del predisuesto como géneros y al contrato de adhesión como especie de este último. A nuestro juicio ello puede resultar esclarecedor de los diversos criterios que en materia de contratos es posible aplicar a pesar de tratarse en todo caso del género de los actos voluntarios y lícitos, fruto de la –en cierta medida condicionada– libre voluntad de las partes por las circunstancias que llevan a una de las partes a “adherirse” a una propuesta de convención o aceptar cláusulas que le son predisuestas.

En concreto, postulamos la introducción en la definición de contrato que trae el art. 957 del Proyecto la distinción –a nuestro juicio fundamental– que, tomada del Código Único de 1998, requiere el moderno derecho de los contratos. Tal modificación ayudaría al intérprete al debido encuadramiento de la relación jurídica y los criterios de interpretación a aplicar.

Todo es resultado de considerar la relativa situación de igualdad jurídica de las partes y su influencia en la posibilidad de afectar que la autonomía privada se dé en forma plena.

La autonomía de la voluntad entre quienes son desiguales no juega más a pleno; por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido la necesidad de contemplar en los contratos predispuestos “precauciones legislativas” tendientes a “la restauración de la libertad contractual del lado donde es amenazada”, según expresión de Rémy.<sup>12</sup> A ello nos referimos cuando formulamos la distinción en el enfoque del contrato en las relaciones de consumo –que ha reconocido la necesidad de normas tuitivas del consumidor– y, por otro lado, la consideración del contrato como un elemento de funcionamiento del mercado, en donde universalmente se ha reconocido la conveniencia de que exista una norma tuitiva del mercado como lo es nuestra Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156.

En síntesis, se trata de dos fenómenos distintos dentro de la amplia posibilidad que abre el acto jurídico, los cuales han reconocido la necesidad de contar con normas indisponibles a modo de ley especial.

La sugerencia que formulamos de incorporar la categorización de los contratos discrecionales para distinguirlos de los predispuestos resulta conveniente para integrarlos con la misma regulación que el Proyecto trae respecto de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas en sus arts. 984 y ss.

El Código Único de 1998 en esta materia resultaba una regulación más abarcativa y clara por cuanto también traía una precisa distinción entre los contratos predispuestos como género y sus especies (el contrato de adhesión a cláusulas predispuestas en su totalidad, respecto del contrato que contiene algunas cláusulas predispuestas y otras libremente convenidas).<sup>13</sup> Sorprende la omisión por cuanto el Proyecto contempla las cláusulas generales predispuestas implicando la existencia de cláusulas particulares; pero ello

12. Ver Fundamentos del Proyecto de Código Civil, N°158 en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina elaborado por la Comisión designada por Decreto 685/95, Prof. H. Alegría, Atilio A. Alterini, Jorge H. Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio C. Rivera y Horacio Roitman, que inspiraron el Código Único que obtuvo media sanción en 1998.

13. El Código Único del '98 en su art. 899 al definir al contrato, asimismo distinguía el contrato discrecional del predispuesto así como a la cláusula predispuesta distinguiendo las condiciones generales como una modalidad de cláusula predispuesta para finalizar con el contrato celebrado por adhesión, caracterizándolo como al contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación.

no se da en el contrato puramente de adhesión a todas sus cláusulas como normalmente ocurre con la mayoría de los contratos que celebran empresas con consumidores.

Hicimos la distinción de contratos celebrados entre empresas y consumidores y aquellos otros celebrados entre empresas pues en éstas últimas relaciones es donde con más frecuencia se puede dar la posibilidad de un contrato con ciertas cláusulas generales predispuestas pero admitiendo asimismo cláusulas libremente pactadas que no sólo limitan o suprimen una cláusula general sino también contienen una regulación particular de situaciones especiales o que requieren un especial acuerdo de las partes.

El Código Único del año 1998 formulaba esa distinción y así sentaba una excepción al principio general concluyendo que, en ciertos supuestos, no todas las cláusulas abusivas se tendrán por no escritas. Ello tiene relevancia al tiempo de juzgar las cláusulas abusivas. En consecuencia concluía que sólo las cláusulas abusivas resultaban no escritas si se trataba de una relación que fuese puramente “de adhesión”.

El art. 968 del Código Único de 1998 distingue 5 supuestos de cláusulas predispuestas para sólo considerar siempre “como no convenidas” los supuestos que la doctrina –de un modo genérico– ha considerado que imponen supuestos de abuso inadmisibles cualquiera sea la naturaleza de la relación y siempre que hubiere una posición dominante abusiva. Tales supuestos son, en cambio, contemplados de modo promiscuo por el art. 988 del Proyecto. Atribuyo la falta de precisión técnica a que el Proyecto incurrió en la omisión de distinguir los dos supuestos de contratos predispuestos a los que previamente nos referimos (es decir no distingue que en algunos casos puede haber totalmente adhesión a cláusulas y en otros tal adhesión a cláusulas predispuestas ser sólo parcial).

Por otra parte, la caracterización que trae el Proyecto respecto de las cláusulas abusivas difiere del modo en que lo hacía el Código Único del ‘98, en mi opinión de modo que implica un retroceso a lo que se ha venido sosteniendo –en particular– en torno a los contratos de consumo conforme la caracterización del art. 37 de la Ley 24.240.

Por ello me inclino a favor de reproducir no sólo la distinción de la especie de contrato “puro” de adhesión dentro del género de contratos predispuestos sino también a precisar los casos en que el abuso en la imposición de la cláusula no necesariamente conlleva considerar a la cláusula no escrita.

No hay duda que hay cláusula abusiva, nula, como define el art. 988 del Proyecto, en el primer supuesto tradicionalmente aceptado, a saber: cuando se desnaturalizan las obligaciones del predisponente (en donde habría una solución coincidente entre el inc. a) del art. 968 del Código Único de 1998 con el inc. a) del art. 988 del Proyecto.

Pero el Proyecto adopta una solución diversa a la del Código Único de 1998 en los supuestos en que se limita la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales. El inc. b) del art. 968 del Código Único de 1998 declara no escrita la cláusula que limita la responsabilidad patrimonial al proyecto de vida mientras que el Proyecto contempla las cláusulas genéricas que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplíen derechos del predisponente que resultan de normas supletorias. Conforme el Código Único del '98 tal supuesto podría subsistir como cláusula válida en los contratos que no fueren totalmente de adhesión siempre que la parte débil de la relación la hubiere conocido o debía haberla conocido actuando con previsión y la aprobó por escrito en forma expresa, siempre que el contenido de la cláusula fuere razonable.

El Proyecto es más restrictivo. Así en su inc. c) del art. 988 también considera nulas las cláusulas que por su contenido, redacción o presentación no sean razonablemente previsibles. Se elimina así la posibilidad de dar validez a cláusulas que aunque limiten la responsabilidad del predisponente hubiere habido una adecuada equivalencia económica (inc. c) del art. 968, Código Único de 1998).<sup>14</sup>

Somos defensores del criterio que en esta materia propuso el Código Único de 1998 por cuanto su virtud radicaba en que con su redacción implícitamente distinguía los supuestos de contratos de consumo de los contratos entre empresas y, en este último caso, dando preeminencia al principio de la validez de las cláusulas, sólo autorizaba su calificación como abusivas y no escritas cuando realmente importaban un verdadero desequilibrio en la equivalencia de prestaciones. Sorprende la solución del Proyecto máxime

14. El Código Único (art. 968) distinguía en el inc. b) un supuesto que es de particular aplicación al consumidor al referirse a la limitación de la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida y el inc. c) que se refiere a la limitación de la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica, de aplicación a todas las relaciones de contenido patrimonial.

cuando éste trae un Título III, dotado de 4 capítulos, que especialmente regula no sólo las prácticas abusivas sino también las cláusulas abusivas en la modalidad contractual de consumo. Dicho de otro modo, la falta de distinción de la categoría de contratos deriva en soluciones que distorsionan la esencia de *pacta sunt servanda*.

Nos referimos a las *cláusulas abiertas* contempladas en los inc. a) y b) del art. 988 que pueden aplicar tanto a contratos entre empresas como a los que estas últimas celebren con consumidores reservándose para estos últimos el supuesto previsto en el inc. c) (*cláusulas sorprendivas*) que, por su naturaleza, sólo son concebibles en la relación empresa-consumidor. Ello así por cuanto el tercer supuesto previsto por el art. 988, el inc. c) es más propio de las relaciones de consumo donde es posible que “por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles” y se aprovechen para “sorprender al consumidor” (de ahí su nombre genérico de cláusulas sorprendivas). El encuadre genérico del art. 988 en lo que se refiere a la relación empresa-consumidor está complementado con la norma que, en forma específica para los contratos de consumo da una caracterización genérica de lo que debe entenderse como cláusula abusiva en los contratos de consumo, esto es, cuando provoca un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (art. 1119 del Proyecto) o cuando se logra el mismo resultado por virtud de predisponer una pluralidad de actos jurídicos conexos.

Así, discrepamos de la opinión recientemente vertida por Stiglitz,<sup>15</sup> quien si bien aplaude el Anteproyecto por contener una regulación del contrato por adhesión a cláusulas predisuestas autónoma y por tanto no sólo privativa de la relación de consumo, luego las confunde y las trata sólo desde la perspectiva del contrato de consumo olvidando que los primeros dos supuestos a los que se refiere el art. 988 pueden comprender algunos de los supuestos de las conductas prohibidas previstas por el art. 2 de la Ley 25.156.

Vale recalcar que los casos de aceptación de la limitación a la responsabilidad patrimonial en el Código Único de 1998 estaban reservados a las relaciones de exclusivo contenido patrimonial así como cuando la cláusula importaba una renuncia o restricción de los derechos del no predisponente

15. Stiglitz, Rubén S., “La Teoría del Contrato en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *LL*, supl. Diario del 13-6-12 (ISSN 0024-1636).

o ampliación de los del predisponente resultantes de normas supletorias, siempre que se pudiera probar que la parte débil las había conocido o hubo de haberlas conocido y las había aprobado en forma expresa y especial sujeto a un parámetro de razonabilidad (ver el art. 968, Código Único de 1998).

En suma, criticamos la fórmula del Proyecto (art. 988) al no admitir grado en el análisis y disponer directamente que deben tenerse también por no escritas las cláusulas que “b) [...] importen renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias; y c) las que por su contenido, redacción o presentación no sean razonablemente previsibles” por cuanto omite la distinción, dentro de la categoría de los contratos predispuestos, de aquellos que son plenos contratos de adhesión de los que sólo contienen algunas cláusulas predispuestas.

Es una tradición del comercio que éste se potencia y difunde en la medida en que no haya innecesarias interferencias a la libertad de contratación. Por ello postulamos en concreto que se incorpore una norma del tenor de los arts. 968 y 969 del Código Único de 1998 –excluyendo la referida a intereses– que abra la posibilidad de que no todas las cláusulas abusivas sean declaradas no escritas habida cuenta de las circunstancias de modo que abra posibilidades a la parte débil de sopesar las ventajas y desventajas que dicha cláusula importe en función de la economía general del contrato conforme sus intereses. Ello a pesar que pudiere sostenerse que esta solución puede significar apartarse de la regla “*favor debilis*” que instituyera el Proyecto de Código Único de 1987 (art. 3, inc. d) y el Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993 (art. 1198, art. 3, inc. d). Esta protección de la parte débil, cuando se trata del consumidor, queda cubierta por el modo en que encara la calificación de abusiva a una cláusula –de una manera más genérica– en el art. 1119. En efecto, dicha norma, cuando califica de abusiva a toda cláusula que tenga por efecto u objeto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor o, cuando se define a la situación jurídica abusiva en el art. 1120 cuando tal desequilibrio significativo se obtiene predisponiendo una pluralidad de actos jurídicos conexos.

Se han escuchado voces críticas a la decisión adoptada por la Comisión Redactora de incluir en el Libro 3 del Anteproyecto (Título III) un conjunto de normas generales enderezadas a la regulación de los contratos de consumo, más aún, como señalamos más arriba, cuando el Anteproyecto omitió

completar la categorización de los contratos para distinguir las modalidades discrecionales de las predisuestas.

En concreto, el Código Único de 1998 parecía regular toda esta materia del tratamiento diferencial de las partes para castigar las cláusulas abusivas de un modo más equilibrado y amplio. De ahí derivan ciertas incongruencias en la regulación de las cláusulas abusivas por parte del Proyecto como la que resulta de haber suprimido en su art. 988 lo que el Código Único del '98 implícitamente calificó como una distinción entre cláusulas que son una manifestación del desequilibrio y de la imposición de una de las partes mientras que las segundas (las que el Código Único de 1998 contemplaba en los inc. c), d) y e) del art. 968) como una “zona de reserva” que reconoce la autonomía de la voluntad plena en tanto no se trate de un pleno y total contrato de adhesión a cláusulas predisuestas.

## **5. La Confianza y la Buena Fe, valores esaltados en la relación contractual**

Como hemos manifestado en diversos tramos del discurso precedente, en términos generales, las formas modernas de contratación se abrieron paso en el mundo de los negocios como expresión de la *lex mercatoria*. Pero, además, plantearon la discusión respecto de la valoración de la libertad contractual y el resultado del contrato mismo en el sentido de relativizar el valor del acuerdo de voluntades cuando del mismo deriva un resultado disvalioso para quien sea la parte más débil de la relación.

En el fondo ello implica generalizar el principio de la equivalencia de las prestaciones que, por excepción, el sistema jurídico permite que autorice relativizar el principio “*pacta sunt servanda*”. Nos referimos a la teoría de la lesión, la excesiva onerosidad sobreviniente, la imprevisión y, como expresión más moderna, la que autoriza revisar el acuerdo cuando se producen uno o más cambios de circunstancias notables respecto de aquellas prevalecientes al tiempo de la celebración del contrato. Así es como en las formas modernas de contratación se enfatizan dos elementos significativos como son la buena fe y la equidad,<sup>16</sup> los cuales no sólo deben existir en las

16. Ver Galgano, “Libertad contractual y la justicia del contrato”, LL 2008-B, p. 977 y Alegría, Héctor, “La autonomía contractual frente al panorama actual del derecho mercantil”, en LL 2008-E, p. 1188.

relaciones de consumo sino también en las demás manifestaciones contractuales en general, aunque con la relativización propia de sostener las consecuencias y derivaciones propias de la autonomía de la voluntad, a saber: “*volenti non fit injuria*” (lo que se quiere no causa daño), la afirmación de que “quien dice contractualmente dice justo”, para resaltar la parte final de la nota al art. 943 del actual Código Civil (“el consentimiento libre [...] debe hacer irrevocables los contratos”), etc.<sup>17</sup>

En el Proyecto, no sólo el valor de la buena fe es resaltado sino también el de las circunstancias en las que se acordó el negocio jurídico en cuestión para siempre buscar un resultado equitativo.

El Proyecto hace hincapié en la buena fe no sólo siguiendo la posición tradicional de que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe (art. 961 correlativo del 1198 del Código Civil actual) sino manteniendo el correspondiente recaudo de que las partes –ambas– deben actuar como contratantes cuidadosos y previsores (remarcado en el art. 729 cuando establece que “deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe” y en el art. 1061 cuando se establece que “el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe”) y partiendo del principio general de que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe” para, a partir de ahí, desterrar el ejercicio abusivo de los derechos (art. 10).

De tal forma, el valor de la conducta de las partes durante la negociación, al celebrar el contrato e incluso posterior a la celebración, no sólo es enfatizado sino que se lo conjuga con el valor de la conservación del negocio, todo en un marco de protección de la confianza que recíprocamente se depositan y la esperada lealtad de las partes en su relación contractual. Esta regla es reafirmada por el art. 1067 y por el art. 1068 al considerar el supuesto de las cláusulas oscuras al decir: “Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores (las circunstancias en que se celebró incluyendo las negociaciones preliminares y la conducta de las partes incluso la posterior a su celebración (art. 1065), principio de conservación (art. 1066), protección de la confianza (art. 1067)) persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se

17. Quaglia, Marcelo C., “La relación de consumo: su incidencia en los principios contractuales”, en LL, 19-04-2006.

debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes (art. 1068)”.

Todos éstos son valores de rango jurídico que –con profundo contenido y raigambre de derecho natural– inspiran la legislación de la moderna contratación cuyos pilares fundamentales quedan así consagrados y sintetizados en la buena fe y la equidad,<sup>18</sup> y por ello no podían estar ausentes en el Proyecto (arts. 1068 para los contratos en general y 1098 para los contratos de consumo).

En síntesis, los postulados de la buena fe y la equidad inspiran las disposiciones que el Proyecto trae en el Título II, Capítulo 10 (arts. 1061 a 1068 que operan en armonía con los arts. 9, 10 y 11 que tratan de la buena fe, del abuso de derecho y del abuso de posición dominante como regla general de conducta) y se reafirman en los arts. 961 y ss. que tratan de las disposiciones generales de los contratos en general y en la regulación de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas en los arts. 984 a 989.

Pero la buena fe es derivación de la confianza y por ello no sorprende que el Proyecto hubiere incluido el art. 1067, que constituye una importante innovación como pauta interpretativa. El mismo está enderezado a la protección de la confianza y en función de ello establece: “La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.

Por fin, vale puntualizar el criterio que sigue el Proyecto para combinar los criterios de interpretación de las conductas de las partes en sus contratos (art. 963) denotando una clara aceptación de principios propios del derecho mercantil cuando dispone incorporar entre los criterios de prelación normativa los usos y prácticas del lugar de celebración en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable (art. 963 y 964 del Proyecto).

18. Levene, Julio, “La equidad: precepto de derecho positivo constitucional”, en LL 2001-A, p. 809.

A modo de colofón, nuestro derecho positivo, con el Proyecto, ingresará de lleno al campo del moderno derecho de los contratos postulando un equilibrio entre los fundamentos básicos de toda convención (buena fe, confianza en la contraparte y equidad en el compromiso de intereses) enfrentando la realidad que nos muestra a los actores del mercado con fuerzas, a veces, notoriamente dispares.



# Globalización y derecho\*

*Héctor Alegría\*\**

Profesor Emérito de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, UBA.  
Profesor Titular Especial de Concursos, Facultad de Derecho, UADE.  
Profesor Honorario de universidades nacionales y extranjeras.

“La ‘globalización’ está en boca de todos; la palabra de moda se transforma rápidamente en un fetiche, un conjuro mágico, una llave destinada a abrir las puertas a todos los misterios presentes y futuros. Algunos consideran que la ‘globalización’ es indispensable para la felicidad; otros, que es la causa de la infelicidad. Todos entienden que es el destino ineluctable del mundo, un proceso irreversible que afecta de la misma manera y en idéntica medida a la totalidad de las personas. Nos están ‘globalizando’ a todos; y ser ‘globalizado’ significa más o menos lo mismo para todos los que están sometidos a ese proceso.”

ZYGMUNT BAUMAN<sup>1</sup>

## 1. Descripción del fenómeno

Sobre la globalización se ha escrito mucho y el concepto ha sido abordado y definido en la forma más variada. Explica esta diversidad, en parte, el impacto que la globalización tiene sobre diferentes disciplinas como también la variedad de autores de distintos campos de estudio que se refieren al tema. Hoy en día el término se ha generalizado al extremo de abarcar tal amplitud de cuestiones que dificultan cualquier foco de interpretación

\* Este trabajo fue publicado en edición no comercial, de circulación restringida.

\*\* El autor agradece la cooperación de la Dra. María de los Ángeles Roncoroni y del Dr. Federico Arzeno.

1. Bauman, Zygmunt, *La globalización*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 7.

atribuido al concepto. Es, por lo tanto, un fenómeno complejo y susceptible de diferentes enfoques.

No cabe duda que la globalización, de la que se discute su verdadero origen en el tiempo, tiene ya muchas facetas: la llamada “aldea global” de la información,<sup>2</sup> sus costados económicos, sus aspectos culturales, las repercusiones políticas en las decisiones de los Estados y en aquéllas que se les imponen o se les hacen imperiosas por influencias externas; y, en definitiva, como ha expresado Joseph Stiglitz, el “rostro humano”, o sea, las implicancias sobre la realización de los individuos en la comunidad local y universal.

En este orden de ideas, se hace mención al impacto de las nuevas tecnologías en los medios de comunicación que producen una enorme interconectividad entre las personas a escala mundial. En materia económica, se hace referencia a la caída progresiva de barreras aduaneras y por lo tanto la creciente “transnacionalidad” del comercio y las finanzas,<sup>3</sup> donde se reconoce el advenimiento de los actuales mercados globales. En el campo político se observa cierta erosión en la soberanía de los Estados y como contrapartida, el nuevo protagonismo de instituciones y empresas transnacionales. Asimismo, se advierten, gracias a las nuevas redes de comunicación y el mayor intercambio comercial, fuertes influencias culturales internacionales.

Sin embargo, resulta excesivo hablar de una globalización que se dé en todos los ámbitos con igual intensidad. Como se describe más adelante,

2. McLuhan, Marshall y Powers, B. R., *La aldea global*, 5<sup>a</sup> reimpresión en castellano, Gedisa, Barcelona, 2005, traducción de Claudia Ferrari del original en inglés de 1989. Se atribuye a McLuhan la primera utilización del giro “aldea global”. También véase Sassen, Saskia, *La ciudad global*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, quien desarrolla el concepto de “ciudad global” como característica novedosa para estudiar la ciudad como lugar de intersección entre lo local y lo global. (Traducción de la edición original de 1991, de la que hay una segunda edición en 2001, *The global city*, Princeton, NJ, Princeton University Press).

3. Ver Galgano, Francesco, en el excelente libro *La globalización en el espejo del derecho*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, traducción de Horacio Roitman y María de la Colina, de la edición italiana de 2005, p. 13; Carbone, Sergio M., “Globalizzazione dell’economia, responsabilità dell’impresa e attività di progettazione”, en *Diritto del Commercio Internazionale*, Giuffrè, Génova, octubre-diciembre 2003, p. 639 y ss. El autor se refiere a la responsabilidad empresaria frente a la globalización (punto 2.4) y a la consecuente responsabilidad de los proyectistas señalando que la distribución de los riesgos debe estimarse entre las reglas del mercado, los principios de la tradición y las exigencias de garantía frente a los terceros y al comitente.

existen matices y es en materia económica donde la globalización está dejando su mayor huella. A lo largo del presente trabajo intentamos un breve análisis de estas transformaciones, dándole finalmente especial relevancia a la materia que nos ocupa, el derecho.

### 1.1. Terminología: reseña

Se ha afirmado que “la globalización constituye un concepto descriptivo, el cual tiene como objeto dar cuenta del desenvolvimiento de los fenómenos, económicos, sociales, culturales y jurídicos. Al ser realmente un hecho social constituye relaciones, opciones, prácticas y comportamientos colectivos. Por lo tanto, será a los valores que informan a la Comunidad internacional y los Estados de Derecho a los que corresponda la valoración del desarrollo del fenómeno globalizador. Cuando hablamos de *globalización* nos referimos a una expresión que es polisémica e interdisciplinar, de forma tal que podemos referirnos a diferentes versiones del término, a distintas fases y a diferentes estimaciones”.<sup>4</sup>

En los capítulos siguientes veremos los distintos campos y facetas que pueden abarcarse bajo este término. La autora antes citada menciona un trabajo<sup>5</sup> en el que se presentan diez acepciones de la voz *globalización*, las

4. Garrido Gómez, María Isabel, *Las Transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, Aranzadi, España, 2010, p. 17. Asimismo, Beck, Ulrich, *Qué es la globalización*, Paidós, Buenos Aires, 2008, p. 40, explica que “la globalización es a buen seguro la palabra (a la vez slogan y consigna) peor empleada, menos definida, probablemente la menos comprendida, la más nebulosa y políticamente la más eficaz de los últimos –y sin duda también de los próximos– años”; Twining, William, “Implications of globalization for law as a discipline”, en *Theorising the Global Order*, Hart Publishing, 2009, editado por Halpin, A. and Roeben, V., disponible en [http://www.ucl.ac.uk/laws/academics/profiles/twining/Twining\\_IMPLICATIONS.pdf](http://www.ucl.ac.uk/laws/academics/profiles/twining/Twining_IMPLICATIONS.pdf), quien marca el diferente significado de la globalización en determinados campos de la práctica legal (p. 5). En otro párrafo el autor se refiere al etnocentrismo, parroquialismo e ignorancia de las otras tradiciones en ciertos estudios académicos sobre el punto.

5. Lima Torrado, J., “Problemas concernientes a la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización y su incidencia ideológica sobre el sistema de derechos humanos”, en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho, Libro en homenaje a Luis García San Miguel*, Vol. 1, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), 2002. El citado Twining relata que prohíbe a sus alumnos utilizar palabras que comiencen con

primeras se refieren al ámbito jurídico de la internacionalización de la producción y alianzas globales entre empresas multinacionales, y también a la liberación del comercio y del mercado de capitales y un cambio tecnológico que erosiona las barreras que obstaculizan tal movilidad. Otras se relacionan a un fenómeno connatural de la cultura desarrollada que tiende a expandirse en un ámbito geográfico más amplio. Algunas se centran en contextos históricos, vinculados a la expansión colonial, a los modelos neoliberales cuya difusión llega a otras fronteras y estados menos desarrollados, a la disolución de la idea de lo geográfico y, finalmente, al establecimiento de un único sistema de carácter planetario, entre otras.<sup>6</sup>

Así como la acepción del vocablo tiene directa relación con los fenómenos a los que técnicamente se lo vincule, según distintas visiones se tiende a diferenciar a la *globalización* de otros contenidos conceptuales. Por ejemplo, Beck se refiere a la *globalidad* y señala que ésta significa que “hace ya bastante tiempo que vivimos en una sociedad mundial. [...] En la expresión ‘sociedad mundial’, ‘mundial’ significa diferencia, pluralidad y ‘sociedad’ significa estado de no integración, de manera que (tal como lo sostiene M. Albrow) la sociedad mundial se puede comprender como una *pluralidad sin unidad*. [...] Y *globalización* significa los procesos en virtud de los cuales los estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios”.<sup>7</sup>

También se ha diferenciado la globalización de otros términos “como la *mundialización*, la cual revierte en un sentido geográfico y territorial; la *internacionalización*, que remite a una vertiente política y jurídica, en la que la noción central es la nación; y la *planetarización*, que comprende el

---

“g” porque son propicias para la ambigüedad y suelen utilizarse de manera muy vaga: en “Teoría general del derecho”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez* N°39-2005, IVR, Granada, 2005, p. 603.

6. Ver remisión en Garrido Gómez, *op. cit.*, pp. 27-28, nota 31.

7. Beck, *op. cit.*, pp. 28-29 y también p. 56 y ss. La idea de un “sistema mundial” ha sido desarrollada por Wallerstein, Immanuel, en *El moderno sistema mundial*, Madrid, Siglo XXI, 1999, traducción del original publicado en Nueva York en 1974. Véase del mismo autor: Wallerstein, Immanuel, “The modern World-system as a capitalist World-economy”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 55 y ss.

período que va desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta los años sesenta –la primera fase es la internacionalización y la tercera es la globalización–. La *globalización* o *transnacionalización*, sin embargo, reenvía a un proceso social, económico, cultural y demográfico”.<sup>8</sup>

A riesgo de aumentar la confusión que puede existir sobre esta temática terminológica, una parte de la doctrina francesa prefiere hablar de *mundialización* como representando el concepto al que en general la doctrina atribuye al vocablo *globalización*.<sup>9</sup>

### 1.2. Intentos de definición. Algunas alternativas

Según se otorgue preponderancia a los aspectos referidos a la información, a la economía, a la política nacional e internacional o a la cultura

8. Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 27; Grün, Ernesto, “La Globalización del Derecho”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N°2, 1998/1999, pp. 11-17, disponible en <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero2/2-2.pdf>, quien dice: “La globalización se distingue de la internacionalización que es definida como el medio para posibilitar a las naciones-estados de satisfacer sus intereses nacionales en áreas en las cuales son incapaces de hacerlo por sí mismas. La internacionalización implica cooperación entre estados soberanos mientras que la globalización está minando o erosionando la soberanía”, con cita de Spota, Antonio, “Globalización, integración y derecho constitucional”, en *La Ley*, 26/2/99, p. 1 y ss.; continúa diciendo, en la pp. 11-12, con cita del ex Secretario General de Naciones Unidas, Boutros Ghali, que “no existe una sino muchas globalizaciones, la de la información, de las drogas, de las pestes, de la ecología y naturalmente ante todo de las finanzas. Aparece una gran complicación porque las globalizaciones avanzan con velocidades diferentes”; también Barra, Rodolfo C., “Globalización y Regionalización”, Conferencia dictada en la Universidad de Bolonia, sede Buenos Aires, 19 de octubre de 1999, disponible en [http://www.rodolfobarra.com.ar/Frames/Contents/Publicaciones/ElDerecho/Globalizacion\\_y\\_regionalizacion.html](http://www.rodolfobarra.com.ar/Frames/Contents/Publicaciones/ElDerecho/Globalizacion_y_regionalizacion.html). Sobre el tema véase Squella, *op. cit. infra* en nota 40, que en p. 511 inicia un capítulo al que titula “Mundialización, internacionalización y globalización: ¿hablamos de lo mismo?”.

9. Olivencia, Manuel, “Globalización y Derecho”, en *ABC*, 25 de septiembre de 2007, disponible en [www.almendron.com](http://www.almendron.com); en igual sentido Marrella, Fabrizio, “La nova *Lex Mercatoria*”, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell’Economia*, dirigido por Galgano, Francesco, Volume trentesimo, CEDAM, Padua, 2003, p. 1 y ss. Farina, Juan María, “Derecho comercial y globalización”, *La Ley*, 2010-C, 1259, informa que Andrés Comte-Sponville señala una diferencia entre el término “mundialización” referido a todas las actividades susceptibles de trascender las fronteras nacionales (arte, ciencia, gastronomía, moda, etc.) del “capitalismo globalizado”.

en el significado actual de la globalización, se han esbozado una importante cantidad de *definiciones*.

Como ejemplo puede citarse la aproximación de Giddens: “la intensificación de las relaciones sociales en todo el mundo, por las que se enlazan lugares lejanos de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia”.<sup>10</sup>

En sentido similar pero un poco más amplio, se ha dicho: “...ésta es propiamente la esencia de la globalización: una particular acción humana simultáneamente a otras provenientes indiferentemente de cualquier lugar, puede extenderse de una parte a la otra del mundo, puede llegar a cualquier otra parte del globo, anulando totalmente el espacio físico, esto es la distancia, y comprimiendo al máximo, cuando no anulando totalmente el tiempo necesario para el cumplimiento de la acción misma”, para lo cual estima que debe tenerse en cuenta que cada acción del hombre, cualquiera sea su objeto o su fin, es también una actividad de comunicación.<sup>11</sup>

Beck sostiene que “La singularidad del proceso de globalización radica actualmente (y radicará sin duda también en el futuro) en la ramificación, densidad y estabilidad de sus recíprocas redes de relaciones regionales-globales empíricamente comprobables y de su autodefinición de los medios de comunicación, así como de los espacios sociales y de las citadas corrientes icónicas en los planos cultural, político, económico y militar”.<sup>12</sup>

10. Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Alianza, Madrid, 1993, pp. 67-68. Esta definición ha sido criticada por Ferrarese, María Rosaria, *Le Istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bolonia, 2005, p. 14 y ss.; Farina, Juan María, “Derecho comercial y globalización”, *La Ley*, 2010-C, 1259, recuerda la definición del *Diccionario de la Real Academia Española*: “Globalización: Tendencia de los mercados y las empresas a extenderse alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”.

11. Baldassarre, Antonio, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Bari, 2002, p. 6.

12. Beck, *op. cit.*, p. 31; Grün, *op. cit.*, p. 11, dice: “La *globalización* ha sido definida como el proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política en el sentido de interrelacionar pueblos e individuos por el bien común. Aunque puede ser discutible que ello lleve al bien común”, con cita de Martín, H. P. y Schumann, H. Véase también Bisso, Carlos E., *Globalización y Derecho*, UNLP, 2005-36, 01/01/2005, 726, quien refiere la definición del español Guillermo de la Dehesa, que dice: “la globalización como un proceso dinámico de creciente libertad e integración de los mercados de trabajo, bienes, servicios, tecnología y capitales”. El impacto sobre la cultura, en sentido amplio, ha sido también frecuentemente destacado: véase Albrow, Martin, “Travelling beyond local cultures”,

En una visión más acentuadamente económica, Stiglitz dice: “Fundamentalmente, es la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras. La globalización ha sido acompañada por la creación de nuevas instituciones; en el campo de la sociedad civil internacional...”<sup>13</sup>

Una mayor referencia al efecto político institucional surge de la definición de Susan Strange, que ve a la globalización como un proceso de “pase de consigna” de poderes siempre mayores de los estados al mercado.<sup>14</sup>

---

en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, Blackwell, Oxford, 2008, p. 135 y ss., que destacan la idea de nueva cultura y comunidad dentro del mismo territorio, por lo que las referencias cambian, p. 137.

13. Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Taurus, Buenos Aires, 2002, p. 37.; del mismo autor: Stiglitz, Joseph E., “Globalism’s discontents”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 208 y ss. Las citas posteriores se refieren al trabajo mencionado en primer término. Entre nosotros ha hecho una aproximación similar Sánchez Sorondo, Marcelo, “¿El ocaso de las naciones?”, en *El Estado en la Aldea Global*, 8<sup>vas</sup> Jornadas Bancarias de la República Argentina, ABRA, julio de 2007, p. 89, quien dice: “La globalización es un proceso vigente en la circunstancia contemporánea, que se inicia en el ámbito económico-financiero; proceso producido por la expansión universal del mercado, cuyos agentes prioritarios son las empresas multinacionales. El mercado, como punto de irradiación del comercio y de la circulación dineraria, ha servido para respaldar en los países centrales el poder de los Estados mientras que, por el contrario, en los del Tercer Mundo configura una eventual amenaza a las soberanías nacionales. En ambos casos, la economía, esto es, la visión cultural *economicista*, priva sobre la política y sus lineamientos tradicionales”. En igual sentido: Aninat, Eduardo, *Reflexiones sobre la globalización, España y el FMI*, Fondo Monetario Internacional, San Sebastián, 2001, quien dice: “¿Qué es exactamente la globalización? Podemos definirla como la integración creciente de los países del mundo en todos los ámbitos y especialmente la internacionalización de las actividades económicas”; Barra, *op. cit.*, señala que “el sistema global no es sólo económico”.

14. Strange, Susan, *Chi governa l’economía mondiale*, Il Mulino, Bolonia, 1998, p. 57, citada por Ferrarese, *op. cit.*, p. 15., también Strange, Susan, “The declining authority of states”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 228 y ss., para quien el estudio de la economía y política global hace caer en cuenta a la autora de la necesidad de repensar el estudio de las relaciones internacionales; especialmente los estados deben reconocer su pérdida de poder ante el fenómeno global. Los mercados globales son hoy más poderosos que los propios estados.

Como se advierte, estas definiciones son indicativas de los distintos campos de estudio y de focalización del fenómeno desde diferentes ángulos.

Hasta aquí el objeto de mencionar algunas de las definiciones de las muchas que existen, es presentar un panorama en el que se advierte se acentúan para algunos el fenómeno de la información y de la comunicación; otros, sin abandonar tal primacía, destacan cómo se extiende a distintos planos (cultural, político, económico y militar, sin perjuicio de sus aspectos ambientales, sociales y urbanísticos).

En otra vertiente, varios autores prefieren centrar el fenómeno en su impacto económico. Mientras que finalmente se abraza como principal la erosión de los poderes del Estado nacional en beneficio del “mercado”, u organizaciones públicas o privadas internacionales o supranacionales.

Por nuestra parte, afirmaremos más adelante nuestra convicción en el sentido que la eclosión del fenómeno informático condensa el núcleo de la globalización, tal como hoy se presenta, y que de ese núcleo se desprenden sus otras múltiples, complejas y a veces contradictorias aristas del problema, todas las cuales lo integran.

### *1.3. En busca de sus orígenes*

En este sentido, se afirma que el término “globalización” no es otra cosa que una expresión moderna referida a una problemática que se ha dado, con mayor o menor intensidad, a lo largo de la historia, por lo que se afirma que “es un fenómeno nuevo pero conectado a antecedentes previos”.<sup>15</sup>

Siempre se intenta, doctrinariamente, encontrar las raíces históricas de los institutos y aun de ciertos conceptos técnicos o jurídicos. Es cierto que desde el punto de vista de la expansión territorial de pueblos y culturas, de

---

Véase Zekos, Georgios I., “Cyberspace and Globalization”, en *Law, Social Justice & Global Development Journal* (LGD), 2002, disponible en [http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2002\\_1/zekos/](http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2002_1/zekos/), 2002, quien ensaya una definición diciendo: “globalización es generalmente definida como la desnacionalización del ámbito político, económico y social, que socava la habilidad de los estados soberanos en controlar las actividades en su territorio, en relación a la necesidad de encontrar soluciones a los problemas universales, como la polución del medio ambiente, en un nivel internacional”.

15. Cadena Afanador, Walter René, “La nueva *Lex mercatoria*: Un caso pionero en la globalización del derecho”, en *Papel Político* N°13, Bogotá, octubre de 2001, p. 101 y ss.

los dominios políticos, generalmente extendidos sobre la base de guerras y de fuerzas militares, que también llevaron al transplante –en mayor o menor medida– de sus instituciones jurídicas, pueden encontrarse ejemplos en la antigüedad muy remota.<sup>16</sup> La única objeción, que desarrollaremos más adelante, es que tales antecedentes carecieron del carácter global o universal al que llega hoy la globalización.

En un breve excursus recordemos que algunos autores creen ver los primeros atisbos de una relativa globalización en la Edad Media, con la expansión del derecho común (sobre la base del derecho romano), el nacimiento del comercio y las negociaciones interestadales y lo que se ha dado en llamar la “primera *lex mercatoria*”.<sup>17</sup> En igual sentido, un estudio de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina) establece que el proceso de internacionalización se remonta al surgimiento del capitalismo en Europa a fines de la Edad Media.<sup>18</sup> En esa misma época Galgano sitúa la concurrencia

16. Ferrarese, *op. cit.*, p. 16 y ss., remite a las grandes migraciones asiáticas que rediseñaron gran parte del mundo y de la población mundial y a imperios presentes en la escena universal por cinco mil años, refiriéndose después al orden medieval, con cita de Grossi, Wallerstein y otros autores.

17. Sassen, Saskia, *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, Madrid, 2010, traducción de la edición original en inglés de 2006 por María Victoria Rodil, p. 59 y ss., con amplia consideración de las nociones de territorio y autoridad. “De esta manera, aunque en la Edad Media no existía una autoridad exclusiva determinada por la territorialidad, al menos algunas de las jurisdicciones superpuestas aspiraban a la autoridad única y superior”, p. 66. Después agrega: “Podría considerarse que la arquitectura organizativa de este complejo sistema presenta ciertos rasgos del Imperio moderno. No obstante, Wallerstein (1974) sostiene que la geografía feudal descentralizada, en su interacción con dos formas de autoridad centralizadas (Iglesia e Imperio), no constituye una economía mundial”, p. 67.

18. CEPAL (Comisión Económica para América Latina), “Globalización y Desarrollo”, CEPAL, Brasilia, mayo de 2002, estudio preparado para el 29º Período de Sesiones. “El proceso contemporáneo de internacionalización se remonta al surgimiento del capitalismo en Europa a fines de la Edad Media, a la nueva actitud científica y cultural que encarnó el Renacimiento, y a la conformación de las grandes naciones europeas y sus imperios. La expansión del capitalismo es el único fenómeno histórico que ha tenido alcances verdaderamente globales, aunque incompletos. Con mayor intensidad que otras regiones del mundo en desarrollo, la historia de América Latina y el Caribe ha estado estrechamente vinculada a esta evolución desde fines del siglo XV”, p. 18.

del derecho romano y de la *lex mercatoria*, a la que incluso hace prevalecer sobre aquél.<sup>19</sup>

Acerca de esta disputa sobre el inicio de la globalización también escribe Ulrich Beck. Explica que para muchos el inicio del sistema mundial capitalista se remonta al colonialismo del siglo XVI; para otros fue marcado por el advenimiento de las empresas internacionales; habiendo finalmente otra corriente de pensamiento que atribuye su gestación al tiempo en que se suprimen los tipos de cambio fijos o al colapso del bloque socialista oriental.<sup>20</sup>

Ya en la Edad Moderna, un fenómeno común consistió en la expansión colonial de grandes potencias, sobre todo europeas, que junto con su dependencia política y pertenencia a un imperio, también implicó transplantes culturales, migraciones, reglas económicas impuestas por la metrópoli (como el monopolio), que Inglaterra, incluso, extendió a países como China y Japón.<sup>21</sup> Además, en diversa medida, también existió un transplante de “nacionalidad”, credo religioso e instituciones jurídicas.<sup>22</sup> En el caso

19. Galgano, *op. cit.*, p. 52, en cuya nota 3 dice: “Y el derecho canónico tenía una supremacía metodológica, habiendo aplicado al derecho el método, posteriormente generalizado, de la dialéctica escolástica, que elevaba a sistema orgánico un conjunto de preceptos, formando un cuerpo único, en cuyo interior todas las partes interaccionan. Sobre el punto se detiene difusamente Berman, *Diritto e Rivoluzione, op. cit.*, p. 155 y ss., quien ve en la que define como Revolución pontificia, realizada por Gregorio VII en el siglo once para someter bajo la guía del Papa la comunidad entera de los fieles, más allá de todo límite o confín político, la primera revolución transnacional de Occidente”.

20. Beck, *op. cit.*, p. 41, que en su nota 5 dice que el inicio de la globalización aparece ubicado en el tiempo de manera diferente:

<b>Autor</b>	<b>Inicio</b>	<b>Denominación</b>
Marx	Siglo XV	Capitalismo moderno
Wallerstein	Siglo XV	Sistema mundial capitalista
Robertson	1870-1920	Multidimensional
Giddens	Siglo XVIII	Modernización
Perlmutter	Final del conflicto este-oeste	Civilización global

El autor remite al respecto a J. N. Pieterse, “Der Melange-Effekt”, en U. Beck (comp.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Francfort, 1997.

21. Bunge, Mario, *Tres mitos de nuestro tiempo: Virtualidad, Globalización, Igualamiento*, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2006, p. 30.

22. Berkowitz, Daniel - Pistor, Katharina y Richard, Jean-François, “Economic Development, Legality, and the Transplant Effect”, en *European Economic Review*, Volumen 47, Issue 1, Febrero 2003, pp. 165-195, especialmente Capítulo 2, “The transplant effect”

particular de Argentina –similar al de muchos países de Latinoamérica– rigieron leyes específicas dictadas por la metrópoli española (como las “Leyes de Indias”), acompañadas por la remisión a ordenamientos vigentes en España, específicamente los antecedentes del Fuero Juzgo, las Leyes de Castilla y en materia comercial las Ordenanzas de Bilbao,<sup>23</sup> muchas de las cuales siguieron aplicándose después de la independencia.<sup>24</sup> La elaboración de los códigos de derecho privado en nuestro país a partir de 1859 (sanción del primer Código de Comercio) en adelante, siguieron genéricamente los modelos franceses de 1804 y 1807,<sup>25</sup> sin perjuicio de la multiplicidad de fuentes del derecho contemporáneo a su redacción, como lo prueban las notas del propio Vélez Sarsfield al Código Civil y el trabajo de Amancio Alcorta y Obarrio con respecto al Código de Comercio.<sup>26</sup> La prueba de esa comunidad originaria de regímenes jurídicos está dada, entre otros ejemplos, por la adopción del Código de Comercio Argentino de 1859 por el Uruguay y la adopción del Código Civil de nuestro país por Paraguay.

---

y cuadro de los “transplantes” en pp. 21-24; Martin, Natalie, “The role of history and culture in developing bankruptcy and insolvency systems: the perils of legal transplantation”, Boston College 28 B.C., *International and Comparative Law Review*, 2005; Casse, Sabino, “The Globalization of law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 37 N.Y.U. J. Int’l L. & Pol. 973, 2005.

23. Malagarriga, Carlos C., *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Tomo I, 3ra. edición, TEA, Buenos Aires, 1963, p. 8.

24. Un caso particular fue el Código de Comercio Español de 1829, llamado de Sáinz de Andino, que fue sancionado y promulgado por Real Cédula dada en Aranjuez el 30 de mayo de 1829 y rigió durante algún tiempo en algunas provincias de la Argentina y otros países de Latinoamérica: Malagarriga, Carlos C., *op. cit.*, p. 16, que se refiere a la propuesta para el Estado de Buenos Aires, la ley de Mendoza de 1845 y la de San Juan de 1862; Siburu, Juan B., *Comentario del Código de Comercio Argentino*, Tomo I, 2ª edición, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1923, p. 188 y ss., quien dice “Cuando más tarde la Provincia de Buenos Aires fue incorporada a la Confederación, varias provincias adoptaron su Código de Comercio, mientras que otras permanecieron bajo el régimen de las leyes españolas”.

25. Véase Roullon, Adolfo A., *Código de Comercio*, coordinado por Alonso, Daniel F., La Ley, Tomo I, Buenos Aires, 2005, p. 5.

26. Alcorta, Amancio-Obarrio, Manuel, *Fuentes y concordancias del Código de Comercio*, Félix Lajouane, Buenos Aires, 1887. También véase Siburu, *op. cit.*, p. 209 y ss.

Galgano también destaca que la interdependencia entre las economías nacionales, junto con el comercio internacional, se encontraría, en teoría, a principio del siglo XX y antes también, en la mitad del siglo XIX.<sup>27</sup>

Algunos historiadores modernos señalan la evolución del proceso de globalización durante los últimos 140 años, cuya primera etapa se extiende de 1870 a 1913, producida por una gran movilidad de capitales y de mano de obra y un aumento del giro comercial por una gran reducción de los costos de transporte,<sup>28</sup> que se habría interrumpido con la Primera Guerra Mundial (1914-1918). En el mismo documento se afirma que la segunda etapa, después de la Segunda Guerra Mundial, tendría dos fases diferentes, la primera se extendería de 1945 a 1973, cuando se desarrollan instituciones internacionales de cooperación financiera y comercial, se expande el comercio de bienes entre países desarrollados, aun cuando subsiste la existencia de modelos de organización económica y una restringida movilidad de capitales y de mano de obra. La segunda fase fue a comienzos de la década del '70 como consecuencia de la caída del régimen de Bretton Woods, la crisis petrolera y la movilidad de capitales privados.

Una última etapa comprendería el último cuarto del siglo XX con la ampliación del libre comercio, la presencia de empresas transnacionales como sistemas integrados, la movilidad de los capitales y la tendencia a la homogenización de los modelos de desarrollo, aun cuando persisten restricciones al movimiento de mano de obra.<sup>29</sup>

27. Galgano, *op. cit.*, pp. 30-31. Sin embargo, el autor también señaló, al hablar de la “*lex mercatoria*”, que la política sometió a la economía en los Estados absolutistas y separó a la economía del derecho con el advenimiento de la sociedad industrial, lo que finalmente produjo lo que llama la “Babel de los derechos nacionales”, p. 53 y ss. Una visión particular, referida a la globalización como “convergencia de los precios de la mercadería de alto consumo entre mercados distantes entre sí” es estudiada por Dobado, Rafael y Guerrero, David en *The integration of western hemisphere grain markets in the eighteenth century: early progress and decline of globalizations*, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Universidad Complutense de Madrid, publicado en [www.ucm.es](http://www.ucm.es), quienes sostienen que, en esa dirección este mercado comenzó su desarrollo a fines del siglo XVIII y no “explotó” en 1820, como lo afirmaron a O'Rourke y Williamson en trabajos que citan.

28. CEPAL, *op. cit.*, Capítulo I, p. 18. En idéntico sentido: Montoya Alberti, Ulises, “La Globalización Jurídica” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 279 y ss.

29. CEPAL, *op. cit.*, Capítulo I, pp. 18-19, con cita de autores que acompañan estas

En general se estima que crecientemente a partir de la década de 1970, los grandes progresos en materia tecnológica, sobre todo los referidos a la información, acompañados de la rapidez de los transportes, generó lo que se ha llamado la “revolución de la globalización”.<sup>30</sup>

Finalmente, hay quienes entienden que el proceso de globalización se ha iniciado en la década pasada, período que se corresponde con la implementación y expansión de Internet, así como al fin de los últimos regímenes socialistas con el ocaso de la guerra fría y la consecuente expansión del capitalismo.<sup>31</sup>

Por nuestra parte estimamos pertinentes estas dos miradas sobre el fenómeno, desde que, si bien desde 1990 el proceso se acentúa quizá vertiginosamente, desde 1970 se advierten los inicios de una “nueva era” que ya contenía la simiente de la actual configuración. De ello nos ocupamos a continuación.

#### *1.4. El concepto de globalización y su causa generadora principal*

Hemos identificado en el punto 1.3. las distintas opiniones sobre lo que llamamos “los orígenes” de la globalización.

Cierto es que muchos de los datos aproximados por los distintos autores y sus respectivas posiciones representan aspectos en los cuales se pueden descubrir tanto conquistas territoriales como el transplante cultural y jurídico en ciertas áreas y en determinadas épocas.

Sin embargo, a nuestro juicio, ninguno de tales precedentes –hasta que hace su aparición la eclosión de las comunicaciones a nivel mundial– es un antecedente del fenómeno concreto técnicamente dimensionable como

---

afirmaciones. En igual sentido: Capella, Juan-Ramón, en “La globalización ante una encrucijada jurídico-política”, en *Derecho y justicia en una sociedad global, Anales de la Cátedra Francisco Suárez* N°39-2005, IVR, Granada, 2005, (22° Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social), p. 14, quien entre otras afirmaciones dice: “El crecimiento económico del cuarto de siglo posterior al período de reconstrucción posbélica estableció condiciones de interdependencia entre las distintas sociedades del planeta [...] El surgimiento de una grave problemática ecológica es la primera manifestación importante de lo que hemos acabado llamando *globalización*”.

30. McLuhan y Powers, *op. cit.*, p. 91 y ss., y Galgano, p. 30 y remisiones de su nota 31.

31. Farina, Juan María, *Derecho comercial y globalización*, La Ley, 2010-C, 1259.

verdadera *globalización*. En consecuencia, sea que se ubique el comienzo de esta etapa de mundialización de la información con comienzo en la década del '70 del siglo pasado, con una velocidad creciente en el último cuarto de siglo, o hacia fines de la década del '80 y principios de la de los '90, lo cierto es que *las características fundantes del moderno concepto de globalización se integran necesariamente con las mayores facilidades de intercomunicación rápida y a veces instantánea, directamente entre los sujetos individuales, por encima de las distinciones personales y de las fronteras nacionales.*

En un debate todavía inacabado se discute sobre el *eje central* de la actual globalización. Resumiendo al mínimo podemos señalar que una parte de los autores que tratan el tema entienden que la raíz originante del fenómeno reside, como hemos afirmado precedentemente, en el estado actual de las comunicaciones a nivel planetario,<sup>32</sup> mientras que, por otra parte, se sostiene que el núcleo consiste en la expansión del comercio, la caída de las barreras a los flujos de mercaderías y capitales y la creciente aparición de reglas jurídicas adaptadas o facilitantes de ese comercio, muchas de las cuales no son de origen intraestatal.<sup>33</sup>

32. Baldassarre, Antonio, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Bari, 2002, p. 5, donde comienza un apartado que se llama "La globalización como producto de la revolución cibernética". Krawietz, Werner, en "Sistemas jurídicos modernos en transición. Sobre la comunicación jurídica en las teorías contemporáneas de las normas y de la acción", disponible en [http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21\\_08.pdf](http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_08.pdf), destaca el rol de la comunicación y de la información en la elaboración e interpretación del derecho contemporáneo, en "épocas de transición".

33. Garrido Gómez, *op. cit.*, titula su capítulo 1.2. "La globalización económica como clave del resto de las globalizaciones", p. 23 y ss.; Ferrarese, *op. cit.*, p. 11, dice que la globalización no mira tanto la esfera económica como tal sino sus nexos con la esfera institucional. Entre las regulaciones con vocación de "universalidad" se destacan las normas contables llamadas "International Financial Reporting Standards. (IFRS), elaborados por el International Accounting Standards Board que va siendo adoptado por gran número de países y organismos de control (bursátil, bancario, de seguros, etc.). Sobre el tema existe mucha bibliografía, de entre ella puede verse: Teller, Marina, "Les normes comptables internationales: la transparence en question", en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, octubre-diciembre 2010, número 4, p. 671 y ss., con interesantes reflexiones.

De todos modos, nos coloquemos en una u otra posición, del elemento que se entienda como fundante, derivan las otras parcelas actuales sobre las que incide la globalización. Además de las comunicacionales, económicas, culturales y políticas que hemos de reseñar, también se destacan otras referidos a los perfiles ambientales,<sup>34</sup> a la criminalidad internacional<sup>35</sup> y, entre

34. Glenn, John, *Globalization. North-South perspectives*, Routledge, Nueva York, 2007, p. 28, quien en la nota 73 (p. 230) cita el trabajo de Saurin, Julián, “Global environmental degradation”, en Thomas, Caroline (ed.), *RIO: Unravelling the Consequences*, Essex, Inglaterra y Portland, Oregon, USA, Frank Cass, 1994, p. 48; en igual sentido Beck; *op. cit.*, pp. 37-38 y ver CEPAL (Comisión Económica para América Latina), *Globalización y Desarrollo*, CEPAL, Brasilia, mayo de 2002, Capítulo 9, sobre “Globalización y sostenibilidad ambiental”; World Commission on Environment and Development, “From one earth to one world”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 404 y ss.; International Forum of Globalization, “A better World is possible”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 482 y ss., donde se citan diez principios para sociedades democráticas y sustentables (p. 487); Zekos, Georgios I., “Cyberspace and Globalization”, en *Law, Social Justice & Global Development Journal* (LGD), 2002, disponible en [http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2002\\_1/zekos/](http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2002_1/zekos/), 2002; Méndez Francisco, Luis, “Globalización y medio ambiente”, en Revista *INAFOCAM*, República Dominicana, Año 1, Vol. I, enero 2007, p. 23/41 y del mismo autor Méndez Francisco, Luis, “La globalización y el estado nacional”, *Foro Internacional sobre Globalización “Alternativas a la globalización económica”*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 135-152, quien dice en esta obra “la globalización económica es esencialmente perjudicial para el medio ambiente, porque se basa en el consumo, la incontrolada explotación de los recursos, en el progresivo aumento de los residuos y en la producción orientada a la exportación”; también en sentido crítico Capella, Juan-Ramón, *op. cit.*, p. 17 y ss.; y en Shiva, Vandana, “Ecological balance in an era of globalization”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 465 y ss. Compárese: Maljean-Dubois, Sandrine (dir.), “Le droit l’environnement comme exemple de la mondialisation des concepts juridiques: place et rôle des juridictions internationales et constitutionnelles”, Reporte final de Investigación, mayo 2008, disponible en [http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/170-RF\\_Maljean-Dubois\\_Droit\\_Environ.pdf](http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/170-RF_Maljean-Dubois_Droit_Environ.pdf). Un completo y reciente estudio realizado por la OCDE, llamado *Globalisation, transport and environment*, OECD Publication, París, 2010, disponible en [www.oecd.org](http://www.oecd.org), trata los efectos directos e indirectos en el ambiente, con especial referencia a los transportes y una enunciación detallada de bibliografía y legislación universal.

35. El tema es de gran amplitud y por sí solo justificaría una monografía separada. Véase entre otros: Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Globalización y crimen organizado”, Conferencia de Clausura de la Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal, organizada por la

otros, a los problemas sociales, incluidos los laborales, migratorios y de seguridad social, a la cultura y, en definitiva, en general a todos los temas vinculados con la actividad humana.

### 1.5. Debate sobre los aspectos positivos y negativos de la globalización

Se han escuchado enérgicas voces en contra y en favor de la globalización, de su conveniencia o inconveniencia. En todo caso, consideramos atinado no confundirla con una ideología o iniciativa económica o política. Se trata más bien de una realidad ya establecida y, como indica Zygmunt Bauman,<sup>36</sup> no se puede hacer nada para detenerla.

---

Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre de 2007; y del mismo autor “La globalización y las actuales políticas de la política criminal”, en *Direito e Cidadania*, Año 3, N°8, 1999-2000, pp. 71-96, Praia, Cabo Verde, reproducido por el Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional de la Universidad de Castilla La Mancha, que puede leerse en <http://www.cienciaspenales.net>. Desde otro ángulo se ha dicho: “El último capítulo indaga las expresiones radicales de la polarización: la tendencia actual a criminalizar los casos que se hallan por debajo de la norma idealizada y el papel de la criminalización de mitigar las penurias de la ‘vida errante’ al volver cada vez más odiosa y repugnante la imagen de su alternativa, la vida inmóvil. Se tiende a reducir la compleja cuestión de la seguridad existencial provocada por el proceso de globalización al problema aparentemente sencillo ‘de la ley y el orden’”, Bauman, *op. cit.*, p. 11, y posteriormente p. 138 y ss. con amplio tratamiento. David, Pedro R., *Globalización, prevención del delito y justicia penal*, Zavalía, Buenos Aires, 1999; Figueroa, Ana María, *Globalización jurídica, neoconstitucionalismo y crímenes de lesa humanidad*, LL, 2008-A, 981, quien se refiere particularmente a los crímenes de lesa humanidad.; Halliday, Terence C. y Osinsky, Pavel, “Globalization of law”, en *Annual Review of Sociology*, Vol. 32, pp. 447-470, agosto 2006, disponible en [http://clg.portalxm.com/vault/2440/editor/File/Halliday\\_Osinsky\\_Globalization\\_and\\_Law.pdf](http://clg.portalxm.com/vault/2440/editor/File/Halliday_Osinsky_Globalization_and_Law.pdf), p. 462, se refieren a los crímenes de lesa humanidad y genocidio, mencionando los últimos casos respecto de Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona y Sudán; Anderson, Kenneth, “The rise of International criminal law: intended and unintended consequences”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 20, N°2, EJIL, 2009; Mittelman, James H., “Global organized crime”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 235 y ss.

36. Ver Bauman, Zygmunt, *Mundo consumo. Ética del individuo en la aldea global*, 1ª edición, Paidós, Buenos Aires, 2010, p. 44, quien dice: “En realidad, la globalización parece hoy ineludible e irreversible. Se ha alcanzado (y se ha sobrepasado) el punto de no retorno. No hay vuelta atrás. Nuestras interconexiones y nuestra interdependencia son

En muchos casos encontramos posiciones con implicancias ideológicas que intentan definir a este fenómeno de forma positiva o negativa. Otras concepciones, creo de manera más acertada, ven al fenómeno como un instrumento, una herramienta de enorme potencial que pueden ser utilizada para beneficio de la humanidad, aunque también destacan que pueden serlo para su opresión y sometimiento. Por lo tanto el desafío, como explica Joseph Stiglitz, se encuentra en la manera de hacerla funcionar.<sup>37</sup>

En el último tiempo se han multiplicado las movilizaciones “antiglobalización” alrededor del mundo. Los activistas la han señalado como un enemigo común y le asignan culpas de las más variadas cuestiones. Al nuevo enemigo se lo acusa de problemas que incluyen temas ambientales y laborales como relativos a las inequidades del capitalismo o la necesaria condonación de la deuda económica del Tercer Mundo. Como es de esperar, es en materia económica donde los reclamos invisten mayor fuerza y tienen como principales destinatarios a la OMC, al Fondo Monetario Internacional, al Banco Mundial, a los países desarrollados y a empresas multinacionales.

---

ya globales. Lo que ocurre en un lugar influye en las vidas y las oportunidades vitales de personas de todos los lugares. A la hora de calcular los pasos que dar en un sitio determinado, deben tomarse en consideración las respuestas de la gente de todos los demás lugares. Ningún territorio soberano, por extenso, poblado o rico en recursos que sea, puede proteger por sí solo sus condiciones de vida, su seguridad, su prosperidad a largo plazo, su modo de vida favorito o la seguridad de sus habitantes”. También Barra, *op. cit.*

37. Ver Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Taurus, Buenos Aires, 2002, p. 299 y ss.; Aninat, *op. cit.*, quien dijo, con cita de Amartya Sen, “cómo aprovechar los notables beneficios que nos ofrecen las relaciones económicas y el progreso tecnológico de forma que se preste la debida atención a los intereses de los grupos menos favorecidos y los más débiles. Yo añadiría que, en el caso de América Latina, esta tarea deberá centrarse en el aprovechamiento de los cambios tecnológicos para superar la apatía económica y social, revitalizar las fuerzas del cambio y la modernización y fomentar la movilidad social”. Olivencia, *op. cit.*, en una ocurrente frase, dijo: “En el Congreso de UNCITRAL, el jurista ruso Lebedev citó esta frase de un compatriota (Mark Rozovski): ‘Globalistas son los que van a McDonald’s; antiglobalistas son los que van a McDonald’s y después a una manifestación contra los globalistas [...] Parece muy *progre* oponerse a la globalización; pero no es útil ni razonable. Lo aceptado es aprovechar sus buenos frutos y separarlos de las cizañas de las injusticias”. En International Forum of Globalization, “A better World is possible”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 482 y ss., se resumen las críticas formuladas al proceso de globalización (p. 485 y ss.).

Imputan principalmente a este proceso de favorecer a los países más ricos y a esas empresas multinacionales. Entienden que el modelo de desarrollo económico en el marco de la globalización es insostenible, injusto y crea inequidad, produciendo desequilibrios en la capacidad de acción y decisión de los países, perjudicando a los más pobres.

Como mencionamos, lo central de las críticas se funda en las cuestiones económicas y políticas, con sus reflejos sobre la condición humana de los ciudadanos. En particular lo que se ha retratado con crudeza como “las riquezas son globales y la miseria es local”, produciendo una “despoblación cualitativa por la destrucción de economías regionales otrora capaces de mantener a sus habitantes”.<sup>38</sup>

Al tratar en concreto algunos aspectos puntuales de la globalización, nos referiremos a otras críticas que desarrolla un sector importante de la doctrina, no sólo ni principalmente la doctrina jurídica sino la sociología, las

38. Bauman, citado por Beck, *op. cit.*, p. 87 y ss.; también Beck, Ulrich, en “La Paradoja de la Globalización”, en *El País*, Madrid, 5 de diciembre de 2002, dice: “La globalización, se afirma en un manifiesto del movimiento antiglobalización, es el último nombre en la historia del crimen para referirse a la acumulación de privilegios y riquezas y la democratización de la miseria y la desesperanza” (en lo sucesivo la remisión a Beck debe entenderse referida al libro –indicado *supra*– de Beck *Qué es la globalización*); Shiva, Vandana, “Ecological balance in an era of globalization”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 465 y ss.; en sentido muy crítico. Dussel, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, sexta edición, Trotta, Madrid, 2009, quien comienza su libro diciendo “nos encontramos ante el hecho masivo de la crisis de un ‘sistema mundo’ que comenzó a gestarse hace 5000 años, que está globalizando hasta llegar hasta el ultimo rincón de la Tierra, excluyendo paradójicamente, a la mayoría de la humanidad”, véase también pp. 5-8 y sus citas; Robinson, William I., “La globalización capitalista y la transnacionalización del Estado”, trabajo presentado al Taller Transatlántico sobre “Materialismo Histórico y la Globalización”, Universidad de Warwick, abril de 1998, disponible en <http://www.rci.net/globalizacion/2000/fg138.htm>. Ver *infra* nota 43; también Tomlinson, John, “Cultural Imperialism”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 317 y ss. Véase también al respecto: Carta Encíclica “*Caritas in Veritate*” del Sumo Pontífice Benedicto XVI sobre “El desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad”, disponible en [http://www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20090629\\_caritas-in-veritate\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate_sp.html), quien dice en el apartado 22: “...la riqueza mundial crece en términos absolutos pero aumentan también las desigualdades...”.

relaciones internacionales políticas y económicas y la concepción nacional o internacional del gobierno.

Como fue expresado con anterioridad, el proceso de globalización no vuelve sobre sus pasos.<sup>39</sup> Sus detractores lo saben; de ahí, que su lucha no se centra sólo en su eliminación. Buscan también su transformación. En este sentido, como ilustra Fernando Savater, uno puede estar a favor de la globalización y en contra de su rumbo actual, lo mismo que se puede estar a favor de la electricidad y contra la silla eléctrica.<sup>40</sup>

Se reconocen a su vez aspectos positivos en tiempos de globalización. Esta nueva “interconectividad” ha ayudado a facilitar y extender el acceso de medicamentos y ayuda humanitaria mejorando los niveles de salud en regiones marginales. En el plano ambiental se menciona la creación de diferentes organismos ambientales internacionales dedicados al cuidado y

39. Ver nota 36 y Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 299; Bautista, Oscar Diego, “Ideología neoliberal y política de globalización. Medidas implementadas por los países globalizadores y cambios generados en los países globalizados”, disponible en [www.ucm.es](http://www.ucm.es), quien dice: “El proceso de globalización no tiene marcha atrás, no se puede detener ni mucho menos revertir, la mezcla e intercambio de valores es ya una realidad, por lo que es necesario rescatar lo positivo de cada aspecto, en lo económico, en lo político, social y cultural”, concluyendo con una interesante frase de Vaclav Havel.

40. Ver Savater, Fernando, “Necesidad de la Filosofía en un Mundo Globalizado”, exposición oral en ocasión del “Programa Conferencias Presidenciales de Humanidades”, La Moneda, Santiago de Chile, octubre de 2002, disponible en <http://es.scribd.com/doc/52385476/Necesidad-de-La-Filosofia-en-Un-Mundo-Globalizado>; ver también Sánchez, Alberto M., “Globalización y Derecho Interno”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, discurso pronunciado en su acto de recepción como académico, San Juan, 2004, quien titula un capítulo “La globalización es un dato de la realidad y no es en esencia ni buena ni mala”, citando un discurso de Juan Pablo II y la opinión contraria de Hoffmann, de quien transcribe el siguiente párrafo: “En primer lugar, la globalización no es ni inevitable ni irresistible, sino que es, en gran parte, una creación norteamericana arraigada en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial y basada en el poderío económico norteamericano”. Véase también Squella, Agustín, “¿Quedan preguntas para la filosofía del derecho en un mundo globalizado?”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* N°39-2005”, IVR, Granada, p. 504 y ss., quien dice: “Como todos sabemos, vista, por así decirlo, desde la izquierda, la globalización ha pasado por tres distintos momentos: primero se la puso en duda o, directamente, se la negó; luego se reconoció que existía y se levantó en su contra la bandera de la ‘antiglobalización’; y ahora, junto con reconocer que es un proceso en marcha, se la quiere distinta y se promueve una ‘alterglobalización’”.

monitoreo de cambio climático, contaminación y protección animal. En otro enfoque, el mayor comercio transnacional, y por ende mayor competencia, que trae la globalización se afirma que ha beneficiado al consumidor ya que los productos han mejorado. Las empresas ahora se ven obligadas a elevar sus estándares y mejorar la calidad de productos y bajar sus precios para poder mantenerse competentes en el mercado. Al mismo tiempo, muchas compañías transnacionales han creado empleo en países desarrollados. De esta manera se los integra, pasando a formar parte de las estrategias de producción. Es cierto que lo han hecho por conveniencia debido al bajo costo de la mano de obra, por lo que muchos lo consideran explotación, pero igualmente, como escribe Stiglitz,<sup>41</sup> para multitudes en el mundo subdesarrollado trabajar en una fábrica es ampliamente preferible a permanecer en el campo y cultivar arroz.

Como también dijo Stiglitz, crítico del estado actual del fenómeno, “Muchos, quizá la mayoría, de estos aspectos de la globalización han sido saludados en todas partes. Nadie desea que sus hijos mueran cuando hay conocimientos y medicinas disponibles en otros lugares del mundo. Son los más limitados aspectos *económicos* de la globalización los que han sido objeto de polémica, y las instituciones internacionales que han fijado las reglas y han establecido o propiciado medidas como la liberalización de los mercados de capitales (la eliminación de las normas y reglamentaciones de muchos países en desarrollo que apuntan a la estabilización de los flujos del dinero volátil que entra y sale del país)”.<sup>42</sup>

41. Ver Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 30 y ss. En un sentido diverso, criticando la “injusticia mundial de los trabajos de explotación”, y proponiendo un modelo de responsabilidad (global) de conexión social: Young, Iris Marion, “Responsabilidad y justicia global: un modelo de conexión social”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *op. cit.*, p. 688 y ss.

42. Ver Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 37. Hannerz, Ulf, “The global ecumene”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (ed.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 105 y ss., destacan que se presentan asimetrías en la nueva organización social globalizada, asimetrías políticas, sociales, culturales, de modo de reconocer a la globalización ecuménica como “organización de la diversidad”. En International Forum of Globalization, “A better World is possible”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (ed.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 482 y ss., se enuncian “Diez principios para sociedades democráticas y sustentables”.

Como explica el conocido militante antiglobalización Michael Albert, “Los activistas de la globalización anticapitalista defienden la creación de vínculos globales de solidaridad y mutuamente beneficiosos que sirvan para fomentar la igualdad, la solidaridad, la diversidad y la autogestión. Globalizar la democracia y no la subordinación. Globalizar la sostenibilidad y no la rapacidad”.<sup>43</sup>

Juan Pablo II concluyó que “Por tanto, es evidente que el problema no es la globalización en sí misma. Más bien, las dificultades surgen de la falta de mecanismos eficaces que le den su justa dirección. La globalización debe insertarse en el contexto más amplio de un programa político y económico ordenado al auténtico progreso de toda la humanidad. De este modo, servirá a toda la familia humana, no beneficiando sólo a unos pocos privilegiados, sino promoviendo el bien común de todos. Así, el verdadero éxito de la globalización se determinará en la medida en que permita a toda persona gozar de los bienes básicos: la alimentación, la vivienda, la educación, el empleo, la paz, el progreso social, el desarrollo económico y la justicia. Este objetivo no puede alcanzarse sin la guía de la comunidad internacional y una adecuada regulación por parte de las instituciones políticas de todo el mundo”.<sup>44</sup>

43. Ver Albert, Michael, *Parecon: vida después del capitalismo*, Akal, Madrid, 2005, p. 11 y ss., disponible en [http://books.google.es/books?id=JfNi7V9WnhYC&pg=PA12&lpg=PA12&dq=antiglobalizacion+michael+albert&source=bl&ots=KSIpTM6iAw&sig=plgnbzKGvuUitva1oAJLpZqPc2Y&hl=es&ei=zmoTToONDubrogGEx9TeDQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=4&ved=0CCYQ6AEwAw#v=onepage&q&f=false](http://books.google.es/books?id=JfNi7V9WnhYC&pg=PA12&lpg=PA12&dq=antiglobalizacion+michael+albert&source=bl&ots=KSIpTM6iAw&sig=plgnbzKGvuUitva1oAJLpZqPc2Y&hl=es&ei=zmoTToONDubrogGEx9TeDQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CCYQ6AEwAw#v=onepage&q&f=false); Robinson, *op. cit.*, quien dice: “Las clases populares en la edad de la globalización necesitan transnacionalizar sus luchas. La movilización de la burguesía transnacional desde arriba sólo puede ser contrarrestada por una movilización transnacional desde abajo”.

44. Frase tomada del discurso dirigido por Su Santidad Juan Pablo II a los miembros de la Academia Pontificia de Ciencias Sociales en su IX Sesión Plenaria en el mes de mayo de 2003, *L'Osservatore Romano*, 16 de mayo de 2003. Es interesante la frase del presidente de honor del Club de Roma y Miembro de Número de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, Ricardo Díez Hochleiter, quien prologando el libro de Olcese Santoja, Aldo, *El capitalismo humanista*, Marcial Pons, Madrid, 2009, dice: “La evaluación de la economía de libre mercado nos ha enseñado durante las recientes décadas que el éxito de una empresa ya no se puede medir tan sólo por sus resultados comerciales, pese a ser ello muy importante. La grave crisis financiera de nuestros días, con sus consecuencias tales como el déficit público y el creciente gran desempleo, obligan a un replanteamiento de la formación junto con un urgente reciclaje de los directivos empresariales así como de los respectivos miembros de los consejos de administración de las empresas, de

## 2. La Nueva Comunicación (la revolución de Internet)

A lo largo de la historia los avances tecnológicos fueron lentamente superando limitaciones temporales y espaciales, siendo la aparición de Internet un paso gigantesco. Es uno de los elementos más importantes de la globalización y, seguramente, la razón por la cual el término ha cobrado vida. Analizar la importancia, las diferentes aplicaciones y el impacto de esta poderosa herramienta de la comunicación merece un trabajo aparte. Sin embargo, creo pertinente una breve mención al respecto.

Internet nace y como herramienta potencia, en medida inusitada, los cambios que se venían produciendo en materia económica y comercial. En muchos países las empresas con el fin de no perder competitividad, debieron modernizarse y reestructurar sus telecomunicaciones. Internet posibilita esta nueva extensión de operaciones de profesionales, comerciantes y corporaciones por el mundo.<sup>45</sup>

El comercio electrónico es uno de los vehículos novedosos presentados por Internet. Éste ha transformado muchos de los métodos que operan en el mundo de los negocios y el comercio. El comercio electrónico con respecto al comercio tradicional ofrece a las empresas notables ventajas relacionadas con el propio comercio y las mercancías. Posibilita nuevas y más estrechas relaciones entre cliente y proveedor, como también poder adquirir un canal

---

tal modo que se puede establecer el deseable gobierno corporativo a fin de que esas empresas se conviertan no sólo en motores de la economía y núcleos vitales de una prosperidad material, social y de conveniencia democrática, sino también portadoras de la justicia y protección social, además, de la humanización del trabajo, la solidaridad, la cooperación, el progreso tecnológico, el saber humano y la libertad en democracia. Todo eso se requiere tanto más ante el actual proceso irreversible de globalización, lamentablemente centrado aún sobre todo en redes de las grandes empresas multinacionales, mientras que la verdadera globalización de un mañana ya próximo deberá ser altamente beneficiosa para lograr una Humanidad realmente solidaria desde numerosos valores y metas comunes, con creciente respeto a las diferencias étnicas y a las respectivas raíces culturales”.

45. Como veremos en seguida la eclosión de los medios de comunicación sin fronteras y en tiempo real, no solamente facilitaron el comercio sino también intercambios culturales, sociales, políticos, ambientales, penales, entre otros aspectos. Véase Iudica, Giovanni, “Law & Globalization”, en *Revista de Direito Bancario e do Mercado de Capitais*, coordinada por Wald, Arnaldo, *Revista Dos Tribunais*, San Pablo, 2010, p. 173 y ss., especialmente el cap. 1, “Revolución tecnológica y comunicación”, con importantes referencias.

de comunicación y publicidad de alcance masivo. Al mismo tiempo facilita el logro de una forma de acceso evitando a sus intermediarios actuales. Por último, también permite establecer empresas virtuales o virtualizar las existentes.

Como vemos, el comercio a través de Internet es un nuevo instrumento de integración de los mercados internacionales. Constituye hoy un elemento muy importante en los grandes flujos comerciales y en los profundos cambios que se operan en el mundo de los negocios y las inversiones. Por eso el comercio electrónico, concebido inicialmente como medio complementario, en realidad se está proyectando como una tecnología para el cambio, que por su relación costo-beneficio está al alcance de todas las empresas.<sup>45bis</sup> El derecho no está ausente de estas realidades pues una parte de la doctrina se ha dedicado al estudio de las reglas jurídicas que rigen el *e-commerce* y materias colindantes. La cibernética ha entrado a la justicia, no sólo como fuente de información sino también como manera de trámite de los distintos procesos.<sup>45ter</sup>

Hemos tenido oportunidad de señalar que nuestro compatriota, el científico Mario Bunge, en un luminoso estudio<sup>46</sup> reconocía las virtudes del

45<sup>bis</sup>. Véase la Ley Modelo de Uncitral sobre Comercio Electrónico de 1996, con la guía para su incorporación al Derecho Interno, enmendada en 1998, adoptada por muchos países y que influenció sobre la “Uniform Electronic Transaction Act”, adoptada por Estados Unidos en 1999; la “Declaration on Global Electronic Commerce” y “Il Work Programme on Electronic Commerce”, ambos de la World Trade Organization. Un elenco de las fuentes internacionales y nacionales (en Italia) y un estudio particularizado, puede verse en Santosuosso, Giovanni, *Il Codice Internet e del Commercio Elettronico. Aspetti giuridici di rilevanza civilistica*, CEDAM, Milán, 2001. En igual sentido: Davidson, Alan, *The Law of Electronic Commerce*, Cambridge University Press, Melbourne, Australia, 2009, quien hace especial referencia a la legislación de Uncitral y la particular de Australia y Nueva Zelanda, y también referencias a la legislación de Estados Unidos y Reino Unido (Land Registration Act 2002 y Electronic Communications Act 2000). Vid.: Lorenzetti, Ricardo L., *Comercio electrónico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001; Devoto, Mauricio, *Comercio electrónico y firma digital: La regulación del ciberespacio y las estrategias globales*, La Ley, Buenos Aires, 2001; Etcheverry, Raúl A. Illescas Ortiz, Rafael (dirs.), Supervisado y Coordinado por Fernández Escudero, Josué y Robles Martín-Laborda, Antonio, *Comercio electrónico*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010; Iezzi, María Verónica, *El conflicto jurisdiccional en Internet: Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Ábaco, Buenos Aires, 2005; Conseil d’Etat: Section du rapport et des études, “Internet et les réseaux numériques”, Études adopté par l’assemblée générale

fenómeno, como una difusión instantánea de la información, la emergencia de los “colaboratorios” científicos, el ahorro del trabajo y las transacciones comerciales por Internet. Sin embargo, afirmaba que esta “revolución informática es, pues, tan ambivalente como las revoluciones técnicas anteriores”. En tal sentido contestaba apreciaciones de Marshall McLuhan, Jürgen Habermas, Niklas Luhmann, Jean Baudrillard, Manuel Castells y Anthony Giddens, entre otros, señalando la necesidad de rescatar los valores humanos por sobre la falacia de la sociedad virtual. También estimaba que “Ya por una de estas razones, ya por la otra, no es cierto que estemos marchando hacia la cibersociedad, esa sociedad ideal sin ciudades, negocios, locales de reunión, laboratorios, bibliotecas, ni campos de deportes: colección amorfa de individuos encerrados en sus casas, cada cual sentado frente a su pantalla, comunicándose con centenares de personas sin cara”. (La reflexión parece acercarse al relato de Aldous Huxley en su libro *Un mundo feliz*).<sup>47</sup> En suma, Bunge expresaba su preocupación por la falta de acceso de muchas personas que no están maduras para esta revolución informática, pues recién salen o aún continúan “en el fondo de la historia”, con el peligro de aumentar la brecha entre los que tienen y los que no. Terminaba diciendo “Tengamos en cuenta que hoy día el problema del cerebro curioso no es tanto conseguir información como evitar la sobrecarga de la misma”. Por su lado, Zygmunt Bauman expresó que “Las comunicaciones baratas inundan y ahogan la memoria en lugar de alimentarla y estabilizarla”.<sup>48</sup>

A pesar del poco tiempo que transcurrió desde que se pronunciaron estas palabras, podríamos reconocer como ciertas algunas prevenciones, pero

---

du conseil d'État le 2 juillet 1998, La documentation française, Paris, 1998; Fernández Delpéch, Horacio, *Protección jurídica del software*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000; del mismo autor: *Internet: Su problemática jurídica*, segunda edición actualizada, Lexis-Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004; Carlino, Bernardo P, *Firma digital y derecho societario electrónico*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, entre muchos otros.

45<sup>ter</sup>. Senés Motilla, Carmen (coord.), *Presente y futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2010.

46. Bunge, Mario, *Tres mitos de nuestro tiempo: Virtualidad, Globalización, Igualamiento*, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2006, p. 16 y ss.

47. Huxley, Aldous, *Un mundo feliz*; traducción der Ramón Hernández, Colección Diamante, Edhasa, Barcelona, 2007.

48. Bauman, Z., *La globalización...*, *op. cit.*, p. 25.

es imposible hoy dejar de admitir que “el fax e Internet están cada vez más integrados a la autocomprensión cotidiana. Cualquiera puede hablar con otra persona en cualquier punto del planeta a la velocidad del rayo sin tener que depender de los canales gubernamentales ni diplomáticos” (Wirth, citado por Ulrich Beck).<sup>49</sup> Recientemente se ha afirmado por voces relevantes que las revoluciones políticas de nuestro entorno cotidiano (Túnez, Egipto, Libia, etc.) han sido producto de las comunicaciones por redes sociales y por eso se las llamó “revoluciones informáticas”.<sup>50</sup>

Las mencionadas prevenciones pueden llamar al cuidado en la redacción de nuevas leyes y en la interpretación, *pero no son obstáculos que impidan que el derecho esté a la altura de la realidad a la cual sirve, pero también modela, contiene y, en cierta medida, promueve.*

En concreto, el derecho moderno recibe diariamente los efectos del escenario de la informática creando, por una parte, los instrumentos propios del fenómeno en sí, es decir, lo que se ha dado en llamar siquiera con sentido provisorio, “derecho informático”. Además, en nuestra materia, ya hemos asumido parte de esos fenómenos, sobre todo, en los denominados

49. Beck, U., *op. cit.*, p. 61, cita de la nota 18 de esa obra.

50. Vargas Llosa, Mario, “Vientos de libertad en Medio Oriente”, en diario *La Nación*, Buenos Aires, 19 de febrero de 2011, p. 31, dice: “Ahora bien, ese estado de cosas, que ha sido el de innumerables países a lo largo de la historia, jamás hubiera provocado el alzamiento sin un hecho determinante de los tiempos modernos: la globalización. La revolución de la información ha ido agujereando por doquier los rígidos sistemas de censura que las satrapías árabes habían instalado a fin de tener a los pueblos que explotaban y saqueaban en la ignorancia y en el oscurantismo tradicionales. Pero ahora es muy difícil, casi imposible, para un gobierno someter a la sociedad entera a las tinieblas mediáticas a fin de manipularla y engañarla como antaño. La telefonía móvil, Internet, los *blogs*, Facebook, Twitter, las cadenas internacionales de televisión y demás resortes de la tecnología audiovisual han llevado a todos los rincones del mundo la realidad de nuestro tiempo...”. Véase también Fuentes, Carlos, “Marchas que nos abren los ojos al mañana”, en diario *La Nación*, Buenos Aires, 4 de julio de 2011, p. 3, dice: “En España, son los jóvenes y los estudiantes quienes ocupan la Puerta del Sol y exigen políticas que los partidos no ofrecen. ¿Qué políticas? Nada menos que las de una sociedad posindustrial, tecnológica y movida por Facebook y Twitter. De ambos lados del Mediterráneo se perfila una nueva sociedad protagonizada, del Atlántico al Mar Rojo y de Siria a Yemen y Bahrein, por una generación de jóvenes desconocida antes de aparecer y portadora de una idea tan propia como la de la Revolución mexicana de 1910-1940: crear instituciones, sociedades, formas de vida que correspondan a la cultura local y sepan contribuir a la cultura global”.

tradicionalmente “títulos valores” que se han “desmaterializado” y en aquello que, al decir de Galgano, constituye una nueva metáfora en el mundo jurídico: los “productos financieros”<sup>51</sup> que recaen sobre una “riqueza ausente” que corre el peligro de transformarse en “riqueza inexistente”, al decir de Paolo Spada y Monica Cossu.<sup>52</sup> La cibernética también incide sobre la formación, la forma y la prueba de los contratos e, incluso, sobre su cumplimiento y abre el largo panorama del *e-commerce*. *Las viejas reglas de nuestros códigos parecen ya inapropiadas y requieren recibir la impronta de los nuevos escenarios bajo peligro de dejar al derecho fuera de escena.*<sup>53</sup>

El mundo informático, además de crear sus propias y nuevas relaciones, incide sobre derechos fundamentales, como la identidad, el honor, la intimidad, que han dado lugar a importantes desarrollos particulares en la doctrina moderna, que debemos debatir y finalmente consensuar.<sup>54</sup> La sociedad de la información permite el acceso de emisión y recepción a un universo de personas, que muchas veces pueden permanecer en el anonimato y hasta producir perjuicios y cometer delitos. Las distintas situaciones en las que puede reflejarse el efecto de la informática obligan necesariamente a un replanteo, como ya ha ocurrido en el *habeas data*, el llamado “dinero virtual” y las operaciones de mercados también virtuales, por cantidades a veces superiores a los presupuestos de algunos países. *La llamada realidad virtual, en suma, también es una realidad jurídica y la doctrina y la práctica del derecho no pueden ignorarla para expandir tanto la democracia cultural como la económica.*

Con respecto a su incidencia en el ámbito jurídico, Internet plantea algunas dificultades únicas para la doctrina del Derecho Internacional Privado

51. Galgano, Francesco, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2010, pp. 20-21. Sobre este tema véase también Alegría, Héctor, “Instrumentos financieros o valores negociables ¿Una nueva categoría jurídica?”, en *Reglas y principios del Derecho Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 589 y ss.

52. Spada, Paola y Cossu, Monica, “Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente - divagazioni del giurista sul mercato finanziario”, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, julio-agosto 2010, p. 401.

53. Volveremos sobre estos temas jurídicos *infra* en el capítulo 5.

54. Véase Ricci, Annarita, “Il valore economico della reputazione nel mondo digitale. Prime considerazioni”, en *Contratto e Impresa*, CEDAM, Padua, noviembre-diciembre 2010, p. 1297 y ss.

porque trasciende las fronteras políticas pero operando, al mismo tiempo, en un mundo legalmente compartimentalizado. En las transacciones tradicionales, los participantes saben con quién están tratando y dónde tienen lugar los hechos. La red permite transacciones entre personas que no se conocen y, en muchos casos, no pueden conocer la ubicación de su contraparte. Los usuarios de Internet tienen “direcciones” dentro de un espacio virtual, pero no están conectadas necesariamente con jurisdicciones físicas.<sup>55</sup>

### **3. Globalización y economía**

Como ya expusimos, una buena parte de los autores que, desde cualquier ángulo, enfocan la globalización, destacan como aspecto principal sus efectos sobre la economía.<sup>56</sup>

Las críticas se han centrado mayoritariamente sobre estos aspectos. En tal sentido se habla que en la globalización “hay un mercado en vías de unificación a través de la elaboración de una zona planetaria de producción y de intercambios; firmas mundiales que gestionan este sistema de producción y comercialización; y una lógica financiera de rentabilidad que ha de ser lo más rápida posible y ha de explicar en última instancia el movimiento de esos flujos. Esta globalización converge en la que muchos han llamado Tercera Revolución Industrial. Revolución dirigida por la concentración de poder de decisión en multinacionales y la deslocalización de la producción. [...] históricamente la globalización es una fase del capitalismo moderno que

55. Ver Oyarzábal, Mario J. A., “Juez competente y contratos electrónicos en el Derecho Internacional Privado”, disponible en: [http://www.derechointernacional.net/privado/index.php?option=com\\_content&view=article&id=180:mario-j-a-oyaezabal-qinternet-y-territorialidad-conflictos-de-jurisdicciones-en-un-ambiente-digital&catid=360:parte-general-&Itemid=168](http://www.derechointernacional.net/privado/index.php?option=com_content&view=article&id=180:mario-j-a-oyaezabal-qinternet-y-territorialidad-conflictos-de-jurisdicciones-en-un-ambiente-digital&catid=360:parte-general-&Itemid=168). Bunge, *op. cit.*, pp. 16-17, donde dice: “El anonimato, la globalidad y la uniformidad serían totales. Estas características fueron bien captadas en una caricatura publicada hace unos años. Dos perros conversan frente a una computadora, y uno le dice al otro: *‘lo mejor de esto es que nadie advierte que uno es perro’*”.

56. Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 23 y ss., y sus citas. Un completo estudio sobre los datos económicos referidos a la globalización, puede verse en: OECD, *Economic globalization indicators*, OECD Publishing, París, 2010, donde se hace un análisis de la globalización y de la crisis financiera ecuménica, p. 13 y ss.; al comercio y las inversiones, pp. 37-112; a la tecnología y el conocimiento, pp. 113-145; a las empresas multinacionales, pp. 153-203 y a las cadenas de valor como nueva forma de globalización, p. 207 y ss.

desbarata el sistema keynesiano...”.<sup>57</sup>

Se dice que “La globalización divide en la misma medida que une: las causas de la división son las mismas que promueven la uniformidad del globo. Juntamente con las dimensiones planetarias emergentes de los negocios, las finanzas, el comercio y el flujo de información, se pone en marcha un proceso ‘localizador’, de fijación del espacio [...] Lo que para algunos aparece como globalización, es localización para otros; lo que para algunos es la señal de una nueva libertad, cae sobre muchos más como un hado cruel e inesperado”.<sup>58</sup> El autor menciona a continuación, y durante casi todo el libro, nuevas críticas, entre otras, que los procesos globalizadores incluyen una segregación, separación y marginación social progresiva;<sup>59</sup> la liberación y deslocalización de los capitales y fuentes de decisión, dejando “a los que están atados a la localidad las tareas de lamer las heridas, reparar los daños y ocuparse de los desechos”.<sup>60</sup>

Estas críticas se extienden a muchos otros autores; así, por ejemplo, Bunge dice “La movilidad de capitales financieros tiene, pues, doble filo. Facilita las transacciones internacionales al tiempo que desestabiliza las finanzas nacionales [...] la libertad de comercio favorece principalmente a los exportadores más poderosos y a las empresas norteamericanas con sucursales en México, Indonesia, Tailandia o Filipinas. [...] Después de más de dos siglos de prédica no se ha probado con datos fehacientes que la globalización económica favorezca el desarrollo económico de las naciones subdesarrolladas”.<sup>61</sup>

57. Garrido Gómez, *op. cit.*, pp. 23-24 y sus citas de las notas 20 y 21. Arnaud, André-Jean y Fariñas Dulce, María José, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, traducción de R. Escudero Alday, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 280 y ss.

58. Bauman, Z., *La globalización...*, *op. cit.*, p. 8; Petras, James - Veltmeyer, Henry, *La globalización desenmascarada. El imperialismo del siglo XXI*, trad. Luis Rodolfo Morán Quiroz, Universidad Autónoma de Zacatecas - Porrúa, México, 2003, p. 11.

59. Bauman, Z., *La globalización...*, *op. cit.*, p. 9.

60. Bauman, Z., *La globalización...*, *op. cit.*, p. 16, y en p. 90 dice: “Ningún Estado –dice Passet en conclusión– puede resistir más allá de unos pocos días las presiones especulativas de los ‘mercados’”.

61. Bunge, M., *op. cit.*, pp. 32-33 y 40. Como señalamos, el autor considera la globalización como arrancando dos siglos antes de 2005. También el autor expresa: “En el curso

Un crítico de la globalización, Stiglitz, que sin embargo encuentra aspectos positivos y cree en la posibilidad de su superación, enuncia algunos de los temas negativos, como por ejemplo “los perjuicios a los países en desarrollo por las políticas guiadas por la ideología y por las desigualdades del sistema comercial mundial”,<sup>62</sup> y “la globalización no ha conseguido reducir la pobreza pero tampoco garantizar la estabilidad”.<sup>63</sup> Luego agrega que “Occidente animó la liberalización comercial de los productos que exportaba, pero a la vez siguió protegiendo a los sectores en los que la competencia de los países en desarrollo podía amenazar su economía. [...] Al mismo tiempo, los negociadores de estos países mantuvieron los subsidios a los productos agrícolas y cerraron los mercados de estos bienes y los textiles, en los que los países subdesarrollados tienen una ventaja comparativa”.<sup>64</sup>

El autor también considera que “La inversión extranjera directa ha cumplido un papel importante en muchos –pero no todos– casos de éxito en el desarrollo en países como Singapur y Malasia e incluso China. Dicho esto, hay aspectos negativos reales. Cuando llegan las empresas extranjeras a menudo destruyen a los competidores locales, frustrando las ambiciones de pequeños empresarios que aspiraban a animar la industria nacional. Hay muchos ejemplos de esto. [...] En ausencia de leyes estrictas sobre la competencia –o de una aplicación efectiva de las mismas– una vez que la

---

de las dos últimas décadas han ocurrido tres acontecimientos que dejan chicos a todos los demás. El primero es la desintegración del imperio comunista, con el consiguiente eclipse del ideal de la igualdad. El segundo acontecimiento es el triunfo político a escala cuasiplanetaria de la ideología neoliberal, que preconiza retrasar el reloj social en un siglo y *macdonaldizar* el estilo de vida de todos los habitantes del planeta. Y el tercero es la revolución informática, que ha transformado la manera de trabajar, comunicar, investigar e incluso comerciar de millones de personas”. Como hemos visto, nuestra opinión es parcialmente distinta a la expresada por el prestigioso autor, en especial con referencia al inicio de lo que propiamente puede llamarse *globalización*.

62. Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 17.

63. Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 32.

64 Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 98. Compárese Glenn, John, *Globalization. North-South perspectives*, Routledge, Nueva York, 2007, quien enumera las razones de los que llama “globalistas”, las de los “escépticos” y las de los “transformadores”, admitiendo que Krugman entiende próximos a los primeros y a los últimos, p. 34 y ss., y cita de la nota 137 (Krugman, Paul, “Growing world trade: causes and consequences”, en *Brookings Papers on Economic Activity*, 1995, pp. 327-362).

empresa internacional expulsa a los competidores locales emplea su poder monopólico para subir los precios. Los beneficios de los precios bajos fueron efímeros”.<sup>65</sup>

Muchos de los autores que elaboran críticas, al mismo tiempo reconocen también ventajas. Siguiendo con la cita de Stiglitz, quien sin perjuicio de decir que para muchas personas la globalización no ha funcionado, expresa (y es interesante la cita textual): “Hoy la globalización es desafiada en todo el mundo: hay malestar con la globalización, y con sobrados motivos. La globalización puede ser una fuerza benigna: la globalización de las ideas sobre la democracia y la sociedad civil han cambiado la manera de pensar de la gente, y los movimientos políticos globales han llevado al alivio de la deuda y tratado de las minas terrestres. La globalización ha ayudado a cientos de millones de personas a alcanzar mejores niveles de vida, más altos de lo que ellas mismas, o la mayoría de los economistas, consideraban imaginable hace apenas poco tiempo. La globalización de la economía ha beneficiado a los países que han aprovechado esta oportunidad abriendo nuevos mercados para sus exportaciones y dando la bienvenida a la inversión extranjera. Pero los países que más se han beneficiado han sido los que se hicieron cargo de su propio destino y reconocieron el papel que puede cumplir el Estado en el desarrollo, sin confiar en la noción de un mercado autorregulado que resuelve sus propios problemas”.<sup>66</sup>

En definitiva, no se trata de ignorar o suprimir la globalización si, como nosotros la concebimos, se apoya sustancialmente en la “revolución de la información”. Por el contrario, limitada a ese aspecto, la supresión sería tanto negativa como imposible.<sup>67</sup>

Los efectos económicos de la globalización o, si se quiere, la utilización de la globalización para fines económicos, pueden ser objeto de críticas como de opiniones positivas.<sup>68</sup> Un juzgamiento objetivo lleva a tratar de superar lo negativo mediante políticas nacionales e internacionales<sup>69</sup> que se funden

65. Stiglitz, J., *op. cit.*, pp. 106-107.

66. Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 343.

67. Estos caracteres también pueden atribuirse a otros aspectos de la globalización.

68. Ver por ejemplo Garrido Gómez, *op. cit.*, pp. 42 a 46 y Capítulo VI, p. 151 y ss.

69. Véanse las propuestas de Beck, *op. cit.*, Cuarta Parte: “Respuestas a la globalización”, p. 179 y ss., quien entre otras propuestas dice: “El choque de la globalización, característico

en la solidaridad, la superación de las desigualdades y paralelamente en el respeto por las individualidades, tanto personales como estatales (buena parte de los críticos de la globalización de la economía suponen la posibilidad de una superación mediante distintas fórmulas, referidas a contemplar su “rostro humano”).<sup>70</sup>

#### 4. Impacto sobre la soberanía estatal

Uno de los aspectos fundamentales que caracterizan al fenómeno actual de la globalización es el de la *erosión del poder de los Estados*.<sup>71</sup>

---

de la transición a la segunda modernidad, provoca paradojas y exigencias en términos políticos, porque *todos* los agentes y organizaciones, y esto en *todos* los ámbitos de la sociedad, *han* de confrontarse con la dinámica de la globalización que transforma los fundamentos. Ello ha de romper, de modo más interesante, el viejo esquematismo de derecha e izquierda”, p. 181.

70. Stiglitz, J., *op. cit.*, p. 341, quien antes dijo que la globalización había producido grandes beneficios, como hemos relatado, señalando que “el problema no es la globalización sino el modo en que ha sido gestionada” (p. 299), criticando sobre todo al Fondo Monetario Internacional, al Banco Mundial y a la Organización Mundial de Comercio, señalando después que “Creo que la globalización puede ser rediseñada para que haga realidad su buen potencial y creo que las instituciones económicas internacionales pueden ser rediseñadas para garantizar que ello se logre” (p. 300). Más adelante dice: “Ahora bien, no hay *un solo* modelo de mercado. Entre la versión japonesa de sistema de mercado y las versiones alemanas, sueca y norteamericana median notables diferencias. [...] Para los asiáticos hay una variedad de modelos asiáticos (*sic*) que han funcionado bien y esto es válido en Malasia y Corea tanto como en China y Taiwán, incluso tomando en consideración la crisis financiera global”. También señala que “persisten en nuestras democracias desacuerdos importantes sobre política económica y social”, que explica (p. 304). En relación a la ley concursal dice: “Lo que se necesita es una reforma de las quiebras que reconozca la especial naturaleza de las quiebras que derivan de perturbaciones macroeconómicas; se requiere un *sumercapítulo* 11, unas condiciones de bancarrota que faciliten la reestructuración y confieran una posición más sólida a la continuación de la gestión existente”, p. 328. Esto último lo hemos sostenido insistentemente en varios trabajos.

71. Grün, *op. cit.*, p. 15 y ss., con cita de Goodbar, Dalla Via y otros; Iudica, Giovanni, “Law & Globalization”, en *Revista de Direito Bancario e do Mercado de Capitais*, coordinada por Wald, Arnaldo, Revista Dos Tribunais, San Pablo, 2010, p. 173 y ss.; López Ayllón, Sergio, “Globalización, Estado Nacional y Derecho”, en *Derecho, Estado y Globalización*, Coloquio de Filosofía del Derecho, XIV Congreso Interamericano de Filosofía y X Congreso Nacional de Filosofía, Puebla, México, 1999, especialmente p. 17. Méndez Francisco,

Esa erosión se materializa en la pérdida del monopolio del Estado en orden a ciertos campos de la *legislación* y a otros de la *jurisdicción* para la aplicación del derecho local o proveniente de otras fuentes.<sup>72</sup>

En cuanto a lo primero, se ha modificado y quizá *pluralizado*, el régimen de fuentes del derecho, lo que será desarrollado en el próximo capítulo.

---

Luis, *La globalización y el estado nacional*, Foro Internacional sobre globalización, “Alternativas a la globalización económica”, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 135-152, quien, sin embargo, sostiene la superioridad funcional y ética del Estado, y termina diciendo: “Me parece válida la proposición de Guéhenno cuando afirma que el Estado cada vez es menos expresión de soberanía y la autonomía, en cambio es una entre otras instituciones organizadoras de la sociedad, ‘que pese a entrar en competencia con otros actores no desaparece, pero debe estar en situación de constante adaptación, de redefinición de sus competencias y ha de justificar modestamente, por medio de los servicios que presta, su existencia’”. Véase también Juan-Ramón Capella, *op. cit.*, quien habla de la “transmutación” de la soberanía estatal que consiste en que “se ha constituido una *soberanía nueva, supraestatal, difusa y policéntrica*” (p. 21). Huntington, Samuel P., “The clash of civilizations?”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 39 y ss., aplica su ya conocida tesis del *choque de civilizaciones*, y destaca “las mayores divisiones entre seres humanos y las fuentes de dominación son culturales. el choque entre civilizaciones domina la política mundial. El mundo se está convirtiendo en un lugar cada vez más pequeño, y las interacciones entre las distintas civilizaciones crecen (p. 40) [...] las identidades locales se modifican, por ejemplo, en temas de religión. (p. 41) [...] el choque de civilizaciones se produce en dos niveles: en un nivel micro, donde cada civilización pretende el control del territorio, y en un nivel macro, donde los estados de las distintas civilizaciones compiten por poder militar o económico, forcejeando bajo el control de las instituciones internacionales, y compitiendo por promover sus propios valores políticos y religiosos”, p. 43. Meyer, John W. - Boli, John - Thomas, George M. - Ramírez, Francisco O., “World society and the nation-state”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 78 y ss. expresan: “el proceso de formación de la sociedad global impacta sobre los estados-nación, en sus identidades, en sus intereses, en sus objetivos. Es respetándolos, organizándolos e integrándolos como se va creando la sociedad mundial”; en igual sentido Ohmae, Kenichi, “The end of the nation state”, en Lechner, Frank J. y Boli, John (eds.), *The globalization reader*, 3ª edición, Blackwell, Oxford, 2008, p. 223 y ss., desarrolla la idea de pérdida del rol de estado como unidad de participación dentro de la economía globalizada.

72. Franzoni, Massimo, “L’interprete del diritto nell’economía globalizzata”, en *Contratto e Impresa*, dirigido por Galgano, Francesco, CEDAM, Padua, marzo-abril, 2010, p. 366 y ss. Compárese Visintini, Giovanna, “La circolazione delle giurisprudenze”, en *Contratto e Impresa*, enero-febrero 2011, CEDAM, Padua, p. 73, y ss.; Iudica, *op. cit.*, especialmente Capítulos 3 a 6, p. 180 y ss.

Digamos que además de las clásicas formas de creación del derecho internacional, con origen en la convención de dos o más Estados, se han generado fuentes *externas* de producción del derecho, que a veces surgen de organismos internacionales o plurinacionales dotados de tal capacidad.<sup>73</sup> En otros casos se trata del derecho emitido por organizaciones supranacionales<sup>74</sup> y, finalmente, por organizaciones no estatales o paraestatales.<sup>75</sup>

73. Como por ejemplo la Organización de las Naciones Unidas y los distintos organismos que la integran, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la Organización Mundial de la Salud, en los que, al decir de Galgano (*La globalización...*, *op. cit.*, p. 95), los Estados, conforme a una fórmula recurrente, para la actuación de estas entidades, dejan de ser soberanos *uti singuli* y permanecen soberanos *uti soci*. Véase Habermas, Jürgen, “¿Es posible una constitución política para una sociedad mundial pluralista?”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *op. cit.*, p. 107 y ss. donde presenta “un sistema con múltiples niveles” y concluye sosteniendo que “los múltiples rostros de la sociedad mundial pluralista, o múltiples modernidades, no encajan muy bien con una sociedad de mercado totalmente desregulada, a la que se le ha extraído su vertiente política. Esto privaría a las culturas no occidentales, tan influidas por otras religiones, de su capacidad para aprovecharse de los logros de la Modernidad utilizando sus propios recursos”.

74. Por ejemplo organizaciones de carácter regional como la Unión Europea, el MERCOSUR, el Pacto Andino, la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI); el North American Free Trade Agreement (NAFTA); la Organización de Estados Centroamericanos (ADECA), transformada en el Sistema de Integración Centroamericano (SICA) y el Mercado Común Centroamericano; la que une a los países caribeños originalmente llamada CARIFTA y hoy Comunidad Caribeña (CARICOM); la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ANSA; en inglés: Association of Southeast Asian Nations: ASEAN) y AFTA (Assean Free Trade Area); diversas instituciones africanas, incluso la OHADA: Organisation pour l’harmonization du Droit des Affaires, de los países francófonos subsaharianos, que incluso ha promulgado un texto de legislación societaria común. Sobre el tema ver con más amplitud Galgano, Francesco y Marrella, Fabrizio, *Diritto del Commercio Internazionale*, CEDAM, Padua, 2004, Parte I, Sección 2ª, pp. 28-62.

75. Iudica, *op. cit.*, p. 190 y ss., cap. 6; véase Galgano y Marrella, *op. cit.*, p. 62 y ss. y Capítulo 2º, Sección II, p. 59 y ss.; Halliday, Terence C. y Osinsky, Pavel, “Globalization of law”, en *Annual Review of Sociology*, Vol. 32, pp. 447-470, agosto, 2006, disponible en [http://clg.portalxm.com/vault/2440/editor/File/Halliday\\_Osinsky\\_Globalization\\_and\\_Law.pdf](http://clg.portalxm.com/vault/2440/editor/File/Halliday_Osinsky_Globalization_and_Law.pdf), quienes dicen que: “los sucesores de los estados coloniales son ahora los gobiernos transnacionales (p. ej. la Unión Europea), las naciones hegemónicas y sus agencias (EEUU, agencias para el desarrollo, el Reino Unido bajo Thatcher), instituciones financieras internacionales (p. ej. FMI, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo), cortes de justicia (p. ej. Corte Europea de Justicia, Corte Mundial), fundaciones privadas (p. ej. Fundación Ford) y las Naciones Unidas”, p. 455.

En cuanto a lo segundo (jurisdicción) se han creado organismos jurisdiccionales supranacionales en virtud de organizaciones de carácter genérico (como las organizaciones regionales, tipo Unión Europea),<sup>76</sup> y también en las resultantes de tratados de contenido particular, tal puede ser la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, suscripto el 22 de noviembre de 1969),<sup>77</sup> en cuyo Capítulo VIII se instituye la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>78</sup> Además, la actuación tiene relevancia de tribunales arbitrales, generalmente de origen privado, a los que nos vamos a referir más adelante.

El tema de la erosión de las soberanías también ha motivado críticas de parte de la doctrina no sólo por la presencia de fuentes no nacionales aplicables al interior o en las relaciones de los Estados, sino también porque, en ciertos casos, algunos Estados o grupos de Estados (u organismos multilaterales) impulsan a otros la adopción de regulaciones internas,<sup>79</sup> o bien

76. En la que se constituyó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo. De igual manera en el ámbito del MERCOSUR y de otras comunidades regionales también funcionan tribunales de Justicia con diferentes competencias. En la actualidad el Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR se encuentra regulado en el Protocolo de Olivos (PO), firmado el 18 de febrero de 2002 y vigente desde el 1 de enero de 2004; en el Pacto Andino el Tribunal de Justicia Andino (sede en Quito, órgano jurisdiccional creado en 1996, entrando en funciones en 1999 y reformado en 2001); entre otros.

77. Incorporado en la legislación argentina por la Ley 23.054 del 19 de marzo de 1984 y posteriormente incluida como “Pactos Constitucionales” en la reforma de la Constitución de 1994, artículo 75, inciso 22. De los países de la región (Norte y Sudamérica) muy pocos no lo ratificaron (Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Estados Unidos, Guyana, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía y St. Vincent y Grenadines).

78. En Argentina se debate si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es o no una instancia superior a la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que ha sido analizado con precisas referencias a la doctrina nacional, a los fallos de la Corte Suprema de Justicia y a los de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en: Badeni, Gregorio, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia jurisdiccional superior de la Corte Suprema de Justicia”, en Anticipo de *Anales*, Año LIV, Segunda Época, Número 47, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, julio de 2009.

79. En el momento en que escribo este trabajo, la Unión Europea y el Fondo Monetario Internacional han reclamado de Grecia la adopción de severas medidas de ajuste económico, sancionadas recientemente. También sugieren algunas reformas a otros países, como España, Portugal, Irlanda e Italia. Un crítico de estas formas de actuar es el

instituyen tribunales penales especiales.<sup>80</sup>

También se ha señalado que el poder ejercido por un Estado sobre su territorio no importa un límite a las fuentes del derecho ajenas al propio Estado ni a su jurisdicción, salvo principios de orden público o razones

---

Premio Nobel Joseph Stiglitz en *El malestar en la globalización*. Casualmente, y con igual sincronía, en el diario *La Nación* del 4 de julio de 2011 aparece un comunicado del Eurogrupo con relación a Grecia y el periódico la titula “Advierte la UE: Grecia perderá soberanía”, y, entre otros aspectos, dice: “Bruselas. Los ministros de Finanzas de la zona euro advirtieron ayer al gobierno griego que el país verá fuertemente limitada su soberanía al poner en marcha el plan de privatizaciones y asumir la pérdida de miles de empleos por la crisis. La eurozona liberó anteayer el último tramo del primer rescate a Grecia por un valor de unos 17.000 millones de dólares. El monto total de ese rescate, aprobado el año pasado, fue de 157.000 millones de dólares. El presidente del Eurogrupo, el primer ministro de Luxemburgo, Jean-Claude Juncker, fue el encargado de transmitir al gobierno griego la advertencia de los socios comunitarios: la ayuda de la Unión Europea (UE) y del Fondo Monetario Internacional (FMI) tendrá consecuencias desagradables. ‘La soberanía de Grecia será enormemente limitada’, dijo Juncker a la revista alemana *Focus*, en una entrevista publicada ayer”.

80. El *Estatuto de Roma* es el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional, fue adoptado en la ciudad de Roma, Italia, el 17 de julio de 1998 y, a la fecha de redacción de este trabajo, fue ratificado por 115 países, entre ellos la Argentina el 8 de febrero de 2001 (resalta la no ratificación por parte de Estados Unidos). Es un tribunal de justicia internacional permanente cuya misión es juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, sancionada el 26 de noviembre de 1968 por la Asamblea General de la ONU, fue adoptada por numerosos países y en Argentina mediante la Ley 24.584 del 23 de noviembre de 1995, a la que se aplica la parte final del inciso 22, del artículo 75 de la Constitución Nacional, es decir, sólo puede ser derogada por decisión de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara y denuncia por el Poder Ejecutivo, por tanto, tiene jerarquía constitucional. También véase la Convención Interamericana sobre la Desaparición forzada de Personas del 9 de junio de 1994, ratificada por Argentina por Ley 24.556 del 11 de octubre de 1995, art. VII. No es objeto de este trabajo tratar el tema del uso de la fuerza militar, con distintos fundamentos, para la intervención en Estados que no la solicitan (por ejemplo, Afganistán) o bien para crear tribunales criminales *ex post* (Baldassarre, *op. cit.*, Prefacio, p. IX a XI), los que fueron establecidos por las Naciones Unidas, entre otros, para tratar los casos de Yugoslavia, Ruanda y, según noticias periodísticas, contra el presidente de Libia, Kadafi. Parte de la doctrina niega que estos Tribunales puedan enmarcarse dentro del proceso de globalización.

constitucionales.<sup>81</sup> Por eso se ha dicho que, en algunos campos, podría tratarse de un derecho difuso o dual,<sup>82</sup> con debates sobre su validez y eficacia.<sup>83</sup>

Sabino Cassese piensa que los ordenamientos públicos globales escapan al dominio del Estado para formar un derecho público no estatal, no pueden ser restringidos a cada Estado o tomados como extensiones de éstos. Más bien los superan y, como afirma el autor, se imponen.<sup>84</sup>

81. Véase Baldassarre, *op. cit.*, Capítulo 3, p. 50 y ss., quien habla de la *desterritorialización de la economía de las relaciones sociales, semisoberanía o hipersoberanía* (p. 59 y ss.), de la expropiación universalística de la ciudadanía (p. 65 y ss.), y luego habla de lo que llama la “ingerencia humanitaria contra la soberanía estatal”, la “fuerza expansiva del *nomos global*” y la transformación del sistema internacional (p. 79 y ss.). Roland Robertson habla de la *glocalización*: “Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity”, en Featherstone, M., Lash, S. and Robertson, R. (eds.), *Global Modernities*, Sage, London, 1995. Véase Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 19, y la cita de la traducción española del último artículo, en la nota 9; Halliday, Terence C. y Osinsky, Pavel, “Globalization of law”, en *Annual Review of Sociology*, Vol. 32, pp. 447-470, agosto, 2006, disponible en [http://clg.portalxm.com/vault/2440/editor/File/Halliday\\_Osinsky\\_Globalization\\_and\\_Law.pdf](http://clg.portalxm.com/vault/2440/editor/File/Halliday_Osinsky_Globalization_and_Law.pdf), señalan que Silbey dijo “el control sobre el territorio es reemplazado por ‘colonización de la conciencia’”; López Ayllón, *op. cit.*, p. 7 y ss., se refiere a los ámbitos de acción deslocalizados y sus problemas normativos.

82. Capella, Juan Ramón, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al Estudio del Derecho y del Estado*, Trotta, Madrid, 2008, p. 267 y ss.

83. Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 59; Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, LexisNexis - Abeledo-Perrot, con estudio preliminar de Jorge Salomoni, Buenos Aires, 2003, p. 30 y ss.; Barra, *op. cit.*, señala que “tal como está hoy planteada la globalización es un sistema inestable ya que no ha encontrado su punto de equilibrio”. Ferrajoli, Luigi, “Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización”, LL, 2005-F, 1199, desarrolla una severa crítica de la globalización desde el punto de vista del derecho, especialmente del derecho público, y dice que el vacío producido “...ha derivado en una anomia general y una regresión neoabsolutista tanto de las grandes potencias como de los grandes poderes económicos transnacionales [...] como una suerte de nueva *Grundnorm* del así llamado nuevo orden político internacional”: del mismo autor, “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *op. cit.*, p. 37 y ss. Véanse también al respecto los trabajos de: D’Aspremont, Jean, “The rise and fall of democracy governance in International law: a reply to Susan Marks”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 20, N°2, EJIL, 2011, pp. 549-570 y Wheatley, Steven, “A democratic rule of international law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 2, p. 525/548. En sentido crítico, también Juan-Ramón Capella, *op. cit.*, p. 24 y FRASE, Nancy, “Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado”, en “Anales de la cátedra Francisco Suárez”, *cit.*, p. 70 y ss.

84. Cassese, *op. cit.*, p. 41; en sentido contrario ver De Sousa Santos, Boaventura, “El uso contrahegemónico del derecho en la lucha por la globalización desde abajo”, en *Anales*

Ellos responden a la exigencia de la *global governance*,<sup>85</sup> es decir, de controlar la globalización, con su formación histórica independiente a la de esos mismos Estados. Se presentan casi sin estructura, como un instrumento agregado de organizaciones generales, sectoriales y de acuerdos, fusionándose componentes nacionales e internacionales.

El mismo autor agrega que *global governance* presenta un carácter compuesto, en razón de los elementos jurídicos que lo integran, sean estatales, supranacionales e internacionales, de manera de encontrarse integrados e interdependientes; y un carácter funcional referido a los valores que se pretenden gobernar, siendo en este caso valores económicos y materiales.

Concluye así que: “en el *global governance* juega un rol dominante la administración, más que la política. Por ello para ésta no se plantean problemas propios de los cuerpos políticos de los Estados, como aquellos de la ciudadanía, la representación, la democracia, sino más bien los del *rule of law*, *expertise*, *accountability*, *speedy*, *fairness*, *due process of law*, transparencia”.<sup>86</sup>

En su ya recordada obra sobre el tema, Galgano afirma: “La actual caída del gobierno público de la economía no es sólo el producto de una conversión al liberalismo. En la base política de las privatizaciones hay también, y

---

de la cátedra Francisco Suárez, *op. cit.*, p. 363 y ss., donde entre otras reflexiones dice: “La segunda forma de *fascismo social* es el *fascismo paraestatal*. Éste se refiere a la usurpación de los elementos que son patrimonio exclusivo del Estado (como la coerción y la regulación social) por actores sociales muy poderosos que, a veces, cuentan con la complicidad del Estado...” (p. 374) y “el *fascismo contractual* tiene lugar, en situaciones que ya hemos descrito en las cuales la discrepancia entre las partes de un contrato civil es tal que la parte más débil –vulnerable al no tener alternativa– acepta las condiciones impuestas por el más fuerte, por muy costosas y despóticas que sean”. Después se ocupa del *fascismo territorial*, el de la *seguridad*, el *financiero*, habiéndose referido antes al *fascismo del apartheid social*.

85. Dice el autor que: “el *global governance* [...] no se ha formado por superposiciones, sino por cooperación. Sus problemáticas principales no son las de la soberanía, las relaciones centro-periferia, la representatividad, sino las de las decisiones conjuntas, la colaboración y el *rule of law*”, Cassese, *op. cit.*, p. 44.; realiza una exposición crítica en varios artículos Teubner, Gunther, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Armando Editore, Roma, 2005; véase también el comentario final de Riccardo Prandini, en la obra anterior, p. 191 y ss.

86. Cassese, *op. cit.*, p. 46 y sus notas respectivas.

quizás haya especialmente, un cambio más general de las condiciones y de los espacios dentro de los cuales se desenvuelve la competencia económica. Las condiciones de la competencia susceptible de correcciones políticas, y los espacios de competencia dentro de una economía nacional, no son concebibles en la actual economía transnacional. [...] El escenario resultante contradice la fórmula de Smith de la riqueza de las naciones. *La riqueza no tiene nación, las naciones no tienen riqueza*. También la idea misma de nación cambia de significado. [...] Se quiere sustraer de su área de influencia, para entrar en un área de influencia diferente. A la soberanía nacional, no asociada más a una riqueza nacional, le queda sólo un dato nominalista. La adhesión a entidades supranacionales es para los Estados una renuncia a la propia soberanía sólo en sentido formal. En términos sustanciales estas adhesiones nacen del conocimiento de que la dimensión nacional no es más la dimensión idónea para un efectivo ejercicio de la soberanía”<sup>87</sup> (los destacados son agregados).

Rafael Domingo, desde otra visión, afirma que la nueva realidad global tiene intereses comunes y que el nuevo orden social y jurídico contempla las necesidades humanas, tomando a la persona humana como nueva base de la estructura global, por lo tanto, la capacidad y reflexión jurídica debe modernizarse, siendo un desafío histórico y el punto de partida para la elaboración de un nuevo sistema. Según el autor, el derecho globalizado promueve

87. Galgano, *op. cit.*, pp. 36-37. Véase también: Escuti, Ignacio A., “Globalización y proyecto de reforma legislativa”, *LL*, 2005-F, 945, quien dice: “los países desarrollados marcaron la agenda de la globalización... aunque ello no implica la desaparición de los demás estados nacionales”; Held, David, “¿Hay que regular la globalización?”, en *Claves de razón práctica*, enero-febrero 2000, N°99, p. 4 y ss., se refiere al hablar de la transformación de la democracia a la existencia “*de comunidades de destinos superpuestas*”, esto es un estado de cosas en la que la suerte y las perspectivas de las diversas comunidades políticas son cada vez más interdependientes”, señalando después que “el proyecto aspira a especificar los principios y las medidas institucionales necesarios para poder exigir responsabilidad a las sedes, hay formas de poder que actualmente operan más allá del alcance de un control democrático”, p. 8; *idem* Held, David, “Los principios del orden cosmopolita”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *op. cit.* p. 133 y ss.; Méndez Francisco, Luis, “La globalización y el estado nacional”, Foro Internacional sobre globalización, “Alternativas a la globalización económica”, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 135-152, ver *supra* nota 71.

nuevas instituciones que transforman el modo de actuar de los operadores internacionales, mitigando las iniquidades existentes entre personas y naciones. Todo este desarrollo se debe dar de manera gradual, tomando ya los avances producidos por el derecho internacional.<sup>88</sup>

En definitiva, en nuestro criterio, deberemos tratar de equilibrar las ventajas para el aprovechamiento en beneficio de la humanidad en su conjunto y de una progresiva equiparación de los pueblos tendientes gradualmente al ideal de igualdad. La acción de la comunidad internacional, de los organismos plurinacionales, de las regiones y de los gobiernos también deberá tender a eliminar paulatina pero firmemente las llamadas desventajas de la globalización en los campos político, económico y social.

En este acápite nos queda referirnos a la posición de la *democracia política* frente a la globalización. A ese respecto, una importante bibliografía ha indicado la concepción de una parte de la doctrina en el sentido de la afectación del régimen democrático de gobierno por los avances de los ejes centrales de la producción de directrices políticas (y normativas) del mundo globalizado.<sup>89</sup> Garrido Gómez sostiene que “Así, como verá, la democracia es cada vez menos representativa, menos participativa y alcanza cotas menores de emancipación ciudadana. Al hilo de estos argumentos, el desplazamiento

88. Domingo, Rafael, *The New Global Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010, Capítulo 5, p. 98 y ss.

89. Baldassarre, *op. cit.*, *passim* y su extensa bibliografía. En su capítulo final propone un sistema que armonice ambas cuestiones, para lo cual propicia globalizar la solidaridad y crear una Agencia Mundial para el Desarrollo Global, p. 363 y ss., a pesar que en la página 248 había razonado que “el liberalismo global sin adecuados contrapesos ‘colectivos’ (*al momento no imaginables*) puede socavar seriamente, como hoy, la libertad humana y la democracia liberal. Con una diferencia: esta vez el problema es, justamente, global”. Véase también Ferrajoli, Luigi, “Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización”, LL, 2005-F, 1199; Galgano, Francesco - Marrella, Fabrizio, “Interpretación del contrato y *Lex mercatoria*”, en *Revista de Derecho Comparado*, N°3, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 7 y ss., hablan de “El advenimiento de la tecno democracia”, p. 24; Held, David, “¿Hay que regular la globalización?”, en *Claves de razón práctica*, enero-febrero 2000, N°99, p. 4 y ss.; Jáuregui, Gurutz, “Globalización y democracia”, en *Claves de razón práctica*, enero-febrero 2000, N°99, p. 12 y ss.; Zekos, Georgios I., “Cyberspace and Globalization”, en *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)*, 2002, disponible en [http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2002\\_1/zekos/](http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2002_1/zekos/), 2002. Ver *supra* citas de nota 83.

de los poderes de decisión jurídica origina una necesidad de organismos, de mecanismos y de sistemas supranacionales de coordinación. De esos procesos deriva una pulverización de los cauces de legitimación democrática a favor de una legitimación técnica apoyada en exigencias de funcionamiento que son inherentes a la estructura del sistema”.<sup>90</sup>

A pesar de tales afirmaciones contundentes, hemos analizado que la mayoría de los autores, aun críticos, sostienen la posibilidad de la adecuación de los de sistemas democráticos a las exigencias de la sociedad global.<sup>91</sup> Así lo reconoce el informe de la CEPAL cuando afirma que “A pesar

90. Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 25. Véase también Galgano, *op. cit.*, en p. 93 y 94, dice: “La globalización impone un retroceso general de las instituciones de la democracia representativa. Tiende a cambiar la organización interna de cada Estado, dentro del cual las autoridades tecnocráticas tienen la delantera sobre las autoridades políticas, y siempre nuevas *authorities* independientes ocupan el lugar de los cuerpos electivos. Éstas son más abiertas a los circuitos internacionales, menos ligadas a intereses locales y más idóneas para dialogar dentro de la sociedad global. Este ‘déficit de la democracia’ invierte poderes supremos de decisión. [...] son apenas tecnocracias, desprovistas de investidura popular. La vocación democrática de nuestro tiempo requiere la elección directa de los cargos municipales y locales, no obstante nadie se opone a la designación directa (no electiva) de los hombres más poderosos de la Tierra, como son aquellos que gobiernan el costo del dinero”. Asimismo véase la obra citada, p. 211 y ss., el capítulo llamado “La legitimación alternativa de la democracia”. En este sentido, véase Ferrajoli, *La crisis de la democracia en la era de la globalización*, *op. cit.* especialmente p. 43 y ss., donde finalmente brega por un “Constitucionalismo mundial”.

91. Barra, *op. cit.*; Carta Encíclica “Caritas in Veritate”, *op. cit.*, apartado 24, donde dice: “En nuestra época, el Estado se encuentra con el deber de afrontar las limitaciones que pone a su soberanía el nuevo contexto económico-comercial y financiero internacional, caracterizado también por una creciente movilidad de los capitales financieros y los medios de producción materiales e inmateriales. Este nuevo contexto ha modificado el poder político de los estados. Hoy, aprendiendo también la lección que proviene de la crisis económica actual, en la que los poderes públicos del Estado se ven llamados directamente a corregir errores y disfunciones, parece más realista una renovada valoración de su papel y de su poder, que han de ser sabiamente reexaminados y revalorizados, de modo que sean capaces de afrontar los desafíos del mundo actual, incluso con nuevas modalidades de ejercerlos. Con un papel mejor ponderado de los poderes públicos, es previsible que se fortalezcan las nuevas formas de participación en la política nacional e internacional que tienen lugar a través de la actuación de las organizaciones de la sociedad civil; en este sentido, es de desear que haya mayor atención y participación en la *res publica* por parte de los ciudadanos”. Al respecto: Cassagne, Juan Carlos, “La Encíclica Caritas in Veritate

de estas dificultades, se sigue reconociendo que la democracia es la mejor manera de establecer una agenda de desarrollo y que el buen gobierno se caracteriza por un perfeccionamiento del diseño, la gestión y la evaluación de las políticas públicas, entendidas como una unidad analítica y operativa del gobierno”.<sup>92</sup>

Como conclusión, una vez más, se trata de equilibrar el peso de la globalización en sus esferas económicas y políticas, con la vigencia de los principios democráticos proclamados, incluso, como esenciales en la pertenencia a algunos organismos regionales significativos.<sup>93</sup>

---

(Reflexiones sobre la justicia, el mercado, el papel de los poderes públicos y de las personas en el proceso de globalización)”, *ED Suplemento Administrativo*, 2010-399.

92. CEPAL, *op. cit.*, Parte I, p. 24, con citas de Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Nueva York, 1999 y de Lahera, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas (LC/R. 1936)*, Santiago de Chile, 1999. Más adelante considera que “En tal sentido, se podría afirmar categóricamente que no tiene sentido fomentar la democracia como valor universal si no se permite que los procesos nacionales de representación y participación influyan en la determinación de las estrategias de desarrollo económico y social, y ejerzan una mediación de las tensiones propias del proceso de globalización [...] es poco realista postular simultáneamente las virtudes de la globalización y de la desintegración del Estado. El papel del Estado social y generador de externalidades tecnológicas e institucionales es y seguirá siendo importante. En un mundo de riesgos globales, la consigna de sustituir la política y el Estado por la economía es cada vez menos convincente”. En cuanto a la participación de las minorías, véase el trabajo de Kimlycka, Will, “Las bases morales y las funciones geopolíticas de las normas internacionales de los derechos de las minorías: Un estudio del caso europeo”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *op. cit.*, p. 173 y ss.

93. Organización de Estados Americanos (OEA), “Carta Democrática Interamericana”, 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú, artículo 21: “Cuando la Asamblea General, convocada a un período extraordinario de sesiones, constate que se ha producido la ruptura del orden democrático en un Estado Miembro y que las gestiones diplomáticas han sido infructuosas, conforme a la Carta de la OEA tomará la decisión de suspender a dicho Estado Miembro del ejercicio de su derecho de participación en la OEA con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados Miembros. La suspensión entrará en vigor de inmediato. El Estado Miembro que hubiera sido objeto de suspensión deberá continuar observando el cumplimiento de sus obligaciones como miembro de la Organización, en particular en materia de derechos humanos”.

## 5. Globalización y Derecho

### 5.1. Presentación

En consonancia con nuestra opinión, en el sentido de que la globalización se origina en la eclosión de las comunicaciones,<sup>94</sup> el papel del derecho se vincula necesariamente con esas realidades técnicas y sus consecuencias en los distintos campos que hemos analizado.<sup>95</sup>

94. *Supra* punto 1.4. La globalización alcanza a distintas ramas del derecho, el derecho internacional, el derecho administrativo, el derecho penal, el derecho del trabajo, el derecho del consumo, el derecho de las comunicaciones, el derecho del medio ambiente, mercado de capitales, e incluso, entre otros, en los ámbitos de la resolución de conflictos. Al respecto, véase Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 95 y ss.; Brito, Mariano, “Globalización y derecho administrativo”, Instituto Electoral del Estado de México (IEEM), *Revista de Antiguos Alumnos*, ISSN 1510-4214, Año 4, N°13, diciembre 2001, pp. 76-82 disponible en [http://socrates.ieem.edu.uy/articulos/archivos/513\\_globalizacion%20y%20derecho%20administrativo.pdf](http://socrates.ieem.edu.uy/articulos/archivos/513_globalizacion%20y%20derecho%20administrativo.pdf); Bruno, Eugenio A., “Aspectos legales de la globalización de los Mercados de Capitales”, *LL*, 2001-E, 1190 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, Tomo 1, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 283; Kingsbury, Benedict, “The concept of ‘law’ in global administrative law”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 20, N°1, EJIL, 2009. Compárese: Menéndez Menéndez, Aurelio, “El derecho mercantil como categoría dogmática”, en *Estudios de Derecho Mercantil*, en memoria del Profesor Aníbal Sánchez coordinado por Andrés Juan Carlos Saénz García de Albizu, Aurora Martínez Flórez y Fernando Oleo Banet, Civitas-Thompson Reuters, Navarra, 2010, p. 45 y ss., quien señala que ciertas concepciones del derecho económico o de un ordenamiento del mercado como teorías sobre derecho mercantil, que tienen un carácter *totalizador*, refiriéndose después a ese derecho como un *sistema de unidades anclado en la superior estructura económica del mercado*.

95. Centralmente referidos a la economía y a la estructura política de los Estados; pero también en cuanto a sus evidentes consecuencias sociales, demográficas, ambientales, urbanísticas, etc. Un lúcido análisis de la relación entre derecho y globalización es el efectuado por Bonell, Michael J., “Un dialogo su globalizzazione e diritto”, en *Contratto e Impresa*, N°4-5, 2007, CEDAM, Padua, p. 1345 y ss. Una también lúcida visión del derecho en la sociedad “cada vez más cosmopolita, como es la globalización” y el rol de la teoría del derecho, con sus principales problemas y abordajes, puede verse en Twining, William, “Teoría general del derecho” en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *op. cit.*, p. 596 y ss., donde destaca, entre otros temas, que la filosofía del derecho pierde contacto con la práctica jurídica y la realidad (p. 612) y que puede comprobarse una estrechez de miras, destacando la importancia del derecho no estatal (p. 618 y ss.), seguido de importantes reflexiones y extensa bibliografía. Un interesante trabajo referido casualmente a

Si bien no parece que el derecho sea el *generador* de esas primeras realidades, tampoco su papel es puramente instrumental o secundario. Los valores que necesariamente encierra todo sistema jurídico llevan a concluir que el derecho recoge ese contexto, lo modula y, finalmente, construye, como una obra de ingeniería social, la norma que regulará las conductas futuras.<sup>96</sup> Consecuentemente, estamos en el momento de estudiar los impactos de la globalización en los sistemas jurídicos, advirtiendo que se trata de un proceso de gran velocidad no sólo por los adelantos tecnológicos que se expanden con rapidez por el mundo<sup>97</sup> sino por acontecimientos de gran resonancia

---

los derechos intelectuales surgidos de inserciones en Internet, puede leerse en: Jongitud Zamora, Jaqueline, “Contradicciones de la globalización: surgimiento del copy-left”, *Revista telemática de filosofía del derecho*, N°10, 2006/2007, pp. 141-174, disponible en [www.filosofiyderecho.com/rtfd](http://www.filosofiyderecho.com/rtfd), quien señala que “el *copyleft* constituye una derivación del movimiento del *software* libre, como una flexibilización del *copyright*” (p. 164 y ss.), ideado por Richard Stallman. También: Montoya Alberti, Ulises, “La Globalización Jurídica”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 300, quien se refiere a las distintas ramas del derecho, pero considera que “es en el campo mercantil donde se puede apreciar en una mayor magnitud este proceso de globalización jurídica”.

96. Nos permitimos remitir a nuestro antiguo trabajo, Alegría, Héctor, *Algunas cuestiones de derecho concursal*, Ábaco, Buenos Aires, 1975, en especial p. 28 y ss., donde concluimos que “En este sentido podremos volver a concebir al jurista actual como ‘experto de la vida asociativa, sea de su antigua función mediadora del equilibrio social’ o, según otros lo vieron, como ‘el técnico ingeniero de la forma jurídica, reservándole una constante actividad de creación y adecuación de la estructura jurídica a las exigencias de la vida asociada’”, p. 32 y las citas de las notas 16, 17 y 18. También remitimos a nuestro trabajo “La Justicia como valor en el derecho y en el proyecto de vida”, Conferencia pronunciada al recibir el “Premio Justicia 2009”, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Buenos Aires, 15 de octubre de 2009 (existe separata, edición del autor, Buenos Aires, 2010).

97. Galgano, *op. cit.*, pp. 20-21, donde después de afirmar que “el derecho no tardó en adecuarse”, señala, con relación a la revolución digital, que “Parece proyectar las relaciones entre los hombres fuera del tiempo y del espacio hacia un espacio no físico, el *cyberespacio*, por lo tanto es también Revolución espacial y Revolución multimedia. Es una suerte de espacio vacío en el derecho, donde las normas jurídicas son suplantadas por la tecnología, que ocupa su lugar, decretando el ocaso del derecho”; en sentido esencialmente similar: Rossi, Guido, “Crisi del capitalismo e nuove regole”, en *Rivista delle Società*, Giuffrè, sept.-oct. 2009, p. 929 y ss.

debido a los cuales estamos en curso de una nueva crisis económica *global*.<sup>98</sup>

### 5.2. Las fuentes del derecho

Está generalizada la opinión de que con la globalización, tal como la hemos presentado hasta ahora, se ha trastocado el orden clásico de las fuentes del derecho.<sup>99</sup>

El tema es de singular importancia, porque a la problemática propia de la identificación del concepto que debe atribuirse al giro *fuentes del*

98. Ver nuestros trabajos Alegría, Héctor, “La intervención del Estado en el saneamiento de la empresa”, publicado en *La Ley*, Suplemento de Concursos y Quiebras, noviembre de 2009 (sobre la base de la Ponencia del autor en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano, Italia, 23 de septiembre de 2009); y en “La crisis global y los impactos (duraderos y pasajeros) en el derecho concursal. Enseñanzas y conclusiones”, en *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Año I, N°1, septiembre de 2010, *La Ley*, Buenos Aires, 2010 (sobre la base de una disertación pronunciada en Santa Fe, Argentina, en Homenaje al Dr. Ricardo S. Prono, agosto de 2010), en los que analizamos algunas medidas excepcionales que caracterizan la etiología, los paliativos y sus posibles interpretaciones como precedentes para el futuro. Más adelante vamos a referirnos a la situación actual y a sus eventuales consecuencias sobre los cambios políticos y económicos en el equilibrio mundial y su impacto sobre los temas que hemos desarrollado hasta ahora. Véase también Santa María, Alberto, “Principi etici e cooperazione internazionale nei rapporti económico-finanziari”, *Giur. Comm.*, N°24.4, octubre-diciembre 2010, Giuffrè, Milán, p. 771 y ss., especialmente p. 786 y ss.; Fuentes Naharro, Mónica y Fernández Torres, Isabel, “Conclusiones de ‘The financial crisis inquiry report’”, sobre este informe aparecido el 27 de enero de 2011, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, dir. por Juan Sánchez-Calero Guilarte, N°121, enero-marzo 2011, pp. 191-205, quienes concluyen: “todavía hay mucho que aprender, mucho que investigar y mucho que arreglar. Ésta es nuestra responsabilidad colectiva”.

99. Sobre el tema un trabajo reciente de Pérez Luño, Antonio-Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, *La Ley*, Madrid, junio de 2011, trata con amplitud distintos aspectos, siendo interesante enumerar los capítulos de tal libro: I. “Itinerarios doctrinales de las fuentes del Derecho”; II. “Las fuentes del Derecho y su problemática actual”; III. “La deconstrucción de la ley en el constitucionalismo global”; IV. “¿Qué significa juzgar? La función judicial como fuente del Derecho”; V. “Aspectos y funciones de la equidad”; VI. “Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?”; VII. “Sobre la normatividad de los usos sociales”. Cada capítulo contiene una adecuada bibliografía y el autor recuerda en el Prólogo que se refirió al tema al ingresar a la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, el 12 de diciembre de 1993. Agradezco al Prof. Pérez Luño haberme participado de la aparición de su obra.

*derecho*,<sup>100</sup> se agrega la ruptura del esquema clásico del derecho nacional estatal de conformación “piramidal”, al decir de Kelsen y sus seguidores,<sup>101</sup> con la aparición de “nuevas fuentes” producidas por organismos internacionales, públicos o privados, la fuerza jurígena de los contratos,<sup>102</sup> la fuerza

100. Remitimos nuevamente al libro de Pérez Luño, citado en la nota anterior, p. 17 y ss. y su mención de las siete acepciones enumeradas por Légaz y Lacambra, y las catorce finalmente elaboradas por Barna Horvath, para concluir con su propia clasificación en las pp. 63 a 69, con análisis de las opiniones contemporáneas. Véase también Romero, Pilar, “Las fuentes de las normas de la modernidad a la posmodernidad”, Universidad Nacional del Centro, disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/886/735>.

101. Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 47 y ss. y en especial el Capítulo III llamado “De la pirámide kelseniana de la pluralidad de redes”, donde habla del pluralismo de fuentes y las tentativas de reconstruir un orden sistemático. Véase también: Dutrey Guantes, Yolanda, “La repercusión de la globalización económica en las fuentes del Derecho privado: de la tradicional reciprocidad a la universalidad”, en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 2004, p. 271 y ss.; Prandini, Riccardo, “La ‘constituzione’ del diritto nell’epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell’opera di Gunther Teubner”, en Teubner, *op. cit.*, p. 191 y ss.; Pérez Luño, Antonio-Enrique: “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, número 20, 2007, p. 495 y ss., expresa: “La morfología del ordenamiento jurídico, inferida de la concepción kelseniana, evocaba la imagen de una pirámide o estructura piramidal, cuyo vértice venía constituido por la *Grundnorm*. Frente a esa representación el actual significado de los sistemas jurídicos reclama una simbolización que se aproxima más a una *bóveda* que a una *pirámide*” (p. 510); Ost, François y Van de Kerchove, Michel, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruselas, 2002. En este sentido véase: Frase, Nancy, “Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, *op. cit.*, p. 70 y ss.

102. Ver Galgano, *op. cit.*, Capítulo 4, p. 105 y ss. Véase también Roppo, Vincenzo, “Il contratto e le fonti del diritto”, en *Contratto e Impresa*, 2001-3, CEDAM, Padua, p. 1082 y ss., donde después de analizar el contrato como norma y sus evidencias empíricas, estudia las paradojas de la globalización, entre ellas, el mercado del derecho o los mercaderes del derecho y dice: “Podría decirse que *normas creadas a golpe del contrato*, porque el contrato hace la praxis; la praxis genera el uso y el uso crea la norma”, después estudia las fuentes heterónomas creadas por el contrato y el derecho externo, analizando las vertientes comunitarias de normas sobre contratos, donde afirma que “la reducida influencia institucional que Italia ejercita en Bruselas hace que el texto final de las directivas refleje generalmente modelos no italianos”; también se refiere a las fuentes administrativas nacionales e internacionales del contrato que “puede poner al estudioso del derecho de los

vinculante de la llamada “*lex mercatoria*”, y aun de reglas devenidas de los usos comerciales, sobre todo internacionales, y de la vagamente descrita “*soft law*”.<sup>103</sup>

Esta realidad nos vuelve a plantear dos situaciones que ya hemos mencionado: a) la pérdida de vigencia del concepto de *nacionalidad*, como referido al poder absoluto y excluyente del Estado para implantar y juzgar sobre sus propias normas jurídicas; y b) la paralela pérdida del criterio de *territorialidad*, como base geográfica de referencia de la vigencia de las leyes y del poder del Estado.

Finalmente, esta múltiple entrada y variada naturaleza de las fuentes del derecho, que algunos describen como el *desorden global*,<sup>104</sup> requiere un

---

contratos un inédito problema de fuentes: el problema de la reserva de ley. [...] que puede llevar al interrogante de si esas fuentes subprimarias invaden un campo reservado exclusivamente a las leyes o de actos que tengan fuerza de ley”; refiriendo posteriormente a la tutela constitucional del contrato y de la libertad contractual.

103. Nos referimos a estos puntos en especial más adelante. Es interesante destacar, sin embargo, que Galgano dice, con respecto a la evolución del derecho en las décadas posteriores al fin de la Primera Guerra Mundial, que “...no faltan autores que a partir de la Primera Guerra Mundial, con una exasperación estatista y nacionalista propia del siglo veinte, descubren una crisis tan profunda en la tradición jurídica occidental, asaz más grave que todas las precedentes como para ‘conducirla virtualmente al colapso’. *El estatismo y el nacionalismo del derecho no son factores de progreso, sino de crisis del derecho*” (los resaltados son nuestros). Y después afirma “A esta posible objeción se puede, ante todo, replicar que, tal como ha sido repetido recientemente, ‘para hacer una verdadera revolución es necesaria más de una generación’. No debemos limitarnos a considerar lo que el nuevo sistema de las fuentes ha ocasionado hasta ahora, pero debemos considerar lo que ello puede producir en el futuro, justamente en razón de sus caracteres nuevos y específicos, o sea después de la transición [...] donde entran en competencia con el derecho del Estado-nación los derechos espontáneos, tal como la *lex mercatoria*, y además, gracias al *shopping* del derecho, los distintos derechos de diversos Estados-nación, produciendo un sistema de reglas de resultados cuya evolución resulta imprevisible”, pp. 42 y 43; De Miguel Berian, Iñigo, “¿El derecho, moneda de cambio? ‘Regulatory Competition’ en la era de la globalización”, en *Revista de Derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), N°2, 2007, p. 121 y ss., quien brinda un muy importante panorama de la competencia entre las leyes. Véase también: Petersen, Niels, “How rational is International law?”, *Oxford Journals - European Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 4, pp. 1247-1262.

104. Valentino, Daniela, “Globalizzazione economica e *disorder of law*. Un esempio: la *battle of forms* e il principio del *mirror-image rule*”, en *Contratto e Impresa*, dirigido por

replanteamiento del concepto del derecho como *sistema*,<sup>105</sup> y también y consecuentemente, los conceptos de vigencia y validez.<sup>106</sup>

Si bien algunos autores requieren para un rescate de la sistematicidad del “derecho de la globalización” la existencia de un poder central,<sup>107</sup> otros

Galgano, Francesco, CEDAM, marzo-abril, 2010, p. 392 y ss.; Baldassarre, *op. cit.*, p. 109 y ss., con especial referencia a las relaciones internacionales.

105. Block-Lieb, Susan y Halliday, Terence, “Incrementalisms in Global Lawmaking”, en *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 32, 2007, Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 964425, señala el incremento de fuentes y destaca además de muchos ejemplos, lo que llama incremento vertical y el incremento horizontal y la conjunción de ambos. Cassese, *op. cit.*, pp. 992-993, entiende que un sistema legal, unitario y cosmopolita todavía no está en el horizonte, y “...eso ayudaría a demostrar la extraordinaria habilidad de los instrumentos legales al momento de coexistir, de coincidir, de ordenarse, e incluso, integrarse”. En un interesante debate, Robert Alexy afirmó: “Corresponde a la naturaleza del derecho que tenga un carácter sistemático. Esto no excluye que, en determinadas circunstancias, se pueda utilizar un concepto de derecho más limitado, que se refiera únicamente a la promulgación dotada de autoridad y la eficacia social. No obstante el derecho es un ente complejo: no se agota en este rasgo” en *Debate*, moderado por Franz Wellman, el 27 de mayo de 2005, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, ya citado, p. 743 y ss., la frase está en p. 768.

106. Baldassarre, *op. cit.*, quien a partir de la p. 118 y ss. critica la falta de institucionalización del sistema global y lo que llama “ultraactividad del sistema dualístico”, e identifica como propio de la etapa preglobal y que si bien por razones comprensibles continúa la nueva etapa, perjudica el significado del sistema por ausencia de una autoridad institucional, pp. 121-122; Garrido Gómez, *op. cit.*, Capítulo II, es especial p. 60 y ss., y Capítulo III, p. 71 en adelante, con respecto a la sistematicidad.

107. Ver nota 89, Barcellona, Pietro, “Introduzioni a nuove frontiere del diritto”, en *Nuove frontiere del diritto*, Dedalo, Bari, 2001, dice que “en definitiva en el orden actual el individuo es un átomo en manos de cualquiera”, p. 6; también Ferrarese, *Le istituzioni...*, *op. cit.*, quien ve al derecho global como un sistema jurídico totalmente privatizado y sin autoridad, p. 57, y recuerda que cuando se habla de *global governance* para “dar cuenta de un universo institucional más abierto y menos formal, el término *governance* tiende a marcar una diferencia de significado de acuerdo al término *government* y a la idea de que este último implica un ejercicio de un poder centralizado en manos de un sujeto público”, p. 125; Barra, *op. cit.*, quien sostiene: “¿No debería existir un ente regulador global del mercado laboral globalizado? [...] Para la protección del proletariado globalizado, de todos los débiles y sometidos de la tierra, el Estado debe renacer, con un poder y fuerza global que le permita el diálogo adecuado con el turbocapitalismo globalizado”; Jáuregui, *op. cit.*, p. 17, quien estima necesario una integración política a nivel global “que sea un centro cuyas instituciones dispongan de jurisdicción sobre la actividad de los vigentes

creen en la posibilidad de reconocimiento de un sistema en el orden internacional.<sup>108</sup>

Por tanto, el nuevo paradigma de las fuentes reclama la superación del modelo clásico, por lo que debe afrontarse con un nuevo método y una nueva mentalidad,<sup>109</sup> conclusión a la que adherimos.

### 5.3. Tendencia a las leyes uniformes y a las “leyes modelo”

Ya nos hemos referido a la particular situación creada en los ámbitos regionales integrados, en los cuales, según distintos grados de avance, se

---

estados nacionales”, sin quedar condicionada a la actividad de grupos u organizaciones corporativas. En contra: Rossi, Guido, “Crisi del capitalismo e nuove regole”, en *Rivista delle Società*, Giuffrè, sept.-oct. 2009, donde reflexiona, en el punto 4 de su trabajo, sobre la utopía de una autoridad mundial, y se aparta del pensamiento en el sentido de los iluministas, de Keynes y del Papa Benedicto XVI (en la Encíclica “Caritas in veritate”) concluyendo que el objetivo de una autoridad mundial “no se trata por cierto de un evento político fácilmente conseguible, ni siquiera al nivel simplemente europeo” (pp. 37-38).

108. Galgano, *op. cit.*, pp. 215-216, dice: “A una sociedad incapaz de expresar una representación democrática, como es la sociedad global, incapaz de legitimarse sobre la base del consenso político, no le queda otra posibilidad que confiar en el libre juego de las fuerzas de mercado y legitimarse solamente sobre la base del consenso económico. Sin embargo no es una sociedad incapaz de expresar su propio derecho. No conoce los modos de producción del derecho característicos de los Estados nacionales, como las leyes votadas por los parlamentos (o por los gobiernos bajo mandato de los parlamentos); puede, a lo sumo, conocer aquellas fuentes de producción del derecho que fundamentan su propia legitimidad en otras instituciones, que no son los procedimientos democráticos y hasta pueden prescindir de la existencia de una sociedad organizada en Estado”.

109. Pérez Luño, *El desbordamiento...*, *op. cit.*, p. 98 y ss. y en especial p. 101, quien dice: “Los ciudadanos y los juristas del siglo XXI deben ser conscientes de esa superación del marco territorial de los Estados nacionales, en lo que atañe al significado y operatividad de sus sistemas normativos. [...] Los esquemas rígidos de interpretación de las fuentes, basados en la soberanía estatal, en las fronteras nacionales y en compartimentos explicativos cerrados, son del todo inadecuados e insuficientes para captar los problemas de nuestro tiempo. Sea cual fuere la explicación que finalmente adoptemos sobre este fenómeno, cualquier deliberación que se precie de actual relativa a las fuentes jurídicas, requiere un enfoque universal...”. Soppini, Andrea, en “Un dialogo su globalizzazione e diritto”, en *Contratto e Impresa*, N°4-5, 2007, CEDAM, Padua, p. 1367, concluye después de interesante análisis que “puede observarse por tanto cómo del ordenamiento estatal entendido en el sentido de exclusividad, de carácter absoluto, queda bien poca cosa”.

sancionan normas genéricas a regir de manera uniforme en los Estados, o bien distintas clases de resoluciones que tienden a la “armonización del derecho”, las que deben ser adoptadas como lineamientos en leyes internas en los Estados, aun cuando no se trate de una transcripción textual.

Es momento ahora de referirnos a las llamadas “leyes uniformes”, que generalmente son objeto de tratados o convenciones internacionales que, si bien tienen destino a ser adoptadas “*in integrum*”, también suelen ser incorporadas a los derechos locales con algunas variantes que se entienden necesarias.<sup>110</sup>

En las últimas décadas también fueron redactados otros textos de leyes uniformes, por ejemplo, la “Convención sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías”, suscrita en La Haya el 30 de octubre de 1985, también adoptada por numerosos países; y la “Ley modelo sobre insolvencia transfronteriza”, adoptada por UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), en su Sesión de Viena de mayo de 1997, aceptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de noviembre de ese año; esta ley modelo, o bien su adaptación a leyes nacionales, fue incorporada por una cantidad importante de naciones.<sup>111</sup>

110. Hace 80 años fueron suscritas las convenciones por las cuales se establecía la “Ley uniforme concerniente a la letra de cambio y al pagaré”, Ginebra, 7 de julio de 1930, con sus protocolos y anexos y la “Convención destinada a reglamentar ciertos conflictos de leyes en materia de letra de cambio y pagaré a la orden”, y finalmente la “Convención relativa al derecho de timbre, en materia de letra de cambio y pagaré a la orden”. Véanse las ratificaciones en Cámara, Héctor, *Letra de cambio y vale o pagaré*, Tomo I, con actualización jurisprudencial de Mark, Mariano H., LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 81; también en Ginebra se sancionó la ley uniforme concerniente al cheque junto con las convenciones destinadas a reglar ciertos conflictos de leyes en materia de cheques y la Convención relativa al derecho de timbre en materia de cheques, el 19 de marzo de 1931. Estas leyes uniformes fueron incorporadas textualmente o con adaptaciones a las legislaciones de una gran cantidad de países.

111. Ver Alegría, Héctor, *Reglas y principios del Derecho Comercial*, La Ley, 2008, pp. 331-334 y remisión al estado actualizado de incorporación en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html). Además ver Marrella, *op. cit.*, p. 167, notas 21 y 22, que menciona una serie de guías y modelos contractuales de diversas organizaciones, en general, privadas; con relación a otras guías de las organizaciones internacionales véase un elenco en Marrella, *op. cit.*, pp. 171-175, donde menciona textos de la Comisión Económica para Europa (ECE), guías de UNCITRAL y del Banco para la Reconstrucción y Fomento (BIRS). Sobre el GATT y la OMC, véase, entre otros:

Finalmente, organismos internacionales han propuesto “directivas” para la redacción de diversas leyes en los países que desearan seguirlas.<sup>112</sup> Más adelante veremos iniciativas similares de origen privado.

#### 5.4. *La lex mercatoria*

No existe, según la doctrina, una definición unívoca de la *lex mercatoria*.<sup>113</sup> Recordando las diferencias entre la antigua y la nueva *lex mercatoria*,

---

Saravia Frías, Bernardo, *Organización Mundial de Comercio y Globalización*, LL, 2002-E, 1228.

112. En este caso no se trata de leyes modelo sino simplemente de bases o directivas, como por ejemplo los “Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia de derechos de los acreedores”, elaborado por el Banco Mundial en abril de 2001, la “Guía legislativa sobre la ley de insolvencia” de UNCITRAL, aprobadas en la sesión del 14 al 21 de junio de 2004 en Nueva York y adoptadas por la Asamblea General el 2 de diciembre de 2004, por Resolución 54/40. Véase el texto en castellano y comentario: *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia*, Morán Bovio, David, (coord.), La Ley, Madrid, 2006. Sobre los trabajos en materia jurídica de UNCITRAL puede verse: Block-Lieb, Susan y Halliday, Terence, “Incrementalisms in Global Lawmaking”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 32, 2007, Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 964425, especialmente el Capítulo I, p. 5 y ss., con referencia particularizada. En materia contractual puede verse Bosch Capdevila, Esteve (Director) y Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya, *Derecho Contractual Europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, con análisis de diversas propuestas, incluso las llamadas “Roma I” y “Roma II” de la UE, con un trabajo de Joaquim-J-Forner-Delaygua, p. 51 y ss.; los “Principles of European Contract Law”; los Principios Landö (los que fueron citados también en el Proyecto del Código Civil Argentino de 1998), comentado por Isabel González Pacanowska, “Los Principios Landö”, p. 151 y ss.; los trabajos del grupo ACQUIS, con la versión del “Marco Común de Referencia” que funcionaría, al decir de Esther Arroyo Amayuelas, *op. cit.*, p. 209 y ss., como un *restatement* de principios europeos; el *Marco Común de Referencia Académico y el CFR*, comentado por Antoni Vaquer Aloy, p. 239 y ss., con otras interesantes aportaciones sobre esos antecedentes para el Derecho Contractual, Civil y Comercial, tanto interno como dentro de la UE. Sobre el tema véase también Vettori, Giuseppe, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, CEDAM, Padua, 1999, especialmente Capítulo 2, p. 849 y ss., con trabajos de Cesare Bianca, Carlo Castronovo y Ole Landö.

113. Sobre este tema remitimos al excelente trabajo de Marrella, Fabrizio, “La nuova *Lex mercatoria*”, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell' Economia*, dirigido por Galgano, Francesco, Volumen XXX, CEDAM, Padua, 2003. Para la búsqueda

Galgano propone como definición “Es el derecho creado por la clase empresaria, sin la mediación de los poderes legislativos de los Estados y formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de las unidades políticas de los Estados, las relaciones comerciales que se instauran dentro de la unidad económica de los mercados”;<sup>114</sup> a su turno, Bertold Goldman, en 1979, decía que la *lex mercatoria* es un ordenamiento autónomo respecto al ordenamiento estatal y al internacional dotado de los caracteres accesibilidad, generalidad y predictibilidad.<sup>115</sup> Ugo Draetta describe que “la *lex mercatoria* aparece por tanto en esta óptica como un verdadero y propio sistema normativo que funda su juridicidad en la efectividad, sea en el sentido de una concreta actitud a regular especies contractuales complejas, en relación a las cuales los ordenamientos internos se revelan inadecuados, sea en el sentido de capacidad de imponer como jurídicamente vinculantes a los operadores económicos, en virtud de la *opinio necessitatis* de los que se nutren los confines”.<sup>116</sup>

---

de una definición ver p. 21 y ss. con interesante tratamiento, remontándose a Cicerón, Malynes, Blackstone, Bouvier, en el pasado, preguntándose después si esas definiciones son válidas al inicio del tercer milenio, p. 24.

114. Galgano, Francesco, *Lex mercatoria*, 4ta. edición, Il Mulino, Bolonia, 2001, p. 73. Ferrarese, María Rosalía, “Un dialogo su globalizzazione e diritto”, en *Contratto e Impresa*, N°4-5, 2007, CEDAM, Padua, p. 1345 y ss., al comentar el tantas veces citado libro de F. Galgano *La globalización en el espejo del derecho*, contiene críticas a la *lex mercatoria* “en cuanto constituye una suerte de derecho *absolutus* y que es una especie de versión de los contratos redactados por las grandes *law firms*, que presenta el contrato en su versión más deslocalizada posible y construida como una entidad que camina exclusivamente sobre sus piernas, con soportes externos reducidos al mínimo. Es la inventiva jurídica de las grandes *law firms* americanas que se ha concentrado en esta dirección hasta casi disolver los puntos de conexión entre contratos y estados nacionales”, p. 1359, finalizando “pero propiamente la *lex mercatoria*, como la expone Galgano, se hace entender como dicotomía [...] de todas maneras incapaz de tener en cuenta la situación actual, hoy tenemos necesidad de otra imaginación para identificar la nueva dinámica que se instaura entre las múltiples fuentes del derecho y los espacios en las cuales se puede ejercitar como *fantasías jurídicas*”, p. 1363.

115. Goldman, Bertold, “La *Lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage international: réalité et perspectives”, en Clunet, 1979, pp. 475-479, citado por Marrella, *op. cit.*, p. 666.

116. Draetta, Ugo, “Il Diritto dei contratti internazionali. La formazione dei contratti”, en la colección Studi e pubblicazioni della *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, N°22, CEDAM, Padua, 1984, p. 14.

Hemos tenido oportunidad de referirnos al tema en “El orden público y los contratos internacionales”,<sup>117</sup> en el que desarrollamos los debates sobre la naturaleza de la *lex mercatoria* como cuerpo legal, su certeza, fijeza y determinación y, finalmente, a la pretendida dificultad de su acceso por tratarse de un contenido difuso,<sup>118</sup> todo lo cual resulta analizado y contestado en ese trabajo, al que nos remitimos.

El tema ha sido largamente desarrollado en relación a la globalización por Galgano, quien concluye su tratamiento con una frase que compartimos y dice: “La *lex mercatoria* es fuente del derecho y en la actualidad constituye única fuente susceptible de generar derecho transnacional no solamente por ser *usus*, es decir, práctica constante de los tráficos sobre el mercado global, sino también por ser *usus* acompañado por la *opinio iuris*. Esto es así porque las cámaras arbitrales internacionales lo aplican con la convicción de que debe ser aplicado como sistema de verdaderas y propias reglas jurídicas, propias de la *business community*, y porque las mismas leyes y los mismos jueces de los Estados le reconocen esta aptitud reguladora”.<sup>119</sup>

Finalmente, el tema ha sido generalmente aceptado por la doctrina moderna,<sup>120</sup> además de ser consagrado, como veremos más adelante, por

117. Alegría, Héctor, “El orden público de los contratos internacionales”, publicado originariamente en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007-3, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2088, p. 295 y ss. y reproducido en *Reglas y principios del Derecho Comercial*, p. 381 y ss., especialmente p. 408 y ss.

118. Alegría, *op. cit.* en nota anterior, con citas de Boggiano, Antonio, “*Lex mercatoria non est lex*”, publicado en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* N°226, Buenos Aires, septiembre-octubre de 2007, p. 374 y ss.; y también las opiniones de Alpa, Lagarde, Feldstein de Cárdenas, Rivera y Draetta, pp. 408-411. Véase una opinión crítica en Teubner, Gunther, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Armando Editore, Roma, 2005; también el excelente trabajo de Galgano, Francesco-Marrella, Fabrizio, “Interpretación del contrato y *Lex mercatoria*”, en *Revista de Derecho Comparado*, N°3, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 7 y ss.

119. Galgano, F., *La globalización en el espejo del derecho*, citado, Capítulo Segundo, pp. 51 a 85, especialmente pp. 84-85.

120. Véanse los trabajos citados precedentemente y Rivera, Julio César, *Globalización y Derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales*, LL 21/11/2005-F, 1005; Ruiz Abou-Nigm, Verónica, *The Lex Mercatoria and its Current Relevance in International Commercial Arbitration*, p. 101 y ss., en De Cita, Zavalía, Buenos Aires, 2004, quien al finalizar menciona un pasaje de Lord Mustill, donde dice que la *lex mercatoria* posee

distintos tribunales, especialmente los arbitrales internacionales.<sup>121</sup>

### 5.5. Los contratos y su tendencia a la homogeneización

Elementos esenciales en la formación de la llamada *lex mercatoria* han sido y son los contratos. Tanto los contratos internacionales, como los nacionales que siguen modelos utilizables comúnmente dentro y fuera del país, con adaptaciones menores, en su caso, por muy específicas particularidades del negocio o ciertas normas imperativas o de orden público. Se atribuye, en general, a las grandes firmas internacionales de abogados la elaboración de estos modelos.<sup>122</sup>

---

suficiente crédito intelectual para merecer un serio análisis, y todavía no tiene una aceptación generalizada como para escapar del ojo escéptico. Continúa diciendo que “en otras palabras la doctrina de *lex mercatoria* enfrenta un gran desafío a más de 40 años de su *revival* y en efecto, los fundamentos teóricos de la doctrina de la *lex mercatoria* son ahora más explícitos. Existen ahora diversas fuentes disponibles para su conocimiento y su mayor uso en la práctica es más apreciado por los árbitros, los hombres de negocios y los abogados”.

121. En este sentido es importante el conocido caso *Norsolor*. Fue en el laudo arbitral del caso “*Pabalk Ticaret vs. Norsolor*” (26 de octubre de 1979, N°3131), resuelto por la CCI (a través de los árbitros: Dr. Cremades, Prof. Ghestin y Dr. Steiner), donde se reconoció de manera oficial el concepto de *Lex Mercatoria* como fuente de derecho. En el caso específico se trataba de un contrato de compraventa y otro relacionado de comisión entre una empresa de Turquía y una empresa francesa y al no haber sido elegida voluntariamente la ley aplicable por las partes, el Tribunal optó por la aplicación de la *lex mercatoria*, dada la naturaleza internacional del contrato en cuestión, como instrumento para arribar a la solución más justa. Posteriormente el laudo fue apelado ante la Corte de París, entre los años 1981 y 1982, para terminar con su tratamiento en la Corte de Casación francesa el 9 de octubre de 1984. Marrella también hace referencia de él en su obra, completando e integrando la doctrina del laudo *Norsolor*, con la del laudo “*Primary Coal Inc. Vs. Compania Valenciana*”, donde se potenció la aplicación de la *lex mercatoria* en el tráfico internacional como mejor “mediadora” ante conflictos entre normas estatales (1° de septiembre de 1988, N°5953). Véase al respecto: Marrella, *op. cit.*, p. 320 y ss.; Jarvin, Sigvard-Derains, Yves, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Kluwer, Boston, 1990, p. 122 y ss.; Moreno, Francisco, “*Lex mercatoria*, derecho de la globalización sin Estado”, que puede consultarse en <http://www.liberalismo.org/articulo/423/258/lex/mercatoria/derecho/globalizacion/estado/>; también Garrido Gómez, *op. cit.*, p. 132.

122. Galgano, *op. cit.*, p. 64, nota 24, con cita de Ferrarese, “*Il diritto al presente*”, y p. 105 y ss. dice: “El elemento dominante es la circulación internacional de los modelos transnacionales uniformes. En la mayor parte de los casos se trata de contratos atípicos: los

Una parte importante de la doctrina admite el rol principal de la *praxis* contractual en las relaciones económicas. El elemento que domina la escena jurídica es el contrato internacional.<sup>123</sup>

Un trabajo relevante se refiere a la tendencia a la homogeneización de los contratos y sus efectos tanto en el ámbito internacional como en el nacional.<sup>124</sup> No es extraño a tal fenómeno la reconsideración de la autonomía

---

creadores no son los legisladores nacionales, sino las *law firms* americanas o los consultores de las increíblemente numerosas asociaciones internacionales de las más diversas categorías empresariales. En la escena actual del derecho, nada es más uniforme internacionalmente que el contrato atípico. Su nombre, casi siempre un nombre inglés, testimonia el origen americano de esos modelos que se han difundido en el planeta entero: *leasing, lease-back, leveraged buy-out, merchandising, engineering, countertrade, project financing, factoring, put and call, forfaiting, out-sourcing, franchising, performance bond* y así sucesivamente. Las *laws firms* que los inventaron han satisfecho, sin duda, exigencias presentadas por sus comitentes. Sin embargo, ahora toda la economía mundial se nutre de esos contratos. Su idoneidad para satisfacer las exigencias de las empresas van más allá de la del comitente para el cual estos ‘mercantes del derecho’ los habían concebido. Quien hoy en el mundo estipula un *leasing* o un *outsourcing* no paga un *royalty* al creador del modelo contractual”, p. 106. Ver *supra* notas 48 y 114.

123. Marrella, *op. cit.*, p. 162, quien primero se refiere a los que se oponen a tal doctrina, académicos o prácticos, por su limitado conocimiento del fenómeno extrajudicial, señalando después que los textos realizados por las oficinas centrales de las multinacionales que se difunden a todo el planeta, lo que afirma que elimina los costos de transacción y que el empleo repetitivo de los modelos facilita la rápida conclusión de los contratos, máxime cuando en general los mandatarios no pueden acceder a modificaciones de la mayor parte de las cláusulas propuestas por la matriz. Véase: Roppo, *op. cit.*, en nota 102.

124. Marzorati, Osvaldo, “Los contratos internacionales (ensayo sobre la tendencia a la homogenización y sus efectos en la contratación local)”, en *Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, Año 1, N°2, La Ley, Buenos Aires, noviembre de 2010, p. 213 y ss. Sobre el tema es importante el trabajo de Musy, Alberto M., *La comparazione giuridica nell’età della globalizzazione. Riflessioni metodologiche e dati empirici sulla circolazione del modello nordamericano in Italia*, Giuffrè, Milán, 2004, donde trata en el capítulo II sobre la circulación de los modelos de las “law firm” (p. 43 y ss.) y en el capítulo III la resistencia a la introducción del modelo de ley concursal americana en Italia (p. 122 y ss.) concluyendo (pp. 178-179) que “la vena pragmática sugiere al sociólogo, al economista neo-institucional, al historiador y al jurista comparatista medir la distancia entre los sistemas, distinguir las soluciones ofrecidas por los diferentes formadores (*de normas*) y no rendirse ante la aparente incommensurabilidad entre las reglas”.

de la voluntad a la que “se le abren fronteras impensables en el pasado”.<sup>125</sup> Debemos recordar que, mundialmente, se han adaptado normas estatales e, incluso, regionales, sobre protección del consumidor, lo que integra y de alguna manera limita los campos en los que se aplica la autonomía de la voluntad, sin por eso desconocerla.<sup>126</sup>

A partir de estos contratos se elaboran gradualmente nuevas figuras que, después de recibir su *tipología social*,<sup>127</sup> se incorporan como institutos regulados a las legislaciones locales<sup>128</sup> o bien dan lugar a cuerpos orgánicos de origen privado o interestatal, que trataremos inmediatamente.

125. Remitimos a nuestro trabajo Alegría, Héctor, “La autonomía contractual frente al panorama actual del Derecho Mercantil”, comunicación con motivo de nuestra incorporación a la Academia Peruana de Derecho, que se transcribe en *Reglas y principios del Derecho Comercial*, citado pp. 1 a 23, y su remisión a bibliografía, pp. 24 a 34. Ver también Rivera, Julio César, *Globalización y Derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales*, LL 2005-F, 1005.

126. Remitimos a nuestro trabajo Alegría, Héctor, “Régimen legal de protección del consumidor y Derecho Comercial”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Anticipos de Anales*, Año LIV, Segunda Época, N°47, noviembre 2009, que también apareció en La Ley, 2010-C, 821.

127. Lipari, Niccolò y Rescigno, Pietro (dirs.), Zoppini, Andrea (coord.), *Diritto civile*, Volumen III, “Obbligazione, II, il contratto in generale”, Capítulo VIII a cargo de Andrea Barenghi, Giuffrè, Milán, 2009, p. 295 y ss.; Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1999, p. 15 y ss.; Rescigno, Pietro, “Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)”, en *Contratto e Impresa*, 1990-1, CEDAM, Padua, p. 43 y ss. Además, en el derecho argentino hay una amplia bibliografía respecto a la tipicidad contractual que, para evitar repeticiones, puede verse en Alegría, Héctor, “Contrato de consultoría”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (RDPC), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2005, p. 49 y ss., reproducido en *Reglas y principios del Derecho Comercial*, cit., p. 425 y ss., especialmente nota 6.

128. Como por ejemplo pasó en la Argentina respecto del *leasing*, primero por la ley 24.441 y después por la ley 25.248. Otros países han seguido cursos legislativos similares; Monateri, Giuseppe, “Globalización y Derecho Europeo de los Contratos”, en *Jurista*, N°82, Italia, disponible en [http://www.revistapersona.com.ar/Persona85/85Monateri.htm#\\_ftn1](http://www.revistapersona.com.ar/Persona85/85Monateri.htm#_ftn1).

### 5.6. *Los tipos y modelos contractuales elaborados por organizaciones no estatales*

Numerosas organizaciones no gubernamentales (ONG) de distinta composición, con sedes en países diversos, tienen por objeto el estudio de modalidades contractuales que se presentan en el tráfico moderno. Sobre la base de tales estudios y, en muchos casos, después de numerosas reuniones de análisis, anteproyectos y proyectos, emiten un elenco normativo no estatal y, por tanto, no vinculante como lo son las leyes de los Estados, pero que admiten la invocación y sujeción a ellos por los privados y aun por los Estados o sus dependencias internas.

La enunciación de todos ellos no es el propósito de este trabajo, pues lo extendería innecesariamente. A título de ejemplo podemos mencionar algunos:

a) Los proyectos elaborados por UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), con sede en Roma, que, entre otros, ha confeccionado los siguientes, que fueron siendo adoptadas por los Estados miembros a través de Conferencias diplomáticas:

- i) “Principios sobre los contratos comerciales internacionales”, con redacciones en 1995, 2004 y 2010.<sup>129</sup>

129. Con respecto a la versión de 1995 véase la publicación de UNIDROIT, Roma 1995; con relación a la de 2004 la publicación de la misma entidad, Roma, 2004, ambas con sus comentarios al pie, y en cuanto a la publicación de 2010 en [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org). Véase sobre el tema, entre otros muchos autores, Oser, David, *The UNIDROIT principles of international commercial contracts: a governing law?*, Martinus Nijhoff, Leiden, Holanda, 2008, con remisión a una extensa bibliografía en pp. 165-178. Una visión crítica entre nosotros la manifestó Mosset Iturraspe, Jorge, *Regulación sobre contratos. Principios de Unidroit en países en vías de desarrollo y en la Argentina*, La Ley, 2001-F, 1425, Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales, Tomo IV, 01-01-2009, 21; también véase Rivera, Julio César, *Globalización y Derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales*, LL 2005-F, 1005, en particular Capítulo IV, punto 4, donde expresa la acogida académica y legislativa de tales principios. Véase también Bonell, *op. cit.*, p. 1348, quien expresa que Galgano y otros importantes autores (Philip Kahn, Pierre Lalive, Clause-Peter Berger, James Gordlei, Frank Vischer y Fritz Juenguer), entienden que “los principios UNIDROIT importan un verdadero y propio salto de calidad”, porque “no son una simple compilación de principios esporádicos generales del derecho o de uso vigente [...] ellos representan una verdadera y propia codificación”. Un trabajo fundamental en

- ii) “Convención relativa a una ley uniforme sobre la venta internacional de bienes” (La Haya, 1964) y “Convención relativa a una ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de bienes” (La Haya, 1964). Estas dos convenciones fueron posteriormente postergadas por la aparición de la “Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, realizada en Viena en 1980.
- iii) “Convención Internacional sobre contratos de viaje” (Bruselas, 1970), ratificada por Argentina mediante Ley N°19.918 de 1972.
- iv) “Convención relativa a una ley uniforme para la forma de un testamento internacional” (Conferencia diplomática sobre testamentos, Washington, 1973).
- v) “Convención sobre agencia en la venta internacional de bienes” (Ginebra, 1983).
- vi) “Convención UNIDROIT sobre factoring internacional” (Ottawa, 1988).
- vii) “Convención UNIDROIT sobre objetos culturales robados o exportados ilegalmente” (Roma, 1995), ratificada por Argentina mediante Ley N°25.257 de 2000.
- viii) “Ley Modelo de Franchising UNIDROIT” (Roma, 2002).
- ix) “Ley Modelo de Leasing UNIDROIT” (Roma, 2008), que había sido precedida por otros cuerpos dedicados al tema.

b) Las “Reglas” de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París, entre las que se destacan (indicamos sus referencias en inglés porque no todas han sido traducidas al castellano):

- i) “Model International Sale Contract”, publicación N°556, 1997.
- ii) “Model Occasional Intermediary Contract”, N°619, 1999.

---

este caso es Fernández Rozas, José Carlos, “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo IV, Iprolex, 2004, pp. 35-78, quien destaca la falta de adecuación de las leyes estatales a las necesidades del comercio internacional, p. 53 y ss. Finalmente se refiere a la superación de la concepción estatal en la regulación de los contratos transnacionales (cap. 6, p. 73 y ss.).

- iii) “Model Commercial Agency Contract-2nd Edition”, N°644, 2002.
- iv) “Force Majeure Clause 2003 - ICC Hardship Clause 2003”, N°650, 2003.
- v) “Model Mergers & Acquisitions Contract 1-Share Purchase Agreement, N°656”, 2004.
- vi) “Model Selective Distributorship Contract”, N°657, 2004.
- vii) “Uniform Customs and Practice for Documentary Credits”, N°600, 2006.
- viii) “Model Confidentiality Agreement”, N°664, 2006.
- iv) “Model Turnkey Contract for Major Projects”, N°659, 2007.
- x) “International Standard Banking Practice”, N°681, 2007.
- xi) “Model International Trademark Licence”, N°673, 2008.
- xii) “Model International Transfer of Technology Contract”, N°674, 2009.
- xiii) “Incoterms 2010”, N°715, 2010.
- xiv) “Uniform Rules for demand guarantees. Including Model Forms”, N°758, 2010.
- xv) “Model Subcontract. Commission on Commercial Law and Practice”, N°706, 2011.
- xvi) “Model International Franchising Contract. 2nd Edition”, N°712E, 2011.

c) Aunque no exhaustivamente, vemos que otros organismos de origen privado han propuesto cuerpos de reglas, algunos se aplican a sectores particulares de la economía.<sup>130</sup> Así, por ejemplo, la Federación

130. Marrella, *op. cit.*, p. 89 y ss., que titula la Sección II del Capítulo I, “La *Lex mercatoria* a vocazione settoriale”, y también en p. 136 y ss., donde menciona, entre otros, el *International Accounting Standards Committee* (IASC). Comité Internacional de Normas Contables. Grupo compuesto por profesionales de Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Francia, Canadá y Japón, entre otros países, que periódicamente se reúnen para proponer normas contables de aplicación internacional (véase *supra* nota 33); el *Comité Maritime International*; la *International Shipping Federation* (ISF), que reúne a asociaciones de armadores; la *International Association of Independent Tanker Owners* (Intertanco), con sede en Oslo, que prepara formularios de contratos de utilización de naves cisternas; la *International Air Transport Association* (IATA), etc.

Internacional de Consultores Ingenieros (FIDI), que elaboró un documento de condiciones para contratos de obra de ingeniería civil,<sup>131</sup> entre muchos otros.

### 5.7. *El arbitraje internacional y el arbitraje nacional*

Si bien el arbitraje reconoce precedentes muy antiguos, en las últimas décadas se ha notado un aumento del número de causas y la creación o incremento de actividad de instituciones arbitrales de carácter privado. Esto se aplica tanto en el ámbito internacional como en el nacional.<sup>132</sup>

Se ha destacado universalmente la gran influencia del arbitraje, sobre todo el internacional, en relación a la recepción, en primer lugar de la *lex mercatoria*<sup>133</sup> y sobre principios generales<sup>134</sup> obrantes en documentos

131. Bunni, Nael G., *The FIDIC form of contract. The fourth edition of the Red Book*, 2ª ed., 4ª reimpression, Blackwell Science, Oxford, 2004. En nuestro trabajo citado, *Contrato de Consultoría*, *op. cit.*, pp. 434-435, en la nota 24, también mencionamos numerosos estudios de organismos internacionales, algunos de vieja data: Naciones Unidas, *Desarrollo de los servicios de consultoría de gestión con referencia especial a América Latina*, New York, 1973; Centro de Comercio Internacional UNCTAD/GATT, *Desarrollo de las exportaciones de servicios técnicos de consultoría de países en desarrollo*, Ginebra, 1986; OIT; en el Banco Mundial el *Standard Bidding Documents for the procurement of works-major contracts* (SBDW), Washington, 1995, con modificaciones posteriores (véase su relación con el contrato FIDIC en Bunni, *op. cit.*, cap. 22, p. 485 y ss.), y otras entidades al adoptar cláusulas o contratos modelo: en el Fondo Europeo para el Desarrollo (FED); en el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (BECD), el *Procurement Policies and Rules for Projects Financed by the BECD*; en el Banco Asiático para el Desarrollo, la *Guidelines for Procurement of Goods, Works and Services Under Projects Financed by the Asian Development Bank* (1990) y la *Guidelines for Procurement Under Asian Development Bank Loans* (1994), y en otras entidades similares.

132. Un panorama actual puede verse en “Arbitraje”, en *Revista de Derecho Comparado*, N°11, Rubinzal-Culzoni, 2005; y en el Tomo “Arbitraje” en la Revista *DeCITA* “Derecho del Comercio Internacional”, dir. por Adriana Dreyzin de Klor y Diego P. Fernández Arroyo, N°2, 2004; McLaughlin Mitchell, Sara-Powell, Emilia Justyna, *Domestic Law goes global*, Cambridge, 2011, especialmente Capítulo 1, p. 1 y s.; Iudica, *op. cit.* cap. 7, p. 195 y ss.

133. Ver nota 121. Ver también Galgano, *La globalización en el espejo del derecho*, *op. cit.*, pp. 69-72. Garrido Gómez, *op. cit.*, pp. 121-123.

134. Pérez Luño, *op. cit.*, Capítulo VI, p. 213 y ss., con una visión crítica y realista de la expresión *principios generales del Derecho*. Alpa, Guido, “I Principi Generali”, en *Trattato*

internacionales, ya sea sancionados por los Estados, ya elegidos por las partes como ley aplicable<sup>135</sup> o, finalmente, ante la ausencia de una regla precisa necesaria para la resolución de causas.<sup>136</sup>

Estos autores han hecho referencia a la importancia de la jurisdicción arbitral en el ámbito internacional, en las que obran una serie de entidades de actuación global o bien en regiones o países determinados, para el progreso y la aplicación concreta de la *lex mercatoria* y de los textos a los que nos hemos referido en este trabajo.<sup>137</sup>

---

*di Diritto Privato*, dir. por Giovanni Iudica y Paolo Zatti, 2da. edición, Giuffrè, Milán, 2006, en particular p. 167 y ss.; Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 3ra. edición, Temis, Colombia, 2007, especialmente p. 243 y ss.

135. “Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010”, “Preámbulo: “Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos (\*). Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales...”.

(\*) Las partes que deseen aplicar a su contrato los Principios pueden usar la siguiente cláusula, con la adición de eventuales excepciones o modificaciones: “El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...]”. Si las partes desearan pactar también la aplicación de un derecho nacional en particular pueden recurrir a la siguiente fórmula: “El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado “X”].”

136. Véase Marrella, *op. cit.*, pp. 390-489, con remisión a importantes precedentes arbitrales, en especial de la CCI, recordando después en p. 491 y ss. otras aplicaciones en arbitrajes administrativos e, incluso, en arbitrajes de equidad, donde menciona un precedente de la Cámara Arbitral de Milán (Laudo A-1795/51 del 01-12-1996), citado en p. 500 y ss., y también en arbitrajes *ad-hoc*, donde refiere precedentes en laudos de París sobre integración de la ley rusa, otro dictado en Roma y también un laudo dictado en Buenos Aires el 10 de diciembre de 1997, pp. 513-514; p. 301 y ss.; y p. 873 y ss., con relación a la *lex mercatoria* y los Principios UNIDROIT.

137. Domingo, Rafael, *The New Global Law*, *op. cit.*, pp. 110-112, donde luego de destacar la ruptura de la unidad jurisdiccional de los Estados y la influencia de la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de laudos

La mayoría de los códigos de procedimientos estaduales contempla la institución del arbitraje, ya sea nacional o internacional, y también se han ido incorporando leyes modernas que adaptan esas legislaciones a las realidades del arbitraje.<sup>138</sup> Paralelamente obran sistemas de arbitraje *institucional*, ya sea mediante tribunales permanentes de arbitraje, ya mediante tribunales compuestos por las personas elegidas en la lista preestablecida o bien entidades de *administración de arbitrajes*, que no tienen un elenco estable de árbitros sino que mantienen un cuerpo de reglas generales, fórmulas para la integración del tribunal concreto que entenderá en cada caso y aspectos administrativos.<sup>139</sup>

Sin desarrollar exhaustivamente el tema, son destacables iniciativas internacionales de relevancia, como por ejemplo, la “Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras”, del 10 de junio de 1958, ratificada por una gran cantidad de naciones,<sup>140</sup> los protocolos referidos al arbitraje en el Mercosur<sup>141</sup> y un texto elaborado por

---

arbitrales extranjeros, explica que “la razón es obvia: la naturaleza consensual del arbitraje es más cercana a la ley global que las imposiciones de los Estados por la ley internacional. El arbitraje es el instrumento efectivo por la globalización legal, sin límites territoriales o estaduales”.

138. Estos sistemas de origen estadual gobiernan, en general, los arbitrajes *ad hoc*, aunque también resultan aplicables ciertos aspectos a los arbitrajes institucionales, sobre todo en las materias arbitrables y en la validez y ejecución de los laudos. Un panorama en Iberoamérica puede verse en Conejero Roos, Cristian -Hierro Hernández-Mora, Antonio - Macchia, Valeria - Soto Coaguila, Carlos, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*, Legis, Bogotá, 2009.

139. Ver Rivera, Julio César, *Arbitraje Comercial*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, especialmente p. 20 y ss.; Feldstein de Cárdenas, Sara - Leonardi de Herbón, Hebe, *El arbitraje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 13 y ss.; Merino Merchán, José - Chillón Medina, José María, *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª edición, Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 931 y ss.; Caivano, Roque J., *Arbitraje*, 2ª edición, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 67 y ss.

140. Ratificada por 146 naciones. El listado de esas ratificaciones y eventuales reservas realizadas por algunos países puede verse en [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html). Para Argentina la Ley 23.619.

141. Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Valle de las Leñas, Malargüe, provincia de Mendoza, 27/6/1992); Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (Buenos Aires, 5/8/1994); Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia

UNCITRAL como cuerpo de reglas procesales para los arbitrajes, adoptado por la Resolución del 15 de diciembre de 1973, por la Asamblea General de las Naciones Unidas,<sup>142</sup> y modificada en versión revisada de 2010.<sup>143</sup> Este Reglamento ha sido adoptado por numerosas instituciones arbitrales y es citado como fuente en la elaboración de las leyes modernas de arbitraje comercial.<sup>144</sup> También rige la “Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional”, suscripta en Panamá en 1975, ratificada por 19 países de la región.

## 5.8. La llamada *soft law*

### 5.8.1. Presentación

A la hora de relacionar el fenómeno de la globalización con el mundo jurídico, encontramos, dentro del elenco que venimos analizando, un tema que hace tiempo viene abriéndose paso en la doctrina internacional, con altas repercusiones prácticas. Nos referimos al concepto de *soft law*,<sup>145</sup>

---

Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Asunción, 19/6/1997); Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, Bolivia y Chile (Buenos Aires, 23/7/1998); Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR (Buenos Aires, 5/7/2002); Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR y las Repúblicas de Bolivia y Chile (Buenos Aires, 5/7/2002).

142. Resolución 31/98, que fue acompañada por unas “Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral”. La CNUDMI es la traducción de la denominación de la Comisión a la que nos referimos antes como UNCITRAL (en castellano se denomina Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

143. La versión de 2010 fue adoptada por Resolución 65/22 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, revisada en mayo de 2010.

144. Cantuarias Salaverry, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2007, p. 27 y ss., y en especial pp. 90 a 94.

145. Mazuelos Bellido, Ángeles, “*Soft Law*; ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N°8, p. 1 y ss., disponible en [www.reei.org](http://www.reei.org), especialmente punto 1 y sus notas respectivas, donde cita a G. Abi-Saab, “Éloge du droit assourdi; quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain”, en

acuñado en origen por Lord McNair.<sup>146</sup>

Si bien la extensión e influencia del tema excedería nuestro trabajo, intentaremos esbozar los puntos centrales de debate de este “globalizado” y “nuevo” concepto, que como ha sostenido el Prof. español Escudero Alday: “...en los últimos veinte años aproximadamente una nueva forma de derecho en el orden internacional viene gestándose, a la cual la doctrina, a partir del análisis e interpretación de la realidad jurídica ha denominado ‘*soft law*’”.<sup>147</sup> Como veremos esta realidad se extiende también al derecho privado.

Se ha dicho que el “*soft law*” es un término paradójico empleado para definir un fenómeno ambiguo. Paradójico, ya que desde un punto de vista clásico, el imperio de la ley es considerado usualmente “*hard*”, es decir, es obligatorio, forzoso o simplemente no existe. Ambiguo, debido a que la realidad que representa, considerando sus efectos legales tanto como sus manifestaciones, es difícil de identificar con claridad.<sup>148</sup> También se dijo “A veces da la impresión de que se utiliza este término de *soft law* como una especie de cajón de sastre, donde meter todo aquello que no encaja en las categorías tradicionales y que tiene una enorme potencialidad a la hora de causar

---

*Nouveaux itinéraires en droit. Hommage a François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, p. 59 y ss. Ver Association Henri Capitant, “Le droit souple”, Jornadas Nacionales, tomo XIII, Boulogne sur Mer, Dalloz, París, 2009; Thibierge, Catherine, “Le droit souple: Réflexion sur les textures du droit”, *RTDCivil*, Dalloz, París, 2003, p. 599; Bonifassi, Marie-Hélène, “Médiation organisationnelle et document juridique: vers une lecture complexe” en <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/44/02/79/PDF/>, especialmente p. 5, punto 2.3. “Du droit au droit mou”. En nuestro derecho nacional, véase el trabajo de Barberis, Julio A., “*Formación del derecho internacional*”, Ábaco, Buenos Aires, 1994, p. 282 y ss., entre otros. Véase *supra* nota 103.

146. Mazuelos Bellido, *op. cit.*, p. 1. Arnold Duncan McNair (1er. Barón de Gleniffer, 1885-1975) fue profesor de las Universidades de Londres, Cambridge y Liverpool, miembro y Presidente de la Corte Internacional de Justicia y Presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos (1959-1975). Publicó una serie de libros y estudios de Derecho Internacional Público.

147. Escudero Alday, Rafael, “Una aproximación al concepto de *soft law*”, Conferencia impartida el día 15 de octubre de 2010 en el seno del XVI Seminario Hispano-italiano-francés de Teoría del Derecho, celebrado en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, p. 4.

148. Ver Dupuy, Pierre Marie, “Soft Law and the International Law of the Environment”, disponible en [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/CG\\_MA\\_3966.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/CG_MA_3966.pdf)

dificultades al intérprete del derecho”.<sup>149</sup> Sin la pretensión de despejar estas perplejidades, trataremos de dar un breve panorama sobre su estado actual y los debates de la doctrina en torno a esa noción, que parecería contradictoria e inasible.

### 5.8.2. Aproximaciones al *Soft Law*

Descifrar acabadamente qué se entiende por *soft law*, por tanto, es una empresa que ha dado lugar a muchas y disímiles elaboraciones dogmáticas, para llegar –la mayoría de ellas– a finalizar diciendo que nos encontramos en presencia de un concepto “vago y abstracto”, definido por oposición al concepto de *hard law*.

Podemos encontrar el inicio de este nuevo giro en los últimos decenios del siglo XX, donde comenzó a revisarse la teoría tradicional de las fuentes del derecho,<sup>150</sup> lo que alcanzó a todo el derecho, en particular al privado y en el campo público; se constata el papel preponderante que empezaron a adoptar distintos organismos internacionales dentro de un nuevo orden económico internacional.

Dentro de ese contexto, Escudero Alday afirma, en una de las miradas, (siempre con relación al derecho internacional público), que “los procesos de globalización de las relaciones políticas, económicas y sociales han contribuido sobremanera al progresivo alejamiento del Estado y sus tradicionales mecanismos de regulación. En esta tendencia también ha influido la ideología de muchos de los Gobiernos habidos en los años ochenta del siglo pasado, claramente favorables a las tesis de la desregulación de las relaciones sociales o, en particular, partidarios de la salida del Estado de la economía y el mercado. Todos estos factores han contribuido a la existencia en el

149. Escudero Alday, *op. cit.* en nota 147, cita de Sarmiento, Daniel, “La autoridad del derecho y la naturaleza del *soft law*”, en *Cuadernos de Derecho Público* N°28, p. 221 y ss., disponible en [www.danielsarmiento.es](http://www.danielsarmiento.es); una visión poco favorable a la adopción del *soft law* como fuente, señalando sus defectos puede verse en el importante trabajo de Laporta, Francisco J.: “Globalización e imperio de la ley: algunas dudas westfalianas”, publicado en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, citado, p. 143 en adelante, donde analiza la función de la ley en el sentido de norma imperativa y critica al *soft law* por su carácter difuso y meramente voluntario.

150. Véase Capítulo 5.2 e *infra* este Capítulo, punto 4.

ámbito teórico e intelectual de un cierto consenso respecto a la sobrecarga de legislación, su creciente ineficacia y la consecuente necesidad de adaptar la producción normativa de esta nueva realidad”.<sup>151</sup> Considera así que es dentro de esta tendencia hacia la “autorregulación” que se dio paso al ingreso del llamado *soft law*, como herramienta para proponer y no imponer, para recomendar y no obligar.

Si se entiende por *hard law* el derecho vinculante, imperativo, cuyo incumplimiento trae aparejada una sanción, el *soft law* sería aquel derecho “laxo”, “flexible” y “no vinculante”, manifestado (en el ámbito internacional) generalmente a través de recomendaciones, buscando como principal objetivo el consenso entre los Estados y la adopción voluntaria de estas regulaciones, como signo de ese consenso y de esa integración a la comunidad internacional. Esta descripción *por comparación*, para parte de la doctrina contemporánea no es la más conveniente, lo que desarrollaremos más adelante. Tampoco queda reclusa la noción al citado espacio (relaciones entre Estados), ampliándose a temas propios del derecho privado, nacional e internacional. En efecto, como veremos, los llamados “códigos”<sup>152</sup> de conducta, de responsabilidad social, de gobernanza<sup>153</sup> y ciertas “declaraciones”. “principios” y hasta “directivas”<sup>154</sup> son adoptadas por los particulares (empresas e individuos), por agrupaciones de ellos, gremiales o no, y hasta por organismos o entes plurinacionales, estatales, privados o mixtos.

151. Escudero Alday, *op. cit.*, pp. 1-3.

152. Es paradójico que se llame “código” a algo bien diverso de los Códigos de fondo tradicionales, dice Paclot, Jean, “La juridicité du code AFEP/MEDEP du gouvernement d`entreprise des sociétés cotés”, en *Revue des sociétés*, julio-agosto 2011, N°7-8, París, Dalloz, p. 401, con cita de Oppetit. Dado su origen generalmente profesional (en el sentido francés) que recoge las prácticas y las tendencias del mercado, se los suele llamar “*codes-parroquets*” (códigos loro).

153. Neologismo surgido de la adaptación al español del término inglés *governance*, usualmente utilizado en el giro *corporate governance*. Sobre el tema la bibliografía nacional e internacional es muy extensa.

154. Esta “directivas” son distintas de las que llevan el mismo nombre en sede de la Unión Europea y que tienden a la armonización del derecho de los países, los que no necesitan transcribirlas literalmente sino adaptarlas al derecho de cada uno, pero respetando sus principios.

### 5.8.3. Tipología. Casos y diferencias

#### 5.8.3.1. Casos

Barberis considera que son tres las principales acepciones del término *soft law*, siempre, por ahora, dentro del derecho internacional público: a) las normas que se encuentran en proceso de formación y aún no han adquirido validez jurídica; b) las normas jurídicas de contenido difuso o vago en las que resulta difícil precisar si sus disposiciones han sido o no cumplidas debidamente; y c) las normas que se hallan en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de algunas organizaciones regionales, en los acuerdos políticos, entre los gobiernos, en los “*gentlemen’s agreements*”, en ciertos códigos de conducta, en declaraciones conjuntas de presidentes o de ministros de Relaciones Exteriores, en directivas adoptadas por consenso en conferencias internacionales, etc., que en conjuntos formarían un “orden jurídico intermedio”.<sup>155</sup>

Llegaríamos de esta manera a la idea que los distintos instrumentos de “*soft law*” vienen como complementarios a la normativa clásica, vinculante de los distintos ordenamientos positivos, superando en una primera etapa la diversidad de los mismos y estableciendo estándares de conducta con vocación de uniformidad.

Estas normas podrán traducirse en recomendaciones, principios, consejos, declaraciones, pautas reguladoras, como por ejemplo el *Libro Blanco* de la OIT,<sup>156</sup> o bien, dentro del ámbito empresarial (empresas multinacionales, ONG’s), son conocidos los códigos de buenas prácticas o códigos de

155. Barberis, *op. cit.*, p. 282/283.

156. Recomendaciones del Libro Blanco en América Central y República Dominicana: *La dimensión laboral en América Central y la República Dominicana: Fortaleciendo el cumplimiento y mejorando la capacidad*, el que tiene como objetivo fortalecer las capacidades de las instituciones de la administración nacional y local del trabajo, mediante la prestación de asistencia técnica para la planificación, la mejora de los sistemas de información y la formación de los inspectores y del personal relevante para la aplicación de las leyes, disponible en [www.ilo.org](http://www.ilo.org). En relación a otro documento de la OIT, la “*Declaración sobre Justicia Social por una justa globalización*” (2008), véase el análisis de Maupian, Francis, “New foundation or new façade? The ILO and the 2008 Declaration on Social Justice for a fair globalization”, en *European Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 3, pp. 823-852.

conducta,<sup>157</sup> donde se establecen parámetros para cumplir objetivos de buen gobierno. No podemos dejar de mencionar el medio ambiente<sup>158</sup> como uno de los tópicos centrales sobre el que versan muchas de estas propuestas.

Este tema se encuentra profundamente vinculado a la elaboración y formación del Derecho Internacional, donde es más difícil adoptar normas vinculantes entre los estados, en ausencia de un órgano legislativo universal y en razón de la relevancia jurídica<sup>159</sup> que pueden tomar las resoluciones de ciertos organismos internacionales,<sup>160</sup> como ser la Asamblea General de Naciones Unidas. Estas pautas, en principio no obligatorias, si son adoptadas por los diferentes Estados, dan lugar al desarrollo de un derecho uniforme dentro de la comunidad internacional.

Fue 1999 que las Naciones Unidas, a través de su entonces Secretario Kofi Annan, anunció el texto de la Declaración denominada “Pacto

157. Fernández Rozas, José Carlos, “Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial, 2001, pp. 81-215, disponible en [www.ucm.es](http://www.ucm.es).

158. Dupuy, Pierre-Marie, “Soft Law and the International Law of the environment”, en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12:420.

159. Al respecto el excelente trabajo de Virally, Michel, “La valeur juridique des recommandations des organisations internationales”, en *Annuaire Français de Droit International*, Vol. 2, 1956, pp. 66-96.

160. Un ejemplo relevante es la “Declaration sur l’intégrité, la probité et la transparence dans la conduite des affaires et de la finance internationales”, emitida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el 20 de mayo de 2010, disponible en <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=261&Lang=fr&Book=False>. La misma organización, a través del Consejo Consultivo Laboral Andino, en octubre de 2003, publicó las *Directrices para las empresas multinacionales*, dirigidas a gobiernos, sindicatos, empresas, organizaciones no gubernamentales, recomendando la utilización del documento como herramienta de protección de los derechos de los trabajadores. En orden de política social, fue en 2006, que la OIT emitió en Ginebra la “Declaración tripartita de principios sobre empresas multinacionales y política social” (disponible en: [www.ilo.org](http://www.ilo.org)), invitando a los gobiernos de los Estados miembros de la OIT, a las organizaciones de los trabajadores y de empleadores y empresas multinacionales a observar estos principios con el objeto de establecer un “nuevo orden económico internacional”. Véase también: *Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2010*; estas directivas fueron actualizadas en 2011, siendo la quinta vez desde su adopción en 1976.

Mundial” o “*Global Compact*”, como instrumento para promover el diálogo social en la comunidad global y conciliar los intereses de las empresas con la sociedad civil. El instrumento consta de 10 principios relacionados al medio ambiente, los derechos humanos, el trabajo y la corrupción. En su portal de Internet, donde se publican los objetivos y rasgos esenciales del Pacto, la Organización afirma que: “El Pacto es un marco de acción encaminado a la construcción de la legitimación social de los negocios y los mercados. Aquellas empresas que se adhieren al Pacto Mundial comparten la convicción de que las prácticas empresariales basadas en principios universales contribuyen a la construcción de un mercado global más estable, equitativo e incluyente que fomente sociedades más prósperas. Las empresas, el comercio y la inversión son pilares esenciales para la paz y prosperidad. Pero en muchas áreas las empresas están ligadas a serios dilemas, como pueden ser la explotación, la corrupción, la inequidad y otras barreras que frenan la innovación y el espíritu empresarial. Las acciones empresariales responsables construyen confianza y capital social, al mismo tiempo que contribuyen al desarrollo y mercados sustentables”.<sup>161</sup>

Los ejemplos se reproducen en el derecho privado, tanto nacional como internacional, donde proliferan –como dijimos– “códigos” de gobierno, de ética o responsabilidad social empresarias y otro género de cuerpos con descripciones de conductas esperadas de ciertos destinatarios.

### 5.8.3.2. *Hard Law* y *Soft Law*

Como anticipáramos, a la hora de definir el concepto de *soft law*, muchos autores presentan la dicotomía con su pretendidamente antagónico concepto de *hard law*.<sup>162</sup>

161. “Pacto Global” (UN), disponible en <http://www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html>. El Pacto Global, en este marco, se inserta como ejemplo en la lista de iniciativas orientadas a prestar atención a la dimensión social de la globalización. Kofi Annan, al presentar el proyecto, dijo que la intención del Pacto Global es “dar una cara humana al mercado global”. Un desarrollo del contenido del instrumento, puede verse en Borgiaq, Fiammetta, “La soft law come strumento di regolamentazione delle attività delle imprese multinazionali”, en *Giur. Comm.*, N°24.2, abril-junio 2010, Giuffrè, p. 319 y ss.

162. Sarmiento, Daniel, “La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law”, en *Cuadernos de Derecho Público* N°28, p. 221 y ss., disponible en [www.danielsarmiento.es](http://www.danielsarmiento.es).

En contraposición con el “*hard law*”, el término “*soft law*” es utilizado para abarcar un amplio espectro en el que se distinguen diferentes formas y niveles de flexibilidad. En este sentido, la opción entre “hard” y “soft” no es estrictamente binaria, como explican Abbott y Snidal.<sup>163</sup>

Continúan diciendo que al optar por el “*hard law*” para dirigir sus relaciones, los actores nacionales e internacionales reducen costos de transacción, aumentan su credibilidad, expanden sus estrategias políticas disponibles y evitan problemas de contratación parcial o incompleta. Como contrapartida, su adopción implica una restricción de su conducta y, en el caso de los Estados hasta de soberanía. Una legislación flexible es más fácil de implementar que una rígida. Esto es especialmente cierto cuando los actores son estados celosos de su autonomía y cuando las cuestiones a tratar amenazan su soberanía. Asimismo, una legislación flexible ofrece formas más efectivas para lidiar con la imprevisibilidad, especialmente cuando se inician procesos en los cuales los actores sólo pueden lograr un entendimiento de su impacto con el correr del tiempo. Otro beneficio es que facilita compromisos entre actores con diferentes intereses y valores o con distintos horizontes temporales o grados de poder.<sup>164</sup>

Siguiendo la misma línea, observamos que el “*hard law*” reduce los costos poscontractuales de administración y ejecución de acuerdos pero la adopción de un contrato muy duro implica costos muy significativos en un principio. Una gran ventaja de las “softer forms” es que implican, en términos generales, un menor costo contractual.

Después de estos conceptos, podemos avanzar sobre otras aristas técnicamente más debatidas.

163. Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, Vol. 54, p. 421, 2000, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1402966>.

164. Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, *op. cit.* en nota anterior; vid. también Paclot, *op. cit.* p. 401 y ss.

#### 5.8.4. Vinculación con la teoría de las fuentes y efectos vinculantes del *soft law*

Muchos son los autores que se cuestionan la validez o repercusión jurídica que pueden tener estos cuerpos de conductas esperadas, en relación a los actos gubernamentales necesarios para su adopción, a la oponibilidad que pudieran tener frente a otros Estados que también las acepten<sup>165</sup> o respecto de los particulares en las distintas jurisdicciones. También, en el ámbito privado, sobre la necesidad de su incorporación contractual o comercial para su eficacia.

Los juristas han venido intentando evaluar este nuevo escenario, en el esfuerzo de aportar nuevas definiciones, como por ejemplo, la de Del Toro Huerta, al decir que: "...la expresión *soft law* busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica. Ello supone la existencia de una normatividad relativa en el sistema internacional y la consecuente afrenta al modelo dicotómico tradicional".<sup>166</sup>

##### 5.8.4.1. Vinculación con la teoría de las fuentes

Suelen afirmar los estudiosos de este tema que un "denominador común" de todas las ideas sobre *soft law* es que se trata de normas no vinculantes, por oposición –como dijéramos– a las normas *hard law*, que al ser *imperativas* su incumplimiento viene acompañado de la correlativa *sanción*.<sup>167</sup>

Sostuvo Guastini que las normas no vinculantes son susceptibles de hacer referencia a varias cuestiones, como ser: 1) Orden vs. Consejo;

165. Mazuelos Bellido, loc. cit.; D'Aspremont, Jean, "Softness in international law: a self-serving quest for new legal materials", en *European Journal of International Law*, Vol. 19, Issue 5, pp. 1075-1093, donde explica los distintos tipos de "softness". Véase también Dupuy, *op. cit.*, p. 430, quien dice: "...el criterio utilizado para identificar las leyes 'soft' no debiera ser formal, basado en el carácter vinculante o no vinculante del documento, sino substancial, dependiendo de la naturaleza y especificidad en la conducta requerida de los Estados".

166. Del Toro Huerta, *op. cit.*, punto II.

167. Escudero Alday, *op. cit.*, pp. 9-10.

2) Sanción vs. No sanción; 3) Justiciabilidad vs. No justiciabilidad; 4) Regla vs. Principio; 5) Fuente de derecho vs. No fuente de derecho.<sup>168</sup>

La cuestión nos reenvía al tratamiento sobre las fuentes del derecho realizado *supra* (punto 5.2.), siendo oportuno extendernos ahora sobre algunos costados particulares de interpretación doctrinal.

La que se ha llamado “teoría tradicional”, reconoce que la norma *jurídica* necesariamente debe reconocer ciertos *caracteres*, como la sanción por órgano dotado de esa potestad, la adecuación a la “pirámide jurídica” que supere el *test* de legitimidad, y la existencia de una “norma de sanción”.<sup>169</sup> Como es sabido estos principios tienen formulación dispar según las distintas corrientes y autores.<sup>170</sup>

Pero desde hace tiempo viene sugiriéndose que esta visión “legalista” del derecho debe ser repensada,<sup>171</sup> señalándose, por una parte, que antes que los “*caracteres*” del derecho formal, deberíamos preguntarnos por sus *funciones*<sup>172</sup> y que cabe “cambiar los paradigmas, y admitir el brote nuevo, la diversidad, la pluralidad, el desorden creador de fuentes [...] superar la noción reductora de las fuentes *del* derecho, que reenvía necesariamente a las fuentes formales, y admitir la existencia de fuentes *de* derecho”.<sup>173</sup>

Entrando ya directamente al tema del llamado *soft law* se resalta, como antes referimos, la emergencia de las fuentes privadas no estatales y la necesidad de admitir, en consecuencia, en las sociedades *posmodernas* del

168. Escudero Alday, *op. cit.*, p. 8.

169. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2007, p. 23 y ss.

170. Aftalión, Enrique - Vilanova, José - Raffo, Julio, *Introducción al derecho*, 4ª Edición, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 397 y ss.; Geny, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique* (1899), Preface of Raymond Saleilles; existe segunda edición, LGDJ, París, 1954.

171. Carbonnier, Jean, *Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho*, traducción de Luis Díez Picazo, Tecnos, Madrid, 1974, sostenía que “el derecho es más pequeño que el conjunto de las relaciones entre los hombres, pero más grande que las fuentes formales del derecho”, capítulo 1, p. 11.

172. Paclot, Jean, “La juridicité du code AFEP/MEDEP du gouvernement d`entreprise des sociétés cotés”, en *Revue des sociétés*, julio-agosto 2011, N°7-8, Dalloz, París, p. 396.

173. Paclot, loc. cit., con referencia también a Jestaz, Phillipe, “Sources délicieuses...remarques en cascade sur les sources du droit”, *RTDCivil*, Dalloz, París, 1993, p. 93.

*hard law* y del *soft law*.<sup>174</sup>

Sobre este tema se reconoce que las *fuentes formales* de una y otra pueden ser diversas<sup>175</sup> y que por lo tanto su carácter vinculante puede ser puesto en duda con los parámetros clásicos, sin embargo, para los sostenedores de las tesis que estamos desarrollando, debemos rescatar su *fuerza normativa*, es decir, su distinta función en cuanto, si bien tienen una *geometría variable*<sup>176</sup> son aptas, como modelos que guían la acción, teniendo efectividad en su aplicación social<sup>177</sup> incidiendo en el cambio general de comportamientos.

Se suele citar una frase de Bruno Oppetit, quien dijo al respecto “La juridicidad no puede estar subordinada a la existencia de una sanción coercitiva bajo pena de confundir el derecho con la fuerza: hay reglas no sancionatorias o ‘inefectivas’, en derecho internacional, en derecho constitucional y en derecho privado, que, sin embargo, siguen siendo normas de derecho”.<sup>178</sup> En suma, en esta posición moderna, el llamado *soft law* estatuye normas jurídicas, de distinta efectividad, flexibilidad e intensidad.<sup>179</sup>

174. Ver Association Henri Capitant, “Le droit souple”, Jornadas Nacionales, tomo XIII, Boulogne sur Mer, Dalloz, París, 2009; Thibierge, Catherine, “Le droit souple: Réflexion sur les textures du droit”, *RTDCivil*, Dalloz, París, 2003. p. 599.

175. Lo que es una objeción que se levanta frente a esta tesis, por cuanto nos encontraríamos frente a reglas de derecho no adoptadas por autoridad competente y eventualmente “no obligatorias” o “no judicializables”. Ver Paclot, *op. cit.* en nota 172, y De Miguel Asensio, Pedro A., “Algunas tendencias jurídicas de la globalización”, en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del derecho y la seguridad*, BOE- AEPDIRI, Madrid, 2003, p. 47 y ss., donde dice: “En la regulación de ciertas actividades de carácter típicamente transnacional, el significado del Derecho como conjunto de normas vinculantes cuya efectividad aparece asociada al poder público se difumina, ante el creciente significado de los usos comerciales, códigos de conducta y otros instrumentos flexibles (o de *soft-law*) cuya eficacia resulta fundamentalmente de la adhesión de las partes”.

176. Paclot, *op. cit.*, p. 399, quien habla también de “intensidad variable”.

177. Thibierge, Catherine, *La force normative: naissance d'un concept*, Bruylant, Bruselas, 2009 y Paclot, *op. cit.*, p. 400 y ss. Es decir, los interesados la toman como guía efectiva de conducta y tiene alta consideración social.

178. Oppetit, Bruno, *Le droit hors de la loi*, citado por Paclot, *op. cit.*, p. 403, y su nota 64.

179. Paclot, *op. cit.*, dice: “Por su textura el Código [se refiere el Código de buen gobierno empresario. N. del A.] responde a las diferentes funciones del derecho –que no consiste únicamente en prohibir y prescribir– sino que consiste también a modelar los comportamientos. Desde este punto de vista, responde plenamente a las aspiraciones de nuestra

Frente a esta tesis, otra parte de la doctrina llega a la conclusión de que estamos en presencia de normas que van a proponer conductas determinadas, no a imponerlas, cuyo elemento también constitutivo vendrá dado por la adhesión voluntaria de los destinatarios. Pero a pesar de todo, y por lo que a nuestro tema respecta, se afirma que el “*soft law*” no puede ser vehículo idóneo para realizar el ideal del imperio de la ley porque no se presenta ante sus destinatarios en los mismos términos que el “*hard law*”: “El imperio de la ley exige conformidad para que el derecho sea efectivo y hace de la conformidad una cuestión de general preocupación internacional” (Shelton, 2000: 9). Y las normas del “*soft law*” son de adhesión voluntaria y la conformidad con ellas está siempre bajo sospecha. En todo caso, esa conformidad no proviene de su propia naturaleza normativa sino de la contingente presencia de factores y causas contextuales, como la presión social o la fortaleza de la sociedad civil, y es siempre discutida y discutible (Haas, 2000). No puede por tanto cumplir con las tareas que le encarga el imperio de la ley. Dejar a la voluntad de los actores que lo acepten o no lo acepten es incompatible con ese ideal.<sup>180</sup>

Por eso, dentro de este análisis ha sido fundamental pensar o repensar las fuentes del Derecho, y si nos encontramos –o no– frente a una nueva fuente. En derecho internacional, dijo Mazuelos Bellido, “Hoy es comúnmente aceptado que las resoluciones no constituyen una nueva ‘fuente’ de Derecho Internacional y que, de reputarse obligatoria para los Estados miembros por su contenido, deben reconducirse a algunas de las ‘fuentes’ reconocidas por el Derecho Internacional, principalmente los tratados o la costumbre internacional”.<sup>181</sup>

Barberis, sin embargo y en la misma rama, con un criterio quizá más amplio afirma que “el orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que existe un número determinado y limitado de modos de

---

época, que prefiere la regulación a la reglamentación y que manifiesta una cierta desconfianza frente a imposición estatal”, p. 399. Debe tenerse en cuenta que respecto de los “Códigos de Buen Gobierno Corporativo”, existen variadas subclases con características diversificadas.

180. Laporta, Francisco, “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”, en *Derecho y Justicia en una sociedad global, Anales de la Cátedra de Francisco Suárez* N°39-2005, IVR, Granada, 2005, p. 262.

181. Mazuelos Bellido, *op. cit.*, p. 6 y ss.

creación de normas jurídicas. Los miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el derecho de gentes”.<sup>182</sup>

Resulta importante la postura de Escudero Alday al decir que “que un acto normativo sea o no fuente del derecho depende de la existencia de una norma que lo califique como tal. Así, las normas de *soft law* no serían vinculantes en este último sentido, el de ser una fuente del derecho, al no existir otra norma que así lo establezca”.<sup>183</sup>

El mismo autor, encuentra la “salida” al considerar que las normas de *soft law* pueden formar parte de los principios generales del derecho, como parámetros interpretativos, y así, como “criterios de interpretación autorizados”, probar la costumbre internacional y juzgar la actuación de un Estado.

En nuestro concepto, las “normas” de este tipo (*soft law*) no son *iguales* a las leyes en sentido formal “ordinario”, son leyes en sentido material y la apreciación de su fuerza vinculante y su posibilidad de coerción exige un análisis detenido, que es arduo, pero al que no se puede renunciar sin hacerlo, al mismo tiempo, a la evolución del derecho en el mundo moderno. Éste exige la renovación de las fuentes, lo que es intenso en el derecho mercantil.<sup>184</sup>

### 5.9. Globalización, Derechos Humanos y Comisiones Internacionales

No puede dejar de mencionarse la expansión del tratamiento de los derechos humanos, a través de normas legales nacionales e internacionales. Si bien no suele vincularse la globalización a este tema, lo cierto es que criterios generales y textos concretos son adoptados para ser aplicados en una generalidad de países.<sup>185</sup>

182. Barberis, *op. cit.*, p. 257 y ss.

183. Escudero Alday, *op. cit.*, p. 13 y ss.

184. Magnier, Véronique. y Paclot, Yann, “Les nouveaux modes de élaboration des règles commerciales”, en *Quel code de commerce pour demain? Bicentenaire du code de commerce*, coordinado por Pascal Bloche y Sophie Schiller, LexisNexis-Litec, París, 2007, p. 3 y ss.

185. Alegría, Héctor, *Humanismo y Derecho de los negocios*, LL, 2005-E, 952 y en *Reglas y principios del Derecho Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 173 y ss., especialmente p. 182 y sus citas. También: Mushkat, Roda, “Incomplete Internalization and Compliance with human Rights law: a reply to Ryan Goodman and Derek Jinks”, en *European Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 2, pp. 437-442.

Si bien ha existido un importante debate sobre el sesgo europeizante de las declaraciones básicas sobre derechos humanos,<sup>186</sup> en verdad algunos lineamientos básicos han ido cobrando consenso universal e, incluso, incorporación en las Constituciones políticas.<sup>187</sup>

Paralelamente, y fuera de las materias puramente económicas, una serie de comisiones para el seguimiento de la observancia de los derechos humanos han sido constituidas y operan en el ámbito internacional y en el interno de algunos países. Al mismo tiempo se han constituido tribunales

186. McLaughlin, Mitchell y Powell, *op. cit.*, p. 198 y ss.; Barra, *op. cit.* Véase también Andruet, Armando S. (h.), *La autonomía del hombre frente a la globalización, en perspectiva jurídica*, ED, 191-710, con relación al derecho a la privacidad y a los avances para la identificación de las personas. Ver también Cassese, *The globalization...*, *op. cit.*, p. 984 y ss., sobre estos temas y en especial con relación a la Corte Europea de Derechos Humanos, consecuencia de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (4/11/1950) y la constitucionalización de algunos de estos derechos.

187. *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2010, donde se incorporan los siguientes Tratados: *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre* (aprobada en la Novena Confederación Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948); *Declaración Universal de Derechos Humanos* (aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948); *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (llamada Pacto de San José de Costa Rica, suscripta en esa ciudad el 22/11/69); *Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo* (adoptados por resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abiertos a la firma en la ciudad de Nueva York el día 19 de diciembre de 1966); *Convención para la prevención y la sanación del delito de genocidio* (aprobada el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas); *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (suscripta en la ciudad de Nueva York el 13 de julio de 1967); *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980); *Convención contra tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984); *Convención sobre los derechos del niño* (adoptada por la asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York –Estados Unidos de América– el 20 de noviembre de 1989); *Enmienda al Art. 43 de la Convención sobre los derechos del niño* (adoptada en Nueva York –Estados Unidos de América– el 12 de diciembre de 1995); *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas* (celebrada el 9 de junio de 1994, en la ciudad de Belém do Pará, República Federativa del Brasil); *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad* (adoptada por la Asamblea General de la Organización de la Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968).

para el tratamiento de delitos, en particular los vinculados al genocidio.<sup>188</sup>

Es decir, podemos afirmar una cierta *globalización* en orden a la legislación sobre derechos humanos y al juzgamiento incluso internacional o supranacional de las conductas de los Estados y de los particulares con relación a su efectiva materialización.

### 5.10. *La globalización hoy*

El panorama sobre la base en la cual se han elaborado muchos de los precedentes que hemos citado en este trabajo es anterior a la crisis *global* de 2008 o, por lo menos, no la han podido considerar en su profundidad actual y en las consecuencias futuras sobre las diversas instituciones.

Sin analizar puntualmente cada uno de los aspectos de esta crisis, que aún está cursando, podemos advertir que ciertos paradigmas que parecían casi inamovibles están siendo revisados o bien modificados en la práctica, o de manera refleja, por la actuación de los Estados, de los grupos de Estados o regiones y, finalmente, de los particulares.<sup>189</sup>

La hegemonía de los llamados “países centrales”, básicamente Estados Unidos de Norteamérica y los Estados congregados en la Unión Europea, se ha visto afectada por esta crisis, razón por la cual han debido adoptar medidas extraordinarias e, incluso, soportes económicos y planes de emergencia para solventarla, evitar en algunos casos el *default* y defender las respectivas monedas de la erosión provocada por acontecimientos concurrentes a la generación de aquellas crisis.

188. Ver nota 80 y McLaughlin, Mitchell y Powell, *op. cit.*, p. 98 y ss., donde se refiere, además de la Corte Penal Internacional, a las repercusiones de las declaraciones de derechos humanos en los países llamados del “*Civil Law*”, a los “*Common Law*”, a los de la “*Islamic Law*” y a los que tienen un *sistema mixto*. Sobre este tema Teubner, Gunther, en “Sociedad global- justicia fragmentada. Sobre violación de derechos humanos por actores transnacionales ‘privados’”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez* N°39-2005, IVR, Granada, cit., p. 551 y ss., con un abordaje crítico.

189. Richard, Efraín Hugo, *Globalización y crisis financiera: daños y responsabilidad*, ED, 232-645, 2009, quien se refiere fundamentalmente a las consecuencias y responsabilidades de la crisis financiera y se remite a sus anteriores trabajos: *Derecho y economía, el desafío del siglo XXI* (ED, 196-982) y *La crisis argentina y la mundialización financiera* (ED, 196-915).

Tampoco puede ya ignorarse que China emerge como la segunda potencia económica mundial, adoptando parámetros cercanos a la concepción liberal de la economía, aún manteniendo un régimen político básicamente marxista.<sup>190</sup>

Muchos países emergentes han evitado el ojo de la tormenta y, paradójicamente, han mantenido y hasta han incrementado sus economías. Hoy se debate la consistencia del euro como moneda común y la rigidez que significa frente a países con dificultades que se van profundizando,<sup>191</sup> y estos debates se replican con diversa intensidad con relación al dólar, máxime cuando, al momento de redactar este trabajo, el Congreso de los Estados Unidos no ha decidido un tema crucial como es la ampliación del endeudamiento estatal para el cumplimiento de sus obligaciones.<sup>192</sup>

Quizá sea difícil sentar las coordenadas de los nuevos paradigmas, aunque es claro que los cambios, si bien pueden no ser copernicanos, calarán profundo en el estado de cosas anterior.<sup>193</sup>

190. El economista argentino Juan José Llach escribió un estudio en el diario *La Nación*, de Buenos Aires, el 22 de julio de 2011, p. 19, donde trata el tema y que titula “Asoma un nuevo mundo” y subtítulo “La crisis europea y un orden global liderado por Asia y los países emergentes”, donde entre otras cosas dice: “La incertidumbre sobre el futuro de la economía global es grande y los pronósticos son muy arriesgados”, cuando antes había dicho “si se ignoraran por un momento las fronteras nacionales la mejor solución del problema sería un salvamento de Europa por parte de China y Medio Oriente, el primero ya insinuado por el Ministro Wen Jiabao. No hace falta mencionar las filosas aristas geopolíticas de esta alternativa”, reseñando después las fuertes cantidades de dinero que tienen los fondos soberanos estatales de los países emergentes y las cuantiosas reservas externas de esos países.

191. Son conocidos los casos de Irlanda, Grecia, Portugal y turbulencias en Italia y España. Incluso, en algunos casos se ha llegado a decir que la medida sanitaria más eficiente podría ser la salida de algún país de la zona del euro y la resolución del *default* de una manera más *clásica*, con recortes de la deuda y refinanciamientos consiguientes.

192. Si Washington no aumenta su límite máximo de endeudamiento antes del 2 de agosto y se ve obligado a incumplir sus compromisos de deuda “llevará al sistema financiero al caos y afectará enormemente a la economía mundial”, dijo Ben Bernanke frente a los preocupados integrantes del Comité de Servicios Financieros de la Cámara de Representantes. Para evitar el *default*, viene enfatizando la Fed., es necesario elevar el techo legal de la deuda pública estadounidense en las próximas dos semanas (fuente IEco, diario *Clarín*, sitio web, 14 de julio de 2011, sobre cables de AFP, AP y DPA).

193. Véase *supra* nota 98; y Fernández Rozas, José Carlos, “Gobernanza y supervisión de los mercados financieros internacionales tras la crisis de 2008”, en *El Cronista del estado social y democrático de Derecho*, ISSN 1889-0016, p. 26/35, disponible en [www.ucm.es](http://www.ucm.es).

Todo ello nos confirma que lo perdurable de la globalización es, fundamentalmente, la revolución de la información. Las demás consecuencias dependen del mantenimiento de un *statu quo* que no podemos dudar que se ha conmovido y que provocará que las extensiones económicas, políticas, culturales y de los demás campos que hemos analizado quedarán sometidas a escrutinio y a eventual modificación.<sup>194</sup>

El derecho deberá mantener su misión en el fortalecimiento o redefinición de las instituciones y en la consecución de un orden mundial justo.

194. El impacto de la crisis sobre la globalización ha sido estudiado, entre otros, en el trabajo de la OCDE, citado *supra* en nota 56.

# El acceso a la vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

*Daniel A. Sabsay*

Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UBA. Profesor invitado de las universidades de Estrasburgo (Francia), de Texas, Austin (EE.UU.) e Internacional de Andalucía (España).

## **I. Introducción**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante la Corte) en su actual composición, confirma su vocación de perseguir el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, como se pone de manifiesto en “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia que será objeto de nuestro comentario. El alto tribunal realiza un minucioso examen en el que se ponen en consideración la diversidad de fuentes en juego. En efecto, se trata de una situación que se plantea en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CABA) que permite apreciar la amplitud de las disposiciones aplicables al caso, contenidas en la constitución local y sus normas de desarrollo; a ello se agrega lo que contempla en la materia la Constitución nacional (en adelante CN); y, por último, las normas pertinentes de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 77, inc. 22, CN). Pues bien, esta variedad de fuentes, lejos de complicar la dilucidación del caso, obligan a que el intérprete haga un esfuerzo adicional en aras de lograr la mayor operatividad de los derechos invocados por la actora.

En ese camino, la Corte se apoya en el principio de progresividad, e introduce una visión amplia de la división de poderes, que impide que pueda concluirse que esta materia constituye una cuestión política no justiciable,

fuera del alcance de la consideración de los jueces. Lejos de ello, la Corte efectúa una clasificación de los derechos en función de su operatividad, a partir de la cual abre un camino por el que debe entrar el juez utilizando dos herramientas procesales, que son el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La evolución de la jurisprudencia de la Corte, luego de la reforma constitucional de 1994 la ha llevado a pasos firmes a la recepción de este segundo tipo de control. Actividad que los jueces están obligados a realizar, a efectos de impedir que pueda producirse la responsabilidad internacional del Estado por realizar acciones contrarias a lo que prescriben los tratados u omitir la toma de decisiones que permitan que sus disposiciones sean operativas. Estas premisas que se derivan de todos los instrumentos que integran el denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ven confirmadas en el fallo que será objeto de nuestro comentario.

En tal sentido resulta interesante observar el contraste entre lo decidido por la mayoría de los miembros en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la CABA (en adelante TSJC) que es objeto de recurso extraordinario y lo que determina la Corte que hace lugar a la queja planteada frente a la no concesión de dicho recurso. Se trata de visiones contrapuestas, propias de miradas que se corresponden con épocas diferentes. El TSJC no sale de un esquema conservador que limita al máximo la intervención de la justicia en este tipo de cuestiones, mientras que la Corte como veremos efectúa un estimulante y sutil análisis de manera de llegar de manera convincente a un resultado exactamente contrario. Por último, expondremos nuestras reflexiones finales a modo de conclusión.

## II. El caso

Se trata de un amparo interpuesto por una mujer contra el gobierno de la CABA. Tanto ella como su hijo menor de edad discapacitado, de resultados de sufrir una encefalopatía crónica no evolutiva, se encuentran en “situación de calle”; y, las alternativas que les propone la CABA a través de los diferentes programas sociales a su cargo no les permiten salir de la situación de postración en que se encuentran. Así en la acción de amparo se le solicitó a “la demandada que cesara en su conducta ilegítima que, al denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la ‘situación de calle’ en la que se encontraba junto a su hijo, violaba sus derechos fundamentales a la salud,

la dignidad y la vivienda reconocidos no sólo en la Constitución local, sino también en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales incorporados a su art. 75, inc. 22”.<sup>1</sup>

Luego el mismo considerando continúa con la descripción de lo acontecido: “la peticionaria solicitó ‘una solución que nos permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose nuestra integridad familiar’. Aclaró que, en el caso de que decidiera brindarle un subsidio, su monto debía ser suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un lugar que cumpliera con las características señaladas; pues los subsidios previstos por el decreto local 690/06 no garantizaban adecuadamente sus derechos”. Así lo estimó porque, por un lado, estaban sujetos “a la disponibilidad de recursos del ejercicio presupuestario que corresponda” y, por otra parte, “eran parciales y limitados a seis cuotas de 450 pesos, a cuyo término sólo podía solicitarse el pago de cuatro cuotas adicionales, a criterio de la autoridad de aplicación, aun cuando los peticionarios demostraran que subsistía su situación de desamparo. Ante tales circunstancias, la actora solicitó una medida cautelar, que fue concedida y a la fecha se encuentra vigente”.<sup>2</sup>

La Jueza de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar al amparo, decisión que fue confirmada por la Sala II de la Cámara de ese fuero. La alzada consideró que “frente a la acreditada situación de vulnerabilidad en la que se encuentran la amparista y su grupo familiar y a que el monto establecido [por el decreto 960/08, modificadorio del decreto 690/06] [...] podría resultar insuficiente para garantizar el derecho afectado [...] la demandada deberá proveer [...] un subsidio que les permita, a la actora y a su grupo familiar, abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”.<sup>3</sup> Pero esta sentencia fue revocada por el TSJC, que reenvió la causa a la cámara para que dictara una nueva sentencia conforme a los criterios interpretativos que expuso, los que serán objeto de análisis en el siguiente acápite.

1. Del Considerando 1° del voto de la mayoría.

2. *Ídem* anterior.

3. Del considerando 2° del voto de la mayoría.

Por último, la Corte revoca la decisión del TSJC y en su sentencia, exhorta al GCBA que garantice a una madre y a su hijo discapacitado, que se encontraban en “situación de calle”, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Para llegar a este decisorio desarrolla diferentes líneas argumentales a las que haremos referencia en otro acápite.

### **III. La interpretación del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

El TSJC, para la dilucidación del caso, remitió a lo que había decidido con anterioridad en la causa “Alba Quintana” ya que consideró que en ella existían circunstancias análogas con lo que está en juego en la que nos ocupa. El TSJC sostiene que para determinar las obligaciones a cargo del gobierno de la CABA deben analizarse las diversas fuentes, cita a las constituciones local y nacional y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC); para luego expresar que entre dos interpretaciones posibles debe estarse a aquella que de mejor manera satisfaga lo que establece la que sea de rango superior, observando así la jurisprudencia de la Corte.

El TSJC considera que de conformidad con “el PIDESC, los Estados parte no están obligados a proporcionar vivienda a cualquier habitante de su país que adolezca de esa necesidad. Su deber se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. A su vez, el Pacto impone una obligación de progresividad. Ello significa que los países signatarios deberán adoptar medidas que demuestren un avance en las políticas públicas destinadas a garantizar plenamente los derechos allí reconocidos. Sin embargo, esta mejora tiene que ser medida respecto al conjunto general de la población, y no según lo que toque a cada individuo. Lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que afecta mayores recursos y duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración en su prestación individual”.<sup>4</sup>

4. Del considerando 3° del voto de la mayoría.

El TSJC manifiesta, asimismo, que el PIDESC impone a los Estados la obligación de garantizar, por lo menos, niveles mínimos y esenciales de satisfacción de los bienes jurídicos protegidos por cada uno de los derechos. En este caso se trataría del contenido mínimo del derecho a la vivienda. En tal sentido el TSJC señala que el gobierno de la CABA por medio de sus programas, provee en el caso el standard de “abrigo”, el que entiende se corresponde con dicho contenido mínimo. En razón de ello, en tanto dicho gobierno les proporciona a las personas en “situación de calle” una red de albergues y de paradores estatales, entonces no resultan inconstitucionales los subsidios previstos en el decreto 690/06 aunque ellos sean parciales y temporarios. A continuación el TSJC considera que la concesión de subsidios no puede ser discrecional y que por lo tanto los jueces deben velar por que los mismos respeten las prioridades establecidas en el bloque de constitucionalidad. Agrega que las pautas que de allí se derivan impiden que se pueda subsidiar a un grupo sin antes subsidiar a otro que esté más necesitado: “A tal fin, quien pretenda obtener el subsidio debe cumplir con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen”.<sup>5</sup>

La solución dada por el TSJC parte de una negativa a la consideración individual de cada caso ya que como hemos visto se propugna de manera exclusiva la visión colectiva de la cuestión. Curiosamente, pese a manifestar su apego a las fuentes internacionales, las que por ser de jerarquía superior deberían prevalecer, al adoptar el criterio que se acaba de exponer, no resulta posible la satisfacción de los objetivos que persiguen los principios *pro homine* y de progresividad en materia de aplicación de derechos humanos. Recordemos que las autoridades de aplicación de dichos tratados han recalado la necesaria aplicación de estos postulados en todos los casos en los que se ventile la operatividad de derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos desarrolla la progresividad en su artículo 26<sup>6</sup> y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que a

5. *Ídem* anterior.

6. Convención Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 26. “Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la

fin de dar cumplimiento al principio *pro homine* –elemento fundamental en materia de interpretación y aplicación de derechos humanos–, previsto en el art. 29 CADH,<sup>7</sup> los jueces siempre deben “efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales; pudiendo incluso optar por la interpretación más favorable en caso de aplicabilidad de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos”.<sup>8</sup> Asimismo otro principio cardinal en la interpretación de la CADH así como también de cualquier otro tratado en esta materia, es como hemos visto, el de progresividad. El enunciado principio (art. 26 CADH) implica para los Estados el deber de no adoptar políticas regresivas que tengan por objeto o efecto la disminución del estado de goce de los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>9</sup>

En razón de los efectos que conlleva la interpretación del TSJC en el caso de marras, pareciera que al efectuarla no se ha detenido a observar estos antecedentes ya que de haberlos tenido en cuenta, otra hubiese sido la decisión que hubiese tomado. No es posible considerar que la actora y su hijo podían ver satisfechos ese nivel mínimo aceptable en materia de vivienda, a través de un sistema como el previsto en los programas de la CABA, caracterizado por su precariedad, limitación en el tiempo y falta de adecuación a la grave situación por la que atravesaba la actora. Ello, sin que

---

Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

7. Artículo 29. “Normas de Interpretación:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

8. Corte IDH, Caso “Cabrera García y Montiel Flores. vs. México”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010.

9. Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, 28/02/2003.

se demostrase que, a través del mismo, se lograra una mejor utilización de los recursos disponibles y sin hacer uso de otro tipo de asistencias que no demandaban necesariamente la realización de gastos importantes.

Gargarella y Maurino en un interesante artículo<sup>10</sup> efectúan una crítica a dos sentencias del TSJ sobre derecho a la vivienda que resultan aplicables a este nuevo fallo, en tanto se sustenta en las mismas premisas restrictivas. Allí expresan que “el escueto contenido mínimo del derecho a la vivienda que se ofrece en los fallos analizados sólo podría explicarse en base a una teoría según la cual el acceso al seguro a una vivienda adecuada no fuera en realidad un derecho constitucional exigible al estado, pero la aversión a dotar al derecho a la vivienda de sustancia es injustificable en nuestro acuerdo constitucional, tanto como lo sería una concepción análoga respecto del derecho a la salud, la educación y la seguridad social, por citar los casos más obvios. Los arreglos constitucionales liberal-conservadores de 1853 posiblemente podrían encontrar consistencia con tales teorías –que reconocen pocos derechos, básicamente contruidos como libertades normativas– pero, sencillamente, ya no puede encajar con los compromisos adoptados en el país y la Ciudad mediante las reformas constitucionales consagradas luego de la recuperación democrática”. Coincidimos con estas reflexiones que ponen de manifiesto la errada actitud del TSJ, o al menos de su mayoría –ya que la disidencia de la jueza Alicia Ruiz va en el sentido de lo decidido por la Corte–, en lo que hace la operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Más adelante los autores aceptan la dificultad de que el estado pueda reconocer de manera robusta el derecho a la vivienda en razón de la serie de deberes de su parte que ello implica que impide que puedan ser garantizados en el corto plazo aunque obliga al cambio de su política en la materia. Luego expresan que “la manera de afrontar esos desafíos no debe consistir en debilitar el derecho en cuestión, sino –en primer lugar– en afirmar su normatividad; el camino para lidiar con estas ofensas institucionales –y las que resultan en general de una sociedad desigual y excluyente– no debe ser el de negarlas, desnaturalizando los derechos cuya violación las denuncia”,<sup>11</sup> agregan.

10. R. Gargarella y G. Maurino, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC”, JA, 2010, abril, pp. 10-18.

11. R. Gargarella y G. Maurino, op. cit.

#### IV. La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Como ha quedado dicho en la introducción, la Corte revoca el fallo del TSJC. Para así decidir el alto tribunal previo a todo, convoca a una audiencia pública de carácter informativo en la que interroga a los representantes letrados de las partes para que se expresen sobre diversas cuestiones vinculadas con el caso. El voto de la mayoría comienza recordando que “en nuestra Constitución Nacional se ha reconocido que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social ‘que tendrá carácter de integral e irrenunciable’ y en especial se previó que la ley establecerá ‘el acceso a una vivienda digna’ (art. 14 bis, tercer párrafo, tributario en este punto del art. 37 de la Constitución de 1949)”.<sup>12</sup> A continuación recuerda que, “a su vez, la reforma operada en 1994 reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad como la que es objeto de examen al advertir que el Congreso debe ‘legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen [...] el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños [...] y las personas con discapacidad [...]’ primer párrafo del art. 75, inc. 23). Esta norma dirigida específicamente al legislador federal, debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia, que deberá además contemplar –por expreso mandato constitucional– el diseño de un régimen de seguridad social, especial e integral para proveer a la ‘protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...’ (segundo párrafo del art. citado)”.<sup>13</sup>

Por último, repasa las fuentes internacionales con jerarquía constitucional que contemplan la cuestión. Refiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al PIDESC, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre para concluir con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Después de repasar el sistema de derechos reconocidos a los niños, recuerda las obligaciones de los Estados al respecto. Destaca que éstos “adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras

12. Considerando 8° del voto de la mayoría.

13. *Ídem* anterior.

personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda” (art. 27.3). Por último, en su art. 3º la Convención marca como principio rector que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Todo lo cual se ve reforzado por lo que determina en su art. 7, ap. 1 y 2, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con los niños y la necesidad de velar en todo momento por su interés superior. Este tratado extiende su protección a las familias de los discapacitados, pone el acento en el deber de no discriminar por motivos de discapacidad; y, en lo que hace específicamente a lo que refiere la sentencia que comentamos, “asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública” (art. 28, ap. 2 especialmente punto d).

La Corte pone de manifiesto lo que estipula en materia de vivienda el art. 31 de la constitución porteña, el que contempla en sus disposiciones un amplísimo reconocimiento de este derecho, con claros deberes a cargo del Estado con el objeto de asegurar la progresividad de su reconocimiento a través de la puesta en marcha de políticas especiales. También pasa revista a cada una de las leyes específicas que han sido sancionadas por la Legislatura de la Ciudad para asegurar lo estipulado en la ley fundamental de la Ciudad. Enfatiza que por medio de la ley 3706 se buscó proteger integralmente y hacer operativos los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo de situación de calle (art. 1º), para lo cual estableció que “...Es deber del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantizar: art. 4º [...] c) La formulación e implementación de políticas públicas en materia de salud, educación, vivienda, trabajo, esparcimiento y cultura elaboradas y coordinadas intersectorial y transversalmente entre los distintos organismos del estado...”. Asimismo, analiza cada uno de los programas del gobierno de la Ciudad, en particular de aquellos destinados a las “personas en situación de calle” entre los que se les da la posibilidad de acceder a una vivienda única.

Así las cosas, frente a todas las fuentes citadas la Corte señala que su cometido es determinar el alcance que tiene el derecho invocado en nuestro sistema desde una óptica que asegure su mayor operatividad en relación con el caso concreto que es objeto del litigio en estudio. Manifiesta que “la

primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. Esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe ‘garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos’ (Fallos: 327:3677; 332:2043) y ‘garantizar’, significa ‘mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas’, según indica en su Observación General N°5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las ‘condiciones de vigencia’ de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Fallos:332:709)”.<sup>14</sup> Estamos frente a una clara manifestación de lo que Bidart Campos entendía como “la fuerza imperativa de la constitución”.

La Corte efectúa entonces un control de convencionalidad a la luz tanto de lo que expresan los tratados internacionales, como también de lo que surge de las interpretaciones a cargo de los órganos de aplicación de dichos instrumentos; en nuestro caso se hace expresa mención de una observación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de la interpretación de las disposiciones del PIDESC. En el considerando 11 del voto de la mayoría la Corte se pronuncia a fin de determinar la operatividad de este tipo de derechos y del rol de la Justicia en determinadas circunstancias, a la luz de la división de los poderes y teniendo en cuenta la competencia de los órganos Legislativo y Ejecutivo. En tal sentido, considera que “la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como

14. Considerando 10° del voto de la mayoría.

por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos”.<sup>15</sup>

A partir de allí la Corte reconoce “las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales [...], para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado”. Agrega que: “Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno. Que todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial”.<sup>16</sup>

Como tercer paso en su interpretación, la Corte sostiene que “los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, [...] están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que ‘manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard College, 1971)”.<sup>17</sup> Recordemos que en reiterados precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que aún supuesta la legitimidad de los fines de la ley, la misma se torna arbitraria cuando los medios que se adoptan para lograr esos fines no guardan adecuada proporción con ellos o con las circunstancias que la motivaron.<sup>18</sup>

El Alto Tribunal sostiene que “los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser

15. Del considerando 11° del voto de la mayoría.

16. Ídem anterior.

17. Del considerando 12° del voto de la mayoría.

18. *Fallos* 90:20; 147:402; 171:348; 200:450; 249:252; 256:241; 263:460; 288:325; 299:428.

respetados por quienes deciden políticas públicas. En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”. A través de esta interpretación la Corte considera que se logra “hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces”.<sup>19</sup>

Desde este lugar realiza el control que impone la situación planteada, en la que concurren todos los requisitos antes señalados de resultados del cual luego de considerar la situación de la actora y de su hijo concluye que la Ciudad no ha logrado garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales les reconocen, “en tanto ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente”.<sup>20</sup>

La Corte toma lo manifestado en la audiencia pública por el Procurador General de la Ciudad en el sentido de que la escasez de recursos le impide a la Ciudad dar respuesta cabal a lo requerido. A esos efectos, nuevamente recurrirá a lo expresado por el Comité de Derechos Económicos y Culturales, que en base a una interpretación de lo que dispone el Protocolo Facultativo del PIDESC, concluye que la falta de recursos no puede ser nunca un pretexto de parte de un Estado parte para justificar el no cumplimiento de derechos contemplados en el Pacto. Es por demás ilustrativa la explicación

19. Considerando 12° del voto de la mayoría

20. Considerando 13° del voto de la mayoría.

que hace el Comité que le permite a la Corte fundar la necesidad de la mejor utilización de los recursos disponibles, inclusive recurriendo a soluciones de “bajo costo”, sobre las cuales la Ciudad no da respuesta. Ello luego de observar que las soluciones aportadas por ésta les impiden a los protagonistas salir de la situación desesperante en la que se encuentran; y esto a pesar de que el esfuerzo oficial parece considerable. El problema surge de la mala utilización de los recursos.

El voto de la mayoría pone el acento en que en el caso no sólo se presenta una violación del derecho a la vivienda, sino que además dada la presencia de un menor incapaz involucra el incumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales de los cuales la Argentina es parte. Por lo expuesto la Corte recomienda que se recurra a la asistencia social para poder orientar a la actora. Así expresa que “las circunstancias requieren la intervención urgente de equipos de asistencia social de los que dispone el Estado local, que aseguren al niño la atención y el cuidado que su condición precisa, preservando su salud y su integridad física, sin que importe una internación u otra medida que interrumpa la relación y el contacto materno-filial. La actora, como toda madre que carga con la responsabilidad de un niño severamente discapacitado y que hasta el momento, pese a toda la adversidad, ha sostenido y puesto de manifiesto el vínculo afectivo y asumido la pesada tarea, tiene el elemental derecho de trabajar libre de preocupaciones respecto del niño durante su desempeño laboral, lo que no importaría para el Estado ninguna inversión extraordinaria, sino el uso adecuado de sus propios servicios asistenciales especializados.”<sup>21</sup>

## **V. El control de convencionalidad**

En este acápite nos ocupamos del control de convencionalidad, ya que la sentencia que comentamos es un ejemplo cabal de su ejercicio, se presenta como un mojón más de una larga cadena que comienza con “Giroldi” hace más de una década y media y se continúa de manera cada vez más comprensiva en numerosísimos fallos. Primero con la aplicación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y de la interpretación que de

21. Considerando 16° del voto de la mayoría.

ella efectúan la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego como en el presente caso, con la consideración de lo manifestado por los Comités específicos encargados de la interpretación de los Pactos de Naciones Unidas.

Rey Cantor explica magistralmente el fenómeno que caracteriza como “de la supremacía de la Constitución política a la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.<sup>22</sup> En efecto, como el autor nos precisa más adelante, la primera etapa del constitucionalismo presenta un esquema en el que “la Constitución es la normatividad de superior jerarquía a la que está subordinado el orden jurídico infraconstitucional de un Estado, siendo el Tribunal o Corte Constitucional –para nosotros la Corte Suprema– el máximo intérprete de la Constitución. Cuando el *Control de constitucionalidad* de las leyes se activa ante la jurisdicción constitucional, con el objeto de restablecer la supremacía de la Constitución, en el evento de que la ley viole la Constitución, se efectúa un examen de confrontación normativo de la ley frente a la Constitución”. Este análisis puede pulverizar la presunción de constitucionalidad de que goza toda ley sancionada y promulgada de conformidad con lo previsto en la Constitución. En tal caso y en principio, excepcionalmente, será declarada inconstitucional la norma bajo examen del tribunal constitucional encargado de ello.

Ahora bien, este primer paso en la adecuación de las normas inferiores a lo que establecen las superiores sufre una transformación “a partir del momento –siguiendo a Rey Cantor– en que el Estado Parte en un tratado o convención internacional que reconoce derechos humanos –por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos– adquiere obligaciones internacionales objetivas *erga omnes* de ‘respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio’ y de ‘adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos’ (arts. 1.1 y 2), esto es, de legislar de conformidad con el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”.<sup>23</sup> El autor considera que en este punto el principio de supremacía de la Constitución comienza a erosionarse. Esto ocurre como consecuencia de la aparición en el edificio jurídico que regula los derechos humanos dentro de los Estados,

22. E. Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, México, 2008, p. XLVI.

23. E. Rey Cantor, *op. cit.*, p. XLVII.

de tratados internacionales que éstos se obligan a cumplir y a hacer cumplir a través de la elaboración de las medidas –sean éstas de corte legislativo, ejecutivo o judicial, pues todos los órganos del gobierno están obligados de igual manera a contribuir en que se respete ese orden supranacional–, que aseguran el cumplimiento de las convenciones internacionales, como también a remover todos los obstáculos que se opongan a ello.

El orden de prelación que ha establecido la reforma de la constitución argentina constituye el andamiaje apropiado para que se concreten los controles de constitucionalidad y de convencionalidad. Este último es ejercitado tanto en el ámbito nacional como en el internacional. La jurisdicción nacional al interpretar las normas locales debe velar poniendo todo su empeño para que ellas se adecuen a lo que contemplan los tratados. Así se evitará lo máximo posible que se susciten juicios ante la jurisdicción internacional. No obstante ello, cuando queden cuestiones pendientes de “anticonvencionalidad” este control deberá ser ejercitado por un órgano supranacional. Para los países que han adherido a la Convención Americana de Derechos Humanos, la cuestión está en manos de los dos órganos que ésta crea: la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, de acuerdo con el procedimiento y el reparto de competencias que ella prevé. Rey Cantor, citando a Kelsen y a Capeletti en sus análisis, considera que estamos frente a un “modelo de auténtica superlegalidad constitucional”, con cita a Gozaíni, que denominamos “supremacía convencional”.

Sobre el alcance del control, Albanese señala que “la recopilación de interpretaciones convencionales llevada a cabo tanto por diferentes Comités como por la Corte Interamericana a través de Observaciones Generales u Opiniones Consultivas respectivamente, configura una guía válida para que los jueces nacionales puedan dilucidar el alcance del control de convencionalidad establecido en algunas sentencias de la Corte”.<sup>24</sup>

Esta suerte de control preventivo de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales tiene además como objetivo principal el de evitar la responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, deben interpretar las normas en los casos en los que les toca pronunciarse de tal modo que se adecuen de manera concordante a la convergencia entre las normas de

24. S. Albanese, *Opiniones Consultivas y Observaciones Generales - Control de Convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 26.

fuentes diversas. Ello no se limita al texto de los tratados sino también a la interpretación que han hecho a nivel interamericano la Comisión y la Corte previstas como autoridad de aplicación en el Pacto de San José de Costa Rica. Así, los informes, las opiniones consultivas, las recomendaciones y las sentencias de estos órganos adquieren para el caso argentino jerarquía constitucional, como la misma Corte lo ha manifestado en el citado caso “Giroidi”. En esta sentencia la Corte manifestó que dado que la Constitución nacional le confiere jerarquía constitucional a la CADH, “en las condiciones de su vigencia”, esto significa que se debe considerar en especial “su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.<sup>25</sup> En relación con esta cuestión Bazán expresa que “se impone como premisa irrecusable a los magistrados constitucionales en la dimensión interna acometer sus labores de interpretación de las fuentes subconstitucionales de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, lo que involucra la exigencia de tomar en cuenta los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericanas. Tal mandato de interpretación conforme a aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de una vinculación jerárquica, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva hacia la protección de los derechos, garantías y libertades (principio *pro persona* o *favor libertatis*), en la línea de sentido del art. 29 de la CADH”.<sup>26</sup> Agregamos que esta posición se ha extendido a las observaciones e informes de los Comités de Naciones Unidas que actualizan los contenidos de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros, que también poseen jerarquía constitucional. Así la base argumental de numerosas sentencias está sustentada en lo que establecen esos documentos, tal como sucede con la aplicación que hace la Corte de la Observación N°5 del citado Comité para la resolución del caso que nos ocupa.

25. CSJN, *Fallos*: 318:514 (1995).

26. V. Bazán, “Control de Convencionalidad, Aperturas Dialógicas e Influencias Jurisdiccionales Recíprocas”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N°18/2º Semestre 2011, p. 5.

Coincidimos con este enfoque pues creemos que debe regir la idea de complementación para lograr un sistema de defensa de los derechos humanos más eficaz. De ninguna manera la cuestión debe ser vivida desde una perspectiva de rivalidad o de pérdida de la soberanía nacional. Por el contrario, se trata de un sistema que proviene de la libre delegación de facultades efectuada por los estados partes a favor de la construcción de mecanismos que aseguren la más plena vigencia de los derechos de sus nacionales. Consideramos que se trata de un fenómeno que tiene que ver con la superación de los límites nacionales para la mejor resolución de determinadas materias. Así como en el campo de los intercambios, sean éstos comerciales, de bienes, de personas, de información, el gran acontecimiento denominado globalización ha permitido la superación de las barreras nacionales en aras a un logro más cabal de esos objetivos. En lo que hace a la defensa de los derechos humanos se va produciendo una situación que se le asemeja y que inclusive tiende a la contención de las consecuencias lesivas para el ejercicio de los derechos fundamentales que ocasiona la globalización, desde pautas establecidas a través de normas jurídicas.

## **VI. Conclusiones**

De conformidad con nuestro análisis consideramos que la Corte efectúa una interpretación generosa en materia de operatividad de derechos económicos, sociales y culturales. Gracias a este esfuerzo consagra la justiciabilidad de este tipo de cuestiones, en tanto se presenten determinadas circunstancias que precisa y sin que ello vaya en desmedro de la separación de poderes, ya que reconoce en la materia la competencia básica de los órganos legislativo y ejecutivo quienes deben establecer las leyes y políticas que permitan que dicha categoría de derechos no se transforme en ilusoria.

Por ello, la Corte dispuso que el gobierno porteño deberá asegurar la atención y el cuidado del niño y proveer a la madre el asesoramiento y la orientación necesaria para la solución de su problemática habitacional.

Mantuvo una medida cautelar que exige otorgar al grupo familiar un subsidio que le permita abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad.

El Alto Tribunal señaló que no hay un derecho a que todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial.

La Constitución asigna esa facultad a los poderes ejecutivos y legislativos, los que deben valorar de modo general éste y otros derechos así como los recursos necesarios. Sin embargo, las políticas discrecionales están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

Sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos.

Pues bien, precisamente en el caso objeto de análisis concurren esas circunstancias y en razón de ello la Corte considera que está llamada a dar una solución que le permita a la amparista y a su hijo salir de la situación desesperante en que se encuentran. Ello en aplicación de las disposiciones de fuente local, nacional e internacional de conformidad con los controles de constitucionalidad y de convencionalidad que efectúa. La decisión aporta una bocanada de esperanza que debe ser trasladada a los poderes políticos para que pongan en marcha las decisiones que permitan dar soluciones definitivas a los problemas derivados de la pobreza que asolan a una porción importante de nuestra población.

# La interrupción voluntaria del embarazo y el derecho penal

A propósito del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “F., A. L.”<sup>1</sup>

*Luis Fernando Niño*

Profesor titular de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, UBA.

I. El Código Penal argentino, como cualquiera de los contemporáneos, contiene, además del elenco de preceptos prohibitivos y sus respectivas sanciones –elementos que componen el principal contenido de la Parte Especial–, causas de ausencia de conducta, de justificación, de inculpabilidad y de exención de punibilidad. La mayoría de ellas se prevén en su Parte General, en tanto que algunas otras –específicamente, diversas causas de justificación y de exención de la punibilidad–, obran en la Parte Especial o, inclusive, en otros cuerpos de leyes, que deberán ser examinadas ante su hipotética aplicación al caso concreto.

Las causas de justificación, valga recordarlo en una publicación de estas características, son preceptos permisivos que neutralizan la prohibición genérica enunciada en un tipo penal. Al introducirlas en el texto legal, el codificador no ordena ni fomenta una conducta, ni la convierte en bagatelar o insignificante, ni en una acción privada, ni inventa un acuerdo en cabeza del titular del bien pasible de afectación.

Se limita a justificar, a permitir, a consentir, a admitir, a transigir, a aprobar, o –aun– a tolerar tal conducta y a estimarla conforme a derecho,

1. “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” (CSJN, F. 259. XLVI) resuelta el 13 de marzo de 2012.

aun cuando se parte de la afectación a un bien jurídico reconocido por la Constitución, por el bloque de constitucionalidad o por cualquier rama del universo normativo vigente. A escala individual, paralelamente, ese permiso implica el reconocimiento de un derecho a actuar a pesar de aquella afectación, reubicando, pues, a ese concreto comportamiento en el ámbito de libertad civil constitucionalmente garantizado.

Si acordamos en definir al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, esto es, un hecho humano voluntario, prohibido para la generalidad, no justificado en la situación analizada y pasible de reproche, sólo corresponderá que pasemos a ocuparnos de la eventual justificación de un hacer o un omitir voluntario, tras la previa acreditación de que tal hacer u omitir ha redundado en la lesión o el peligro concreto de afectación de la relación de disponibilidad de uno o varios individuos respecto de ciertas entidades valiosas a las que denominamos bien jurídico. De lo contrario, resultará innecesario y –por ende– asistemático que nos lancemos a elucubrar acerca de permisos, respecto de un obrar carente de relevancia jurídico-penal.

Dicho de otro modo, dejando al margen las posturas del funcionalismo radical, sea que adscribamos a la teoría de la adecuación social de la conducta, a la teoría de la imputación objetiva o a la de la tipicidad conglobada o sistemática, en procura de un correctivo para la proyección de la tipicidad legal, si llegamos a la conclusión de que existe tipicidad penal y que, clausurado ese juicio, corresponde avanzar, en el estudio sistemático de tal hecho humano, al terreno de la eventual juridicidad, en miras a afirmar o descartar que se trate de un injusto penal, será porque habremos verificado ya, entre otras cosas, que el bien jurídico de un tercero o terceros ha resultado afectado de algún modo por tal hecho.

Vale dejar esto en claro desde un principio, para desechar por inexactas y tendenciosas las afirmaciones en el sentido de que cualquier legislación en materia de aborto desconoce el valor de la vida en formación. Lejos de ello, porque se reconoce su valor, es que cuadra situar el conflicto en el renglón analítico de la antijuridicidad y de su virtual contracara, la de la justificación, frente a un caso concreto, de una conducta prohibida *prima facie* a todo individuo.

**II.** Con ese telón de fondo, en tren de ordenar la exposición conforme a los dictados de la Dogmática penal y sin apartarme de la consigna cifrada en el título de esta aportación, es juicioso que recaiga en un tema de tipicidad que permitirá luego discernir, al enfocar las hipótesis descritas en el artículo 86, 2º párrafo, inciso 2º del Código Penal, tema central del decisorio puesto en debate, si cuadra referirse a auténticas causas de justificación o a meras causas de inculpabilidad, según la entidad de los bienes jurídicos en juego.

Numerosas razones emergentes de la propia lectura del Código Penal vigente desde hace noventa años conducen al intérprete a predicar categóricamente que el *status* jurídico de la vida humana en gestación es diferente del asignado a la vida humana independiente.

La inclusión de los cuatro artículos referidos al aborto en el capítulo I del Título I del Libro Segundo, bajo el epígrafe “Delitos contra la vida”, podría inducir a la creencia contraria, partiendo de estimar que el codificador no ha querido introducir disparidades en la consideración de ambos bienes.

No obstante, una observación integral de tales preceptos guía ineluctablemente a relevar la mayor jerarquía asignada a la vida humana independiente.

Vale comenzar destacando que no son esos los únicos bienes jurídicos tomados en consideración al redactar dicho articulado. Aunque, a primera vista, destaca en la redacción de los artículos 85 a 88 la vida humana intrauterina, otros tres bienes fueron tomados en debida cuenta por el codificador de 1922, y los tres aparecen en cabeza de la mujer grávida. Son ellos la vida, la integridad psicofísica y la libertad, o bien el autodomínio o autodeterminación de dicha mujer.

Respecto de los dos primeros, cabe apuntar desde ya que la existencia de la indicación necesaria o terapéutica deja en claro que, en caso de conflicto de intereses entre la vida o la salud de la gestante y la vida del embrión o feto, el legislador se ha inclinado por privilegiar a cualquiera de aquellas por sobre el bien representado por esta última.

La vida humana independiente y su integridad resultan más valiosas que la intrauterina, conforme al texto casi centenario al que venimos haciendo mención. A tal punto es así que el mero “peligro” para la salud de la mujer –que no es preciso que sea grave, conforme a la versión recuperada del

inciso 1º del segundo párrafo del invocado artículo—<sup>2</sup> habilita para proceder al sacrificio de la vida intrauterina.

Otra muestra de la trascendencia axiológica de la vida de la mujer gestante reside en la notoria agravación de la escala penal para la figura básica del delito de que se trata cuando fuera seguido de la muerte de aquella, consistente en un *plus* equivalente a la mitad del máximo (v. art. 85, incisos 1º y 2º, última parte, respectivamente, del C.P.).

Mencionamos ya a la vida y a la salud. No está de más recordar, en este sentido, que salud es bienestar bio-psico-social, conforme a la ya clásica definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1964). De suerte tal que, aun en el estrecho andarivel conformado por el párrafo de mentas, habría espacio para determinar la exención de punibilidad del aborto causado para evitar un peligro psíquico o social que no pudiera ser evitado por otros medios.

El otro bien jurídico acogido por el legislador al elaborar los tipos legales —prohibitivos y permisivos— que nos interesa analizar aquí es, como anticipamos, la libertad o autodeterminación de la mujer. No sólo se manifiesta en el requisito del consenso de la mujer encinta para proceder a la concreción de un aborto no punible, sino en la clara disparidad de respuestas punitivas para el autor de la modalidad dolosa básica según haya existido o no aquel consenso, descendiendo —si lo hubo— de los tres a diez años de prisión a la módica escala de uno a cuatro años de tal pena (artículo 85, incisos 1º y 2º, 1ª parte, respectivamente).

De la comparación de tales montos sancionatorios con otras especies delictivas contra las personas se extrae una nueva y rotunda diferencia de tratamiento legal de la vida humana dependiente. Nótese, al respecto, que el aborto practicado sin consentimiento de la mujer posee asignada una escala idéntica a la de las lesiones gravísimas a un individuo nacido (art. 91 C.P.), debiendo tomarse en cuenta —por añadidura— como se indicó, que en esa especie delictiva se conjuga el ataque contra la vida humana dependiente y contra la libertad de la mujer afectada. Precisamente, la escala del artículo

2. La alusión a la gravedad de dicho peligro, incorporada por Sebastián Soler en su recordado Proyecto de 1960 y trasladada al texto del código de fondo a través de sendas reformas operadas por los dos últimos gobiernos de facto (decretos 17567 y 21338, respectivamente) perdió su vigencia tras la recuperación global de dicho ordenamiento, merced a la derogación de la legislación represiva dictada durante esos períodos.

85, inciso 2º, 1ª parte, pone al descubierto la entidad a la que se asimila el aborto doloso consentido, toda vez que cuenta con un mínimo idéntico al de las lesiones dolosas graves del artículo 90 de ese plexo normativo y un máximo significativamente menor al de esa figura, cuatro años de prisión, frente a los seis consignados en el precepto citado en último término.

Otra nota distintiva: se hallan previstas, como modalidades del aborto punible, tanto la dolosa (art. 85 C.P.) como la preterintencional (art. 87 ídem); no así la culposa, aquella causada por imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión o bien inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, si se acude a los parámetros de los artículos 84 y 94 del viejo código aún vigente, circunstancia que comparece a distanciar los universos en aparente pugna.

Por último, siempre en el renglón de la tipicidad legal, el dispositivo amplificador de tal característica de la conducta configurado por la tentativa también exhibe una diferencia que disminuye el nivel de protección jurídico-penal asignado a la vida en formación.

Conforme lo dispone el artículo 88 *in fine* del texto legal en cuestión, la tentativa de aborto por parte de la mujer no es punible. Más allá de las razones político-criminales que pudieron guiar al codificador a exonerar de pena a la autora del intento, lo cierto es que se revela una vez más el diferente baremo de la vida dependiente frente a la independiente. Y caben bajo el marco de dicha fórmula la tentativa acabada, la inacabada y la de delito imposible, como han coincidido en afirmar Fontán Balestra, Creus y Buompadre, entre muchos otros.<sup>3</sup>

**III.** Arribamos de tal suerte a la determinación de un evidente desnivel valorativo a favor de la vida, la integridad y la libertad de la mujer gestante, detectable en el estadio dogmático de la tipicidad, a partir de lo cual es juicioso admitir que las soluciones aportadas por el codificador para los casos conflictivos en los que la opción redunde en beneficio de los bienes axiológicamente preferidos se incluirán en el marco de los permisos y no en el de la mera exculpación. Y es desde esa perspectiva de donde cuadra apreciar

3. V. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal - Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 86; Creus, Carlos - Buompadre, Jorge Eduardo, *Derecho Penal - Parte Especial*, Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 74.

el tratamiento brindado por la Corte Suprema al elenco de justificaciones que completa el articulado alusivo a la interrupción intencional del estado de preñez.

No es ocioso reiterar que los diversos contextos permisivos específicos contenidos en la disposición del artículo 86 segundo párrafo del Código Penal se han construido respecto de un hecho, en principio, contrario a derecho; y que, habida cuenta de que se trata de excepciones a la regla general de la prohibición, el codificador se ha visto obligado a describir cada uno de tales cuadros de situación cuya ocurrencia en la vida real otorgará licitud a ese comportamiento vedado *erga omnes*.

Ya se ha hecho referencia a la causa de justificación necesaria o terapéutica, apuntando que no será preciso que el peligro corrido para la vida o la salud de la mujer sea grave, recaudo que el Código Penal reserva para el caso de la coacción (art. 34, inciso 2° C. P.); ni que deba existir ponderación de los bienes en juego, como lo ordena el artículo 34, inciso 3°, del ordenamiento penal en vigor, al definir el caso de estado de necesidad justificante.

Mas es el inciso 2° del zarandeado párrafo segundo del artículo 86 el que suscita nuestro mayor interés a la hora de glosar la decisión de la máxima instancia judicial de la República en el caso caratulado “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación inicia ese abordaje central apelando a sus propias decisiones relacionadas con la primera regla de interpretación de un texto, al señalar, en el considerando 18°, que “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra” y que “no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos”. En mérito a tales asertos –enseña el Alto Tribunal– se impone concluir que, aun mediando la más mínima y sistemática exégesis practicada sobre dicho precepto, no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de quien haya resultado víctima de tal ilícito contra la integridad sexual.

Dos son las razones esgrimidas en ese análisis *gramatical*: en primer lugar, la existencia de la conjunción disyuntiva “o” al relacionar a la violación con el atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, de lo que se deduce que se trata de supuestos diversos. En segundo término, la confección de un marco común, representado por la exigencia de un médico diplomado y de una nota consensual que, en el caso de la mujer encinta

capaz, será aportada por ella, y en el de la incapaz por patología psíquica, por su representante legal. Conforme a esa hermenéutica, es, precisamente, la excepcionalidad de esta última situación la que obligó al codificador a la fórmula expresa sintetizada en la frase “en este caso”, “referencia que sólo puede aludir, correlativamente, al caso del atentado al pudor”, y que fuerza a distinguirlo, “desde la sola semántica, del de violación”, requiriendo –tan sólo para aquél– “el consentimiento del representante legal de la mujer que adolece de tal incapacidad”.

Sentado ello, la Corte continúa su cometido esclarecedor apelando al método *sistemático* de interpretación. Aludiendo a los abusos sexuales que pueden originar embarazos no deseados, distingue entre las violaciones propias, genéricamente cometidas con fuerza o intimidación, de las impropias, en las que se descarta la validez del consentimiento de la víctima en virtud de su incapacidad o de su inmadurez, al tiempo que pone de realce que el eufemismo “atentado al pudor” debe vincularse, en la economía conceptual del precepto, a una maniobra sobre la sexualidad de la agraviada del que, obviamente, resulte un embarazo, pues de su interrupción se trata.

De tal suerte, el máximo Tribunal rescata incidentalmente una de las tantas objeciones dirigidas a la postura doctrinal que se empeñaba en reducir a dos las causas de justificación, consistente en resaltar el absurdo de equiparar la violación con el atentado al pudor, tradicionalmente asimilado a la figura del tocamiento inverecundo definido desde antaño como abuso deshonesto, figura de harto improbable vinculación con un proceso de gestación.

Finalmente, la Corte recurre al método *histórico*, evocando una circunstancia oportunamente puntualizada por Sebastián Soler: el codificador argentino se sirvió de la versión francesa del Anteproyecto suizo de 1916, que tradujo como “atentado al pudor” lo que en el original de dicha pieza, escrito en alemán, se identificaba como “*Schändung*”, vale decir, mancilla o profanación, voz referida en el lenguaje común al atropello sexual característico de la violación impropia, diferenciada drásticamente de “*Notzucht*”, etimológicamente traducible como “cría en emergencia” o “en peligro”, y referida, en el mismo lenguaje corriente, a la violación propia.

Tras esa triple exploración hermenéutica, el señero decisorio del máximo Tribunal dirige su ofensiva hacia el odioso recaudo *contra legem* de la autorización judicial. Como se expone con meridiano rigor expositivo, “(l) a judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una

verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente, porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras”.

El fallo desnuda lo infundado de dicha práctica, “fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales”, que exige “allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación”.

Recordábamos al comienzo que, habida cuenta de que se trata de una excepción a la regla general de la prohibición, el legislador que confecciona un precepto permisivo se encuentra obligado a describir el contexto en el cual ese comportamiento, vedado a la generalidad, deviene lícito dadas las circunstancias. Ahora bien, reunidas –precisamente– tales circunstancias, nada queda por tramitar. Se actúa dentro de los márgenes de la legalidad republicana, en el ejercicio de un derecho reconocido por el codificador, y punto. En ese orden de ideas corresponde instalar las tres situaciones que prevé el artículo 86, segundo párrafo del ordenamiento penal de fondo vigente.

Así como nadie está obligado a pedir una venia judicial para actuar en legítima defensa o ante un estado de necesidad justificante o en el ejercicio legítimo de un derecho, ni un médico diplomado, ni una mujer encinta mayor de edad y psíquicamente capaz cuya situación encuadre en alguna de esas tres situaciones, ni el representante legal de una mujer encinta menor de edad o demente o idiota en análogo trance, precisan que la justicia corrobore, como cuestión previa, lo que la ley sustantiva establece con meridiana claridad. En tal sentido, la Corte Suprema acierta al enfatizar, en el considerando 8° de la resolución que hoy examinamos, que “a la luz del principio de reserva constitucional (artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional), ha de concluirse en que la realización del aborto no punible [...] previsto [en el artículo 86, segundo párrafo, inciso 2°] no está supeditada a la cumplimiento de ningún trámite judicial”.

Luego, la puesta en marcha de la maquinaria judicial en un caso como el que nos atañe, era totalmente innecesaria; y sólo el desconocimiento de

la existencia del derecho a actuar o el temor producido por el cúmulo de visiones y versiones interesadas en obstruir una verdad tan simple explica la mera existencia de alternativas judiciales complejas como la registrada en torno a esa situación.

Sin ánimo de incursionar en los aspectos estrictamente constitucionales, a partir de la previsión adoptada por nuestro máximo Tribunal en el considerando 5° de su resolución, queda de relieve que su pronunciamiento, emitido a despecho de que los agravios aludidos carecían de actualidad de cara al caso concreto, obedeció al hecho de que se trata de un caso lamentablemente susceptible de repetición, cuyo tratamiento en tiempo y forma escaparía a la revisión de dicho órgano, investido del rol de la función de garante supremo de los derechos humanos, “dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos” (*sic*).

Si alguna duda cupiera sobre el tópico, es la propia Corte, en el ya mencionado considerando 18°, la que se encarga de disiparla cuando advierte expresamente “que su intervención lo es a los efectos de esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional”; y al recordar, admonitoriamente, en el considerando 19°, “tanto a profesionales de la salud como a los distintos operadores de los diferentes poderes judiciales” algo tan elemental como que “por imperio del artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que ‘ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe’...”.

Pero la Corte no se reduce a sermonear a los responsables de tal estado de cosas. Hacia el final del considerando vigésimo cuarto lanza una severa advertencia dirigida inequívocamente a ellos, al expresar textualmente: “En consecuencia, y descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos, la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar”.

**IV.** De más está decir que no se agota allí el caudal argumental de la Corte Suprema y que, más allá de las razones mencionadas de cara al texto legal analizado, se alzan otras de mayor envergadura normativa, tales como los principios de igualdad de trato y no discriminación, presentes en todos los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y – muy especialmente– la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, especialmente los artículos 2º, 3º y 5º a 16, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f y 6.a, en tren de oponerse eficazmente contra la mezquina interpretación que pretende reducir a dos los supuestos de justificación, tal como se expone en el considerando 15º.

Personalmente, estimo que sólo una lectura sesgada de tales documentos puede pasar por alto el cúmulo de derechos reconocidos a la mujer de cara a su libertad de decisión en temas vinculados a su salud, la familia y la maternidad. Si los Estados Partes adherentes a la primera de tales Convenciones<sup>4</sup> están obligados a adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica [...] inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”, como lo prescribe el artículo 12, inciso 1, y a ello se añade que “(s)in perjuicio de lo dispuesto [...] los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto” (art. cit., inc. 2), parece claro que sendas cláusulas del precepto aluden a dos aspectos perfectamente diferenciados, aunque en ambos campee la autodeterminación de la titular de los derechos consagrados. Sucede lo propio con relación al artículo 14, dedicado a los problemas especiales a que hace frente la mujer rural, cuyo inciso 2, apartado b, repite en similares términos el derecho a la planificación familiar.

Cierto es que cabe conjeturar que las alusiones a dicha planificación no incluyen la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo. No obstante, otra obligación asignada a los Estados Partes, referida a la adopción de “todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares [...] en particular, asegurar en condiciones de igualdad [...] e) los mismos derechos

4. Ratificada por todos los países del mundo, a excepción de tres: Afganistán, São Tomé y Príncipe y Estados Unidos de Norteamérica.

a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer estos derechos”, parece albergar bajo su marco un vasto elenco de facultades en cabeza de su directa destinataria.

Por lo demás, de cara al axioma de la dignidad humana, al que se alude en el considerando 16° de la decisión que aquí se comenta, presente desde el propio Preámbulo de aquellos instrumentos y en su articulado más elemental, la Corte advierte que resultaría irremisiblemente avasallado por la pretensión de exigir a toda mujer víctima de un delito sexual que lleve a término un embarazo resultante de un ataque contra sus derechos más fundamentales, bajo la amenaza de someterla al poder punitivo del Estado; con lo que se conculcarían, paralelamente, otros principios delimitadores de dicho poder, tales como el de legalidad estricta, el de buena fe y *pro homine* y el de mínima intervención y *ultima ratio*, a los que se refiere el considerando 17° de la resolución comentada.<sup>5</sup>

V. Párrafo aparte merece el requisito, inserto en el considerando vigésimo séptimo del fallo sujeto a análisis, de la presentación de una declaración jurada suscrita por la víctima de la violación o por su representante, a presentar ante el profesional tratante, mediante la cual se manifieste que el

5. Con relación al cotejo que impone una situación como la conocida y decidida por el tribunal cimero entre las disposiciones legislativas y las convencionales, también vale precisar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) introduce una salvedad de importancia al prescribir que el derecho a que se respete la vida estará protegido por la ley “y, en general, a partir del momento de la concepción”. La locución adverbial “en general” significa lo común, lo frecuente, lo usual, y su inclusión en el texto de referencia permite entrever posibles excepciones. A su vez, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sienta el principio conforme al cual los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida (art. 6.1.), pero lo modera al referir que aquellos han de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (art. 6.2.), permitiendo lucubrar que, ante determinadas situaciones, pueda, excepcionalmente, ceder esa garantía de supervivencia. No cambia las cosas la reserva relativa al momento de la concepción que la República Argentina introdujo a la hora de sancionar la ley 23849: aun cuando quepa hablar de niño desde ese momento, cuando se tratare de vida humana intrauterina, a cuyo distinto status jurídico para el derecho positivo argentino ya me he referido, cabrá tomar en consideración que la obligación estatal es la de resguardar la supervivencia y el desarrollo de ese ser “en la medida de lo posible”, como lo señala la Convención.

embarazo que se desea interrumpir proviene de aquel hecho ilícito, ante la ausencia de reglas específicas sobre el tópico.

Guardando distancia respecto de dos posturas opuestas entre sí, que se inclinan, ora por la mera expresión del consenso para la intervención, ora por el requisito de una denuncia penal formal por tal delito, tal como lo exigía el Proyecto de 1960 debido al recordado Sebastián Soler, entiendo que la solución propiciada por el máximo Tribunal resulta coherente con el andamiaje conceptual sostenido en su resolución. No por ceder frente al derecho prevaleciente de la mujer gestante desaparece el valor del bien jurídico a sacrificar; y la expresión juramentada relativa a la veracidad del hecho que habilitará el procedimiento dista de aparecer como un recaudo infundado o falto de proporcionalidad.

Por lo demás, ese requisito se aviene a las pautas indicadas en el considerando vigésimo noveno en cuanto se exhorta la confección de protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles, que garanticen información y confidencialidad a la solicitante, eviten procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas, eliminando requisitos que no estén médicamente indicados y resolviendo eventuales desacuerdos entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida.

Veremos más adelante que, en un voto concurrente con el de la mayoría, emerge una diferente postulación de este tópico, al adicionar la necesidad de verificación del hecho de la violación por parte del médico interviniente.

**VI.** También se ha ocupado el alto colegiado, en el mismo considerando aludido precedentemente, del problema –jurídico-penalmente relevante– de la objeción de conciencia, reconociéndola como un derecho del profesional médico pero alertando, simultáneamente, acerca de que su ejercicio no deberá traducirse en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio, y exigiendo, “(a) tales efectos, que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley confiere a las víctimas de violencia sexual”.

Tal vez sea el tratamiento de este aspecto el más criticable, por su exigüidad, de todo el decisorio que comentamos. En otros países de nuestra órbita cultural, como España y Colombia, ese ítem, de apariencia secundaria, puso en jaque la efectividad de lo resuelto por las máximas instancias judiciales respecto de esta compleja temática.

En Colombia, país en el que la Sala Plena de la Corte Constitucional proclamó, mediante la sentencia C-355/06 del 10 de mayo de dicho año, la despenalización de la práctica del aborto en tres circunstancias específicas, a saber, cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico, o cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto, fue necesario un nuevo pronunciamiento de dicho órgano colegiado, identificado como T-388/09, para precisar los alcances del reconocimiento del derecho de objeción de conciencia y armonizarlos con el derecho de la mujer gestante a la interrupción de su embarazo.

Habida cuenta de lo escueto de la referencia de nuestra Corte Suprema a dicha alternativa y de las previsibles dubitaciones que el asunto podría generar, en el futuro inmediato, en nuestro medio, reputo conveniente incorporar en esta breve labor los párrafos más significativos de ese segundo decisorio del Tribunal del hermano país: “(e)l ejercicio de la objeción de conciencia puede desencadenar y, de hecho, desata consecuencias frente a terceras personas. Por eso, resulta imposible catalogar la objeción de conciencia como un acto que permanece ubicado dentro del fuero interno de quien la ejerce. Cuando se manifiesta la objeción por motivos de conciencia, ello supone incumplir un deber jurídico ‘con mayor o menor proyección social’”, añadiendo que “(a)dmiteda esa circunstancia, surge la cuestión de ponderar hasta qué punto es posible el ejercicio de la objeción por motivos de conciencia –la cual prima facie puede parecer justificada–, vista desde la óptica de las consecuencias negativas que su ejercicio produce respecto de los derechos de terceras personas”.

En esa inteligencia, dicha Corte Constitucional puntualizó, respecto de los médicos “que por motivos de conciencia se oponen a la práctica de interrupción voluntaria del embarazo, al considerar que esta acción riñe de manera profunda con sus convicciones morales”, que, dada tal contingencia,

“cuando resulta factible asegurar que otra persona profesional de la medicina puede practicar la interrupción voluntaria del embarazo y ello ocurrirá de modo que se preserven de manera efectiva los derechos de la mujer gestante [...] no habría ningún reproche...”. “Cosa distinta se presenta”, expresó dicha Corte, “cuando el Estado o las Entidades Promotoras de Salud no aseguran la presencia del número de profesionales de la medicina suficientes para garantizar los derechos que le reconoció la sentencia C-355 de 2006 a las mujeres”. Y pontifica, sin margen para la duda: “Si sólo existe una persona profesional de la medicina que pueda practicar la interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis previstas en la referida sentencia, entonces *deberá* practicarlo –con independencia de si se trata de un médico adscrito a una entidad hospitalaria privada o pública, confesional o laica. En esta hipótesis la restricción a la libertad de conciencia del médico es totalmente legítima –en tanto proporcional y razonable–, pues conlleva la protección [entre otros] del derecho a la vida y la salud de la mujer embarazada; en otras palabras, ante esta eventualidad las consecuencias de la no prestación del servicio de interrupción del embarazo traen consigo perjuicios directos e irreversibles para la mujer gestante e infringen sus derechos constitucionales fundamentales, razón por la cual no puede admitirse su ejercicio cuando las consecuencias negativas sean tan elevadas en materia de derechos fundamentales”.

En cuanto a la titularidad del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, hubo de limitársela al “personal que realiza directamente la intervención médica necesaria para interrumpir el embarazo. Contrario sensu,” –se argumentó– “no será una posibilidad cuya titularidad se radique en cabeza del personal que realiza funciones administrativas, ni de quien o quienes lleven a cabo las actividades médicas preparatorias de la intervención, ni de quien o quienes tengan a su cargo las actividades posteriores a la intervención”.

En el mismo orden de ideas, el Alto Tribunal sudamericano se pronunció enérgicamente en contra de la alegación de objeción de conciencia por parte de las autoridades judiciales: “la objeción de conciencia” –expresó– “es un derecho que se garantiza de modo extenso en el campo privado, cuando no está de por medio el desconocimiento de derechos de terceras personas. No obstante, queda excluido alegarla cuando se ostenta la calidad de autoridad pública. Quien ostenta tal calidad, no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y

legales...”. “Cuando un funcionario o funcionaria judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío. En estos casos el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea [...] con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley –entendida ésta en sentido amplio–, de manera que no le es dable, con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo, faltar a su función”. Para concluir aseverando: “Adicionalmente, admitir la posibilidad de objetar por motivos de conciencia la aplicación de un precepto legal determinado significa, en el caso de las autoridades jurisdiccionales, aceptar la denegación injustificada de justicia y obstaculizar de manera arbitraria el acceso a la administración de justicia [...] conducta [que] podría dar lugar al delito de prevaricato [...] así como a faltas de orden disciplinario...”, toda vez que “las funcionarias y los funcionarios judiciales emiten sus sentencias en derecho y no en conciencia”, al tiempo que “las causales de impedimento en el caso de las autoridades judiciales son taxativas –no prevén la objeción de conciencia– y son de interpretación restrictiva”.

**VII.** Vale adicionar, para ir finalizando, la puntual referencia de la Dra. Carmen Argibay, en el considerando 13° de su voto concurrente, a la ausencia de toda alusión, por parte del recurrente, al bien jurídico en pugna con aquel representado por la vida en gestación. Ese argumento añadido vuelve a situarnos en la ponderación de los diversos bienes jurídicos en juego, tema –como ya señalamos– atinente al nivel analítico de la tipicidad penal.

Al tachar de incorrecta la formulación así presentada, la vocal pone de manifiesto que, “además de desdeñar la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del *nasciturus*, pretende redefinir la ponderación de los intereses en conflicto valorados por la norma sin exponer ningún argumento decisivo que obligue a ese nuevo examen de la situación”. Conforme se destaca en dicho voto, tal “esquema de fundamentación [...] ha consistido en alegar la vulneración del derecho a la vida del feto, sumado –en el mejor de los casos– a una presunción según la cual la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es, en realidad, menor de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (verbigracia, asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo)”.

“Esa preferencia por un distinto esquema de valores” –se argumenta en dicho voto– “de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la autorización legal del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y, de ese modo, dejar de aplicarla. Además, en razón de la particular estimación que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida omite desarrollar (y a ello la obligaba su propia construcción argumental) un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a continuar forzosamente con el embarazo que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses en juego que habían realizado (invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador) resultaba incorrecta”.

La postura asumida hasta allí no se distancia en mayor medida de cuanto se sostiene en el voto mayoritario. Empero, en el considerando décimo cuarto de su voto concurrente, la distinguida vocal, tras hacer pesar en su aprobación de la decisión adoptada por sus colegas “la relación simétrica entre la falta de responsabilidad de la mujer en la situación generadora del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo de cargar con el deber de solidaridad”, sienta la premisa de que “la constatación de los elementos fácticos que configuran el permiso y el propio desarrollo de la práctica” hacen parte del procedimiento inherente a la causal de justificación, el que, a su criterio “resulta delegado a los médicos a quienes se solicita la intervención, coartando así la posibilidad de sustituir la sujeción a la ponderación legal por criterios valorativos regidos únicamente por la autodeterminación de la propia interesada” (*sic*). Se propicia, de tal manera, un protagonismo de aquellos profesionales que no parece compadecerse con la interpretación escogida por la mayoría y que se revela con mayor latitud en el considerando subsiguiente del voto concurrente analizado, cuando se resalta que “el marco de ejercicio del permiso jurídico aquí tratado demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención verifiquen que el embarazo es producto de una violación”, otorgando, pues, a tales galenos la potestad de incidir decisivamente en la concreción de la intervención, con independencia del consentimiento emitido por la mujer gestante a través de la declaración jurada indicada en la decisión mayoritaria. Ello, sin perjuicio de vislumbrarse las dificultades que irrogaría a un profesional de la Medicina la incursión en un sector de la realidad que les es ajeno.

A su turno, el voto del Dr. Petracchi nada suma de interés específicamente jurídico-penal, toda vez que se decanta por declarar inadmisibile el recurso, debido a que el recurrente ha omitido “tomar en cuenta que el fallo apelado se sustenta autónomamente en legislación común nacional que no ha sido atacada de inconstitucional”.

En síntesis, el fallo sucintamente comentado se yergue como un hito prominente en la marcha hacia un tratamiento legal del tema que, sin desentenderse del interés representado por la vida humana intrauterina, tome seriamente en cuenta el mandato de suprema jerarquía normativa contenido en diversos instrumentos mencionados en párrafos precedentes y elimine cualquier margen de duda respecto del derecho de toda mujer a decidir oportunamente, con la libertad y la responsabilidad que el tema requiere, respecto de una situación tan personal e intransferible como la que comporta, indudablemente, la gestación de un nuevo ser.



# Violación, aborto y las palabras de la ley

*Juan Pablo Alonso*

Docente del Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, UBA. Profesor de posgrado en Universidad de Palermo.

“Las leyes sólo pueden hacerse con palabras. La vida, la libertad, la propiedad, el honor, todo lo que nos es preciado depende de nuestra elección de las palabras.”

JEREMY BENTHAM,

*A General View of a Complete Code of Laws*

## I - Introducción

El reciente fallo “*F., A.L. s/ medida autosatisfactiva*” de la CSJN<sup>1</sup> generó numerosas controversias en la comunidad jurídica y política argentina.

Se trató un pedido de autorización judicial de aborto por violación de una menor, pedido sustanciado en la Provincia del Chubut bajo el formato procesal de “medida autosatisfactiva”. El juzgado de primera instancia denegó la solicitud, decisión que fue confirmada por la cámara del fuero. El 8 de marzo de 2010, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut revocó las decisiones de los tribunales inferiores y admitió la solicitud sobre la base de tres fundamentos: a) que el caso individual se subsumía en el primer supuesto del inc. 2º del art. 86 del código penal, b) que no existían objeciones constitucionales ni convencionales para hacer lugar al pedido de aborto y, c) que, más allá de la innecesariedad de la autorización judicial, la misma era otorgada con el propósito de concluir la controversia.

1. CSJN, 13/03/2012.

La decisión del tribunal superior provincial fue recurrida por la vía extraordinaria por el Asesor General Subrogante Provincial en representación del *nasciturus*, recurso que fue concedido por la gravedad institucional del caso, no obstante haberse llevado a cabo el aborto.

El 13 de marzo de 2012, la CSJN se expidió sobre el fondo de la cuestión, con el voto mayoritario de cinco de sus miembros;<sup>2</sup> el fallo no sólo confirmó la decisión del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut sino que, además, especificó un protocolo de atención médica en los hospitales públicos según el cual no se requiere autorización judicial para el aborto cuando mediare declaración jurada de la víctima sobre el ilícito que padeció (la violación), protocolo que debe dejar a salvo la objeción de conciencia de los profesionales de la salud que así lo expresen al ingresar como personal del establecimiento público en cuestión; exhortando, finalmente, a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a implementar y hacer operativo el protocolo delineado.

El fallo de la CSJN generó polémica en torno a numerosas cuestiones; entre ellas, la competencia de la CSJN en materia de interpretación del derecho común; la competencia de la CSJN en cuanto a la implementación de protocolos de atención médica en hospitales públicos para brindar servicios para los casos de abortos impunes (incluyendo la cuestión de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud); la cuestión sobre qué debe considerarse “prueba suficiente de violación” a los efectos de habilitar el aborto de un embarazo producto de una violación; y la interpretación sobre el alcance del art. 86 inc. 2º del código penal argentino, en punto a cuáles son los supuestos de abortos impunes.

En este trabajo analizaré la última de las cuestiones, que ha motivado una importante disputa interpretativa entre penalistas, constitucionalistas y juristas en general. En efecto, desde hace noventa años la dogmática jurídica argentina viene debatiendo sobre los alcances del art. 86 inc. 2º del código penal, en cuanto a si la impunidad en caso de aborto por violación se aplica únicamente a la mujer violada que es “idiota o demente” o si también es impune el aborto realizado con motivo de la violación de una mujer “ni demente ni idiota”.

2. El voto mayoritario fue el del Ministro Lorenzetti, al que adhirieron los Ministros Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni. Votaron en disidencia los Ministros Petracchi y Argibay, cada uno según su voto.

Lo cierto es que la redacción del art. 86 inc. 2º del código penal es ambigua y admite, al menos preliminarmente, ambas interpretaciones. Esta ambigüedad ha generado el desarrollo de dos posiciones encontradas sobre el alcance de esta norma, sosteniéndose diferentes argumentos a favor de una y otra.

En el fallo “*F., A.L.*”, la CSJN puso fin a tal disputa interpretativa propiciando la interpretación amplia, de tal modo que la impunidad del aborto por violación no se restrinja a las mujeres “idiotas o dementes” sino a cualquier mujer víctima de tal delito.

El presente trabajo tiene por objeto dar cuenta de la ambigüedad de la disposición jurídica en cuestión y analizar los argumentos desarrollados en favor de una y otra interpretación. Se concluirá con una propuesta interpretativa coincidente con la jurisprudencia recientemente sentada por la CSJN, aunque sobre la base de argumentos algo diferentes.

## **II - Tipologías de abortos impunes y ambigüedad de la redacción**

### *A - Tipologías de abortos impunes*

Quienes sostienen que el inciso 2º del art. 86 estipula dos supuestos diferentes construyen, junto con el supuesto del inc. 1º, tres tipologías independientes de abortos impunes, las cuales tienen en común dos elementos: que el aborto sea practicado por un médico y que exista consentimiento (de la mujer o del representante legal, en su caso).<sup>3</sup> La doctrina oscila entre considerar a tales abortos impunes como causas de justificación por estado de necesidad justificante (que excluyen la antijuricidad de la conducta), o como una causa de inculpabilidad por estado de necesidad disculpante. La discusión sobre si se trata de causa de justificación o de disculpa se vincula, al menos parcialmente, con la asignación del rol de “persona” al feto humano desde su concepción. Si se asigna ese rol, entonces los bienes en conflicto (la vida del feto y la vida de la madre) serían de igual valor, con lo que se trataría

3. L. Larrandart, en D. Baigún y E. R. Zaffaroni, Código Penal, Tº 3. Hammurabi. Buenos Aires, 2007, pp. 679-711. En el mismo sentido E. Donna, Derecho Penal. Parte Especial, Tº I. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2003, pp. 191-196.

de una disculpa.<sup>4</sup> Esta discusión es ajena a este trabajo, ya que me propongo analizar si el aborto por violación es (o no es) una causal de aborto impune según el art. 86 inc. 2º del código penal, no importando si lo es por vía de causa de justificación o por vía de disculpa.<sup>5</sup>

Las tres tipologías involucradas son las siguientes:

**El aborto terapéutico:** se trata del supuesto del inc. 1º del art. 86, que requiere que el aborto sea la única alternativa para evitar un peligro para la vida o la salud de la madre.<sup>6</sup>

**El aborto sentimental (o humanitario o ético):** se trata del primer supuesto del inc. 2º del art. 86 (en caso que se sostenga que hay dos supuestos), en el cual se autoriza el aborto de cualquier mujer que se encuentra embarazada con motivo de haber sido víctima de violación.

**El aborto eugenésico:** se trata del segundo supuesto del inc. 2º del art. 86, que requiere la existencia de un atentado al pudor contra una mujer incapaz. El fundamento de esta causal es de tipo

4. Haré alguna referencia a la cuestión de la “personalidad” del feto humano en el punto IV - B.

5. E. Donna, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tº I, op. cit., p. 191. L. Larrandart señala que “la admisión que se trata de causas de justificación podría resultar problemática atento el valor de los bienes en conflicto, lo que por lo menos resultan de igual valor, con lo cual puede discutirse si nos encontramos ante una justificación o una disculpa” (D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, Tº 3, op. cit., p. 679). La principal consecuencia dogmática de esta discusión estriba en que si la situación es considerada como causa de justificación entonces no se configuraría un injusto penal, con lo cual la participación de cualquier persona en el hecho quedaría impune. En cambio, si se la considera como disculpa rigen las reglas del art. 48 del código penal y la inculpabilidad no se traslada automáticamente a todos los partícipes, sino que debe analizarse caso por caso.

6. L. Larrandart refiere que algunos autores afirman que no se requiere consentimiento en situaciones de riesgo inminente para la vida de la madre (porque está imposibilitada de darlo, por ej.) e incluso tampoco se requiere que la practique un médico; pero en este supuesto la impunidad de la conducta no provendría del art. 86 inc. 1º, sino de la regla general del estado de necesidad del art. 34 inc. 3º. (D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, Tº 3, op. cit., pp. 685 y ss.).

étnico-eugenésico, presuponiéndose que el niño por nacer heredaría las incapacidades biológicas de la madre.<sup>7</sup>

Especificadas, entonces, las tipologías de aborto involucradas en la disputa interpretativa, pasaré a analizar el problema de la ambigüedad de la redacción.

### *B - La ambigüedad*

La ambigüedad, como problema de interpretación jurídica, viene siendo analizada desde hace tiempo por la jusfilosofía, en especial a partir de la incorporación de la filosofía del lenguaje como parte de la agenda de la filosofía del derecho en general. Autores como Alf Ross<sup>8</sup> o Genaro Carrió<sup>9</sup> analizaron el fenómeno de la ambigüedad de las normas jurídicas como derivativo del problema de la ambigüedad en el lenguaje natural, debido a que el derecho se expresa en lenguaje natural.

Se sostiene que una palabra o una oración es ambigua cuando admite más de un significado y no se puede saber en cuál de los dos se la está usando;<sup>10</sup> distinguiéndose entre “ambigüedad extracontextual” y “ambigüedad contextual”.<sup>11</sup>

Palabras como “vela” o “banco” son ejemplos de ambigüedad extracontextual; admiten más de un significado pero, generalmente, el problema se diluye cuando se utilizan en un contexto concreto.

7. L. Larrandart analiza las connotaciones racistas de esta causal, recordando la Exposición de Motivos de la Comisión del Senado que la propuso en 1919: “La sociedad podrá tener interés en destruir el germen de una vida procedente de una idiota, pero no tiene interés eugenésico en la destrucción de una esperanza de vida de una mujer rozagante y lozana, víctima de la lujuria de un desenfrenado” (D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, Tº 3, op. cit., p. 691). Volveré sobre este problema en el punto IV-A.

8. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba. Buenos Aires, 1963 (traducción al castellano de G. Carrió).

9. G. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje* (4ª edición). Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1990.

10. J. Hospers, *Introducción al análisis filosófico*. Alianza Universidad. Madrid, 1976, p. 28.

11. R. Hernández Marín, *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*. PPU. Barcelona, 1989, pp. 39-40.

Dentro de las ambigüedades contextuales, se distingue entre las semánticas y las sintácticas. En las primeras, la oración tiene más de un significado en función de que las palabras que la integran poseen más de un significado (las palabras que la componen son ambiguas), y el problema no se ha resuelto ni diluido mediante el contexto de uso de tales palabras.<sup>12</sup>

En la ambigüedad sintáctica, el problema no estriba en la ambigüedad de las palabras componentes, sino que se duda sobre cómo son enlazadas tales palabras por las conectivas que las unen. Alf Ross señaló la relevancia de este tipo de ambigüedad en el lenguaje del derecho, proponiendo cuatro tipologías de la misma: a) las frases adjetivales, b) los adjetivos y frases adjetivales que califican dos o más palabras, c) los pronombres demostrativos y relativos y d) las frases de modificación, excepción o condición.<sup>13</sup>

El problema de si el art. 86 inc. 2º del código penal argentino establece dos supuestos o uno único constituye, justamente, un problema de ambigüedad contextual de tipo sintáctico.

La redacción del art. 86 es la siguiente:

“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

En el inciso 2., la utilización de la conectiva disyuntiva “o” (en negrilla) luego de la palabra “violación”, genera dudas sobre el alcance sintáctico de la conectiva respecto de las oraciones anteriores y posteriores a ella.

12. C. S. Nino da el siguiente ejemplo de ambigüedad semántica: “el Cabo de Hornos es muy frío”; dudándose si la frase hace referencia a un accidente geográfico de la Patagonia Argentina o si se trata de un militar de apellido “De Hornos” que es muy distante con la tropa (C. S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*. Ariel. Barcelona, 1996, p. 260).

13. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., pp. 119-124.

En efecto, puede tratarse de un único supuesto, en el cual la conectiva “o” describe un embarazo proveniente de dos formas diferentes de agresión (violación –*stricto sensu*– o atentado al pudor –violación *lato sensu*–) cometidas contra una mujer “idiota o demente”. En efecto, en esta interpretación, la primera forma de agresión sería el acceso carnal con violencia física y la segunda el acceso carnal sin violencia pero abusando de la imposibilidad de la mujer “demente o idiota” de prestar consentimiento con la relación sexual. En ambos supuestos, la víctima sería la mujer “demente o idiota”. Esta posición se conoce como “interpretación estricta”, y propicia, exclusivamente, el denominado “aborto eugenésico”.

También puede tratarse de dos supuestos independientes, el primero de ellos si el embarazo es proveniente de una violación a cualquier mujer, y el segundo si el embarazo proviene de un acceso carnal (atentado al pudor) cometido contra una mujer idiota o demente que debido a tales características personales no puede prestar consentimiento con la relación sexual, configurándose una violación *lata sensu* (sin violencia física). Esta posición se conoce como “interpretación amplia” y propicia tanto el aborto sentimental como el eugenésico.<sup>14</sup>

### **III - Argumentos gramaticales y sistemáticos a favor de una u otra posición**

En su *Teoría de la Argumentación Jurídica*<sup>15</sup> Robert Alexy efectúa una taxonomía de las diferentes formas y estrategias de argumentación jurídica; en especial cuando el usuario del derecho se enfrenta ante algún “caso difícil”.<sup>16</sup>

14. El código penal de Ecuador presenta una ambigüedad similar: “Art. 447: El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible [...] inc. 2º: Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente”.

15.. R. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Traducción al castellano de M. Atienza e I. Espejo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.

16. Para la noción de “caso difícil” por problemas interpretativos también puede consul-

En este punto analizaré dos formas de argumentación: la argumentación semántica (o gramatical) y la argumentación sistemática. La primera se refiere a argumentos relativos a la vigencia de reglas semánticas que podrían resolver determinadas dudas interpretativas;<sup>17</sup> la segunda “comprende tanto la referencia a la situación de una norma en el texto legal, como la referencia a la relación lógica o teleológica de una norma con otras normas, fines y principios”.<sup>18</sup>

Estos argumentos suelen ser los primeros en utilizarse en aras de resolver algún inconveniente de tipo interpretativo (por ejemplo, cuando una disposición es ambigua, como el caso que se analiza en este trabajo). Si el inconveniente se resuelve mediante alguna de estas técnicas no es necesario –al menos generalmente– recurrir a otras formas argumentativas más complejas.

Específicamente analizaré argumentos de tipo semántico-gramaticales desarrollados por Peco a favor de la interpretación estricta del inc. 2º del art. 86, y argumentos de tipo sistemáticos desarrollados por Soler y por Zaffaroni, Alagia y Slokar a favor de la interpretación amplia.

Concluiré que ninguna de estas técnicas argumentativas es suficiente para resolver la ambigüedad en cuestión, debiéndose recurrir a argumentos más complejos para su resolución.

## **A. A favor de la interpretación estricta**

### *1. Peco (1): el argumento de la coma (“,”)*

El llamado “argumento de la coma” fue desarrollado por Peco<sup>19</sup> sobre la base de consideraciones de índole semántico-gramaticales. Sintéticamente sostiene que si el legislador hubiese querido establecer dos supuestos (y no sólo el del aborto eugenésico), entonces hubiese colocado una coma (“,”)

---

tarse J. P. Alonso, *Interpretación de las normas y Derecho Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2006.

17. R. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., pp. 227-229.

18. R. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 231.

19. J. Peco, “El aborto en el código penal”, en *Revista penal argentina*, VI. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1926, pp. 180 y ss.

después de la disyunción “o”. Al respecto se señala que la coma (“,”) existía en el proyecto de Código Penal Suizo (utilizado como base de Código Penal Argentino de 1921), que establecía dos supuestos, el aborto sentimental y el eugenésico.

Como señala Jiménez de Asúa,<sup>20</sup> la coma (“,”) y la disyunción (“o”) cumplen, en este contexto, funciones gramaticales similares; por lo que agregar la coma después de la “o”, no agrega nada al sentido de la oración; y aún que tal agregado podría no ser una incorrección gramatical, lo cierto es que, usualmente, la coma no suele usarse *a posteriori* de la disyunción “o”.

El argumento de la “coma” invoca una regla gramatical de dudosa aplicación al caso. No obstante, aún aceptando la validez de tal regla gramatical, si hubiera existido la “coma” después de la disyunción “o”, entonces la ambigüedad se hubiera disuelto en favor de que se trata de dos supuestos independientes. Pero como de hecho la coma no existe, la ambigüedad no se resuelve, ni en un sentido ni en otro.

Dicho de otra forma: Peco señala que como no se trata claramente de dos supuestos, entonces se trata de uno solo (el eugenésico). Pero este argumento no es dirimente, porque al no existir la coma no queda claro que se trata de un solo supuesto, ni de dos: la inexistencia de la “coma” sólo permite afirmar que la ambigüedad se mantiene, en el sentido de que continúa la duda sobre si se trata de un supuesto o dos.

## *2. Peco (2): el argumento del último párrafo del inc. 2º del art. 86*

Reforzando su posición, Peco argumenta que como el último párrafo del inc. 2º del art. 86 señala que debe requerirse el consentimiento del representante legal para el aborto, entonces resulta claro que el supuesto se refiere a que la víctima de violación no puede ser una mujer capaz, sino una incapaz de las especies “idiotas” o “dementes”. Se sostiene que de haber sido dos supuestos el último párrafo no referiría “en este caso” sino “en este segundo caso” o “en este último caso”.

20. L. Jiménez de Asúa, *Libertad de amar y derecho a morir*. Editorial Losada. Buenos Aires, 1946. El autor desarrolla la misma posición en el artículo “El aborto y su impunidad”, *La Ley* 26-977, sección doctrina.

Este argumento tampoco diluye la ambigüedad, dado que, al referirse “en este caso”, podría referirse tanto a la totalidad del inciso –en la hipótesis de que se estipula un solo supuesto, el del aborto eugenésico–, como al último supuesto de ese inciso –el aborto eugenésico–; no requiriéndose consentimiento del representante legal para el primer supuesto de ese inciso –el supuesto de aborto sentimental o humanitario.

A igual que el “argumento de la coma”, si el legislador hubiese redactado “en este último caso”, entonces se disolvería la ambigüedad a favor de la existencia de dos supuestos independientes. Pero como ello no es así, la ambigüedad de la redacción se mantiene.

## **B. A favor de la interpretación amplia**

### *1. Soler: la sistematicidad de las figuras de “violación” y “atentado al pudor”*

Soler ha sido uno de los principales defensores de la interpretación amplia, sobre la base de argumentos de tipo sistemáticos. El autor señala que el inc. 2º del art. 86 prevé dos supuestos (tanto el aborto sentimental como el eugenésico) debido a que todo atentado al pudor (denominado por la ley “abuso deshonesto” –art. 119 cód. penal–) cometido contra una mujer que no puede prestar consentimiento (tal sería el caso de una mujer demente o idiota) y que suponga acceso carnal, es una violación.<sup>21</sup> En efecto, de los arts. 119 y 120 del código penal surge que todo acceso carnal sin consentimiento es considerado violación, en cualquiera de sus versiones: sea porque existe violencia (o amenaza o intimidación), sea porque la mujer no puede prestar consentimiento con la relación sexual (porque es menor de 13 años o porque es incapaz, demente o idiota).

Según Soler, la defectuosa técnica legal proviene de sucesivas traducciones del alemán al suizo y de éste al castellano, dado que, para nuestro código los diferentes supuestos de acceso carnal sin consentimiento son denominados “violación”, mientras que en el derecho alemán se distingue la “violación” (acceso carnal con violencia o amenaza) de la “profanación” (acceso carnal de mujer que no puede prestar consentimiento por edad o

21. S. Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tº III. TEA. Buenos Aires, 1951, pp. 128 y ss.

incapacidad mental); esta última (profanación) habría sido traducida al castellano como “atentado al pudor de mujer demente o idiota”.

En la inteligencia de Soler, se interpreta que el legislador estableció dos supuestos en el inc. 2º del art. 86: el supuesto genérico de violación (violación *stricto sensu*) y el específico acceso carnal, aunque sin violencia, contra mujer incapaz que no puede prestar consentimiento (violación *lato sensu*, “profanación” en la versión alemana).

Entiendo que este argumento tampoco diluye la ambigüedad. Se trata de un argumento “espejo” al de la “coma” y al de “el último párrafo del inc. 2º del art. 86”.

En efecto, los argumentos de la “coma” y de “el último párrafo” sostenían lo siguiente: “si el legislador hubiese querido estipular dos supuestos entonces hubiese colocado la ‘coma’ después de la disyunción ‘o’, y/o hubiese redactado el último párrafo ‘en este último supuesto’ o ‘en este segundo supuesto’”. Señalé al respecto que si el legislador hubiese hecho una o ambas cosas, entonces se hubiese diluido la ambigüedad, pero como no lo hizo entonces la ambigüedad se mantiene.

Con el argumento de Soler pasa lo mismo, pero a la inversa. Soler señala que si el legislador hubiese querido estipular sólo el supuesto de aborto eugenésico entonces no hubiera redactado del modo en que lo hizo, esto es, de forma reiterativa el supuesto, dado que todo abuso de mujer incapaz con acceso carnal es violación.

Queda una alternativa que Soler no explora, y es que el legislador hubiese estipulado dos supuestos en que la víctima siempre es una mujer incapaz: el de acceso carnal violento (“violación” en las palabras del legislador) y el de acceso carnal no violento (“atentado al pudor” en palabras del legislador).

Cualquier argumento del tipo “si el legislador hubiese querido un supuesto (o dos), entonces lo hubiera redactado de tal forma” está condenado al fracaso: como el legislador no hizo ni una ni otra cosa entonces sólo tenemos la redacción que quedó, que es ambigua y admite las dos interpretaciones.<sup>22</sup>

22. Debe señalarse que las opiniones de Soler, al igual que las de Peco, son anteriores a la ley 25.087 (B.O. 14/05/1999), que reformó el régimen de los delitos sexuales (arts. 119 a 133). Tal ley no modificó la redacción del art. 86, aquí analizado, que continúa siendo la original de 1921. A mi entender la nueva ley 25.087 no disuelve la ambigüedad del art. 86, ya que se mantienen las dos figuras delictivas que interactúan en la disputa interpretativa. En efecto, el actual art. 119 distingue varios supuestos de abuso sexual, considerados

## 2. Zaffaroni, Alagia y Slokar: un supuesto genérico y dos supuestos específicos

Zaffaroni, Alagia y Slokar consideran que existen tres supuestos, sosteniendo que el aborto terapéutico (inc. 1º) es la hipótesis genérica de aborto autorizado (o impune), siendo las otras dos hipótesis (el sentimental y el eugenésico) instancias más específicas de la primera.

“La justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental [...] La hipótesis genérica está contenida en el inc. 1º [...] Dado que la ley, con todo acierto, exige peligro para la salud, abarcando la salud psíquica (toda vez que no distingue) el resto de las hipótesis constituyen casos particulares de este supuesto: es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada; lo mismo sucede con el embarazo después de advertir gravísimas malformaciones del feto.”<sup>23</sup>

No coincido con la conceptualización que efectúan Zaffaroni, Alagia y Slokar sobre la relación entre los tres supuestos de abortos impunes. Llevada al extremo, tal conceptualización considera superfluos los dos supuestos del inc. 2 del art. 86 (aborto por violación y aborto eugenésico), dado que los mismos estarían totalmente contenidos en el supuesto genérico del inc. 1º (aborto terapéutico). Se trataría, entonces, de un único supuesto.

Más allá de que en ciertos casos individuales exista la relación que Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que existe entre los supuestos genéricos, lo cierto es que la reacción institucional-procesal es totalmente diferente en cada uno de ellos.

---

“violación” si existe acceso carnal por cualquier vía (art. 119, tercer párrafo, con penas de seis a quince años). En entre ellos, los dos supuestos que siguen vigentes son el acceso carnal con violencia (violación stricto sensu) y el acceso carnal cuando la víctima no pudo consentir libremente la relación sexual (violación lato sensu, la llamada “profanación” del código penal alemán).

23. E. R. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar. *Derecho Penal. Parte General*. Ediar. Buenos Aires, 2002, p. 641.

En efecto, en el marco de un proceso penal donde se acusa a una mujer de haber abortado y ésta alega alguna causal de impunidad, serán diferentes los hechos que deberán probarse para acreditarla.

Si se alega violación, habrá que acreditar un hecho pretérito al aborto (que la mujer fue violada).

Si se alega peligro para la salud de la madre habrá que acreditar hechos presentes y eventualmente inmediatos futuros al aborto (el riesgo actual o cercano para la salud de la madre).

Si se alega que hay atentado al pudor sobre una mujer demente o idiota deberán acreditarse hechos pretéritos al aborto (el atentado al pudor) y situaciones personales sobre la salud psíquica de la mujer víctima al momento del acceso carnal.

Esta diferente reacción institucional-procesal necesaria para acreditar una u otra causal de aborto impune permite aseverar que los tres supuestos son independientes.<sup>24</sup>

Por otro lado, la conceptualización analizada no diluye la ambigüedad de la redacción, toda vez que sigue sin poder argüirse que el aborto por violación es una causal independiente, prevista en el inc. 2º del art. 86; al contrario, tal ambigüedad se mantiene incólume.

### *3. Un problema de identificación de los supuestos de abortos impunes que requiere de argumentos más complejos*

He analizado, someramente, el derrotero de la disputa interpretativa sobre los alcances del inc. 2º del art. 86 del código penal argentino. Un dato interesante de tal disputa es que ninguno de los autores sostiene que la redacción de la norma es ambigua; al contrario, todos parecen afirmar que la ley es clara y unívoca, en el sentido que cada uno de ellos propone.

Sin embargo, como analicé, no sólo se trata de una ambigüedad incuestionable, sino que, además, la misma es de muy difícil resolución. En efecto, ninguno de los argumentos semántico-gramaticales o sistemáticos analizados tiene la suficiente fuerza como para diluir la ambigüedad.

24. La noción de “supuesto independiente” ha sido definida en términos lógicos bajo el rótulo de “propiedad independiente” (C. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea, Buenos Aires, 1971, pp. 52 y ss.).

Los argumentos a favor de una u otra posición son argumentos “espejo” en el sentido que ambos intentan desvirtuar la posición opuesta señalando que “si el legislador hubiese querido *x*, entonces hubiera redactado *y*”. Pero, como vimos, tales estrategias argumentativas sólo sirven para desvirtuar la posición opuesta y no para reforzar la propia (y en esto, ambas posiciones “empatan”).

Ni el tenor literal de la disposición jurídica y ni la interacción sistemática de la misma junto con las normas inmediatamente conexas permiten resolver el problema. De allí cabe concluir (con cierta desazón) que la identificación de los supuestos de abortos impunes no puede efectuarse mediante el método de la literalidad, que es el método por excelencia para garantizar el respeto al principio de legalidad en materia penal.

“El primer criterio de interpretación es el gramatical (o literal). Con él se trata de averiguar el sentido literal de las palabras empleadas por el legislador. Aunque se considera este tipo de interpretación como de menor categoría, tiene una importancia decisiva en derecho penal, a consecuencia de la vigencia del principio de legalidad: si no se quiere hacer una burla a este principio, habrá que estar siempre al significado posible, al sentido literal de las palabras empleadas en el texto legal.”<sup>25</sup>

La ambigüedad detectada exige la articulación de argumentos más complejos, de tipo coherentistas o principialistas. Podría argüirse, con razón, que no es pertinente la identificación de un tipo penal sobre la base de principios, si mediante ese proceso se extiende el sentido literal de una prohibición penal. Pero está claro que ése no es el caso, por dos razones: en primer lugar, porque no hay algo así como “un sentido literal claro” ya que la redacción es ambigua y, en segundo lugar, porque de lo que se trata es de determinar la extensión de una causal de impunidad y, *prima facie*, no hay inconvenientes de proceder a su configuración sobre la base de principios.<sup>26</sup>

25. F. Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*. Editorial BdeF. Montevideo, 2001, pp. 217-218.

26. La dogmática penal contemporánea suele admitir que las causales de impunidad pueden extenderse analógicamente, incluso cuando no existen problemas de identificación (como los aquí analizados). Francesco Carrara fue uno de los primeros juristas

La idea de coherentismo como forma de resolución de “casos interpretativos difíciles” ha sido articulada alternativamente por MacCormick<sup>27</sup> y por Dworkin;<sup>28</sup> la idea de principialismo, por su parte, ha sido articulada por Alexy<sup>29</sup> y, en nuestro medio, por Sieckmann.<sup>30</sup>

Las teorías de MacCormick, Dworkin, Alexy y Sieckmann, si bien difieren en las articulaciones específicas, tienen entre sí un parecido de familia al considerar que una argumentación sólida sobre la base de principios jurídicos es una argumentación “correcta” para resolver un “caso difícil interpretativo”.<sup>31</sup> En palabras de MacCormick, la interpretación “correcta” es aquella que resulte más coherente con el conjunto de principios relevantes que rigen el sector jurídico analizado.<sup>32</sup> En palabras de Dworkin, la interpretación correcta es la construida tomando en consideración tanto los precedentes históricos (el pasado, la historia institucional) como los propósitos y fines que se pretenden justificar con la práctica jurídica (el futuro, la utopía de la integridad jurídica).<sup>33</sup>

En el caso a estudio, comenzaré analizando cuáles fueron los fines del legislador exteriorizados en la exposición de motivos de la ley al momento de instituir la/s causal/es de aborto/s impune/s del art. 86 inc. 2º.

---

en expedirse a favor de la posibilidad de configurar analógicamente una causa de justificación: “Por analogía, la pena no puede extenderse de un caso a otro; pero la excusa sí puede extenderse por analogía, de un caso a otro caso...” (F. Carrara, 1859, *Programa de Derecho Criminal. Parte General*. Temis, Bogotá, 1956. Traducción al castellano de Ortega Torres y Guerrero).

27. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press. Oxford, 1978, pp. 106 y ss.

28. R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press. Cambridge (Mass.), 1986, pp. 132 y ss.

29. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, pp. 524 y ss. (traducción al castellano de E. Garzón Valdez).

30. J. Sieckmann, “Introducción” y “Los derechos fundamentales como principios”, en *Teoría principialista de los derechos fundamentales* (J. Sieckmann, editor). Marcial Pons. Madrid, 2011.

31. Estas teorías tienen en común el rechazo a la discrecionalidad judicial fuerte en los casos difíciles, tesis usualmente atribuida a H. L. A. Hart. No ingresaré en este trabajo sobre si esa atribución hace justicia (o no) a las tesis hartianas.

32. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, pp. 260 y ss.

33. R. Dworkin, *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

Posteriormente contrastaré esos fines históricos con los principios penales que regulan el deber de solidaridad y el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Concluiré que la ambigüedad de la redacción debe resolverse considerando al aborto por violación como una forma de aborto impune.

#### **IV - De la interpretación subjetiva al coherentismo de los principios penales**

##### *A. La intención del legislador de 1921*

La interpretación subjetiva (o genética) es aquella que sustenta una determinada interpretación sobre la base de la intención (o voluntad) específica del legislador al sancionar determinado instituto jurídico. Alexy la denomina “argumento genético” y distingue dos formas: en la primera se afirma que una tal interpretación fue directamente objeto de la voluntad del legislador; en la segunda se afirma que una tal interpretación es la única conducente para obtener los fines expresamente perseguidos por el legislador.<sup>34</sup>

Una forma de determinar los “fines” del legislador consiste en explorar la “exposición de motivos” de la ley en cuestión. En el caso del art. 86 inc. 2º la discusión en la Cámara de Senadores giró, exclusivamente, en torno a razones de selección eugenésica “a favor de la sociedad” y “la pureza étnica”; sin referencia a la posibilidad de permitir el aborto por violación de una mujer sana (“ni demente, ni idiota”).

“La sociedad podrá tener interés en destruir el germen de una vida, procedente de una idiota, pero no tiene interés eugenésico en la destrucción de una esperanza de vida de una mujer rozagante y lozana, víctima de la lujuria de un desenfrenado.

El tema es seductor, y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste, para algunos miembros de esta Comisión, una importancia trascendental, y cuyos problemas deben interesar profunda e

34. R. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., pp. 227-228.

intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal, celebrado en Colonia en el año 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales [...] Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad. Bastará decir, para terminar con este punto, que si bien no se admite hoy en día ni por la ciencia, ni por el Derecho penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delincuentes con fines eugénicos [...] es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza.”<sup>35</sup>

Jiménez de Asúa<sup>36</sup> y Gautier criticaron el carácter eugenésico del supuesto de impunidad del inc. 2º del art. 86. Gautier señalaba que los argumentos de profilaxis son muy delicados y que la disposición jurídica en cuestión “sería más peligrosa que útil”.<sup>37</sup>

Finzi, por su parte, afirmaba que el interés de la raza inspirados en criterios biológicos era la “*voluntad legis*” del inc. 2º del art. 86, con la mirada puesta en el perfeccionamiento de la especie humana, perfeccionamiento que se encontraría amenazado por la procreación de un “individuo tarado”.<sup>38</sup>

Resulta evidente que la intención del legislador del 1921 fue regular el aborto eugenésico de manera exclusiva, sin considerar al aborto “sentimental” (por violación a una mujer “sana”) como causal de impunidad.

Es más, teniendo en consideración la exposición de motivos transcrita puede afirmarse que la técnica legislativa escogida ha sido bastante

35. Los párrafos transcritos de la exposición de motivos de la Comisión del Senado han sido tomados del trabajo sobre aborto de L. Larrandart, antes citado (D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, Tº 3, *op. cit.*, pp. 691-692).

36. L. Jiménez de Asúa, “El aborto y su impunidad”, *op. cit.*

37. Citado en LL 1993-D-224; CNCrim, Sala VI, 8/2/1993 (citado por L. Larrandart en D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, Tº 3, *op. cit.*, pp. 692 y 733).

38. M. Finzi, “El llamado aborto eugenésico. El consentimiento del representante legal”. En *Jurisprudencia Argentina*, 1946, IV (citado por L. Larrandart en D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, Tº 3, *op. cit.*, pp. 692, 693 y 719).

defectuosa, toda vez que sólo considera la situación de la mujer “demente o idiota” embarazada, pero no se tiene en cuenta un posible embarazo de una mujer “sana” producido por un agresor “demente o idiota”; situación que también debería estar contemplada si se pretende ser coherente con los fundamentos eugenésicos que motivaron esta causal de aborto impune.

Por otro lado, puede cuestionarse si, noventa años después de su promulgación, debemos mantener vigentes intenciones legislativas que chocan con ciertos principios constitucionales y penales actuales.<sup>39</sup> Al respecto, cabe recordar la célebre cita de Maurach sobre la tensión entre la “voluntad de la ley” y la “voluntad del legislador”:

“...los motivos pasan y las leyes permanecen, los antecedentes parlamentarios de las leyes modernas reproducen tan sólo, en el mejor de los casos, la opinión de los partidos colaboradores o el criterio de los ponentes. Con frecuencia muestra la práctica que la ley debe ser aplicada en un sentido y dirección distintos a los queridos por sus autores. Se producen nuevas situaciones, nuevos acontecimientos, nuevas formas del delito con los que el legislador no podía contar. La interpretación histórica fosiliza la ley en el momento de su entrada en vigor; es incapaz de entender, con el paso de los decenios, su elasticidad y consiguiente eficacia”.<sup>40</sup>

Como analizaré más adelante, la exclusión de la impunidad del aborto por violación ya era incoherente con los principios penales que regularon el deber de solidaridad en el código penal de 1921 y de principios constitucionales entonces vigentes, especialmente, el principio de igualdad ante la ley. Esta incoherencia se mantiene actualmente.

Por ello, entiendo que la ambigüedad de la redacción del inc. 2º del art. 86 debe resolverse a favor de que tal disposición prevé dos supuestos de impunidad, tanto el aborto eugenésico como el aborto por violación. De

39. L. Larrandart entiende que justificar el aborto sobre principios de la eugenesia “hoy no puede admitirse por implicar una concepción discriminatoria” (D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, Tº 3, *op. cit.*, p. 693).

40. R. Maurach, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I* (traducción de J. Córdoba Roda). Ariel. Barcelona, 1962, pp. 107-108.

manera previa, analizaré el espectro ideológico-moral respecto de la “personalidad” del feto humano, y cuáles son sus implicancias en la disputa interpretativa analizada.

*B. Sobre la “personalidad” del feto humano: el espectro ideológico-moral*

Una usual objeción a la impunidad del aborto por violación se sustenta en la creencia de que el feto humano desde su concepción es una persona en “sentido jurídico fuerte” que tiene “pleno derecho a la vida”. La posición extrema de esta visión considera inmoral cualquier aborto, tanto el terapéutico como el eugenésico y el sentimental. La postura de la Iglesia Católica es un claro exponente de esta posición (usualmente denominada “**conservadora extrema**”).

*Encíclica del Papa Pío XI sobre el matrimonio cristiano:* “Por mucho que compadezcamos a la madre, cuya salud e incluso vida peligran gravemente al llevar a cabo el deber que le ha conferido la Naturaleza, ¿qué razón suficiente habría para justificar del modo que fuese el asesinato directo del inocente?”<sup>41</sup>

Está claro que el código penal argentino no asume esta posición “conservadora extrema”, ya que admite algunos abortos impunes. El caso más claro, que el conservadurismo extremo rechaza, es el caso de aborto terapéutico, esto es, la impunidad del aborto cuando es la única forma de proteger a la madre de un grave peligro para su salud. En esta posición se puede admitir que el feto humano tiene derecho a la vida, pero que tal derecho no es absoluto ya que debe ser interpretado armónicamente con otros “derechos” en pugna.<sup>42</sup> Esta posición, consistente en admitir un número limitado

41. Esta posición “conservadora extrema” es también defendida por el filósofo británico J. Finnis, en su discusión con J. J. Thomson. J. Finnis “Pros y contras del aborto”, en Debate sobre el aborto. J. Finnis, J.J. Thomson, M. Tooley y R. Wertheimer. Cátedra, Madrid, 1992, pp. 108-142 (traducción al castellano de M. L. Rodríguez Tapia, M. Millán y B. Barrera).

42. Esta es la posición de nuestra CSJN en el caso “F., A.L. s/ medida autosatisfactiva”, al sostener que los derechos del niño desde su concepción (reconocidos por la “Convención sobre los Derechos del Niño” de jerarquía constitucional) no son absolutos, de modo que tal reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción no obligan a una

y restringido de abortos impunes, se suele denominar “**conservadora moderada**”. La admisión de la impunidad del aborto por violación es compatible con esta posición.<sup>43</sup>

Del otro lado del espectro ideológico-moral están las posiciones denominadas “liberales”.

El “**liberalismo moderado**” sostiene que la “personalidad” del feto humano es progresiva (o evolutiva) y solamente adquiere “pleno derecho a la vida” en determinado estadio de su evolución, que usualmente oscila entre la viabilidad fuera del útero y el nacimiento. Cuanto más cercano a la fecundación y más lejano a la viabilidad sea el acto de abortar, menos cuestionamientos morales le cabrán. Esta posición admite el aborto por decisión de la madre en las primeras semanas de gestación, y rechaza el aborto por razones frívolas una vez que el feto sea viable.<sup>44</sup>

En esta línea se enrola la famosa sentencia “*Roe vs. Wade*” de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU., en la que se dividió al embarazo en tres trimestres; sólo en el tercer trimestre, cuando el feto es viable, la legislación estatal puede reprimir el aborto (salvo en caso de riesgo para la salud de la madre), mientras que durante el primer trimestre no debería existir prohibición legal alguna respecto del aborto libremente consentido por la mujer.<sup>45</sup>

Un ejemplo de la posición “**liberal extrema**” es Michael Tooley, quien sostiene que el hecho de que un conjunto de células pertenezca a la especie *homo sapiens* no significa, sólo por esa razón, que deba ser considerado

---

interpretación estricta del inc 2º del art. 86 del cód. penal (CSJN, “*F., A.L. s/ medida autosatisfactiva*”, del 13/03/2012, considerandos 10 a 13).

43. Por ejemplo, el código penal de Brasil reprime el aborto con pena de prisión de uno a tres años (art. 124) y dispone la impunidad del aborto terapéutico (cuando es el único medio para salvar la salud de la madre –art. 128, I–) y la impunidad del aborto sentimental (cuando el embarazo proviene de violación –art. 128, II–).

44. Ésta es la posición de M. Farrell en *La ética del aborto y la eutanasia*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1985. También es la posición de R. Dworkin en “The Great Abortion Case”, en *New York Review of Books*, 1989, pp. 49-53 y en *El dominio de la vida*. Ariel Derecho. Barcelona, 1998.

45. A. Ruiz Miguel efectúa un meduloso análisis sobre “*Roe vs. Wade*”, en *El aborto: problemas constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1990, pp. 38 y ss.

“persona” o “ser humano”.<sup>46</sup> Tooley concluye que sólo después de un tiempo de haber nacido alguien puede ser “persona” en el sentido que tiene “serio derecho a la vida”: “Un organismo tiene derecho a la vida sólo si posee la idea de un ‘yo’ como sujeto continuo de experiencias y otros estados mentales y cree que él mismo es tal entidad”.<sup>47</sup>

*C. ¿Tiene impacto la discusión ideológico-moral en la discusión jurídica sobre los alcances del art. 86 inc. 2º del código penal?*

Tengo mis dudas sobre si el problema aquí analizado (la impunidad del aborto por violación) ha de resolverse, necesariamente, adoptando una posición moral concreta sobre el estatus de la “personalidad” del feto humano.

Probablemente un eventual debate acerca de la instauración de un régimen más liberal de aborto (por ejemplo, el régimen que permite el aborto por la sola voluntad de la gestante en las primeras semanas de embarazo)<sup>48</sup> sí requiera de la adopción de una posición ideológico-moral más específica, vinculada a la “gradualidad de los derechos del feto humano” o la “no equiparación moral del feto no nacido con el niño ya nacido”, de tal modo que el derecho a la vida del feto no es tan fuerte como el derecho a la vida

46. “La costumbre de usar expresiones como ‘persona’ y ‘ser humano’ de forma indistinta es realmente desafortunada. Para empezar, presta apoyo encubierto a las posturas antiabortistas. Con ese uso, quien mantiene un punto de vista liberal sobre el aborto se ve en la posición de tener que afirmar que los fetos, al menos hasta cierto punto, no son seres humanos. [...] Quizás sería mejor evitar (esos términos) y emplear en su lugar una expresión que se interprete, de forma más natural, como referente a cierto tipo de organismo biológico caracterizado en términos psicológicos, tal como ‘miembro de la especie homo sapiens’. Para situar el problema de la moralidad del aborto [...] hay que responder a las siguientes preguntas: ¿Qué propiedades debe tener una cosa para ser persona, es decir, para tener serio derecho a la vida? ¿En qué momento del desarrollo de un miembro de la especie homo sapiens posee el organismo las propiedades que le convierten en persona”. M. Tooley, “Aborto e infanticidio”, en *Debate sobre el aborto*, op. cit., pp. 69-107.

47. M. Tooley, “Aborto e infanticidio”, en *Debate sobre el aborto*, op. cit., p. 99.

48. Me refiero al paso de la actual posición del código penal argentino (“conservadora moderada”) a una posición “liberal moderada” como la legislación de Dinamarca de 1973 o de Francia de 1975, que permiten el aborto a voluntad de la gestante dentro de las doce y diez semanas, respectivamente.

de los seres humanos ya nacidos, y puede ceder ante derechos de terceros como la autonomía de la mujer embarazada, su intimidad o el bienestar de su familia.<sup>49</sup>

Pero la cuestión es que, aun asumiendo la posición conservadora moderada que asume nuestro código penal (y esa es la posición que, entiendo, debe asumirse para resolver un problema interpretativo de nuestro derecho penal positivo) e incluso asumiendo que el feto humano es una persona desde su concepción, existen al menos dos razones para sostener que el aborto por violación debería estar autorizado:

a) Porque si está autorizado el aborto por violación de una mujer incapaz, sería discriminatorio no autorizarlo respecto de la mujer violada no incapaz (este es el argumento de la CSJN en el fallo “*F., A.L. s/ medida autosatisfactiva*”).

b) Porque la mujer violada no tiene (no debe exigírsele) un deber de solidaridad para con ese embrión y tiene derecho a quitarlo de su vida: esta posición es la que pretendo desarrollar sobre ciertos principios generales del derecho penal que establecen límites al deber general de solidaridad.

*D. La extensión de la causal de impunidad por violación de mujer “demente o idiota” a la violación (de cualquier mujer) en general*

Una forma de fundamentar la procedencia de la impunidad del aborto por violación en nuestro régimen penal consiste en efectuar un paralelismo de tal figura con la figura que estipula la impunidad del aborto de la mujer “demente o idiota” que ha sido víctima de algún delito sexual. En esta inteligencia, autorizar el aborto de una mujer incapaz violada y no autorizarlo respecto de una mujer sana violada sería una discriminación constitucionalmente inadmisibles. Tal es la estrategia argumentativa escogida por nuestra CSJN en el fallo “*F., A.L. s/ medida autosatisfactiva*”.

49. Sobre este punto puede verse A. Ruiz Miguel, *El aborto: problemas constitucionales*, op. cit., pp. 57, ss. y 66.

De manera preliminar, la CSJN afirma que no existe ninguna restricción constitucional para una argumentación de esa índole, dado que en la última sesión de la Convención Constituyente de 1994 se generó un amplio debate sobre el alcance del “derecho a la vida”, no quedando plasmada ninguna voluntad constituyente que pretendiera limitar el alcance del art. 86 inc. 2º del código penal.

“...no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto del aborto no punible [...] al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental.”<sup>50</sup>

Según la CSJN, limitar la impunidad del aborto sólo a las mujeres incapaces víctimas de delitos sexuales violaría los principios constitucionales de igualdad y prohibición de toda discriminación, con lo que se impone una interpretación amplia del art. 86 inc. 2º del código penal.

“...reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable del trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida.”<sup>51</sup>

Continuando su argumentación, la CSJN se pliega a los fundamentos de Carlos Nino<sup>52</sup> sobre esta cuestión, al sostener que:

“...la pretensión de exigir, *a toda otra víctima* de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque a sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio (de dignidad de las personas), que impide exigirle a las personas que

50. CSJN, “F., A.L. s/ medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012, considerando 9).

51. CSJN, “F., A.L. s/ medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012, considerando 15).

52. C. S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*. Paidós. Buenos Aires, 1994, pp. 109 y ss.

realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar.”<sup>53</sup>

Para la CSJN el fundamento de la impunidad del aborto por violación de cualquier mujer se sustenta en la inadmisibilidad constitucional de restringir tal impunidad sólo a la mujer incapaz (“demente o idiota” en las palabras de la ley).

Creo que hay argumentos más básicos y sólidos para fundar la impunidad del aborto por violación; ellos se vinculan con la inexigibilidad de deber de solidaridad de la mujer violada para con el feto fruto de la violación. Los desarrollaré a continuación.

*E. ¿Puede exigírsele a la mujer violada solidaridad para con el feto fruto de su violación?*

*1. Derecho penal y deber de solidaridad*

En los sistemas jurídicos occidentales democráticos liberales, el deber de solidaridad suele concretarse tributariamente: mediante el pago de impuestos los ciudadanos colaboran con la educación, salud pública y demás servicios asistenciales que el Estado brinda a la ciudadanía en general. Salvo en aquellos casos en que exista “posición de garante” (deber positivo especial), desde el ideario democrático liberal se cuestiona que el Estado reprima penalmente la infracción al deber de solidaridad entre personas no vinculadas jurídicamente entre sí (deber positivo general); una tal regulación jurídica significaría que existe el deber jurídico-penal de comportarnos como “Buenos Samaritanos”.<sup>54</sup>

“En un derecho penal conformado en torno al postulado liberal de la prioridad de la libertad personal [...] la reducción de la libertad de actuar del ciudadano se conforma a partir de *deberes negativos*, esto es, de obligaciones de no generar daño en esferas ajenas de libertad. Los deberes jurídicos del ciudadano quedan circunscritos esencialmente a

53. CSJN, “F., A.L. s/ medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012, considerando 16).

54. Evangelio de San Lucas, 10, 30-35.

la no actuación contra intereses ajenos, y no a la mejora y protección de los mismos. Los deberes positivos generales están fuera de la agenda política del liberalismo.”<sup>55</sup>

Es que el derecho penal (y el derecho en general también) no puede exigir que las personas sean héroes o mártires, ni que sacrifiquen sus bienes o intereses personales por el bienestar del prójimo.

En esta inteligencia, Welzel señala que la “omisión dolosa puede ser exculpada a través de la no exigibilidad del perjuicio de intereses propios valiosos”;<sup>56</sup> Henkel, por su parte, señala que “no obra dolosamente aquel a quien, según las circunstancias, no puede exigirse que se abstenga de la ejecución del tipo”;<sup>57</sup> o Freudenthal, que afirma que “...si para la no ejecución del hecho punible hubiese sido necesaria una medida de resistencia que a nadie se puede exigir normalmente, entonces estarán ausente [...] el reproche [...] y la culpabilidad” y que no puede considerarse culpable “a aquel a quien, razonablemente, no era de exigir que se abstuviese de realizar la acción”.<sup>58</sup>

Carlos Nino, por su parte, rechaza que el derecho pueda imponer a los ciudadanos, en contra de su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio, ya que de lo contrario se vulneraría el principio de la inviolabilidad de la persona, principio que junto con el de autonomía y de la dignidad conforman la idea misma de “Derechos Humanos”.<sup>59</sup>

En esta inteligencia discurre la regulación de la infracción al deber de solidaridad de nuestro código penal. Los arts. 106 y 107 reprimen, con penas de dos a seis años de prisión, el abandono de personas bajo la circunstancia

55. R. Alcácer Guirao, “Autonomía, solidaridad y deber de socorro (Un apunte histórico)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado Español. Madrid, 2003, p. 362.

56. H. Welzel, *Derecho Penal Alemán* (traducción de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez). Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 215.

57. H. Henkel, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo* (traducción de J. L. Guzmán Dalbora). Editorial BdeF. Montevideo, 2005, p. 51.

58. B. Freudenthal, *Culpabilidad y reproche en el Derecho Penal* (traducción de J. L. Guzmán Dalbora). Editorial BdeF, Montevideo, 2006, pp. 73 y 75.

59. C. S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*. Astrea. Buenos Aires, 2007, p. 239.

de que el autor ostente posición de garante para con la víctima, sea porque el autor tiene la obligación de cuidarlo en función de la ley (una madre que abandona a su hijo de pocos meses, por ej.), o en función de un contrato (el enfermero que abandona a su paciente), sea porque el autor causó la incapacidad de la víctima (un conductor que huye de un accidente de tránsito por él provocado, abandonando a su suerte a los heridos).<sup>60</sup>

El art. 108, por su parte, reprime con pena de multa la infracción al deber de solidaridad de aquellos autores que no ostentan posición de garante bajo la condición de que no exista riesgo personal en la prestación del auxilio necesario.<sup>61</sup> Algunos autores, como Devesa, exigen que para que la omisión de auxilio del art. 108 sea punible es menester que la conducta del agente por lo menos haya agravado la situación de peligro de la víctima, dado que de lo contrario se estaría consagrando en las leyes punitivas deberes de caridad para con el prójimo.<sup>62</sup>

Como se advierte, el derecho penal liberal no exige deber de solidaridad en general ni, mucho menos, sacrificios y privaciones de algunos ciudadanos en beneficios de otros: sólo exige deber de solidaridad a quienes ostentan posición de garante o bajo condiciones muy específicas.

## **2. Inexigibilidad de solidaridad de la mujer violada para con el feto fruto de la violación**

“Usted se despierta una mañana y se encuentra en la cama con un violinista inconsciente. Un famoso violinista inconsciente. Se le ha descubierto una enfermedad renal mortal, y la Sociedad de Amantes de la Música ha consultado todos los registros médicos y ha descubierto que sólo usted tiene el grupo sanguíneo adecuado para ayudarlo. Por

60. S. Soler, *Derecho Penal Argentino*, T<sup>o</sup>III. TEA. Buenos Aires 1951, p. 211.

61. Art. 108 del código penal argentino: “Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad”.

62. La posición Devesa es referenciada en D. Baigún y E. R. Zaffaroni, *Código Penal*, T<sup>o</sup> 4, *op. cit.*, p. 182.

consiguiente le han secuestrado, y por la noche han conectado el sistema circulatorio del violinista al suyo, para que los riñones de usted puedan purificar la sangre del violinista además de la suya propia. Y el director del hospital le dice ahora a usted: ‘Mire, sentimos mucho que la Sociedad de los Amantes de la Música le haya hecho esto, nosotros nunca lo hubiéramos permitido de haberlo sabido. Pero en fin, lo han hecho, y el violinista está ahora conectado a usted. Desconectarlo significaría matarlo. De todos modos no se preocupe, sólo es para nueve meses. Para entonces se habrá recuperado de su enfermedad, y podrá ser desconectado de usted sin ningún peligro.’<sup>63</sup>

¿Tiene el lector de Thomson deber de solidaridad para con el violinista? El lector ha sido secuestrado y conectado al violinista en contra de su voluntad, ¿comete homicidio, abandono de persona u omisión de auxilio si simplemente se desconecta porque desea continuar con su vida normalmente –trabajar, disfrutar de sus amigos y sus hijos–? O son estas razones muy frívolas para negarle al lector de Thomson el derecho a desconectarse. Y si el lector de Thomson es un investigador médico a punto (o con altas posibilidades) de descubrir una vacuna que curaría de manera definitiva una pandemia; ¿tiene entonces derecho a desconectarse?

Claro que si el lector de Thomson accediera a quedar conectado al violinista durante nueve meses sería estupendo de su parte; sería un acto encomiable que demostraría una gran generosidad, ¿pero tiene obligación de hacerlo?<sup>64</sup>

Es más, si el violinista sólo requiere estar conectado una hora, y el lector de Thomson se negara, diríamos que el lector es egocéntrico, cruel y hasta despreciable, pero no diríamos que es injusto, porque aun en esa situación el violinista no tiene derecho a estar conectado al lector, ni éste la obligación de no desconectarse.<sup>65</sup>

Como se analizó, el derecho penal liberal no le exigiría al lector de Thomson deber de solidaridad para con el violinista; fundamentalmente,

63. J. J. Thomson, “Una defensa del aborto”, en *Debate sobre el aborto*, op. cit., p. 11.

64. J. J. Thomson, “Una defensa del aborto”, en *Debate sobre el aborto*, op. cit., p. 11.

65. J. J. Thomson, “Una defensa del aborto”, en *Debate sobre el aborto*, op. cit., p. 26.

porque el lector de Thomson ha sido conectado en contra de su voluntad, y no se le puede exigir sacrificar nueve meses de su vida.

Algo parecido sucede con la mujer violada respecto del feto fruto de su violación. Puede concederse que tanto el violinista como el feto humano tienen derecho a la vida, pero no significa que tienen el derecho a usar durante nueve meses los riñones del lector de Thomson o el vientre de la mujer violada. Y en el caso de la mujer violada, la situación es más grave aún, ya que a partir del nacimiento ostentará posición de garante por ser la madre del fruto de la violación.

De allí la diferencia en la discusión entre el aborto por mera voluntad de la gestante y el aborto por violación.

En el primer caso, la gestante no ha sido embarazada en contra de su voluntad; por lo que la discusión sobre la impunidad de este tipo de aborto pasa por la asunción de una posición ideológica moral de tipo “liberal” respecto de la “personalidad humana” del feto (ver *supra*, punto IV - B). En el segundo caso, aun asumiendo una posición “conservadora moderada” (como asume nuestro código penal), el aborto por violación debe ser impune porque de lo contrario se estaría consagrando una desproporcionada excepción a la forma en que nuestro derecho penal regula el deber de solidaridad, en perjuicio de la mujer violada.

No tiene sentido explicar lo grave y terrible que es para una mujer haber sido violada. Exigir a la mujer violada solidaridad para con el fruto de su violación, bajo amenaza de sanción penal, vulnera el principio de inviolabilidad de la persona humana y, además, vulnera el principio constitucional de igualdad en la formulación de la ley,<sup>66</sup> al consagrar, como se dijo, una injustificada excepción al modo en que el derecho en general regula el deber de solidaridad, ya que sólo la mujer violada, y ningún otro ciudadano, tendría la obligación de comportarse como “Buen Samaritano”.<sup>67</sup>

66. R. Alexy defiende la idea de que el principio de igualdad ante la ley no debe concebirse sólo como igualdad en la aplicación de la ley sino también como igualdad en la formulación de la ley (R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 387).

67. “...los grupos que luchan [...] intentando que se declare inconstitucional que el Estado permita el aborto, deberían luchar, en vez de eso, por la adopción de leyes del ‘Buen Samaritano’ en general si no quieren ser acusados de estar actuando de mala fe”. J. J. Thomson, “Una defensa del aborto”, en *Debate sobre el aborto*, op. cit., p. 29.

## V. Conclusiones

He sostenido que la redacción del art. 86 inc. 2º del código penal argentino es ambigua, ya que admite tanto una interpretación estricta (sólo es impune el aborto eugenésico) como una interpretación amplia (es impune tanto el aborto eugenésico como el aborto sentimental –por causa de violación de cualquier mujer–). Al respecto, resalté que en la discusión sobre este punto, los dogmáticos siempre han sostenido que la ley es clara y unívoca, en el sentido que cada uno de ellos proponía interpretarla.

Sobre esta cuestión, sostuve que los intentos de resolver tal ambigüedad han resultado infructuosos, debiendo recurrirse a argumentos más complejos, de tipo coherentistas o principialistas.

Analicé la exposición de motivos de la ley al momento de su tratamiento en la de la Comisión del Senado, y sostuve que el legislador de 1921 consideró en ese inciso exclusivamente la impunidad del aborto eugenésico. No obstante, sostuve que debe rechazarse tal interpretación subjetiva, ya que la misma es incoherente con los principios penales relativos al deber de solidaridad y con el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Finalmente desarrollé dos argumentos a favor de la interpretación amplia, esto es, aquella interpretación que admite como causal de impunidad al aborto por violación.

El primer argumento es coincidente con lo sostenido por nuestra CSJN en el fallo “*F., A.L. s/ medida autosatisfactiva*”, en punto a que permitir la impunidad del aborto de la mujer incapaz violada y no permitirla respecto de cualquier otra mujer violada, es una discriminación constitucionalmente inadmisibile.

El segundo argumento consistió, inicialmente, en la reconstrucción del deber de solidaridad y su protección penal; para luego señalar que la exigencia dirigida a la mujer violada de solidaridad para con el feto fruto de su violación constituye una inadmisibile excepción al modo en que el derecho regula el deber de solidaridad entre los ciudadanos.



# El aborto no punible en la Argentina

Consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una filosofía del derecho constitucional, a partir del caso “F., A. L.” de la Corte Suprema

*Renato Rabbi-Baldi Cabanillas*

Profesor adjunto de Teoría General y del Derecho, Facultad de Derecho, UBA.

## Introducción

En su afamado libro *Life's dominium*, Ronald Dworkin, ya en los primeros renglones, plantea que temas como el que aquí se examinará remiten a decisiones en torno de la vida y de la muerte de las personas, las que, como es obvio, no resultan neutrales ni, menos, sencillas.<sup>1</sup> En rigor, hace pocas semanas –y a propósito de la autorización o no de adoptar medidas respecto de una persona que “por miedo obsesivo a subir de peso” se hallaba en riesgo cierto de muerte–, el juez inglés Peter Jackson señaló que “la diferencia entre vida y muerte es la mayor que conozco”.<sup>2</sup> Y, antes, en el célebre precedente norteamericano “Rode v. Wade”, el juez Blackmun precisaba que eran pocas las cuestiones que habían despertado, a lo largo de la historia y en todos los ámbitos de las ciencias, tantos debates, en ocasiones hostiles y

1. Dworkin, Ronald, *Life's dominium. An argument about abortion, eutanasia and individual freedom*, First Vintage Books Edition, 1994. Escribe este autor, reciente Doctor honoris causae de la Universidad de Buenos Aires: “Abortion, wich means deliberately killing a developing human embryo, and eutanasia [...], are both choises for death”.

2. Cfr. *La Nación*, 19/6/12.

lacerantes, como la presente.<sup>3</sup> De ahí que si resulta verdadera –como así la estimo– la afirmación de la Hermenéutica filosófica de que el obrar humano se halla precedido de “precomprensiones” que determinan, cuanto menos, la inicial inteligencia de los asuntos,<sup>4</sup> esta tesis se torna aún más patente al examinar el tópico del aborto, respecto del cual resultará extraño encontrar alguna apreciación desinteresada. Es que no puede ser de otra manera cuando, como se anticipó, la divisoria de criterios marca (o puede dar lugar a) la cancelación de la vida de un ser humano, acaso la decisión más trascendente que pueda adoptarse entre las innúmeras opciones que depara la coexistencia social.

3. Cfr. *Rode v. Wade*, 410 US 113, 93 S. Ct 705, 35, L. Ed. 2d. 147 (1973). Dicho magistrado precisaba que no escapa “la naturaleza emocional y sensible de la controversia sobre el aborto, la fuerte oposición entre puntos de vista diferentes, las profundas y absolutas convicciones que el tema inspira, y la influencia que –acerca de lo que se piensa sobre el aborto– ejercen la filosofía de cada uno, así como sus experiencias, su ubicación respecto de los flancos más básicos de la existencia humana, sus prácticas religiosas, sus actitudes respecto a la vida, la familia y sus valores y las pautas morales que establece y procura cumplir”, todo lo cual no obsta a que su tarea sea “...resolver el tema conforme a las pautas constitucionales, libres de emociones y preferencias, [...] honestamente” (según la traducción del voto del juez Vigo en la causa “I.M.”, Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, *La Ley*, 1998-F, 547). Tomo la expresión “lacerante” del sugestivo estudio de Viola, Francesco, “Los derechos humanos: ¿una nueva forma de derecho natural?”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Ábaco, Buenos Aires, 2008, 2º, corregida, reestructurada y ampliada, p. 173.

4. Cfr., por todos, Gadamer, Hans Georg, *Verdad y Método, I, Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Sígueme, Salamanca, 1996 (del alemán por Ana Agud y Rafael de Agapito), quien, entre otros conceptos, dice que “los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser”. Me he ocupado de este tema en varios trabajos. Cfr., esp., “Precomprensión y jurisprudencia”, *Persona y Derecho*, 47\*\*, *Derecho, historicidad, lenguaje, Estudios en honor de Arthur Kaufmann*, Pamplona, 2002, pp. 391-416 y “Un análisis hermenéutico de la comprensión jurídica”, en Vigo, Rodolfo L. (coord.), “Interpretación y Argumentación jurídica: perspectivas y problemas actuales”, *Jurisprudencia Argentina, Número Especial*, Buenos Aires, 2009-III, pp. 74-79 (reproducido en Alarcón Cabrera, C./Vigo, Rodolfo L., *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, 2011, pp. 355-364. También puede consultarse con provecho el reciente estudio de Colombo Murúa, Ignacio, “Una aproximación hermenéutica al activismo judicial”, *La Ley*, 2012-B, 998.

En ese horizonte, que la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires se plantee en esta publicación que lleva el sugestivo título de *Pensar en Derecho*, un examen acerca de uno de los tópicos cruciales del destino humano, además de hacer honor a su genuina razón de ser, revela su concreto compromiso con el lugar en el que se halla y al que, primaria (pero no exclusivamente por cuanto toda reflexión universitaria es, de suyo, universal) destina su enseñanza. Y que sus autoridades y consejo editorial me confirieran el honor de colaborar en esta entrega, al tiempo que provoca el agradecimiento hacia aquellos, acrecienta mi permanente deseo de cooperar en la búsqueda intersubjetiva y en la consecuente divulgación del saber científico, en línea con lo que me fue enseñado en las aulas de mi “alma mater” y a lo largo de mi posterior carrera docente en ella.

Se me ha requerido, pues, un comentario sobre el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de nuestro país, el pasado 13 de marzo de 2012, en la causa “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, en la que confirmó lo resuelto por la anterior instancia, que había hecho lugar al pedido de la madre de una menor de 15 años de edad –al momento de la judicialización del asunto–, de que se interrumpa su embarazo con base en el art. 86, incs. 1º y 2º del Código Penal, con sustento en que la niña había sido objeto de una violación de resultas de lo cual cursaba, en ese momento, un embarazo de ocho semanas. Como resulta previsible por cuanto se anticipó en los párrafos anteriores, el fallo ha motivado en lo que va de estos escasos meses numerosos comentarios, laudatorios y críticos que, empero, y por los mismos motivos, no son sino la antesala de muchos otros, de análogas orientaciones, que llegarán en el futuro.<sup>5</sup>

5. Se han ocupado del caso, entre una amplísima bibliografía: Basset, Úrsula C., “El aborto en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: una reelaboración en torno a la función ritual y mítica del Derecho Penal”, *La Ley. Sup. Const.* 11/05/2012, p. 38; Peyrano, Jorge W., “Trascendencia procesal del fallo de la Corte sobre ‘aborto no punible’”, *La Ley*, 07/05/2012; Zabaleta, Daniela, “Cuando la justicia no hace justicia”, *El Derecho*, 25/04/2012, y los números colectivos en los que se incluyen numerosas contribuciones, publicados en las revistas *La Ley*, 21/03/2012 y *El Derecho*, 20/04/2012 y 23/04/2012. Si bien no hace referencia a este caso, es interesante el estudio de Iribarne, Héctor P., “Acercas de la despenalización del aborto”, publicado en la recientemente inaugurada revista *Derecho Privado*, dirigida por G. Caramelo y S. Picasso, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Infojus, Año I, N°1, pp. 151-205.

Mi contribución, por ende, se inscribe en ese contexto. No pretende –no puede conceptualmente pretender– clausurar un debate de suyo siempre contingente y, por tanto, abierto a viejas y nuevas perspectivas.<sup>6</sup> De ahí que aspira, en el antedicho espíritu de cooperación intelectual, a reflexionar tanto sobre aspectos del pronunciamiento que estimo han sido inadecuadamente planteados, cuanto sobre otros que lo fueron acertadamente y, también, sobre cuestiones soslayadas y que, a mi ver, deben integrar la consideración global del asunto en orden a obtener un “producto seguramente más elaborado”, para decirlo con palabras de la Corte Suprema,<sup>7</sup> sobre este tópico. En ese horizonte, mis reflexiones cabalgarán sobre un triple orden de razones, a saber: a) el de la dogmática penal; b) la perspectiva metodológica y c) el horizonte teórico o filosófico.

### **El sentido del art. 86, inc. 2º del Código Penal**

#### *La argumentación del voto mayoritario y su crítica*

El inciso en cuestión, en cuanto aquí interesa, dispone que “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible [...] si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”. La mayoría del Alto Tribunal adhiere a la interpretación amplia del texto, según la cual “debe entenderse que el supuesto de aborto no punible contemplado [...] comprende a aquél que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima” (consid. 18).<sup>8</sup>

6. Viola, en el trabajo anteriormente citado (nota 3) escribe (p. 173): “quizás esta es una característica de los derechos humanos como nueva forma del derecho natural, es decir, la de ser una búsqueda siempre abierta y jamás conclusiva sobre el modo más adecuado de respetar la dignidad humana en la vida social y política”

7. Fallos: 318:514.

8. Los interesantes votos de los jueces Argibay y Petracchi arriban, implícitamente, a la misma conclusión, ya que no efectúan el análisis que realiza la mayoría, tal y como se verá *infra* IV, B, 4.

A tal fin desarrolla un cuádruple orden de razones, no sin antes referir que media al respecto un “importante grado de desinformación que ha llevado a los profesionales de la salud a condicionar la realización de esta práctica al dictado de una autorización judicial...”. Así, expresa en primer lugar, que “de la mera lectura del [...] inc. se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva [...] previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza”. En segundo término, porque “un examen conjunto y sistemático de los *diferentes apartados* previstos en esta norma también conduce a adoptar su interpretación amplia” ya que establece “un requisito común para los dos supuestos”, a saber, que “no serán punibles los abortos allí previstos que fueran practicados por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta”. Y agrega: “es precisamente porque este extremo no es aplicable respecto de la mujer incapaz que, como excepción a dicho requisito general, en la última parte del segundo supuesto” estableció “en este caso” se requerirá la anuencia del representante legal. En tercer lugar, porque, vinculando el inciso con el art. 119 del mismo cuerpo, reafirma que aquel “diferencia dos grupos de causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer ‘idiota o demente’”. Para agregar: “como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el ‘atentado al pudor’ no puede ser sino un acceso carnal [...] que produzca un embarazo”, por lo que “puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia) no es posible sostener que cuando al principio dice ‘violación’ también se refiera al mismo tipo de víctima”. Y, por último, porque “al formularse esta norma [...] se tradujo [...] la correlativa previsión del Anteproyecto del código suizo de 1916, que constituye su fuente y que estipulaba como aborto no punible al practicado respecto de un embarazo que provenía de dos supuestos diferentes: la violación o el acceso carnal producido respecto de una incapaz mental...” (consid. cit.).

2. En primer lugar, llama la atención la referencia al “importante grado de desinformación” que padecerían los profesionales de la salud sobre la debida exégesis del precepto, ya que la cautela de aquellos respecto de las decisiones a seguir en estos asuntos se explica, más bien, desde su especialización y, por ende, desde el conocimiento de las graves consecuencias que irroga toda decisión al respecto, cualesquiera sea su contenido. Además, es sabido que esa cautela también comprende al denominador común de los

juristas, quienes por casi una centuria han derramado ríos de tinta en torno de la cabal exégesis del inciso, debate al que, empero, no se hace ninguna referencia,<sup>9</sup> siendo además incompleta, como se verá, la alusión a la génesis histórica del inciso. Mi exposición, en consecuencia, considerará –además de los puntos específicamente abordados por el Alto Tribunal–, el señalado dilatado debate doctrinario sobre el documento; los fundamentos del proyecto que lo originan; la cosmovisión que caracterizó a la época en que se introdujo el inciso y el punto de vista del más notable de sus redactores, Joaquín V. González. De esta manera, aspiro a proporcionar una idea más completa del sentido del texto que, considero, no es el que asume el tribunal.

3. Así las cosas, y en lo concerniente al primer argumento, desde la mera gramática, dista de ser de “evidencia” (confr. consid. 18, párr. 5º, voto de mayoría al que en lo sucesivo se cita) que “al utilizar una conjunción disyuntiva” el legislador “previó dos supuestos diferentes”. Obsérvese, v. gr., lo que enseña el diccionario más reputado de la lengua castellana en rededor

9. En Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1970, t. III, p. 107, notas 53 y 54 se encuentra una completa mención –a esa época– de la disputa doctrinaria relativa al alcance del inciso. Cabe añadir, a lo que allí se cita, la opinión –favorable a una inteligencia amplia– de Jiménez de Asúa, Luis, “El aborto y su impunidad”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 26, 1942, pp. 986 ss., y la contraria de Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, t. I, p. 391 y Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, t. III, p. 182, la que no es compartida por Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, t. IV, esp. p. 239 y, del mismo autor, *Derecho Penal, Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 13ª, 11ª reimpresión, actualizada por G. A. C. Ledesma, p. 95. Entre los doctrinarios más contemporáneos, Donna, Edgardo A., *Derecho Penal, Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, 91, asume la tesis amplia, aunque por un fundamento distinto al que brindaron los partidarios de esa perspectiva. En cuanto a Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, Viera Editor, Corrientes, 2003, 2ª actualizada, p. 206, se inclina por el punto de vista restrictivo, a partir de la aguda observación de Terán Lomas, quien al reflexionar sobre el decreto-ley 17.567 que sigue en este aspecto a Soler, introduciendo con claridad la permisón del aborto procedente de una violación, sin más, “siempre que la acción penal haya sido iniciada”, y haciendo la salvedad de que si “la víctima de la violación fuera una menor o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”, “no ha significado otra cosa que admitir la tesis contraria y dar la razón a Núñez’, esto es, que el art. 86, inc. 2º, en su versión originaria, ha receptado solo el aborto eugenésico”.

de la “o”, precisamente respecto de temas dudosos: “1. conjunción *coordinante* que tiene valor *disyuntivo* cuando expresa alternativa entre dos opciones: ¿prefieres ir al cine o al teatro? *Otras veces* expresa *equivalencia*: el colibrí o pájaro mosca es abundante en esta región”.<sup>10</sup> Es claro de lo transcrito que el significado de la conjunción es bivalente, por lo que la inteligencia que extrae el voto bajo estudio del inciso parece precipitada. Todo lo más, cabría decir que el sentido del texto no es concluyente, por lo que tanto puede prever dos supuestos diferentes como uno solo. Es más: el citado diccionario agrega una tercera posibilidad de empleo de la conjunción “o”, que estimo directamente aplicable a la última frase del párrafo en discordia y que tampoco tiene el efecto de una disyunción. Dice: “también se usa para *coordinar* los dos últimos elementos de una ejemplificación *no exhaustiva*, con un valor de *adición* semejante al de la conjunción ‘y’: acudieron a la fiesta muchos famosos, como periodistas, actores o futbolistas; la conjunción ‘o’ tiene por objeto señalar aquí que *no se ha agotado la enumeración*, que se han citado sólo unos cuantos ejemplos de entre los varios posibles...”.<sup>11</sup> Pues bien; el empleo de la conjunción recién transcrita es el que se advierte cuando el texto dice “...cometido sobre una mujer idiota o demente”, ya que en este caso “o” tiene por fin señalar que “no se ha agotado la enumeración”, lo cual luce patentemente cierto si se pondera que el documento que los legisladores tuvieron a la mano –como se ilustrará más abajo, es decir, la versión francesa del anteproyecto suizo– mencionaba a “...una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia...”. El legislador nacional, pues, empleó la conjunción con el objeto de “coordinar” (no de separar) “los dos últimos elementos de una ejemplificación no exhaustiva” y que, en el caso del antecedente mencionado, contenía cuatro caracterizaciones de la mujer pasible de aborto.

De lo expuesto infiero que –desde la sola semántica a la que la Corte da especial relevancia con sustento en la conocida jurisprudencia de que “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra” (cfr. consid. cit., párr. 4º)– es perfectamente posible extraer la tesis contradictoria a la del fallo bajo análisis, en tanto la “o” puede referir, *equivalentemente*, a dos modalidades

10. *Diccionario Panhispánico de Dudas*, Real Academia Española, 2005 (el destacado se ha añadido).

11. *Ibíd.*, loc. cit. (énfasis añadido).

(...violación o atentado al pudor...) de un único supuesto (...de mujer idiota o demente). Lo determinante en el inciso es, según esta exégesis gramatical, esta última característica: regula la situación *de una mujer* idiota o demente, quien ha sido objeto de una “violación” (que da como consecuencia el embarazo) o de un “atentado al pudor” que, como resulta obvio y es correctamente señalado por la Corte (consid. cit., párr. 8º), entraña, en los hechos, un acceso carnal del que se deriva el embarazo y que se conoce como “violación impropia”. Y ambos supuestos no constituyen una redundancia –como lo señaló parte de la doctrina especializada y, también, la Corte en el último lugar citado–<sup>12</sup> sino que regulan dos supuestos (violación propiamente dicha y violación impropia) que pudieron generar cierta perplejidad en el horizonte intelectual argentino, pero ninguna en el ámbito del que se origina (Alemania), del que fue tomado por el citado anteproyecto suizo y, de ahí, a través de una obra de Jiménez de Asúa, por el legislador argentino. Es que en Alemania se distinguió con toda precisión entre “*Notzucht*” y “*Schändung*”, expresiones que, en francés, se tomaron como “viol” y “attent à la pudeur”. Es verdad, como se profundizará en seguida, que en la fuente del legislador ambos ilícitos mentan supuestos distintos, pero no sucede así en nuestro inciso, en el que no hay una “coma” sino una “conjunción”, por lo que no cabe –desde la gramática– hacerle decir al inciso lo que no dice o, cuanto menos, lo que no es posible establecer con precisión, certidumbre que si bien es deseable para todo el ordenamiento jurídico, *a fortiori* lo es en materia penal, en donde el principio de legalidad exige tipificar con toda precisión las conductas punibles y las que no lo son, máxime si lo que se está debatiendo es de especial envergadura.

A pesar de que considero que se puede, con el apoyo de los expertos lingüísticos citados, sostener la tesis contradictoria que la propuesta por la Corte, no veo prudente argumentar desde una postura que admite también una exégesis diversa. Desde luego, lo mismo cabe decir de la postura inversa. Fundar el sentido del documento –cualesquiera sea éste– desde su gramaticalidad es, pienso, hacerlo desde bases controversiales y, en última

12. En cuanto a la doctrina, cfr. Soler, *op. cit.*, nota 9, p. 108; Fontán Balestra, a partir de la opinión de Molinario, *Derecho Penal*, cit. nota 9, p. 95, y *Tratado de Derecho Penal*, cit., nota 9, p. 239, o Donna, *op. cit.*, nota 9, p. 90, quien sigue la tesis de Soler.

instancia, débiles. Por ello, la clave del sentido del inciso debe buscarse en otra sede. Es lo que haré en los puntos B, C y D.

4. La segunda tesis (que la Corte conoce como del “análisis sistemático”, consid. cit., párr. 6º) se desglosó en dos argumentaciones que, al igual que la anterior, ostentan tanto fortalezas como debilidades. Lo primero reside en que la oración introductoria a las dos causales de exención de punibilidad del aborto prevén, como expresa la Corte, el “consentimiento de la mujer encinta” (consid. cit., párr. 6º), por lo que la “violación” del inc. 2º no puede sino hacer referencia a alguien que no es idiota o demente, inteligencia que se afianza con el agregado de que, luego de referir a la mujer con tales características, se señala que “en este caso” se exigirá el consentimiento de su representante legal. Empero, la debilidad del argumento estriba en que, de acuerdo con lo expresado en el anterior párrafo, si violación y atentado al pudor son modalidades que gravitan sobre una única característica, la alusión a “en este caso” comprende a la totalidad del inciso, el que refiere, entonces, a un solo supuesto. En abono de esta tesis, Lucila Larrandart refiere que quienes así piensan consideran que se está ante “un caso único”, pues “de lo contrario se hubiera dicho ‘en este segundo caso’, o ‘en este último caso’”.<sup>13</sup> Y no cambia las cosas que el párrafo introductorio alude al “consentimiento” porque bien cabe decir que éste refiere, netamente, al primer inciso, en tanto que el segundo mienta una única realidad diversa a la que, justamente, alude la expresión recién citada.

De cualquier modo, no se me escapa que el texto dista de ser diáfano y que, por lo mismo, no cabe desechar ninguna de las razones precedentemente brindadas, es decir, tanto las que permiten la significación amplia como las que autorizan la restrictiva. Se estaría, como en el supuesto anterior, ante una situación de “perplejidad jurídica”, para decirlo con Álvaro D’Ors; esto es, ante un magnífico ejemplo de equívocidad, tanto semántica

13. Larrandart, Lucila, en Baigún D./Zaffaroni, E. R., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2º, 2010, p. 859. Es interesante la tesis contraria que predica Fontán Balestra, *Derecho Penal, op. cit.* nota 9, p. 95, para quien “al referirse al consentimiento [del representante legal], la ley dice en ‘en este caso’, lo que reafirma la bivalencia de la disposición, pues si se refiriese a la violación y al atentado al pudor sobre mujer idiota o demente, debería decir ‘en estos casos’”.

como sintáctica,<sup>14</sup> que torna inapropiada –por ser discutible– cualquiera de las defensas que, desde ese lugar, se esgriman acerca del sentido del documento.

Idéntica suerte adversa para desentrañar tal inteligencia corre el segundo tramo de esta argumentación, que es cuando vincula el inciso examinado “con el sistema de los abusos sexuales regulados a partir del art. 119...” (consid. cit., párr. 9º). En mi opinión, no parece “evidente” que “violación”, como sugiere la Corte, “se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres ‘no idiotas o dementes’”, de modo que el “atentado al pudor” debe quedar reservado al acceso carnal que produzca embarazo de mujeres de aquellas características. Además de lo ya dicho *supra* 3, mientras el art. 119 tipifica la pena que recae ante diversos supuestos de violación, el inc. 2º del art. 86 prevé una hipótesis diametralmente diversa: la *excusación de punibilidad* de la mujer capaz e incapaz (o, en otra inteligencia posible, solamente incapaz) por la violación (cualquiera sea su sentido) *seguida de embarazo*, ya que no advierto ningún impedimento para que el mentado acceso carnal sobre mujer incapaz sea, en los términos del entonces contemporáneo –con el inciso controvertido– art. 121, “cuando se usare fuerza o intimidación” (inc. 3º) o cuando aquella “no pudiese resistir”, precisamente por tratarse de “persona [...] privada de razón o de sentido” o que padeciera “enfermedad o cualquier otra causa” (inc. 2º), o “cuando la víctima fuere menor de doce años”.<sup>15</sup>

Desde esta lógica, si bien al legislador le hubiera bastado con decir “... violación de mujer idiota...”, no lo hizo. La razón parece clara: conoció el anteproyecto helvético que contenía la descriptiva caracterización anteriormente citada y empleó esa fórmula, aunque, como se verá, a poco andar la

14. Para esto, cfr. el clásico estudio de Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2º, ampliada y revisada, 11ª reimpr., p. 272 y ss. A partir de este autor, cfr. mi libro *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2009, 2ª, corregida y aumentada, pp. 206-207.

15. Estimo que es coincidente la exégesis combinada de ambos textos que realiza Gómez, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, t. II, pp. 148-9, quien concluye “bastaba con que se hubiera hecho referencia al embarazo proveniente de una violación”, el que se halla justificado por la razón eugenésica que a su juicio inspiraba al texto. Idéntica es, en este tramo, la postura de Fontán Balestra, *Tratado*, op. cit. nota 9, p. 237.

redujo a la versión actual. Y como aquel giro (“atentado al pudor”) es ajeno a nuestra tradición, según coinciden todos los autores y así, probablemente, fue considerado también por el legislador, especificó la exención a partir de la existencia de “violación” que, en los hechos, viene a ser sinónimo de dicha expresión. Violación propia o impropia, como expresa el voto de mayoría, pero violación al fin. Lo decisivo –enlazando con lo ya dicho– es que la violación es de mujer “idiota” o “demente”. Por lo demás, nada hay que impida que una incapaz resulte “profanada” con fuerza o intimidación o aprovechando hallarse “privada de razón o de sentido”.

¿Qué hacer ante ello? Se sabe que no es posible –mucho menos en temas como éste– apelar al romano recurso del “non liquet”, sino que se debe optar por alguno de los dos temperamentos. De ahí que considero que es necesario ir más allá de la sintaxis y de la semántica del documento, para adentrarse en otros dos “elementos” –para seguir la expresión savigniana–<sup>16</sup> tradicionalmente empleados por la jurisprudencia de la Corte en orden a develar normas oscuras o dudosas: el examen del contexto que da vida al texto<sup>17</sup> y el análisis de los fundamentos que dieron sustento a la norma.<sup>18</sup> Y a estos dos, añadiré otro: el análisis de la cosmovisión del más señero de sus redactores, Joaquín V. González.

## **B. El clima de época en la sanción del inc. 2º**

1. Me parece insustituible, a fin de obtener una mejor comprensión del tema bajo análisis, contextualizar el momento en que se gesta el documento ya que, como se verá, la interpretación tradicional siempre vio al inciso como un caso de aborto “eugenésico”. ¿Qué es la eugenesia? En un interesante estudio, Eduardo Soria escribe que “durante décadas, muchos estuvieron de acuerdo en que el hombre debía favorecer la proliferación de los integrantes más aptos de su raza y debía condicionar el desarrollo de la masa más débil. De esta forma, defendían que el hombre corregiría el error,

16. Cfr. Savigny, M. F. C. de, *Sistema del derecho romano actual* (del alemán por J. Mesía y M. Poley), Centro Editorial de Góngora, Madrid, s/f, 2º, t. I, pp. 187-188.

17. Fallos: 241:291 (“Kot” esp. pp. 299-300); 328:566 (“Itzovich”, consid. 10º, voto de la mayoría; consid. 13, párr. 5º, voto del juez Lorenzetti, entre muchos otros).

18. Fallos: 313:1149; 315:790; 321:2594; 322:752, 2321, entre muchos otros.

producto del avance de la ciencia y la medicina, que posibilitó a los enfermos de cuerpo y/o mente continuar con sus vidas más de lo que la naturaleza les habría permitido, que ocasionó que los débiles tuvieran la posibilidad de reproducirse y engrosar las filas de la especie humana en forma negativa respecto al conjunto. Algunos de los que argumentaban esto, incluso llegaban a la conclusión de que era un acto de justicia el ‘...eliminar al enfermizo, al deforme y al menos veloz o potente [...] así se impide toda degeneración de la raza por la multiplicación de sus representantes menos valiosos’.<sup>19</sup>

La bibliografía especializada coincide en que se debe al inglés Francis Galton (1822-1911), el origen de la teoría eugenésica, vocablo de origen griego que significa individuos “bien nacidos, de noble origen y de buena raza”; tesis ésta que se conjuga con la teoría hereditaria debida al monje austriaco Gregor Mendel (1822-1884) y la teoría evolucionista de Charles Darwin (1809-1882) y que traspasaron con rapidez los límites de las ciencias médica y biológica para ingresar al imaginario social a través de perspectivas diversas como, en cuanto aquí interesa, la de la doctrina (por conducto del llamado “positivismo científico”) y la de la legislación.

2. Como ejemplo de lo primero, es oportuno citar el influyente libro de uno de los más destacados juristas alemanes, Karl Binding, en asociación con el también reputado psiquiatra Alfred Hoche, *Aprobación del aniquilamiento de la vida no digna de ser vivida*. Allí se escribe: “¿Existen vidas humanas cuyo carácter de bien jurídico esté tan dañado, que su continuidad ya no tenga ningún valor, ni para sus titulares ni para la sociedad? Con sólo plantearlo se provoca un sentimiento de incomodidad en quienes se han acostumbrado a valorar la vida individual, tanto para su titular como para la comunidad. [...] pero si se evoca un campo de batalla sembrado de miles de jóvenes muertos, o una mina de carbón en la que cientos de abnegados trabajadores pierden la vida por un derrumbe, y se comparan mentalmente esas imágenes con las de nuestros institutos para idiotas, con todo el esmero que allí ponen en tener a los internos vivos, uno no puede sino sentirse conmovido en lo más profundo de su ser por la aguda contradicción entre el sacrificio a gran escala del bien más valioso de la humanidad, por

19. Soria, Eduardo R., “El aborto eugenésico en el Código Penal Argentino (1853-1922)”, *Eä*, vol. I, N°1, agosto/august 2009 ([www.ea-journal.com](http://www.ea-journal.com)), p. 4.

un lado, y por el otro el empeño puesto en cuidar existencias que no sólo carecen de todo valor, sino que además deben ser consideradas negativas”.<sup>20</sup> Y, como ejemplo de lo segundo, señala Soria que se “realizaron congresos y publicaciones manifestando la necesidad de la implementación de medidas y programas desde el estado, para realizar control sobre ítems como la actividad sexual y reproductiva de la población o la mezcla racial producto de la inmigración, pero también la necesidad de trabajar sobre la eliminación de la pobreza como foco de enfermedades, el alcoholismo y la pereza [...]. Así se reglamentó [...] el examen prenupcial, la esterilización de criminales, el aborto eugenésico, las restricciones a la inmigración, el control de natalidad, el examen físico escolar, etc.”.<sup>21</sup> Fueron famosas, en ese campo, la legislación norteamericana, inglesa o australiana.

Las ideas eugenésicas originarias de Europa también llegaron a nuestras tierras, donde fueron receptadas por pensadores, como es el conocido caso de José Ingenieros, hombres de letras o juristas-legisladores.

3. En el ámbito de la literatura, y en lo que puede dar lugar a un estudio en clave de lo que en Estados Unidos se conoce como “Law and Literature”, a mi juicio todavía no explorado suficientemente, resulta de interés la obra publicada, inicialmente en *Página/12* y luego compilada como libro, de Josefina Ludmer, quien repasa la relación delito-literatura de esa época, “penetrada de arrogancia, de exonofobia, de sexismo y de racismo”.<sup>22</sup>

De entre los distintos trabajos que ejemplifica el fenómeno, mencionaré tres que, entiendo, tienen directa vinculación con el tema de este apartado. El primero es la obra de Eduardo Holmberg *La bolsa de huesos*, de 1896, que refiere al hombre de ciencia que “comete un delito amparado por una jurisprudencia propia, corporativa (no estatal) del grupo profesional científico: una jurisprudencia que está más allá de las leyes sociales”. El médico induce a “la bella criminal a tomar porción doble de la misma droga peruana desconocida por la ciencia que usó en sus asesinatos seriales de estudiantes

20. Tomo la cita del interesante estudio de Rabinovich Berkman, Ricardo, “La ley 26.378: un feliz golpe a los delirios eugenésicos”, en *La Ley*, Buenos Aires 2008-F-1195.

21. Soria, nota 20, pp. 4-5.

22. Ludmer, Josefina, *El cuerpo del delito. Un manual*, Eterna Cadencia Editora, Buenos Aires, 2011, p. 151.

de Medicina y que produce éxtasis seguido de muerte”. Su interlocutor lo interpela: “pero si se trata de un escándalo, de varios crímenes”. La respuesta es categórica: “No, señor; se trata de la aplicación de los principios generales de la medicina legal, que es una ciencia, y de demostrar que la ciencia puede conquistar todos los terrenos, porque ella es la llave maestra de la inteligencia. La ciencia conquistará al hombre, que no han conquistado aún la religión ni la política”.<sup>23</sup>

El segundo cuento pertenece a Horacio Quiroga, “El hombre artificial”, de 1910: “Un círculo intelectual de científicos [...] se encierra en un laboratorio de Buenos Aires ‘montado con los tipos más perfectos de máquinas e instrumentos que encargaron especialmente de Estados Unidos’ [...] para dar vida a una rata y después construir un hombre artificial”. Experimentan con “un hombre pobremente vestido, muy flaco, de semblante amarillento”, que perece, tras horribles tormentos, suerte que finalmente también corre su principal creador, quien siente la necesidad de experimentar en sí mismo, cayendo “destrozado por aquella abominable máquina de dolor que había creado con su genio”.<sup>24</sup>

El último relato pertenece a Juan José de Soiza Reilly, “La ciudad de los locos”, de 1914. Se trata de transformar al “loquito” Tartarín Moreira en “genio superhombre inyectándole fluido de un negro idiota”. “Después de una agradable sonrisa diabólica [...] escarbó con los dedos la nuca de la víctima”. El experimento fracasó pero su autor reflexiona: “¿Acaso el doctor Jenner no sacrificó también su propio hijo para legar al mundo el prodigioso invento de la vacunación?”. Y el testigo del procedimiento calla: “¡Los delitos de las ciencias escapan a las leyes...!”.<sup>25</sup>

Los textos reseñados son ilustrativos del clima de época que se vivía a fines del siglo XIX y principios del XX. Existía una marcada confianza en que los desarrollos de la ciencia permitirían el progreso no sólo material sino espiritual de la humanidad y que, en consecuencia, debían comprometerse todas las energías disponibles a tal fin. Pero la literatura que, se sabe, se nutre de la realidad, también se permite –y en ello estriba su gran tesoro– desfigurarla o amplificarla, anticipando, al mismo tiempo, los aciertos o

23. *Ibid.*, pp. 153-155.

24. *Ibid.*, p. 161.

25. *Ibid.*, pp. 162 y 165.

desvaríos del trajinar humano. Y en este último aspecto, los textos citados, consciente o inconscientemente, están alertando acerca de las consecuencias no deseadas del progreso científico sobre el ser humano al que, justamente, cuanto menos en sus orígenes, buscaba plenificar. Es, en definitiva, la decisiva pregunta sobre los *límites éticos de la ciencia* que la literatura, con la belleza y profundidad del relato que sobrevuela lo imaginario y lo real, interpela a la consciencia humana. Desgraciadamente, se trató del anuncio de lo que, algunas décadas después, iba a ser una trágica realidad, tal y como se vio en el régimen nacional-socialista alemán.

### **C. Los fundamentos dados por la comisión redactora del Senado**

1. En la sesión ordinaria del 23 de septiembre de 1920 se insertó el extenso y fundado “Informe de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación”, relativo a la “Reforma del Código Penal”. Con la firma de J. V. González, E. del Valle Iberlucea y P. A. Garro, se señala que tras estudiar el proyecto originario del Poder Ejecutivo Nacional y “el venido en revisión de la H. Cámara de Diputados” en 1917, “aconseja la sanción de este último, con las modificaciones que se indican en el despacho”.<sup>26</sup> Así las cosas, al tratar “de los delitos y sus penas”, en el cap. XIX se lee: “En el art. 86 hemos propuesto el siguiente agregado: ‘El aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible;

1º- Si ha sido hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º- Si el embarazo proviene de una violación de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto. Si la víctima es idiota o demente, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto’.

26. Congreso Nacional, Cámara de Senadores, 43<sup>a</sup> Reunión, 31<sup>a</sup> sesión ordinaria, Septiembre 23 de 1920, pp. 937 ss.

Hemos tomado estas disposiciones del artículo 112 del anteproyecto suizo de 1916. La primera disposición no necesita explicarse, pues cae de su propio peso que cuando el aborto es indispensable para la salud o la vida de la madre no constituye delito.

*La segunda importa una verdadera innovación en la legislación criminal.* Al referirse a este punto dice un distinguido profesor de Derecho penal, citado varias veces en este informe, que es sumamente interesante la última redacción del anteproyecto del Código Penal suizo, que no figuraba en ninguna de las ediciones anteriores, habiendo sido introducido por la segunda Comisión de peritos.

*‘Es la primera vez –agrega– que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico para evitar que de un mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado.’* Gautier comentando este artículo apunta ya que en el caso de incesto ‘se podrían añadir consideraciones de orden étnico’ y que cuando ‘el embarazo sea resultado de *un atentado cometido sin violencia contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia*’ podría argüirse, ‘más justamente aún que en caso de incesto, el *interés de la raza*. ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?’ (Jiménez de Asúa, *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, p. 206).

*El tema es seductor* y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el *dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta Comisión una importancia trascendental* y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad. *El VII Congreso de Antropología Criminal celebrado en Colonia en 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales. Y en trece estados de Norteamérica se han dictado ya leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales.*

Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad. Bastará decir para terminar con este punto, que si bien no se admite hoy en día ni por la ciencia, ni por el derecho penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delincuentes, aunque sean incorregibles, con fines eugénicos, sintiéndose por esa medida según dijera Van Hamelt, una ‘repugnancia afectiva’, es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con

intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza. El problema se ha planteado en Europa durante la última guerra, con motivo de las violaciones de que fueran víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales”.<sup>27</sup>

Los párrafos destacados son, a mi ver, suficientemente ilustrativos del espíritu que animó la introducción del inciso. Como se dijo, la finalidad eugenésica del mismo fue asumida de modo casi unánime por la doctrina contemporánea al texto, como lo recuerda Jiménez de Asúa en, tal vez, el más completo estudio del documento y de sus antecedentes.<sup>28</sup>

Si me permití citar íntegramente el dictamen no fue para generar tedio en el lector, sino para procurar rebatir aseveraciones como la recién mencionada de Soler, por más que, como se lee en el comentario de Lucila Larrandart al Código Penal dirigido por Baigún/Zaffaroni, “esta posición no puede admitirse *en la actualidad* por implicar una concepción discriminatoria”<sup>29</sup> (énfasis añadido). Ciertamente, no puede ser de recibo hoy (pienso que tampoco debía serlo entonces), pero cuestión distinta es lo que el legislador dijo y quiso. En este apartado, lo que deseo señalar es exactamente esto último, por más que ello sea (más allá de toda temporalidad) “discriminatorio” o, con mayor propiedad, aberrante.

El dictamen, en efecto, afirma que es la primera vez que un legislador “se atreve” a “legitimar el aborto con un fin *eugenésico*” de modo de evitar que de una mujer idiota o enajenada “nazca un ser *anormal o degenerado*”. Añade que la doctrina y la legislación comparadas ya se ocupan de la

27. *Ibid.*, pp. 957-958. El énfasis en todos los casos se ha añadido.

28. Jiménez de Asúa, *op. cit.*, nota 9, pp. 986-987, escribe que “este número 2º fue siempre interpretado por mí como comprensivo del aborto sentimental (caso de violación) y del aborto eugénico (caso del “atentado al pudor” sobre una idiota o demente). Debo confesar que sin el parecer de Juan B. Ramos, me hallaría definitivamente solo en esa interpretación, ya que la casi unanimidad de los penalistas argentinos opina que el texto del Código sólo se refiere al segundo” (p. 986). Soler, *op. cit.* nota 9, p. 107, nota 54 señala que adhieren a esa interpretación histórica la opinión de Moreno, Gómez y González Roura (aun cuando los dos últimos sean partidarios, conceptualmente, del criterio amplio, tal y como lo señala en la nota 53). Empero, el jurista rosarino piensa que “no es muy ilustrativo el comentario con el cual la comisión del Senado fundó la extraordinaria iniciativa”, la que, a su juicio, “se explica con toda oscuridad”.

29. Larrandart, *op. cit.* nota 13, p. 859. En igual sentido: Donna, *op. cit.* nota 9, p. 89.

esterilización de “criminales” y de “enfermos mentales” y si bien reconoce que respecto de lo primero no existe un “consenso” afirmativo, “es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, *a los fines del perfeccionamiento de la raza*”. Y con cita del doctrinario suizo Gautier, menciona que cuando “el embarazo sea el resultado de un atentado cometido *sin violencia* contra una mujer idiota [...] podría argüirse más justamente aún que en caso de incesto, el *interés de la raza*”.

En verdad, resulta asombroso expresar que los párrafos citados sea de “toda oscuridad” y, aún más, conjeturar que la intención del legislador fuera otra que la eugenésica. Pero conviene profundizar el estudio de lo que el legislador tuvo a la vista, pensó y genuinamente quiso decir.

Como surge del dictamen, el texto se inspira en el proyecto suizo de 1916, el que aparentemente es conocido a través de una obra de 1918 del citado penalista español Luis Jiménez de Asúa mencionada en los fundamentos. Según escribe este autor, años después en el trabajo antes mencionado, en aquella obra que el legislador tuvo a la vista transcribió el inciso suizo como sigue: “...si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido en una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto”.<sup>30</sup> Parece claro, entonces, que el legislador europeo había previsto tres supuestos bien diferenciados (y no dos, como dice el voto de mayoría en el cit. consid. 18, *in fine*). Tiempo después, Soler precisa el motivo de la distinción: el anteproyecto helvético se inspira en el Código alemán, en el que, “a diferencia de lo que pasa con nuestro art. 119, que designa con la palabra *violación* a los tres casos que enumera, se emplean nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza, delito llamado *Notzucht* y para la violación de mujer idiota, delito al que se llama *Schändung*, palabra que, en realidad más que atentado al pudor quiere decir profanación”.<sup>31</sup>

30. Jiménez de Asúa, *op. cit.* nota 9, p. 987, nota 80.

31. Soler, *op. cit.* nota 9, p. 108. Como se ve, el sentido que asigna Soler a “*Schändung*” es el mismo que le atribuya la mayoría de la Corte en el consid. 18, párr. 9º, *in fine*. Dicha expresión puede tener, empero, varias traducciones. El reputado Diccionario bilingüe de Slaby, Grossmann e Illig, Herder, Barcelona, 1989, t. II, señala “deshonra”; “difamación” y, en tercer término, “profanación”. Respecto de una “muchacha” (*Mädchens*) traduce “violación” y, cuando habla de “estupro”, escribe “*Notzucht*”. La idea, en todos los casos, parece clara: es la “violación” de mujer incapaz.

Ahora bien: volviendo al origen de la cláusula, no convence la velada crítica que hace Soler a la traducción de “Schändung” como “atentado al pudor”. Por de pronto, no cabe inferir (muy por el contrario) que el legislador suizo ignorase o no comprendiese el significado de “Schändung”. Simplemente, para verter en lengua francesa ese concepto escogió una fórmula extensa, sumamente descriptiva, como pretendiendo enfatizar las características de ese tipo de “violación” cuyo fruto autoriza su cancelación. Y el Informe hace mérito de esta distinción cuando cita a Gautier quien, con toda claridad, refiere a que ese embarazo “sea el resultado de un atentado cometido *sin violencia*, contra una mujer idiota...”.

Así las cosas, el legislador argentino sigue, inicialmente, el contenido del anteproyecto suizo a la letra. Obsérvese, en primer término, que en el citado Informe, en el inciso bajo examen, no hay ni “coma” ni “conjunción” entre violación y atentado al pudor, figurando también el supuesto del incesto. Sin embargo, cuando la comisión transcribe la totalidad del Código, al llegar al art. 86 se lee, en cuanto aquí interesa: “si el embarazo proviene de una violación, de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto”.<sup>32</sup> Aquí sí se encuentra la “coma” entre “violación” y “de un atentado al pudor” con lo que se está en la versión francesa del anteproyecto suizo que el legislador conoció a través de Jiménez de Asúa.

2. Pero el artículo, más allá de su ambigüedad, tuvo un trámite que merece ser repasado con atención, no sólo porque no advertí que haya ocupado a la abundante doctrina que he consultado sobre el punto, sino porque su detalle *reafirma mi tesis de que la genuina voluntad del legislador histórico no fue otra que la de consagrar como causa única autorización legal del aborto, el producido por razones eugenésicas.*

En efecto, ni en la 44<sup>a</sup> reunión, del 25 de septiembre de 1920 (cfr. pp. 1166-1168), ni en la 36<sup>a</sup> Reunión del 27 de agosto de 1921 (cfr. pp. 309-320), al tratarse el proyecto de Código en la Cámara Alta, existen menciones al tema que aquí interesa. Sí se la encuentra en la 38<sup>a</sup> reunión (1<sup>o</sup>/9/21), en la que se lee: “modificar el inc. 2<sup>o</sup> en la forma siguiente: ‘si el embarazo

32. Congreso Nacional, *op. cit.* nota 27, p. 967.

proviene de una violación, o de un atentado al pudor de una mujer idiota o demente. En este caso...” (p. 829), siguiendo el texto como se lo conoce hoy en día.

Se advierte que se añadió la célebre conjunción que tanto ruido habría de causar; que se redujo la caracterización de la mujer incapaz, abandonando la descripción que hacía el antecedente suizo por la más breve que tuvo consagración final y que se excluyó el supuesto de permisión del aborto por razón de “incesto”. Se está, pues, ante el texto definitivo y no puede pasarse por alto que, de *manera contemporánea*, se introdujeron dos modificaciones que vienen no sólo a desvirtuar completamente el anteproyecto europeo que había servido de base, sino que terminan por ubicar al texto argentino en el solo ámbito de la autorización del aborto “eugenésico”. Es verdad que se echa en falta alguna alusión a los cambios referidos y es cierto que la conjunción no resuelve pacíficamente el tema, pero el cambio es demasiado importante como para no extraer consecuencias de él, consecuencias que restringen considerablemente la interrupción del embarazo a un único supuesto lo cual, como se ha visto, guarda perfecta lógica con el sentido del Informe.

Así las cosas, vuelto el proyecto a la Cámara de Diputados, en la 51ª reunión (23/9/21), el texto que regula este inciso es idéntico al recién transcrito (p. 280) sin perjuicio de señalar que el extenso informe procedente del Senado y que se acompaña al debate, en el que se explican las modificaciones introducidas al proyecto llegado a esa cámara en revisión (cfr. pp. 287-293) no hace referencia alguna a la cuestión del aborto. En suma; no existen otros indicios para desentrañar la inteligencia del inciso que las del primigenio Informe de septiembre de 1920 y las sucesivas alteraciones semánticas de que da cuenta la versión oficial y, por tanto, auténtica, de ambas cámaras del Congreso Federal.

Nuevamente el proyecto en el Senado, en la 58ª reunión (30/9/21) la Cámara se ciñe a insistir en la redacción dada a ciertos artículos, entre los que tampoco se menciona el que aquí preocupa (cfr. pp. 749-751). Y, finalmente, tampoco hay referencias al tema en la 56ª reunión, del mismo día, de la Cámara de Diputados, en la que, mediante un trámite veloz, el diputado Ferreyra expresa que “es una sanción reclamada por una inmensa parte del pueblo y que representa una reforma trascendental en la legislación penal, que nos coloca a la cabeza de las naciones civilizadas” (p. 690), se aprueba la insistencia, quedando de tal modo definitivamente sancionado el Código.

3. Del derrotero transcrito, destaco como sustanciales las dos alteraciones procedentes del Senado el 1º de septiembre de 1921 en la que se incorpora la conjunción “o” y la exclusión de la causal de permisión del “incesto”, las que conducen –de la mano de los fundamentos explícitos del inciso, “primera regla de interpretación de las leyes”,<sup>33</sup> y de las consideraciones brindadas en el apartado anterior y las que se darán en el siguiente– a ceñir el inciso al aborto “eugenésico”. De esta manera, cabe concluir que si bien netamente influenciado por el proyecto helvético, el inciso 2º del art. 86 ni es una mala copia de aquél, ni un resultado extravagante a raíz de una sumatoria de desatinos. Antes bien, parece un genuino producto argentino, consecuencia de la voluntad de sus legisladores, en el marco de una cosmovisión bastante expandida en la época.<sup>34</sup> Y en ese contexto, no me parece relevante que de las cuatro caracterizaciones presentes en el anteproyecto suizo se mantengan las primeras dos, “idiota” y “demente”, dejando a un lado, con el correr del debate, las restantes (“inconsciente” e “incapaz de resistencia”).<sup>35</sup> En todos los casos, el sentido es claro: queda autorizado el aborto si la mujer es incapaz.

33. Cfr. las referencias dadas en la nota 18.

34. También Fontán Balestra (*Derecho Penal*, nota 9, *op. cit.*, p. 93) piensa que el texto se desprendió, finalmente, de su génesis, aunque por razones distintas a la que brindo en el cuerpo.

35. Jiménez de Asúa, en el trabajado más arriba citado no dice si, al mencionar el texto del anteproyecto suizo, lo transcribe, como hace en este último trabajo, también en alemán y en francés. No conozco, en consecuencia, la razón por la que en nuestro inciso se traduce “aliéné” como “demente” cuando, en la versión de Jiménez de Asúa aquella palabra se vierte como “enajenado”. Como es obvio, ambas versiones son correctas. Simplemente deseo dejar sentado que si el doctrinario español no transcribió el texto en francés, es posible que el legislador lo hubiera tenido a la mano por otra vía y que, a partir de ello, tradujo alienado como demente y no como enajenado. Que el legislador conocía el francés parece claro de las numerosas citas que realiza de obras escritas en esa lengua en el extenso “Informe” antes aludido. En el caso de González, esto es también muy perceptible. A mero título de ejemplo, remito al volumen IV de sus “Obras Completas”, Edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina, Buenos Aires, 1935, y que se dedica a la Legislación de Minas, en la que las menciones a trabajos escritos en lengua francesa prácticamente pueblan cada página del libro. También considero importante señalar que, contrariamente, no parece que los legisladores conocieran la lengua alemana. No hay referencias a ella en el Informe ni tampoco las he encontrado en los consulados trabajos de González.

Y al respecto, cabe decir algo más: el legislador nacional lleva razón cuando dice que es la “primera vez” que se tiene el “atrevimiento” de avanzar sobre este tópico, porque el de Suiza fue un anteproyecto que, finalmente, no se concretó. El propio Jiménez de Asúa pone en boca del citado Gautier sus reservas sobre el alcance del precepto: “el inciso del Anteproyecto suizo de 1916 levantó recelo. Incluso el sosegado y ecuánime espíritu de Alfredo Gautier –que empezaba por reconocer una perfecta tendencia eugenésica en el aborto por razón de incesto o de atentado contra una mujer idiota o enajenada– halló motivos de inquietud, y acababa sentenciando que ‘bien considerado, parece que, a pesar de las precauciones tomadas, la disposición será más peligrosa que útil’”.<sup>36</sup>

¿Es sólo ese el único supuesto que tiene presente el legislador argentino? Acaba de decirse que su modelo consideró tres situaciones. En la versión antes citada del Informe aparecía en tercer lugar –al igual que en la suiza que cita Jiménez de Asúa–, el incesto. Entre sus fundamentos, apelando a Gautier, se dice que las razones por la que se incluye este supuesto son “de orden étnico” y, también, aunque en medida menor que el anterior supuesto, “raciales”. Y no se añaden otras consideraciones, ocurriendo que, con posterioridad, como se refirió, el legislador argentino excluyó dicha causal. Se ignoran los motivos. Acaso en la mente de los senadores latió el hecho de que se trataba de una práctica si bien esporádica, no infrecuente en la sociedad de la época. Pero más allá de esa conjetura, lo indudable es que ese supuesto que inicialmente integró el inciso, quedó finalmente excluido.<sup>37</sup>

Resta la exención de la discordia: la que autoriza el aborto con sustento en la violación de persona capaz. Como se dijo, la Corte piensa que la voz “violación” a secas autoriza arribar a la conclusión a la que llega. Se han

36. Jiménez de Asúa, *op. cit.* nota 9, p. 985.

37. Es interesante la observación de Fontán Balestra (*Derecho Penal, op. cit.* nota 9, p. 95) –para abonar su tesis amplia del inciso– cuando expresa que “de haberse mantenido el incesto y tener éste un tipo delictivo correspondiente en nuestra ley, ¿se habría requerido, también, que la víctima fuera mujer idiota o demente para que fuera procedente en el caso del beneficio del inciso 2º del art. 86?” Pero también cabe la conclusión contradictoria ya señalada: el legislador abandonó este supuesto porque, justamente, no consideraba que atendiera al propósito eugenésico que animaba al texto, sino a uno más bien “étnico” (con Gautier) que por tener cierta virtualidad en la sociedad de entonces no justificaba su inclusión.

señalado los inconvenientes gramaticales y sistemáticos que tornan insegura tal conclusión. Si éstos persistieran, tengo para mí que el Informe los despeja. ¿Por qué? Simplemente, porque no se encontrará una sola referencia al supuesto. El punto es aún más claro que respecto del incesto, causal a la que apenas se alude en el Informe. Por el contrario, no hay ni una sola mención al punto bajo examen en los fundamentos y si bien se halla la palabra en el inciso, la conjunción “o” incorporada posteriormente está diciendo *algo* que guarda relación con la exposición de motivos y que no se incorporó de la noche a la mañana, sino al año de presentado el primigenio Informe. Y si se pensara que la alteración del 1º de septiembre de 1921 nada está queriendo decir, ella no autoriza, por las ya dichas consideraciones semánticas, a independizar violación de atentado al pudor. Si se atiende al espíritu del legislador, no cabe arribar a otra conclusión ya que el dictamen, en el aspecto bajo tratamiento, sólo se ocupa del aborto por razón de eugenesia. Es, además, lo lógico: si se hubiera pretendido introducir una causal como la que extrae la Corte en el fallo bajo comentario, dada su relevancia y novedad, habría merecido alguna consideración suplementaria. De ahí que más allá de las críticas (por momentos sumamente duras<sup>38</sup> y, *en parte*, no desprovistas de razón) que la redacción del documento le originó a la Comisión, no cabe presumir una imprevisión o inconsecuencia tan palpable, para decirlo en el lenguaje de la propia Corte,<sup>39</sup> máxime si no puede discutirse la categoría intelectual de sus integrantes, en especial de González y de Del Valle Iberlucea.<sup>40</sup>

Por último, tampoco convence el argumento de Jiménez de Asúa de que la exposición de motivos no se ciñe exclusivamente al aborto eugenésico, sino que se extiende al supuesto amplio, conocido como “sentimental” en la medida en que hace referencia al caso de las violaciones perpetradas por soldados “ebrios, desenfrenados o criminales” sobre mujeres belgas durante

38. Es el caso de Morisot y Ramos, a quienes cita Jiménez de Asúa cuando dice (nota 9, p. 987): “El error proviene de que la Comisión del Senado transcribió el texto suizo sin notar la redundancia que significa dentro de nuestra ley. ‘Es lo que les sucede, dice Ramos, a los que copian sin saber lo que copian’”. También es muy crítico Buompadre, *op. cit.* nota 9, p. 205.

39. Fallos: 258:75; 295:439; 297:218; 316:2624, entre muchos otros.

40. Cfr. al respecto los datos que suministra Soria, nota 20, pp. 18-23.

la primera guerra mundial, mujeres éstas que no eran idiotas.<sup>41</sup> Repárese que se está ante un ejemplo expuesto a guisa de conclusión y que, en rigor, se agota en sí mismo, por lo que no cabe extraer de él la conclusión que pretende obtener el ilustre penalista. De nuevo: si el legislador hubiera querido prever la no punibilidad del aborto “sentimental”, debería haber dedicado alguna reflexión al asunto, lo que no es, ciertamente, el ejemplo recién citado. Por lo demás, obsérvese que la última calificación de los soldados (“criminales”) fue expresamente considerada por el dictamen al señalar que alguna doctrina y creciente legislación se estaba ocupando del asunto al sugerir o adoptar medidas de esterilización. Y, a su vez, la segunda característica (“desenfrenados”) se acerca, conceptualmente, a este último concepto.

En suma, pienso que toda la fundamentación del inciso, tanto por la extensión cuanto por la densidad de sus argumentos, se destina a justificar la impunidad del aborto con sustento en la necesidad de mejorar la raza, sin que la mención al caso de las mujeres belgas permita extraer cuanto menos una consecuencia *implícita* de que bajo ese ejemplo se buscaba justificar otro supuesto de exclusión de punibilidad del aborto y, como se señaló, de tanta trascendencia.

#### **D. El pensamiento de Joaquín V. González sobre el tema**

En el Informe se citó un pasaje que, entiendo, no debe quedar desapercibido: se dice que “el tema es seductor” y que la “eugénica [...] *reviste para algunos miembros de esta Comisión una importancia trascendental*” (énfasis añadido). ¿De quién o quiénes se trata? El citado trabajo de Eduardo Soria se ocupa de Joaquín V. González, de quien exhuma algunas reflexiones vertidas en “Patria y Democracia” y publicadas en el volumen XI de sus ya mencionadas “Obras Completas”. Para el notable riojano “desde la *incipiente eugénica* hasta la más generosa política internacional, se reconoce y respeta como inviolable para cada nación, la libertad de buscar por todos los medios a su alcance, dentro de las leyes comunes a todos, la realización, o los cambios para llegar a realizar la *selección de sus elementos raciales o nacionales*”. Se debe, entonces, generar una “política” que propenda tanto al “aumento de los factores útiles como de eliminación de los

41. Jiménez de Asúa, *op. cit.* nota 9, p. 988.

inútiles, ineficaces, peligrosos o incapaces para contribuir al *fin supremo y vital de la selección*. Es lo que en los reinos de eugénica y de la sociología se denomina *eliminación de los ineptos*". Más precisamente, dicha política debe apuntalar a la "preservación de la especie humana y *mejoramiento de la raza propia*, por el estímulo y facilidad de las uniones sanas y fecundas, la incorporación migratoria de las *mejores razas europeas*, y la prohibición, *forma de impedimentos absolutos, para las uniones matrimoniales entre personas enfermas de males trasmisibles a la descendencia*; y si aún los indicativos eugenésicos son inaplicables, por lo menos pensar en *medios esterilizantes* contra la propagación de los gérmenes de la degeneración de la familia, como núcleo social originario".<sup>42</sup>

Los textos citados no dan margen a la duda: González adscribió a la filosofía dominante en su época y seguramente consideró la reforma del Código Penal como una oportunidad propicia para introducir dichas ideas a través de algunas de las soluciones legales. El Informe da expresa cuenta del entusiasmo que esta nueva ciencia suscitaba en la intelectualidad de entonces y, si bien descarta algunas variantes entonces adoptadas, entiende que otras deben implementarse en pos del "perfeccionamiento de la raza", tal la del inciso bajo examen.

## E. Síntesis

Pienso que el análisis precedentemente seguido permite echar suficiente luz sobre el genuino sentido del art. 86, inc. 2º del Código Penal. Éste es inseguro desde la sintaxis del documento y, aun, desde el esfuerzo de armonización del inciso dentro del artículo y junto con otros textos del Código. De ahí que considero que se hace preciso ir a la *mens legislatoris* –también fuente principalísima para desentrañar el sentido de las normas, según inveterada jurisprudencia de la Corte que, empero, no es objeto de análisis en el fallo– y, a ello, en razón de la relevancia del tema, he añadido el análisis del contexto intelectual que da vida al inciso y el pensamiento filosófico de su figura más relevante en lo concerniente al tema de estudio. A mi ver, estos últimos pasos son determinantes para moverse con algo más de comodidad en un territorio, de suyo, muy controvertido y al que la redacción del documento

42. Soria, *op. cit.* nota 20, pp. 22-23.

no contribuyó en lo más mínimo. Si mi indagación no es desacertada, considero que el camino seguido está en condiciones de señalar que la conclusión a la que arriba la Corte (expresa e implícitamente, según se tome el voto de mayoría y los dos votos concurrentes), se resiente de objeciones que deben atenderse en orden a obtener una interpretación más genuina de este tan trajinado inciso que, es claro, y como diré en las conclusiones, exige una pronta y radical reforma.

*La interpretación de los derechos fundamentales,  
según la Constitución y la Corte Suprema*

¿Cuál es la tradición argumentativa de la Corte en materia de interpretación de derechos constitucionales? Brevemente, la Constitución en sus arts. 28, 14 y 75, inc. 22 establece la tesis de que los derechos (ni siquiera los fundamentales) no son absolutos. En efecto; atenta la coexistencia social, se impone su reglamentación y las leyes que se ocupan de tal tarea “no podrán alterarlos”, idea que seguramente se tomó del Proyecto de Alberdi que, de modo muy claro, escribía en su art. 20 que “el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia”.<sup>43</sup> Ante ello, corresponde una interpretación “armónica” o “sistemática” de los derechos, al punto que los incorporados en los tratados a los que en 1994 el constituyente asignó jerarquía suprema “deben entenderse complementarios” de los reconocidos en la primera parte del documento. Sobre estas bases, la jurisprudencia del Alto Tribunal elaboró a lo largo de su historia una consolidada doctrina que, también en apretada síntesis, se especifica como sigue. Por de pronto, a propósito de la interpretación de las leyes o reglas infraconstitucionales entre sí, se ha dicho que “en la tarea de investigar las leyes debe evitarse darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deja a todas

43. Alberdi, Juan B., *Las Bases*, La Facultad, Buenos Aires, 1915, p. 273. Cfr. al respecto Toller, Fernando, “Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos de derechos constitucionales”, en *Anuario de Derecho*, Universidad Austral, 4, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 235. Más ampliamente sobre este asunto, cfr. Serna, Pedro/Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, *passim*.

con valor y efecto”.<sup>44</sup> A su vez, en relación con las normas de la ley Suprema, luego de puntualizar que ésta es un conjunto armónico, ha señalado que “los derechos fundados en cualquiera de sus cláusulas tienen igual jerarquía y que la interpretación debe armonizarlas, ya se trate de derechos individuales o de atribuciones estatales”.<sup>45</sup> De ahí que, a juicio del Alto Tribunal, ha de “rechazarse toda interpretación de la que resulte que un derecho de base constitucional –para tener vigencia– requiere, inevitablemente, la sustancial aniquilación de otro”.<sup>46</sup> De manera más reciente, el Tribunal –seguramente inspirado en las enseñanzas de Alexy–<sup>47</sup> afirmó que “los principios son normas que constituyen mandatos para la realización de un valor o un bien jurídicamente protegido en la mayor medida posible. Cuando un principio colisiona con otro de igual rango, la solución no es excluir uno desplazando al otro, sino ponderar el peso de cada uno en el caso concreto, buscando una solución armónica”.<sup>48</sup>

### *La interpretación constitucional del caso*

#### *El punto de vista de la mayoría*

1. Se examinará, en primer término, el voto de la mayoría. Éste arriba a la “interpretación amplia” del inciso a través de una segunda línea de argumentación: la “armonización que involucra normativa del más alto rango con otra de derecho común” (consid. 8º). De esta manera, procura

44. Fallos: 1:300; 190:571; 320:1962, sus citas y muchos otros.

45. Fallos: 255:293; 264:94; 272:231, entre otros.

46. Fallos: 251:87, sus citas y muchos otros.

47. Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 5, 1988, esp. p. 143.

48. Fallos: 332:1867, causa “Gualiteri Rugone de Prieto, Emma s/sustracción de menores de 10 años”, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, consid. 10. En la misma causa, la jueza Highton, tras recordar, con cita de abundante jurisprudencia, que los derechos constitucionales, “lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí”, señala, en terminología que recuerda a Atienza, que en ese trance “se hace necesario encontrar un punto de equilibrio” (consids. 11 y 15). El interesante trabajo de Atienza dedicado a este tema es “Sobre lo razonable en el derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 27,1989.

desvirtuar el agravio deducido por el defensor del *nasciturus*, para quien, con la exégesis dada por el *a quo* al inciso –semejante a la que a la postre adopta la Corte– “se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción” (consid. 3°).<sup>49</sup> Para el Alto Tribunal, se hace “necesario y oportuno responder” a dicha queja “desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado...” y “de otras normas y principios de igual jerarquía” (consid. 7°).

2. La señalada construcción argumental principia con la referencia al art. 75, inc. 23 de la Constitución. Se dice que de éste “resulta imposible extraer base alguna para sustentar la tesis que postula la recurrente” (consid. 9°, pr.). Para empezar, considero que ambas argumentaciones (defensa y voto de mayoría) se sitúan en ámbitos distintos por lo que es lógicamente imposible una recíproca refutación. En efecto; la mayoría acierta en que esa norma –y las que se citarán– nada dicen sobre los supuestos de permisión del aborto. Pero eso no roza la tesis de la defensa que transita por otro ámbito: para ella, la interpretación amplia del inciso deja inoperante al elenco de normas que invoca. De ahí que si es irreprochable que el inciso 23 tuvo por objeto “dictar un marco normativo específico de seguridad social y *no uno punitivo*”, por lo que “de esta norma nada se puede derivar para definir, *en el sentido que se propugna*, la cuestión relativa a los abortos no punibles” (consid. cit., 2° párr.), también lo es lo que afirma la defensa: existe la manda de dictar tal marco normativo *porque* hay un ánimo de defensa de la vida desde la concepción que no puede ser silenciado. La argumentación

49. La argumentación de la defensa, según se desprende de los votos de los jueces Argibay y Petracchi parece incluir otros aspectos complementarios a lo expuesto en el cuerpo y que enriquecen su perspectiva, en línea con lo que surge de la Constitución y de la exégesis de la Corte, según se verá en seguida. Así, se lee que “el esquema de fundamentación” se asienta en (1) “alegar la vulneración al derecho a la vida del feto”; (2) “...la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad menor de lo que la norma permisiva presupone” y (3) “...el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (v. gr., asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar...)” (consid. 13, 2° párr., *in fine*, voto de la jueza Argibay, y 10, *in fine*, voto del juez Petracchi).

de la recurrente está, pues, en un ámbito *previo* al del voto mayoritario: sugiere que si hay un programa de seguridad social “especial e integral” desde el embarazo (y que, *a fortiori*, se extiende a la madre “durante” el período de gestación “y el tiempo de lactancia”) es porque el constituyente piensa que hay derecho a la vida desde la concepción que justifica el dictado de tal “régimen”. Y si en ninguna parte de este razonamiento entra la cuestión punitiva, ello se debe, sencillamente, a que ésta no tiene cabida en un régimen de seguridad social. El punto aquí es uno anterior: ¿hay derecho a la vida desde la concepción? Y si la respuesta –textos constitucionales e infraconstitucionales en la mano– fuera afirmativa, recién entonces cabe responder si, no obstante lo anterior, se está, ante una hipótesis permisiva de aborto.

3. La señalada omisión que reprocho a la mayoría se reitera en el examen de las restantes consideraciones. Las trato brevemente. Es verdad que en la Convención Constituyente de 1994 no se pretendió “limitar el alcance” del inciso bajo examen (consid. cit., párr. 3°), lo que es lógico porque cláusulas como la del inciso en cuestión no tienen prosapia constitucional sino que deben reservarse al exclusivo ámbito penal, pero sí lo es, como agrega el Alto Tribunal, que “se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida” y que derivó, entre otras consecuencias, en el dictado del señalado inc. 23. Y éste es el punto que no cabe pasar por alto: ese debate y la consecuencia de éste (el dictado de un régimen especial e integral en favor del niño desamparado desde el embarazo, sobre el que más adelante se volverá). Situados en dicho horizonte, recién entonces cabe avanzar sobre las causales de exención de punibilidad del aborto.

De igual modo, es cierto que de las previsiones de los arts. 1, 3 y 4 del Pacto de San José de Costa Rica “no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del art. 86, inc. 2° del Código Penal” (consid. 10, párr. 1°). De nuevo: ni las constituciones ni las convenciones prevén normas de tal índole. Pero la Convención Americana dice mucho sobre el tema bajo examen que merece ser tenido en cuenta: su art. 4, inc. 1° prevé que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida [...], en general, a partir del momento de la concepción”, norma que mereció, como señala el voto y no podía ser de otro modo, un vivo debate entre sus redactores. Empero, el contenido de ese texto es inusualmente más preciso que los artículos de otras convenciones que tratan de la protección de

la vida, por lo que algo importante está diciendo: que la vida principia, en general, desde la concepción.<sup>50</sup> Y si bien la matización “en general” restringe el contenido de “concepción” –por lo que es correcto que dicho artículo “no quiso establecer una protección *absoluta* del derecho a la vida” (énfasis añadido), en línea con la consolidada doctrina mencionada en el punto anterior–, no lo es menos que el *iter* argumentativo seguido por la mayoría de la Corte omite un paso imprescindible para obtener la adecuada decisión del asunto que, se reitera, puede ser coincidente con el que arribó el tribunal.

Cuanto se ha dicho respecto de las normas del Pacto se aplica a las de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de las que se ocupa el voto en el consid. 11. Y otro tanto cabe señalar de lo que se dice del art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el consid. 12. El contenido de este precepto, con todo, merece atención: “nadie podrá ser privado de la vida *arbitrariamente*” (énfasis añadido). Este último requerimiento está exigiendo una fundamentación *suplementaria* si de la cancelación de la vida se trata, la que, es claro, no se cubre con la mera alusión al parecer de los Comités de Derechos Humanos y de los Derechos del Niño “relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación” (consid. 12, 2° párr.).

Tampoco convence la exégesis del art. 2° de la ley 23.849. El voto dice que éste “no constituye una reserva” (consid. cit., párr. 4°) y está en lo cierto. La mera lectura de la norma dice que es una “declaración interpretativa” adoptada, por lo demás, por unanimidad de ambas cámaras del Congreso Federal. Pero si bien, técnicamente, desde el punto de vista del derecho internacional público no es lo mismo una reserva que una declaración interpretativa, en cuanto aquí interesa tal distinción se diluye por completo porque, como dice la Corte adecuadamente, la Convención rige “en los términos del art. 75, inc. 22”, es decir –agrego repitiendo el texto constitucional–, “en las condiciones de su vigencia”, lo que implica señalar que *rige tal y como nuestro país se ha obligado internacionalmente al momento de depositar el instrumento de que se trate*. De ahí que si la Argentina queda compelida en los términos

50. Este texto debe vincularse con el inc. 5° del citado art. 4 que prohíbe la aplicación de la pena de muerte “a las mujeres en estado de gravidez”, lo que es muy elocuente: aún en la lógica –que no comparto– de la pena de muerte ¿se extiende la pena de la madre al *nasciturus*? Es claro que no, justamente porque se está ante otro ser humano que no ha delinquirido y, por tanto, que merece toda la protección del ordenamiento jurídico.

de la mentada ley, es justamente esa declaración la que corresponde evaluar, la cual tiene una relevancia no menor, tanto más cuanto que en 1994 el documento fue elevado a jerarquía constitucional. En efecto, afirmar que niño es “todo ser humano desde el momento de su concepción”, además de más enfático que lo que dispone el citado art. 4° del Pacto de San José, dota al *nasciturus* de una aureola de protección por una norma de máxima jerarquía que no puede menospreciarse. Eso no significa, como se viene señalando, que al cabo del examen de ponderación de derechos su suerte no sea adversa. Pero tal aureola exige asumir ese camino, no soslayarlo.

4. Como vengo diciendo, no advierto en la “construcción argumental” de la mayoría de la Corte ninguna mención al *nasciturus* y, menos, a su *status* constitucional, ni siquiera en el segmento de esa construcción en el que se advierten las mejores razones en favor de su postura. En efecto; en el consid. 15, con sustento en “el principio de igualdad y de prohibición de toda discriminación”, considera que “reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una *distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito* [...] por no responder a ningún criterio válido de diferenciación...”. Y añade, “...aceptar una interpretación restringida de la norma en trato [...] no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las *víctimas de violencia sexual*...”. A su vez, en el consid. 16, con arreglo al “principio que consagra [a las personas] como un *fin en sí* mismas y proscrib[e] tratarlas utilitariamente”, entiende que debe admitirse la exégesis amplia del inciso ya que “la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, *desproporcionada*”.

En efecto; resulta incuestionable que no cabe establecer distinguos entre víctimas de delitos sexuales fundados en la capacidad o incapacidad de aquellas. Todas –con entera prescindencia de sus “accidentes”, basados en la raza, el sexo, las diferencias físicas o, en cuanto aquí interesa, el uso o no de razón– son personas y, por tanto, sustancialmente iguales. Desde ese plano, un delito sin dudas aberrante como lo es la violación que, *además*, se sigue de embarazo, transforma a todas esas personas en sujetos que el

ordenamiento jurídico debe proteger por igual.<sup>51</sup> Pero el problema estriba en que, como consecuencia de tal delito, ha ingresado a la escena un tercero, ajeno a la relación víctima-victimario y acreedor, en tanto que persona, de todos los derechos que discierne el mencionado ordenamiento. Desde esta perspectiva, coincido con la Corte en que cabe privilegiar la interpretación legal que “más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (consid. 17) a condición de que tal exégesis lo sea *tanto para la madre como para el feto*. En ese sentido, quizá la cita de Carlos Nino del consid. 16 *in fine* abra el camino que reclamo cuando afirma que el delito bajo tratamiento impide exigir a las personas que realicen sacrificios apreciables en beneficio de *otras personas* o de un bien colectivo. Se trata de la única vez que el voto menciona a “otras” personas por las que la mujer violada y embarazada pudiera eventualmente asumir algún sacrificio al cabo del proceso de ponderación de títulos jurídicos que exige la directriz sistemática o armónica de la comprensión de los derechos. Y dentro de esas personas, como es obvio, ocupa un lugar central el status del *nasciturus*, ese *otro* que está ahí y que es, además, absolutamente inocente en la tragedia que se vive. Por ende, mi crítica al voto de mayoría –en este tramo de la argumentación– no se centra en si la mujer es o no capaz, por cuanto aquí es decisiva la *violación seguida de embarazo*, el que comprende a ambos casos. En ese punto el razonamiento del fallo es inapelable. La crítica se funda en lo que el tribunal no dice: qué consideración cabe al *nasciturus* y de qué manera resulta posible (*si alguna*) garantizar sus derechos *junto con* los de la madre.

## **B. La perspectiva de la defensa y de los jueces Argibay y Petracchi**

1. Por de pronto, tengo para mí que el constituyente, en línea con la conocida tradición infraconstitucional de nuestro ordenamiento jurídico,<sup>52</sup> entiende que hay vida desde la concepción, al extremo, entre otras

51. Se trata de un tópico incontestado, como lo recuerda Cicerón cuando, en *Las Leyes*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970 (del latín por A. D' Ors), p. 123, escribe: “aunque cuando Tarquinio reinaba no había en Roma ley escrita alguna contra la violación, no por eso dejó de cometerla Sexto Tarquinio sobre Lucrecia”.

52. Cfr. arts. 51; 70 y su nota y 72, Cód. Civ., entre otros.

consecuencias, que debe dictarse un régimen especial e integral en defensa de ella. Y es a partir de esa proposición que razonan la recurrente y los votos de los jueces Argibay y Petracchi.

En efecto, con la salvedad de pocas palabras, el argumento de ambos magistrados es semejante, por lo que transcribo, por comodidad, el de la Ministra Argibay: "...aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses", a saber, "...el derecho a la vida de la persona por nacer..." y "...la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación...".<sup>53</sup>

Conviene reparar en los términos empleados: se trata de un "severo conflicto de intereses". "Severo", es decir, sumamente acusado y grave; "de intereses", en plural, ya que convoca, cuanto menos, a dos derechos de rango análogo. No se está, pues, ante un caso "fácil" –para seguir la conocida terminología de Dworkin–<sup>54</sup> en el que, en definitiva, sólo hay un derecho en juego, tal y como parece ser la idea que se infiere del voto de mayoría. Por el contrario, se está ante un asunto complejo; uno de esos casos "difíciles" que exigen ponderar con suma prudencia el contenido de los bienes jurídicos que se dan cita en cada circunstancia a fin de garantizarlos, en la mayor medida posible, y con el riesgo de que si ello no es factible, se derivará, como escribe Atienza, no ya hacia un escenario que admite diversas "alternativas", sino hacia otro que plantea un "dilema": o uno u otro derecho. En este supuesto, se está ante un caso "trágico", por cuanto no es dable obtener un equilibrio ni "óptimo", ni "mínimo" entre ambos derechos.<sup>55</sup>

2. Considero que la metodología seguida por los dos votos concurrentes es la que se compadece con la Constitución y la inveterada jurisprudencia del Alto Tribunal. Pero el razonamiento no concluye allí. Antes bien; recién ha comenzado. Así las cosas, admitida la existencia de dos derechos,

53. Voto de la jueza Argibay, consid. 13, pr. Esta idea se reitera permanentemente. Así, en el segundo párr. de ese consid. se memora la "extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los *derechos del nasciturus*..."; al final de ese considerando se alude a la "la valoración de los *intereses en juego*", en tanto que en el consid. 14, párr. 3º, remite a la "ponderación de los *intereses en conflicto*" (énfasis añadido). Son semejantes las expresiones que surgen de los consid. 9º, 10 y 11 del voto del juez Petracchi.

54. Dworkin, *Taking rights seriously*, Duckworth, London, 1987, 5º, pp. 14 ss.

55. Atienza, nota 48, pp. 97-101.

corresponde adentrarse en la siguiente pregunta, ya de carácter sustancial: ¿debe vivir el *nasciturus* consecuencia de una violación, sin que sea relevante si la víctima es una persona capaz o incapaz?<sup>56</sup> Se abre aquí el camino de la ponderación de esos derechos de jerarquía superior y análoga. Al respecto, los magistrados concurrentes razonan que cabe asumir “la afectación de la persona por nacer y *contrapesando* ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna...”.<sup>57</sup>

3. Pues bien; llegados a este punto, obsérvese el modo de ponderar que propicia la defensa del *nasciturus*, tal y como lo refieren los jueces Argibay y Petracchi. Según infiero de sus votos, la argumentación podría dividirse en tres partes. En primer lugar, interpreta que la “interrupción del embarazo sólo” procedería, contrariamente a lo que argumenta el superior tribunal provincial, “en los casos de violación de una mujer ‘idiota o demente’” (consid. 5º, *in fine*, voto de la jueza Argibay). En segundo término, parecería considerarse que, a fin de no dejar inoperativa la norma que postula el derecho a la vida desde la concepción, la interpretación del inciso de referencia “ha de ser prudentemente restrictiva de modo de reducir a un número mínimo ‘y de enorme dramatismo’ los casos subsumibles en ellos” (consid. cit., párr. 4º). Este último aspecto conlleva al tema de la ponderación, que es el que me interesa destacar. Según refiere la jueza citada, para la defensa “la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad *menor* de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de *medidas alternativas* (v. gr., asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo)” (consid. 13, *in fine*, énfasis añadido).<sup>58</sup>

La argumentación en este último segmento es clara: la norma permisiva cancela definitivamente una vida y, con ello, cercena todos los derechos

56. Conforme he señalado *ex profeso*, dicha ponderación no repara en los “accidentes” de las personas: siguiendo la doctrina del citado art. 51 del Cód. Civ., sean apenas microscópicos o padezcan severas disminuciones mentales, en todos los casos se trata de seres humanos dignos en los términos de nuestra Constitución y de las convenciones incorporadas con ese rango en 1994.

57. Voto de la jueza Argibay, consid. 13, énfasis añadido.

58. El voto del juez Petracchi coincide prácticamente en un todo con la relación expuesta en el cuerpo. Cfr., consids. 5º; 8º y 10.

que le son inherentes. Frente a ello, la afectación de los derechos de la madre resultarían menores y podrían suplirse a través de medidas alternativas que, al tiempo que aspiran a garantizar –en la mayor medida de lo posible– los derechos que resultan afectados en la madre a raíz del ilícito (integridad física y psicológica; salud; etc.), permiten, también, salvaguardar el derecho a la vida del *nasciturus*, ajeno, como se dijo, a la tragedia que experimenta la víctima. En términos de Alexy, la defensa propone aplicar –dentro del principio de proporcionalidad–, el subprincipio de “necesidad”, que postula adoptar, para decirlo en palabras del Tribunal Constitucional español, “la alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos”.<sup>59</sup>

4. Repárese ahora en la respuesta de los votos concurrentes. Al primer argumento de la defensa, la jueza Argibay responde –no se ocupa del tema el juez Petracchi–, señalando que “está fuera del marco de decisión de esta instancia federal la revisión del modo en que el tribunal provincial ha interpretado el art. 86, inciso 2º, del Cód. Penal” por ser ésta una norma de derecho común (consid. 10). Empero, ambos jueces consideran que “corresponde resolver si tal interpretación se halla o no en conflicto con las disposiciones constitucionales” (consid. 10 del voto de la jueza Argibay y 8º del voto del juez Petracchi), lo que entienden que no es así a la luz de la deficiente prueba aportada por la recurrente a tal fin.

Escriben los jueces: “se invoca *unilateralmente* la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer, pero se *omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto [...] Al sesgar de este modo su argumentación se **ignora la valoración integral que ha hecho el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación*** del art. 86.2, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna **contraria a la que fuera previamente definida por el legislador**” (consid. 13 del voto de la jueza Argibay y 9º del voto

59. STC, sent. 178/1989, citado por Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 79. Esto conduce, como explica Alexy, “Sistema...”, *op. cit.* nota 47, p. 147, a la formulación de la “ley de ponderación”, según la cual “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor deber la importancia del cumplimiento del otro”.

del juez Petracchi). Y profundizan: “...en razón de la particular estimación que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida *omite desarrollar* [...] un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a *continuar forzosamente con el embarazo* que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, *no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que* demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses en juego que habían realizado (**invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador**) *resultaba incorrecta*” (voto de la jueza Argibay, consid. 13, párr. 4°; voto del juez Petracchi, consid. 11, la *cursiva* y la **negrita** se han añadido).

De los textos que he puesto *en cursiva* parece inferirse que si la defensa hubiera persuasivamente probado que los derechos de la madre podrían haberse satisfecho suficientemente, sin necesidad de recurrir a la alternativa extrema del aborto, su postura podría haber resultado acogida. El razonamiento transcrito, en definitiva, no es sino el cabal empleo de la técnica de la “ponderación” de los derechos, de modo que, para decirlo con Alexy, la tensión entre principios se resuelve a través del establecimiento entre ellos de una “relación de precedencia condicionada”, la cual consiste en que “tomando en cuenta las circunstancias del caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”.<sup>60</sup> Aplicadas estas ideas al caso bajo comentario, la propuesta de la recurrente no resultaba consistente a la luz de las circunstancias de la causa, por lo que no era posible brindar una solución que, en los términos ya mencionados de Atienza, proporcione cuanto menos un “equilibrio mínimo” a los derechos en juego.

Existe, sin embargo, un implícito en el razonamiento de los jueces que podría desvirtuar la precedente consideración. Son los extremos que he puesto **en negrita** en los dos párrafos precedentes y que dan por no cuestionable constitucionalmente la interpretación amplia del inciso 2° que brinda el tribunal provincial (confr. consid. 13, párr. 1°, *in fine*, y párr. 3°, *in fine* del voto de la jueza Argibay; consid. 8°, pr. del voto del juez Petracchi).

60. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, reimpr. 1977 (del alemán por E. Garzón Valdés), pp. 91-92.

En efecto; asumir por cierto el “esquema de preponderancia fijado por el legislador”, según la exégesis que brinda el *a quo*, entraña, en los hechos, transformar en una *regla* lo que antes se asumía como un “severo conflicto de intereses”, esto es, como una delicada tensión de *principios*. Y si bien ese camino es inevitable cuando se emplean “autorizaciones legales” o “reglas de justificación”, como dice Núñez<sup>61</sup> (o una “cláusula de excepción”, como señala Alexy),<sup>62</sup> me parece controvertido hacerlo a partir del inciso en cuestión, ya que si el razonamiento que he realizado *supra* II está en lo cierto, cabe concluir que la interpretación dada por el tribunal provincial –que los mencionados jueces de la Corte no controvierten– no resulta acertada.

5. Llegados a este punto, ambos votos afirman, sin ambages, que se está ante un caso “trágico”. En efecto, en el 2º párr. del consid. 13 escribe la jueza Argibay que la defensa “desdeña la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró *no evitable de otro modo que afectando* los derechos del *nasciturus...*” (cfr., asimismo, consid. 10 del voto del juez Petracchi). Empero, el voto de la jueza ahonda en este trascendental asunto. Así, en el consid. 14, párr. 1º agrega que “una mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación, presupone justamente la existencia de una situación de conflicto en la que un peligro para un interés legítimo *únicamente puede ser conjurado a costa* de la afectación del interés legítimo de un tercero. *Sólo* en consideración de este contexto específico es que el legislador *acepta como socialmente soportable* una conducta que *en sí* aprecia como prohibida”.

Es difícil hallar una síntesis más pertinente de un ejemplo de caso “trágico” que los párrafos recién transcritos. Éstos reconocen que no es posible garantizar uno de los derechos en juego no ya en toda su dimensión (“equilibrio óptimo”), ni tampoco en la mayor medida de lo posible (“equilibrio mínimo”), sino de ninguna manera. Se está, pues, ante un “dilema” porque la *abdicación* de *cualquiera* de los derechos en juego en todos los casos concretos constituye un *retroceso para la teoría de los derechos humanos* estructurada sobre el presupuesto de que las personas son “fines en

61. Núñez, *op. cit.* nota 9, pp. 390-391.

62. Alexy, *Teoría...*, *op. cit.* nota 61, pp. 89 ss.

sí mismos” y que, por tanto, jamás pueden ser “medios” o hallarse en función de los demás.<sup>63</sup>

6. Ahora bien: ¿quién determina cuáles derechos, bajo ciertas condiciones, han de ser sacrificados en aras de salvaguardar otros? Las sociedades democráticas contemporáneas, fundadas en el moderno concepto de “división de poderes”, han considerado que tan problemática determinación no puede quedar reservada a la discrecionalidad de cada juzgador, sino que debe ser la consecuencia de una decisión emanada del Poder Legislativo en tanto portavoz privilegiado de la voluntad popular. Ambos jueces se hacen eco de esta apreciación. La jueza Argibay, en el más arriba citado consid. 14, párr. 1º, añadiendo en el siguiente párr. 2º que “como bien lo advierte el superior tribunal local, la potestad relativa a la estructuración de la solución legal en forma de autorización normativa legislativa es competencia exclusiva del Poder Legislativo” (cfr., asimismo, consid. cit., párr. 3º, *in fine*). En cuanto al juez Petracchi, obsérvese el consid. 9º, *in fine* y, especialmente, el ya citado consid. 10 cuando señala que se está ante una situación extremadamente conflictiva “que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del *nasciturus*...”.

Coincido con esta respuesta pero, de inmediato me asalta el cuestionamiento anteriormente señalado: la vigorosa apreciación de que –para decirlo con palabras de Argibay– el legislador *sólo* excepciona una conducta que aprecia, *en sí*, como prohibida, se funda en el implícito de que aquél ha *efectivamente querido* que a *toda* mujer víctima de un delito de índole sexual del que se deriva su embarazo se le autoriza llevar adelante un aborto. Como anticipé, es precisamente ese punto de partida el que no me parece firme, con sustento en lo dicho *supra* II, *por lo que la consideración “socialmente soportable” de una conducta de suyo reprochable sólo hallará fundamento sobre una norma que no puede ser el inciso 2º del art. 86 del Código Penal.*

7. De cualquier modo, aun admitiendo que corresponde al legislador la definición de un asunto de esta magnitud, queda por resolver si la opción

63. Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (del alemán por E. García Morente), Espasa, Madrid, 1983, esp. pp. 83 y 85. Para una síntesis de este planteamiento, cfr. mi libro *Teoría...*, *op. cit.* nota 14, pp. 60-62.

“amplia” que –según la Dra. Argibay– propicia aquél es la única posible. Esa ha sido la tesis tradicional de la doctrina. Núñez es categórico: “la ampliación del contenido del inc. 2º del Código es justa, pues contempla la situación moral de la mujer que ha concebido al ser víctima de un delito, esto es: sin capacidad para aceptar el acto o sin voluntad de realizarlo. Nadie le puede imponer a una mujer el deber de aceptar un hijo en tales condiciones”. Y citando a Peco, añade: “...‘el vástago de la violación evoca el recuerdo de un acto que lastima el pudor de la mujer soltera y perturba la tranquilidad de la mujer casada, sin que la ley deba obligarla a soportar una maternidad odiosa’”.<sup>64</sup> La magistrada es del mismo parecer: “este *esquema normativo* [...] delimita el *supuesto excepcional* en cuyo contexto se justifica la interrupción del embarazo –esto es, el hecho antijurídico precedente– cuya indudable injerencia negativa sobre ámbitos vitales de la mujer fundamenta el *carácter insostenible* del conflicto con los intereses de la persona por nacer”. Más aún, “el juicio de ponderación sobre el que reposa la decisión legal” estriba en “la relación simétrica entre la *falta de responsabilidad de la mujer en la situación generadora del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo de cargar con el deber de solidaridad* (v. gr. forzarla a llevar a término el embarazo bajo amenaza penal)” (consid. 14, 4º párr.) (el énfasis se ha añadido en todos los casos).

Empero, también se han alzado voces contrarias en el ámbito de la doctrina, tal la del prestigioso filósofo político y jurídico Norberto Bobbio, quien reflexiona en una célebre entrevista concedida al periodista Giulio Nascimbeni: “No hablo de buen grado de este problema”, ya que es “muy difícil; es el clásico problema en el que nos encontramos frente a un conflicto de derechos y deberes. Ante todo el derecho fundamental del concebido, el derecho a nacer, sobre el cual, creo yo, no se puede transigir. Es el mismo derecho en cuyo nombre soy contrario a la pena de muerte. Se puede hablar de despenalización del aborto pero no se puede ser moralmente indiferente frente al aborto [...] Está también el derecho de la mujer a no ser sacrificada por un hijo que no quiere. Y el de la sociedad [...] a ejercer el control de la natalidad”. Y añade: “Son derechos incompatibles. Y cuando uno se encuentre frente a derechos incompatibles, la elección siempre es dolorosa”. Ante la pregunta de que, no obstante, es menester decidir, responde: “He hablado

64. Núñez, *op. cit.* nota 9, t. III, pp. 182-183. Cfr., asimismo, Donna, *op. cit.* nota 9, p. 91.

de tres derechos. El primero, el del concebido es el fundamental; los otros [...] son derivados. Por otro lado, y para mí este es el punto central, el derecho de la mujer y el de la sociedad, que suelen esgrimirse para justificar el aborto, pueden ser satisfechos sin necesidad de recurrir al aborto, evitando la concepción. Pero una vez que hay concepción, el derecho del concebido sólo puede ser satisfecho dejándole nacer”. A su juicio, la ley 194 resulta criticable porque, entre otros conceptos, “reenviar la solución al momento en el que la concepción ya se ha producido es huir del fondo del problema”. Y concluye, a partir de una crítica a una de las tesis de Mill: “Las feministas dicen: ‘mi cuerpo es mío y lo gestiono yo’. Pero yo digo que aplicar ese razonamiento al aborto es aberrante. El individuo es uno, singular, pero en el caso del aborto hay un ‘otro’ en el cuerpo de la mujer [...] Con el aborto se dispone de una vida ajena”.<sup>65</sup>

Y bien: ¿es así? ¿Es verdad, parafraseando a Arthur Kaufmann, que “*tertium non datur*”?<sup>66</sup> Se ha visto que la defensa plantea una alternativa de garantizar, mínimamente cuanto menos, ambos derechos que, por lo que se lee del voto de los jueces Argibay y Petracchi, no está debidamente fundada y, por tanto, queda descartada. La magistrada advierte, una vez más, la extrema dificultad del asunto. Sus palabras –que trasuntan un compromiso intelectual digno del mayor reconocimiento– lo muestran con claridad: “en este sentido, debe quedar claro que la anterior descripción de la tarea del legislador *no significa* desde el punto de vista de la Constitución Nacional, que *ello implique una preferencia absoluta de un bien jurídico por sobre el otro*, o que alguno carezca de tutela legal suficiente a través del ordenamiento jurídico vigente, sino únicamente que ante *circunstancias excepcionales* en las que se torna *imposible* evitar la tensión entre dos bienes jurídicos *por otros medios*, el propio Código Penal permite afectar uno de ellos como *única vía* para salvaguardar el restante” (consid. 14, párr. 7º).

La cita es honda en contenidos. Por de pronto, reivindica el principio general de armonizar los derechos que se dan cita en la coexistencia social. Y de este modo se acerca al argumento teórico de la defensa en un punto –de neta reminiscencia alexiana– que reputo decisivo: la búsqueda del máximo

65. Bobbio, Norberto, *Il Corriere della Sera*, 8/5/1981.

66. Kaufmann, Arthur, “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él” (del alemán por A. Guardia Clausi, revisión por R. Rabbi-Baldi), en Rabbi-Baldi Cabanillas, *op. cit.* nota 3, p. 368.

resguardo posible de los derechos y, por ende, el ensayo de las reglamentaciones menos restrictivas de tales bienes de modo de evitar la cancelación de alguno de ellos. Pero, de seguido, reconoce que en supuestos “excepcionales” ello deviene “imposible” por lo que queda expedita como última *ratio* la afectación de uno de los derechos en juego siempre que ella sea la “única vía” de garantizar el restante.

Con todo, es la propia Constitución la que señala un camino a explorar en orden a asegurar, tanto como resulte posible, ambos derechos y sobre el que nunca se insistirá lo suficiente: es el que surge del art. 75, incs. 22 y 23 y que es la consecuencia –como recordó el voto mayoritario– del intenso debate ocurrido en la Convención Nacional Constituyente de 1994, al ocuparse del asunto. Sus términos, en efecto, no merecen ser silenciados e invitan a la reflexión. Por de pronto, conviene retener la consagración constitucional conjunta de que el derecho a la vida principia con la concepción (Convención Americana sobre Derechos Humanos y Convención sobre los Derechos del Niño). Asimismo, es facultad del Congreso “dictar un régimen de seguridad social *especial e integral* en protección del niño en situación de *desamparo, desde el embarazo* hasta [...], y de la madre *durante el embarazo...*”. El espíritu del legislador es elocuente: procura comprometer toda su energía para salvaguardar –desde el embarazo– al niño “desamparado”, dentro de cuya amplia variedad de supuestos ingresa sin dificultad el que ha sido fruto de una violación, en tanto es obvio que, como regla general, no se trata de una persona querida y bienvenida, evitándose, de este modo y como expresó el convencional Alfonsín en aquella histórica oportunidad, que se concrete la “tragedia del aborto”.<sup>67</sup> Pero ante esa misma dramática situación, el constituyente ha propiciado otra directiva de la mayor importancia: proteger también, por análogos medios, a la madre durante ese trance no deseado, de modo de asegurar sus derechos básicos y, de tal forma, proteger con la mayor amplitud que las particulares circunstancias de cada caso presenta, tanto sus derechos como los del *nasciturus*. De esta manera, pienso,

67. Alfonsín, Ricardo, Convención Nacional Constituyente, 34<sup>a</sup> reunión, 3<sup>a</sup> Sesión Ordinaria, 19/8/94, p. 4600: “Estamos defendiendo la vida y estamos trabajando de la manera más importante, que es la única que concebimos como posible para que se evite la tragedia del aborto, pero no a través de la penalización, sino del auxilio y la asistencia del Estado argentino”.

se completa el círculo de esta circunstancia especialmente dramática de la experiencia humana.

Según creo, el voto de la mayoría también llamó pertinentemente la atención de este punto cuando, tras exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a “implementar [...] protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles” (consid. 29), expresa que “en virtud de la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada”, se insta a que “tanto en el ámbito nacional como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asistencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. En ese contexto, deberá asegurarse [...] la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como su asesoramiento legal en el caso” (consid. 30).

Es verdad que el grueso de las directivas se orienta a proteger a la madre, sin referencia alguna al *nasciturus*, tal y como ya fue críticamente señalado respecto de este voto. Pero la omisión apuntada no empece que los empeños formulados por la mayoría de la Corte no resulten imprescindibles. *Sólo que, a ellos, deben unirse semejantes fatigas en pos de garantizar la vida de la persona por nacer.*

Como es obvio, nadie dice que sea ésta una tarea sencilla y, menos, que siempre pueda concretarse. Con todo, una teoría que verdaderamente se tome en serio los derechos humanos no puede soslayar el intento y, si éste no resulta practicable, acudir al sistema de permisiones que estipule el legislador.

8. Otra de las consecuencias de la última cita de la Dra. Argibay sobre las que deseo llamar la atención es que esa cancelación de uno de los bienes jurídicos en juego no puede ser vista como un “derecho”, sino como una “excepción” al derecho cercenado y que, por lo mismo, ostenta un alcance restrictivo, en línea con conocida jurisprudencia de la Corte.<sup>68</sup>

68. Fallos: 311:1249; 327:1161; 329:299; 330:1055, entre muchos otros.

Es la lógica consecuencia del camino metodológico que manda la Ley Suprema por la simple pero relevante razón de que no hay derechos fundamentales de jerarquía superior a otros, sino que todos ostentan análogo *status* en tanto inhieren en la universal dignidad de la persona.

Pienso que la jueza Argibay es muy clara al respecto cuando escribe que se trata de un “permiso jurídico” (consid. 15) que afecta “el interés legítimo de un tercero” y que resulta “socialmente soportable” en razón de que el “peligro” para el otro “interés jurídico [...] únicamente puede ser conjurado a costa de la afectación” del otro interés. De lo contrario, la conducta permisiva deviene “prohibida” (cfr. consid. 14, párr. 1º).<sup>69</sup>

9. Ahora bien: más allá de las prevenciones que la ministra expresamente verbaliza en la última cita bajo estudio, de la integral lectura de su voto se desprende que el peso específico (la “dimension of weight”, para decirlo con Dworkin)<sup>70</sup> de las afectaciones que padece la mujer (capaz e incapaz) sobre el embarazo derivado de una violación “derrotan” al derecho del *nasciturus*, de donde resulta aplicable la normativa en sus estrictos términos, esto es, “demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención *verifiquen* que el embarazo es producto de una violación” (consid. 15). El voto de mayoría, por el contrario, parece exorbitar los términos del texto: “el respeto a lo establecido en el art. 19 *in fine* de la Constitución Nacional se traduce en que el art. 86, inc. 2 *no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial* para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación” (consid. 27, el énfasis en ambos casos se ha añadido).<sup>71</sup>

Ante ello, y con prescindencia de que la argumentación de los votos de la Corte descansa sobre la exégesis amplia del inciso, que no reputo

69. En análogo sentido, el juez Petracchi alude a “autorizaciones previstas” (consid. 5º). La semántica de la mayoría parece ambigua. Así, mientras en el consid. 24 alude al “*permiso* que el legislador ha querido otorgar” (cfr., asimismo, consid. 25), en el consid. 23 al criticar la judicialización de estos asuntos expresa: “...la concurrencia de una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un *derecho* expresamente reconocido por el legislador en el art. 86, inc. 2º...” (cfr., en idéntico sentido, consids. 28 y 31).

70. Dworkin, *Taking...*, nota 55, p. 41.

71. La argumentación de la mayoría es extensa sobre el punto, principiando en el consid. 21.

adecuada, se abren diversos planteamientos de los que aquí sólo deseo tratar dos: i) el tema de la objeción de conciencia y ii) el tópico de la denuncia de la violación.

i) el tema de la objeción de conciencia. Este aspecto es asumido exclusivamente por el voto de mayoría y lo hallo de toda razonabilidad. Luego de “advertir” a los profesiones de la salud “la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida” (consid. 22) y de señalar que resultarán pasibles “por las consecuencias penales” que se derivan de no dar cumplimiento al inciso (consid. 24, últ. párr.), el voto matiza tales consideraciones cuando, en el consid. 29, expresa que “deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio” (consid. 29).

Este tema constituye uno de los aspectos fundacionales de la teoría de los derechos humanos y ha sido reconocido por la Corte Suprema en el conocido precedente “Portillo”.<sup>72</sup> Si los derechos fundamentales son, como los creo, una manifestación de la dignidad humana (en tanto esta última reenvía a la idea de “eminencia” o “superioridad” del hombre), no puede desconocerse el goce del derecho de objeción de conciencia de los profesionales de la salud ante situaciones extremas, en las que resultan comprometidas, además del núcleo más esencial de su arte (concretamente, el mandato hipocrático),<sup>73</sup> su mismo ejercicio del libre albedrío o autonomía de la voluntad, elemento clave del art. 19 de la Constitución Nacional.

ii) El tópico de la denuncia penal. Como se anticipó, no surge de la letra del precepto, por lo que la Corte la reputa innecesaria. Con todo, ello

72. Fallos: 312:496.

73. A ese respecto, no puedo resistir remitir al espléndido relato de Marguerite Yourcenar en *Memorias de Adriano* (del francés por J. Cortázar), Sudamericana, 1980, 3<sup>a</sup>, pp. 315-316 (otro maravilloso libro para explorar el tema de “Derecho y Literatura”), cuando el emperador, buscando su muerte, provocó que su joven galeno personal, el alejandrino Iollas, “fiel a su deber de médico” que no quiso deshonorar, pusiera fin a su vida ante la perplejidad de no desautorizar al emperador frente a su pedido de administrarle una poción venenosa.

no significa que –como piensa la mayoría– se prescinda de la prueba de la violación, la que, como expone correctamente Argibay, cuanto menos ha de ser “verificada”. Y bien: ¿concluye allí el procedimiento? La cuestión no escapa a susceptibilidades. La mayoría lo reconoce cuando señala “que si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de ‘casos fabricados’, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos [...] no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud” (consid. 28).

Soler, en su día, se manifestó contrario a este pensamiento de manera contundente. Ya en su proyecto de Código Penal de 1960 (que prevé expresamente la permisión de aborto por violación a mujer capaz e incapaz) estipuló que “la acción correspondiente al delito de violación haya sido iniciada”. Y añade: “su propósito es el de evitar supercherías en la medida de lo posible. Es verdad que la ley ampara la esfera de intimidad al acordar a esa clase de acciones el carácter de dependientes de instancia privada; pero aquí se trata de una real autorización acordada a un médico diplomado, de manera que *el problema legislativo a resolver es el de considerar o no como suficiente para que exista dicha facultad la simple manifestación de la interesada hecha un secreto profesional. Parece claro que, en principio, no debe serlo*. Además, la mujer que se decide a tomar tan grave medida no tendrá generalmente inconveniente en denunciar el hecho que tan odioso le resulta, al punto de desear la extirpación de sus rastros”.<sup>74</sup> Esta tesis se consagró con la sanción del decreto-ley 17.567 de reformas al Código Penal, obra del propio Soler, acompañado por Fontán Balestra y Aguirre Obarrio. El texto, en cuanto aquí interesa, decía así: “si el embarazo proviene de una violación por la cual la acción penal haya sido iniciada. Cuando la víctima de la violación fuere una menor de edad o una mujer idiota o demente, será necesario el consentimiento de su representante legal”.<sup>75</sup>

74. Soler, *op. cit.* nota 9, pp. 109-109, énfasis añadido.

75. Cfr. ADLA, XXVII-C, p. 2879. En sus fundamentos, se dice: “dejamos perfectamente aclarado que el aborto es impune cuando el embarazo proviene de una violación y se practica en las condiciones indicadas por la ley. Requerimos, además, que la acción penal por el delito de violación haya sido iniciada” (p. 2881).

Como es sabido, el inciso citado se reprodujo en la ley 21.338 de 1976 pero al derogarse esta última en 1984 mediante la ley 23.077, las cosas volvieron a su primigenia situación y, con ello, renació la ingente polémica que, mientras no haya una normativa clara que regule el tópico, promete no tener fin.

Considero que las razones esgrimidas por Soler y defendidas, más tarde, por Fontán Balestra son de enorme solidez. Repárese, nuevamente, que la situación *sub examine* no es un “derecho” sino una “permisión”, que actúa como última *ratio* ante una hipótesis que no admite otro camino que la abdicación de un bien jurídico de la mayor jerarquía para resguardar otro bien análogo. Un supuesto de esta relevancia no puede ser tomado a la ligera, sin que resulte satisfactorio el argumento de la mayoría de que tal peligro “a estas alturas sólo aparece como hipotético y, podría resultar, eventualmente, un ilícito penal” (consid. 28), más allá de que, en cierto sentido, el propio voto mayoritario no parece reacio a la propuesta si se pondera que, entre las medidas que aconseja que adopten las autoridades nacionales y provinciales se cita “la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito”.

Por cierto, tampoco es de recibo, como escribe Fontán Balestra, que “se ha sostenido la conveniencia de llevar la previsión al extremo de exigir la condena por el delito enunciado, pues tal exigencia conduciría, en la práctica, a causar abortos sobre embarazos muy avanzados, para el supuesto más favorable de que la condena fuera anterior al nacimiento”.<sup>76</sup> De ahí que parece prudente descartar el propio temor que sugiere el voto mayoritario a través de una cláusula como la de 1967 que sólo exige –y por las razones dadas por Soler– apenas el inicio de la denuncia judicial de la violación.

76. Fontán Balestra, *Tratado...*, *op. cit.* nota 9, p. 240. Lo dicho lleva a plantear otro tema importante: el plazo máximo dentro del cual la permisión de la práctica puede realizarse. El viejo proyecto de Peco exigía, señala Núñez, *op. cit.* nota 9, t. III, p. 183, que el aborto se practique “antes de los tres meses de embarazo”. La mayoría, se ha señalado más arriba, exhorta a que se proporcione a las víctimas de violencia sexual atención “en forma inmediata y expeditiva”, idea en lo esencial compartida por los restantes votos y que conduce a que si la autorización procede, su realización se produzca en el menor tiempo posible resultando, a mi ver, excesivo el plazo a que se refería Peco.

## **Balance y prospectiva**

Llegados a este punto, esbozaré sintéticamente las principales conclusiones que pueden extraerse de las precedentes consideraciones:

Una lectura integral del art. 86, inc. 2º del Código Penal, esto es, comprensiva de su texto; fundamentos (lo que en clave hermenéutica podría llamarse “pretexto”) y del contexto, permite considerar que éste solamente prevé la autorización del aborto de mujer “idiota o demente”.

Una exégesis sistemática de la Constitución federal y de los tratados internacionales protectorios de los derechos humanos incorporados con ese rango luego de la reforma de 1994, revela una clara preocupación por salvaguardar tanto los derechos fundamentales inherentes al *nasciturus*, cuanto los derechos esenciales de la madre;

la precedente conclusión empalma con la técnica de interpretación de los derechos constitucionales, la que exige garantizar el “contenido esencial” de cada uno de ellos en la mayor medida de lo posible (“caso difícil”) y sólo ante un “severo conflicto de intereses” que impida tal propósito resulta autorizada la cancelación de uno de ellos como “única vía” de salvaguardar el restante (“caso trágico”); sobre tales bases, debe propenderse, en línea de principio, al resguardo de todos los derechos comprometidos en las situaciones de referencia, a través de las vías de que dispone el Estado (nacional y provinciales), principiando por las directivas que emanan, de modo especial, del art. 75, inc. 23, 2º párr.; en ese horizonte, quedan autorizadas las causales de interrupción del embarazo que pudieran determinarse, por cuanto, según la Constitución y la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema, los derechos no son absolutos. Empero, conviene merituar que las restricciones que padecen la totalidad de los bienes jurídicos sustanciales de la persona humana lo son a título de tales, y no de “derechos”; tales autorizaciones, en las sociedades democráticas contemporáneas, son del resorte de los poderes legislativos y no de los jueces, quienes sólo podrían actuar como excepción y ante la denuncia del eventual incumplimiento de las precisas pautas que prevean tales permisiones, de suyo excepcionales; desde esta lógica, resultaría autorizada la exención de punibilidad del aborto procedente de una violación si a mérito de un equipo interdisciplinario especialmente previsto a tal fin no resulten viables las diversas medidas paliativas tendientes a evitar la menor restricción posible a los derechos en juego (“principio

de necesidad”) con sustento, entre otros elementos, en los indicados *supra* 4, y siempre que la acción penal hubiera sido cuanto menos iniciada; por último, corresponde derogar el citado art. 86, inc. 2º por cuanto su pervivencia emergería como un deshonroso testimonio de una legislación eugenésica que está en las antípodas de la histórica tradición constitucional argentina, perfeccionada luego la reforma de 1994.

# El ejercicio de la función judicial internacional

Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por Antônio Augusto Cançado Trindade, Del Rey, Belo Horizonte, 2011, 408 p.

*Diego P. Fernández Arroyo*

Profesor del Institut d'Études Politiques de Paris y  
Codirector del Programa Global Governance Studies.

Existen diferentes formas de escribir un libro de doctrina jurídica. En la mayoría de los casos, el autor se sitúa fuera del objeto que analiza y desarrolla. Los elogios, las críticas y las propuestas del autor se hacen conservando una distancia prudente, la que separa el autor/observador del tema en estudio. Dicha distancia puede variar, como también pueden variar las perspectivas de análisis. Lo que en cambio permanece invariable es que hasta el observador más incisivo, apasionado y meticuloso raramente accede a resolver todos los enigmas del tema examinado. Siempre quedan cuestiones que son imposibles de comprender desde el exterior, incluso para el autor más capacitado y mejor pertrechado. En el libro que nos ocupa, en cambio, el sujeto y el objeto se encuentran del mismo lado de la realidad. No hay secretos entre ellos. El discurso se hace en primera persona, haciendo converger la experiencia personal y las opiniones del jurista y del juez internacional con la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH). Este dato simple pero decisivo convierte a este libro en una pieza de singular valor para todos aquellos que se aboquen a su lectura, que me permito recomendar tanto a los estudiantes ávidos como a los jueces estatales, internacionales o supranacionales, como también a los abogados de derechos humanos, a los investigadores de todos los ámbitos de las ciencias sociales, a los profesores y (ojalá) a los políticos. El autor es más

modesto: sólo menciona expresamente entre los destinatarios potenciales a los “usuarios presentes y futuros de los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos en general, y del sistema interamericano de derechos humanos en particular” (p. 2).

Si alguien podía y debía escribir un libro así, esa persona es sin dudas Antônio Cançado. Muchas otras personas han pasado más o menos una década como jueces en un tribunal internacional. A la mayoría de ellas se les supone un exquisito manejo de la materia. A un número importante, además, un entusiasmo militante en el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Algunas de esas personas han tenido también la responsabilidad de ocupar la presidencia del tribunal del que han sido miembros en momentos particularmente difíciles. Antônio Cançado no sólo reúne todas esas cualidades (Juez experto y apasionado de la CtIADH entre 1995 y 2006, Presidente entre 1999 y 2004), sino que tiene la capacidad de transformar las vivencias personales y los conocimientos jurídicos en un testimonio, en un documento esencial para decidir, para tomar partido acerca de cómo es y cómo debería ser un tribunal internacional creado con la función esencial de proteger los derechos humanos.

Del punto de vista doctrinal, este libro y, más en general, las sentencias en las cuales el autor ha tenido una participación decisiva, navegan con el mismo rumbo que el Curso general dictado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya;<sup>1</sup> su Norte es el de la construcción de un “derecho internacional para la humanidad”. Hay sin dudas una comunidad esencial entre ellos, como la hay con la práctica totalidad de los otros 43 libros del autor. Autor y actor se mueven en el mismo sentido y con la misma convicción. Desde la perspectiva contextual, estas memorias son tan oportunas como necesarias, a poco que se tenga en cuenta la crucial y singular importancia de los derechos humanos en América, y sobre todo en América Latina, característica que ha llevado a incluir esta materia en la lista de las que indican la existencia de ciertos trazos particulares en el derecho internacional de la región. No por azar se ha escrito recientemente:

1. “International Law for Humankind: Towards a New Jus Getium”, en *Recueil des Cours*, t. 316-317, 2005.

“La thèse du particularisme interaméricain des droits de l’homme repose sur la démonstration de l’existence d’une philosophie juridique proprement interaméricaine en matière de droit international des droits de l’homme. Le droit interaméricain apparaît à bien des égards avant-gardiste, non-conformiste, voire même créatif, par rapport aux canons du positivisme juridique volontariste du droit international public, mais aussi si on le compare et l’évalue à la lumière du droit européen ou du droit international des droits de l’homme. Ce particularisme est forgé par les organes interaméricains de protection (la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l’homme) et revendiqué au nom d’une philosophie juridique interaméricaine des droits de l’homme résolument universaliste.”<sup>2</sup>

Para dar testimonio de su paso por la CtIADH, el autor organiza sus memorias en torno a 5 grupos de cuestiones, relativas, respectivamente, a: la jurisdicción, el derecho sustantivo, el derecho procesal, la hermenéutica jurídica y los aspectos institucionales. A esto se añaden 4 anexos y una galería de fotos. Los anexos consisten en: la transcripción de la sesión realizada en la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado brasileño en homenaje al autor por su elección como Juez de la Corte Internacional de Justicia (Brasilia, 2008), el discurso del autor<sup>3</sup> en la ceremonia de investidura como Profesor Visitante *honoris causa* del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá, 2006), el discurso del autor<sup>4</sup> en la sesión de investidura como Doctor *honoris causa* de la Universidad Nacional de La Plata (2006), y una conferencia<sup>5</sup> proferida por el autor en Tribunal Penal Internacional (La Haya, 2009).

2. L. Hennebel / H. Tigroudja, “Introduction et note aux lecteurs”, en L. Hennebel / H. Tigroudja (dirs.), *Le particularisme interaméricain des droits de l’homme*, Pedone, Paris, 2009, p. 3.

3. Titulado *Responsabilidad, perdón y justicia como manifestaciones de la conciencia jurídica universal*.

4. Titulado *Hacia el nuevo derecho internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del derecho internacional*.

5. Titulada *Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones*.

Los aspectos relativos a la jurisdicción (Parte I) son sumamente ricos. Si todo lo que concierne a la jurisdicción es esencial para el funcionamiento práctico y para la misma razón de ser de cualquier tribunal internacional, la cuestión es aún más crucial cuando se trata de un tribunal de derechos humanos. Sin dudas acierta el autor, como acertó la CtIADH en el caso del Tribunal Constitucional del Perú,<sup>6</sup> cuando descarta cualquier analogía entre el sometimiento a la jurisdicción de un tribunal como la Corte Internacional de Justicia que se ocupa del contencioso puramente interestatal y el que se realiza a un tribunal internacional de derechos humanos. En el primer caso, la discrecionalidad ha sido tolerada en la práctica al amparo del artículo 36 (2) del Estatuto de la CIJ. En el segundo, dada la especialidad del tribunal y los objetivos de la normativa protectora de los derechos humanos, la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria no admite ninguna laxitud. Antônio Cançado se manifiesta además claramente por el “automatismo” de la jurisdicción internacional obligatoria, la cual no puede admitir más modalidades que las expresamente previstas en el artículo 62 de la Convención. Así, en sus Votos Razonados en los casos *Hilaire, Benjamín y Constantine*, todos referidos a Trinidad y Tobago,<sup>7</sup> puede leerse:

“En mi entendimiento, no se puede sostener, en esta materia, que lo que no está prohibido, está permitido. Esta postura equivaldría a la actitud tradicional –y superada– del *laisser-faire*, *laisser-passer*, es propia de un ordenamiento jurídico internacional fragmentado por el subjetivismo estatal voluntarista, que en la historia del Derecho ha favorecido ineluctablemente [a] los más poderosos [...] En este inicio del siglo XXI [...] es precisamente la lógica inversa la que debe imponerse: *lo que no está permitido, está prohibido*” (pp. 14-17).

Son altamente impactantes las páginas que el autor dedica al reconocimiento de la responsabilidad internacional por parte de los Estados demandados ante la CtIADH (pp. 21 ss.), basadas en el desarrollo de “la tríada responsabilidad / perdón / justicia como manifestación de conciencia jurídica universal” (aunque él las ubica en la Parte dedicada a la jurisdicción,

6. Sentencia sobre competencia del 24 de septiembre de 1999, párrs. 45-47.

7. Sentencias sobre excepciones preliminares, del 1° de septiembre de 2001.

dichas páginas también podrían haber sido incluidas en la Parte II, referida al derecho sustantivo). Después de recordar el ejemplar primer caso de reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado,<sup>8</sup> el autor destaca que a principios de 2006 en un 29,76% de los casos contenciosos sustanciados ante la Corte había existido reconocimiento de responsabilidad internacional de parte del Estado demandado y que, por un lado, ese porcentaje “no encuentra paralelo en la práctica de ningún otro tribunal internacional contemporáneo”, mientras que, por otro lado, con ese dato los países latinoamericanos demuestran que su cultura jurídica “no queda a deber nada a la europea y, mucho menos, a la norteamericana”. Como ejemplo de los casos en que los Estados han pedido perdón a las víctimas, el autor cita el caso *Gutiérrez Soler versus Colombia* (2005), señalando que, si bien a veces el perdón es considerado satisfactorio por las víctimas, otras veces el mismo debe ir acompañado de actos de justicia, en el sentido de reconocer debidamente los sufrimientos y de poner fin a la impunidad. En este contexto, Antônio Cançado afirma que la reparación en esta materia debe abandonar la perspectiva tradicional “civilista” de la reparación de daños para pasar a una concepción de “reparación del sufrimiento humano”, apropiada para las violaciones de derechos humanos (p. 283).

Íntimamente relacionados con lo anterior, los temas tratados en la Parte II giran en torno a la responsabilidad internacional del Estado y a la consideración de los derechos humanos habitualmente vulnerados por él. El autor no sólo determina las bases sobre las cuales cabe determinar esa responsabilidad internacional<sup>9</sup> sino que analiza el modo de sancionarla, explicando el tema de la procedencia de daños punitivos o ejemplarizantes para los casos en que dicha responsabilidad es “agravada” (como lo es en los crímenes de Estado, pp. 70 ss.) y la ampliación del contenido material del *ius cogens* (p. 73 y ss.). La Parte II se completa con el desarrollo del tratamiento que la CtIADH ha dado a la violación del derecho a la vida, del derecho a la identidad cultural, de la protección internacional de los migrantes y del derecho al juez natural.

8. *Aloeboetoe y Otros versus Suriname*, 1991.

9. Ver, sobre todo, el párrafo 40 de su Voto Concurrente en el caso “*Última tentación de Cristo*” *versus Chile* (2001), p. 54.

Si la jurisdicción y el derecho material son fundamentales en la construcción del sistema interamericano de derechos humanos, los aspectos procesales pueden a veces jugar un rol esencial en la efectividad de éstos. La Parte III de las memorias de Antônio Cançado se refiere precisamente a estos aspectos, comenzando por uno de los puntos centrales de todo el pensamiento jurídico del autor: la persona humana, verdadero sujeto del derecho internacional, debe tener acceso directo a los tribunales internacionales contemporáneos de derechos humanos (p. 109 y ss.). La influencia en este sentido de la reforma del Reglamento de la Corte, es particularmente analizada. Otro aspecto especialmente desarrollado por el autor en esta Parte III es el de las dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones *erga omnes* de protección, lógico complemento procesal a la ampliación del *ius cogens* en el derecho sustantivo. Así, por un lado, las obligaciones de protección de los derechos humanos “son debidas a la comunidad internacional como un todo”.<sup>10</sup> Por otro lado, dichas obligaciones no sólo vinculan a los órganos y agentes del poder público, sino también a los particulares en sus relaciones entre sí.<sup>11</sup> La Parte III se completa con el tratamiento de la importancia del procedimiento oral y de la necesidad de realización de audiencias públicas, con vistas a materializar el principio de igualdad de armas y a garantizar la observancia del principio de contradictorio (p. 134).

Entre los temas que Antônio Cançado incluye en la Parte IV, dedicada a las “Cuestiones de hermenéutica jurídica”, se encuentran el principio de competencia de la competencia (tomado desde la óptica de las facultades que son inherentes de la Corte, p. 141 y ss.), las cuestiones de interpretación, aplicación e integración de la Convención Americana, la proyección del sufrimiento humano en el tiempo, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y el desarrollo de una dimensión preventiva de la actividad de la CtIADH a través del carácter vinculante y la expansión de las medidas provisionales de protección.

Finalmente, las “Cuestiones institucionales” (Parte V) conducen a una valoración global de la obra. El autor se refiere especialmente a la

10. Ver Voto Razonado del autor en el caso *Las Palmeras versus Colombia*, sentencia sobre excepciones preliminares, 4 de febrero de 2000.

11. Ver Voto Concurrente en el caso *Comunidad de Paz de San José de Apartado versus Colombia*, resolución del 18 de junio de 2002.

coexistencia y diálogo entre los tribunales internacionales y a la difusión de la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, como cuestión “institucional”, es importante poner el acento en las relaciones entre la CtIADH y la organización internacional de cuyo sistema forma parte, sobre todo en el momento actual en el cual la cuestión está otra vez en discusión, tanto por el cuestionamiento de algunos Estados (es el caso de Ecuador, por ejemplo) como la eventual afectación que podría tener en su accionar la creación de nuevas organizaciones internacionales con un alcance más reducido que el de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En efecto, a lo largo del libro, el autor no ahorra críticas a la falta de compromiso de la OEA hacia su sistema protector de derechos humanos y más concretamente hacia su Corte, actitud que es compartida (habría que decir, tal vez, motivada, ya que las organizaciones internacionales rara vez son algo diferente de sus Estados miembros, así como los tribunales no lo son de las personas humanas que ejercen la actividad de jueces, p. 206) por los representantes de los Estados miembros. Así, puede leerse “las Delegaciones de los Estados miembros de la OEA me escucharon, con atención y cortesía, en todas las ocasiones, pero al final, nada de concreto hicieron” (p. 27; ver también pp. 7, 28, 31, 33, 123 y 124). Es interesante constatar cómo la OEA no siempre ha apoyado a su propio tribunal, incluso cuando estaba en juego la supervivencia del mismo (p. 3), como sucedió en el conflicto iniciado con la pretensión del ex presidente del Perú Alberto Fujimori de “retirar” el instrumento de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte con “efectos inmediatos”, a raíz de la sentencia recaída en el caso *Castillo Petruzzi y Otros* (p. 5 y ss.). Ahora bien, es justo mencionar que las críticas son acompañadas por propuestas de reformas, que Antônio Cançado realizara como Presidente de la CtIADH y sobre las que insiste ahora. Una de ellas es la creación de un mecanismo permanente para la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las sentencias de la Corte (p. 27 y ss.); otra, la creación de un fondo de asistencia judicial gratuita para peticionarios carentes de medios materiales para defenderse (p. 33); y, más general, son de sobras conocidas sus *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección* (p. 110 y ss.). En los tres casos, es evidente que no ha tenido éxito, aunque la primera falencia ha sido

de algún modo suplida por la propia Corte.<sup>12</sup> Pero eso nada quita a la justicia y a la actualidad de las propuestas.

En ese “jardín de senderos que se bifurcan” que representa muy bien la actividad de quien desempeña el oficio de decidir cuestiones espinosas, Antonio Cançado Trindade puede dudar, como todos, al momento de valorar una prueba o de elegir la norma jurídica aplicable. En cambio, la decisión no le supone ningún problema si una opción es aconsejada por un cierto pragmatismo político y la otra por el convencimiento de estar frente a la respuesta exigida por la justicia.<sup>13</sup> La idea de justicia es su único parámetro al momento de elegir. Por eso no es sorprendente que cuando algún amigo le recomienda que tenga más en cuenta las sensibilidades de los gobiernos, él siempre responda: “yo no soy político ni diplomático; a mí me eligieron para trabajar como juez”. Estas memorias no son más que una confirmación, en primera persona, de esa forma de sentir.

12. Ver la sentencia sobre competencia en *Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) versus Panamá*, 28 de noviembre de 2003.

13. Y su actitud no parece haber cambiado en el seno de la CIJ; ver, entre otros ejemplos, su voto particular en la *Opinión consultiva sobre la Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, 22 de julio de 2010, o su disidencia en el caso *Alemania c/ Italia*, 6 de julio de 2010, orden sobre demanda reconvenzional.

## Los autores

**Marcelo Alegre.** Abogado, UBA y doctor en Derecho, Universidad de Nueva York. Desde 2010 es Secretario de Investigación de la Facultad de Derecho. Es profesor adjunto regular de Teoría General y Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Ha publicado libros y ensayos como autor, editor o co-editor en el área de la filosofía del derecho, la filosofía política y el derecho constitucional. Sus intereses recientes han sido las teorías igualitarias, religión y la democracia y el valor de la autonomía. En particular sus publicaciones más recientes han sido sobre argumentos igualitarios y antiigualitarios, la objeción de conciencia en la esfera de la salud, la crítica democrática al presidencialismo, el matrimonio igualitario, la punición de tenencia de drogas y sobre los problemas constitucionales en la relación estado-religión en nuestro país. Ha sido investigador invitado en Stanford y Yale, y docente invitado en las universidades de Chile, ITAM, Pompeu Fabra, Puerto Rico y Southwestern. Es miembro de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF) y de Igualitaria. Dirige (junto a Roberto Gargarella) el proyecto de investigación UBACyT “Autonomía”, con sede en el Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio L. Gioja”, de UBA-Derecho.

**Héctor Alegría.** Abogado. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, UBA. Profesor Titular Especial de “Concursos” en la Facultad de Derecho de la Universidad Argentina de la Empresa. Profesor Honorario de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Lima, Perú; Universidad Católica de Santa María, Lima, Perú; Universidad San Ignacio de Loyola, Lima, Perú; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral; Universidad Nacional Santo Tomás de Aquino, de San Miguel de Tucumán. Miembro de las Comisiones de Unificación y Reformas al Código de Civil y de Comercio (1987, 1992) que elaboraron los Anteproyectos de Unificación de la Legislación Civil y Comercial. Miembro de la Comisión encargada de la redacción de un nuevo Código Civil (1995), que elaboró el “Proyecto de Código Civil” (unificado con el de Comercio), 1998. Coautor del Proyecto de Ley de Concursos (N°19.551) y su reforma (ley 22.917), de la ley de leasing (N°25.248), de la ley de Caja de Valores (N°20.643) y de varios proyectos de ley (derivados, factoring, reestructuración empresarial, etc.). Miembro de diversos tribunales arbitrales (permanentes y ad hoc). Autor de diversas obras.

**Martín Böhmer.** Abogado, UBA, y Master (L.L.M.) y Doctor en Derecho (J.S.D.), Universidad de Yale. Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es investigador Principal del Centro para la Implementación de Políticas Públicas para

la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC). Fue Director del Área de Derecho de la Universidad de San Andrés y fundador de su Orientación en Abogacía. Fue también Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo y Director fundador de su Clínica de Derecho de Interés Público. Fue Vicepresidente y socio fundador de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y Vicepresidente y fundador de la Comisión de Trabajo Pro Bono e Interés Público del Colegio de Abogados de Buenos Aires. Fue becario de la Comisión Fulbright; Visiting Scholar en Yale Law School; Global Leader for Tomorrow del World Economic Forum de Davos en 2002 y Fellow Ashoka Innovators for the Public.

**Alberto J. Bueres.** Abogado y Doctor en Jurisprudencia. Actual Vicedecano de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular regular de Derecho Civil (Obligaciones civiles y comerciales) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor invitado, visitante u honorario, en más de veinte universidades de Europa y América. Miembro de varias Academias, Asociaciones e Institutos. Recibió gran cantidad de distinciones y premios en Argentina, América Latina y Europa. Es autor de numerosos libros y de alrededor de 350 trabajos, monografías y comentarios, en libros y revistas especializadas, inclusive extranjeros. Ha dictado más de 500 conferencias y participado en cursos posgrado en los centros científicos más importantes del país y también en el extranjero (Europa, Estados Unidos de América y Latinoamérica). Desempeñó el cargo de Juez de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal y fue Presidente del Cuerpo.

**Diego P. Fernández Arroyo.** Profesor del Institut d'Études Politiques de París (Sciences Po) y Codirector del Programa Global Governance Studies. Doctor en Derecho (summa cum laude) y Master en Derecho Comparado, Universidad Complutense de Madrid. Notario y Abogado, Universidad Nacional del Litoral. Profesor Honorario, Universidad Nacional de Córdoba. Ex Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. Miembro del Curatorium de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Profesor de la Universidad Complutense (licencia). Ex Profesor de las Universidades de Salamanca y Nacional del Litoral. Profesor invitado a numerosas Universidades (UBA, UNAM, Harvard, California, Oxford, Roma, La Habana, París 2, Friburgo, Ottawa, Toronto, Sydney, Waseda, etc.). Miembro de las delegaciones argentinas en UNCITRAL (Arbitraje). Codirector de la Biblioteca de derecho de la globalización. Autor de más de 200 trabajos sobre Derecho internacional privado, Derecho del comercio internacional, Arbitraje, Derecho comparado y Derecho comunitario y de la integración, publicados en más de 20 países.

**Roberto Gargarella.** Abogado, UBA, 1984. Sociólogo, UBA, 1985. Profesor titular de Derecho Constitucional, UBA; Master en Ciencias Políticas FLACSO, 1990. Doctor en Derecho, UBA, 1991. LL.M., Universidad de Chicago, 1992. Jurisprudence Doctor, University of Chicago 1993. Posdoctorado Oxford University, 1994. Becario J. S.

Guggenheim, 2001. Becario H. F. Guggenheim, 2003-4. Autor de una veintena de libros, y un centenar de artículos sobre derecho, teoría constitucional, filosofía política. **Nelly Minyersky.** Abogada, UBA. Profesora Consulta de la Facultad de Derecho, UBA. Investigadora Permanente de UBACyt. Directora de la Maestría y Carrera Interdisciplinaria de Especialización en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles, Facultad de Derecho, UBA. Integrante del Banco de Consultores en la disciplina Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales del Conicet. Vicepresidenta Segunda del Tribunal de Disciplina del CPACF. Ex Miembro del Jurado de Enjuiciamiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ex Presidenta de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Ex Vicepresidenta y ex Tesorera del CPACF. Autora de numerosos trabajos de investigación, libros y artículos jurídicos. Declarada Ciudadana Ilustre de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Luis Fernando Niño.** Abogado (diploma de honor) y Licenciado en Criminología por la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho (cum laude por unanimidad) por la Universidad de Salamanca (España). Profesor Titular en la asignatura Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesor del Ilanud, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, con sede en San José de Costa Rica, desde 1986 a la fecha. Académico de Número de la Academia Argentina de Ética en Medicina. Autor de diversos libros e infinidad de artículos referidos a las Ciencias Penales y a la Bioética. Juez de Cámara en lo Criminal del Poder Judicial de la Nación.

**Daniel R. Pastor.** Abogado y Doctor, UBA. Profesor Titular Regular de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de esa misma Universidad. Ha estudiado en el Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Colonia (Alemania), como becario del DAAD (Servicio Alemán de Intercambio Académico) entre 1997 y 1999. Ha sido becario de investigación posdoctoral de la Fundación Alexander von Humboldt en el Instituto para las Ciencias Conjuntas del Derecho Penal de la Universidad de Múnich entre 2004 y 2005. Es autor de una decena de libros y de unos cincuenta trabajos de su especialidad. Los temas centrales de su tarea científica son: duración razonable del proceso y prescripción penal, derecho penal internacional, presupuestos procesales, derecho penal de los derechos humanos, prisión preventiva, culpabilidad, recurso de casación, delitos de posesión o estatus, codificación penal y garantías judiciales del imputado, entre otros.

**Renato Rabbi-Baldi Cabanillas.** Abogado, UBA. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España, 1989. Estudios posdoctorales en la Universidad de Münster, Alemania, 1990-1991, y en el Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo, Francia, 1997. Desde 1997, Profesor Adjunto Ordinario, Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires, enseñando también en la maestría de Magistratura Judicial y en el Doctorado en Derecho de esa universidad. Premio

Accésit de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (2010) por el libro *Teoría del Derecho*. Entre 1999 y 2009 Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Desde 2009, Juez de la Cámara Federal de Salta. Publicó cuatro libros y más de cincuenta artículos en revistas nacionales e internacionales en castellano, alemán, francés, italiano y portugués, sobre temas de Teoría del Derecho; Derechos humanos y derecho constitucional, e Interpretación Jurídica y Hermenéutica Filosófica.

**Julio César Rivera.** Profesor titular de Derecho Civil en UBA (desde 1984) y San Andrés. Abogado en ejercicio. Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, de la Academia Peruana de Derecho, de la Academia Boliviana de Jurisprudencia, de la International Academy Comparative Law, de Unidroit y de la Asociación Internacional de Juristas Andrés Bello. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y del Capítulo Rioplatense del Club Español del Arbitraje. Profesor honorario de varias universidades latinoamericanas. Autor de 20 libros y 200 artículos publicados en varios países e idiomas.

**Alfredo L. Rovira.** Doctor en Derecho (cum laude), Abogado (UBA) y Mediador. Profesor Regular Titular de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho, UBA, e invitado en posgrados de universidades nacionales. Es uno de los socios a cargo del Departamento de Derecho Societario y administrador del Estudio Brons & Salas. Árbitro, parte y perito experto en distintos arbitrajes en el CIADI, la Corte Internacional de Arbitraje y el Tribunal de Arbitraje Permanente de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Miembro permanente de paneles de arbitraje de organizaciones como Commercial Dispute Resolution Center of the Americas; Cámara de Comercio de los Estados Unidos; Cámara de Comercio Argentino-Brasileira de San Pablo; Centro de Conciliación y Arbitraje, San Pablo, Brasil; Bolsa de Comercio de la Ciudad de Montevideo. Autor de diversos libros y artículos en revistas especializadas. Conferencista y expositor en congresos y jornadas nacionales e internacionales. Miembro de Asociación Argentina de Derecho Comparado; Cámara de Sociedades Anónimas; International Bar Association (“Business Law Section”); The Fellows of the American Bar Foundation; Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional, entre otras.

**Daniel Alberto Sabsay.** Abogado, UBA. Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de París II, Francia; Profesor Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (UBA). Profesor Invitado de las Universidades de Estrasburgo (Francia), de Texas, Austin (EE.UU.) e Internacional de Andalucía (España). Director de la Carrera de Posgrado de Derecho Constitucional (UBA). Presidente de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN). Destacan entre sus libros *La Constitución de los Argentinos*, *La Constitución de los Porteños* y *Manual de Derecho Constitucional*. Director de Tratado Jurisprudencial y Doctrinario *La Ley - Derecho Constitucional y Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias*.

Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Ha sido condecorado con las insignias de Caballero y de Oficial de la Orden Nacional del Mérito por el Gobierno de Francia y con la Medalla al Mérito Académico por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Premios Buenos Aires, Pen Club y Justicia 2010, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES).



# El Comité Editorial

**Juan Pablo Alonso.** Abogado, UBA y doctor en filosofía del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, 2004. Es abogado penalista en la Ciudad de Buenos Aires (1994 a la actualidad). Ha sido docente del departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona (1990-1994) y es docente del departamento de Filosofía del Derecho de la UBA (1994 a la actualidad). Es profesor de posgrado de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Palermo. Ha sido profesor visitante y participante de seminarios de las Universidades de Génova, Autónoma de Barcelona, Pompeu Fabra, de Lisboa, Getulio Vargas (San Pablo), Federal de Paraná (Curitiba), Católica de Temuco (Chile), ITAM (México), Eafit (Medellín), Americana (Asunción del Paraguay), Nacional de Córdoba, Nacional de Mar del Plata y Nacional del Sur (Bahía Blanca). Participa en seminarios permanentes de Filosofía del Derecho (Eugenio Bulygin y Hugo Zuleta) y Derecho Penal (Daniel Pastor). Participó en más de cincuenta congresos y seminarios nacionales e internacionales de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Escribió un libro y seis artículos de Filosofía del Derecho y Derecho Penal.

**Gabriela Sandra Antonelli Michudis.** Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la UBA, con actualización en Derecho Concursal Profundizado, 2001, y posgrado con título de abogada especialista en Asesoría Jurídica de Empresas. Maestrando en Derecho Comercial y de los Negocios y doctorando en la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Facultad de Derecho desde 1997 en el Departamento de Carrera Docente. Adjunta del Departamento de Derecho Económico Empresarial para la materia Elementos de Derecho Comercial en la Cátedra Dr. Alfredo Rovira. Web master de la cátedra Dr. Alfredo Rovira. Diseñadora y administradora del Campus Virtual de la cátedra. Expositora en jornadas de Derecho Comercial e Insolvencia; en el Departamento de Posgrado en Derecho Penal de la Universidad de Palermo, autora de ponencias, moderadora y relatora en Congresos y encuentros científicos internacionales en materia de Derecho Comercial e Insolvencia Empresarial. Autora y coautora de artículos y de trabajos de investigación en materia de derecho mercantil.

**Lucas E. Barreiros.** Abogado, UBA, Magister en Derecho, Harvard Law School (2008), Becario Fulbright (2007-2008). Es Profesor Adjunto (Interino) de Derecho Internacional Público, Coordinador de la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Coordinador de Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesor de Derecho Internacional Público (Maestría en Estudios Internacionales, Universidad Torcuato Di Tella) y Profesor de Derecho Internacional Ambiental (Maestría en Derecho, Universidad de Palermo). Se desempeña como director e integrante de proyectos de investigación

sobre derecho internacional y relaciones exteriores. Ha sido consultor en materia de prevención de la corrupción y el lavado de activos en Guillermo Jorge & Asociados y en materia de acceso a la justicia en el Proyecto “Casas de Justicia” del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Jefatura de Gabinete de la Nación.

**Mariano H. Borinsky.** Abogado, UBA. Especialista en Derecho Penal egresado de la Carrera de Especialización en Derecho Penal (UBA). Especialista en Derecho Tributario (Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario). Profesor Adjunto regular del Departamento de Derecho Penal y Criminología (en las materias “Delitos económicos” y “Delitos Tributarios”, entre otras) y del Departamento de Posgrado (en la Especialización en Derecho Penal, en la Maestría en Derecho Penal del Mercosur, en la Especialización en Ministerio Público, en el Programa de Actualización en Derecho Penal Tributario y en el Programa de Actualización en Lavado de Dinero), todas de la Facultad de Derecho, UBA. Juez de Cámara de la Cámara Federal de Casación Penal. Ex Fiscal General a cargo de la Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando (UFITCo). Ex Fiscal General ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico. Coordinador de la Sección de Derecho Penal Aduanero y Tributario de la *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Secretario de Redacción de la *Revista de Derecho Penal Económico. Derecho Penal Tributario*. Doctorando Facultad de Derecho UBA bajo la tesis titulada “El fraude a la Hacienda Pública”. Autor de las obras *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Régimen Penal Tributario y Previsional* (en coautoría) y *El control de la sentencia condenatoria en materia penal* (en coautoría), entre otras.

**Emiliano J. Buis.** Abogado (orientación en Derecho Internacional), Licenciado y Profesor en Letras (orientación en Letras Clásicas) por la UBA, Master en Historia y Derechos de la Antigüedad por la Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne y Doctor en Letras Clásicas por la UBA. Ha realizado estancias posdoctorales como becario de investigación en Francia y Alemania. Es Profesor Adjunto Regular de Derecho Internacional en esta Facultad –donde además coordina la Secretaría de Investigación y dirige un Proyecto DECyT sobre Historia del Derecho Internacional Humanitario–, así como en la Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Además es docente del Área de Griego en la Facultad de Filosofía y Letras (UBA). Se desempeña como Investigador de Carrera del CONICET, es Investigador Permanente del Instituto “Ambrosio L. Gioja” y ha sido designado recientemente Fellow del Carnegie Council for Ethics in International Affairs y del Center for Hellenic Studies de la Universidad de Harvard. Actualmente es Coordinador de la Maestría en Relaciones Internacionales de la Facultad.

**Marisa Herrera.** Abogada. Doctora en Derecho, UBA. Investigadora Adjunta del CONICET. Especialista en Derecho de Familia, UBA. Profesora Regular Adjunta (Facultad de Derecho, UBA). Titular (Facultad de Derecho, Universidad de Palermo). Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, UBA.

Vicedirectora de la Maestría con orientación en Derecho Civil Constitucionalizado, Universidad de Palermo. Coordinadora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, UBA. Coordinadora del Área Civil –persona y familia– del Doctorado Intensivo para extranjeros, Facultad de Derecho (UBA). Vicedirectora de la *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*.

**Luciana Scotti.** Abogada (2002), egresada con Diploma de Honor y Medalla de Oro (UBA). Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación” y Premio “Alberto Tedín Uriburu” a la alumna de la carrera de Abogacía con el mejor promedio de su promoción. Magister en Relaciones Internacionales, UBA, 2006. Doctora de la Universidad de Buenos Aires (2010) con tesis sobresaliente, recomendada al Premio “Facultad” (Área Derecho Internacional). Posdoctoranda, admitida en 2012 (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Coordinadora y Profesora de la Maestría en Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho, UBA). Directora e integrante de Proyectos de Investigación DECyT y UBACyT. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Ex becaria UBA y CONICET. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos sobre temas de su especialidad.



La *Revista Pensar en Derecho* convoca a docentes, profesores e investigadores de la Facultad de Derecho a presentar artículos inéditos. Deben ser trabajos de investigación en el campo de las ciencias jurídicas o afines que respondan a criterios de relevancia social, innovación teórica, claridad conceptual, rigor metodológico y construcción de fuentes fiables.

La revista está animada por el propósito de generar un espacio de debate académico que permita dar a conocer cuáles son algunos de los principales temas de preocupación de la comunidad académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

### **Proceso y criterios de selección de los artículos por pares**

Los artículos serán seleccionados para su publicación a través de la modalidad de arbitraje por pares. Con ese fin, se aplicarán los siguientes criterios: a) originalidad del artículo; b) innovación en las reflexiones y propuestas; c) rigurosidad y coherencia académica; d) pertinencia en la articulación con otras áreas o disciplinas.

### **Estructura de los artículos**

Los trabajos deberán adherirse a las pautas de publicación de la *Revista*\*. Todos los artículos deben ser enviados en formato electrónico a [pensarenderecho@derecho.uba.ar](mailto:pensarenderecho@derecho.uba.ar)

\* disponibles en [www.derecho.uba.ar/pensarenderecho](http://www.derecho.uba.ar/pensarenderecho)