





LECCIONES  
Y  
ENSAYOS



FACULTAD DE DERECHO

Decana  
Dra. Mónica Pinto

Vicedecano  
Dr. Alberto J. Bueres

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora  
Mary Beloff

Subdirector  
Sebastián Picasso

Secretario  
Jonathan Brodsky



**CONSEJO DE REDACCIÓN**

**SEGUNDO SEMESTRE 2014**

**Director**

Patricio Enrique Kenny

**Secretarías de Redacción**

María de los Ángeles Ramallo

María Julieta Sarmiento

**Tutores/as**

Agostina Ghioldi

Ignacio Javier Lepro

Federico Eduardo Olivera

**Redactores**

Milton Fellay

Federico Maximiliano Mantiñan

Juan Nascimbene

Octavio Sambiase

**Colaboradores/as**

Sofía Aguilar

Alejandro Fernández

Adela Goberna

Fátima Robledo

Francisco Sáez Zamora

**PRIMER SEMESTRE 2015**

**Director**

Federico Maximiliano Mantiñan

**Secretaria de Redacción**

María de los Ángeles Ramallo

**Tutores/as**

Agostina Ghioldi

Francisco Sáez Zamora

**Redactores/as**

Milton Fellay

Adela Goberna

Ignacio Javier Lepro

**Colaboradores/as**

Alejandro Fernández

Patricio Enrique Kenny

**SEGUNDO SEMESTRE 2015**

**Director**

Federico Maximiliano Mantiñan

**Subdirectora**

Adela Goberna

**Secretarias de Redacción**

Camila Petrone

María de los Ángeles Ramallo

**Redactor**

Ignacio Javier Lepro

**Tutor**

Francisco Sáez Zamora

**Colaboradores/as**

María Paula Cardella

Ramiro Manuel Fihman

**PRIMER SEMESTRE 2016**

**Director**

Federico Maximiliano Mantiñan

**Secretaria de Redacción**

Camila Petrone

**Tutor**

Francisco Sáez Zamora

**Colaboradores/as**

María Paula Cardella  
Ramiro Manuel Fihman  
Ariel Salomón Liniado

## **SEGUNDO SEMESTRE 2016**

### **Directora**

Camila Petrone

### **Subdirectora**

Lucía Belén Araque

### **Secretario de Redacción**

Ramiro Manuel Fihman

### **Tutora**

María Paula Cardella

### **Colaboradores/as**

Federico Maximiliano Mantiñan

Francisco Sáez Zamora

Ariel Salomón Liniado

Valentín Otiñano

Inés Colombato

Karen Ailén Miranda

Ignacio Josué Arrossagaray

Dominique Steinbrecher

Juan Cruz López Guillermón

Todos/as los/as integrantes del Consejo de Redacción son  
estudiantes de grado de la Facultad de Derecho (UBA).

*Lecciones y Ensayos* invita a escribir respuestas o reacciones a los artículos publicados en la Revista. Para su publicación, dichas respuestas deberán ser enviadas, junto con los datos completos del autor, a [lye@derecho.uba.ar](mailto:lye@derecho.uba.ar).

FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES  
Y  
ENSAYOS

CONSEJO ASESOR

José Casás  
María Laura Clérico  
Anibal D'Auría  
Marisa Herrera  
Sandra Negro  
Marcelo Raffin  
Mario Villar

---

Algunos derechos reservados

Copyright by Departamento de Publicaciones  
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires  
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P (C1425CKB) -  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina  
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos  
está a cargo exclusivamente de los autores.

ISSN (en papel): 0024-0079.

ISSN (en línea): 2362-4620.

Los artículos de esta revista se distribuyen bajo una licencia Atribución-NoComercial-Sin-Derivadas 2.5 Argentina (CC BY-NC-ND 2.5 AR) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

Usted es libre para: Compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, bajo las siguientes condiciones: atribuir correctamente la fuente, proveer un link a la licencia, e indicar cualquier cambio en el material; no puede hacer uso del material con fines comerciales, ni distribuir el material modificado, en caso de mezcla, transformación o creación de nuevo material a partir de esta obra, sin permiso previo del editor y/o los respectivos autores.

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones  
Facultad de Derecho - UBA  
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P  
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina  
Tel./Fax: (54-11) 4809-5668

## ÍNDICE

Presentación.....	17
Editorial.....	21

### OBRAS Y RÉPLICAS

Casás, José Osvaldo, <i>Reimplantación del impuesto a la transmisión gratuita de bienes</i> , 1995/1996 (reedición) .....	27
Casás, José Osvaldo, <i>Doctores Honoris Causa por la Universidad de Buenos Aires designados a instancia de los Profesores de Finanzas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho</i> , 2016 .....	79
Kemelmajer de Carlucci, Aída, <i>Responsabilidad del abogado, del escribano y del juez</i> , 1998/1999 (reedición) .....	119
Kemelmajer de Carlucci, Aída, <i>La responsabilidad del escribano en la jurisprudencia del siglo XXI</i> , 2016 .....	177
Maier, Julio B. J., <i>República y justicia criminal</i> , 1988 (reedición) .....	207
Maier, Julio B. J., <i>A treinta años del proyecto de reforma de 1986 del Código Procesal Penal de la Nación</i> , 2016 .....	247
Mariani de Vidal, Marina, <i>Denuncia de daño temido. Consideraciones acerca del agregado al art. 2499 del Código Civil por la Ley 17711</i> , 1969 (reedición).....	285

Mariani de Vidal, Marina, <i>La “denuncia de daño temido” a más de cuatro décadas vista</i> , 2016 .....	301
Nino, Carlos Santiago, <i>Efectos del ilícito civil</i> , 1966 (reedición).....	307
Nino, Carlos Santiago y Bacqué, Jorge Antonio, <i>El tema de la interpretación de la ley en Alf Ross ejemplificado en dos fallos argentinos</i> , 1967 (reedición).....	319
Alegre, Marcelo, <i>El mundo ha vivido equivocado: acerca de dos tempranos ensayos de Carlos Nino</i> , 2016.....	327
Pinto, Mónica, <i>Los mecanismos de protección de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas</i> , 1997/1998 (reedición) .....	331
Pinto, Mónica, <i>Una nueva mirada sobre los procedimientos especiales de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos</i> , 2016 .....	345

#### ENTREVISTAS

Entrevistas a ex integrantes de los Consejos de Redacción de <i>Lecciones y Ensayos</i> (1956-2016) .....	361
¿Cómo publicar y participar en <i>Lecciones y Ensayos</i> ? .....	391

## PRESENTACIÓN

Los aniversarios, más allá de su formalidad, permiten reconocerse en una historia y, también, en un futuro. La historia de la Revista Jurídica *Lecciones y Ensayos* se inició con la idea y el empeño de un gran maestro, el profesor Ignacio Winizky. No encontramos mejor manera de celebrar los sesenta años de la Revista que integramos como estudiantes, que recordar a su fundador e inspirarnos en su ejemplo académico y personal.

Ignacio Winizky fue un hombre importante para la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Desempeñó en ella la investigación y la docencia, como Profesor Titular (y hacia el final de su trayectoria, como Profesor Emérito) de Derecho Comercial. Enseñó, hace medio siglo, desde un paradigma contemporáneo, de vanguardia para la época: respetaba al estudiante personal e intelectualmente, y privilegiaba el aprendizaje significativo y el desarrollo de la capacidad de razonamiento frente al acopio memorístico de información. También dirigió el Departamento de Publicaciones de esta casa de estudios y, desde esa posición, en el comienzo de su gestión fundó la revista más antigua de las editadas por la Facultad: *Lecciones y Ensayos*.

El editorial que redactó para encabezar el primer número de la Revista, publicado en el año 1956, constituye una referencia insoslayable y un recuerdo imborrable para quienes integramos la comunidad jurídico-académica de la Universidad de Buenos Aires, y es una muestra patente de su visión y de sus convicciones. Allí expresó Winizky la importancia de la intercomunicación entre profesores y alumnos, y la posibilidad de que los estudiantes contaran con "una tribuna donde adiestrarse en el escribir jurídico, donde formarse con el consejo y el ejemplo de sus profesores". Asimismo, pensó en *Lecciones y Ensayos* como una publicación hecha por estudiantes; con la colaboración de profesores, bajo la responsabilidad institucional y el sostén financiero de la Facultad, pero *efectivamente* dirigida por los más destacados alumnos de grado.

A partir de entonces, la Revista se convirtió en un espacio caracterizado por una fecundidad que no requiere mayores explicaciones. En lo que es

esencial, casi un centenar de ediciones publicadas —exactamente noventa y cinco al momento de escribir estas líneas— hablan de un récord para una publicación periódica argentina de cualquier tipo.

Además de la meticulosa labor editorial que representa el sentido y núcleo duro de la actividad desarrollada por los miembros de *Lecciones y Ensayos*, ella se ha constituido en un espacio académico prolífico en muchos otros sentidos: cerca de una veintena de concursos de ensayos, varios *dossiers* y números temáticos —muchos de los cuales fueron y siguen siendo la referencia bibliográfica de cabecera en cursos de grado y posgrado— reflejan su relevancia singular en la academia legal argentina. Basta recorrer la nómina de antiguos miembros del Consejo de Redacción para encontrar a numerosas mujeres y hombres que devinieron destacadísimos profesores, investigadores, abogados, magistrados, fiscales, defensores y funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público; así como basta haber formado parte de ella para comprender el alcance de los indelebles lazos identitarios y de camaradería que se generan al trabajar codo a codo, dentro de la mayor libertad académica y con la máxima rigurosidad, en pos de un resultado académico común, enriquecedor y trascendente, en un espacio que preexiste a quienes llegan a él y que sigue su curso una vez que sus integrantes se gradúan.

Sesenta años es mucho tiempo. En ese lapso sucedieron en la historia argentina muchas cosas, incluidas las mayores tragedias. Como no podía ser de otra manera, esos avatares afectaron a la Universidad de Buenos Aires, a la Facultad de Derecho y también a *Lecciones y Ensayos*; no obstante ello, la Revista (con algunas interrupciones y desórdenes institucionales) superó las adversidades y se mantiene en funcionamiento, como lo ha estado desde su fundación. Quienes la gestionan han sabido afrontar, también, los implacables y exponenciales avances de la tecnología: la disponibilidad de las ediciones en línea y en soporte digital, como así el acuciante requisito de la indexación en catálogos hemerográficos, son algunos de los desafíos exitosamente superados.

*Lecciones y Ensayos* ha sido testigo de dos reformas constitucionales, la profunda transformación del Código Civil de 1968, la sanción de las modernas leyes de sociedades, de contrato de trabajo, de concursos y quiebras, la consagración del estatuto de los consumidores, la entrada en vigencia de normativa protectoria del medio ambiente, la incorporación del juicio oral, la igualación jurídica del hombre y la mujer, la admisión del divorcio vincular y —años después— del matrimonio entre personas del mis-

mo sexo, entre tantas transformaciones significativas del derecho argentino. Recientemente, la publicación asistió –y dedicó el nonagésimo número a la temática– a la reforma integral de la codificación civil y comercial.

Hasta aquí el pasado. En cuanto al presente y al porvenir, hoy más que nunca, es fundamental que los alumnos de nuestra Facultad que busquen que sus años de estudiantes de derecho se caractericen por la excelencia académica, por la inspiración que motiva el trabajo arduo y asegura los mejores resultados, por la confraternidad y el respeto a las diferencias, en definitiva, por el más alto compromiso con los ideales de justicia que caracterizan a nuestra Casa de Estudios, se nucleen en torno de *Lecciones y Ensayos*.

Para cerrar estos párrafos, retornamos a las palabras del maestro Wini-zky, quien en el mentado editorial concluyó que “*Lecciones y Ensayos* en manos de los alumnos –entiéndase bien, de todos los alumnos–, dirigida y escrita en parte por ellos, es la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitaria argentina”.

Sesenta años después y desde el mismo lugar institucional que tenemos el honor de ocupar, hacemos nuestras esas nobles palabras, reafirmamos plenamente esa convicción, y renovamos nuestra confianza en los estudiantes que cada día hacen *Lecciones y Ensayos*, y en los que la harán en el futuro.

Mary Beloff - Directora  
Sebastián Picasso - Subdirector  
Jonathan M. Brodsky - Secretario



## EDITORIAL

Peca de ingenuo quien cree que *Lecciones y Ensayos* es simplemente una revista jurídica. Hoy, a sesenta años de su fundación, hemos aprendido que solo hay una cosa que puede perdurar a través del tiempo: una idea. Pero solo atraviesa el tiempo la idea que se comparte; la que queda dentro de la persona, muere con ella.

Eso hacemos en *Lecciones y Ensayos*: compartimos ideas porque no queremos que mueran. Lo hacemos en cada reunión debatiendo artículos, pero también cuando organizamos actividades sobre los temas que creemos importantes o cuando nos proponemos discutir cuál tiene que ser nuestro rol dentro de la sociedad en la que vivimos.

*Lecciones y Ensayos* nació como la idea de alguien que quiso darle a los estudiantes de la Facultad de Derecho la posibilidad de contribuir al debate y a la investigación, de participar de la actividad editorial y –sobre todo– de cuestionar lo ya escrito, tarea que entendemos central para nuestra formación. Esa idea que llevó al nacimiento de nuestra revista fue compartida y puesta en práctica y es gracias a ello que trascendió en el tiempo desde 1956 hasta nuestros días.

En esta difícil tarea de determinar qué papel jugamos dentro y fuera de la comunidad académica, no podemos cometer el error de ignorar la coyuntura. Nuestra revista –y no decimos “nuestra” porque nos pertenezca, sino porque nosotros/as pertenecemos a ella– no está aislada: forma parte de un sistema educativo y, en particular, de una universidad pública, que permite y promueve un espacio como este, abierto a quien quiera acercarse y donde los/as estudiantes, que reflexionamos críticamente sobre el trabajo de nuestros pares e incluso de nuestros/as propios/as docentes, podemos decidir el rumbo a seguir. Esta dinámica nos enorgullece porque nos hace crecer y, a la vez, porque contribuye a una educación y, al fin y al cabo, a una sociedad un poco menos injustas.

Pero como no debemos ignorar la coyuntura, sentimos la necesidad de recordar que *Lecciones y Ensayos* fue fundada en un contexto político

y social profundamente crítico para nuestro país: nos encontrábamos bajo el régimen de una dictadura cívico-militar que había conseguido el poder mediante un golpe de Estado. Hoy, sesenta años después, podemos decir con orgullo que nuestra revista no solo está comprometida con la divulgación científica y la academia jurídica en general, sino que levanta también las banderas de la democracia, la participación, el debate, el consenso y, fundamentalmente, la justicia. Porque estamos convencidos/as de que no existe justicia que no sea colectiva.

Este Consejo de Redacción ha tenido el honor de culminar el largo proceso de ideación, preparación, confección y edición de este número conmemorativo. Nos gustaría agradecer a todas las personas que han participado de este en calidad de autores/as, entrevistados/as, miembros de la revista y demás colaboradores/as. Este ejemplar hubiese sido irrealizable sin su compromiso y dedicación.

Por último, nos gustaría distinguir a aquellas personas que, a lo largo de estos sesenta años, hicieron posible esta revista tan valorada por la comunidad académica. A todos los Consejos de Redacción y a todos/as los/as que alguna vez acompañaron a *Lecciones y Ensayos* desde otros lugares, nuestra gratitud y saludo.

Esperamos sinceramente haber estado a la altura de las circunstancias y cumplido satisfactoriamente con esta enorme y gratificante responsabilidad.

CONSEJO DE REDACCIÓN

## OBRAS Y RÉPLICAS



Esta sección del número conmemorativo de los sesenta años de *Lecciones y Ensayos* está destinada a resaltar la importancia que ha tenido nuestra revista como foro editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, como así también a seguir contribuyendo al debate académico actual.

En este sentido, decidimos recopilar obras de quienes son hoy grandes juristas, que fueron publicadas en *Lecciones y Ensayos* en distintas épocas de la historia, con el factor común de que han sido escritas durante los primeros años de su formación académica. Contactamos a estos/as referentes del derecho –y en el caso de aquellos/as que lamentablemente ya no están con nosotros/as, a grandes exponentes de sus teorías– y les propusimos que escribieran un artículo –completamente abierto en cuanto a contenido y forma– que guardara algún tipo de relación con aquello publicado antaño.

De esta manera, contamos con las contribuciones de Marcelo Alegre, José Osvaldo Casás, Aída Kemelmajer de Carlucci, Julio Maier, Marina Mariani De Vidal y Mónica Pinto.

La sección está estructurada de la siguiente manera: primero, el/la lector/a encontrará el artículo “viejo” reeditado. Seguidamente, la réplica o comentario actual a dicha obra. Este orden se mantiene para cada uno/a de los/as autores/as.

Creemos que este tipo de publicaciones, inusuales en el mundo académico, enriquecen la discusión jurídica y nos ayudan a pensar la importancia del contexto en nuestra forma de ver y entender el mundo que nos rodea. Quizás podamos intuir que, a medida que nos vamos formando y adquiriendo experiencia, nuestra manera de concebir los distintos problemas –incluso los jurídicos– va madurando, transformándose, perfeccionándose, poniéndose en duda; al fin y al cabo, desarrollándose. Nos atrevemos a afirmar que las mejores ideas son las que jamás permanecen quietas.



## REIMPLANTACIÓN DEL IMPUESTO A LA TRANSMISIÓN GRATUITA DE BIENES\*

JOSÉ OSVALDO CASÁS

### I. CONTENIDO DEL PRESENTE TRABAJO

A casi dos décadas de su supresión en los ordenamientos tributarios locales, la provincia de Buenos Aires ha procedido, recientemente, a reimplantar el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes en su jurisdicción, bien que supeditada su operatividad al dictado de normas complementarias por el Poder Ejecutivo provincial. La circunstancia apuntada en el párrafo precedente, nos ha movido a efectuar una reseña sobre el gravamen, fundamentalmente dividida en cuatro módulos. El primero, dedicado a comentar las curiosas características y las observaciones constitucionales a que se ha hecho acreedor el impuesto, tal cual se lo ha concebido en el referido Estado provincial. El segundo se ocupará de historiar, en apretada síntesis, el papel que ha tenido el gravamen dentro del sistema tributario argentino, desde su nacimiento hasta su abrogación. El tercero será orientado a ponderar las circunstancias que justifican en la actualidad la reimplantación del impuesto local. Finalmente, el cuarto abordará las modalidades que, según nuestro parecer, deberá reunir, para superar de tal modo las numerosas críticas que de ordinario se le formulan.

\* Originalmente publicada en *Lecciones y Ensayos*, N° 64 y 65, 1995/1996, esta obra fue reeditada y publicada en el presente con motivo del aniversario N° 60 de la revista.

## II. REIMPLANTACIÓN DEL IMPUESTO A LA TRANSMISIÓN GRATUITA DE BIENES EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

El Boletín Oficial de la provincia de Buenos Aires, en el "Suplemento" del 23 al 31 de enero de 1995,<sup>1</sup> publicó la ley 11.612, autotitulada: Ley Provincial de Educación. El Capítulo IX de la citada norma, se refiere al "Fondo Provincial de Educación", su patrimonio y recursos, el que se nutre, además de otros ingresos, de los provenientes de varios conceptos tributarios o parafiscales. Se afectan con tal destino:

a) el 6% de lo recaudado por el juego de azar denominado Bingo (art. 126);

b) el 5% del beneficio bruto del juego de casinos asignado al Ministerio de la Familia y Desarrollo Humano (art. 127); y

c) un adicional de monto fijo, de \$1 y \$1,50, aplicable en el Impuesto a los Automotores y en el Impuesto Inmobiliario, según que la valuación fiscal de los bienes alcanzados por los expresados tributos, supere los montos que al efecto se fijan en cada caso (art. 129). Seguidamente, por el artículo 130, se restablece el impuesto que aquí comentamos, sobre la base de los enunciados que literalmente disponen:

"Artículo 130: Establécese un impuesto a la transmisión gratuita de bienes cuyo objetivo sea gravar todo aumento de riqueza a título gratuito, incluyendo: herencias, legados, donaciones, renunciaciones de derechos, enajenaciones directas o por interpósita persona en favor de descendientes del transmitente o de su cónyuge, los aportes o transferencias a las sociedades. Las escalas a aplicar serán progresivas en función de la cuantía de los bienes transmitidos y el grado de parentesco entre el transmitente y el beneficiario".

Dichas escalas, como asimismo las exenciones correspondientes serán especificadas en la reglamentación de la presente. "El total del monto recaudado resultante constituirá fuente de recursos del Fondo Provincial de Educación".<sup>2</sup> Corresponde señalar que, conforme al artículo 165, la ley ha entrado en vigencia al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial, esto es, el 19-11-1995, y que por el artículo 134, se dispone que el Poder Ejecutivo deberá reglamentarla en el plazo de sesenta días de dicha fecha, agregándose

1. Ejemplar n° 22.815, publicado el 31-1-1995, pp. 1 a 11.

2. Diario *La Nación*, editorial central del 25-II-1995, Primera Sección, p. 6.

que "en ausencia de reglamentación, los funcionarios competentes resolverán las situaciones sometidas a su consideración, atendiendo a la naturaleza de éstas y conforme lo normado por la presente ley, cuyo contenido es operativo".

A pesar de que la definición asumida en el último enunciado transcrito podría sugerir la operatividad actual y plena del gravamen, entendemos que el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes deviene en una primera etapa inexigible, situación que se mantendrá hasta tanto se dicte la reglamentación. Ello así, desde que existe un impedimento manifiesto para la determinación de un tributo incompletamente legislado, puesto que en la ley únicamente se describió, y de modo imperfecto, el elemento material del hecho imponible, sin fijar las exenciones, escalas, mínimos no imponibles y criterios de valuación de los bienes (elemento cuantitativo). La ley, si bien bosquejó el objeto del impuesto, no ha enunciado los restantes componentes estructurales del tributo, tales como sus sujetos pasivos (elemento personal), bienes atraídos al poder fiscal provincial (elemento espacial), y momento de perfeccionamiento del hecho imponible (elemento temporal), lo que impide, en términos concretos, establecer, además del quantum, quién, por qué, y cuándo debe ingresar el gravamen de marras.

## **II.A. Objeciones de índole constitucional**

A poco de haberse publicado la Ley Provincial de Educación, ya se han agitado las más diversas impugnaciones constitucionales contra el impuesto que se reimplanta. Una desapasionada consideración de éstas, exhibe a algunos de los reparos como totalmente huérfanos de sustento, e incluso desacertados al momento de interpretar regulaciones centrales del Estatuto Fundamental; mientras que, en cambio, otros, se muestran como un valladar insalvable, particularmente en cuanto a la implementación del tributo, mediante la delegación inconstitucional, por la que se difiere a la reglamentación la conformación prácticamente total de éste.

## **II.B. Competencia provincial para el establecimiento del impuesto**

En reciente artículo editorial del diario *La Nación*, titulado "Un impuesto arcaico e inconstitucional",<sup>3</sup> se levantan variadas críticas contra el

3. El diario *La Nación* ha dedicado, desde la rehabilitación de las instituciones democráticas

gravamen reimplantado por la Legislatura de la provincia de Buenos Aires. Entre ellas, se señala: "El tributo en cuestión es definitivamente un impuesto directo, de aquellos que la Constitución Nacional reserva a las facultades fiscales del Estado federal, y su aplicación en el ámbito provincial resulta, por lo tanto, contraria al orden institucional –que admite para las provincias la imposición indirecta– y extraña, además, a las atribuciones impositivas provinciales y a las tradiciones en la materia".

Las consideraciones contenidas en el prestigioso matutino son solo exactas en cuanto ubican al impuesto sucesorio dentro de las contribuciones directas –más allá de las dificultades que afronta la doctrina al adoptar criterios para diferenciar los impuestos en directos e indirectos–, pero en cambio, sorprendentemente, incurre en seria contradicción, con la hoy pacífica interpretación de la Constitución Nacional, en punto a la forma en que ha resuelto la distribución de la renta pública entre los diversos planos de gobierno. A este respecto, tanto en la doctrina constitucional como tributaria, e igualmente en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, se asigna a la Nación y a las provincias, en forma concurrente y permanente, la imposición indirecta, a excepción de las rentas aduaneras que son nacionales; reconociendo que los impuestos directos, en cambio, son recursos exclusivos, ordinarios y permanentes de las provincias, si bien la Nación puede acceder a ellos por tiempo determinado, cumplidos los requisitos de excepcionalidad consignados en el artículo 67, inciso 29, de la Constitución (texto 1853/1860), tributos que recaudados por la Nación, salvo afectación específica, en ambos casos, tanto directos como indirectos deberán ser coparticipados con las provincias (art. 75, inc. 2 g *in fine* del ordenamiento, según reforma de 1994).

En síntesis, a la fecha, nadie –salvo el editorial referido– cuestiona que el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, también denominado impuesto sucesorio, impuesto a la herencia, o impuesto al enriquecimiento patrimonial a título gratuito, constituye un recurso ordinario y permanente de los fiscos locales o provinciales, en tanto tributo directo, razón por la cual la provincia de Buenos Aires al sancionarlo no ha excedido en modo

---

en diciembre de 1983, tres artículos editoriales centrales fundando objeciones e una eventual reimplantación del impuesto sucesorio. Además del consignado en la nota número 2, pueden consultarse: "Sobre el impuesto a la herencia", del 18-I-1984, Primera Sección, p. 6 y "El impuesto en la herencia", del 19-V-1985, Primera Sección, p. 8.

alguno sus poderes conservados o retenidos a tenor del Estatuto Constitucional.

Se impone hacer la aclaración precedente, frente al inusual error incurrido por el diario *La Nación*, producto quizás de su persistente oposición al impuesto sucesorio,<sup>4</sup> ya que si bien las competencias tributarias del gobierno federal y de las provincias suscitaron encendidas polémicas hasta las primeras décadas del presente siglo, tal cual da cuenta Manuel L. López Varela, en la obra que publicara en el año 1925,<sup>5</sup> éstas quedaron acalladas con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 28-IX-1927, recaída en la causa: "*SA. Mataldi Simón Ltda. c/ provincia de Buenos Aires, por repetición de pago de impuestos*".<sup>6</sup> La uniforme interpretación constitucional, que sobre la asignación de las fuentes tributarias hemos referido, puede consultarse, entre otros muchos calificados exponentes del Derecho Tributario argentino, en las obras y trabajos de Juan Carlos Luqui,<sup>7</sup> Horacio A. García Belsunce,<sup>8</sup> Héctor B. Villegas,<sup>9</sup> Enrique J. Reig,<sup>10</sup> Enrique G. Bulit Goñi<sup>11</sup> y Rodolfo R. Spisso.<sup>12</sup> Dentro de los

4. LÓPEZ VARELA, M. L., *El Régimen Impositivo Argentino, su Organización Actual y su Reforma*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez e Hijo, 1925.

5. Fallos, 1492.

6. LUQUI, J. C., "Los poderes financieros del gobierno federal", L.L., t. 1977-B-879 y ss., y "La unidad de la Nación y los poderes financieros provinciales", L.L., t. 197B-C-1000 y ss. También pueden consultarse ambos ensayos en *Derecho Constitucional Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 79 y ss., y p. 89 y ss.

7. GARCÍA BELSUNCE, H. A., "La distribución de los poderes impositivos", en *Estudios Financieros*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 188 y ss.

8. VILLEGAS, H. B., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 59° ed., Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 215 y ss.

9. REIG, E. J., "Los Recursos del Tesoro Nacional en la Constitución Argentina", conferencias pronunciadas en la Academia Nacional de Ciencias Económicas el 16 de julio y el 20 de agosto de 1991, en el Seminario que sobre El régimen económico de la Constitución Nacional realizaron las Academias Nacionales de Ciencias Económicas, de Ciencias Morales y Políticas, y de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Separata respectiva, punto 2.2.: Las normas constitucionales de 1853. Sus antecedentes y enmiendas, p. 10 y ss.

10. BULIT GOÑI, E. G., "Distribución de competencias tributarias entre distintos niveles de gobierno", *Cuadernos Iberoamericanos de Estudios Fiscales*, n° 6, septiembre/diciembre de 1987, Madrid, 1987, p. 459 y ss.

11. SPISSO, R. R., *Derecho Constitucional Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 64 y ss.

12. GONZÁLEZ CALDERÓN, J. A., *Derecho Constitucional Argentino*, 3° ed., T. III, Buenos Aires, J. Lajouane, 1931, p. 50 y ss.

estudiosos del Derecho Constitucional basta citar, en sentido concordante, la reconocida opinión de Juan A. González Calderón,<sup>13</sup> Segundo V. Linares Quintana<sup>14</sup> y Germán J. Bidart Campos.<sup>15</sup>

## II.C. La doble imposición que generaría el impuesto

El editorial del diario *La Nación* también apunta que "El Estado nacional ya viene gravando los patrimonios y prevé extender la carga a todo el conjunto de los bienes, inclusive los que están dedicados a la producción", para agregar seguidamente: "el impuesto provincial a la herencia, aunque se llame de otro modo, vendrá a gravar los mismos patrimonios que están ya alcanzados por los tributos que percibe la DGI, en un flagrante caso de doble imposición, en una economía que necesita capitalizarse". A tal respecto, cabe efectuar dos puntualizaciones. La primera, que la doble o múltiple imposición ha tendido a ser eliminada mediante las obligaciones impuestas a los fiscoscontratantes por las sucesivas leyes de coparticipación impositiva, y en la actualidad por la ley 23.548,<sup>16</sup> y que a tenor de ésta última, por su artículo 99, inciso b, luego de consagrarse la prohibición de aplicar gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por dicha ley, se excluye expresamente del supuesto de analogía a "los impuestos provinciales sobre la propiedad inmobiliaria, sobre los ingresos brutos, sobre la propiedad, radicación, circulación o transferencia de automotores, de sellos, y transmisión gratuita de bienes". Y la segunda que, más allá de que difícilmente pueda sostenerse la analogía de los presupuestos de hecho de los gravámenes patrimoniales en sus variadas modalidades (Impuesto al Patrimonio Neto, Impuesto sobre los Capitales, Impuesto sobre los Activos, Impuesto sobre los Bienes Personales no incorporados al Proceso Económico, etc.), con el que alcanza a los enriquecimientos a título gratuito, es doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, partiendo de la ya citada causa "*Sociedad Anónima Mataldi, Simón Ltda. c/ provincia de Buenos Aires*", por repetición de pago de impuestos, sen-

13. LINARES QUINTANA, S. V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparada*, T. V, 2B ed., Buenos Aires, Plus Ultra 1979, p. 235 y ss., en particular p. 276.

14. BIDART CAMPOS, G. J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. II, Buenos Aires, Ediar, 1988, p. 123 y ss.

15. A.D.L.A., T. XLVIII-A, p. 53 y ss.

16. Fallos, 210:172.

tencia del 28-IX-1927, en materia de gravámenes indirectos, y sirviendo de ejemplo el caso "*Leopoldo L. Bofic/ provincia de Buenos Aires*",<sup>17</sup> sentencia del 3-III-1948, tratándose de tributos directos, que la doble imposición por sí sola no contraviene normas constitucionales, lo que la condujo a sostener que tal agravio, cuando es llevado a sus estrados, propone el tratamiento de una cuestión insustancial que no justifica la apertura del recurso y su pronunciamiento.<sup>18</sup> Todo ello, sin pasar inadvertido, que a partir de *in re* "*Gustavo A. Federking c/ Nación Argentina*",<sup>19</sup> sentencia del 28-VIII-1942, el alto tribunal agregó, que si bien el doble gravamen sobre la misma materia y por el mismo concepto no es inconstitucional, tal afirmación es válida "en tanto no se exceda el límite que fija el concepto de confiscatoriedad", doctrina que reiterara en las causas "*S. A. General Electric c/ Municipalidad de Rosario-Santa Fe*",<sup>20</sup> sentencia del 8-III-1963 y "*SA. Bodegas y Viñedos Saint Remy*",<sup>21</sup> sentencia del 6-VIII-1965, aspecto que deberá ser materia de invocación y prueba en cada caso que se ventile en la instancia judicial.

## II.D. Afectación al artículo 14 bis de la Constitución Nacional

Continuando con el editorial del matutino al que ya hemos hecho referencia, en él también se agrega que el acervo hereditario puede venir constituido por "una casa que no participe de producción alguna, y pagar el impuesto puede exigir, entonces, la venta o el desalojo de los herederos, sumando aflicciones en un momento particularmente doloroso para los familiares", rematando como conclusión que "desde este punto de vista, se ha sostenido que pueden verse comprometidos derechos consagrados por el artículo 14 bis de la Constitución que procura la protección integral de la familia".

La argumentación precedente, si bien efectista, en nuestro concepto, carece de consistencia, ya que todo hace suponer que un Impuesto a

17. CASÁS, J. O., *Presión fiscal e inconstitucionalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 126 y ss.; v. igualmente, Fallos, 1532227; 181:184; 184:639; 185:209; 188:462; 1932397; 217:189; 2202119; 2432280; 257:127; 2632534; 30121028. 13.

18. Fallos, 193:397.

19. Fallos, 255:66.

20. Fallos, 262:367.

21. A.D.L.A., t. XXXVI-D, p. 3333 y ss.

la Transmisión Gratuita de Bienes íntegramente legislado, contendrá las dispensas o excepciones correspondientes, dando cumplimiento al mandato constitucional de brindar tutela a la familia. Es útil tener presente que el impuesto que hoy se reimplanta en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, en su última regulación, esto es, en su Código Fiscal, texto ordenado en el año 1976,<sup>22</sup> Libro Segundo: Parte Especial; Título III: Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes; Capítulo IV: "Intereses y exenciones", contemplaba en el artículo 148, la exoneración de gravamen, entre otros, en los siguientes supuestos: "f) Las herencias a favor del cónyuge, o de los hijos o de los padres, cuando cada hijuela no exceda del límite que fije la ley impositiva, a cuyo efecto se computarán los anticipos o transferencias efectuadas en vida por el autor de la sucesión. Ésta exención rige también para los legados y donaciones [...] j) Las transmisiones por causa de muerte del bien de familia constituido conforme a la ley nacional 14.394, a favor de las personas mencionadas en el artículo 36 de ésta y siempre que no resultare desafectado dentro de los cinco años de dicha transmisión [...] Las transmisiones por causa de muerte a favor de ascendientes, cónyuges o descendientes del bien inmueble urbano destinado totalmente a vivienda del causante o su familia o de la finca rural explotada total y directamente por el causante o su familia, siempre que, en ambos casos, sean única propiedad y el valor del inmueble no exceda de la cantidad que fije la ley impositiva; [...] m) Las transmisiones por causa de muerte, de los depósitos dejados por los causantes en instituciones oficiales, o con personería jurídica de derecho público, para la adquisición de unidades de vivienda propia, siempre que los beneficiarios sean el cónyuge y/o hijos y cuyo monto no supere el importe que fije la ley impositiva".

Por otra parte, si nos detenemos en la Constitución de la provincia de Buenos Aires –texto según reforma introducida por la Convención Constituyente de 1994–, se advertirá que por el artículo 36, inciso 7°, se reconoce como derecho social el "derecho a la vivienda", comisionando a las autoridades para que promuevan el acceso a ésta y la constitución del asiento del hogar como bien de familia,<sup>23</sup> postulado que se infringiría si el Impuesto

22. A.D.L.A., Boletín Informativo, Suplemento Especial N° 2, 1994, p. 6 y ss.

23. Constitución de la Nación Argentina —Texto Oficial. Publicación ordenada por el Congreso de la Nación, mediante la ley 24.430 (A.D.L.A., Suplemento Especial, 1995).

a la Transmisión Gratuita de Bienes se convirtiera en una herramienta de despojo y de vulneración del apuntado derecho. En tales circunstancias, estimamos que la crítica que se formula desde este ángulo, resulta extemporánea por prematura.

## II.E. Indebida delegación de potestades legislativas

Como podrá comprobarse, el artículo 130 de la Ley Provincial de Educación, si bien consagra el establecimiento del Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, por el mismo solo se conforma un boceto difuso e insuficiente del objeto o elemento material del tributo, al tiempo que se imparte la directiva de que las escalas a aplicar sean progresivas en función de la cuantía de los bienes transmitidos y del grado de parentesco entre el transmitente y el beneficiario, delegando *in totum*, a la reglamentación de la ley, la caracterización efectiva del gravamen. Tal disposición resulta palmariamente inconstitucional y cae dentro del ámbito de prohibición definido por el artículo 29 de la Ley Fundamental, en cuya virtud se veda la concesión, por el Congreso al Ejecutivo nacional, y por las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, de facultades extraordinarias o la suma del poder público.

Sobre éste particular, la Constitución Nacional –incluso computando las reformas introducidas en el año 1994<sup>24</sup>–, ha asignado preponderancia a la rama legislativa en todo lo concerniente a la materia financiera, adquiriendo el consiguiente principio de legalidad, el carácter de estricta reserva de ley en el campo tributario. Es así que sin ley no hay tributo –arts. 49, 17 y 75, incs. 19 y 29–; pero igualmente, sin ley tampoco hay empréstito –art. 75, incs. 49 y 79–; presupuesto –art. 75, inc. 8–; ni moneda –art. 75, inc. 11–, en todos los casos del Estatuto Fundamental, texto resultante de la Reforma de 1994, lo que puede resumirse diciendo que sin ley, en la Constitución de la República Argentina, no hay finanzas.<sup>25</sup>

24. "Constitución de la Nación Argentina - Texto Oficial. Publicación ordenada por el Congreso de la Nación, mediante la ley 24.430 (AD.L.A., Suplemento Especial, 1995)."

25. CASAS, J. O., "Estudio preliminar sobre los aspectos introductorios al principio de reserva de ley en materia tributaria (Denominación del principio. Fundamentos. Sistemas)", en *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*, obra coordinada por el académico Horacio A. García Belsunce, realizada en homenaje al profesor Juan Carlos Luqui, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 151 y ss.

A su vez, la reserva de ley tributaria puede estar consagrada en dos formas puras diferentes. En sentido positivo, cuando se asigna la competencia al órgano constitucional depositario de la voluntad general y concedido para cumplir el rol legislativo; y de modo negativo, en el caso de que se prive de ella al órgano al cual la Constitución encomienda la función ejecutiva.

Además de las formas puras y expresas, algunas prescripciones constitucionales estatuyen la reserva de ley en forma bivalente –positiva y negativa al mismo tiempo–, mientras que otras importan definiciones implícitas sobre el particular. En nuestra Constitución, el principio se manifiesta en forma positiva en el artículo 49, cuando al enumerar los recursos que integran el Tesoro nacional, hace mención “a las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General”; en el artículo 52, en cuanto dispone que “a la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas”; y en el artículo 75, incisos 19 y 29, cuando asigna como atribución del Congreso: “1. Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación”, para agregar en el inciso 29: “Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las, que tengan asignación específica, son coparticipables”.

Por su parte, el principio adquiere su modalidad positiva-negativa cuando proclama la potestad normativa del Poder Legislativo y la exclusión de cualquier otro distinto, lo que ocurre cuando en la tercera proposición del artículo 17 del Estatuto se consagra que “solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4”. La regla se formula en forma negativa implícita o indirectamente, como lo señala el profesor Dino Jarach<sup>26</sup> cuando por el artículo 29 se previene que “el Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas

26. JARACH, D., *Curso Superior de Derecho Tributario*, T. I, 2° ed., Buenos Aires, Liceo Profesional Cima, 1969, p. 102.

provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria"; en el artículo 76, cuando "se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca"; y en el artículo 100, inciso 79, cuando, indirectamente, se acotan las atribuciones del Poder Ejecutivo en materia de recursos tributarios, en tanto al Jefe del Gabinete de Ministros, se le asigna la de "hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la Ley de Presupuesto Nacional", lo que descarta que esté habilitado para crear gravámenes.

A su vez, la facultad de normación presidencial, en general, reafirma en forma negativa el principio de reserva de ley tributaria, al reconocer un estrecho campo a tal actividad, ya que el artículo 99, inciso 29, del Estatuto Fundamental predica que "expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias", mientras que por el inciso 39, luego de sentar la regla, en el párrafo segundo, de que "el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable emitir disposiciones de carácter legislativo", en el párrafo tercero, cuando se admite la posibilidad excepcional de dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, se excluye tal facultad tratándose de "normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos".

Concordantemente con el programa y sistema constitucional de la República, el maestro Juan Carlos Luqui ha señalado que el principio constitucional de legalidad solo puede ser satisfecho, en tanto la ley formal-material contenga todos los elementos esenciales para crear de manera cierta la obligación, es decir: "a) el hecho imponible, definido de manera cierta; b) los presupuestos de hecho a los que se atribuirá la producción del hecho imponible; c) los sujetos obligados al pago; d) el método o sistema para determinar la base imponible, en sus lineamientos esenciales; e) las alícuotas que se aplicarán para fijar el monto del tributo; f) los casos de exenciones; g) los supuestos de infracciones; h) las sanciones correspondientes; i) el

órgano administrativo con competencia para recibir el pago; y j) el tiempo por el que se paga el tributo".<sup>27</sup>

A su vez, el profesor Dino Jarach ha efectuado distintas reflexiones describiendo un campo corriente de inconstitucionalidades. Consigna que "muchas veces los que proyectan leyes impositivas creen que la legislación pudo hacerse por medio de algunas normas genéricas y dejar que el Poder Ejecutivo termine la obra reglamentando todo aquello que quedó en la pluma del legislador"; para continuar: "con esa creencia puede decirse: se aplicará un impuesto sobre el activo neto de las empresas y el Poder Ejecutivo reglamentará lo que se entiende por activo y pasivo" dando poder "al Ejecutivo para establecer cuál es el hecho y la base imponible, o sea, en definitiva, establecer sobre qué recaerá el tributo", lo cual excede en mucho la facultad reglamentaria ya que ésta "sirve para aclarar algunos conceptos cuando las definiciones legales no son claras, o para especificar los principios en diferentes casos; pero cuando falta el concepto y no ha sido definido normativamente en la misma ley, no se puede encargar al Poder Ejecutivo que defina el concepto legal en que está contenido el hecho imponible, porque esto es lo mismo que decir que el Poder Ejecutivo expresará sobre qué se aplica el impuesto, y esto, evidentemente, viola el principio de legalidad en su propia esencia".<sup>28</sup>

Sobre este aspecto, el Modelo de Código Tributario para América Latina, preparado –en el año 1967– para el Programa Conjunto de Tributación OEA/BID, y que tuvo como integrantes de su Comisión Redactora a Carlos M. Giuliani Fonrouge, de la Argentina, Rubén Gomes de Sousa, de Brasil, y Ramón Valdés Costa, de Uruguay, en su Título I: "Disposiciones preliminares", Capítulo I: "Normas tributarias", artículo 49, anotado por los autores bajo el título "Materia privativa de la ley", dispuso: "Solo la ley puede: 1) crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho generador de la relación tributaria, fijar la alícuota del tributo y la base de su cálculo e indicar el sujeto pasivo; 2) otorgar exenciones, reducciones o beneficios; 3) establecer los procedimientos jurisdiccionales y administrativos, en cuanto estos signifiquen una limitación o reglamentación de los derechos o garan-

27. Luqui, J. C., "Las garantías constitucionales de los derechos de los contribuyentes", L.L., t. 142, p. 891 y ss., en particular p. 899; y ensayo publicado bajo el mismo título, en ap. cit. en último término en nota 6, p. 23 y ss., en particular p. 38. 27.

28. Jarach, D., ob. cit. en nota 25. T. I, p. 109 y ss.

tías individuales; 4) tipificar las infracciones y establecer las respectivas sanciones; 5) establecer privilegios preferencias y garantías para los créditos tributarios; 6) regular los modos de extinción de los créditos tributarios por medios distintos del pago".<sup>29</sup>

También en el campo doctrinal, en el Simposio sobre "El principio de legalidad en el Derecho Tributario",<sup>30</sup> realizado durante el año 1986, y organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, y el Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, con motivo de cumplirse treinta años de las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, se logró consenso entre los más destacados juristas en la especialidad, entre otros, en los siguientes puntos: "1. El principio de legalidad, recogido en las Constituciones latinoamericanas como principio fundamental del Derecho Público, tiene especial gravitación en materia tributaria, en la cual asume tenor de estricta legalidad; [...] 3. La ley debe establecer todos los aspectos relativos a la existencia, estructura y cuantía de la obligación tributaria (presupuesto de hecho, base de cálculo, exoneraciones, alícuotas), así como los relativos a la responsabilidad tributaria, a la tipificación de infracciones, imposición de sanciones y establecimiento de limitaciones a los derechos y garantías individuales; [...] 4. Las excepciones a este principio deben limitarse al mínimo, estar consagradas explícitamente en los textos constitucionales y en tales casos deben ser temporarias, condicionadas y detalladamente circunstanciadas, exigiéndose en todos los casos la ratificación parlamentaria".<sup>31</sup>

En el campo de nuestra jurisprudencia constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de la causa "*AM. Delfino y cía.*", apelando de una multa impuesta por la Prefectura Marítima, por infracción al artículo 117 del Reglamento del Puerto de la Capital,<sup>32</sup> sentencia del 20-VI-1927, sentó el principio de que "el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la Administración, ninguna

29. Modelo de Código Tributario para América Latina, preparado para el Programa Conjunto de Tributación OEA/BID, 2° ed., p. 10 y sigs., Secretaría General OEA, Washington D.C., 1968.

30. Simposio: El principio de legalidad en el Derecho Tributario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, República Oriental del Uruguay, Montevideo, 1986.

31. 3° *Revista Tributaria*, t. XIII, N° 75, año 1986, p. 520 y ss., Montevideo, publicación del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, 1987.

32. Fallos, 148:430.

de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos", ya que el enunciado "es un principio uniformemente admitido como esencial para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la Constitución y proclamado enfáticamente por ésta", agregando que la delegación opera "cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona, descargándolo sobre ella", para continuar: "existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de regular los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella; lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aun en aquellos casos en que, como en los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución".

El alto tribunal sentó idéntico distingo en materia tributaria al fallar la causa "*SA. Laboratorios Anodía c/ Nación Argentina*", sentencia del 13-11-1968, admitiendo la posibilidad de habilitar al Poder Ejecutivo para regular pormenores y detalles para la ejecución de la ley, siempre que la política legislativa hubiera quedado claramente establecida.

Como síntesis de los pronunciamientos judiciales anteriores a la Reforma Constitucional del año 1994, podemos decir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por un lado, no pudo pasar inadvertido el principio enfáticamente proclamado por el artículo 29 de la Constitución, que veda al Congreso conceder al Ejecutivo Nacional, y a las Legislaturas a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias o la suma del poder público; y por otro, desconocer la concreta realidad de numerosas habilitaciones de dicho tipo practicadas en nuestra República, particularmente en el curso de la segunda mitad del corriente siglo.<sup>33</sup>

Es así que dentro de la doctrina nacional del Derecho Constitucional y Administrativo, como lo señala Alberto B. Bianchi,<sup>34</sup> se ha ido admitiendo la delegación de facultades legislativas, al menos en su forma más restringida de delegación impropia, fijándole requisitos y límites en cuanto a su alcance y extensión, así como también a las materias delegables.

Una completa referencia sobre la delegación legislativa en materia tributaria, y los estrechos cauces dentro de los cuales no repugna a la Consti-

33. Fallos, 270:42.

34. CASÁS, J. O., ob. cit., en nota 24, p. 179 y ss.

tución Nacional, puede consultarse en el minucioso ensayo del académico Horacio A. García Belsunce,<sup>35</sup> en la obra que bajo su coordinación se realizara en homenaje al profesor Dr. Juan Carlos Luqui.<sup>36</sup>

Como consecuencia de la sanción de la ley 24.309,<sup>37</sup> que declaró necesaria la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853/1860, con las modificaciones de 1866, 1898 y 1957, el Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, produjo una Declaración el 26 de abril de 1994.<sup>38</sup> En la misma, en lo concerniente al punto G, del artículo 29, en que se abordaba el tema en consideración, se pronunció indicando que: "Si bien es saludable la restricción que propicia, en general, en torno de la delegación legislativa, parece razonable que ella sea aceptada, restrictivamente, para ciertas materias".

La norma menciona a las de administración, y esto podría plantear dudas sobre si comprende a las prescripciones de orden tributario, generando una incertidumbre que es necesario aventar. En nuestro criterio, resulta conveniente una definición más precisa –v.gr. proscribiéndola aun en situaciones de emergencia para los aspectos estructurales del tributo y admitiéndola en el ámbito de dichas situaciones solo en sus elementos cuantitativos de base y alícuotas–, debiéndose entender en su defecto –en la redacción hasta hoy propuesta–, que las únicas regulaciones tributarias que están comprendidas dentro de las materias de administración, son las que se ubican en el campo del llamado "Derecho Tributario Administrativo, formal o adjetivo, nunca en el campo material, sustantivo o de fondo", concluyendo más adelante: "Si se interpretara que la redacción de los enunciados contenidos en la ley 24.309 no es definitiva, propiciamos se recepte que la delegación legislativa en materia tributaria solo puede abarcar el Derecho tributario material o sustantivo en situaciones de emergencia y únicamente en cuanto al elemento cuantificante de la obligación tributaria, nunca respecto de cuestiones mate-

35. BIANCHI, A. B., *La delegación de funciones legislativas Contribución para el estudio de los llamados reglamentos delegado*, E.D., t. 122, p. 97 y ss. y *La Delegación Legislativa. Teoría de los Reglamentos Delegados en la Administración Pública*, Buenos Aires, Abaco, 1990.

36. GARCÍA BELSUNCE, H. A., *La delegación legislativa*, en *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 1 y ss.

37. A.D.L.A., t. LIV-A1 p. 89 y ss.

38. La Asociación Argentina de Estudios Fiscales ante la declaración de necesidad de reforma parcial de la Constitución Nacional, *Doctrina Tributaria Errepar*, t. XIV, p. 828 y ss.

riales o de fondo, dentro de pautas expresas y límites precisos contenidos en la ley sancionada por el Congreso, en la cual deberá definirse indubitablemente la política legislativa y el marco de acción del reglamento delegado”.

Así las cosas, la cuestión debe ser analizada a la luz de las especificaciones recogidas en el nuevo artículo 76 de la Constitución Nacional, por el cual “se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

Desde nuestra óptica, las disposiciones tributarias sustantivas difícilmente puedan ser subsumibles dentro del giro del artículo 76, cuando alude a “materias determinadas de administración”.

A su vez, el otro supuesto contemplado en el artículo, “emergencia pública”, podría conducir, igualmente, a descartar la delegación impropia en el campo del Derecho Tributario material, más aún si nos valiéramos de una interpretación sistemática que computara que la actual Constitución ha descartado la procedencia del dictado de “decretos por razones de necesidad y urgencia”, en materia penal, tributaria, electoral o en lo concerniente al régimen de partidos políticos.

Sobre la base de las consideraciones efectuadas, en la parte final del párrafo precedente, y equiparando la emergencia pública, con una situación configurante de un cuadro de necesidad y urgencia, bien podríamos concluir sosteniendo, que lo que no puede hacer el Presidente de la Nación ejercitando sus facultades legislativas excepcionales –mediante reglamentos de necesidad y urgencia–, tampoco puede realizarlo en virtud de reglamentos delegados.

De todos modos, como lo hemos afirmado en otra oportunidad,<sup>39</sup> estimamos que en circunstancias excepcionales de emergencia pública es posible admitir la delegación impropia en el campo tributario sustantivo cumplidos los requisitos que a continuación se indican y dentro de determinados límites:

1° Que se verifique una situación efectiva de emergencia pública, que justifique la inmediatez y celeridad de la ejercitación del cometido por la rama ejecutiva, evitando las demoras propias del trámite parlamentario.

39. CASÁS, J. O., “Reserva de ley en materia tributaria y la reforma constitucional de 1994”, en *Doctrina Tributaria Errepar*, número extra 177, p. 344 y ss., en particular p. 356 y ss.

2° Que la delegación impropia no abarque los elementos estructurales del hecho imponible, esto es, sus distintas dimensiones (material, personal, espacial y temporal), y solo comprenda los aspectos cuantitativos de la obligación tributaria, o sea, los montos fijos, las alícuotas, las escalas, y en el caso de los gravámenes *ad valorem*, el establecimiento de sus bases imponibles. Igualmente apreciamos que es factible habilitar a la Administración para que decida, bajo ciertas circunstancias, la suspensión en la aplicación de los tributos, con carácter transitorio. Ello así, porque solo en tales supuestos es posible que los cuerpos legislativos establezcan las bases, el marco o el margen dentro del cual habrá de desenvolverse el Departamento Ejecutivo.

3° Que la delegación impropia se ciña a aquellos gravámenes que efectivamente requieran de la adopción de adecuaciones periódicas durante la emergencia, razón que justamente fundamenta que se flexibilice el principio de reserva de ley.

4° Que la política legislativa sobre el punto, o las bases de la habilitación, estén suficiente y claramente definidas, estableciéndose los criterios y parámetros mínimos y máximos dentro de los cuales puede operar el Departamento Ejecutivo, puntualizando a resultados de qué condiciones quedará habilitado para dictar los reglamentos motivados en la delegación impropia.

5° Que siendo los órganos depositarios de la voluntad general los titulares del poder tributario, la modalidad a través de la cual puedan habilitar a los departamentos ejecutivos para practicar los ajustes cuantitativos en la aplicación de ciertas leyes fiscales sea, en todos los casos *pro tempore*, esto es, con plazo fijo para su ejercicio, tal cual lo demanda el artículo 76 del Estatuto Fundamental.

6° Que se cumplan todas las formalidades establecidas en la Constitución Nacional y en su caso en las Constituciones provinciales. Para el supuesto del Gobierno Central, deberá contarse con el refrendo del Jefe del Gabinete de Ministros y el consiguiente control de la Comisión Bicameral Permanente. Computados los recaudos enunciados precedentemente, y confrontados con el artículo 130 de la Ley Provincial de Educación, todo nos conduce a concluir que estamos en presencia de una manifiesta y palmaria inconstitucionalidad, por contener una delegación prohibida por la Ley Suprema que importa conceder al gobernador de la provincia de Buenos Aires facultades extraordinarias, fulminadas de nulidad insanable por el artículo 29 de la Constitución de la República.

Ello resulta evidente en tanto se tenga en cuenta:

a) Que se ha delegado en el Ejecutivo Provincial la facultad de definir y regular el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, con alcance integral, sin invocar siquiera que tal abdicación de poder por parte de la Legislatura, responda a una situación de emergencia pública. Más allá que la alegación referida, tampoco hubiera bastado para justificar un desplazamiento *in totum* de las potestades impositivas en favor de otro poder local, máxime cuando el declinante es el órgano depositario de la voluntad general y titular nato del poder tributario.

b) Que la delegación no se ha limitado a aspectos cuantitativos del tributo, sino a todos sus elementos estructurales. La insuficiente intervención de la Legislatura Provincial, queda patentizada a través de la simple compulsula de la última regulación vigente del Impuesto Sucesorio en la provincia de Buenos Aires, el cual, en el Código Fiscal (T.O.1976), Libro II, Título III, requirió de seis capítulos, y de cuarenta y un artículos, del 116 al 156, ambos inclusive. Alguno de ellos con numerosos incisos, como el artículo 118 sobre transmisiones gravadas –con nueve–, el artículo 121 relativo a integración de la transmisión imponible –con ocho–, el artículo 129 referente a determinación del valor de los bienes –con dieciocho– y el artículo 148 sobre exenciones –también con dieciocho–, a lo que cabe sumar los artículos 89, 99 y 10 de la Ley Impositiva de ese mismo año. La necesidad de tratamientos y definiciones precisas para legislar el impuesto, también se comprueba, si recorremos las disposiciones de la ley 20.632<sup>40</sup> por la cual se regulaba en el ámbito de la Capital Federal el Impuesto al Enriquecimiento Patrimonial a Título Gratuito, desde que debió valerse de treinta y dos densos y extensos artículos.

c) El Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes no es, justamente, de aquellos gravámenes que requieren de adecuaciones periódicas durante la emergencia, como ocurre, en cambio, con la imposición al comercio exterior o a los consumos.

d) La Ley Provincial de Educación no fija, como hubiera sido menester, las bases de la habilitación con suficiencia y claridad, ni en lo cuantitativo consigna parámetros sobre impuestos mínimos o máximos, circunstancia que también invalida el impuesto que en tales condiciones se establezca.

40. A.D.L.A., t. XIGKIV-A, p. 124 y ss.

e) Si bien la norma provincial, por el artículo 134, con alcance general, pone a cargo del Poder Ejecutivo la obligación de reglamentar la ley en el plazo de sesenta días de su entrada en vigencia, tal disposición difícilmente pueda conciliarse con una habilitación *pro tempore*, fundada en la emergencia. Debe tenerse presente que la doctrina constitucional que hemos venido tratando, y que dimana de nuestra Ley Fundamental, proyecta en plenitud sus conclusiones en el ámbito provincial. Por un lado, ya que a tenor del artículo 52 del Estatuto Supremo, se dispone: "Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional...", a lo que cabe agregar que el artículo 31 del mismo ordenamiento consagra: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...".

Y por el otro, que como corolario de tales prescripciones la Constitución de la provincia de Buenos Aires, según reforma de 1994, en su artículo 45, ha dejado establecido: "Los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les han sido conferidas por esta Constitución, ni atribuir al Poder Ejecutivo otras que las que expresamente le están acordadas por ella", reproduciendo el anterior artículo 33 de la Constitución de 1934".<sup>41</sup>

Todos los desarrollos precedentes nos permiten concluir en este aspecto, afirmando, en forma categórica, que el reglamento que dicte el Departamento Ejecutivo provincial para poder implementar el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes en dicha jurisdicción, será manifiestamente inconstitucional, y así deberá decretarlo cualquier tribunal de justicia independiente, que no se aparte de los principios jurídicos basales –reserva de ley tributaria, separación de poderes y seguridad jurídica–, en que se asienta la República, ni la doctrina reiterada desde antiguo y consolidada en sucesivos pronunciamientos de nuestro máximo tribunal.

41. A.D.L.A., t. XVI-B, p. 1467 y ss.

### III. EL IMPUESTO A LA TRANSMISIÓN GRATUITA DE BIENES EN LA ARGENTINA

Trataremos de historiar aquí, brevemente, el papel que ha tenido el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes en nuestro ordenamiento financiero, desde su nacimiento hasta su abrogación. También haremos referencia al intento de reimplantarlo como impuesto nacional sujeto a coparticipación, distribuyéndose solo entre las provincias, el entonces Territorio Nacional de Tierra del Fuego, y la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, iniciativa que llegara a tener media sanción legislativa.

#### III.A. Período colonial

Según Carlos M. Giuliani Fonrouge,<sup>42</sup> en las colonias españolas, el impuesto sucesorio tuvo su antecedente en el "Reglamento para la cobranza de la contribución temporal sobre los legados y herencias en las sucesiones transversales", y fue implantado por la Real Cédula del 11-VI-1801, mandada a observar en el Virreinato del Río de la Plata por el Virrey del Pino, el 6-X-1803. Fue un módico impuesto que operaba con las siguientes tasas: 1) sucesiones entre cónyuges 1%; 2) sucesiones entre colaterales 2%; 3) sucesiones a favor de extraños 4% y 4) transmisiones de mayorazgos, vínculos, patronatos de legos u otros de su clase 50% de la renta. A su vez, se encontraban exentas: a) las herencias diferidas a ascendientes o descendientes en Línea recta; b) los legados al alma del testador; c) las herencias de las personas que acreditaron haber pagado un tributo personal existente y d) las sucesiones que no alcanzaran los dos mil pesos.

#### III.B. Gobierno patrio

Producida la Revolución de Mayo de 1810, el Gobierno Patrio, por decreto del 30-IX-1812, ratificó la vigencia del Reglamento Colonial, determinando que las herencias entre cónyuges también quedaban exentas.<sup>43</sup> Por resolución del 13-VIII-1817, se afectó el recurso para "ser dotados

42. GIULIANI FONROUGE, C. M., *Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes - Doctrina, legislación Nacional y Extranjera, Jurisprudencia Argentina y Norteamericana*, Buenos Aires, El Ateneo, 1937, p. 31 y ss.

43. GIULIANI FONROUGE, C. M., ob. cit. en nota 41, p. 32.

los maestros que han de presidir a los Estudios del Colegio, antes llamado de San Carlos"<sup>44</sup> inaugurándose una tradición reiteradamente seguida con posterioridad, en virtud de la cual el producido del apuntado impuesto se afectó a la rama educativa. Durante el desarrollo de la Guerra de la Independencia, el Congreso General, por decisión tomada el 18-IV-1819,<sup>45</sup> dispuso que el Reglamento Colonial para la cobranza de la contribución sobre legados y herencias en sucesiones transversales, solo regiría para el caso en que los herederos fueran americanos, ya que cuando se tratara de herencias de españoles europeos a favor de no americanos, se pagaría una contribución equivalente al 50% del monto del acervo, lo mismo que en el caso de institución de legados al alma del testador.

### **III.C. Gravámenes sucesorios provinciales anteriores a la Organización Nacional**

En los debates que tuvieron lugar en la ciudad de Santa Fe, con motivo del Congreso Constituyente que habría de sancionar nuestro Estatuto Fundamental, puede leerse en las actas de sesiones, que el convencional José Benjamín Gorostiaga, a cargo del Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales, en la sesión del 23-IV-1853, dio cuenta de la aplicación del impuesto sucesorio como gravamen local.

Así relató, al preguntarse sobre los recursos que se dejaban a las autoridades provinciales luego de la nacionalización de las rentas aduaneras, que por la lectura de los periódicos de aquella ciudad, se había informado de la significación que tenían para las rentas de la provincia de Santa Fe "los derechos de patente, papel sellado, corrales, impuesto sobre herencias, boletas de marcas, multas policiales y contribución directa",<sup>46</sup> los que importaban, excluyendo los derechos de importación y exportación, la mitad de los ingresos de la apuntada provincia, de donde resulta, no solo la existencia del impuesto sucesorio, sino que se lo distinguía y ubicaba dentro del catálogo de los más importantes recursos de esa jurisdicción.

44. *Ibid.*

45. *Ibid.*

46. RAVIGNANI, E., *Asambleas Constituyentes Argentinas (seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación)*, T. II, Segunda Parte, Buenos Aires, Peuser, 1937, p. 503 y ss.

A su vez, Carlos M. Giuliani Fonrouge<sup>47</sup> ha historiado el desenvolvimiento del impuesto a la herencia en las provincias cuando éstas, luego de 1820, recobraron en plenitud las facultades que habían encomendado inicialmente a las autoridades centrales, haciendo una relación del gravamen, en el período previo a la organización constitucional. Relató así, las características con que adoptaron el tributo las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos y Jujuy.

Los rasgos más comunes que tuvo el impuesto en tal etapa embrionaria, fueron: a) el gravamen alcanzaba, por lo general, solo a las herencias transversales o a terceros; b) en algunos casos se encontraba legislado dentro de los derechos de papel sellado, o registro; y c) su destino tuvo afectación específica, particularmente, en fomento de las escuelas de primera enseñanza.

### **III.D. Gravámenes sucesorios provinciales posteriores al año 1853**

Ya sancionada la Constitución de 1853, el gravamen siguió rigiendo como recurso local, extendiéndose a las originarias catorce jurisdicciones provinciales. Los ocho Territorios Nacionales provincializados, al iniciarse la segunda mitad de este siglo, también integraron su cuadro rentístico con el impuesto sucesorio, bajo la denominación entonces preponderante de Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes.

### **III.E. El Impuesto Sucesorio en la Capital Federal y Territorios Nacionales**

Luego de federalizarse la ciudad de Buenos Aires, prontamente se sancionó la ley 1.420,<sup>48</sup> de Educación Común, por cuyo artículo 44, y como integrantes del Tesoro común de las Escuelas se contempló, por el inciso 11, un gravamen del 5% a toda sucesión entre colaterales, con excepción de hermanos, mientras que por el inciso 12, se estableció otro con la tasa del 10% a las herencias o legados entre extraños, como a toda institución a favor del alma del testador, o de establecimientos religiosos, siempre, en ambos incisos, que la sucesión excediera de mil pesos moneda nacional

47. GIULIANI FONROUGE, C. M., ob. cit., en nota 41, p. 33 y ss.

48. A.D.L.A., Complemento 1881-1888, p. 126 y ss.

y fuera abierta en jurisdicción de la Capital, Territorios y Colonias nacionales. El apuntado gravamen fue posteriormente sustituido por una Ley de Impuesto a la Herencia, que brindó tratamiento unitario al tributo, en dieciséis artículos, manteniendo su afectación específica. Ello ocurrió con motivo de la sanción de la ley 4.855,<sup>49</sup> por la cual se gravó toda transmisión por causa de muerte o donación de bienes situados en la Capital y Territorios nacionales, desde el 1-1-1906, con un impuesto sobre el monto de cada hijuela, legado o donación, con escalas progresivas en función del importe transmitido y de la relación de parentesco entre el causante y el beneficiario. El impuesto sucesorio sufrió, a lo largo de su vigencia, diversas modificaciones legislativas. Su última regulación en tal jurisdicción fue la sancionada por la ley 11.287<sup>50</sup> y su postrer texto ordenado correspondió al año 1972.<sup>51</sup>

### **III.F. El Impuesto Sustitutivo del Gravamen a la Transmisión Gratuita de Bienes**

En el año 1951 se sancionó la ley 14.060,<sup>52</sup> por cuyo artículo 59 se estableció, con carácter transitorio, el Gravamen Sustitutivo del Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes. El mismo se aplicaría en todo el territorio de la Nación, alcanzando a las sociedades de capital en forma anual, y a la tasa del 1% sobre el capital y reservas. La aplicación, percepción y fiscalización de éste quedó a cargo de la Dirección General Impositiva, determinándose que su producido se distribuiría entre los distintos fiscos, sobre la base del principio de la radicación económica de los bienes detentados por las sociedades.

Correlativamente con el establecimiento de este gravamen, se modificó el régimen de los impuestos locales a la transmisión gratuita de bienes, excluyendo las inversiones en acciones en la determinación del haber sucesorio. La medida tuvo el propósito de combatir y compensar las evasiones en el impuesto a la herencia, originadas en el régimen de anonimato accionario, resultante de la ley 13.925.<sup>53</sup>

49. A.D.L.A., Complemento 1889-1919, p. 684 y ss.

50. A.D.L.A., Complemento 1920-1940, p. 163 y ss.

51. A.D.L.A., t. XXXII-C, p. 3513 y ss.

52. A.D.L.A., t. XI-A, p. 164 y ss.

53. A.D.L.A., t. X-A, p. 72 y ss.

En tales circunstancias, los posibles causantes transferían el grueso de su patrimonio a sociedades de capital, para posibilitar, mediante su no inclusión en el activo de las herencias, la incidencia del gravamen sucesorio, lo que explica que al impuesto que se creaba se lo denominara "sustitutivo".

### **III.G. Derogación del Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes en jurisdicción nacional como consecuencia de la sanción del Impuesto al Patrimonio Neto**

Con la sanción de la ley 20.046,<sup>54</sup> por su Título V, artículo 5°, se estableció el Impuesto al Patrimonio Neto, por el término de diez años, desde el 31-XII-1972. Éste resultaba aplicable en todo el territorio de la Nación a las personas físicas y a las sucesiones indivisas.

Correlativamente, por el Título VII, artículo 79, se dejó derogado, a partir del 19-I-1973, la Ley de Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes (T.O.1972). En la Nota al Poder Ejecutivo, acompañando el proyecto de ley, se dejó indicado, que junto con la implantación del Impuesto al Patrimonio Neto se derogaba el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, en razón de diversos fundamentos que seguidamente se explicitaban.

Así, se indicó que el último de los gravámenes había perdido sustento, ya que la realidad económica indicaba que solo los patrimonios de pequeña y mediana envergadura quedaban alcanzados, como consecuencia de la adopción de formas jurídicas que permitían a los grandes patrimonios la elusión del gravamen, lo que lo tomaba altamente regresivo. Se hizo notar también, que el impuesto abrogado debía afrontarse en el momento más difícil por el que solía atravesar el haber patrimonial, "ya que desaparecido el causante, se pierde la continuidad en la obtención de riquezas y se enfrenta a la sucesión con el serio problema de enajenar parte del haber sucesorio a los fines de su cumplimiento".

Se anticipaba, por último, que era "de esperar que las provincias" asumieran "similar actitud respecto de los tributos locales con igual base de imposición", procediendo a derogarlos.

54. A.D.L.A., t. XXXIII-A, p. 65 y ss.

### **III.H. Reimplantación del Impuesto Sucesorio en jurisdicción nacional bajo la denominación de Impuesto al Enriquecimiento Patrimonial a Título Gratuito**

La ley 20.632<sup>55</sup> reimplantó, en jurisdicción de la Capital Federal, la gravabilidad de las herencias, legados y donaciones, a partir del 19-1-1974. El nuevo tributo pasó a denominarse Impuesto al Enriquecimiento Patrimonial a Título Gratuito. La ley se originó en un proyecto del Poder Ejecutivo, que fue tratado en la Cámara de Diputados en las sesiones del 4 y 13 de diciembre de 1973, aprobándose en la segunda de ellas. Considerado por la Cámara de Senadores, ésta lo aprobó con modificaciones en la sesión del 21 de diciembre del mismo año, volviendo en revisión a la Cámara Baja, la que le dio sanción definitiva en la sesión del 27 de diciembre de dicho año.

Un hecho saliente del nuevo régimen fue abarcar dentro del objeto del impuesto a las acciones, cuotas o participaciones sociales y otros valores mobiliarios representativos de su capital, lo que se complementó con otras medidas legislativas orientadas a asegurar la nominación de los apuntados títulos.

### **III.I. Derogación de los impuestos sucesorios en el orden nacional y provincial, como consecuencia de la nueva legislación sobre Impuesto al Patrimonio Neto**

Sancionada la ley 21.282,<sup>56</sup> se estableció con carácter de emergencia, por el término de diez ejercicios fiscales, a partir del 31-XII-1975 inclusive, un gravamen que se aplicaría en todo el territorio de la Nación, llamado a recaer sobre el patrimonio neto al 31 de diciembre de cada año, integrado, total o parcialmente, por bienes situados en el país, de las personas físicas y las sucesiones indivisas, cualquiera que fuere el lugar de su domicilio o radicación. Juntamente con el nuevo gravamen, por el artículo 19, se derogó la ley 20.632 de Impuesto al Enriquecimiento Patrimonial a Título Gratuito, desde la fecha de publicación de la ley para los actos entre vivos, y desde el 19-I-1974, en el caso de transmisiones por causa de muerte o ausencia con presunción de fallecimiento.

55. A.D.L.A., t. XXXIV-A, p. 124 y ss.

56. A.D.L.A., t. XXXVI-B, p. 1047 y ss.

El Mensaje suscripto por el entonces Ministro de Economía, reprodujo las mismas consideraciones que se habían vertido en oportunidad de decidirse la anterior derogación del Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes por la ley 20.046.

La participación que le cupo al entonces titular de la Cartera Económica, Dr. José Alfredo Martínez de Hoz, en la abrogación retroactiva del gravamen, fue motivo de suspicacias, desde que su padre había fallecido el 26 de marzo de 1976, lo que originara mucho tiempo después –en el año 1984–, una carta de lectores del funcionario publicada en el diario *La Nación*<sup>57</sup> en la cual explica las razones por las que la apuntada medida en nada habría influido en la situación de la herencia recibida.

Un hecho representativo de lo que hemos denominado “unitarización tributaria compulsiva”<sup>58</sup> fue el constituido por el artículo 20 de la apuntada ley 21.282, en tanto dispuso: “El Ministerio del Interior requerirá de las jurisdicciones provinciales la derogación de los tributos locales que gravan las transmisiones gratuitas de bienes”, solo explicable en el obrar de un gobierno de facto y en una actitud de desprecio absoluto a la Constitución Nacional. En cumplimiento de la directiva indicada en el párrafo precedente, la provincia de Buenos Aires por la ley 8.604,<sup>59</sup> derogó el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, legislado en el Título Tercero, Libro Segundo, del Código Fiscal (T.O.1978), y los artículos 8°, 9° y 10 de la Ley Impositiva de ese año, con vigencia a partir del 19-I-1976 para las transmisiones por causa de muerte y, para las restantes, a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, la que se produjo el 20-V-1976.

### **III.J. Iniciativa de reimplantación del Impuesto al Enriquecimiento Patrimonial a Título Gratuito, como tributo nacional íntegramente coparticipado a las jurisdicciones locales**

Por Mensaje N° 758, del 30-IV-1985,<sup>60</sup> el entonces Presidente de la Nación, Raúl R. Alfonsín, remitió al Congreso de la Nación, un proyecto

57. Diario *La Nación* del 24-III-1984, Primera Sección, p. 6

58. CASÁS, J. O., “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, en *Revista Derecho Tributario*, t. X, p. 1 y ss., en particular p. 9

59. A.D.L.A., t. XXXVI-B, p. 1482 y ss.

60. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Sesiones Ordinarias, 34° Reunión, continuación de la 19° Sesión Ordinaria del 26 y 27 de septiembre de 1985, T. IX, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1988, p. 6245 y ss.

de impuesto de emergencia, por diez años contados desde la fecha de su publicación, de cuyo producido coparticiparían únicamente las provincias, el entonces Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, por el cual se gravarían los enriquecimientos patrimoniales obtenidos a título gratuito por personas físicas o de existencia ideal –incluyendo sociedades, asociaciones, entidades y cualesquiera otros sujetos de derecho–, en tanto tales enriquecimientos provinieran de bienes situados en el país y tuvieran por causa algunos de los hechos o de los actos normativamente previstos para tal fin.

El gravamen proyectado respondía al definido propósito de mejorar la equidad y progresividad del sistema tributario, estableciendo montos mínimos no imponibles actualizables, para dejar a l margen del impuesto a los enriquecimientos que no denotaran cierta capacidad contributiva; se gravaba en cabeza de los beneficiarios, en razón de las herencias, legados, donaciones, renunciaciones de derechos hereditarios o creditorios, o las percepciones por causa de muerte del capital asegurado; se establecían escalas progresivas en función del monto del beneficio y del grado de parentesco; se trataba de dotar de la mayor simplicidad posible a los mecanismos determinativos y de recaudación, sometiendo el impuesto a reglas que lo asimilaban a los demás tributos de autodeclaración; se lo regía por la Ley Nacional de Procedimientos Tributarios; y el alcance cuantitativo de la obligación tributaria se fijaba a través de una declaración única jurada, dada la extensión nacional del tributo, desligando el juicio sucesorio del proceso determinativo.

La iniciativa, con modificaciones, fue despachada favorablemente por la Comisión de Presupuesto y Hacienda de la Cámara de Diputados, con disidencia parcial del legislador José A. Furque, suscribiendo el Informe de la mayoría el diputado por la Capital Federal, Jesús Rodríguez.<sup>61</sup> El proyecto resultó aprobado por la Cámara Baja, prácticamente sin oposición ni debates, en la sesión del 26 y 27 de septiembre de 1985, recogándose las observaciones del diputado Furque.<sup>62</sup>

La falta de tratamiento en tiempo oportuno por la Cámara de Sena-

61. Diario de Sesiones de La Cámara de Diputados, ob. cit. en nota 59, p. 6238 y ss.

62. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, ob. cit. en nota 59, p. 6254 y ss., y 6519 y ss.

dores del proyecto con media sanción, produjo la caducidad del trámite parlamentario.

#### IV. PELIGROS Y VENTAJAS DE LA REIMPLANTACIÓN DEL IMPUESTO A LA TRANSMISIÓN GRATUITA DE BIENES. REQUISITOS PARA UN ADECUADO FUNCIONAMIENTO EN UN ESTADO FEDERAL

Con un título en que se invierten los términos aquí propuestos, y en que se aludía a "Ventajas y peligros del Impuesto Sucesorio", Carlos M. Giuliani Fonrouge, en el Capítulo III de su libro sobre el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes,<sup>63</sup> desarrolló los argumentos que han vertido defensores y detractores del tributo.

Aquí, también nosotros abordaremos las críticas que, corrientemente, se formulan a los impuestos sucesorios, y seguidamente los fundamentos que, en nuestro parecer, justifican su reimplantación actual en la Argentina, sugiriendo, igualmente, las modalidades que debería reunir para un mejor funcionamiento, atendiendo, sobre todo, a la forma de Estado federal asumida por la Constitución.

##### IV.A. Peligros del Impuesto Sucesorio

Quien mejor ha resumido, en fecha reciente, las observaciones que se pueden formular al Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, ha sido nuestro maestro, el académico Horacio A. García Belsunce, en un artículo publicado en el diario *La Nación*.<sup>64</sup>

Según el destacado tributarista, las invocaciones a la equidad que realizan los impulsores de la restauración del impuesto, sobre la base de su carácter directo, no advierten que tal medida, habida cuenta de la baja incidencia recaudatoria que se le reconoce, resulta ineficaz para modificar la acentuada regresividad del sistema tributario argentino; la capacidad de pago que lo fundamenta se desentiende de la capacidad contributiva efectiva de los responsables, la cual varía si el beneficiario

63. GIULIANI FONROUGE, C. M., ob. cit. en nota 41, p. 71 y ss.

64. GARCÍA BELSUNCE, H. A., "El impuesto a la transmisión gratuita de bienes", en Diario *La Nación* del 26-V-1936, Sección Economía Marítima, p. 14.

ha contado con recibir la transmisión, o si la herencia es puramente inesperada y de cuantía, ya que en este último caso habrá efectivamente una capacidad de pago muy alta por unidad monetaria recibida, comparada con la que denotan herencias de la misma magnitud y de la cual son beneficiarios huérfanos y viudas necesitados; la redistribución de la riqueza que propicia, igualmente se ha alcanzado, y de manera menos traumática, conforme a los preceptos del Código Civil, que se han convertido en un eficaz medio para dividir las herencias; el impuesto impacta desfavorablemente en el ahorro y la inversión, alentando el consumo; algunos autores que lo conciben fuertemente progresivo, participan de la idea de utilizarlo como un medio para cercenar, e incluso, eliminar el derecho de propiedad; su aplicación genera dificultades, en innumerables situaciones, como las que se producen frente a los llamados "regalos de costumbre"; su impacto, de no usarse un sistema integrado y de promediación con la renta de varios ejercicios, se convierte en una penalidad grave para el beneficiario del enriquecimiento; y, finalmente, el apuntado impuesto, atenta contra el principio de economía de la recaudación, en cuanto implica la creación de mecanismos de determinación, cobro, verificación y fiscalización costosos, frente a lo exiguo del rendimiento estimado.

Del mismo modo se afirma, en cuanto a la capacidad de pago, que el impuesto sucesorio hace abstracción de la capacidad real del responsable, desentendiéndose de la que pudiera exhibir tal sujeto antes y después de producirse el enriquecimiento a título gratuito.

Se destaca también, que los impuestos patrimoniales en sus distintas variantes (Impuesto Sustitutivo del Gravamen a la Transmisión Gratuita de Bienes, e Impuesto al Patrimonio Neto en sus versiones conforme a las leyes 20.046 y 21.284), fueron concebidos para reemplazar los impuestos hereditarios, según resulta de los antecedentes parlamentarios de la ley 14.060, y de los mensajes de las restantes dos leyes individualizadas en el presente párrafo. Por ello, la coexistencia de ambas contribuciones se convertiría en un exceso fiscalista inadmisibile.<sup>65</sup>

Conforme lo expresa Vicente Oscar Díaz,<sup>66</sup> se comprueba en el Dere-

65. Diario *La Nación*, editorial central del 19-V-1985, publicado bajo el título "El impuesto a la herencia", Primera Sección, p. 8.

66. DÍAZ, V. O., "Reflexiones acerca de una posible reimplantación del impuesto a las trans-

cho comparado una tendencia actual a sustituir los impuestos sucesorios por un tributo complementario a la renta y al gasto, método que, además de atender mejor a la realidad económica y social moderna, posiblemente disminuiría algunos de los efectos negativos de esta imposición. En cuanto al costo de recaudación, los datos obtenidos más recientemente durante la vigencia de los impuestos sucesorios en la Argentina, demostrarán no solo una magra recaudación, sino también un alto costo para la administración fiscal, equivalente a casi un tercio de su producido.<sup>67</sup>

Desde otro ángulo, la determinación del gravamen produciría una sustancial prolongación de los expedientes sucesorios, dificultando la administración y disposición de los bienes objeto del tributo.<sup>68</sup>

La aplicación del impuesto conduciría a resultados inequitativos, pesando fundamentalmente sobre la riqueza inmobiliaria o sobre otros bienes registrables, frente a "una casi segura evasión cuando el acervo del causante se encuentre compuesto por dinero, divisas, joyas o títulos al portador".<sup>69</sup>

En el caso de transmisión de acciones de sociedades anónimas, de tomarse en cuenta para determinar la base imponible, cuando cotizan en Bolsa dicho valor, y en los demás casos el resultante de la contabilidad de las empresas, se consagraría una marcada desigualdad de trato.<sup>70</sup>

Desde el punto de vista de las inversiones extranjeras de reimplantarse el impuesto, se reducirían las ventajas comparativas del país para recibir capitales foráneos, ya que en muchos otros el tratamiento fiscal ha tendido a ablandarse.<sup>71</sup> Tal situación se agravaría sensiblemente de contemplarse un "recargo por ausentismo", como ocurriera tradicionalmente en la Argentina. En tal sentido, puede consultarse el artículo 30 de la ley 11.287 (según texto de su ordenamiento originario), artículo 19 de la ley 20.632 y artículo 31 de la normativa con sanción legislativa por la Cámara de Diputados en el año 1985.

---

misiones patrimoniales a título gratuito", Sección Actualidad Impositiva, *La Información*, t. XLVIII, p. 688 y ss., con cita de The Structure and Reform of Direct Taxation, Report of a Committee chaired by professor J. Meude, Institute for Fiscal Studies.

67. Diario *La Nación*, editorial cit. en notas 56 y 64. Igualmente v. GARCÍA BELSUNCE, H. A., art. cit. en nota 63.

68. Diario *La Nación*, editorial cit. en nota 64.

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*

## **IV.B. Ventajas del Impuesto Sucesorio**

En nuestro país, tanto Carlos M. Giuliani Fonrouge<sup>72</sup> como Dino Jarach,<sup>73</sup> se han ocupado de enumerar las ventajas que se derivan de aplicar un Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, criterio que, en sus lineamientos generales, también suscribimos. En la doctrina comparada, baste citar, en igual sentido, las opiniones de John F. Due<sup>74</sup> y Fritz Neumark.<sup>75</sup>

Seguidamente, habremos de tratar los fundamentos en base a los cuales se auspicia la aplicación de impuestos al enriquecimiento patrimonial a título gratuito, como la refutación a las críticas más comunes que de ordinario se les formulan.

### *IV.B.1. Aspectos constitucionales*

#### IV.B.1.a. Equidad

Todo sistema tributario debe tender a un reparto equitativo de las cargas públicas, más aún en nuestra República, cuyo Estatuto Fundamental, en su artículo 49, consagra expresamente tal directiva en materia de contribuciones. Esto dicho sin desconocer que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación coexisten dos familias de fallos; de un lado, unos pocos, conforme a los cuales la falta de equidad de los tributos se convierte en causal suficiente para decretar su invalidez constitucional; y de otro, un apreciable número de pronunciamientos, a cuyo tenor la equidad, entendida como la necesidad del tributo o ponderación de los resultados que produce en el contribuyente y en la comunidad, no es materia revisable en sede judicial.

Carlos M. Giuliani Fonrouge entiende que el gravamen sucesorio "es uno de los impuestos más justos, no solamente por percibirse en

72. GIULIANI FONROUGE, C. M., ob. cit. en nota 41, p. 78 y ss.

73. JARACH, D., *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 1° reimp. de la 1° ed., Buenos Aires, Cangallo, 1985, p. 729 y ss., en particular p. 735 y ss.

74. DUE, J. F., *Análisis Económico de los Impuestos: en el Cuadro General de las Finanzas Públicas*, 2° ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1968, p. 333 y ss.

75. NEUMARK, F., *Principios de la Imposición, a través de la consideración del impuesto de sucesiones a la luz de cada uno de los principios que se desarrollan*, Madrid, Instituto de Estudios fiscales, 1974.

ocasión de un acrecentamiento patrimonial que no responde a ninguna actividad personal del contribuyente, sino también por su carácter casual y por responder a un caso evidente de aumento de la capacidad tributaria".<sup>76</sup>

Por su parte, Dino Jarach considera que "tanto el impuesto sobre el acervo global como los que gravan las asignaciones a herederos, legatarios o donatarios, satisfacen las exigencias de la equidad y justicia tributaria según las valoraciones predominantes".<sup>77</sup>

A su vez, Fritz Neumark, al referirse a un sistema fiscal ideal, en razón de ser fiscalmente productivo y de posible implementación, "justo", y económicamente racional, ha entendido que debe comprender necesariamente, pero también solamente, los siguientes impuestos:

- 1°) un impuesto general sobre la renta;
- 2°) un impuesto de sociedades;
- 3°) un impuesto general sobre el patrimonio;
- 4°) un impuesto sobre el volumen de ventas, concebido y aplicado como impuesto general de consumos; y
- 5°) "un impuesto de sucesiones".<sup>78</sup>

John F. Due, más allá de consignar algunas reservas al impuesto a herencias y donaciones, tal cual se lo ha implementado en los Estados Unidos de Norteamérica, señala que "desde el punto de vista de la equidad, la justificación fundamental de los impuestos sucesorios es el hecho de que la percepción de herencias, legados o donaciones representa un mejoramiento en el bienestar económico del beneficiario, que puede gravarse con justicia, ya que son relativamente pocas las personas afortunadas que perciben legados o donaciones de consideración en el transcurso de sus vidas", consiguientemente "existe plena justificación para gravar en forma adicional a quienes en verdad lo hacen", agregando que "siendo esos ingresos suplementos del rédito corriente, la imposición no interfiere con los niveles corrientes de vida".<sup>79</sup>

76. GIULIANI FONROUGE, C. M., ob. cit. en nota 41, p. 79.

77. JARACH, D., ob. cit. en nota 72, p. 741 y ss.

78. NEUMARK, F., ob. cit. en nota 74, p. 462.

79. DUE, J. F., ob. cit. en nota 73, p. 347.

Debemos añadir que si bien la reimplantación del impuesto sucesorio, por sí sola no producirá el milagro de alterar las características que signan a nuestro sistema tributario y que lo ubican dentro de los más altamente regresivos, al menos importará un avance, poco significativo quizás, pero demostrativo de la intención de no abandonar el propósito de dotar, gradualmente, de mayor equidad a la distribución de las cargas públicas, proceso alentado, recientemente, por la incipiente recuperación de la *performance* recaudatoria de la restante imposición directa (vgr. ganancias y bienes personales).

#### IV.B.1.b. Inaequitas maxima o confiscatoriedad

No debe perderse de vista que todo impuesto en principio equitativo, si se estructurara sobre la base de tasas marcadamente elevadas, o de escalas fuertemente progresivas, conducirá, paradójicamente, a lo que Roberto Tamagno<sup>80</sup> dio en denominar *inaequitas maxima*, esto es, a la afectación de la garantía constitucional del derecho de propiedad por confiscación. A tal respecto, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de la causa "*Doña Rosa Melo de Cané, su testamentaria s/ inconstitucionalidad de un impuesto a las sucesiones en la provincia de Buenos Aires*",<sup>81</sup> sentencia del 16-XII-1911, dejó establecido que todo impuesto a la transmisión de bienes por causa de muerte, que alcance a una parte sustancial de la propiedad o a la renta de varios años del capital gravado, constituye una verdadera exacción o confiscación prohibida por la Constitución Nacional, agregando "que el poder de crear impuestos está sujeto a ciertos principios que se encuentran en su base misma, y entre otros al de que ellos se distribuyan con justicia; habiéndose observado con fundamento que las imposiciones que prescindan de aquellos, no serían impuestos sino despojo". El máximo tribunal trajo también en su apoyo, el criterio sustentado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, la que, aplicando disposiciones menos explícitas que las nuestras, había sostenido en uno de sus fallos: "Si ocurriera alguna vez un caso en que bajo el nombre de impuesto progresivo o en otra forma se imponga una exacción arbitraria y

80. TAMAGNO, R.: *El contribuyente. Sujeto pasivo de la Obligación Tributaria*, p. 45 y ss, Buenos Aires, Perrot, 1953.

81. Fallos, 115:111.

confiscatoria, sería la oportunidad de considerar si el Poder Judicial puede otorgar amparo, aplicando los principios inherentes y fundamentales para la protección del individuo, aun cuando no haya para ello autoridad expresa en la Constitución”.

En cuanto a los niveles de tasa de un impuesto a las herencias y donaciones, correlacionándolo con la capacidad contributiva, se hace necesario formular aquí una reflexión. Si bien la Corte Suprema de Justicia estableció desde antiguo, un tope máximo al tributo consistente en el treinta y tres por ciento del beneficio recibido,<sup>82</sup> de procederse a su reimplantación, deberá meditarse serenamente si tal limitación cuantitativa es suficiente, tomando en cuenta que cuando fue fijada, se lo concibió en un contexto económico diferente al actual, caracterizado por una baja presión fiscal global que toleraba un impuesto sucesorio pronunciadamente elevado, mientras que la realidad de hoy es muy distinta, ya que exhibe una proliferación explosiva de tributos, los cuales en conjunto resienten y debilitan la capacidad contributiva y la efectiva posibilidad de pago de este nuevo gravamen.

#### IV.B.1.c. Capacidad contributiva

Si bien nuestra Constitución no ha consagrado explícitamente el principio de capacidad contributiva, este fluye inequívocamente de la doctrina de nuestro máximo tribunal a partir de las causas: “*Ana Massotti de Busso y otros c/ provincia de Buenos Aires*”<sup>83</sup> sentencia del 7-IV-1947, y “*Mario B. Gaviña v. Provincia de Buenos Aires*”<sup>84</sup> sentencia del 4 de diciembre del mismo año. Allí se arribó a la aludida regla por conducto de la garantía constitucional de la igualdad, entendiéndose que ésta se cumplía, en tanto se brindara igualdad de tratamiento tributario, a iguales, en iguales circunstancias de capacidad contributiva. Queda ahora por ver si el impuesto sucesorio toma en cuenta o se desentiende de la capacidad contributiva de los sujetos llamados a pagarlo.

82. CASÁS, J. O., ob. cit. en nota 17, Cap. V, “Garantías constitucionales comprometidas por extralimitación en la intensidad de la presión tributaria conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación computando un solo tributo sobre una única manifestación de riqueza”, p. 77 y ss.

83. Fallos, 207:270.

84. Fallos, 209:431.

Señala Dino Jarach que el impuesto al enriquecimiento por vía de herencia, legado o donación, tiene la rara virtud de no ser trasladable, por lo menos del modo, o con los mecanismos que comúnmente conocemos y, en consecuencia, los contribuyentes percutidos son los efectivamente incididos, lo que recomienda el tributo en tanto, "dichos fenómenos de incremento del patrimonio evidencian una capacidad contributiva propia y peculiar de los sujetos gravados, que está constituida –en la mayoría de los casos– por una súbita modificación en su nivel patrimonial, sin que ello modifique los equilibrios del mercado".<sup>85</sup>

Bueno es admitir, de todos modos, que los impuestos sucesorios, en punto a una precisa captación de la capacidad contributiva "son susceptibles de perfeccionamiento, si se adecua la progresión, teniendo en cuenta el patrimonio propio del heredero", como lo señalara el profesor Dino Jarach,<sup>86</sup> pero tal metodología, sin duda conceptualmente correcta, conspiraría contra la simplificación que tanto se reclama en la determinación del gravamen, acrecentando, por lo demás, los ya elevados costos de recaudación y fiscalización que se denuncian.

Desde otra perspectiva, las observaciones que se le formulan por la distinta intensidad con que opera, captando en plenitud la capacidad contributiva, cuando las transmisiones vienen constituidas por bienes inmuebles o bienes muebles registrables, mientras que a menudo resulta ineficaz para capturar otras transmisiones, particularmente las de dinero efectivo, divisas, obras de arte, joyas o títulos al portador, fácilmente sustraíbles del gravamen, si bien describen una desigualdad –en términos de resultado recaudatorio– al momento de gravar diversas manifestaciones de capacidad contributiva, tal argumentación no tiene suficiencia para descalificar el tributo, ya que en tal caso, la disparidad en la imposición no proviene de la ley, sino de la aplicación incorrecta que de ella se haga, en tanto se facilite o se consienta la evasión. Ello debe conducir a recoger –reinstalado el impuesto el desafío de prevenir, evitar y castigar implacablemente los comportamientos omisivos y/o fraudulentos en que puedan incurrir o desplegar los responsables.

85. JARACH, D., ob. cit. en nota 72, p. 734.

86. JARACH, D., ob. cit. en nota 72, p. 742.

#### IV.B.1.d. La progresividad de las escalas y la disposición constitucional sobre proporcionalidad de las contribuciones

Si bien la noción de proporcionalidad, como nota característica de los tributos, aparece en nuestra Carta Constitucional en los artículos 4 y 75, inciso 29 (texto según reforma de 1994), la interpretación de dichas disposiciones ha descartado que ellas proscriban la utilización de escalas progresivas, como las que de ordinario se utilizan en la imposición sucesoria, ya tomando en cuenta el monto del enriquecimiento, ya el grado de parentesco entre el causante y el beneficiario.

Debe recordarse al respecto, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "*Don Eugenio Díaz Vélez c/ provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad de impuesto*",<sup>87</sup> sentencia del 20-VI-1928, admitió la utilización de escalas progresivas –en ese caso en el impuesto inmobiliario–, al entender que la proporcionalidad a que se refiere la Constitución, debe considerarse como proporcionalidad indeterminada a la riqueza, aproximándose también, con tal hermenéutica, al concepto de capacidad contributiva.

#### IV.B.1.e. Igualdad

Son abundantes las observaciones que a menudo se formulan frente a los usuales o posibles tratamientos diferenciales a que pueden conducir los diversos modelos, proyectos y leyes de impuesto a la herencia. Ello ocurre desde el momento en que se establecen mínimos no imponibles; se consagran exenciones, tales como la que comprende a la casa-habitación o a otros bienes transmitidos; se estructuran escalas diferentes, por un lado para ascendientes, descendientes y cónyuges, y por otro, para colaterales y terceros; se fijan recargos a no residentes en el país; o se adoptan dispares métodos para la valuación de los bienes transmitidos, según sean inmuebles, muebles, créditos, participaciones sociales, acciones –conforme coticen o no en Bolsa–, títulos, etcétera.

A tal respecto, es bueno recordar que el legislador, sobre la base de ponderaciones de mérito, oportunidad o conveniencia, puede dispensar tratamientos diversos a la materia imponible y formar distintas categorías

87. Fallos, 151:359.

de contribuyentes, siempre que tales temperamentos no se sustenten en diferenciaciones arbitrarias, no respondan a propósitos de hostilidad contra algunos individuos o clases de personas, ni encierran indebido privilegio personal o de grupo.

Asimismo, las consecuencias diversas que pudieran originarse, según que el acervo sucesorio se vea constituido por activos líquidos, o por empresas en funcionamiento, tampoco generan agravios sustentables mediante la invocación de la garantía constitucional de la igualdad, ya que ésta no habilita dichos planteos cuando la diversidad de resultados es consecuencia de la distinta conformación de los presupuestos fácticos subsumibles en las hipótesis de incidencia del tributo.

Es así, que los criterios calificadores que la ley pueda consagrar resultarán válidos salvo irrazonabilidad manifiesta, admitiéndose que las categorías y tratamientos que se establezcan se refieran primordialmente a consideraciones económicas, sin perjuicio de ser igualmente legítimas las fundadas en razones de conveniencia, justicia social o bien común, ajenas por tanto, a la simple medida objetiva de la capacidad contributiva de los responsables. A este respecto, la fijación de adicionales o recargos en el caso de que el beneficiario del enriquecimiento sucesorio fuera residente en el exterior, mereció expresa convalidación jurisprudencial por parte de nuestro máximo tribunal. Así en la causa "*Segundo Fernández Aguilera (sucesión)*",<sup>88</sup> sentencia del 4-VI-1948, la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió hacerse cargo del agravio planteado por los recurrentes, en el sentido de que el impuesto cobrado había absorbido entre el cuarenta y dos y el cuarenta y nueve por ciento del haber transmitido, si se consideraba el valor de los bienes resultantes de la venta judicial de ellos.

Sobre el punto, en lo que aquí interesa, señaló la Corte "que el establecimiento de una categoría distinta con los ausentes tiene razón de ser en la naturaleza de la situación de que se trata, tanto que el límite máximo de la equidad de un impuesto desde el punto de vista de la garantía de la propiedad no puede ser el mismo para el contribuyente radicado en el país y para el que está domiciliado en el extranjero". De todos modos, si bien el Tribunal no acogió el planteo de inconstitucionalidad incoado, tampoco explicó, en dicho fallo, el monto máximo a que podía llegarse "entre el impuesto y su respectivo adicional por ausentismo". Ello ocurrió,

88. Fallos, 211:34.

poco después, *in re*: "*Eduardo A. Shepherd s/ sucesión*",<sup>89</sup> sentencia del 22-XII-1948, oportunidad en que ratificó que correspondía, al momento de establecer el límite de lo que podía ser válidamente absorbido por el impuesto, hacer diferencias entre los contribuyentes domiciliados y los no domiciliados en el país, declarando que para quienes estaban radicados en el extranjero, era constitucionalmente válido un gravamen que insumiera hasta el cincuenta por ciento de lo transmitido.

Continuando con el recargo de ausentismo en el impuesto sucesorio, cabe recordar que luego del cambio de composición del Tribunal a resultas de la revolución triunfante de septiembre de 1955, se hizo abandono de la anterior doctrina. Así, el 2-V-1956, la Corte Suprema de Justicia al dictar sentencia en la causa "*Carlos Vicente Ocampo*",<sup>90</sup> ratificó que la discriminación hecha por el artículo 30 de la ley 11.287 entre herederos domiciliados en el país y herederos domiciliados en el extranjero no pugnaba con el principio de igualdad impositiva consagrado por el artículo 16 de la Constitución Nacional pero, puntualizando a continuación, que el recargo no podía ser ilimitado al extremo de conducir al aniquilamiento de la transmisión hereditaria cuando el beneficiario residía en el extranjero, con lo cual unificó la tasa máxima en las dos hipótesis –beneficiarios residentes y no residentes en el país– fijándola en ambos casos en el treinta y tres por ciento.

#### *IV.B.2. Aspectos económicos*

Si bien son muchos los efectos económicos que puede producir un impuesto a las donaciones y sucesiones, nos detendremos solamente en aquellos más importantes, inspirados fundamentalmente en la intención de refutar las críticas que de ordinario se suscitan cuando se aplican tales gravámenes.

##### IV.B.2.a. Tutela del derecho de propiedad

Muy a menudo se indica que el impuesto sucesorio afecta severamente el derecho de propiedad, e incluso que la filosofía que lo inspira, al menos en algunos autores, se orienta decididamente a la destrucción del capital.

89. Fallos, 212:493.

90. Fallos, 234:129.

El desacierto de la observación precedente, según Carlos M. Giuliani Fonrouge,<sup>91</sup> ha quedado demostrado por el simple transcurso del tiempo ya que, a pesar de la vigencia de los impuestos sucesorios en los países con economía libre, el capital no ha desaparecido. Agrega el autor que de admitirse tal tesis, esta sería igualmente válida para los restantes impuestos sobre la propiedad —ya se trate de los aplicados a los bienes singular o universalmente considerados—, no habiendo razón ninguna para particularizar el agravio solo contra este tipo especial de imposición.

Debe agregarse igualmente, que el impuesto a las sucesiones grava enriquecimientos accidentales, estimándose que la incidencia de este, como término medio, se produce una vez cada treinta o treinta y cinco años, razón por la que también corresponde descartar que sea capaz de producir los efectos nocivos que sobre el derecho de propiedad pretenden adjudicársele.

Los detractores argumentan, asimismo, sobre la base de la situación que se produce en las herencias en que el bien o los bienes se transmiten del causante al cónyuge supérstite o a los hijos menores. A menudo en esta hipótesis, la transmisión del derecho de propiedad no representa un mejoramiento efectivo en el bienestar económico de los sucesores cuando ellos tenían un goce pleno de los bienes con anterioridad al perfeccionamiento del dominio a título propio.

El ejemplo brindado en el párrafo precedente tampoco es decisivo, ya que de estar los herederos en una posesión anticipada de la herencia, no se ve razón para que no afronten el pago del impuesto frente a una capacidad contributiva que nadie discute, y que se detentaba, incluso, con anterioridad al momento en que se hace efectivo el hecho imponible generador de la obligación de oblar el gravamen. Por lo demás, en el caso de los parientes próximos, el tributo opera con escalas atenuadas, sensiblemente inferiores que las aplicables a colaterales y terceros.

El impuesto también se justifica en vista a facilitar una mayor circulación de los bienes y propender a una más justa distribución de la riqueza. Desde otro ángulo, la aplicación de un gravamen moderado a las transmisiones hereditarias importa, a su vez, una reafirmación del derecho de propiedad, entendido este como comprensivo de la posibilidad de transmitir *mortis causa* los bienes poseídos, contrarrestando formulaciones doctri-

91. Fallos, 151:359.

narias orientadas lisa y llanamente a limitar el derecho sucesorio. Puede recordarse al respecto el pensamiento del filósofo Jeremy Bentham (1748-1832), para quien la transmisión de bienes hereditarios debía restringirse a los parientes próximos, suprimiéndose para las restantes hipótesis el derecho de suceder. A su vez, John Stuart Mill (1806-1873), opinaba que no resultaba censurable fijar un límite a lo que el individuo podía recibir a título de simple favor de sus semejantes, sin haber empleado o puesto en acción sus actividades, por lo cual, si bien el causante podía disponer libremente de sus bienes, el heredero no podía recibir más allá de lo necesario para una vida independiente. Por su parte, Eugenio Rignano<sup>92</sup> llegó a propugnar que se acotara el derecho sucesorio con un impuesto con alcuotas proporcionalmente mayores sobre las herencias que a su vez ya habían constituido un beneficio sucesorio del causante, hasta absorber en pocas transferencias hereditarias el total del patrimonio heredado.

También entendemos que un impuesto sucesorio con escalas prudentemente bajas, podrá constituirse asimismo en un elemento impulsor del fraccionamiento de las grandes concentraciones de riqueza, contribuyendo a un mejor reparto de los bienes entre todos los integrantes de la sociedad, dando lugar a un aumento sensible del número total de propietarios, en interacción con las disposiciones de nuestro Código Civil que eliminó los mayorazgos y los fideicomisos. Asimismo, corresponde tener presente, en el caso de inmuebles, que si el impuesto a la herencia puede llegar a exigir la venta de todos o de alguna parte de ellos, como lo señala Dino Jarach,<sup>93</sup> dicha posibilidad será tanto mayor cuanto más infructífera sea la propiedad. En tales circunstancias, mal puede hablarse de una agresión al derecho aquí considerado, siempre que se lo conciba, como ocurre actualmente, llamado a cumplir también una función social. Por lo demás, las ventas que en tales hipótesis se produzcan faltarán el acceso a la propiedad de nuevas fuerzas emprendedoras abaratando el costo de la tierra, que dejará de ser definitivamente aun bien especulativo, para convertirse efectivamente en un factor de producción.

92. RIGNANO, E., *Di un Socialismo in Accorda calla Dattrina Económica Liberale*, Turín, Bocca, 1901; trad. al inglés con el título *The Social Significance of the Inheritance Tax*, Knopf, Nueva York, 1924, p. 115; según cita de D. Jarach en ob. cit. en nota 72, p. 731.

93. JARACH, D., ob. cit. en nota 72, p. 738.

#### IV.B.2.b. Subsistencia de las empresas en funcionamiento

Se ha indicado que la aplicación del impuesto sucesorio puede conspirar contra la subsistencia de las empresas en funcionamiento, conduciendo a menudo a la disolución de estas. Sobre este particular, se hace necesario distinguir situaciones diversas.

Una es aquella en que los acervos hereditarios se encuentran constituidos por acciones que cotizan en Bolsa y con un amplio mercado. Otra, muy distinta, vendrá dada por las sociedades por acciones de familia, las sociedades de personas o las asimilables a ellas y las empresas unipersonales. En ambos casos, un primer elemento a tener en consideración será, si las participaciones sociales o tenencias accionarias corresponden a empresas con adecuada rentabilidad, ya que no es improbable que en tiempos de bonanza el monto de la renta que genere este tipo de bienes pueda contribuir significativamente al pago del impuesto que deban atender los herederos.

De todos modos, si el acervo sucesorio contuviera exclusivamente participaciones en empresas en funcionamiento sin otros activos líquidos, los emprendimientos no generaran réditos suficientes, y las acciones no cotizaran en Bolsa, lo más probable es que algunas de ellas, incluso con dificultades y a valores deprimidos, deban realizarse para afrontar el pago del impuesto.

Para evitar dicho proceder, y fundamentalmente para no afectar la estructura productiva del país, se hace aconsejable la concesión de planes de facilidades más o menos extendidos, con lo cual, tratándose de emprendimientos mínimamente eficientes y generadores de utilidades líquidas, se invalida el argumento de quienes afirman que en estas hipótesis se destruye el capital productivo.

Adherimos a este respecto, a las resoluciones del 339 Congreso de la *International Fiscal Association*, celebrado en Copenhague en 1979,<sup>94</sup> en el cual, luego de reconocer la importancia socioeconómica de las empresas propiedad de y dirigidas por personas físicas o de familia, el importante papel que desempeñan en la innovación, producción, trabajo, e inversión de capital, y la conveniencia de permitir la continuidad de dichas empresas

94. *International Fiscal Association, 1938-1988 Resolutions Book, International Bureau of Fiscal Documentation*, Ámsterdam, 1988, p. 279 y ss.

después de la muerte de sus propietarios, sea cual fuere su forma jurídica, se concluyó:

"1. En los sistemas fiscales nacionales los impuestos sobre patrimonio, renta, plusvalías, donaciones o sucesiones no deberían constituir una carga financiera tal que amenazara la continuidad de estas empresas después de la muerte de sus propietarios.

2. Para evitar que las cargas fiscales pongan en peligro la continuidad de estas empresas se deben poner en práctica:

a) métodos de valoración de la propiedad sujeta a transmisión que tomen en consideración los impuestos que puedan devengarse sobre la renta y el patrimonio, así como los efectos de la inflación;

b) tasas de imposición que tengan en cuenta el grado de parentesco o la naturaleza de los bienes que se relacionen con el patrimonio de la empresa;

c) facilidades de pago tales como pago diferido en uno o varios plazos, o condiciones más favorables [...]".

#### IV.B.2.c. Consumo, ahorro y formación de capital

Algunos autores, como el académico Horacio A. García Belsunce,<sup>95</sup> sostienen como posible que el gravamen sucesorio "induzca a los tenedores de capital a aumentar su consumo y disminuir el ahorro, prefiriendo darle ese destino en vez de dejarle al Estado una parte de su patrimonio en concepto de impuesto", de todos modos, el calificado tributarista concluye que "quizá lo más común sea que el impuesto, si la alícuota es moderada, sea neutro en cuanto a las decisiones del tenedor de la riqueza respecto de su tendencia al consumo, al ahorro o a la inversión".

En igual sentido, Dino Jarach<sup>96</sup> señala que los efectos de la existencia de un impuesto a las sucesiones y donaciones pueden ser diversos dentro del universo de contribuyentes; añadiendo que, en algunos casos, hombres previsores y con fuertes afectos familiares, especialmente hacia su descendencia, estimularán su espíritu de ahorro a fin de dejar a los herederos un beneficio, en definitiva equivalente, después de pagado el impuesto, mientras que otros derrocharán la riqueza acumulada para sustraerla del impuesto aplicable a su muerte.

95. GARCÍA BELSUNCE, H. A., ob. cit. en nota 63.

96. JARACH, D., ob. cit. en nota 72, p. 736.

Dino Jarach consigna también que “en la economía moderna el ahorro y la formación de capitales se deben –en gran parte– a las decisiones de las empresas, especialmente de las sociedades de capital”, por lo cual “la circunstancia de que un grande accionista, aunque fuera el poseedor del paquete mayoritario de la sociedad o sus herederos, estén sujetos al impuesto sucesorio, no puede alterar en forma sustancial esas decisiones, que muchas veces están en manos de ejecutivos desvinculados de las consideraciones de accionistas respecto de sus problemas patrimoniales”.<sup>97</sup> Agrega el indicado profesor, que el pago del impuesto no afecta necesariamente a la empresa misma, lo que solo ocurre en las pequeñas o medianas de carácter unipersonal, en las sociedades de personas, y las sociedades de familia o de grupos restringidos, que son en realidad meras formas jurídicas, lo que sí obliga, en este último caso, como ya lo apuntáramos, a arbitrar planes especiales de facilidades de pago a fin de evitar disoluciones forzosas, en los términos en que lo propiciara la *International Fiscal Association*.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, puede concluirse que los efectos de la aplicación de un impuesto a donaciones y sucesiones, no conduce a consecuencias marcadamente distorsivas en el campo económico, no privan de eficiencia al funcionamiento del aparato productivo, ni su influencia sobre el ahorro, la formación del capital y los incentivos es más severa que la generada por la imposición a la renta o por los gravámenes a los activos empresarios.

## V. MODALIDADES Y REQUISITOS PARA LA REIMPLANTACIÓN DEL IMPUESTO A LA TRANSMISIÓN GRATUITA DE BIENES

A continuación reseñaremos, brevemente, las características a las cuales debiera ajustarse el diseño de un tributo a las donaciones y sucesiones, haciéndonos cargo de la asignación constitucional de las fuentes tributarias entre los diversos planos de gobierno, la experiencia que brinda la vigencia del gravamen hasta su derogación en el año 1976, y las observaciones de que ha sido objeto.

97. JARACH, D., ob. cit. en nota 72, p. 737.

## V.A. Plano de gobierno en el cual debe sancionarse el impuesto

Como hemos consignado (*v. supra.*), tanto la doctrina como la jurisprudencia son hoy pacíficas en cuanto a reconocer que el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes constituye un recurso ordinario y permanente de los fiscos locales, desde que se lo identifica como una contribución directa (art. 75, inc. 29, Const. Nac., texto según reforma de 1994).

A su vez, junto con las veintitrés provincias, el impuesto podrá también ser sancionado por la ciudad de Buenos Aires, en la medida en que tal facultad no se vea restringida por la ley del Congreso que garantice los intereses del Estado nacional mientras tal ciudad sea Capital de la República, o por el "Estatuto Organizativo de sus Instituciones", a dictarse en el marco del status jurídico de gobierno autónomo con facultades de legislación y jurisdicción que le reconoce el artículo 129 de la Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994.

A tal respecto, cabe advertir que el impuesto sucesorio cuando fue legislado y recaudado por la Nación, se encontraba acotado a los bienes económicamente radicados en la Capital Federal y en los Territorios Nacionales. Es por ello, que habiéndose procedido a la provincialización de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, último territorio nacional, y en vísperas de la organización y establecimiento de un gobierno autónomo con facultades propias de legislación –incluida la fiscal– en la ciudad de Buenos Aires, ha perdido fundamento, al carecer hoy de sustento territorial, toda pretensión dirigida a la implantación de un impuesto de tal naturaleza por el gobierno central. También consideramos inconveniente transitar la malograda experiencia del proyecto impulsado por el Poder Ejecutivo en el año 1985 (*v. supra.*), dirigida a la creación de un Impuesto al Enriquecimiento Patrimonial a Título Gratuito, legislado por la Nación e íntegramente coparticipado entre las jurisdicciones locales.

Tal modalidad, si bien permite dotar de uniformidad a la regulación del tributo, debilita la autonomía financiera y la responsabilidad provincial en el diseño y administración de tal herramienta, abdicando facultades en el poder central, y dando lugar a la difundida "ilusión fiscal consistente en creer que los recursos que así se obtienen, transferidos por un nivel superior que los recauda, carecen de costo".<sup>98</sup>

98. DUE, J. F., ob. cit. en nota 73, p. 400.

Es bueno recordar también, que ante el proyecto del Poder Ejecutivo, la Junta de Gobierno de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, en su primera reunión del año 1985 celebrada en la ciudad de San Juan, se opuso a la iniciativa por entender que afectaba la forma federal de gobierno y la autonomía provincial, resaltando a su vez que “quedando excluido el Estado Nacional de participación alguna en el producido de la imposición –conforme al texto del mismo proyecto de ley–, se desvirtúa el carácter de emergencia y temporario que excepcionalmente habilita al Congreso de la Nación para el establecimiento de este tipo de impuestos que deben tener como destinatario al Tesoro Nacional”, agregando que la iniciativa “no prevé en su articulado la posibilidad de adhesión por parte de las provincias, recaudo insoslayable para incluir en un eventual régimen de coparticipación federal de impuestos que debe instrumentarse mediante una ley convenio”.<sup>99</sup>

## **V.B. Coordinación y armonización tributarias**

Entendemos que se hace imprescindible arbitrar los mecanismos para evitar dobles imposiciones horizontales, mediante la adopción de criterios uniformes de vinculación o atribución de la materia imponible a los distintos fiscos locales –coordinación– y, al mismo tiempo, propender, de ser ello posible, a que el impuesto responda a un modelo conceptual semejante en todas las jurisdicciones locales –armonización–, conjurando los probables tratamientos desiguales, que si bien son propios de un Estado federal, conspiran desfavorablemente al momento de intentar vencer las resistencias que hoy se oponen a la reimplantación de un tributo sobre las donaciones y herencias.

### *V.B.1. Coordinación*

La coordinación financiera se ha ocupado de los distintos sistemas de asignación de fuentes de recursos o de distribución de ingresos. En nuestro país, más allá del sistema constitucional de reparto de la renta pública, la coordinación financiera alcanzó su máxima expresión a partir del dictado

99. Federación Argentina de Colegios de Abogados, Boletín Informativo del Colegio de Abogados de la Ciudad de La Plata, Año III, n° 13, p. 58 y ss.

de la Ley de Unificación de Impuestos Internos 12.139,<sup>100</sup> con la cual en el año 1935 se inició en la Argentina la utilización de los mecanismos de participación o coparticipación provincial en impuestos nacionales. Tiempo después, se advirtió la necesidad de alcanzar el mismo resultado –evitar las dobles imposiciones– pero, en este caso en el plano horizontal, esto es, ante la acción fiscal concurrente de las distintas provincias y asimismo de los municipios.

Si bien es cierto que la delimitación territorial de las jurisdicciones provinciales y municipales define un ámbito propio para la aplicación de sus tributos, sin que se adviertan en principio posibilidades de superposición tributaria al menos en impuestos tradicionales como lo son el inmobiliario y el aplicado sobre la radicación de vehículos, otros gravámenes locales originaron problemas serios de superposición.

Ello ocurrió con el Impuesto a las Actividades Lucrativas, creado en el año 1948 por la provincia de Buenos Aires, el cual rápidamente se expandió a las demás provincias y a la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires. Con relación al expresado impuesto –en la actualidad Impuesto sobre los Ingresos Brutos–, los problemas que se suscitaron fueron resueltos mediante diversos convenios multilaterales, precedidos por el inicialmente suscripto por la provincia y la municipalidad de Buenos Aires el 28-V-1953. Así se suscribieron los convenios multilaterales del 24-VIII-1953, del 14-IV-1960, el del 23-X-1964 y el del 18-VIII-1977.<sup>101</sup>

Por dichos instrumentos se arbitró un mecanismo para resolver la situación de los contribuyentes que desarrollaban actividades gravadas en más de una jurisdicción local, distribuyendo la base imponible para la posterior liquidación del tributo entre todas las jurisdicciones en que las desplegaban.

Por su régimen general, se tomó en cuenta el porcentual de ingresos obtenidos y de gastos soportados en cada jurisdicción, en relación al total de ingresos del sujeto, a fin de obtener el repartidor de base para determinar las obligaciones respecto de cada Fisco. En otro orden, el Impuesto de Sellos, tributo también típicamente local, planteó desde sus orígenes el desafío de arbitrar los mecanismos orientados a evitar la doble imposición

100. A.D.L.A., Complemento 1920-1940, p. 558 y ss.

101. BULIT GOÑI, E. G., *Convenio Multilateral. Distribución de Ingresos Brutos*, Cap. II, pto. 2: "Antecedentes". Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 13 y ss.

generada por los instrumentos en los cuales los lugares de otorgamiento y de producción de sus efectos se daban en distintas jurisdicciones fiscales.

Si bien en este caso el profesor Dinos Jarach propició conjurar tales efectos por medio de convenios entre los fiscos implicados, en forma análoga al Convenio Multilateral del entonces Impuesto sobre las Actividades Lucrativas,<sup>102</sup> tal solución no llegó a plasmarse. De todos modos, dichas situaciones se vieron sensiblemente reducidas mediante la introducción, en los ordenamientos legales internos de cada demarcación, de un amplio catálogo de supuestos de no sujeción o exclusión de objeto de instrumentos otorgados en ellas, en tanto su contenido económico o sus efectos era dable ubicarlos fuera de sus límites territoriales.

De producirse la reimplantación del Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, se impondría igualmente, propender a que se suscriba un Convenio Multilateral que resuelva las situaciones de atribución de base imponible entre los fiscos locales. Los casos que de ordinario ofrecen potencialmente la posibilidad de conducir a la configuración de dobles impositions son, entre otros, los derivados del tratamiento a brindar a las cuotas, participaciones sociales, y acciones de sociedades, ya que puede propugnarse el principio en virtud del cual se las grave en la jurisdicción del último domicilio del causante, o tomando en cuenta el domicilio de la sociedad, o ateniéndose a la radicación económica de los bienes que integran el activo de los referidos entes. Otra situación de potencial conflicto, es la referente a obligaciones y créditos no garantizados con derechos reales, ya que las soluciones pueden bifurcarse tomándose en cuenta en algunos casos el domicilio del causante y en otros el domicilio del deudor.

Cabe recordar también los conflictos que generaron los saldos en cuenta corriente, caja de ahorro o certificados de inversión, cuando éstos se registraban en bancos de los Estados provinciales, a la luz de la pretensión de algunos fiscos de extender la gravabilidad en el caso de que las sucursales de sus bancos se encontraran fuera de la demarcación territorial provincial o la del último domicilio del causante. Otra situación difícil de resolver, ha sido la generada al fijar el valor de los enseres, muebles y útiles del causante sobre base presuntiva y por medio del arbitrio de estimarlo aplicando un porcentaje sobre los restantes bienes, lo cual condujo a sos-

102. JARACH, D., *Curso Superior de Derecho Tributario*, T. II, Buenos Aires, Liceo Profesional Cima, 1958, p. 475.

tener la ficción de que el fallecido tenía más de un domicilio o residencia.

No escapa a nuestro criterio, que de arribarse a un convenio multilateral para evitar la doble imposición en el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, y para encontrar la mejor solución a los distintos problemas de aplicación que se susciten, también sería necesario, como en el caso del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, contar con un organismo encargado de resolver los conflictos que se planteen.

En orden a los razonamientos desarrollados en el párrafo precedente, no hallamos obstáculo a que tal competencia se asigne a la actual Comisión Arbitral del Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

La solución se vería recomendada por dos circunstancias. La primera, ya que en ésta se encuentran representadas las veintitrés jurisdicciones provinciales y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, ésto es los veinticuatro fiscos locales que se encuentran habilitados para reimplantar el tributo. La segunda, desde que así se evitaría la duplicación burocrática que generarían dos organismos, más teniendo en cuenta que la Comisión Arbitral ya está integrada por representantes, autoridades y asesores con vasta e indiscutida versación en materia impositiva.

### *V.B.2. Armonización*

La armonización tributaria constituye un fenómeno más reciente que el de la coordinación. Esta se endereza a compatibilizar los sistemas fiscales de los diversos planos con potestad normativa –nacional, provincial y municipal, en nuestro sistema institucional– en vista a la consecución de una política tributaria, fiscal y económica de conjunto.

Ésto, sobre la base de la observancia de cánones o propósitos inspiradores comunes, que permitirán concebir a todas las definiciones que se adopten en razón de su congruencia, como subsumibles a un determinado patrón. Un caso de armonización tributaria en la Argentina vino dado con la sanción de la ley 22.006,<sup>103</sup> modificatoria de la Ley de Coparticipación Provincial en Impuestos Nacionales 20.221.<sup>104</sup> Por ésta, al sustituirse el inciso b) del artículo 99, referente a obligaciones de las provincias, se estableció que no incurrirían en analogía con impuestos nacionales coparticipados, en

103. A.D.L.A., t. XXXIX-B, p. 1255 y ss.

104. A.D.L.A., t. XXXIII-B, p. 1336 y ss.

infracción al régimen, los impuestos provinciales sobre la propiedad inmobiliaria, sobre la propiedad de automotores, sobre los ingresos brutos, y de sellos, y en el caso de los dos últimos citados, en tanto se ajustaran a determinadas características básicas enumeradas en los apartados siguientes.

En la actual ley 23.548, además de los gravámenes antes referidos, se dispensa, igualmente, de la posibilidad de analogía, a los impuestos provinciales sobre la transmisión gratuita de bienes.

### V.B.2.a Armonización mínima

El objetivo de lograr la armonización, en términos mínimos, podría alcanzarse mediante la suscripción y ratificación de un convenio multilateral sobre Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, que no solamente se orientara a resolver los posibles supuestos generadores de doble imposición, sino que caracterizara alguno o todos los aspectos que seguidamente se refieren: las transmisiones gravadas –herencias, legados, donaciones, renunciaciones de derechos, enajenaciones a título oneroso entre herederos forzosos, percepciones de seguros de vida, compras para menores de edad, etc.–; restantes aspectos estructurales del hecho imponible –herencias o hijuelas, fallecimiento del causante o exteriorización sucesoria, ley aplicable–; exenciones objetivas y subjetivas; criterios de valuación de la materia imponible; –inmuebles, muebles, mercaderías, bienes sujetos a agotamiento, bienes inmateriales, semovientes, derechos creditorios con garantía real o sin ella, títulos de renta, acciones, establecimientos, moneda extranjera, usufructos, nuda propiedad, uso y habitación, etc.– y deducciones procedentes; mínimos y máximos de las escalas; plazos para el pago, planes de facilidades e intereses; forma de determinación, etcétera.

Por otro lado, la definición de los lineamientos generales del gravamen sobre la base de patrones uniformes evitaría la tendencia a radicar las sucesiones información sumaria de por medio para acreditar el último domicilio del causante, cuando éste fuera distinto al consignado en la partida de definición, en aquellas jurisdicciones en que el tratamiento impositivo pudiera resultar más favorable, por lo menos en orden a aquellos bienes en que la radicación económica de éstos no se encuentre indubitablemente definida.

Igualmente, podría concebirse para las transmisiones con bienes en distintas jurisdicciones, un mecanismo determinativo único por declaración jurada a presentar por los responsables, que evitara tener que proceder

a la liquidación del impuesto tantas veces como jurisdicciones haya con interés fiscal, sin perjuicio de que el pago se realice discriminando la suma que corresponda a cada una de ellas, remitiéndose copia de las declaraciones a las Direcciones Generales de Rentas respectivas, a fin de que las verifiquen.

El mecanismo de determinación única, colaboraría al mismo tiempo, para perfeccionar más adecuadamente la progresividad del impuesto, e incluso a repartir con justicia entre todos los fiscos locales, el producido suplementario de la aplicación del tributo sobre los bienes ubicados en el exterior, en el caso que se decidiera gravarlos. Igualmente agilizaría las tramitaciones sucesorias evitando demoras contraproducentes, generando economías, tanto para los contribuyentes como para los fiscos.

#### V.B.2.b. Armonización máxima

El más alto grado de armonización entre las Jurisdicciones locales, en la reimplantación de un Impuesto a donaciones y sucesiones, podría alcanzarse siguiendo un procedimiento conteste con el federalismo racional, cooperativo y de concertación. En sus lineamientos generales este consistiría, sobre la base del consenso a que pudiera arribarse entre las provincias y la ciudad de Buenos Aires, en elaborar un modelo normativo tipo para el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes a ser sancionado por todas las legislaturas.

En segundo lugar, podría estipularse que lo recaudado en concepto de dicho tributo en todas las jurisdicciones, ingresara a una cuenta especial, a abrirse en bancos oficiales o autorizados a tal fin, que distribuirían el producido en forma automática, diaria y gratuita a favor de los fiscos contratantes.

El criterio de reparto se basaría en porcentajes que reflejaran estimativamente la radicación económica de los bienes objeto de las transmisiones a título gratuito, en los diversos distritos políticos de la República.

A tal efecto, podría partirse de índices provisorios por jurisdicción, los cuales, sobre la base de anexos de las declaraciones juradas en que los responsables atribuyeran los bienes a las diferentes demarcaciones, se podrían revisar los aludidos índices para años siguientes, con una adecuación periódica. A la inversa, podría aprovecharse la experiencia del Impuesto Sustitutivo del Gravamen a la Transmisión Gratuita de Bienes, y distribuir inicialmente conforme a los datos aportados en los anexos de las declara-

ciones juradas, para luego confeccionar, partiendo de dicha muestra, los índices definitivos.

Serían autoridades de aplicación, las Direcciones Generales de Rentas de todas las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, conformando a los fines específicos una suerte de "Unión Federal Impositiva".

El mecanismo determinativo operaría sobre la base de declaraciones juradas a confeccionar por los responsables, en liquidación única, sin perjuicio de la remisión de copia a todos los fiscos en los cuales hubiera bienes alcanzados por la transmisión, a los fines de su posterior verificación.

Las ideas preliminares antes esbozadas, constituyen el punto de partida para un ulterior estudio más completo en el que, luego de evaluarse la factibilidad práctica de la propuesta, se trataran más particularizadamente los diversos aspectos implicados (constitucionales, jurídicos y administrativos). Este tipo de armonización, desde ya novedosa, mostraría a la totalidad de las provincias actuando en conjunto como partícipes de una iniciativa tendiente a rescatar un impuesto que desde antiguo les pertenece, fortaleciendo correlativamente el federalismo fiscal y dando una muestra acabada de que son capaces de consensuar políticas tributarias y medios instrumentales. Es un hecho de fácil constatación que las jurisdicciones locales han perdido, en el último medio siglo, protagonismo en la toma de decisiones tributarias, más allá de sus reiterados embates enderezados a obtener una mejor distribución primaria en la coparticipación provincial en impuestos nacionales. Pareciera, incluso, que se hubieran resignado a acatar las directivas del gobierno central o a actuar solo a impulso o en reacción de las decisiones previamente adoptadas por la Nación.

En tal orden, el decaimiento de la importancia y gravitación de los sistemas tributarios provinciales, ha sido una constante desde el dictado de la Constitución de 1853 hasta la fecha, más allá de la defensa declamatoria de un federalismo que se malogra día a día en el terreno de los hechos, y que reconoce, en el concepto de Antonio López Aguado,<sup>105</sup> quizás un único momento de restauración parcial del poder impositivo provincial en el año 1948, en que se diera a luz el entonces Impuesto a las Actividades Lucrativas.

105. LÓPEZ AGUADO, A., *Los impuestos y la Constitución*, Buenos Aires, Macchi, 1976, p. 115.

La tendencia declinante de los sistemas tributarios provinciales a que se ha hecho alusión, y que puede verse acentuada ante las exigencias de derogación, exenciones o reformulación de sus gravámenes más significativos –Impuesto de Sellos, Impuesto sobre los Ingresos Brutos, Impuesto sobre la Propiedad Inmobiliaria e Impuesto sobre las Patentes de Automotores–, como consecuencia del “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”<sup>106</sup> del 12-VIII-1993, insinúa como conveniente y necesaria la reivindicación de las potestades tributarias locales, mediante la reimplantación concertada entre todos los fiscos provinciales del Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, para satisfacer la necesidad imperiosa de recursos y para reafirmar la intención de preservar concretamente la autonomía y el federalismo fiscal.

106. A.D.L.A., t. LIII-D, p. 4239 y ss.

## **DOCTORES HONORIS CAUSA POR LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES DESIGNADOS A INSTANCIA DE LOS PROFESORES DE FINANZAS Y DERECHO TRIBUTARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO\***

JOSÉ OSVALDO CASÁS\*\*

### I. REQUISITOS PARA ACCEDER A LA DISTINCIÓN HONORÍFICA Y SER DESIGNADO *DOCTOR HONORIS CAUSA*

El Estatuto de la Universidad de Buenos Aires aprobado por la Asamblea Universitaria los días 29 de julio y 11 de noviembre 1960 –y sus modificaciones– establece, dentro de las competencias de su Consejo Superior, por el art. 98, inc. g), la designación como *Doctores Honoris Causa* a las personas que sobresalieren en sus estudios o trabajos de investigación, requiriendo al efecto los votos de las dos terceras partes de sus miembros.

A su vez, el precepto de referencia, sobre la base de lo aconsejado por la Comisión de Enseñanza, dio lugar a que el Consejo Superior dictara diversas resoluciones fijando el procedimiento a seguir en las distintas instancias universitarias involucradas para conceder dicha distinción, que pone de manifiesto públicamente el reconocimiento de la Universidad a aquellas personas de destacada relevancia en los principales campos de la

\* Esta obra fue escrita en el marco del aniversario N° 60 de la revista, en homenaje al artículo del autor “Reimplantación del impuesto a la transmisión gratuita de bienes”, originalmente publicado en *Lecciones y Ensayos*, N° 64 y 65, 1995/1996.

\*\* Doctor por la Universidad de Buenos Aires con tesis galardonada con los premios “*Facultad*” –que distingue a la mejor tesis del año y que reúna un mérito excepcional– y “*Manuel Augusto Montes de Oca*”, que se discierne a la mejor tesis de Derecho Constitucional. Es también *Profesor Emérito* de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad del Salvador. En representación de la Facultad de Derecho, es integrante de la *Comisión de Profesores Eméritos* de la Universidad de Buenos Aires.

actividad humana, ya sea académicos, científicos, culturales, profesionales, sociales o políticos.

En tal sentido, se vino a disponer que los candidatos a ser honrados mediante el apuntado reconocimiento debían acreditar una trayectoria nacional e internacional indiscutida, sobrada capacidad y honorabilidad, como una sobresaliente trayectoria, por tratarse de la distinción honorífica de más alta jerarquía que otorga la Universidad.

Actualmente los procedimientos para encaminar el otorgamiento de dicho título están expresamente definidos en la Resolución (CS) N° 4.782 del 15 de marzo de 2013 –ya que con anterioridad regía la Resolución (CS) N° 147 del 5 de abril de 1982–, en donde se contempla que la propuesta puede ser impulsada por iniciativa del Rector, de los miembros del Consejo Superior de la Universidad, o por las Facultades, siendo esto último lo que ha ocurrido en los casos a que, seguidamente, nos referiremos.

## II. LAS TRES DESIGNACIONES A INSTANCIA DE LOS PROFESORES DE FINANZAS Y DERECHO TRIBUTARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS

Efectuaremos aquí una semblanza de los tres catedráticos que fueron distinguidos como *Doctores Honoris Causa* de la Universidad de Buenos Aires a impulso de la Facultad de Derecho y que se desarrollaron en el ámbito del Derecho Financiero y el Derecho Tributario, esto es, los catedráticos doctor Eusebio González García de la Universidad de Salamanca (Reino de España), el profesor emérito Víctor Uckmar de la Universidad de Génova (República de Italia) y el doctor Mauricio Alfredo Plazas Vega de la Universidad del Rosario (República de Colombia).

### II.A. El catedrático de la Universidad de Salamanca doctor Eusebio González García

Eusebio González García nació el 2 de junio de 1942. Se casó con María Rosario Martínez Pescador y fue padre de 9 hijos.

El aludido catedrático falleció el domingo 2 de noviembre de 2008 en un accidente automovilístico cuando circulaba de regreso a su casa por la ruta nacional 501 que une Madrid con Salamanca al colisionar frontalmente con otro vehículo. El trágico hecho se produjo a su arribo de un vasto

periplo por América –continente que frecuentara por razones académicas en varias oportunidades año tras año–, a donde había llegado el 19 de octubre para participar en las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en la Isla de Margarita –República de Venezuela–, y que continuó con su visita por compromisos universitarios, a las ciudades de Lima y Cuzco, República del Perú.

Volvió a su país con la satisfacción de haber logrado que las próximas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, que se celebrarían en el año 2010, se llevaran a cabo en España, y que se hubiera aceptado que tuvieran por sede a la Ciudad de Salamanca, asiento de la Universidad donde impartía su cátedra, habiéndosele encomendado, en representación de la Asociación Española de Derecho Financiero, la organización de tan importante evento, ocasión en que pasaría a presidir *pro tempore* el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, dando así satisfacción a su deseo de hacer coincidir ese hecho con el cierre de una etapa de su vida en la enseñanza que lo tuvo siempre como protagonista impartiendo las disciplinas jurídicas de su especialidad.

Se licenció en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid (1964), donde obtendría su título de doctor el 13 de junio de 1966, con tesis sobre: *La Naturaleza Jurídica del Presupuesto*, dirigida por el catedrático Mariano Sebastián, coronando, así, dos años de trabajo ininterrumpidos de investigación que, aplicando una beca, realizó en *La Sapienza* de Roma, bajo la tutela del profesor Gian Antonio Michelli, todo ello siguiendo los sabios consejos del profesor y amigo, José Luis Pérez de Ayala.

Inició su actividad docente en la Universidad Complutense, para, de allí, pasar a revistar como catedrático en las Universidades de Santiago de Compostela (1973-1978), Bilbao (1978-1980) y finalmente en Salamanca, donde se desempeñó en tal carácter desde el 1º de mayo de 1980 hasta el momento mismo de su fallecimiento. También en dicha Universidad revisitó como Vicerrector en el periodo 1982-1984.

Su obra clásica fue el *Curso de Derecho Tributario* en coautoría con el catedrático José Luis Pérez de Ayala, que vio la luz en seis oportunidades, siempre en dos tomos, a partir de 1975 y hasta 1991, en todos los casos bajo la responsabilidad de Editoriales de Derecho Reunidas S.A. de Madrid. A partir de 1994, el título de la obra pasó a ser *Derecho Tributario*, asignando definitivamente la responsabilidad editorial a Plaza Universitaria, de Salamanca. En 1997 y 1998 reaparecen los dos volúmenes, pero en este caso compartiendo la autoría con el catedrático Ernesto Lejeune

Valcárcel. Finalmente, a partir de 2004, y ya en conjunto con su hija María Teresa González Martínez, actualizó sus contenidos.

Dentro de su abundante producción bibliográfica destacamos: *Introducción al Derecho Presupuestario: concepto, evolución histórica y naturaleza jurídica*, Madrid, Edersa, 1973; *Familia e impuestos*, Barcelona, PPU, 1987; *Tributación individual frente a tributación conjunta en el IRPF*, Madrid, Tecnos, 1991; *La familia ante el fisco*, Madrid, Rialp, 1993; *Concepto actual de tributo: análisis de jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1996; *La interpretación de las normas tributarias*, Pamplona, Aranzadi, 1997; *Los intereses moratorios a favor de la hacienda*, Pamplona, Aranzadi, 1998; *Efectos de la Ley del Presupuesto sobre el Ordenamiento Tributario*, Pamplona, Aranzadi, 2000 y *El fraude a la Ley Tributaria en la jurisprudencia*, Elcano, Aranzadi, 2001.

Coordinó y participó en diversas obras colectivas, entre las que nos permitimos destacar el *Trattato di Diritto Tributario*, dirigido por Andrea Amatucci –en cuatro tomos, el primero en dos volúmenes y el último referido a los tributos en Italia–, Cedam, Padova, 1994, con 2ª edición en 2001 y publicado en español por Temis de Bogotá, también en 2001. En esta obra tuvo a su cargo la coordinación de los catedráticos españoles, mientras que en la 1ª edición Walter Schick hizo otro tanto respecto de los autores alemanes.

Registra, a su vez, numerosos capítulos de libros y ensayos aparecidos en revistas de España (*Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública; Hacienda Pública Española; Revista Jurídica Española La Ley; Revista de Derecho Autonómico y Local; Presupuesto y gasto público; Noticias de la CEE; Cuadernos Iberoamericanos de Estudios Fiscales; Crónica Tributaria; Quincena Fiscal; Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*); Portugal (*Ciencia e Técnica Fiscal*), Italia (*Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze; Diritto e Pratica Tributaria; Revista Journal of Regional Policy-mezzogiorno d'Europa*), Francia, Alemania (*Steuer und Wirtschaft-Zeitschrift fuer die gesamte Steuerwissenschaft*), Holanda (*International Tax Law*), México (*Revista del Tribunal Fiscal del Estado de México; Ars Iuris* –publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana–; *Revista Jurídica del Poder Judicial del Estado de Sinaloa; Boletín Jurídico; Tributos Locales*), Venezuela (*Revista de Derecho Tributario*), Perú, Colombia, Brasil (*Revista de Direito Tributario; Revista dos Tribunais; Revista Tributaria de Finanças Publicas*), Argentina (*Revista Jurídica de Buenos Aires* –publicación de la Facultad de Derecho de

la Universidad de Buenos Aires–; *Derecho Tributario*; *Revista del V Centenario del Descubrimiento y Evangelización de América* –publicación de la Universidad del Salvador–; *Lecciones y Ensayos* –publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, motivo de homenaje mediante este número extraordinario–; *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*).

Su vinculación con América Latina se intensificó con su participación en las Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Tributarios (IV Jornadas: Estoril, Portugal, 1970; VII Jornadas: Pamplona, España 1976; VIII Jornadas: Buenos Aires, Argentina, 1978; IX Jornadas: Porto, Portugal, 1980), así como en las Latinoamericanas de Derecho Tributario (XII Jornadas: Bogotá, Colombia, 1985; XIII Jornadas: Palma de Mallorca, España, 1987; XV Jornadas: Caracas, Venezuela, 1991; XVI Jornadas: Lima, Perú, 1993; XVII Jornadas: Cartagena de Indias, Colombia, 1995; XVIII Jornadas: Montevideo, Uruguay, 1996; XIX Jornadas: Lisboa, Portugal, 1998; XX Jornadas: Salvador –Bahía–, Brasil, 2000; XXI Jornadas: Génova, Italia, 2002; XXII Jornadas: Quito, Ecuador, 2004; XXIII Jornadas: Córdoba, Argentina, 2006; XXIV Jornadas: Isla de Margarita, Venezuela, 2008). En todas ellas asumió un rol protagónico, con sus comunicaciones técnicas, como conferencista, o tomando a su cargo los informes nacionales por España en tres ocasiones, y desempeñándose como relator general del tema "Sujetos pasivos y responsables en el Derecho Tributario" en las XVII y sobre "Medidas fiscales para el desarrollo económico", en las XXI.

Los intensos puentes que tendiera con América Latina, haciéndose eco del espíritu que siempre inspiró a la Universidad de Salamanca, le valieron numerosas distinciones. Así, fue designado Miembro Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (1989), de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales (1994), del Instituto Colombiano de Derecho Tributario (1999), de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero (2002) y del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario (2007), revistando en la condición de Miembro Fundador de la *Academia Internacional de Direito e Economia* del Brasil. Fue designado *Doctor Honoris Causa* por la Universidad Católica de Tachira, Venezuela, en el año 1999. También fue reconocido como miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina (1999), versando su conferencia de incorporación sobre *La Interpretación de las Normas Tributarias* –ello se concretó a propuesta del doctor Héctor Belisario Villegas miembro de número de la Corporación–, profesor honorario

de la Universidad San Martín de Porres, Lima (2003) y de la Universidad Andina de Quito (2007).

También revistó como codirector junto con el académico argentino doctor Héctor Belisario Villegas de la *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, Órgano Oficial del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, publicación cuatrimestral bajo el sello editorial de Marcial Pons, Madrid, con un número cero de presentación en 1996, y tres números cuatrimestrales durante los años 1997 y 1998, la que luego fue discontinuada por las dificultades de obtener un número satisfactorio de suscripciones para cerrar la ecuación económica financiera de la iniciativa. Esta publicación posteriormente fue retomada, por el Instituto Nacional de Venezuela.

La Argentina fue reiteradamente visitada por el catedrático Eusebio González García. En sus primeros viajes, a partir de las invitaciones que le cursara la profesora adjunta regular y luego titular interina de *Finanzas Públicas y Derecho Tributario* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, doctora Sara María Clara Dichiara, con la participación de la Facultad de Historia y Letras de la Universidad del Salvador, ámbito, este último, en el cual dictó diversas conferencias.

En el año 1992, con motivo del V Centenario del Descubrimiento de América, impulsó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la realización del Foro de Iberoamérica, concretado en la Semana de Derecho Tributario –del 22 al 26 de junio de dicho año–, con el patrocinio del Ente *Quinto Centenario*, la Diputación y el Ayuntamiento de Salamanca, la Junta de Castilla y León y el Ministerio de las Administraciones Públicas, convocando a participar en la actividad a otros destacados catedráticos españoles –Juan Ramallo Massanet, Gabriel Casado Ollero, Eugenio Simón Acosta y Jesús Ruiz-Huerta Carbonell–, a los que se sumaron profesores de nuestro medio y de otros países latinoamericanos tales como Ramón Valdés Costa (Uruguay) y Enrique Vidal Henderson (Perú). Varias de las exposiciones fueron recogidas en una publicación por él coordinada con el patrocinio de las Universidades Autónoma de Sinaloa y de Salamanca, titulada *Principios Constitucionales Tributarios*, Culiacán, Federación de México, 1993.

Asimismo participó en distintos cursos en nuestra Facultad en el marco de la Carrera de Especialización en Derecho Tributario que se dicta en el Departamento de Graduados. Sus visitas intensificaron los vínculos de los jóvenes de este medio con la Universidad de Salamanca, despertando el interés en los *Cursos de Postgrado en Derecho Tributario* que se imparten

en la apuntada *Casa de Altos Estudios de España* durante el mes de enero de cada año y, en alguna ocasión, durante el mes de julio.

Por otro lado, Eusebio González García impulsó el Convenio de Colaboración e Intercambio de Alumnos y Profesores entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la de Salamanca.

En las condiciones antes descriptas, varios abogados argentinos y latinoamericanos realizaron y culminaron sus estudios de doctorado en la Universidad de Salamanca bajo la tutoría del catedrático doctor Eusebio González García. Indudablemente fueron atraídos por una personalidad que los cautivó, ya que se trataba de un hombre enamorado de su disciplina, lo que trasuntaba en la sonrisa permanente que iluminaba su cara cada vez que impartía sus lecciones de Derecho Tributario, o cuando en sus habituales tertulias abordaba temas de dicha rama del Derecho; por su bondad, más allá de que la claridad de sus ideas se tradujera en la firmeza de sus convicciones; por la austeridad que siempre practicara en su vida, al extremo que en su despacho de la Universidad –en el Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal– era difícil encontrar en el papelerero una sola hoja que no estuviera escrita en sus dos caras; y también, por concitar en su persona todas las virtudes propias de las grandes figuras salmantinas forjadas en ese templo del saber y *Alma Mater*. Poseyó el espíritu que como nota en común estuvo presente en los más recordados profesores de dicha Universidad, bastando referir, a pesar de las omisiones en que pudiéramos incurrir, solo a alguno de ellos. Tal el caso del fraile dominico Francisco de Vitoria (1486-1546), para muchos el fundador del Derecho Internacional y la figura más prominente de la Escuela Española de la Paz; Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1577), teólogo, jurista y eclesiástico, que no solo participó en la redacción de los Estatutos de la Universidad, sino que defendió, sin concesiones, la *tesis antiesclavista* respecto de los indios de América; Elio Antonio de Nebrija (1441-1522), autor de la *primera gramática castellana*; Fray Luis de León (1527-1591), poeta, humanista y religioso, quien luego de estar encarcelado durante cinco años por los cargos falsamente levantados por la Inquisición, retomó el dictado de la cátedra como solía hacerlo, pronunciando las palabras "*Decíamos ayer...*", cuyo ejemplo moral ha conducido a las autoridades de la Universidad a conservar una de sus aulas con el mobiliario de época y bajo su nombre; o Miguel de Unamuno y Jugo (1864-1936), filósofo y literario que, como Rector de esa Universidad, se convirtió en un *paradigma del hombre que sabe rectificarse*, y que demostró hacerlo con integridad, luego

de la Guerra Civil que asoló a ese país, repudiando las prácticas dictatoriales y, sobretodo, con valentía, al punto de *poner en riesgo su propia vida para no claudicar con el silencio*.

Los doctores argentinos por la Universidad de Salamanca y que lo tuvieron como padrino de tesis son:

Gustavo José Naveira de Casanova, quien afrontó la defensa oral el 5 de junio de 1995 sobre *El principio de no confiscatoriedad en España y Argentina*, leída ante un tribunal compuesto por Ernesto Lejeune Valcárcel –presidente– (a esa fecha, catedrático de la Universidad de San Sebastián, hoy de la San Pablo CEU de Madrid), Antonia Agulló Agüero –vicepresidente– (en ese momento, catedrática de la Universidad de Barcelona, hoy de la Pompeu Fabra de la misma ciudad), Manuel González Sánchez (entonces profesor titular de la Universidad de Salamanca, hoy catedrático de la misma asignatura en la de Jaén), César García Novoa (entonces profesor titular y hoy catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela), y José María Lago Montero –secretario– (profesor titular de la Universidad de Salamanca, hoy Catedrático Acreditado). Obtuvo la más alta calificación que se otorgaba a esa fecha: *Apto cum laude*, por unanimidad. Dicha tesis fue publicada, conservando el nombre original con que fuera objeto de defensa, prologada por el catedrático Eusebio González García a través de la Editorial MacGraw-Hill, Madrid, Reino de España, 1997. Hoy el referido doctor es profesor titular regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a cargo de una cátedra de *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*.

Marcos F. García Etchegoyen, quien llevó adelante la defensa oral de su investigación el 18 de abril de 2002, que versaba sobre *El principio de capacidad contributiva en España, Italia y Argentina*, ante un tribunal compuesto por José Luis Pérez de Ayala –presidente– (catedrático de la Universidad San Pablo CEU de Madrid), Ernesto Lejeune Valcárcel –vicepresidente– (entonces catedrático de la Universidad del País Vasco, hoy de la San Pablo CEU de Madrid), Perfecto Yebra Martul-Ortega (catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela), José María Lago Montero y María Silvia Velarde Aramayo (ambos profesores titulares de la Universidad de Salamanca, el primero de los referidos, hoy Catedrático Autorizado), obteniendo la calificación: *sobresaliente cum laude*, por unanimidad. La tesis fue posteriormente publicada, con las condensaciones, ajustes y ampliaciones pertinentes, bajo el título *El principio de capacidad contributiva (Evolución Dogmática y Proyección en el Derecho Argentino)*, con

prólogo del catedrático Eusebio González García, por la Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998.

Luciano Carlos Rezzoagli, quien leyó su tesis doctoral el 13 de junio de 2003, la que versara sobre *Aproximación a una Teoría General de los Beneficios Tributarios. Estudio en España y Argentina*, ante un tribunal compuesto por José Luis Pérez de Ayala –presidente– (catedrático de la Universidad San Pablo CEU de Madrid), Ernesto Lejeune Valcárcel –vicepresidente– (catedrático de la Universidad San Pablo CEU de Madrid), Clemente Checa González (catedrático de la Universidad de Extremadura), María Silvia Velarde Aramayo (profesora titular de la Universidad de Salamanca), y Gustavo Naveira de Casanova –secretario– (profesor visitante de la Universidad de Salamanca), recibiendo la calificación de *sobresaliente cum laude*, por unanimidad. La obra fue publicada con condensaciones, ajustes y ampliaciones, bajo el título *Beneficios Tributarios y Derechos Adquiridos*, con prólogo del catedrático Eusebio González García y bajo el sello editorial de Carlos Velasco Editores S.A., Distrito Federal, México, 2006.

El entonces Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, profesor Andrés José D'Alessio, impulsó la designación del catedrático Eusebio González García como *Doctor Honoris Causa* de la Universidad, acompañado en tal cometido por el Subsecretario de Relaciones Institucionales de esta Casa de Altos Estudios y discípulo del homenajeado, el doctor Gustavo Naveira de Casanova. Da cuenta de ello la Resolución (CD) N° 3.752 de la Facultad del 26 de octubre de 1995, que elevada a la Universidad dio lugar a la Resolución (CS) N° 2.805 del 23 de noviembre del mismo año que brindó acogida favorable al pedido. La entrega del diploma pertinente tuvo lugar el 7 de diciembre de 1995, participando en el estrado, ante la ausencia del señor Decano, el doctor Gustavo Naveira de Casanova. Esta distinción, siempre llenó de orgullo a González García, al punto de que el referido diploma, enmarcado, pasó a presidir su despacho en la Universidad de Salamanca.

Otra demostración de la vocación latinoamericanista del catedrático Eusebio González García y de sus condiciones para hacer Escuela en este lado del Atlántico queda testimoniada a través de los numerosos discípulos que supo cosechar en nuestro continente, a quienes guió en las investigaciones que dieron fruto en las tesis doctorales leídas en la Universidad de Salamanca.

Prueba de lo consignado en el párrafo anterior son los numerosos doctores mexicanos por Salamanca. Dentro de ellos se destacan: Miguel de

Jesús Alvarado Esquivel (con tesis sobre *La Responsabilidad Tributaria en España y en México*, leída en 1994), Marco César García Bueno (con tesis atinente a *El Principio de Capacidad Contributiva en España y México*, defendida en 2000), Liliana González Varela (con tesis sobre *La Tributación del Seguro de Vida en México y España*, leída en 2002), Freddy Priego Álvarez (con tesis atinente a *La Naturaleza y Efectos de la Ley del Presupuesto en México y España*, defendida en 2003), Gabriela Ríos Granados (con tesis sobre *Las Contribuciones Especiales por Incremento de Gasto*, leída en 1999), Pedro Salinas Arrambide (con tesis atinente a *La Exención Tributaria*, defendida en 1989), Blanca Torres Espinosa (con tesis sobre *La Suspensión de la Reclamación Económica-Administrativa en España y en Procedimiento Contencioso-Administrativo en México*, leída en 1999); y Sitlaly Torruco Salcedo (con tesis atinente a *El Principio de Reserva de Ley en México y España*, defendida en 2003). A todos estos discípulos los convocó para que bajo la coordinación del primero de los nombrados, el doctor Miguel de Jesús Alvarado Esquivel, publicaran un *Manual de Derecho Tributario* (Porrúa, México, 2005), en el cual el catedrático español tomó a su cargo el primer capítulo sobre *Concepto y Contenido del Derecho Tributario*, que representó un aporte renovador frente a las clásicas y tradicionales obras generales de esta rama del Derecho de los primeros maestros de la disciplina de aquel país. Tal el caso la de Ernesto Flores Zavala, *Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas*, con primera edición en 1946, seguida posteriormente por otras varias decenas (Editorial Porrúa) y Sergio Francisco de la Garza, *Derecho Financiero Mexicano*, con primera edición en 1964, continuada también con otras decenas de impresiones (Editorial Porrúa).

Valga citar también, en esta apretada síntesis, los nombres de otros destacados tributaristas latinoamericanos que alcanzaron su título de doctor por la Universidad de Salamanca bajo la dirección del recordado maestro. Ellos son: María Silvia Velarde Aramayo, de Bolivia, con tesis sobre *Minoraciones y Beneficios Tributarios* (1996), Mauricio Alfredo Plazas Vega, de Colombia, abordando el tema *La Armonización de los Impuestos Indirectos en el Orden Andino* (2000), Onéximo Garnica Prato, de Venezuela, con investigación referida a *Las Contribuciones Especiales en España y Venezuela* (2000), y Lucy Cruz de Quiñones, de Colombia, cuyo trabajo versó sobre *Legislación de Emergencia Económica* (2001).

En el sepelio del catedrático español Eusebio González García pronunció unas palabras de despedida su hija María Teresa González Martínez

—también tributarista, coautora con su padre de su más tradicional obra en sus últimas ediciones y doctora por la Universidad de Salamanca con tesis leída en el año 2015 sobre *La Potestad Comprobadora de la Administración en Relación con los Períodos Impositivos Prescriptos* calificada con sobresaliente *cum lauden*— y dentro de ellas vale destacar que, además de dar noticia de los llamados telefónicos cargados de pesar y asombro recibidos por la familia de todas las latitudes, muchos de ellos provinieron de Perú, México, Argentina, Colombia, Venezuela, Honduras, Bolivia, Ecuador y Brasil, haciéndole saber a los deudos de Eusebio González García que ante el trágico y abrupto deceso habían quedado un poco huérfanos, agregó: “Está claro que en realidad no tenías 9 hijos, tenías 10, nosotros más tu Escuela. Dicen que fuiste un verdadero maestro y que tu recuerdo perdurará en sus corazones, en especial porque por tu tesón lograste llevar Salamanca al Sur y Centro de América”.

Al haberse cumplido un año del fallecimiento del catedrático Eusebio González García, se realizó un homenaje al *Doctor Honoris Causa* de nuestra Universidad el 5 de noviembre de 2009, en el Salón Rojo de nuestra Facultad de Derecho, presidido por el entonces Decano, profesor emérito doctor Atilio Aníbal Alterini.

En dicha oportunidad nos tocó reseñar un tema que había concitado la atención del catedrático salmantino en diversas oportunidades y que era el de la tributación y la familia, recalcando la hostilidad de la legislación española en el Impuesto a la Renta de Personas Físicas al instituir un régimen de tributación conjunta de los cónyuges, posteriormente invalidado —al habilitar la posibilidad de declaración separada de los integrantes de la familia— por su Tribunal Constitucional. Posteriormente, hicimos propias las palabras del catedrático de la Universidad de Navarra, Eugenio Simón Acosta, vertidas en el homenaje que el 21 de septiembre de ese año se le había rendido en Salamanca a su prestigioso catedrático. Al respecto señaló Simón Acosta que González García había sido “un ilustre maestro de juristas” y sin duda, “el fiscalista español más apreciado por los latinoamericanos” y, haciendo referencia a su fecundidad para generar discípulos, agregó: “Nacer y morir son los dos actos más trascendentes de la vida humana. La vida en sí misma es muerte, porque cada minuto que vivimos es un minuto que no se va a volver a vivir. Pero también es vida porque nuestra vida está formada por los actos que realizamos en todos y cada uno de esos momentos fugaces que transcurren desde el nacimiento hasta la muerte. El día que con la muerte coronamos el vivir y nuestra alma se despoja

de su vestidura corrompible, queda trazada la rúbrica en el libro de nuestra breve historia. A partir de ese instante, somos lo que hemos hecho. Por eso se dice con razón, que lleva el que deja. Y puedo afirmar que mi apreciado amigo Eusebio González García, maestro de tantos juristas, se ha ido con las alforjas rebosantes porque aquí ha dejado mucho y muy bueno”.

En el mismo acto, seguidamente hizo uso de la palabra el doctor Gustavo Naveira de Casanova, quien fue discípulo directo del profesor Eusebio González García y compartió con él muchas horas a lo largo de los tres años en que residió en la Ciudad de Salamanca, mientras preparaba su tesis doctoral, destacando las calidades personales de su maestro y, particularmente, su generosidad y austeridad, para luego brindar una breve exposición en torno al concepto de tributo y, en particular, al de la tasa, a partir del pensamiento del homenajeado. Recalcó las calidades personales del profesor González García, a quien calificó como un *hombre de fe y con un espíritu y mente abiertos a escuchar a quienes pensaban distinto*, a lo que añadía una *especial disposición para aconsejar a sus alumnos y estar siempre atento a sus necesidades*.

También expuso el doctor Marcos García Etchegoyen, otro de sus discípulos, quien recordó que a todos sus doctorandos los iniciaba en el Derecho Tributario con varias lecturas obligatorias: *Derecho Tributario* de Albert Hensel, *Instituciones de Derecho Tributario* de Achille Donato Giannini, *Naturaleza e Interpretación de las Leyes Tributarias* de Ezio Vannoni y los dos volúmenes de *Principios de Derecho Tributario* de Antonio Berliri, obras a las que, en el caso de los argentinos, les sumaba *El Hecho Imponible* de Dino Jarach, y solía decir: “*Luego de que lea estos libros, hablamos de su tema de tesis*”.

Finalizado el acto en la Facultad, el Director del Departamento de Derecho Económico Empresarial, profesor Daniel Roque Vítolo, invitó a la concurrencia a dirigirse a la sede del apuntado Departamento con el propósito de descubrir un cuadro del catedrático español que, a partir de ese momento, pasó a acompañar, entre otros, a los retratos de los profesores titulares regulares de *Finanzas y Derecho Tributario* ya fallecidos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que se encuentran allí expuestos.

Dentro de las publicaciones tradicionales de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, una de las más jerarquizadas es la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, y en el número correspondiente al año 2010, que tuvo como eje temático *El Derecho Constitucional Presu-*

*puestario en el Derecho Comparado*, bajo la dirección del profesor titular regular de *Finanzas y Derecho Tributario*, doctor Horacio Guillermo Corti, en el cual participaron juristas no solo de la Argentina sino de otros países (Bélgica, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, España, Estados Unidos, Francia, Italia, México y Rusia), en dos tomos y con una extensión total de 1593 páginas, la Sección Primera estuvo dedicada a servir como *Homenaje a Eusebio González García*, de quien se predicó que se había constituido en uno de los profesores más queridos y respetados de nuestra disciplina, reproduciendo, como introducción a la obra colectiva, un ensayo del que fue autor el catedrático español, bajo el título *La Ley de Presupuesto en la Constitución Española de 1978*, previamente aparecido en la *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, volumen III, publicación dispuesta en homenaje del profesor Rafael Bielsa. Este número especial de la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, fue editado por Abeledo Perrot de Buenos Aires y, si bien perteneció al número correspondiente al año 2010 de la colección, culminó su proceso de impresión y vio la luz en el año 2012.

En oportunidad de llevarse a cabo las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario en Cartagena de Indias, República de Colombia, en febrero de 2010, el Instituto Colombiano de Derecho Tributario y la Universidad del Rosario de Bogotá presentaron un *Liber Amicorum* en homenaje a don Eusebio González García, bajo el título *Lecciones de Derecho Tributario Inspiradas por un Maestro* en dos tomos, con la dirección académica de la doctora por Salamanca, Lucy Cruz de Quiñones. En dicha oportunidad fuimos convocados para sumar nuestro aporte, el cual tuvo por título: *Interpretación de las Leyes Tributarias*. Como cierre de esta semblanza, nos permitimos consignar el epígrafe con que ingresamos al ensayo, donde dejamos expresado: "A Eusebio González García, quien junto con Charo y sus 9 vástagos nos brindó el ejemplo de un hogar fundado en el amor que, cotidianamente, desde lo doméstico, proyectó, puertas afuera, el testimonio de los más bellos valores de una familia cristiana. Al maestro español que con su sencillez y carisma despertó más vocaciones para el Derecho Tributario en América Latina, formando, desde su saber profundo, honesto, libre de prejuicios y ajeno a intereses subalternos, decenas de doctores por la Universidad de Salamanca, quienes con orgullo se reconocen hoy sus discípulos y se glorían de integrar su Escuela en este lado del Atlántico. Al amigo sincero, dispuesto y generoso, cuya memoria permanecerá imborrable en todos los que, en algún momento, por breve que haya sido, transitamos en su compañía el camino de la vida. Al hombre

bueno, sereno y prudente que ya ha regresado a la Casa del Padre, donde espera el día del reencuentro jubiloso con los suyos y con los amigos y discípulos que, perseverando en seguir su ejemplo, nos hagamos merecedores, en su hora, de la dicha eterna”.

## **II.B. El profesor emérito de la Universidad de Génova Víctor Uckmar**

El profesor Víctor Uckmar nació en Génova el 1° de junio de 1925 y sus padres fueron Antonio Uckmar –destacado tributarista, oriundo de Gorizia, República de Italia, en el límite con Eslovenia– y Bianca Helena Gabba de nacionalidad chilena. Tuvo tres hijos, Alessandra, Francesca y Antonio.

Se laureó en Derecho en la Universidad de Génova el 22 de julio de 1947, defendiendo una tesis de graduación como Licenciado en Jurisprudencia en el área de Derecho Civil con el profesor Ruggero Luzzato, obteniendo la mayor calificación y honores disponiéndose, asimismo, su publicación.

Inició su actividad docente en el año 1947 como asistente de las cátedras de *Ciencia de las Finanzas* (a cargo del profesor Mauro Fasiani), *Economía Política* (del profesor Valentino Dominedo) y *Derecho Procesal Civil* (del profesor Salvatore Satta).

En 1954 ganó el concurso para la libre docencia en la materia *Ciencia de las Finanzas y Derecho Financiero*.

Durante los años 1954 a 1960 revistó como docente en la Universidad de Pisa, ganando el concurso de *profesor titular de Derecho Tributario* convocado por la Universidad de Ferrara (comisión evaluadora formada por los profesores Abbamonte, Lucifredi, Nigro, Satta y Silvestri).

Entre los años 1959 y 1999 ejerció como titular de la cátedra de *Ciencia de las Finanzas y Derecho Financiero* en la Universidad de Génova.

Desde el año 1972 se desempeña como docente de *Derecho Tributario* en la Universidad Luigi Bocconi de Milán.

A partir de 1985 es Presidente del *Centro Ricerche Tributarie dell' Impresa dell' Università Bocconi* que, en sustancia, fue la primera universidad italiana en incorporar el curso de Derecho Tributario.

El 12 de octubre del año 2000 la *Università degli Studi di Genova*, por decisión del Claustro de Profesores de la *Facoltà di Giurisprudenza*, aprobó la propuesta de designación del profesor Víctor Uckmar como *Profesor Emérito* de la apuntada Universidad, lo que resultó refrendado el 30 de

noviembre del mismo año por el presidente, profesor Vito Piergiovanni, y por el secretario, profesor Paolo Comanducci.

Más recientemente, pasó a revistar como profesor contratado de *Derecho Tributario Internacional* en la Universidad de Bologna, de *Derecho Tributario Comunitario* en la Universidad de Roma –LUISS– y de *Derecho Tributario* en la Universidad de Macerata.

Por otro lado, se hizo acreedor de diversos laudos académicos, ya que revista como Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, Miembro Honorario Extranjero de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, del Instituto de Derecho Financiero y Tributario del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba –Argentina– y del Instituto de Derecho Tributario de la Universidad Católica de Salta –Argentina–.

Revista, asimismo, como consultor del Centro Interamericano de Administradores Tributarios (CIAT) dependiente de la Organización de Estados Americanos (OEA) y como delegado del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

También acredita una abundante producción publicística que se plasmó en libros individuales y colectivos, como en numerosos ensayos. Entre los libros cabe destacar fundamentalmente tres por acreditar trascendencia superlativa para nuestra disciplina.

Por un lado, se trata de su temprana obra *Principi Comuni di Diritto Costituzionale Tributario*, cuya primera edición es de 1959, publicada por CEDAM - Casa Editrice Dott, Antonio Milani, Padova, 1959, y una segunda edición actualizada a cargo de la misma editorial en el año 1999. Esta obra fue traducida al portugués, tarea llevada a cabo por el profesor Marco Aurelio Greco, quien la anotó con comentarios atinentes a la Constitución de Brasil de 1988, co-edición de la Universidad Católica de San Pablo y la *Revista Dois Tribunais*, San Pablo, Brasil, 1976. Finalmente, la misma obra apareció en castellano, en este caso traducida por el profesor Antonio Zino Colanino, nuevamente con notas del profesor brasileño Marco Aurelio Greco, y un apéndice, con referencias al Derecho Constitucional Tributario Argentino a nuestro cargo, mientras que los prólogos fueron realizada por los profesores colombianos, doctores Lucy Cruz de Quiñones y Mauricio Alfredo Plazas Vega, todo ello con la intervención de la Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, año 2002. Esta edición en castellano del libro fue presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bue-

nos Aires en su Salón Rojo el 1° de octubre de 2002, tarea a cargo de quien posteriormente sería también distinguido como *Doctor Honoris Causa* de la Universidad de Buenos Aires, el catedrático colombiano, doctor Mauricio A. Plazas Vega.

La segunda obra de relevante trascendencia del maestro italiano es *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, que lo tiene como coordinador y, a la vez, como autor de varias secciones, sumando el aporte de destacadas figuras de Europa y América, con sucesivas ediciones en 1999, 2002 y 2005, a cargo de CEDAM – Casa Editrice Dott, Antonio Milani, Padova, y que fue traducido al español por Cristian J. Billardi y Juan O. Zanotti Aichino, curso aparecido en dos tomos bajo el sello de Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, en el año 2003.

La tercera es el *Manuale di Diritto Tributario Internazionale*, obra colectiva de Víctor Uckmar, en colaboración con tres autores italianos de la especialidad, Giuseppe Corasaniti, Paolo de Capitani di Vimercate y Caterina Corrado Oliva, publicado por CEDAM – Casa Editrice Dott, Antonio Milani, Padova, con primera edición en el año 2009 y segunda edición en el año 2012. Este libro ha sido traducido al castellano y al portugués, y ya ha visto la luz en Colombia, Argentina, Brasil y Costa Rica. En el caso de la publicación en Colombia, estuvo al cuidado del catedrático de la Universidad del Rosario, doctor Mauricio A. Plazas Vega y apareció en el año 2010 bajo el sello de la Editorial Temis, Bogotá. En la Argentina, se ha realizado con la colaboración inestimable de los juristas Rubén O. Asorey y Cristian J. Billardi, bajo la responsabilidad de la Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011. En Brasil, apareció con el aporte de las referencias a la legislación de ese país a cargo del doctor Marco Aurélio Greco, quien se desempeña como profesor de la materia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo y del doctor Sergio André Rocha, quien ha sido profesor sobre temas de Derecho Internacional Tributario en diversas Casas de Altos Estudios –Universidad Federal Fluminense, Universidad del Estado de Río de Janeiro y Universidad Candido Mendes–, como de la Fundación Getúlio Vargas en Río de Janeiro, bajo el sello editorial de Dialética, San Pablo, 2012. Y en Costa Rica, con notas al derecho positivo de aquel país a cargo del doctor Adrián Torrealba Navas, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, bajo el sello de la Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2014. También está en gestación la edición que aparecerá en el Reino de España, bajo la coordinación del catedrático de la Universidad de Santiago de

Compostela, doctor César García Novoa, encontrándose en igual estado embrionario la aparición de la obra con notas al Derecho vigente en otros países latinoamericanos.

Su generosidad lo ha llevado a hacerse presente, con sus aportes, en diversas obras colectivas de homenaje a profesores como Achille Donato Giannini, Enrico Allorio, Pietro Sette, Franco Piga, Dino Jarach, Alberto Predieri, Geraldo Ataliba, Pietro Rescigno, Ramón Valdés Costa y Andrea Amatucci y Fernando Sainz de Bujanda.

También ha participado, como coautor, en el célebre *Tratatto di Diritto Tributario* (4 tomos en 5 volúmenes), dirigido por Andrea Amatucci y con la intervención de 48 catedráticos italianos, alemanes y españoles, aparecido en 1994 a través del sello editorial CEDAM – Casa Editrice Dott, Antonio Milani, con segunda edición en el año 2001, y traducido al español en dos tomos, para ser publicado por Editorial Temis S.A. de Bogotá, Colombia, también en el año 2001.

Además, cuenta en su haber con un sinnúmero de ensayos y trabajos en diversas revistas y colecciones de Italia, España, Alemania, Rusia, Israel, Estados Unidos, Brasil, Colombia, Uruguay y Argentina.

Su padre, Antonio Uckmar, fundó en el año 1926 la revista *Diritto e Pratica Tributaria*, quien asumió su dirección en esa etapa inaugural. La revista hizo su aparición como Órgano Oficial de la Asociación Nacional de Consultores Tributarios de Italia, constituyéndose en la más antigua publicación periódica orientada al tratamiento de esta rama jurídica, con aparición continuada –salvo un breve lapso durante la Segunda Guerra Mundial– hasta nuestros días.

En 1930, en el mismo ámbito de *Diritto y Pratica Tributaria*, comenzó a publicarse *Il Diritto Tributario*, colección de ensayos sobre temas monográficos, dentro de los que se destacan *Il Fatto Imponibile* de Dino Jarach y *Diritto Tributario* de Paulo de Barros Carvalho. Esta colección cuenta a la fecha con más de cien volúmenes, entre los cuales se destacan numerosos ensayos de Víctor Uckmar, el primero de ellos: *Régimen Fiscal del Contrato Preliminar de Compraventa*, del año 1949.

Desde el año 1959, Víctor Uckmar asumió la dirección de la Revista, tomando a su cargo la columna *Diritto Tributario*, y en 2003 impulsó la creación de *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, que también lo tiene como director y con edición on-line.

Incluso, gracias a tales publicaciones, Uckmar es difusor del pensamiento tributario italiano en América Latina y del Derecho Tributario

Latinoamericano en Europa, como en su hora lo fueron en estas latitudes y particularmente en la Argentina los profesores italianos Mario Pugliese –tempranamente fallecido– y Dino Jarach –quizás el más fecundo jurista en el abordaje de la dogmática tributaria y generador de iniciativas legislativas en nuestro país durante el siglo XX–, ambos profesores juristas relevantes exponentes de la Escuela de Pavía, presidida por el catedrático de aquella Universidad Benvenuto Grizziotti, también reconocido como *Doctor Honoris Causa* de nuestra Casa de Altos Estudios, el 3 de octubre de 1924, mediante Ordenanza N° 155, en este caso a impulso de la Facultad de Ciencias Económicas.

En su carácter de fundador y presidente de la *Associazione Italiana per il Diritto Tributario Latinoamericano*, incorporó dicha entidad al Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario en el año 1991, en ocasión de celebrarse las XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario en Caracas, Venezuela, intensificando las relaciones y vínculos del pensamiento de esta rama jurídica entre los dos extremos del océano. Ya en ocasión de las XII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario celebradas en la Ciudad de Bogotá, República de Colombia, en el año 1985, se habían incorporado del Viejo Continente a este foro Portugal y España, como modo de evitar el doble esfuerzo que representaba realizar alternadamente las Jornadas Latinoamericanas y las Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Derecho Tributario que se venían celebrando desde su primera edición en Curia, Portugal, en el año 1966 hasta su último evento, (la décima) Jornada que tuvo lugar en la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, en 1984.

Como consecuencia de la incorporación de su país al ILADT, el profesor Uckmar tomó a su cargo la organización de un *Seminario*, cursando invitación a un numeroso conglomerado de profesores que, con el auspicio conjunto de la *Associazione Italiana per il Diritto Tributario Latinoamericano* y del *Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario*, sesionó sucesivamente durante el año 1992 de forma itinerante en la *Università degli Studi di Genova*, en la *Università degli Studi di Roma Tor Vergata (Roma II)* y en la *Università degli Studi di Napoli Federico II*.

A su vez, presidió el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, tomando a su cargo la organización y realización en la Ciudad de Génova, en el año 2002, de las XXI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, en la cual un alto número de participantes comenzaron sesionando en un crucero que partió del Puerto de Barcelona hacia el Puerto de Nápoles.

Allí se abordaron como Tema I: *Medidas Fiscales para el Desarrollo Económico* y como Tema II: *Aspectos Impositivos de las Empresas de Transporte Aéreo y Marítimo*.

Otro aspecto a destacar es la asidua concurrencia de Víctor Uckmar a actividades académicas desplegadas en diversas Universidades de América Latina, como en los encuentros, jornadas y congresos promovidos por los Institutos y Asociaciones Nacionales de Derecho Tributario de este Continente.

Hace poco más de una década, y al cumplir Víctor Uckmar 80 años, se publicó en la Argentina una obra en la que participaron cuarenta y dos profesores, entre ellos once argentinos, titulada *Estudios de Derecho Constitucional e Internacional Tributario. Homenaje Latino-Americano a Víctor Uckmar*, con la intervención de la Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, año 2005, coordinada por los profesores Pasquale Pistone –hoy profesor asociado de la Universidad de Salerno, Italia– y Heleno Taveira Torres, hoy profesor titular del Departamento de Derecho Económico, Financiero y Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo (USP).

Un capítulo aparte lo constituye el aporte que incesantemente efectúa el profesor Uckmar en favor de los jóvenes estudiantes que se inician en materia tributaria. Es ejemplo de ello la constitución de la *Fondazione Antonio Uckmar* (para el estudio del Derecho Tributario), que tiene por objeto proseguir la obra de su padre, instituyendo becas y premios a los noveles investigadores.

Otro que toca de cerca de los argentinos, radica en su decisivo aporte en la beca de estudio *Alla Scoperta Dell' Italia* financiada por la *Banca d' Italia* a través de la Universidad de Génova. Gracias a esta generosa iniciativa de vieja data, muchos jóvenes latinoamericanos –gran parte de ellos, argentinos– han podido desarrollar planes de investigación en Italia asimilando su cultura e historia, para regresar luego a sus países de origen y difundir sus experiencias de estudio y de vida.

Víctor Uckmar también ha sabido conjugar, en feliz amalgama, su condición de catedrático, de abogado del foro y de jurista consultor.

Como abogado litigante, cabe recordar que con su impulso y patrocinio letrado de la parte actora, la Corte Constitucional Italiana, en la causa "*Stroppa Franco c/ Intendenza di Finanza di Pavía*", sentencia del 31 de marzo de 1961, declaró inconstitucional el instituto del *solve et repete* que venía rigiendo en aquel país desde la sanción de la Ley de Procedimien-

to en lo Contencioso Administrativo N° 2.248 del 20 de marzo de 1865, Anexo E, art. 6°, inc. 2°). El Alto Estrado así se pronunció, por entender que tal regla legal colisionaba con el Estatuto Supremo de dicha República, particularmente con el art. 3°, segundo párrafo que consagra: "Es competencia de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos..."; el art. 24, inc. 1°) que estatuye: "Todos pueden acceder a la Justicia para la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos"; y el art. 113° que dispone: "Contra los actos de la Administración Pública está siempre admitida la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa. Tal tutela jurisdiccional no puede ser excluida o limitada a medios particulares de impugnación o para determinadas categorías de actos. La ley determina que órganos jurisdiccionales pueden anular los actos de la Administración Pública en los casos y con los efectos previstos por la misma ley".

Como calificado jurista consultor lo describe con justeza un amigo en común, el profesor Enrique Bulit Goñi, señalando en una nota a pie de página en su aporte al libro de *Homenaje Latinoamericano... a Uckmar*, que lo conoció en una tertulia mantenida con un grupo de tributaristas argentinos añadiendo literalmente: "Recuerdo vívidamente el relato informal y apasionante que aquella tarde nos hizo de su participación en el diseño de un proyecto de régimen de joint ventures para la China de Mao Tse Tung, cuando se extinguía la guerra fría, y el mundo se abría, siendo lo más impresionante para mí que lo hacía con la naturalidad y la distensión de quien refiere la trama normal de uno de los asuntos cotidianos de su estudio" (v. *Estudios de Derecho Constitucional e Internacional Tributario. Homenaje Latino-Americano a Víctor Uckmar*, ob. cit., p. 111).

La República Argentina también tiene una inmensa deuda de gratitud con el profesor Víctor Uckmar con relación a la defensa de sus intereses económicos en Europa y particularmente en Italia.

En el sentido indicado en el párrafo anterior, intervino activamente en la creación de la *Plataforma Argentina en el Puerto de Génova* para potenciar las posibilidades exportadoras de nuestro país.

Gestionó personalmente, en su hora, ante el entonces Comisario de la Unión Europea, Romano Prodi, el levantamiento de las barreras arancelarias y para-arancelarias para la apertura de aquel mercado a las carnes argentinas con motivo de los prejuicios en relación a la carne bovina frente

al comúnmente conocido *mal de la vaca loca*, que afectaba a los rodeos en otros países.

En 1998 intercedió para que el gobierno italiano ofreciese gratuitamente su asistencia para la reforma del sistema tributario argentino. Un año después fue suscripto un acuerdo *ad-hoc* por el entonces subsecretario G. Marongiu que preveía las bases de un programa concreto el cual, lamentablemente, quedó trunco con motivo de la crisis económica que se desataría en la Argentina.

Tomó un decidido partido en favor de la Argentina en declaraciones brindadas a la prensa italiana y en nuestro país, marcando la responsabilidad del Fondo Monetario Internacional e, incluso, de la banca italiana, en el crack financiero que sufrimos en diciembre de 2001 y enero de 2002, invitando a una investigación sobre las responsabilidades jurídicas emergentes ante tal endeudamiento, y el traslado de los títulos públicos argentinos de parte de los bancos a pequeños ahorristas sobre la base de la información privilegiada de un probable *default*.

También ha sido constante su prédica en favor de recrear condiciones adecuadas para la comercialización de los productos de América Latina en otros mercados, en donde el otorgamiento de significativos subsidios imposibilita su acceso, cuando no de la existencia explícita de cupos cuantitativos a las importaciones de productos argentinos y brasileños, especialmente agrícolas, ganaderos, textiles o al acero, que actúan como barrera para el acceso a dichos países.

Como un dato quizás anecdótico, y teniendo en cuenta que la madre de Uckmar había nacido en Tacna –en su momento perteneciente a Chile y hoy al Perú, lo que lo ligaba a aquella región con profundos sentimientos de afecto–, hace ya unos cuantos años decidió emprender un cruce de la cordillera con baqueanos y otros jinetes, partiendo de la Provincia de Salta, para llegar a suelo trasandino.

Como se habían desatado varios temporales de viento y lluvia que impedían avanzar en la marcha, luego de varios días, se decidió por regresar a la Ciudad de Salta, y allí, por sus inquietudes académicas, en algún paseo arribó a la Universidad Católica de Salta, donde se encontró, a pesar del receso veraniego, con el entonces rector de esa Casa de Estudios, el doctor Patricio Colombo Murúa, quien, casualmente, estaba traduciendo al castellano la obra de Uckmar: *Principios Comunes del Derecho Constitucional Tributario*.

Probablemente, la apuntada circunstancia la interpretó como una suer-

te de signo o mensaje y compró, "a ciegas" –esto es, sin haberlo visitado–, un campo en aquella provincia del norte, establecimiento al cual le puso por nombre "La Mariposa", circunstancia que lo obligó a viajar con bastante frecuencia a la Argentina haciendo un complejo y largo periplo aéreo: Génova-Roma-Buenos Aires-Salta, para proseguir luego en camioneta del aeropuerto provincial hasta el campo. A la apuntada estancia, con su espíritu emprendedor, le incorporó innumerables mejoras y personalmente dirigió todo un complejo mecanismo de ingeniería hídrica para atender los bebederos para la hacienda de toda la explotación, con los cursos naturales de los arroyos, tomando en cuenta las pendientes naturales del terreno y como medio para eliminar los permanentes desperfectos de las perforaciones y de las bombas de extracción de agua.

Quienes lo conocemos, tenemos muy presente cómo se consustanció con las tradiciones, las prácticas y la vestimenta de nuestros gauchos del norte, lo que lo convirtió, además de latinoamericanista, por una suerte de trasmigración cultural que en él se operara, en un hombre identificado con las costumbres y los valores de la Argentina profunda del interior.

Su compromiso con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires quedó ampliamente demostrado en atención a distintos hechos. Por un lado, desde hace ya muchos años, la hemeroteca de esta Unidad Académica recibe por donación *Diritto e Pratica Tributaria* y, más recientemente, *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, que el profesor Uckmar dirige. Por otro, impulsó la celebración de un Convenio de Cooperación entre la Universidad de Génova y la Universidad de Buenos Aires, suscripto el 22 de septiembre de 1999, acompañando en tal gestión a la decana de la Facultad italiana, apoderada al efecto, doctora Giovanna Visintini, conocida en la Argentina ya que publicó en nuestro medio una importante muestra de su obra bajo el título *Tratado de la Responsabilidad Civil*, en 2 tomos, traducida por la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999. Asimismo, como ya se señaló, presentó su libro traducido al castellano *Principios Comunes del Derecho Constitucional Tributario* en el Salón Rojo de esta Facultad en el año 2002.

Así las cosas, la propuesta de designación del profesor Víctor Uckmar como *Doctor Honoris Causa* de la Universidad de Buenos Aires, fue impulsada por presentación conjunta de todos los profesores eméritos, consultos y titulares regulares de la asignatura *Finanzas y Derecho Tributario* de la Facultad de Derecho, acompañados por el director de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Tributario, la que luego de ser

aprobada por el Consejo Directivo de esta Casa de Estudios, mediante Resolución (CD) N° 2.529 del 29 de marzo de 2005 fue elevada a la Universidad donde se le otorgó la distinción respectiva por Resolución (CS) N° 4.784 del 18 de mayo del año 2005. El Acto de entrega del diploma al profesor Víctor Uckmar como *Doctor Honoris Causa* de la Universidad de Buenos Aires se llevó a cabo en el Aula Magna de la Facultad de Derecho el 27 de octubre de 2005 habiéndonos correspondido realizar la pertinente *laudatio*, luego de lo cual el profesor emérito de la Universidad de Génova pronunció una clase magistral sobre *La Cultura del Impuesto*.

Como un testimonio del eco que en el medio académico y profesional de la Argentina, e incluso más allá de sus fronteras, tuvo la designación del profesor Víctor Uckmar como *Doctor Honoris Causa* de la Universidad de Buenos Aires, corresponde, en apretada síntesis, dar cuenta de las adhesiones que se recibieron con motivo del acto de investidura en nuestra Casa de Estudios. Ellas fueron: la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca –a través de su catedrático, profesor Eusebio González García, también *Doctor Honoris Causa* por la Universidad de Buenos Aires–; la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán; la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; la Universidad Nacional del Litoral; el Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –a través de su Carrera de Especialización en Derecho Tributario–; el Departamento de Ciencias de la Administración de la Universidad Nacional del Sur; la Cátedra de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; la Cátedra de Finanzas y Derecho Financiero de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata; la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora; la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina; la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo; la Facultad de Ciencias Jurídicas y el Instituto de Derecho Tributario de la Universidad Católica de Salta; el Departamento de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral; el Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica, y la Maestría de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina; la Carrera de Posgrado de Especialización en Finanzas y Derecho Tributario, y la Cátedra de Derecho Tributario de la Universidad de Belgrano; la Cátedra Extracurricular de Finanzas Públicas del Centro de

Institutos de Investigación de Ciencias Jurídicas de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador; la Asociación Argentina de Estudios Fiscales y su Consejo Directivo; la Presidencia del Tribunal Fiscal de la Nación; el Instituto de Derecho Tributario y Financiero del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata y la Universidad del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá y su Posgrado en Derecho de la Hacienda Pública, por conducto de su catedrático, y hoy también *Doctor Honoris Causa* de la Universidad de Buenos Aires, doctor Mauricio Alfredo Plazas Vega.

### **II.C. El catedrático de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario doctor Mauricio Alfredo Plazas Vega**

El catedrático Mauricio Alfredo Plazas Vega nació en Bogotá, República de Colombia, el 29 de junio de 1955. Se casó con Ligia María Molina Patiño y de esa unión nacieron tres hijas: María Catalina, Claudia Jimena y Natalia Plazas Molina.

Su instrucción en la escuela primaria y secundaria, como su formación universitaria –egresando como abogado en el año 1979, y como especialista en Derecho Tributario en el año 1981–, igual que un intenso desempeño en el Claustro de Profesores en diversas cátedras, tuvo lugar en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de la Ciudad de Bogotá, República de Colombia.

Respecto de su *Alma Mater*, es del caso señalar que la Universidad Nuestra Señora del Rosario fue fundada en 1653 –previa autorización del Rey Felipe IV de España– por el Arzobispo de Santa Fe en el Nuevo Reino de Granada Fray Cristóbal de Torres, para enseñar Filosofía, Teología, Jurisprudencia y Medicina.

Si bien en los inicios de dicha Casa de Altos Estudios se designaron como Rector y Vicerrector a dos frailes dominicos, lo cierto es que al influjo de la tradición española en América, que siguió el ejemplo de la Universidad de Salamanca –con sus honores y privilegios propios de las Universidades Mayores de la Península–, y el modelo originario de la Universidad de Bologna, *Alma Mater* de las universidades europeas, se la estructuró sobre la base del principio de la *Universitas Scholarium*, en la cual los estudiantes constituían la base de la institución y el gobierno se ejercía a través de los Colegiales de Número (Colegiatura), concepción distinta a la *Universitas Magistrorum*, modelo en el que se forjó la Univer-

sidad de París (*La Sorbonne*), en el cual el rol prominente quedó asignado a los profesores.

El Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario se conoce entre los estudiantes como "El Rosario" y el escudo que lo identifica viene conformado por un rosario que rodea en forma de óvalo la Cruz de Calatrava.

Curiosamente, la Cruz de Calatrava fue un símbolo que estuvo presente en el escudo de la Ciudad de Buenos Aires y que, hasta hoy, se mantiene en su bandera aprobada en el año 1995. Es que de tal modo se recogió el escudo de armas del navegante y conquistador Juan de Garay, quien el 11 de junio de 1580 en el Puerto de Santa María de los Buenos Aires, fundó por segunda vez esta población bajo el nombre de Ciudad de la Trinidad, conmemorando de tal modo que su llegada a estas latitudes tuvo lugar el domingo en que, según el santoral católico, se celebra la festividad de la Santísima Trinidad.

El escudo de la Ciudad contiene un águila negra coronada, con cuatro aguiluchos y una cruz roja en su garra derecha, conocida como Cruz de Calatrava por ser el modelo usado por la Orden Militar de Calatrava, en España.

De todos modos –más allá de esta coincidencia–, no puede pasarse por alto que han ingresado distintos proyectos a la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires para la supresión de tal símbolo –el escudo de armas de Juan de Garay– por considerar el blasón una rémora monárquica –que no se condice con el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional que al consagrar la regla de la igualdad ha abolido las prerrogativas de sangre y los títulos de nobleza–, a lo que se suma que dicha fórmula heráldica –incluso en las modernas monarquías parlamentarias– se encuentra en retroceso en toda Europa y es objeto de reparos que van en aumento en la propia España.

El pensamiento jurídico colombiano desde hora temprana se hizo presente en las cátedras del Departamento de Jurisprudencia transformado en 1874 en Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, como volvió a ocurrir en el año 2015 al deferirse el *Doctorado Honoris Causa* al catedrático de aquella nación hermana, profesor Mauricio A. Plazas Vega. Es que, hace casi un siglo y medio, José Nazario Florentino González Vargas, bachiller y doctor en jurisprudencia por el Colegio San Bartolomé, con cursos de profundización en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá, se convirtió en el primer catedrático de Derecho Constitucional de nuestra Casa de Altos Estudios, dic-

tando su primer curso en 1869, y continuando al frente de la materia varios años más, hasta que lo sorprendió la muerte, momento en el cual asumió la cátedra José Manuel Estrada (v. Tesis Doctoral de Agustín Pestalardo defendida en nuestra Facultad, en el año 1913, bajo el título *Historia de la Enseñanza de las Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Buenos Aires*, pp. 122 y 123, recomendada a los premios Facultad y Alberto Gallo, Imprenta Alsina, Buenos Aires, 1914).

El profesor Mauricio A. Plazas Vega realizó sus estudios doctorales sobre la base del Programa *Francisco de Vitoria*, que tuvo como partes intervinientes a la tradicional Universidad de Salamanca del Reino de España y a la Universidad de La Sabana de Bogotá, y se laureó con tal grado en la Universidad de Salamanca mediante la defensa pública de su tesis el 6 de octubre de 2000 que versó sobre: "La Armonización Tributaria en Materia de Impuestos Indirectos en el Orden Andino". Fueron sus padrinos de tesis: Eusebio González García –catedrático de la Universidad de Salamanca y *Doctor Honoris Causa* de la Universidad de Buenos Aires– y el doctor Manuel González Sánchez –catedrático de la Universidad de Jaén– y su Tribunal estuvo compuesto por los catedráticos y/o profesores: Ernesto Lejeune Valcárcel (en ese entonces catedrático de la Universidad del País Vasco), Perfecto Yebra Martul-Ortega (catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela), Gabriel Casado Ollero (catedrático de la Universidad Complutense de Madrid), José María Lago Montero y Silvia Velarde Aramayo (estos dos últimos, entonces, profesores titulares de la Universidad de Salamanca y el primero hoy catedrático acreditado), mereciendo la calificación de *cum laude* por mayoría.

El catedrático Mauricio A. Plazas Vega, además de sus aportes originales –que más adelante se reseñarán– y de su especial impronta latinoamericana, también mantuvo vínculos estrechos desde el punto de vista doctrinario y personal con figuras consulares de nuestra rama jurídica del Viejo Continente –especialmente con profesores españoles e italianos–. Ello ocurrió con quienes lo precedieron, en tiempos más cercanos, en recibir el *Doctorado Honoris Causa* por parte de la Universidad de Buenos Aires, como el catedrático español de la Universidad de Salamanca, doctor Eusebio González García y el catedrático italiano, profesor emérito de la Universidad de Génova, Víctor Uckmar.

En el caso de Mauricio A. Plazas Vega, muy probablemente, ya intensificó el interés por el abordaje del Derecho Financiero y Derecho Tributario con raíces en el pensamiento jurídico italiano, durante sus estudios

de doctorado en la Universidad de Salamanca, por cuanto su copadrino de tesis el doctor Eusebio González García llevó adelante su formación en su juventud para afrontar la tarea de escribir su tesis, recibiendo las enseñanzas de Gian Antonio Micheli, catedrático de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de *La Sapienza* de Roma. Esto marcó una diferencia entre el catedrático español de referencia respecto de otros profesores de la península ibérica que llevaron adelante sus cursos a los mismos fines, alojándose en el Real Colegio de España en Bologna –colegio que comenzó a funcionar en el año 1369–, Universidad de Bologna en donde impartía la enseñanza del Derecho Tributario y forjaba discípulos otro gran maestro italiano, el catedrático Antonio Berliri.

Así las cosas, cabe resaltar también los intensos vínculos que generó Mauricio A. Plazas Vega durante una larga estancia de estudios en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Federico II de Nápoles, a partir de las clases que impartía el profesor Andrea Amatucci, residencia que transcurrió entre enero y junio de 2001, con una carga semanal de 10 horas. Esta circunstancia lo llevó a identificarse con la Escuela de Derecho Financiero Napolitana, que se cimienta en el legado inaugural del maestro Oreste Ranelletti, todo lo que condujo a realizar un abordaje de su campo de conocimiento desde el ordenamiento jurídico, tanto del Derecho Financiero como del Derecho Tributario, en el cual cobran perspectiva en términos de unidad jurídica institutos centrales, como el presupuesto, el gasto, el crédito público, el régimen cambiario o las regulaciones monetarias.

Es por ello que no es casual que el prólogo del primero y el segundo tomo de la segunda edición de *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario* –Editorial Temis, Bogotá, 2006– obras en las que cobra real protagonismo, el en el algún momento olvidado, *Derecho Financiero* o *Derecho de la Hacienda Pública*, sin descuidar al *Derecho Tributario* como su capítulo que suscita mayor interés profesional, hayan sido escritos por el profesor Andrea Amatucci. Es que, más allá de que el *Derecho Tributario* se haya emancipado de la sujeción esclavizante que lo sometía, tanto al Derecho Administrativo, como al Derecho Privado, lo que le permitió plasmar su autonomía estructural y dogmática, no puede desconocerse que la función *ingresos-gastos públicos*, se convierte en la célula esencial del tejido financiero y que merece una visión de conjunto como complemento clave de toda *Teoría General del Estado*, y más aún en cuanto se ponga el acento en el concepto actual de *Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho*. Es que la Administración no detrae recursos del *Mercado*

por capricho del *Fisco* sino, esencialmente, aun en la más reduccionista y simplificada versión de las finanzas de cobertura, como las describiera el gran jurista tucumano e inspirador de la Constitución de 1853, Juan Bautista Alberdi, al recalcar: "... no puede haber gobierno gratis, ni debe haberle por ser el más caro de gobiernos [...] Según esto, el Tesoro y el Gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente. El país que no puede costear su Gobierno, no puede existir como nación independiente, porque no es más el Gobierno que el ejercicio de su soberanía por sí mismo" (v. *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Ediciones Del Mercurio de Santos Tornado y Ca., Valparaíso, Chile, 1854, o cualquiera de sus posteriores y múltiples ediciones).

La filiación doctrinaria del profesor Mauricio A. Plazas Vega y su adscripción a la Escuela Napolitana del Derecho Financiero no resulta por lo demás totalmente extraña a las ideas que, de una forma o de otra, echaron profundas raíces en el pensamiento jurídico de nuestro medio. Es que la Universidad de Buenos Aires, a propuesta de la Facultad de Ciencias Económicas, hace ya más de nueve décadas, como ya se viera, el 3 de octubre de 1924, había designado *Doctor Honoris Causa* al profesor Benvenuto Griziotti, catedrático de la Universidad de Pavía (República de Italia). En tal sentido, si bien desde otro ángulo, la teoría de Benvenuto Griziotti conducía a un sincretismo de los más variados componentes en juego en el fenómeno financiero –económicos, políticos, técnicos y jurídicos–, y pasó revista a todos los institutos de dicha actividad, esto es, al presupuesto del Estado, a los gastos públicos, a la deuda pública, a las finanzas locales y regionales, a los recursos públicos en su conjunto y luego a los tributos en particular, brindando una visión más amplia que aquella que se circunscribe exclusivamente a la consideración de los recursos tributarios. Tal visión tuvo eco en nuestras playas a partir de que arribaron a ellas dos de los más relevantes discípulos de la Escuela de Pavía para incorporarse a la enseñanza universitaria en este país, esto es, Mario Pugliese y Dino Jarach. El último, además, es sin duda quien le legó a la Argentina los mayores aportes, no solo en iniciativas legislativas (simplificación y reducción de los impuestos provinciales al bosquejar el Impuesto a las Actividades Lucrativas; Código Fiscal para la Provincia de Buenos Aires, sancionado en 1948; lineamientos del Convenio Bilateral entre la Provincia de Buenos Aires y Municipalidad de Buenos Aires y, luego, el Convenio Multilateral, en ambos casos, para evitar la Doble o Múltiple Imposición en el Impues-

to a las Actividades Lucrativas; Anteproyecto de Ley de Coparticipación elaborado para el Consejo Federal de Inversiones en el año 1966, molde conceptual en que se volcó el diseño de la Ley N° 20.221, que unificó en el año 1973 los tres regímenes vigentes en la materia en uno único; etc.), sino también a través de sus construcciones dogmáticas volcadas en el libro *El hecho imponible*, aparecido en su primera edición en 1943 y escrito a la temprana edad de 28 años, o de la enseñanza en su cátedra de Finanzas Públicas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, que lo distinguió al finalizar su actuación como Profesor Emérito.

El desempeño en la enseñanza universitaria lo encontró al profesor doctor Mauricio A. Plazas Vega al frente de distintas materias, cursos y cátedras de grado y de posgrado, fundamentalmente en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, en la cual también tuvo una destacada actuación y justificó merecidos reconocimientos

Las materias fueron “Derecho Tributario”, “Derecho de la Hacienda Pública”, “Teoría Política y Económica del Impuesto”, “Historia de las Ideas Políticas”, “Aspectos Políticos y Económicos del Derecho Público” y “Pensamiento Político Colombiano”.

A su vez, en su actuación en esa Casa de Altos Estudios, revistó como: Consiliario del Colegio Mayor, de 1997 a 2002; Candidato a Rector, en 2001; Director del Posgrado en Hacienda Pública, desde 2004 hasta 2013; y Director del Área de Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario en la Facultad de Jurisprudencia, desde 2008. Además, fue investido de la dignidad estudiantil de Oficial, durante el curso de sus estudios en la Facultad de Jurisprudencia; porta la medalla de la Cruz de Calatrava en su condición de Colegal Honorario y Profesor Distinguido del Colegio Mayor.

También se desempeñó como Profesor de Grado y Posgrado en otras Universidades colombianas impartiendo: “Derecho de la Hacienda Pública” e “Impuesto sobre el Valor Agregado (IVA)”, en la Universidad Externado de Colombia; “Teoría de los Tributos”, en la Pontificia Universidad Bolivariana de Medellín; “Derecho Tributario”, en la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá; “Aspectos Económicos e Ideológicos de la Hacienda Pública”, en la Universidad Santo Tomás de Aquino; y “Derecho Tributario”, en la Universidad de los Andes.

Igualmente estuvo a cargo de la enseñanza en Universidades Europeas, prevalentemente de la República Italiana, y también de Francia, según la siguiente reseña: “Derecho de la Hacienda Pública”, en la Univer-

sidad Federico II de Nápoles; "Teoría General del Derecho Tributario" y el "Derecho de la Hacienda Pública", en la Universidad de Bari; "Derecho Tributario Comunitario", en la Universidad Suor Orsola Benincasa; "Temas de Derecho Tributario Comunitario", en la Universidad de Turín; "Temas relacionados con Derecho Comunitario en General y Derecho Tributario Comunitario en Particular", en la Universidad de Bologna y "Las Sombras de la Fiscalidad", en la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne.

También registra en su haber numerosos cargos y distinciones entre los cuales pueden referirse: Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, en los períodos 1994-1995 y 2000-2001; Miembro Honorario del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, desde 1995; Conjuez del Consejo de Estado de la República de Colombia, 1997; Conjuez de la Corte Constitucional de la República de Colombia, 1997; Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, de 1999 a 2001; Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, desde 2001; Presidente del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, período 2009-2010; Miembro Honorario Extranjero de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, distinción conferida en el año 2015 y Miembro del Consejo de Redacción de distintas publicaciones periódicas colombianas y extranjeras.

La producción escrita del catedrático Mauricio A. Plazas Vega, se caracteriza por su fecundidad, ya que acredita numerosos ensayos, artículos, prólogos e importantes participaciones en obras colectivas que sería imposible enumerar en esta ocasión, alguno de los cuales echan raíces en temas profundos y generales como los referidos a las ideas filosóficas, las posturas políticas, a la Teoría General del Derecho, de la Hacienda Pública y el Derecho Tributario, ya sea a partir de los principios constitucionales o el núcleo dogmático jurídico de la tributación. También se ha ocupado de los gravámenes en particular, con especial referencia al Impuesto al Valor Agregado o de la Imposición a la Renta.

Solo valga aquí poner en relieve algunos de sus libros más trascendentes, tal el caso de: *El IVA en Colombia*, con diversas ediciones, a partir de la primera de Editorial Temis, Bogotá, aparecida en el año 1989; *El IVA en los Servicios*, también de Temis, 1992; *El Liberalismo y la Teoría de los Tributos*, Temis, 1995; *Del Realismo al Trialismo Jurídico – Reflexiones sobre el contenido del Derecho y la Formación de los Juristas*, Temis, 1998, con segunda edición de 2009 y tercera edición de 2014; *Derecho*

de la *Hacienda Pública y Derecho Tributario*, Temis, 2000, con segunda edición en dos volúmenes en 2005 y 2006, y tercera edición, igualmente en dos volúmenes, el primero dedicado, como en la edición anterior, al *Derecho de la Hacienda Pública*, Temis, 2016, y el segundo al *Derecho Tributario*, Temis, en proceso de publicación en 2016; *Il Diritto della Finanza Pubblica e il Diritto Tributario*, selección de textos y traducciones de la obra precedentemente mencionada, traducida a la lengua italiana por el catedrático Andrea Amatucci, Nápoles, Jovene Editore, 2009; *Derecho Tributario Comunitario*, que recoge su tesis doctoral, Bogotá, bajo el sello Legis, 2000; *Ideas Políticas y Teoría del Derecho*, Bogotá, Temis y Universidad Nuestra Señora del Rosario, 2003; *Kant, el Newton de la Moral y el Derecho*, Temis, 2004; *La Cuestión Social y la Nueva Izquierda en América Latina*, Temis, 2007; *El Frente Nacional. Aspectos Constitucionales y Políticos*, Temis, 2010, con segunda edición en 2011; *La Codificación Tributaria*, Editorial Universidad Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2011; *Historia de las Ideas Políticas*, Bogotá, Editorial Temis, 2013; *Historia de las Ideas Políticas y Jurídicas*, en cinco volúmenes, Temis, 2014; *Locke – El Liberalismo*, texto que hace parte de la obra intitulada *Locke y Tocqueville – Del Liberalismo a la Democracia*, cuyo capítulo "Tocqueville" es autoría del profesor Juan Carlos Cortés, Temis, 2015; *Santo Tomás de Aquino. Ideas Políticas y Jurídicas*, texto que hace parte de la obra intitulada *Santo Tomás de Aquino. Ideas Políticas y Jurídicas. Su Proyección en el Derecho Tributario*, cuyo capítulo sobre "La Proyección de Santo Tomás de Aquino en el Derecho Tributario" es de autoría del profesor Andrea Amatucci, Colección de Textos de Jurisprudencia de la Universidad Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2015; *Hacienda Pública y post conflicto en Colombia*, Temis, 2015.

También el catedrático Mauricio A. Plazas Vega revistó como Coordinador Científico General de la *Obra Colectiva en honor a Andrea Amatucci* bajo el título *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario*, con 5 volúmenes en 7 tomos, emprendimiento en el cual participaron 154 autores –de Italia, España, Alemania, Bélgica, Francia, Portugal, Hungría, Holanda, Rusia, Estados Unidos de América, Colombia, Perú, Ecuador, Venezuela, Bolivia, Brasil, Argentina, Chile, Japón, China, Australia y Congo–, aparecida bajo el sello editorial conjunto de Temis S.A. y Jovene, Bogotá – Nápoles, 2011.

Por otro lado, se desempeña como Director Académico de la *Colección de Clásicos del Derecho de la Hacienda Pública*, bajo el sello edi-

torial de Temis y Universidad Nuestra Señora del Rosario, con tres libros publicados al año 2015.

Cabe reiterar aquí que se han omitido algunas decenas de libros colectivos en los cuales ha aportado enriquecedores ensayos.

La designación del catedrático Mauricio A. Plazas Vega como *Doctor Honoris Causa* de la Universidad de Buenos Aires atravesó distintas instancias administrativas a lo largo del año 2015.

Fue así que la propuesta fue impulsada por todos los profesores titulares de Finanzas Públicas y Derecho Tributario de nuestra Facultad de Derecho, revistieran como Eméritos, Consultos o Titulares Regulares –nos referimos a los catedráticos Arístides H. M. Corti, Rodolfo R. Spisso, Jorge H. Damarco, Agustín Torres, Catalina García Vizcaíno, Horacio Guillermo Corti, Gustavo Naveira de Casanova, y quien escribe estas líneas, José Osvaldo Casás–, junto con el Director de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Tributario, profesor Esteban J. Urresti, según nota ingresada por la Mesa de Entradas de nuestra Casa de Estudios el 26 de febrero de ese año, originando el Expediente N° 10.096 en el cual, con fecha 12 de marzo, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, mediante Resolución (CD) N° 3.196, solicitó el otorgamiento del respectivo lauro al Consejo Superior de la Universidad, elevando las actuaciones respectivas. Luego de tramitarse con una celeridad poco frecuente todas las instancias administrativas y académicas del Rectorado por Resolución (CS) N° 2.298, del 22 de abril de 2015, en donde se pasa revista a los antecedentes del catedrático colombiano en sus considerandos, en la parte resolutive se dispuso otorgar el título de *Doctor Honoris Causa* de la Universidad, tal cual se había solicitado.

Los profesores que suscribimos el pedido tuvimos en cuenta, además de la trayectoria académica, los importantes vínculos que el catedrático Mauricio A. Plazas Vega había recreado con nuestra Facultad y que demostraron su marcada disposición cada vez que fue convocado.

Así se tomó en consideración:

i) Su concurrencia desde su país de origen a la Argentina para desempeñarse como Profesor Invitado en los Cursos de Posgrado de Invierno de la Especialización en Derecho Tributario para Graduados que se impartieron sucesivamente los años 2002, 2003, 2004 y 2005.

ii) Su respuesta afirmativa a la invitación formulada desde este ámbito para realizar la presentación de la clásica obra del profesor emérito de la Universidad de Génova, Víctor Uckmar –hoy *Doctor Honoris Causa*

de nuestra Universidad– *Principios Comunes de Derecho Constitucional Tributario*, en este caso en su traducción al español del italiano, aparecida bajo el sello de Editorial Temis, Bogotá, 2002, acto que, como ya quedó dicho, se llevó a cabo en el Salón Rojo de esta Casa de Altos Estudios el 1º de octubre de 2002.

iii) Su designación como Miembro Honorario Extranjero del Centro de Estudios de Derecho Financiero y Derecho Tributario de nuestra Facultad de Derecho, creado por Resolución (CD) N° 4.409 del 27 de septiembre de 2007 del Consejo Directivo de nuestra Facultad, distinción que solo fuera otorgada a tres catedráticos de otras latitudes. Ello se concretó según da cuenta el acta del Centro fechada el 29 de octubre de 2010 y a tenor de la previsión contenida en el artículo 7º de su Reglamento que dispone: “Son ‘miembros honorarios’ las personas de existencia física o ideal que, en atención de sus condiciones personales, científicas y/o académicas o en mérito de los servicios prestados o ayudas brindadas a la Facultad, sean designados en tal carácter por el Decano, a propuesta del ‘Centro’”.

iv) Su participación como integrante del Jurado del Tribunal para discernir por Concurso los cargos de cuatro Profesores Titulares de Finanzas Públicas y Derecho Tributario –una renovación y tres vacantes–, también en la Facultad de Derecho de la UBA, junto con el doctor César García Novoa –catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela, Reino de España– y el doctor Adrián Torrealba Navas –profesor universitario en la República de Costa Rica–, donde se tomaron las pruebas públicas a los aspirantes en el Salón Rojo de la Facultad el 10 de agosto de 2009 y se suscribió el dictamen respectivo al día siguiente. Actuación de expedita tramitación en la Facultad y en la Universidad al no merecer impugnaciones ni observaciones, cosa bastante poco frecuente en nuestra unidad académica en que los aspirantes, en tanto abogados, resultan propensos a articular siempre cuestionamientos.

El acto de entrega del diploma de *Doctor Honoris Causa* de la Universidad de Buenos Aires y una medalla recordatoria de nuestra Casa de Altos Estudios al catedrático Mauricio A. Plazas Vega tuvo lugar en el Aula Magna de la Facultad de Derecho el 29 de octubre de 2015 con la presencia de la Vice Rectora de la Universidad de Buenos Aires y Decana de la Facultad de Psicología, la profesora titular consulta licenciada Nélica Cervone y el Vicedecano de la Facultad de Derecho profesor emérito doctor Alberto Bueres. También se hizo presente en dicha oportunidad el señor Embajador de la República de Colombia, don Alejandro Navas Ramos, el

Director de la Carrera de Especialización en Derecho Tributario de nuestra Facultad, el profesor Esteban Juan Urresti, el Presidente de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, doctor Horacio Della Rocca –entidad que días antes había distinguido al profesor colombiano como Miembro Honorario Extranjero–, y un importante número de profesores, docentes e invitados especiales. En dicha oportunidad nos correspondió efectuar la *laudatio* académica y acto seguido el catedrático Mauricio A. Plazas Vega disertó sobre *Estado, propiedad e impuestos*, conferencia pendiente a la fecha de publicación por la Editorial Jusbaire, dependiente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El aporte más fecundo realizado por el catedrático Mauricio A. Plazas Vega a nuestras disciplinas viene dado por una doble circunstancia.

La primera, ya que su inicial formación –que luego habría de proyectarse en su desempeño académico en el campo del Derecho Financiero y del Derecho Tributario–, parte de haber estudiado las escuelas filosóficas desde la antigüedad hasta el presente, en paralelo con las distintas formulaciones en el campo de las ideas políticas. Lo que se advierte a través de su temprano desempeño en las cátedras de *Historia de las Ideas Políticas* –desde 1986– y *Teoría Política y Económica del Impuesto*, a partir de 1991.

Tales premisas constituyen los sólidos cimientos sobre los cuales se asientan, en su visión, las instituciones financieras. Es que es crucial estudiar al hombre como ser social, "*zoon politikón*", esto es, llamado naturalmente a relacionarse políticamente con sus semejantes organizando la vida en común (*polis*: ciudad). Ello marca las proyecciones que se generan entre lo individual y lo colectivo, la instalación de autoridades para la composición de los conflictos, la preservación de la seguridad interior, lo conducente a prevenir la defensa exterior, y hoy, el compromiso de atender las urgencias de los más vulnerables y necesitados, como un presupuesto indispensable para garantizar la paz social. Aquí están en juego los fundamentos mismos de la autoridad y los diseños de los sistemas político-institucionales que se han dado a lo largo de los siglos y que marcan jalones en la historia de la civilización. Todo proceso de estudio que parte de las concepciones filosóficas, políticas y jurídicas es un enfoque científico valioso para entender a la comunidad organizada, no ya como un moderno leviatán, sino como el gerente del bien común, esencialmente, para arribar a la modernidad, que marcan un pasaje de las finanzas patrimoniales, en las cuales no existía el concepto de erario público, ya que los recursos

ingresaban a la caja del Rey, a las actuales finanzas o hacienda pública contemporáneas.

Entra entonces en escena nuestra disciplina como un actor protagónico para explicar cualquier teoría del Estado, por cuanto este no es solo un poder sobre una población en un territorio, sino que presupone que para poder instalar una autoridad debe operar la *función ingresos-gastos públicos*, lo que marca la necesidad de los primeros y dentro de estos, con un peso gravitante, la recaudación de los tributos.

Por las razones consignadas en el párrafo anterior, el profesor Mauricio A. Plazas Vega ha escrutado las bases de las distintas formulaciones filosóficas, políticas y jurídicas, para ingresar recién en las tensiones y armonías que plantea la situación actual –frente al dispar reparto de los bienes y en particular de la riqueza entre las naciones y dentro del cuerpo social de los países mismos–, como magistralmente lo ha hecho en la conferencia que pronunciara en el acto de investidura como *Doctor Honoris Causa* de la Universidad de Buenos Aires.

La segunda, que la amplitud y profundidad de abordaje que ha podido lograr el profesor Mauricio A. Plazas Vega sobre estos temas es el resultado de haber orientado sus inquietudes en el campo del Derecho Tributario, no solamente a algunos tributos en particular –aunque su libro *El I.V.A. en Colombia*, en varias ediciones, es una obra clásica y de consulta–, sino a los principios esenciales que gobiernan los tributos e, incluso, a entender que no basta dar satisfacción al requisito multiseccular del consentimiento o de la auto imposición, expresada en el principio de reserva de ley, como regla constitucional y norma de normación en materia tributaria, sino que es menester, desde el punto de vista sustancial, tener en cuenta que los gravámenes deben estar consustanciados con los principios de equidad y de justicia que demanda toda sociedad.

Aborda en profundidad tales aspectos dogmáticos del Derecho Tributario moderno, en donde el contribuyente ha dejado de ser un súbdito o vasallo, y que junto al *deber de contribuir* (v. Álvaro Rodríguez Bereijo, "El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico" en *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n° 125, año 2005, pp. 5/40), tienen derecho a que la carga que se le reclame sea justa (v. Franco Gallo, *Las Razones del Fisco. Ética y justificación de los tributos*, Madrid, 2011).

Formula por otro lado, una profundización del *principio de capacidad contributiva*, que para algunos como el catedrático español Carlos Pa-

lao Taboada, luego de su apogeo, ha ingresado en una etapa de crisis (v. "Apogeo y Crisis del Principio de Capacidad Contributiva" en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, Vol. II, pp. 377 y ss., Madrid, Tecnos, 1985), mientras que para otros, como el catedrático, también español, Matías Cortés Domínguez, sigue siendo la estrella polar en el firmamento tributario (v. "El principio de capacidad contributiva en el marco de la técnica jurídica", en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, N° 60, año 1965, pp. 975 y ss.) pero, claro está, superando el concepto de la *causa impositio* de Benvenuto Griziotti, que tuvo sentido cuando en Italia todavía no había tenido acogida la posibilidad de control constitucional de las leyes y solamente se podía impugnar la ilegitimidad de un tributo por falta de causa.

Es que la capacidad contributiva adquiere distintas perspectivas: la primera, como *fundamento ético-jurídico del deber de contribuir*, apuntalado por la *solidaridad* social; la segunda, como *base de medida*, a partir de la cual habrá de fijarse la *cuota fiscal concreta* que deberá soportar cada contribuyente; y la tercera, como *límite infranqueable de la potestad tributaria normativa*, ya que no podrá haber gravamen donde no exista capacidad contributiva, o por encima de esta, por cuanto de lo contrario el tributo se convertiría en despojo con afectación palmaria al derecho constitucional de propiedad.

También en el profesor Mauricio A. Plazas Vega se encuentra una contundente *defensa de la progresividad*, pero no necesariamente a través de la aplicación de tarifas de ese tipo, sino *como nota caracterizadora del sistema tributario en su conjunto*.

Otro aspecto esencial de quien enseña Hacienda Pública y Derecho de la Hacienda, es resaltar la insuficiencia de la justicia tributaria, si no se practica correlativamente la justicia de los gastos, lo cual incluye la cobertura necesaria para atender los derechos económicos, sociales y culturales de los más débiles y vulnerables, pero al mismo tiempo un comportamiento ético exigible a los funcionarios públicos en la recaudación y en la gestión de los recursos públicos. Es que se debilita sensiblemente la conciencia del contribuyente y su predisposición al cumplimiento espontáneo de sus obligaciones, cuando el gasto público carece de transparencia y existe la sospecha de que los agentes estatales incurren en corrupción o peculado.

Los conceptos del catedrático colombiano muestran gran afinidad con el pensamiento del gran jurista tucumano e inspirador de la Constitución Nacional Argentina de 1853, Juan Bautista Alberdi, cuando puntualizara,

como ya se viera, que "No hay Gobierno gratis y que sin rentas no hay Gobierno", pero todo ello complementando tal aserto con la idea de que *la productividad de la recaudación fiscal depende del regular funcionamiento de las actividades económicas privadas, en cuanto a la ruina de los contribuyentes, le sigue también, indefectiblemente, la ruina del Tesoro Público.*

Una premisa esencial en el jurista que venimos refiriendo es su identificación con el mandato incorporado al artículo 363 de la Constitución de su país donde ordena al legislador *fundar el sistema tributario en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.*

Las mismas ideas tienen anclaje en la Constitución Argentina de 1853, cuando el artículo 4° al enumerar los recursos del Tesoro Nacional se refiere a "las demás contribuciones que equitativamente... imponga el Congreso General".

En tal sentido, si bien la búsqueda de las herramientas para concretar la justicia tributaria ha sido ímproba por las dificultades de definir el *impuesto óptimo*, tal cual lo pusieron de manifiesto las clásicas obras de Luigi Einaudi, *Mitos y Paradojas de la Justicia Tributaria* (aparecido originalmente en su país de origen y en la lengua italiana en 1940 bajo el sello Giulio Einaudi Editore, Turín) y de Luigi Vittorio Berliri, *El Impuesto Justo* (que vio la luz originalmente en su país y en lengua italiana en 1945 editado por el Ministerio de Gracia y Justicia), no podemos rehuir el compromiso de distribuir las cargas públicas en base a la equidad y la solidaridad.

Todos tenemos en claro, por ejemplo, que cuando no se asegura un mínimo de subsistencia razonable de las personas físicas en la imposición a la renta, que permita atender los gastos personales y de sostenimiento de la familia, y correlativamente se admitan deducir todos los gastos necesarios para obtener, mantener y conservar la fuente generadora –v. gr. las reparaciones, gastos de mantenimiento y amortización de una maquinaria–, hemos arribado a una deshumanización absoluta del sistema tributario que se preocupa más por las máquinas que por las personas, y hemos elevado a un templo pagano el principio de la recaudación a todo trance.

Las muchas reflexiones que nos ha brindado a lo largo de su obra el profesor Mauricio A. Plazas Vega, nos afirmarán en la convicción de buscar, sin relativismos o escepticismos morales, el mejor boceto del *justo impuesto*, para erogararlo teniendo como norte el *justo gasto*, lo cual no implica una prédica en favor del Estado mínimo o desertor, pero obliga a que los instrumentos financieros se inspiren en criterios éticos elementales.

Solo así haremos realidad un Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, que además de ser viable desde el punto de vista económico y financiero, haga realidad el *principio de solidaridad* que predica nuestro *Doctor Honoris Causa* colombiano.

Existen varios comunes denominadores en los tres *Doctores Honoris Causa*, designados en las últimas décadas a instancia de los Profesores de Finanzas Públicas y Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

En primer lugar, todos han sido actores principales en la *construcción de los principios comunes del Derecho Tributario y del Derecho Financiero de América Latina* y de dos países del viejo continente, también de raíz latina, esto es, el Reino de España y la República Italiana, adquiriendo protagonismo en las actividades del *Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario*, al punto que los profesores Víctor Uckmar y Mauricio A. Plazas Vega lo presidieron como consecuencia de haber tomado su cargo, las entidades de sus países, la organización y la tarea de concretar la XXI edición de las Jornadas realizadas en la Ciudad de Génova, República de Italia, en el año 2002 y la XXV edición llevada a cabo en la Ciudad de Cartagena de Indias, República de Colombia, en el año 2010. Mientras tanto el catedrático Eusebio González García se vio privado de tal posibilidad al encontrar su muerte a su regreso a España desde América, cuando ya el Directorio del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario había decidido que las XXVI Jornadas a celebrarse en el año 2012 tuvieran lugar en su querida Ciudad de Salamanca –Reino de España–, y había sido propuesto, en nombre de su entidad nacional, como organizador de la actividad y presidente del ILADT, infortunio que condujo a modificar finalmente su sede y concretarla en la Ciudad de Santiago de Compostela del mismo país, asignando la responsabilidad de encabezarla a otro profesor español.

En segundo término, los nombrados catedráticos actuaron como profesores visitantes extranjeros en nuestra Facultad de Derecho, ya sea dictando conferencias, impartiendo cursos de posgrado, organizando relevantes jornadas –como el Foro Iberoamericano en el V Centenario del Descubrimiento de América–, presentando libros, participando como jurados en los concursos de designación de profesores titulares o impulsando la suscripción de convenios de colaboración e intercambio entre sus universidades de origen y la Universidad de Buenos Aires.

Un tercer aspecto a tener en cuenta son las numerosas invitaciones que cursaron a los profesores argentinos para recibirlos en el exterior e, inclu-

so, las que se extendieron a graduados mediante becas para profundizar su investigación en otras latitudes.

Todo ello sirvió para descubrir y consolidar el *enlace en principios comunes* que inspiran el *mejor Derecho Tributario y Financiero, en técnica y en Justicia*, intensificando los estudios jurídicos comparatistas, mostrando de fronteras afuera, los méritos de la doctrina jurídica de sus países y de la Argentina, a través de la actuación de verdaderos Maestros que formaron Escuela y que supieron hacer trascender las enseñanzas mucho más allá de los reducidos límites del aula.

La verdadera sabiduría se demuestra no solo asimilando las enseñanzas atemporales e universales del Derecho, que trascienden las fronteras de las naciones, sino también asumiendo una actitud generosa de reconocimiento a los verdaderos juristas, que con solidez dogmática y testimonio de conducta personal, han sido y son un ejemplo para todos los que transitamos los caminos del Derecho.

Por haber logrado concretar estos reconocimientos, quienes integramos el Claustro de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, no nos queda más que agradecer a los sucesivos integrantes de los Consejos Directivos de nuestra Unidad Académica y del Consejo Superior de nuestra *Alma Mater*, el haber respondido afirmativamente en todas las oportunidades a los pedidos formulados para el reconocimiento con los apuntados lauros a destacados juristas del exterior.



## **RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO, DEL ESCRIBANO Y DEL JUEZ\***

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

### I. LÍMITES DE ESTAS REFLEXIONES

El tema propuesto (en realidad, tres) es amplio y complejo. Comprende las responsabilidades de los llamados "operadores del Derecho", tanto los que ejercen una típica función pública (jueces), como los que tienen funciones mixtas (escribanos) y los que desarrollan básicamente una función privada (abogados).

Me limitaré a esbozar las líneas básicas o ideas fuerza que dominan la materia (las de los profesionales en general y la de cada uno en particular) según el llamado "derecho vivo"; es decir, analizaré la cuestión a la luz de la interpretación y aplicación jurisprudencial de la última década.<sup>1</sup>

Esta metodología es conveniente en la materia por dos razones significativas:

\* Originalmente publicada en *Lecciones y Ensayos*, N° 72, 73 y 74, 1998/1999, esta obra fue reeditada y publicada en el presente con motivo del aniversario N° 60 de la revista.

1. He publicado dos artículos breves sobre los daños causados por abogados ("Reparación de los daños causados por abogados", en *Revista del foro de Cuyo*, nro. 1, Mendoza, Ediciones Dike, 1991, p. 23 y "Daños causados por abogados y procuradores", JA 1993-III-704); a la responsabilidad de los jueces me he referido tangencialmente en la obra *Responsabilidad de los Jueces y del Estado por la Actividad Judicial*, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 1986, en colaboración con los Dres. J. Mosset Iturraspe y C. Parellada; también en "Reparación de los daños causados por la prisión preventiva", en *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, nro. 1, Buenos Aires, RubinzalCulzoni, 1994, p. 45. Estas líneas deben considerarse la continuación de todos estos artículos. He intentado no repetir conceptos, salvo aquellos que resultan absolutamente indispensables para la mejor comprensión de los que formula en el texto. Ruego al lector tener presente lo dicho en esos trabajos anteriores y la doctrina y jurisprudencia allí citada.

1. Generalmente, los códigos no contienen normas específicas (o son muy escasas), por lo que los grandes principios se han forjado a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia.
2. Hay cierto consenso en aceptar la existencia de un "deber de conocer la jurisprudencia", que alcanza a todos los sujetos implicados en estas reflexiones.<sup>2</sup> Finalmente, aclaro que no abordo el fascinante tema de la responsabilidad del Estado por los daños causados en la actividad judicial, que tanta dimensión ha tomado en la Europa Comunitaria cuando estas conductas vulneran derechos humanos, en especial, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas,<sup>3</sup> el derecho a la identidad sexual, etcétera. Entiendo que esta materia escapa a la propuesta y se rige, además, por principios más favorables a las víctimas.

2. *Cfr.* VISINTINI, G., "Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza", en *Rivista di Diritto Civile*, año XLI nro. 2, Padua, CEDAM, 1995, p. 193, quien confiesa haber "robado" el título a Gino Gorla, en cuyo homenaje escribe.

3. La bibliografía en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos es inagotable. Ver, entre otros, GONZÁLEZ RIVAS, J. J., "Consideraciones sobre el art. 6, párrafo 1ro, apartado 1. del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: referencia en reciente jurisprudencia sobre el indicado precepto", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nro. 15: Diez Años de Desarrollo Constitucional (estudios en Homenaje al Profesor Luis Sánchez Agesta), Madrid, Universidad Complutense: Facultad de Derecho, 1989, p. 509. Así, por ejemplo, Francia fue condenada por la Corte Europea de los Derechos del Hombre, el 25-03-1992, a pagar 100.000 francos a un transexual a quien impidió la rectificación de su partida de nacimiento (*La Semaine Juridique*, año 66 nro. 48, París, LexisNexis, 1992, p. 415, con nota de GARÉ, T., "Condamnation de l'état français pour refus de modification de l'état civil d'un transsexuel"). Para la responsabilidad por la dilación indebida de los procedimientos, ver, entre otros, el fallo de la Corte Europea de los Derechos del Hombre "X c/ Francia" (31-03-1992), donde se condena al Estado por dilatar indebidamente los reclamos administrativos de los transfusionados con sangre contaminada que contrajeron sida (*La Semaine Juridique*, año 66 nro. 31, París, LexisNexis, 1992, p. 261, con nota de APOSTOLIDIS, C., "Une période de deux ans entre une demande d'indemnisation formée par une personne séropositive et le jugement du tribunal administratif dépasse le délai raisonnable au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme"); DÍAZ DELGADO, J., *La Responsabilidad Patrimonial del Estado por dilaciones indebidas en el funcionamiento de la administración de justicia*, Valencia, Siete, 1987.

## II. PUNTOS DE PARTIDA

### II.A. Responsabilidad civil y protección de los consumidores

Las responsabilidades profesionales comienzan a ser analizadas desde una nueva perspectiva: la del derecho del consumidor; en efecto, el paciente, el cliente del abogado, del arquitecto, etcétera, son considerados consumidores del servicio profesional (de la salud, del servicio de justicia, etc.). Esta nueva visión es trascendente en varios ámbitos, desde que, como es sabido, el consumidor es considerado la parte débil de la contratación y, consecuentemente, la que merece ser amparada con regímenes que alivien la carga de la prueba,<sup>4</sup> que combatan las cláusulas abusivas, que impongan obligación de informar a la otra parte, etcétera.<sup>5</sup>

Buen ejemplo de esta corriente es un fallo de primera instancia del prestigioso magistrado argentino Roberto Vázquez Ferreyra: "El particular que recurre necesaria y obligadamente a un escribano para otorgar un acto de disposición de un inmueble, es un inexperto que debe ser por ello correctamente informado y asesorado por el experto, que en este caso no es otro que el escribano.

Quien posee la calificación técnica que le da superioridad es el profesional escribano y por ello pesa sobre la cabeza de éste la obligación de orientar al cliente, informarlo, asesorarlo y evitar que ocurran irregularidades provenientes del incumplimiento de sus funciones".<sup>6</sup>

En la misma línea una sentencia de la Audiencia de Oviedo, España, dice: "Ninguna responsabilidad puede imputársele al actor, persona lega

4. Por ejemplo, la reciente ley chilena 19.496 de protección de los consumidores, de 1997, dispone que, tratándose de productos o servicios peligrosos los daños y perjuicios que de su consumo provengan, serán de cargo solidariamente del productor, importador y primer distribuidor o del prestador del servicio en su caso. Con todo, se eximirá de la responsabilidad contemplada en el inciso anterior quien provea los bienes o preste los servicios cumpliendo con las medidas de prevención legal o reglamentariamente establecidas y los demás cuidados y diligencias que impone la naturaleza de aquellos.

5. *Cfr.* DECORPS, J. P., "Y a-t-il une limite a la responsabilité notariale?", en MAS, J. y ALEXANDRE, J., *Mélanges dédiés à Jean Mas: droit et anthropologie de la complexité*, París, Economica, 1996, p. 118; TRIGO REPRESAS, F. A., "Responsabilidad civil de los abogados", JA 1994-III-876.

6. Cám. Civ. y Com. de Rosario, Sala 2, 24-04-1996, "Cerín y otros c/ sucesores de Ansalas", JA 1997-II-317.

en derecho que precisamente por tal circunstancia debe ser dirigido en el proceso técnicamente por un letrado, no siéndole exigibles conocimientos procesales tales como que los procuradores de Gijón no están habilitados para actuar ante los tribunales en Oviedo...".<sup>7</sup>

No obstante esta nueva visión, la dificultad de la generalización está a la vista, dada la heterogeneidad de prestaciones a cargo de los profesionales. Esta diversidad es, entre muchas, una de las causas por las cuales la Europa comunitaria, no obstante haber dictado hace más de una década una directiva sobre productos elaborados, no logra un acuerdo para regular las responsabilidades profesionales.<sup>8</sup>

De cualquier modo, no debe olvidarse que más allá de los debates políticos y económicos, la protección de los consumidores es uno de los objetivos esenciales de la Unión Europea y de allí la preocupación de los países que la conforman por encontrar principios básicos comunes que sirvan para armonizar las legislaciones internas. Esta visión obliga al juez a analizar cuidadosamente la culpa de la víctima como eximente de la responsabilidad profesional; no es lo mismo un cliente conocedor del campo donde se mueve que un profano.

Un ejemplo de esta actitud judicial es el fallo de un tribunal enterrriano que rechazó la demanda iniciada por un dirigente sindical a su abogado; el sindicalista acusaba al letrado de no haberlo defendido correctamente en el juicio que inició contra la empresa donde trabajaba, luego de haberse dado por despedido, expresando esta voluntad mediante un telegrama redactado por el abogado; el juicio se perdió y el dirigente sostuvo que el profesional debió darse cuenta de que no tenía prueba suficiente para triunfar. El tribunal tuvo en cuenta, entre otros factores, el hecho de que el actor era autoridad sindical y, conse-

7. Audiencia Provincial de Oviedo, 19-06-1995, *La Ley* (España) 1995-4-167.

8. Para esta cuestión me remito al artículo de mi autoría "La responsabilidad profesional en las directivas de la Comunidad Económica Europea", en MORELLO, A. M.; AGOGLIA, M. M.; BORAGINA, J. C. y MEZA, J. A. (coords.), *Las responsabilidades profesionales. Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, La Plata, Platense, 1992, p. 279. En Brasil, no obstante que el Cód. de Protección de los Consumidores incluye las prestaciones a cargo de los profesionales liberales, la responsabilidad civil de estos se rige por pautas subjetivas (cfr: SIEBENEICHER DE ANDRADE, F., "La responsabilidad civil de los abogados. La culpa y causas de exclusión", en GHERSI, C. (dir.), *Los nuevos daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 342; en la misma obra, BARBIER, E. A., "La responsabilidad civil del abogado por el deber de información al cliente").

cuentemente, persona concedora de las leyes laborales y sus diversas interpretaciones.<sup>9</sup>

## II.B. Las garantías constitucionalmente amparadas

La jurisprudencia comienza a analizar la responsabilidad civil desde la perspectiva de los valores implicados, que en muchos casos tienen rango constitucional; así, por ejemplo, al abogado se lo juzga a la luz del derecho constitucional a la defensa en juicio y al acceso a la Justicia;<sup>10</sup> al médico, apuntando al derecho a la salud; al notario, merituando la seguridad jurídica, etc.<sup>11</sup>

En esta línea, la Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1993, declaró: "Califica especialmente la responsabilidad del abogado su carácter de auxiliar de la justicia y su intervención indispensable para la administración de justicia".<sup>12</sup>

Esta nueva actitud produce importantes consecuencias, tales como:

- a) Hay una tendencia general a ser más severo en el juzgamiento de la conducta profesional. No es lo mismo la violación de un derecho infra constitucional, que se mueve en los campos de la

9. Cám. Civ. y Com. de Paraná, Sala 1, 21-11-1996 en *Jurisprudencia de Entre Ríos*, nro. 72, Paraná, Delta, 1996, p. 239.

10. El art. 133 de la Constitución del Brasil de 1988 reputa al abogado persona indispensable para la administración de la justicia, siendo inviolable por sus actos y manifestaciones en el ejercicio de la profesión, en los límites de la ley (*cfr.* SIEBENEICHER DE ANDRADE, F., *ob. cit.*, p. 340).

11. En tal sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia, aunque esta vez en beneficio del notario: "No obstante que la imputación de irregularidades a los escribanos en el ejercicio de la función notarial remite a cuestiones de hecho y de derecho local y común que, como regla, son ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no impide la apertura del recurso federal cuando el tribunal a quo ha fundado insuficientemente su decisión y tal inobservancia afecta de modo directo e inmediato garantías que cuentan con amparo constitucional" (CSJN, 23-06-1992, "Colegio de Escribanos s/ verf. de libros de requerimientos de firmas del escribano E. J. Garrido", Doc. Jud. 1993-2-325).

12. Las autoridades de la Comisión fueron: Presidente, Dr. Roberto López Cabana; Vicepresidente, Luis Andorno y Secretario, Eduardo Barbier. *Cfr.* JA 1993-III-943, Zeus 62-D-67 y *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 3 nro. 10, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1993, p. 969.

simple legalidad y de la convencionalidad, que la de un derecho o un valor al que se da rango constitucional.

- b) La Corte Federal argentina, por la vía pretoriana de la arbitrariedad, justifica su intervención y revoca sentencias dictadas en la materia por los jueces de grado, con el argumento de que carecen de fundamentos lógicos y razonables.<sup>13</sup>
- c) La jerarquía constitucional de los derechos implicados justifica que la Corte Federal haya declarado constitucionalmente válidas las leyes que disponen, como medida cautelar, que el órgano de control suspenda preventivamente al notario, sin ejercicio de la profesión, ínter tanto se sustancia el juicio penal, siempre que éste no se dilate excesivamente;<sup>14</sup> también las que prevén como sanción la exclusión de la matrícula; ha dicho la Corte: "La atribución o concesión de delicadas facultades a los escribanos tiene su necesario correlato en las exigencias y sanciones que la reglamentación contiene, en el sentido de revocar aquel atributo cuando su conducta se aparte de los parámetros que la ley establece para tutelar el interés público comprometido; no es, entonces, el Estado quien a su capricho puede retirar la facultad asignada, sino el sujeto quien voluntariamente se margina al dejar de cumplir los deberes a su cargo".<sup>15</sup>

13. Me remito a la citada en mis artículos "Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica", JA 1992-II-815 y "Daños causados por abogados y procuradores", JA 1993-III-705. Pero el tribunal debe advertir alguna arbitrariedad; de lo contrario, afirma que "los agravios referentes a la responsabilidad atribuida a un letrado patrocinante por deficiente labor profesional remiten a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, materia propia de los tribunales de la causa y ajena -como regla y por su naturaleza- a la instancia del art. 14, ley 48, máxime cuando el fallo cuenta con fundamentos suficientes de igual carácter que, más allá de su acierto o impiden su descalificación como acto jurisdiccional" (CSJN, 08-03-1994, "Pinheiro de Malerba y otros c/ Nostro", JA 1996-II-3).

14. Vid., entre otros, CSJN, 05-03-1996, JA 1996-IV-322.

15. CSJN, 23-06-1992, "Colegio de Escribanos s/ verf. de libros de requerimientos de firmas del escribano E. J. Garrido", Doc. Jud. 1993-2-325 (aunque en el caso, la mayoría del tribunal consideró, equivocadamente en mi opinión, que la sanción era excesiva).

## **II.C. La unidad y diversidad de responsabilidades dentro del ordenamiento jurídico y la unidad del régimen de la responsabilidad civil**

La responsabilidad de estos “operadores del derecho” juega, como otras responsabilidades profesionales, en diversos ámbitos: administrativo, civil, penal, ético, etc. Algunas, incluso, han generado algunos problemas respecto a cuál es la autoridad competente para juzgarlas. Así, por ejemplo, en la Argentina, según el tipo de falta ética cometida, un abogado puede ser sancionado por el juez interviniente en la causa<sup>16</sup> o por el organismo que tiene a su cargo el juzgamiento de las conductas (normalmente, el Colegio de Abogados).

En cuanto al ámbito de la responsabilidad civil, cabe recordar que la doctrina argentina brega, desde hace varias décadas, por un régimen único de reparación de daños, que no distinga cuál sea el origen de la obligación incumplida o defectuosamente cumplida.<sup>17</sup> No obstante, ese anhelo no se ha concretado normativamente, por lo que cada caso debe analizarse a la luz de los principios que rigen el respectivo ámbito. Como es sabido, esta diversidad produce discriminaciones odiosas tratándose de plazos de prescripción, extensión de la reparación, competencia judicial, etc.

16. La Corte Suprema de la Nación ha dicho que “las facultades disciplinarias reconocidas a los jueces por el Cód. Proc. no se superponen ni se confunden con las atribuciones de idéntica naturaleza conferidas al Colegio Público de Abogados por la ley 23.187”. Por otro lado, ha negado al Colegio Público legitimación para representar a los letrados sancionados; solo el abogado sancionado está legitimado para recurrir la sanción (CSJN, 15-05-1996, “H. A.”, Doc. Jud. 1997-1-384). Con idéntico criterio, afirmó que el Colegio no tiene legitimación para comparecer en un juicio en que se demanda por daños y perjuicios a una abogada en el cual el punto de discusión era exclusivamente si había o no actuado con culpa (CSJN, 27-10-1992, “Pinheiro de Malerba y otros c/ Nostro”, Doc. Jud. 1993-2-58 y LA 1992-IV-611); conf. CSJN, 04-05-1995, “Del Sel, Percy”, JA 1996-II-5, con nota de CAIVANO, R. y ROSENKRANZ, O., “Las facultades disciplinarias de los jueces y las faltas de ética de los abogados”).

17. *Cfr.* de mi autoría, “La responsabilidad civil en los albores del siglo XX (La responsabilidad civil en el proyecto de reformas del Código Civil de 1993)”, LA 1993-II-817, artículo en el que cito prestigiosa doctrina nacional que comparte esta idea.

## **II.D. La antijuridicidad**

Normalmente, el primer presupuesto de la responsabilidad es la anti-juridicidad, es decir, la conducta del sujeto implicado debe ser contraria al ordenamiento, visto este en su totalidad. Cabe preguntarse si las reglas de la deontología de cada ámbito profesional integran el marco de la juridicidad; o dicho de otro modo, si basta la violación de los llamados "códigos de ética", aunque no estén aprobados por ley formal, para tener por cumplido el primer requisito.

La doctrina comienza a dar respuesta afirmativa. Así, por ejemplo, la Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1993, recomendó que "debe juzgarse el comportamiento profesional de acuerdo con las normas éticas y legales que regulan la actividad, especialmente calificado por el deber de comportarse con probidad, lealtad y buena fe".<sup>18</sup>

## **II.E. Los factores de atribución. ¿Una culpa profesional autónoma?**

Excepcionalmente la responsabilidad de un operador del derecho podrá fundarse en un factor objetivo de atribución (tales como la garantía legal, la equidad, etc.). Pero son supuestos cuantitativamente insignificantes, por lo que abordaré exclusivamente algunos temas discutidos respecto a los factores subjetivos de atribución.

Mucho se ha debatido sobre si existe una culpa profesional diferente a la culpa en general. No ingresaré en la profundidad de esta discusión, sino solo en sus aspectos esenciales.

El Cód. peruano podría ser incluido, según cuál sea la interpretación que se dé a sus textos, entre los partidarios de la autonomía. En efecto, el art. 1762 (al igual que su fuente, el 2236, Cód. Civ. italiano) dispone: "Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable".

18. *Cfr.* recomendaciones en JA 1993-III-943.

El art. 2236 ha dado lugar a una amplia bibliografía;<sup>19</sup> es menester recordar que el sistema italiano se integra también, entre otros, con el art. 1176 que dispone: "En el cumplimiento de las obligaciones el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia. En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valuarse con relación a la naturaleza de la actividad ejercida".<sup>20</sup>

Con base en estos textos, la Casación italiana parece haber trazado una línea entre los problemas técnicos de especial dificultad y los que no lo son. En tal sentido ha dicho que "salvo los supuestos de problemas técnicos de especial dificultad, la responsabilidad del profesional se configura toda vez que el abogado no ha desarrollado la actividad inherente al mandato o lo ha desarrollado solo parcialmente o no ha informado al cliente la imposibilidad de cumplirlo".<sup>21</sup>

También en la doctrina francesa se oyen voces en favor de la autonomía: "si bien la responsabilidad profesional supone una culpa, los parámetros que permiten individualizarla son tan diversos y mutables según las circunstancias, que las distinciones clásicas entre obligaciones de medio y de resultado, entre culpa delictual y contractual, entre responsabilidad por culpa o sin culpa, ya no tienen razón de ser. La culpa, como la obligación y la responsabilidad son de naturaleza profesional". Y con cita de Serlooten se dice: "el escribano no es responsable en tanto contratante, ni siquiera, en tanto hombre, sino en tanto profesional".<sup>22</sup>

En España también se afirma que "la intensidad de la diligencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto; en tal sentido, la defensa de los derechos e intereses de los clientes debe ser cumplida con el máximo celo y diligencia, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas;

19. VISINTINI, G., *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, Padua, CEDAM, 1996, p. 233; MARINELLI, F., "Le nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocato", en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año X nro. 2, Padua, CEDAM, 1994, p. 276.

20. Para una acerba crítica a la aplicación del criterio del buen padre de familia a la responsabilidad contractual en general, vid. VISINTINI, G., ob. cit., p. 73.

21. Cass. Civ., Sez. II, 18-06-1996, en *Danno e Responsabilità*, nro. 1, Assago, Wolters Kluwer Italia, 1997, p. 123, comentado por BATÁ, A. y SPIRITO, A., entre otros fallos, en la sección Repertorio di legittimità.

22. DECORPS, J. P., ob. cit., p. 128.

la actuación diligente es aquella que se desarrolla de modo cuidadoso, exacto y activo".<sup>23</sup>

En mi opinión, la culpa es una y consiste en la omisión de las diligencias debidas según las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 512 del Cód. Civ. argentino). Un texto que expresa una síntesis tan magnífica, que permite eliminar todas las dificultades, sin necesidad de acudir a un concepto diferente de culpa; dentro de las "circunstancias" hay que tener en consideración que mientras en la órbita de la conducta del hombre común no hay mayores discrepancias en orden a cuáles conductas son defectuosas, en el campo de la ciencia, suelen presentarse dudas; en esta área hay culpa cuando se sale de la órbita de la opinabilidad; una conducta es imperita, negligente, cuando desconoce lo comprobado.

En tal sentido, el proyecto argentino de Cód. único de 1993 decía: "El profesional deberá realizar la tarea comprometida con ajuste a las reglas de la técnica, de acuerdo con los conocimientos requeridos para efectuarla eficazmente y conforme a la actualización en la ciencia y técnica correspondientes a su profesión".

En suma, quizás podría generalizarse lo dicho en un voto de la Corte Federal argentina: si bien cuando están en juego valores constitucionales como son la vida, la libertad, el patrimonio, etc., "hay una natural predisposición a juzgar con severidad y rigor la actuación profesional, lo que, en principio, no es objetable, no debe perderse de vista que también la ciencia tiene sus limitaciones".<sup>24</sup>

## **II.F. Los seguros contra la responsabilidad civil profesional**

En algunos países europeos se ha generalizado el seguro contra la responsabilidad profesional de abogados y notarios. Así, por ejemplo, se considera que la garantía profesional colectiva ofrecida por los notarios en

23. Audiencia Provincial de Barcelona, 02-11-1995, en *Revista General de Derecho*, año LII nro. 619, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1996, p. 4193. Por aplicación de estos principios sostuvo que es culposa la actuación de un abogado que, en lugar de una acción procesal administrativa ordinaria, interpuso un procedimiento sumario de protección de los derechos invocando la vulneración de derechos fundamentales y, rechazado este, aunque la sentencia dejó a salvo la posibilidad de iniciar las acciones ordinarias, nunca las inició.

24. Voto del Dr. Fayt, 28-12-1939, "Liporace de Vázquez", JA 1990-II-443. El juez de la Corte Federal se refiere a la ciencia médica.

Francia es única en el mundo; recuérdese que este país ostenta una larga tradición en la materia desde que organizó los fondos para reparar los daños causados por la actividad notarial en su vieja ley del 25 de enero de 1934;<sup>25</sup> en España, muchos Colegios de Abogados han contratado seguros colectivos que cubren los daños y perjuicios que se irrogan a un tercero como consecuencia del actuar negligente en el ejercicio de la abogacía; muchos fallos hacen expresa mención a estos seguros.<sup>26</sup>

La existencia de un fondo de garantía o un seguro no solo incita al damnificado a alcanzar un real acceso a la Justicia (lo que es bueno y justo) sino que a veces, lamentablemente, motiva a los jueces a ser más benévulos y crear responsabilidades profesionales donde el sistema normativo no las impone, produciendo un aumento indirecto del costo de los servicios.

### III. DAÑOS CAUSADOS POR ABOGADOS

#### III.A. **Ámbito de la responsabilidad**

Los perjudicados por las conductas de los abogados y procuradores pueden estar unidos a estos profesionales por vínculos contractuales o ser terceros ajenos a la contratación.

Las conductas atribuibles pueden o no configurar el incumplimiento de obligaciones de origen convencional, desarrollarse dentro o fuera del proceso, estar implicado solo el abogado u otros participantes del litigio, etc. Consecuentemente, el deber de responder puede encuadrarse, según los casos, en una y otra órbita. Un caso resuelto por la Corte Federal argentina muestra un supuesto de responsabilidad conjunta extracontractual.

25. Cfr. los antecedentes y la legislación actual en AUBERT, J. L., *Responsabilité Professionnelle des Notaires*, 2da. ed., París, Rep. du Notariat Defrénois, 1981, pp. 134 y ss. Para la situación de los notarios en Francia: DECORPS, J. P., ob. cit., p. 118.

26. Vid., Audiencia Provincial de Barcelona, 16-03-1996, en *Revista General de Derecho*, año LII nro. 624, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1996, p. 10430; Audiencia Provincial de Valencia, 01-10-1993, en *Revista General de Derecho*, año L nro. 592/593, Augusto Vicente y Almela, Valencia, 1994, p. 819; Audiencia Provincial de Madrid, 30-06-1993, en *Revista General de Derecho*, año L nro. 589/90, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1993, p. 10523; Audiencia Provincial de Salamanca, 02-05-1994, en *Revista General de Derecho*, año LI nro. 606, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1995, p. 2812; Audiencia Provincial de Oviedo, 19-06-1995, en *La Ley* (España) 1995-4-167.

Los actores en un juicio por colación de herencia habían trabado embargo sobre el inmueble que había sido adjudicado en el sucesorio al heredero demandado; paralelamente, en otro juzgado se hizo lugar a la demanda por escrituración interpuesta por un tercero contra el mismo heredero vencido en el juicio de colación; el juez que intervino en el juicio por escrituración dispuso el levantamiento del embargo ordenado por el juez de la colación "al solo efecto de escriturar"; merced a esa orden, el comprador inscribió a su nombre, enajenó a un tercero y los coherederos se quejaron sin garantía pues el heredero demandado carecía de otros bienes.

Se condenó al Estado por el hecho del juez, pero también estaban implicados, el abogado que petitionó la cancelación de un embargo a un juez que no lo había dispuesto y el director del Registro, que dispuso el levantamiento ordenado por un juez diferente al que había dispuesto la traba.<sup>27</sup>

Quizás, una jurisprudencia rigurosa que extendiera el campo de la responsabilidad extracontractual del abogado en favor de personas distintas al cliente (piénsese, por ejemplo, en el litigante contrario), produciría una disminución en las dilaciones del procedimiento que encuentran su causa en conductas desleales de los abogados. En esta línea, se lee en una sentencia española: "es propio de la incumbencia profesional de quien ejerce la abogacía el conocimiento cabal de los hechos en que se fundamenta el derecho al que presta su asistencia y de la prueba en que estos se justifican; consecuentemente, cabe responsabilizar al abogado, desde que un atento examen de la documentación que acompañó a su presentación le hubiera permitido advertir la falta de razón de su patrocinado; sobre todo, porque el incidente que planteó intentaba anular todo un procedimiento prácticamente agotado; esta circunstancia imponía al letrado la adopción de criterios de conducta extremadamente cuidadosos y prudentes".<sup>28</sup>

Las acciones más frecuentes configuran típicos casos de responsabilidad contractual. Las disputas sobre la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el abogado y su cliente son tradicionales en todos los países. En la jurisprudencia española prevalece la tesis de que se trata de un contrato de prestación de servicios.<sup>29</sup> En la Argentina, en cambio, jerarquizada doctrina sostiene que el contrato celebrado por el abogado con su cliente es

27. CSJN, 16-12-1986, "Etcheverry y otros c/ Pcia. de Bs. As", LL 1987-B-255.

28. Cám. Civ. y Com. de San Martín, Sala 2, 09-04-1996, "Raimundo c/ Fibrocem S. R. L.".

29. Vid. jurisprudencia de las Audiencias Provinciales citadas a lo largo de este trabajo.

multiforme; no solo comprende los servicios, sino que a veces es mandato, otras locación de obra, etc.<sup>30</sup>

### III.B. El factor de atribución

#### III.B.1. La regla

Tratándose de la responsabilidad del abogado, hay que aplicar, en principio, el viejo adagio *pas de responsabilité sans faute* (no hay responsabilidad sin culpa). En esta línea de pensamiento, la Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, 1993, recomendó: "es presupuesto de la responsabilidad civil del abogado la existencia de una culpa, calificada por la impericia o negligencia".

Obviamente, el solo hecho de la pérdida del pleito no es suficiente para condenar al abogado, del mismo modo que no basta la muerte del paciente para responsabilizar al médico. En tal sentido, la jurisprudencia española tiene dicho que "no todo detrimento económico derivado de un pronunciamiento puede ser incluido en el concepto de daño indemnizable; para ello hay que demostrar que la resolución judicial ha sido la consecuencia de la incuria, deficiente actuación o desconocimiento de las normas profesionales del letrado encargado de la defensa y que el resultado del juicio habría sido distinto si la defensa del cliente hubiera sido acorde con la *lex artis* propia de un abogado de diligencia normal".<sup>31</sup>

#### III.B.2. La noción de culpa y la discusión científica

Como en toda responsabilidad profesional, la discusión científica excluye a la culpa.<sup>32</sup> Sin embargo, si de dos alternativas posibles, el profesio-

30. Cfr. ANDORNO, L., "La responsabilidad civil de los abogados", en *Revista Campus*, año II nro. VIII, Buenos Aires, UCA, 1995, p. 12.

31. Audiencia Provincial de Alicante, 13-02-1996, en *Revista General de Derecho*, año LII nro. 619, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1996, p. 4662 (en el caso, el actor atribuía a su anterior abogado el haber sido vencido en un juicio en el cual se atribuyó la tenencia del hijo menor a la madre). Conf. con el grado de diligencia exigible, mayor que la del hombre medio, Audiencia Provincial de Salamanca, 02-05-1994, en *Revista General de Derecho*, año LI nro. 606, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1995, p. 2812.

32. BUSTAMANTE ALSINA, J. H., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 9na. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 1344.

nal elige la que hace correr a su cliente el riesgo de la pérdida del derecho, ha actuado negligentemente, aun cuando pretenda fundar su irresponsabilidad en un cambio de jurisprudencia operado durante la gestión.

En efecto, el letrado debe adoptar la postura menos arriesgada para los intereses de su cliente. En tal sentido, comparto la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que resolvió que "la diligencia exigible a un abogado en el ejercicio de su función no es la exigible a un hombre medio, sino otra superior, que hace surgir su responsabilidad cuando ante la duda suscitada en torno a la inhabilidad del mes de agosto para el ejercicio de la acción de despido, no salvaguarda el derecho de su cliente y presenta la demanda sobre la inhabilidad discutida de dicho mes, provocando que se declare la caducidad de la acción";<sup>33</sup> también es correcta la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que entendió que existía culpa del letrado que no petitionó el 20% de intereses previsto en la ley que regula los accidentes de la circulación, no obstante que a la época en que la demanda se interpuso existían dos posiciones encontradas sobre el tema.<sup>34</sup>

### *III.B.3. Incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la obligación asumida. La prueba de la culpa*

La jurisprudencia española y argentina es conteste en que el abogado en ejercicio no promete el éxito de la gestión encomendada y, consecuentemente, solo puede exigírsele una conducta conforme a la *lex artis ad hoc*.

Por eso, en los supuestos de responsabilidad por infracción de deberes profesionales la inversión de la carga de la prueba no es de aplicación generalizada. En otros términos, no puede partirse de una presunción de negligencia,<sup>35</sup> pero este punto de partida no niega que el abogado asuma ciertas obligaciones de resultado; así por ejemplo, puede comprometerse

33. Audiencia Provincial de Madrid, 30-06-1993, en *Revista General de Derecho*, año L nro. 589/90, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1993, p. 10523.

34. Audiencia Provincial de Málaga, 13-01-1996, en *Revista General de Derecho*, año LII nro. 619, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1996, p. 4725.

35. Ver, entre muchas, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 16-03-1996, en *Revista General de Derecho*, año LII nro. 624, Valencia, Augusto Vicente y Almela, p. 10430; Audiencia Provincial de Lleida, 31-07-1995, en *Revista General de Derecho*, año LII nro. 622/623, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1996, p. 9231.

a entregar un contrato redactado en una fecha determinada, a suscribir y presentar los escritos en término, etc.<sup>36</sup>

Además, en muchos casos, la culpa surge de los propios hechos (*res ipsa loquitur*). Así por ejemplo, la Corte Nacional, si bien admite que "no debe llevarse la responsabilidad del abogado al límite extremo de hacerlo cargar con toda la falta de veracidad en los planteos de su patrocinado, pues no puede exigírsele que se transforme en un investigador exhaustivo de los hechos que aquel le narra y que, generalmente, no son de su conocimiento personal", ha dicho que, a veces, ese conocimiento surge del propio hecho, como es el supuesto de una contestación de la demanda que niega el carácter de inquilino, pero no explicita por qué se encuentra en el inmueble; en el caso, sigue diciendo el tribunal, el abogado debió preguntarle a su cliente en virtud de qué título legítimo ocupaba el inmueble para luego poder ensayar una defensa procesal.<sup>37</sup> Los casos más frecuentes de culpa "cantada" son normalmente aquellos en que el proceso se pierde por caducidad de instancia. Permitir que se produzca la caducidad de instancia –ha dicho con toda razonabilidad un tribunal argentino– configura una omisión grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales;<sup>38</sup> "el abogado patrocinante, aunque no tenga la representación directa del cliente ni esté sujeto a las reglas del mandato, debe ejercitar el patrocinio o la defensa de los intereses de este, ya sea conduciendo el pleito bajo su dirección o aconsejando las soluciones legales que considere pertinentes; por tanto él también es responsable cuando deja que se perima la instancia".<sup>39</sup>

#### *III.B.4. Tipos de culpa. Generalidades*

El abogado, como el médico, puede errar en el diagnóstico (por ejemplo, afirma que el cliente tiene jurídicamente razón en un caso en que el ordenamiento no concede legitimación para actuar), en el tratamiento (por ejemplo, pretende reclamar el derecho de su cliente por la vía ejecutiva

36. Para estos supuestos, consultar, por todos, TRIGO REPRESAS, F. A., *ob. cit.*

37. Cám. Nac. Civ., Sala F, 30-05-1996, "Ersu c/ A. L. A.", LL 1996-E-146.

38. Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala 4, 26-11-1993, LL 1994-C-543.

39. Cám. Ap. Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala 2, "Quiñones c/ Villamil", en *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, nro. Summa de 1994, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1994, p. 435, con nota aprobatoria de MOSSET ITURRASPE, J., "Responsabilidad del abogado patrocinante. Caducidad de la instancia. Duración del proceso".

pero carece de título) en su ejecución (por ejemplo, por su inactividad, se declara la caducidad de instancia en el juicio, bien iniciado, por la vía que corresponde, en favor de su cliente que jurídicamente tiene razón); en esta última incurre también el abogado que teniendo que controlar el expediente en el que el demandado llegó a un acuerdo con el actor, efectuó pagos parciales y logró la suspensión de la ejecución, no obstante lo cual, el actor solicitó y el juez dispuso la subasta del inmueble sin que el demandado impugnara, a través de su abogado, que la notificación había sido realizada de modo intempestivo.<sup>40</sup>

#### III.B.4.a. La actualización permanente

La complejidad creciente de la ciencia del Derecho obliga al abogado a estar permanentemente actualizado; él no debe tomar asuntos referidos a ámbitos que desconoce; por eso, es justa la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que condenó a un "abogado que contrató la prestación de sus servicios con una entidad mercantil cuya vida societaria era azarosa, cuya documentación presentaba múltiples irregularidades y que, decidida a normalizar su situación jurídica, tanto en relación con los socios como frente a terceros, recabó los servicios profesionales del demandado, a quien no solo le faltaba preparación en el ámbito mercantil, rama del ordenamiento jurídico cuyo conocimiento era necesario para la correcta prestación de los servicios que se le recababan, sino que denotó una actuación descuidada y negligente en la normal ejecución del contrato".<sup>41</sup>

#### III.B.4.b. Violación del deber de informar

La mayoría de los códigos de ética establecen el deber de los abogados de "proporcionar a su cliente información suficiente acerca del tribunal u organismo donde tramite el asunto encomendado, su estado y marcha, cuando así se lo solicite en forma y tiempo adecuados".

40. Trib. Roma, 27-01-1992, y comentario de MARINELLI, F., "Le nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocato", en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año X nro. 2, Padua, CEDAM, 1994, p. 267.

41. Audiencia Provincial de Barcelona, 19-03-1996, en *Revista General de Derecho*, año LII nro. 624, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1996, p. 10430.

Además de este deber, existe el de explicar al cliente las diferentes vicisitudes que el caso puede presentar; las variantes posibles y la conveniencia o no de acudir a los estrados tribunales o a otros métodos alternativos de resolución de conflictos, etc.

Con alguna exageración, se ha dicho que "actualmente, la palabra abogado es sinónimo de consejero: con la profusión de leyes es común que el más simple particular golpee la puerta del abogado en vista de instrucciones. De la misma manera que Virgilio guía al Dante en los círculos del infierno, cabe al profesional orientar al cliente en la verdadera selva oscura que es actualmente el ordenamiento jurídico".<sup>42</sup>

Más allá de las exageraciones, respecto de los abogados, como de los médicos, la doctrina y la jurisprudencia insisten en el deber de informar. El dictamen de la Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, 1993, dedica varios párrafos al deber de información; se lee:

"4. El conocimiento, diligencia y prudencia que debe el abogado en el ejercicio profesional se integra con el deber de información al cliente, especialmente referido al amparo jurídico de la pretensión, indicando las posibilidades, sin dar certeza sobre el resultado".

"5. El deber de informar adecuadamente se integra de tal forma con el deber de dar consejo y con mayor razón si se tratara de especialistas".

"6. Debe apreciarse el deber de información teniendo en cuenta la condición del cliente, armonizándolo con el deber de requerir información a cargo del cliente".

En suma, "no se trata de atosigar al cliente con tecnicismos, descripción de estructuras procesales, fórmulas sacramentales o enunciados de diligencias secundarias",<sup>43</sup> sino de transmitirle los conocimientos mínimos para que comprenda la situación en la que está inmerso.

#### III.B.4.c. Demandas interpuestas después de cumplido el plazo de prescripción

Uno de los presupuestos para que prospere la pretensión de daños y perjuicios contra el abogado a quien se imputa haber dejado prescribir la

42. *Cfr.* SIEBENEICHER DE ANDRADE, F., ob. cit., p. 343.

43. BARBIER, E. A., ob. cit., p. 382.

acción por no interponer la demanda dentro de los plazos legales, es la prueba de que el encargo fue hecho.

El estudioso de la jurisprudencia debe ser muy cuidadoso en el análisis de las circunstancias fácticas que rodean cada caso; de otro modo, corre el riesgo de creer que enfrenta contradicciones donde no existen. Así, por ejemplo, son correctas las siguientes sentencias: La que rechazó la demanda interpuesta contra un abogado a quien solo se le había encomendado asistir al acto de conciliación administrativa, sin que posteriormente se le otorgaran poderes para seguir con la tramitación judicial, ni se le adelantaran gastos. El tribunal afirmó que si bien, por lo general, "el encargo realizado a un abogado lo es también para todas las actuaciones posteriores, en el *sub lite* debe llegarse a la conclusión contraria por tratarse de actos de naturaleza preparatoria (conciliación) sin que posteriormente se hayan desarrollado otros contactos".<sup>44</sup>

La que calificó de culpable la conducta del abogado que, habiendo promovido el acto de conciliación (que fracasó) interpuso la demanda cuando ya había caducado el plazo.<sup>45</sup> La que declaró que el simple silencio del cliente no puede inducir al profesional a dar por extinguido el mandato; por el contrario, entre sus diligencias, está la de interpelar formalmente al propio mandante con el fin de conocer si quiere continuar con la obra o no, pues de otro modo sus derechos estarán seriamente comprometidos, como efectivamente ocurrió en el caso en que el abogado no realizó ningún acto interruptivo por lo que prescribió la acción por los daños y perjuicios sufridos durante un accidente de tránsito.<sup>46</sup>

En ese caso, el abogado había recibido un poder para llegar a un acuerdo, incluso extrajudicial. La compañía aseguradora de la contraparte se puso en contacto con él, pero luego, ni las llevó adelante ni inició juicio; cuando retomó las conversaciones, la compañía invocó exitosamente la prescripción.

44. Audiencia Provincial de Barcelona; 04-07-1995, en *Revista General de Derecho*, año LII nro. 615, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1995, p. 13927.

45. Audiencia Provincial de Málaga, 17-06-1994, en *Revista General de Derecho*, año LI nro. 610/11, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1995, p. 9414.

46. Cass. Civ., 28-04-1994, en *Responsabilità Civile e Provvidenza*, vol. LIX nro. 4-5, Milán, Guiffre, 1994, p. 6356, con nota de RUTA, S., "La responsabilità dell'avvocato: alcune considerazioni in margine ad una riaffermazione della Suprema Corte".

### III.B.4.d. Omisión de recurrir, interposición de recursos extemporáneamente, inasistencia a la audiencia para informar el recurso

Se ha dicho que "el mero hecho de no recurrir una determinada resolución judicial no puede constituir un incumplimiento contractual ya que no existe una norma de conducta que obligue al abogado a recurrir todas las resoluciones judiciales sino que tal hecho debe ser valorado técnicamente para apreciar la oportunidad de la interposición del recurso".<sup>47</sup> Tampoco hay culpa si el abogado no comparece a la vista de causa de un recurso de apelación siendo este parte apelada, porque de esta ausencia no se deriva daño alguno para el cliente dada su posición procesal.<sup>48</sup>

Sin embargo, el abogado que se obligó por contrato a apelar la sentencia desfavorable y no lo hizo pensando que el recurso era inútil, no puede adoptar una actitud meramente pasiva, dejando precluir el plazo, sino que debe informar al cliente e incluso apartarse de la defensa del asunto para permitir al cliente buscarse otro letrado que proceda a la interposición del recurso.<sup>49</sup> No exime al abogado, es una mera excusa, un argumento inconsistente, afirmar que, habiendo intervenido recién en la segunda instancia, etapa en la que fue contratado para redactar la expresión de agravios, no fue informado de la fecha en que los clientes fueron emplazados para comparecer ante la Audiencia y, por tanto, no podía conocer cuándo finalizaba el plazo de diez días que el tribunal les concedió para comparecer con un nuevo procurador.<sup>50</sup>

Cabe también apoyar la decisión del Supremo de España que confirmó –por no ser revisable en la instancia casatoria– la sentencia de la Audiencia de Valencia que condenó a reparar el daño moral a un procurador que traspapeló la expresión de agravios que el abogado le remitió desde Madrid, quedando desierto el recurso de la clienta común.<sup>51</sup>

47. Audiencia Provincial de Barcelona, 23-11-1994, en *Revista General de Derecho*, año LI nro. 608, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1995, p. 5655.

48. Audiencia Provincial de Barcelona, 12-06-1995, en *Revista General de Derecho*, año LII nro. 613/14, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1995, p. 12145.

49. Audiencia Provincial de Salamanca, 02-05-1994, en *Revista General de Derecho*, año LI nro. 606, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1995, p. 2812.

50. Audiencia Provincial de Valencia, 01-10-1993, en *Revista General de Derecho*, año L nro. 592/593, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1994, p. 819.

51. Trib. Sup. España, Sala 1, 20-05-1996, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, diario del 30/10, Madrid, Aranzadi, 1996.

### III.C. La relación de causalidad adecuada

#### III.C.1. La dificultad del tema

##### III.C.1.a. Pautas generales

Como en la mayoría de las acciones de daños y perjuicios, es necesario acreditar que existe relación causal adecuada entre la conducta culposa del profesional y el daño producido; en otros términos, el juez debe verificar si la actuación negligente del profesional fue o no la causa de que el cliente no ganara el pleito, o en general, de que el legitimado sufriera el daño.

Desde antiguo, se señala la especial dificultad de esta materia en el ámbito de la responsabilidad profesional del abogado; basta remitirse al fallo de 1931 de la Casación italiana que resolvió una acción interpuesta contra un abogado que había apelado tardíamente; dijo que esta conducta comportaba un incumplimiento contractual que daba lugar a la restitución de las sumas entregadas a título de gastos y compensación, pero no al resarcimiento de los daños derivados del vencimiento.

La *ratio decidendi* puede ser resumida del siguiente modo: "siendo el producto del fenómeno judicial, o el resultado de la litis, el fruto del concurso de múltiples y normalmente imponderables factores (la conducta procesal de las partes, la energía puesta en la conducción de la litis, la opinión personal del juez, el estado de la doctrina y de la jurisprudencia en el tiempo y en el lugar en el cual el juez es llamado a pronunciarse, etc.), de hecho, es imposible efectuar una estimación preventiva".<sup>52</sup>

Sin perjuicio de advertir la dificultad, doctrina y jurisprudencia tienen hoy una posición menos "trágica"; sus formulaciones, aunque no absolutas, sirven para guiar al intérprete.

Así, por ejemplo, se ha resuelto que corresponde rechazar la demanda si no existe la menor base para entender que la sentencia penal hubiera sido más favorable a la actora con otra defensa;<sup>53</sup> si no obstante haber interpuesto tardíamente una demanda, se ha determinado que la pretensión

52. Citado por COSENTINO, N., "Colpa professionale dell'avvocato e chance de vittoria del cliente", en *Danno e Responsabilità*, nro. 5, Assago, Wolters Kluwer Italia, 1996, p. 645.

53. Audiencia Provincial de Lleida, 31-07-1995, en *Revista General de Derecho*, año LII nro. 622/623, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1996, p. 9231.

hubiese sido, de cualquier modo, rechazada en el fondo;<sup>54</sup> si a pesar de la dilación de los procedimientos, el demandado hacía tiempo que estaba en insolvencia, por lo que de cualquier modo el actor no hubiese podido percibir el crédito.<sup>55</sup>

### III.C.1.b. La culpa de la víctima (normalmente, el cliente)

A veces, el daño tiene causa adecuada en la falta de colaboración del cliente; por ejemplo, no proporciona los datos de los testigos, no concurre a la audiencia fijada para absolver posiciones, etc., no obstante que el abogado ha cumplido eficientemente con su deber de información.

La Comisión de reflexión número 5 del III Congreso Internacional de Derecho de Daños, 1993, especificó: "Para apreciar el nexo de causalidad entre la culpa y el daño no pueden obviarse los supuestos de inestabilidad jurídica y el obrar del cliente reticente". Por aplicación de estos principios se ha resuelto que el abogado que no ejerció el derecho de retracto dentro del plazo legal no debe responder si el cliente no acredita que le dio el dinero para hacer el depósito en tiempo propio;<sup>56</sup> si el abogado presentó la petición de ejecución de la sentencia que declaraba nulo el despido fuera del plazo de caducidad (previsto legalmente para ejecutar la sentencia), pero la otra parte no invocó la caducidad operada ni el juez tampoco por lo que quedó firme la resolución que dispuso el pago de la indemnización correspondiente, el abogado no debe responder aunque luego la patronal se presentara en quiebra y cuando el obrero pidió se le pagara la indemnización, le opusieron la caducidad y en lugar de discutir en el expediente que ya había otra decisión que había pasado en autoridad de cosa juzgada que le otorgaba el derecho a la indemnización, inició un juicio contra el abogado.<sup>57</sup>

54. Cass. Civ., Sez. III, en *Il Foro Italiano*, año CXXI nro. 7/8, 1996, Turín, G. Giappichelli, p. 2386.

55. Trib. Sup. España, 28-12-1996, en *Revista General de Derecho*, año LIII nro. 631, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1997, p. 3747.

56. Audiencia Provincial de Lleida, 24-05-1996, en *Revista General de Derecho*, año LII nro. 628/29, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1997, p. 1015 (en sustancia, el retracto se asemeja al derecho que los códigos procesales argentinos denominan sobreseimiento del juicio ejecutivo).

57. Audiencia Provincial de Pontevedra, 23-01-1995, en *Revista General de Derecho*, año LII nro. 615, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1995, p. 14273.

### III.C.1.c. El error de hecho y el de derecho. La relación causal y el *iuria novit curia*

Se afirma con frecuencia que el error de derecho tiene menores consecuencias que el de hecho por cuanto puede quedar subsanado por aplicación del principio *iuria novit curia*.

El aserto, sin embargo, no es absoluto, pues el juez puede cambiar el derecho invocado, pero no la acción deducida. Así, por ejemplo, el error de derecho puede ser decisivo si entre diversas vías posibles, el profesional elige equivocadamente una, prescribiendo *intertanto* la acción correspondiente a la correcta.<sup>58</sup>

### **III.D. Las acciones de responsabilidad contra el abogado y la cosa juzgada**

En la responsabilidad del abogado, análogamente a lo que ocurre con la del juez (vid. *infra* IV.E.), podría parecer que, en algunos casos, el acogimiento de la demanda requiriese la previa "destrucción" de una decisión anterior que ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

Por ejemplo, si una persona afirma que fue condenada porque su abogado la defendió mal y no supo probar la eximente de legítima defensa, parecería que la procedencia de la acción requiriese analizar si la condena fue o no correcta. Este ha sido uno de los argumentos esgrimidos en Inglaterra para declarar la inmunidad del *barrister* (abogado de litigio).<sup>59</sup>

En la Argentina, algún voto también razona de modo similar; véase el siguiente: un abogado que intervino en el convenio de disolución y liquidación de la sociedad conyugal inició luego, en representación de su cliente (la esposa), un juicio por nulidad de ese acuerdo fundado, entre otras razones, en un vicio de la voluntad. La nulidad fue rechazada. La clienta inició, entonces, un juicio contra el abogado; en ese proceso se rindió prueba sobre los vicios de la voluntad denunciados en el juicio por nulidad (error y lesión). En uno de los votos que rechazó la demanda contra el abogado se lee: "toda la prueba fue innecesaria y extemporánea porque

58. BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 9° ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 1345.

59. No se duda en cambio, en principio, de la responsabilidad del *solicitor*, es decir, el abogado que presta servicios fuera del litigio (por ejemplo, asesorando). Ver nota 107.

ya hubo una sentencia que pasó en autoridad de cosa juzgada que impide plantear nuevamente lo ya resuelto en un decisorio que reviste la calidad de firmeza e inmutabilidad".<sup>60</sup>

La formulación, por su excesiva latitud, me parece equivocada a diferencia de lo que sucede en los supuestos de responsabilidad del juez, cuando se juzga la del abogado no se intenta modificar los alcances de la cosa juzgada; no se afirma que la sentencia es equivocada, sino que a ese resultado (el correcto legalmente de acuerdo con lo que muestra el expediente) se llegó porque el abogado no aportó otra prueba, o no planteó la defensa que correspondía (por ejemplo, la prescripción).

Para rechazar la demanda bastaba, entonces, como surge del voto del otro juez interviniente, analizar la conducta del abogado en el juicio; en el caso, el letrado había asumido todas las diligencias y la causa del daño estaba en la actitud de la propia clienta, culpable del divorcio por adulterio que, para evitar que esta situación fuese conocida por sus hijos, consintió todas las imposiciones del marido (pese a los consejos de su abogado) en un proceso por mutuo consentimiento, en el que perdió casi todos sus bienes propios.

### **III.E. El daño. Una regla con excepciones: la indemnización de chances**

Cuando la conducta a la que se le atribuye el daño ha acaecido en un juicio (sea por acción, sea por omisión), normalmente, lo que se indemnizan son las chances y no la totalidad de lo petitionado en ese pleito, desde que se desconoce cuál habría sido el resultado de la acción si se hubiese iniciado, del recurso si se hubiese interpuesto, de la prueba si se hubiese rendido, del juicio si no hubiese concluido por caducidad de instancia, etc. Salvo casos de excepción, "no es posible asegurar certeramente que mediante una acción profesional irreprochable se hubiera logrado una sentencia favorable en un 100%.

Esto plantea la necesidad de medir la cuantía de la indemnización en función de la efectividad del daño sufrido, que no es la frustración de lo

60. Cám. Apel. Civ., Com. y de Minería de General Roca, provincia de Río Negro, en *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4 nro. 8, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1994, p. 369.

pedido en la demanda sino la privación de una probabilidad de ganancia o chance, susceptible de grandes variaciones según las circunstancias de cada caso y la ponderación del criterio que habría tenido el tribunal de haber tenido la posibilidad de expedirse en otras condiciones, que es lo que frustró la culpa del abogado con la declaración de la caducidad de instancia".<sup>61</sup>

En suma, el Tribunal ante el cual se dirime el juicio por responsabilidad, debe analizar el caso "no al modo de un tribunal de revisión, sí haciendo un análisis de su prosperabilidad y de la prudencia o temeridad de su interposición y aún en estos términos, de obligada relatividad".<sup>62</sup>

Bien se ha dicho que "debe valorarse la frustración del derecho de acceso a un recurso, debiendo recordarse que el derecho más progresista en cuanto a cobertura de riesgos viene incluyendo últimamente el resarcimiento de la simple "pérdida de oportunidades reales", expresión tomada del Derecho sajón y recogida por la jurisprudencia del TEDH en los casos "Goddi" del 8 de abril de 1984 y "Colozza" del 12 de febrero de 1985.<sup>63</sup>

Por lo demás, aunque el incumplimiento no constituya *per se* un perjuicio, a veces, el daño se visualiza como necesariamente derivado de los hechos base del incumplimiento; en otros términos, surge *in re ipsa*, como es el caso del abogado que no presentó la demanda e hizo perder la acción del cliente en una cuestión que no daba lugar a ninguna duda, ni de hecho ni de derecho;<sup>64</sup> o el del abogado, a cuyo empleado se le traspapeló la orden de embargo, por lo que la cautelar ordenada no fue trabada y luego el deudor transmitió el único inmueble que tenía, impidiéndose de este modo cobrar su deuda.<sup>65</sup>

61. Cám. Apel. Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala 2, "Quiñones c/ Villamil", en *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4, nro. 5, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1994, p. 435.

62. Audiencia Provincial de Barcelona, 10-06-1994, en *Revista General de Derecho*, año LI nro. 604/5, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1995, p. 1050.

63. Audiencia Provincial de Oviedo, 19-06-1995, La Ley (España) 1995-4-167. En el caso, el tribunal tuvo también en consideración que el abogado había informado a la parte de la muy difícil procedencia de la pretensión, por esta: prescripta la acción.

64. Audiencia Provincial de Barcelona, 14-05-1994, en *Revista General de Derecho*, año LI nro. 603, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1994, p. 13297.

65. Audiencia Provincial de Barcelona, 14-12-1993, en *Revista General de Derecho*, año L nro. 596, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1994, p. 6033.

Igual solución corresponde respecto del abogado que no renueva la cautelar trabada dentro de los plazos de caducidad permitiendo de este modo la venta del inmueble por parte del demandado.

En estos casos, la cuestión no reside en la existencia del daño en sí mismo, sino en su cuantificación. No siempre es el monto del crédito que el cliente del abogado tenía contra el tercero, ni el del valor del inmueble ilegítimamente sacado del patrimonio, pues puede suceder que el valor de ese bien no coincida con el crédito; puede ser mayor o menor; en el primer caso (el inmueble embargado es de un valor superior al crédito), la indemnización debida por el abogado negligente no puede superar el valor del crédito que su cliente no pudo cobrar; en el segundo (el monto del crédito es superior al valor del bien), no puede superar el valor del inmueble que salió ilegítimamente del patrimonio, pues su conducta negligente no causó el daño sino hasta el valor de ese bien.<sup>66</sup>

Hay, sin embargo, un daño que no puede ser discutido: el de las costas que el damnificado debió pagar por la conducta negligente del abogado.

#### IV. DAÑOS CAUSADOS POR NOTARIOS

##### IV.A. Normativa

A diferencia de lo que acontece con los abogados, en el Cód. Civ. argentino existe el art. 3671 que se refiere, específicamente, a un supuesto de responsabilidad del escribano: la de quien tiene en su poder o en su registro un testamento de cualquier especie, por los daños y perjuicios que ocasione su omisión en ponerlo en conocimiento de las personas interesadas luego de morir el testador.

66. En su sentencia del 17-11-1995, la Sala sostuvo que para la determinación del daño debía tenerse en cuenta el valor real de los inmuebles y no el obtenido en la subasta de estos en la que había resultado adjudicatario el ejecutante y que no pudo inscribirse porque en el ínterin habían salido del patrimonio del ejecutado por no haberse renovado la anotación del embargo. Sostuvo el tribunal que en este caso lo que el ejecutante perdió realmente fue la propiedad de tales fincas, que hubieran pasado a su patrimonio si no hubiesen salido por haber caducado la anotación del embargo (*Actualidad jurídica Aranzadi*, boletín del 03/11, Madrid, Aranzadi, 1995).

## IV.B. Tipos de notariado<sup>67</sup>

### IV.B.1. Sistemas

La profesión notarial está regulada de diversos modos. Con trazos excesivamente gruesos, pueden enumerarse los siguientes sistemas:

- Notario profesional (imperante en Inglaterra, Estados Unidos de América, Suecia). Al igual que los abogados, pueden ejercer esta profesión en número ilimitado. Tienen función certificante y no legitimadora y, por eso, el instrumento que emiten tiene solo el valor de la prueba escrita.
- Notario funcionario estatal (rige en Andorra, Dinamarca, etc.). El escribano es designado y pagado por el Estado. A veces, es un funcionario judicial, otras, pertenece a la Administración.
- Notario profesional investido de función pública. Admite dos variantes:
  - 1) Libre: hay irrestricto número de plazas (Uruguay).
  - 2) Latino puro: la profesión está regida por el *numerus clausus*.

### IV.B.2. El sistema argentino

Desde hace muchos años, la doctrina discute a cuál sistema adhiere el ordenamiento argentino. No pretendo transar la disputa pero al parecer, la opinión mayoritaria se inclina por entender que el escribano es un profesional del Derecho que cumple una función pública. Así lo declararon las Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) y las Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes, provincia de Buenos Aires, 1981.<sup>68</sup>

### IV.B.3. Sujeto al que se destinan estas reflexiones

Limito estas reflexiones al llamado "escribano de registro", o sea, al que "poseyendo título o diploma profesional obtenido luego de cursar y

67. Para esta cuestión vid., fundamentalmente, BUERES, A., *Responsabilidad civil del escribano*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984, p. 3.

68. Las recomendaciones de estos encuentros se transcriben en BUERES, A., ob. cit., p. 143.

aprobar los estudios universitarios, se desempeña, previa habilitación de la autoridad competente para el ejercicio de la fe pública o función fedante, como titular o adscripto de un registro de escrituras públicas, pudiendo autorizar el otorgamiento de estas, las que constituyen instrumentos públicos".<sup>69</sup>

#### *IV.B.4. Características de la función del escribano de registro*

El escribano de registro ejerce una función pública delegada por el Estado (dar fe). No desconozco que esta tesis ha recibido embates importantes; un argumento significativo es que, a diferencia de lo que acontece con la función pública en general, no hay relación jerárquica entre el notario y el Estado. Sin embargo, en la Argentina, la cuestión parece haber sido zanjada por la Corte Federal quien tiene dicho que "la facultad que se atribuye al notario de dar fe a los actos que celebre conforme a las leyes constituye una concesión del Estado acordada por la calidad de funcionario o de oficial público que corresponde a los escribanos de registro".<sup>70</sup>

Su libertad para contratar está restringida. A diferencia del abogado, el escribano de registro no "elige de modo totalmente libre a sus clientes" sino que, en principio, debe prestar los servicios que se le reclamen siempre que no sean contrarios al ordenamiento, la moral y las buenas costumbres.

#### **IV.C. Naturaleza de la función y de la responsabilidad frente a los celebrantes y frente a los terceros**

Sea o no un vínculo contractual el que une a los celebrantes del acto con el notario, su responsabilidad se rige por las normas que dominan el ámbito de la responsabilidad contractual, aunque el escribano haya sido propuesto por una sola de las partes y el daño lo invoque el que no lo propuso.<sup>71</sup>

69. TRIGO REPRESAS, F. A., "La responsabilidad del escribano público", en MORELLO, A. M., AGOGLIA, M. M., BORAGINA, J. C. y MEZA, J. A. (coords.), *Las responsabilidades profesionales. Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, La Plata, Platense, 1992, p. 336.

70. CSJN, 23-06-1992, "Colegio de Escribanos s/ verif. de libros de requerimientos de firmas del escribano E. J. Garrido", Doc. Jud. 1993-2-325 y JA 1993-II-96.

71. TRIGO REPRESAS, F. A., "Responsabilidad notarial por omisión de los procedimientos inscriptorios de actos que requieren publicidad", JA 1982-IV-41.

En algunos países (Francia, por ejemplo) se ha llegado a sostener, con alguna exageración, que la jurisprudencia es tan rigurosa con los notarios que la responsabilidad ya no se funda en la culpa sino en el riesgo profesional.<sup>72</sup>

En otros, en cambio, según la opinión mayoritaria, la responsabilidad es de tipo subjetivo, siendo suficiente la culpa.

Por lo demás, es factible la absolución penal de un escribano, por no configurar su conducta un tipo penal y, sin embargo, responder civilmente. Así por ejemplo, se absolvió a un notario, a quien se imputaba haber protocolizado un acta sin verificar fehacientemente la documentación aportada por dos personas, que se presentaron como presidente y director de una sociedad anónima sin serlo, lo que permitió que en otra escritura de la misma fecha se concretara una operación inmobiliaria que había sido rechazada por una asamblea de la sociedad.<sup>73</sup>

#### **IV.D. Antijuridicidad y culpa**

Algunos casos especiales La contrariedad de la conducta con el ordenamiento y, consecuentemente, la omisión de las diligencias debidas presentan determinadas características en ciertos deberes impuestos a los notarios. Me referiré a algunos casos particulares:

##### *IV.D.1. El deber de consejo e información*

Se ha dicho que el deber de consejo del notario ha sido, hasta ahora, "de geometría variable"; mientras el cliente es menos experimentado, mayor es su extensión; consecuentemente, durante mucho tiempo, la experiencia profesional de un comprador o de un vendedor en el campo inmobiliario permitió atenuar la responsabilidad, desde que "un experto no es lo mismo que un profano".

Sin embargo, los tribunales franceses, con la Corte de Casación a la cabeza, han modificado esta posición, dándole a la obligación de consejo

72. DECORPS, J. P., ob. cit., p. 127. En Italia, parece compartir este criterio, VISINTINI, G., ob. cit., p. 273.

73. Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala 4, 29-03-1995, "Reynolds, Juan", JA 1995-IV-574. El caso, a no dudarlo, hubiese dado lugar a la condena civil si hubiese habido constitución de actor civil en el proceso penal.

una envergadura que algunos autores han calificado de "impresionante"; así por ejemplo, se ha acogido la demanda interpuesta por un banco contra un escribano que no verificó la situación hipotecaria del inmueble, o no le advirtió que el mutuario era una sociedad que aún no se encontraba inscrita en el registro.<sup>74</sup>

Respondiendo a la tendencia que amplía la responsabilidad profesional, se afirma que el deber de consejo del notario se extiende a los elementos instrumentales que pueden implicar pérdida de un derecho. Así por ejemplo, en Francia, se hizo responsable a un escribano que dejó constancia en la escritura pública que el precio se cancelaba con un cheque, sin especificar que este se recibía *pro solvendo* y no *pro soluto*, es decir, que si no se cobraba subsistía el precio de la venta.

#### *IV.D.2. La redacción de las escrituras públicas y actas conforme con la ley*

Un fin esencial de la función notarial es dar seguridad jurídica a los celebrantes; para lograr esa finalidad, debe tener los conocimientos técnicos necesarios para que los instrumentos que autoriza sean redactados conforme a las disposiciones legales; por eso, debe responder, por ejemplo, por la declaración de nulidad de un testamento por instrumento público que adolece de defectos de forma.

Comparto, consecuentemente, la doctrina francesa que afirma que el notario debe ser un jurista, y un buen jurista y debe poner todos sus esfuerzos para asegurar la eficacia jurídica del acto que instrumenta.<sup>75</sup> Comparte esta posición el despacho de las primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) que dice: "la obligación del escribano de autorizar una escritura instrumentalmente válida es una obligación de resultado".

74. DECORPS, J. P., ob. cit. p. 120. En la Argentina, en cambio, la Corte Federal liberó de responsabilidad al Estado por el error registral en un caso en que una entidad financiera había dispensado al escribano de hacer el estudio de títulos y de verificar el estado posesorio (cfr. CSJN, 11-12-1986, "Inverfin c/ Pcia. de Bs. As.", LL 1987-C-144 y JA 1987-II-105).

75. AUBERT, J. L., *Responsabilité Professionnelle des Notaires*, 2da ed., París, Rep. du Notariat Defrénois, 1981, p. 82.

### *IV.D.3. La fe de conocimiento*

#### IV.D.3.a. La fe de conocimiento y el juicio de identidad

Algunos autores españoles distinguen la fe de conocimiento (el escribano declara conocer a la parte celebrante) del juicio de identidad (el escribano dice que le justificaron la identidad con documento nacional de identidad). Sin embargo, de la distinción no parece derivarse diferente régimen.

En la Argentina, en cambio, Bueres propone sustituir la expresión fe de conocimiento por fe de identificación;<sup>76</sup> de cualquier modo, la opinión dominante entiende que "aunque el escribano recurra al control del documento de identidad que se le exhibe para iniciar y completar la formación de un juicio de conocimiento debe, además, efectuar un análisis de los elementos y datos que del documento surgen en relación a los restantes elementos vinculados al negocio que se ha de instrumentar, debiéndose extender tal análisis a circunstancias que rodean a la operación y que de un modo o de otro, pueden contribuir a formar convicción sobre la identidad de las partes";<sup>77</sup> con idéntico criterio se ha resuelto que "el escribano que da fe de conocimiento del otorgante de un poder, debe analizar con diligencia, escrúpulo y prudencia, no solo el documento de identidad que se le exhibe, sino también la totalidad de los elementos precisos y coherentes con los que puede formar un acabado juicio de certeza".<sup>78</sup>

En la misma tendencia, las primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) dijeron: "La denominada obligación de dar fe de conocimiento exige al escribano un juicio de certeza cuya inobservancia genera responsabilidad. La sola exhibición de un documento de identidad no es suficiente para que el escribano dé fe de conocimiento. El notario, cuando no conoce a las partes, puede autorizar la escritura y dar fe de conocimiento, si previamente adquiere la convicción sobre la identidad de los otorgantes, sin necesidad de recurrir a los testigos de conocimiento (art. 1002, Cód. Civ.). Cuestionada la fe de conocimiento por un tercero:

76. BUERES, A., ob. cit., p. 93.

77. Cám. Civ. Com. Crim. y Correcc. de Necochea, 15-03-1994, "Coronel c/ Torres Pereyra", LLC 1994-728 (en el caso, no obstante verificarse la culpa de la escribana, la demanda se rechazó por falta de legitimación activa).

78. Cám. Nac. Civ., Sala A, 07-04-1988, "Bco. Comercial del Norte S. A. c/ Kahan", LL 1988-E-297.

- Despacho A: es a cargo del notario la prueba de los hechos que lo llevaron a la convicción sobre la identidad de los otorgantes;
- Despacho B (sostenido exclusivamente por el notario Ahumada): es a cargo del tercero la prueba en razón de la fe pública que inviste a sus actos y que se prueban por sí mismos”.

#### IV.D.3.b. Algunas normas especiales

El art. 23 de la Ley del Notariado española dice: “El notario que diere fe de conocimiento de alguno de los otorgantes inducido a error sobre la personalidad de estos por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas no incurrirá en responsabilidad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo. Pero será inmediatamente sometido a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados”.

La Dirección General de los Registros Notariales ha interpretado que de esta norma no se deduce una responsabilidad civil automática del notario sino que es menester que haya culpa del escribano, por aplicación de los principios generales. O sea, según el criterio de este prestigioso organismo, la responsabilidad penal exige dolo; la responsabilidad civil culpa, y esta no se presume.

Un ejemplo de este criterio es la decisión que liberó al notario que no dio fe de conocimiento, sino que dijo que la identidad se había acreditado con un documento de identidad, que finalmente resultó falsificado por el Compareciente (usó el documento del propietario, que había muerto, cambiándole la foto); el fallo no libera porque el artículo transcrito hace responsable al que había dado fe de conocimiento y en el caso mediaba solo un juicio de identificación, sino porque en opinión del sentenciante no se había probado la culpa del notario, quien fue engañado, merced a la falsificación del documento.<sup>79</sup>

79. DGRN R, 13-09-1995, La Ley (España) 1995-4-312.

#### IV.D.3.c. La fe de conocimiento y la responsabilidad del notario por el adscripto

Según algunos fallos, dar fe de conocimiento es una actividad personalísima; por eso, el escribano titular no respondería del incumplimiento de las normas relativas al deber de fe de conocimiento por parte del adscripto.

En tal sentido se ha dicho: "El escribano titular responde genérica y objetivamente por las incorrecciones o errores provocados por negligencia del adscripto solo cuando sean susceptibles de su apreciación y cuidado, mas no cuando se trata de actos que no puede verificar ni controlar, como lo es la prestación de la fe de conocimiento, en cualquiera de sus variantes, que es una afirmación personal del adscripto".<sup>80</sup>

No comparto esta opinión, aunque reconozco que cuenta con muchos adeptos. Explicaré por qué: En la Argentina, el art. 23 de la ley nacional 12.990 dice: "Los escribanos adscriptos, mientras conserven ese carácter actuarán dentro del respectivo registro con la misma extensión de facultades que el titular y simultáneamente e indistintamente con este, pero bajo su total dependencia y responsabilidad y reemplazarán a su regente en los casos de ausencia, enfermedad o cualquier otro impedimento transitorio. El escribano titular es el responsable directo del trámite y conservación del protocolo y responderá de los actos de sus adscriptos en cuanto sean susceptibles de su apreciación y cuidado". Creo que la ley es bastante clara; por mucho que se argumente y distinga, en mi opinión, este artículo hace responsable al titular por las negligencias del adscripto.<sup>81</sup>

#### *IV.D.4. Constatación de la capacidad del otorgante y de su estado de familia*

Para un importante sector doctrinal no pesa sobre el escribano el deber de requerir al otorgante documentación relativa a su estado. En otros términos, el notario tiene la facultad de requerir este instrumental, pero no

80. Cám. Nac. Civ., Sala A, 16-11-1995, "Filgueira c/ Figueroa y otro" JA 1996-414-381 y LL 1996-B-55, con nota de GIRALT FONT, J., "Responsabilidad del escribano titular por la actuación de su adscripto" y 7-04-1988, "Bco. Comercial del Norte S. A. c/ Kahan", LL 1988-E-297.

81. BUERES, A., ob. cit., p. 131.

el deber; por tanto, quedaría fuera del ámbito de la identificación lo atinente al estado de familia, capacidad, estado mental del individuo, etc.<sup>82</sup>

No comparto esta posición; si bien es cierto que el notario no es un perito médico para poder determinar si una persona está o no mentalmente sana, ha alcanzado o no cierta edad, etc., en ciertos supuestos, un criterio mínimo de razonabilidad le imponen exigir ciertos elementos corroborantes de su convicción inicial. Recuérdese, una vez más, la figura abierta que define a la culpa en el Cód. Civ. argentino: "la omisión de las diligencias debidas según las circunstancias...".

Por lo demás, la eficacia y vigencia efectiva de algunas normas protectoras de la vivienda familiar requieren el control del escribano (tal lo que sucede, por ejemplo, con la exigencia del asentimiento conyugal para vender el inmueble donde asienta el hogar familiar, aunque sea propio de uno de los cónyuges, si existen hijos incapaces).<sup>83</sup>

#### *IV.D.5. Estudio de títulos*

La jurisprudencia italiana resuelve, desde 1959, que el notario está obligado a cumplir el encargo que las partes le han confiado "con la diligencia media de un profesional suficientemente preparado y avezado" (*diligenza del professionista sufficientemente preparato ed avveduto*); por lo tanto, su obligación se extiende a la actividad preparatoria y sucesiva, llamada "visado" (*visure*) catastral e hipotecario, necesaria para individualizar exactamente el inmueble y verificar su estado, obligación de la cual puede ser exonerado, por motivos de urgencia o por otras razones, solo por acuerdo y expresa dispensa de las partes.<sup>84</sup>

Se razona del siguiente modo: Es obvio que quien adquiere un bien desea realizar una adquisición válida y plenamente eficaz. En vistas a tal resultado, no se puede pretender, indudablemente, que el notario prevea

82. BUERES. A., ob. cit., p. 103.

83. Para esta cuestión, me remito a mi obra *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 204.

84. Vid. jurisprudencia citada por PETRELLI, G., *Visure Ipotecarie. Responsabilità Civile del Notaio. Limiti del Danno Risarcibile*, Milán, Giuffrè, 1994, p. 7. El autor explica que el criterio jurisprudencial transcrito es obra de una evolución sociológica de la función del notario, pues antes de 1959 la Casación no ponía sobre el notario el deber de estudiar los antecedentes registrales y catastrales del título y sin embargo, la legislación no ha cambiado.

todas las posibilidades de conductas de modo tal que la adquisición sea inimpugnabile e inatacable bajo cualquier aspecto (si así fuera, debería verificar, por ejemplo, la solvencia del vendedor, para saber si está o no en el período de sospecha).

Pero, frente a las declaraciones de las partes de enajenar y adquirir un bien libre de todo gravamen, no excede del límite de la diligencia ordinaria y responde a una elemental exigencia, exigir que el notario, valiéndose de los medios usuales que el ordenamiento jurídico presta a tal fin, deba previamente verificar si el bien está libre, siempre que las partes, por razones de urgencia o por cualquier otra razón no lo hayan expresamente dispensado previamente.

La investigación preventiva catastral y registral, hace, normalmente a la preparación del acto y por eso constituye un presupuesto necesario del cumplimiento de la obligación profesional.<sup>85</sup> La jurisprudencia que vengo reseñando funda el deber del notario de estudiar los antecedentes registrales y catastrales en:

- El principio de buena fe. Los usos integrativos del contrato de servicios.<sup>86</sup>

Por aplicación de estas reglas la Casación italiana condenó, fundada en el art. 1176 del Cód. Civ. italiano ya citado, al notario que, consultado en la etapa preliminar, redactó un contrato cuyo contenido había sido pre-dispuesto por las partes y no propuso al adquirente hacer el visado registral con el fin de determinar que el inmueble objeto de la promesa de transferencia estaba libre de gravámenes.

El actor (el adquirente) le imputaba al escribano haber redactado el contrato y haber ocultado, conociéndola, la existencia de una hipoteca. El tribunal tuvo en cuenta para la condena, la circunstancia de que la hipoteca había sido autorizada por el mismo escribano poco tiempo antes.<sup>87</sup>

85. PETRELLI, G., ob. cit., p. 20.

86. El argumento originario de la Corte de Casación, luego rectificado era que la venta de una cosa gravada era nula y que el notario estaba obligado a realizar todo lo posible para que los actos celebrados por las partes fuesen válidos y no nulos (cfr. DE LORENZO, C., "Contrato preliminare e visure ipotecarie non consigliate", en *Danno e Responsabilità*, nro. 2, Assago, Wolters Kluwer Italia, 1996, p. 206).

87. Cass. Civ., Sez. II, 18-10-1995, en *Danno e Responsabilità*, nro. 2, Assago, Wolters Kluwer Italia, 1996, p. 206.

Ciro de Lorenzo ha criticado la solución; entiende que el tribunal ha sido excesivamente severo al no considerar relevantes dos hechos fundamentales: que se trataba de un preliminar y que el contenido del negocio había sido proporcionado al notario.

Afirma que los escribanos se encontrarán, frente a esta sentencia, como el protagonista del delicioso libro de Zanelli, titulado *Il Turbamenti de un Giovane Notaio*, publicado en 1993. No comparto esta crítica; estimo que más allá de la discusión que encierra a los autores italianos sobre si en su ordenamiento positivo existe o no la obligación de pedir el certificado, en el caso, como bien lo ha señalado Quaranta al anotar el fallo bajo comentario, la circunstancia de haber sido el mismo escribano quien confeccionó la hipoteca anterior, justificaba sostener que este había actuado en contra del principio de buena fe y sin asumir las diligencias que el caso requería.<sup>88</sup>

El mismo tribunal, en cambio, confirmó una sentencia de los jueces de grado que rechazaron la acción contra el notario que solo mencionó en la escritura la existencia de "una hipoteca y una inscripción de fecha...".

La última expresión hacía referencia a la inscripción de un embargo, que luego causó la subasta del inmueble. Las adquirentes iniciaron un juicio contra el escribano; sostuvieron que era obligación del profesional advertir y precisar a los compradores que la adquisición era inoponible al embargante, explicarles en términos laicos y comprensibles qué significaba la referencia a la inscripción. Los tribunales de grado extrajeron, de las constancias de la escritura la presunción de que la cuestión había sido discutida entre las partes y liberaron al profesional, pues de los términos del documento se derivaba que los adquirentes no podían ignorar el contenido real de la expresión usada (inscripción de fecha...).

La Corte, aunque confirmó la decisión por tratarse de cuestiones de hecho expresó una idea muy importante: "aunque se trate de una obligación de medios, el profesional debe desplegar los medios necesarios en vista a la obtención del resultado querido por las partes con la diligencia media de un profesional suficientemente preparado y advertido, pues su obra no puede reducirse a la de un pasivo registrador de la declaración de otro, sino que debe extenderse a una actividad preparatoria adecuada".<sup>89</sup>

88. QUARANTA, A., "Stipulazione del contratto e responsabilità del notaio", *I Contratti* 1996-3-227.

89. Cass. Civ., 26-05-1993, con nota de RUTA, S., "La diligenza del notaio tra obblighi e

En la Argentina, con razonable rigor, se ha resuelto que "el estudio de títulos configura una típica obligación de resultado. Siendo así, su incumplimiento generador de daños da origen a una responsabilidad de tipo objetivo, con fundamento ya sea en la idea de garantía, tutela especial del crédito o riesgo creado.

Por ende, el deudor incumplidor solo puede eximirse de responsabilidad probando la causa ajena, comprensiva tanto del caso fortuito en sentido estricto como de culpa de la propia víctima o de un tercero por quien no debe responder.<sup>90</sup>

En la misma tendencia, los autores presentes en las primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) declararon que la función del escribano no se limita a la faz instrumental sino que comprende el asesoramiento idóneo y actualizado a las partes, orientando a la validez sustancial del negocio. Son obligaciones del escribano: "tramitar los certificados exigidos por la ley 17.801 con anticipación suficiente al acto escriturario y anotar a los otorgantes de cualquier restricción al dominio o a la libre disponibilidad que informe el registro".

#### *IV.D.6. Otros actos complementarios de las escrituras públicas*

##### IV.D.6.a. Tener a la vista los certificados de "libre deuda"

Se ha estimado que no es deber del escribano la obtención de los certificados administrativos de libre deuda de impuestos y tasas, ya que el escribano puede escriturar teniendo a la vista los recibos justificativos del pago de tales obligaciones, asumiendo una responsabilidad personal frente al Fisco nacional, provincial o municipal por la deuda que resulte impaga.<sup>91</sup>

---

diritti moderni", en *Responsabilità Civile e Provvidenza*, vol. LIX nro. 2, Milán, Guiffre 1994, p. 256.

90. Fallo de primera instancia del Dr. Vázquez Ferreyra del 01-11-1994, confirmado por Cám. Civ. y Com. de Rosario, sala 2, 24-04-1996, "Cerín y otros c/ sucesores de Ansalas", JA 1997-II-317.

91. Cám. Nac. Civ., Sala C, 31-03-1975, "Escalera c/ Amuchástegui", ED 65-485 (aclaro que la frase no fue pronunciada en un juicio de responsabilidad civil del escribano sino en uno por escrituración).

#### IV.D.6.b. Pedir el certificado para lograr prioridad extrarregistral

La legislación registral argentina regula el certificado de prioridad, figura jurídica a través de la cual se produce el mal llamado "bloqueo registral" cuyo efecto es otorgar prioridad extrarregistral al acto de transmisión sobre otros actos jurídicos que puedan afectar el inmueble objeto del negocio.

No obstante los estrictos términos de la ley,<sup>92</sup> prestigiosa doctrina sostiene que el registro no puede denegar la inscripción de un título expedido sin certificado; lo que sucede, es que la prioridad recién se ganará con la inscripción (prioridad directa)<sup>93</sup> y no tendrá efecto retroactivo al momento de la certificación (prioridad indirecta).

En consecuencia, si por no haber solicitado el certificado, las partes del negocio transmisivo pierden la prioridad y deben soportar alguna cautelar u otro tipo de gravamen, el notario responderá por este daño, salvo que los celebrantes lo hubiesen dispensado expresamente de la obligación de solicitarlo.

#### IV.D.6.c. Obligación de rogar la inscripción de los títulos en los registros respectivos

a) Algunos ordenamientos (por ejemplo, la ley francesa) prevén expresamente la obligación a cargo del notario de inscribir el título autorizado por ante el registro respectivo; frente a estos textos, la doctrina no duda en calificar de conducta omisiva culposa el incumplimiento de esta obligación legal cuya consecuencia es el deber de reparar los daños causados.<sup>94</sup>

92. El art. 23 de la ley 17.801 dispone: "Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de la bienes y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación".

93. El art. 25, 2do. párrafo, de la ley 17.801 dispone: "Esta certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado".

94. AUBERT, J. L., *Responsabilité Professionnelle des Notaires*, 2da. ed., París, Rep. du Notarial Defrénois, 1981, p. 76.

b) Aun en los países en que no hay disposición expresa, la doctrina mayoritaria afirma la existencia de esta obligación en cabeza del notario, con estos argumentos:

- La ley no es la única fuente del derecho; la costumbre también genera obligaciones y hay una conciencia generalizada de que el notario no concluye su función autorizando el título, sino que debe rogar su inscripción en el registro pertinente;
- El notario debe actuar con imparcialidad y en beneficio común de las partes que celebraron el negocio;
- El resultado práctico de no imponer la obligación a los notarios es el aumento de inexactitudes registrales, tornando inseguro el registro,<sup>95</sup> etc.

En esta línea de pensamiento, las Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) declararon que: "es obligación del escribano entregar el título debidamente inscripto ante el registro y organismo respectivo, respondiendo en caso de omisión o inscripción tardía".

c) En opinión de Moisset de Espanés la obligación de inscribir no es de resultado, sino de medios; consecuentemente, el escribano se libera si prueba que presentó el título pero se perdió (o traspapeló) dentro del registro.<sup>96</sup> Para otros autores, en cambio, se trata de una prestación compleja de resultado,<sup>97</sup> razón por la cual, probado el incumplimiento, el factor subjetivo de imputación se descarta e incumbe al deudor la prueba del caso fortuito.

En mi criterio, no hay una verdadera obligación "de inscribir", pues la inscripción, en sí misma, no está a cargo del notario sino de los funciona-

95. Voto del Dr. Alterini, Cám. Nac. Civ., Sala C, 05-11-1978, "Quiroga c/ Viale", ED 71-399 y LL 1977-B-174. En el caso, se omitió inscribir la escritura hipotecaria y, consecuentemente, el derecho real de garantía no pudo oponerse en la quiebra posterior del deudor.

96. MOISSET DE ESPANÉS, L., "La obligación de inscribir y la función notarial", en *Revista Tribunales*, año II nro. 4, 1988, p. 88; conf. ACQUARONE, M., "Escribanos: carácter de la obligación de reparar", LL boletín del 08-04-1997, comentario al fallo nro. 95.644 de la Cám. Nac. Civ., Sala A, 11-03-1996, que a diferencia de la autora que lo comenta se enroja en la tesis de que se trata de una obligación de resultado.

97. TRIGO REPRESAS, F. A., "Responsabilidad notarial por omisión de los procedimientos inscriptorios de actos que requieren publicidad", JA 1982-IV-46.

rios del registro; el contenido de la obligación notarial es presentar los títulos para su inscripción y realizar las diligencias para salvar los obstáculos que pueda oponer el registro.

De allí que, la obligación de presentar los títulos es de resultado; la de salvar los obstáculos, en cambio, es de medios.

Confirma este criterio una sentencia que resolvió que si la falta de inscripción permitió que tres de los condóminos volviesen a vender el inmueble enajenado, es insuficiente para eximir al notario que la escritura dijese que "previo a la inscripción la compradora debe pagar los impuestos que recaen sobre el inmueble"; si este tipo de cláusulas fuesen suficientes para liberar al escribano, terminarían por ser incorporadas como cláusulas de estilo.<sup>98</sup>

d) El notario está obligado a hacer conocer a las partes las dificultades u obstáculos que el proceso inscriptorio haya tenido con el fin de que se intenten los recursos pertinentes.<sup>99</sup>

e) El hecho de la privación del protocolo no seguido de suspensión o inhabilitación, no constituye un caso de fuerza mayor por lo que no es causal para liberar al escribano por la no inscripción de las escrituras otorgadas por él con anterioridad a la medida sancionatoria administrativa.<sup>100</sup>

#### **IV.E. Causalidad**

El notario solo debe reparar los daños que tienen relación causal adecuada con su conducta. Por eso, no responde si se canceló erróneamente una hipoteca (desde que el compareciente al acto no era el acreedor hipotecario), pero esa conducta no fue la que produjo el daño al acreedor, pues cuando se inició la demanda para cobrar el crédito, este ya estaba prescripto;<sup>101</sup> si el escribano omitió inscribir la hipoteca, pero el gravamen

98. Cám. 2da. Apel. de Paraná, 02-04-1993, "Martín c/ Battauz", ED 161-389, con nota de CIFUENTES, S., "El incumplimiento del escribano del deber de inscribir la escritura de compra en el registro de la propiedad".

99. MOISSET DE ESPANÉS, L., ob. cit., p. 88.

100. Cám. Apel. de Junín, 20-05-1932, "Salerno c/ Dicundo", JA 1932-IV-35.

101. Cám. Nac. Civ., Sala A, 16-11-1995, "Filgueira c/ Figueroa y otro", LL 1996-B-55, con nota de GIRALT FONT, J., "Responsabilidad del escribano titular por la actuación de su adscripto".

era en segundo grado y el primero consumía el valor total de lo obtenido en la subasta, etc.

## IV.F. Eximentes de responsabilidad

### *IV.F.1. El dolo de la víctima*

La Casación francesa confirmó la decisión de una Corte de Apelaciones que rechazó la demanda de daños y perjuicios interpuesta por un adquirente contra el abogado y el notario, pues aunque uno y otro incurrieron en una culpa profesional al no advertirle sobre los riesgos de la nulidad del contrato, el comprador intervino fraudulentamente en la venta de un inmueble, no obstante saber que allí tenía la residencia familiar, la esposa y los hijos incapaces del vendedor, que falleció dos o tres días después.<sup>102</sup>

### *IV.F.2. Culpa de la víctima*

A lo largo de estas líneas he citado muchos supuestos en que los tribunales han rechazado las demandas o reducido sus montos fundados en una culpa exclusiva y notoria de los pretensores.

## V. EL DEBER DE LOS JUECES DE REPARAR EL DAÑO CAUSADO

### V.A. Ideas preliminares

Carnelutti decía hace más de treinta años: "El peligro del error judicial es como una gran nube que obscurece el cielo del Derecho procesal".<sup>103</sup>

A los seres humanos nos gustan los cielos claros; por eso, la idea de que puedan proceder demandas contra los jueces (o el Estado) con fundamento en el error judicial, perturba los espíritus más serenos.

102. Cass. Civ. 1ra., 16-06-1992, "Sté Cangrand Immobilier", *Recueil Dalloz Sirey*, nro. 24, París, Dalloz, 1993, p. 213, con nota de AUBERT, J. L., "Fautes desproportionnées et recours entre coauteurs".

103. Citado por VANNI, R., *Nuovi Profili dalla Riparazione dell'Errore Giudiziario*, Padua, CEDAM, 1992, p. 86.

El tema es extremadamente complejo y "presupone elecciones de fondo y de debate en numerosas direcciones".<sup>104</sup> Estos caracteres justifican la existencia de una profusa bibliografía europea sobre la materia.<sup>105</sup>

104. SCOTTI, L., *La Responsabilità Civile dei Magistrati*, Milán, Giuffrè, 1988, p. 2.

105. La cuestión de la responsabilidad civil del magistrado ha sido profusamente estudiada en Italia, país donde tampoco faltan excelentes monografías sobre la responsabilidad disciplinaria (vid. MELE, V., *La Responsabilità Disciplinare dei Magistrati*, Milán, Giuffrè, 1987). Para la doctrina anterior al referéndum de noviembre de 1987, "I referendum: indipendenza e responsabilità del magistrato", FORTUNA, E. y PADOAN, A (dirs.), *Atti del Convegno Nazionale Promosso dall'Associazione Nazionale Magistrati, Sezione del Veneto e dalla Giunta Regionale del Veneto, Venezia, 05-07-1986*, Padua, CEDAM, 1987, p. 227; CAPPELLETTI, M. (AMARAL, S. (trad.)), *La Responsabilidad de los Jueces* (el título original de la obra es *Who watches the Watchmen?*), La Plata, Jus, 1988; COMOGGIO, L. P., "Direzione del processo e responsabilità del giudice", en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXXII, Padua, CEDAM, 1977, p. 14; CHIOMENTI, F., "Il XVI Congresso della Associazione Nazionale Magistrati (Riflessioni su potere e responsabilità dei giudici)", en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, año LXXIV, Padua, Piccin Nuova Libreria, 1976, p. 169; DE VITA, A., "A mali estremi, prudenti rimedi: la responsabilità del giudice nel diritto francese tra l'eredità del passato e le soluzioni del regime moderno", en *Quadrimestre*, nro. 3, Milán, Giuffrè, 1985, p. 394; FERRI, G. B., "Responsabilità del giudice e garanzie del cittadino", en *Quadrimestre*, nro. 3, Milán, Giuffrè, 1985, p. 355; MARTINO, R. y ROSSI, R., "Giurisdizione e responsabilità (cronaca di un convegno)", en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XLII, Padua, CEDAM, 1987, p. 960; PELLEGRINO, G., *La prassi dei tribunali fallimentari e la responsabilità civile del magistrato*, en *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, año LXII nro. 6, Padua, CEDAM, 1987, p. 685; PELLEGRINO, G., "L'audienza fallimentare e la responsabilità del giudice", en *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, año LXII nro. 2/3, Padua, CEDAM, 1987, p. 342; PIZZORUSSO, A., "La responsabilità del giudice", en *Quadrimestre*, nro. 3, Milán, Giuffrè, 1985, p. 385; SCARPELLI, U., "Le porte della stalla", en *Quadrimestre*, nro. 3, Milán, Giuffrè, 1985, p. 378; TRIMARCHI, P., "La responsabilità del giudice", en *Quadrimestre*, nro. 3, Milán, Giuffrè, 1985, p. 366; VIGORITI, V., "Il problema della responsabilità del giudice tra modelli di Common Law e modelli continentali", en *Quadrimestre*, nro. 3, Milán, Giuffrè, 1985, p. 435; WALTER, G., "La responsabilità del giudice nel diritto tedesco", en *Quadrimestre*, nro. 3, Milán, Giuffrè, 1985, p. 441; GIULIANI, A. y PICARDI, N., *La Responsabilità del Giudice*, Milán, Giuffrè, 1987. Para la doctrina posterior a la ley 117 del 13-04-1988, fundamentalmente, vid. obra colectiva PICARDI, N. y VACCARELLA, R. (dirs.), *La Responsabilità Civile e dello Stato Giudice. Commentario alla Legge 13-IV-1988 nro. 117*, Padua, CEDAM, 1990; AMATO, C., "Osservazioni sulla responsabilità civile del pubblico ministero", en *Responsabilità Civile e Provvidenza*, vol. LVII nro. 6, Milán, Giuffrè, 1992, p. 745 (la autora comenta un fallo de la Casación Italiana del 8-V-1992 que, sin embargo, no aplicó la ley de 1988 pues los hechos juzgados –cautelar trabada a pedido del Ministerio Público en un juicio penal contra Carlos Ponti sobre inmuebles de una sociedad que tenía una personalidad diferente,

Algunos plantean el tema como el gran dilema entre garantías procesales y responsabilidad del juez:<sup>106</sup> ¿Se quieren garantías procesales? No hay responsabilidad del juez. ¿Se prioriza el derecho de las víctimas a ser reparadas? El juez debe responder. En mi opinión, la cuestión no debe ser planteada en términos tan absolutos. A lo largo de estas líneas explicaré por qué.

## **V.B. Sistemas con pautas muy laxas, pueden enumerarse dos sistemas extremos**

### *V.B.1. De la inmunidad, o negatorio de la responsabilidad*

Se encuentra, principalmente, en los países del *common law*.<sup>107</sup> El caso más paradigmático de este siglo es, quizás, "Stump c/ Sparkman", de 1978, que rechazó la demanda deducida contra un juez que había ordenado la esterilización de una menor de 15 años, con problemas mentales, omitien-

---

sin haber corrido "el velo de la personalidad"—, habían sucedido en 1981). *Cfr.* también, VISINTINI, G., "La responsabilità civile dei magistrati", en *Contratto e Impresa*, nro. 2, Padua, CEDAM, 1990, p. 1421; SCOTTI, L., *ob. cit.*

106. AGOSTINO, V., "La responsabilità del giudice. Le ragioni di una battaglia", en *Garantie Processuali o Responsabilità del Giudice, a Cura di V. Ferrari*, Milán, Franco Angeli, 1931.

107. En EE. UU. hay tendencia a aplicar la tesis de la inmunidad judicial a los árbitros (vid. METTLER, A., "Inmunidad versus responsabilidad en el proceso arbitral", en *RDCO*, año 25, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 355). En Inglaterra, la regla de la inmunidad se ha extendido, como he explicado, a los *barristers*. Uno de los casos reiteradamente citados por la doctrina es el del 20-10-1966, en que un tribunal de apelaciones de Inglaterra rechazó la demanda interpuesta por una persona contra su abogado, a quien acusaba de que, por haberlo defendido mal (no interrogó a los testigos de debida forma) no pudo probar que había actuado en defensa propia cuando en realidad así había sido y fue condenado a pena de prisión. El tribunal sostuvo la tesis de la inmunidad fundado en que: a) solo con esta teoría el abogado puede cumplir su misión sin temor y con independencia, impidiendo que sus actos sean perturbados por acciones vejatorias; b) el abogado es un elemento de la administración de justicia, al igual que el juez; c) hacer lugar a la demanda implicaría un nuevo juicio del asunto planteado inicialmente; no hay que autorizar el espectáculo montado por alguien declarado culpable, que pretenda ser resarcido de un daño, con la afirmación de ser inocente (caso citado por RODRÍGUEZ AGUILERA, C., *La Realidad y el Derecho*, Barcelona, Bosch, 1974, p. 161, nro. 29.) *Cfr.* igualmente, JACKSON, R. y POWELL (eds.), J., *Professional Negligence*, Londres, Sweet & Maxwell, 1992, p. 431, nros. 5/07 y ss.; WEIR, T., *A Casebook on Tort*, 8va. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1996, p. 15; MARKESINIS, B. y DEAKIN, S. *Tort Law*, 3ra. ed., Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 139.

do las más elementales garantías procesales (designación de un curador, audiencia de la parte, etc.).<sup>108</sup>

Esta posición se funda en los siguientes argumentos:

- La inmunidad favorece la independencia del juez, quien de este modo puede actuar libre del temor a equivocarse.
- Normalmente, faltará la antijuridicidad, primer presupuesto de la responsabilidad; en efecto, “el derecho es lo que los jueces dicen que es”, por lo que el juez siempre actuará conforme a derecho.
- El error judicial es inevitable. De no ser los magistrados inmunes a sus errores, solo siendo mendigo o tonto, se aceptaría ser juez.<sup>109</sup>
- Los que acuden a la Justicia asumen el riesgo del posible error, desde que los jueces son hombres y, consecuentemente, la Justicia es falible.
- Normalmente será extremadamente difícil atribuir eficacia causal a la conducta del juez, porque los pleitos se ganan o se pierden, fundamentalmente, por el modo como las partes han planteado las cuestiones.
- Lo justo es que responda quien organizó el servicio, es decir, el Estado. La acción enfrenta un valladar insuperable: la cosa juzgada. Decir que el juez se equivocó implica destruir toda posibilidad de seguridad jurídica; el juicio contra el juez se convierte en una instancia no prevista por los ordenamientos procesales para dejar sin efecto un pronunciamiento que ha devenido firme.

### *V.B.2. Réplica a la tesis de la inmunidad*

El argumento de la independencia prueba demasiado, pues lleva de la mano a sostener la irresponsabilidad de todos los profesionales que afrontan cuestiones técnicas de especial dificultad; un médico, por ejemplo, puede afirmar que el temor a la responsabilidad lo presiona de modo similar a una espada de Damocles que le impide ejercer libremente su profesión.

108. Citado por TAWIL, G. S., *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 179, nota 585.

109. “Miller c/ Hope”, citado por TAWIL, G. S., ob. cit., p. 176.

Como bien ha dicho el Tribunal Supremo de España, "la situación de los jueces no tiene por qué merecer una sola perspectiva o un solo punto de vista. Los jueces se encuentran arropados jurisdiccionalmente por el manto de la independencia que nada tiene que ver con la dependencia que a los mismos atañe como consecuencia de su carácter de funcionarios".<sup>110</sup>

Aunque se acepte el principio según el cual "el derecho es lo que los jueces dicen que es", la juridicidad de la conducta del juez desaparecería cuando su decisión es revocada.

La afirmación de la inevitabilidad del error lleva a asimilarlo a un verdadero caso fortuito, conclusión que la lógica rechaza.

Sostener que los litigantes han asumido el riesgo implica tener un concepto desdeñable de la Justicia, reducida a un mero servicio, sin justificación ética frente a la sociedad.

Es verdad que los daños causados pueden obedecer a diferentes causas, pero es función del jurista desentrañar las diferentes concausas y establecer su incidencia en el resultado final.<sup>111</sup>

La responsabilidad del Estado no debe excluir la del juez si se han detectado conductas individuales que, de acuerdo con las circunstancias del caso, merecen ser reparadas por quien las ha causado. Si la víctima debe tener frente a sí a dos responsables, o si solo responde el Estado sin perjuicio de la acción recursoria, es un problema de estricta política legislativa. En muchos supuestos, la acción requiere la eliminación de la cosa juzgada: pero a este efecto se llega a través de los medios procesales creados para ello (recurso de revisión; acción para atacar la cosa juzgada fraudulenta, etc.).

110. Trib. Sup. España, 11-03-1996, en *Revista General de Derecho*, año LII nro. 624, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1996, p. 10012. En la Argentina, el carácter de funcionario público del juez está expresamente reconocido en la nota al art. 1112 del Cód. Civ. de Vélez.

111. Por eso, en materia de responsabilidad del Estado, hay coincidencia en que debe distinguirse según los actos judiciales dañosos se hayan producido en un proceso predominantemente inquisitivo o predominantemente dispositivo. En este último, la responsabilidad del Estado (y *a fortiori* la del juez) está muy atenuada, pues el Estado actúa como tercero que dirige una contienda patrimonial entre partes, siendo estas quienes llevan el control del proceso a través del ejercicio de sus respectivas acciones y excepciones, en tanto que en el primero, el control está a cargo del Estado y no del imputado (conf. Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala I, 12-11-1976, "Casanova c/ Gobierno Nacional", ED 71-329).

## **V.C. Breves datos históricos de los sistemas reseñados y grandes líneas en el derecho comparado**

a) El tema en discusión, sistemáticamente expuesto, se remonta al Cód. Proc. Civ. francés de 1806; los arts. 515 y 516 regulaban la llamada *prise á partie*; conforme a esta figura, el juez respondía solo en casos de dolo; se excluía cualquier responsabilidad culposa del juez, por grave y grosera que fuese la negligencia.<sup>112</sup>

b) La solución fue seguida, casi al pie de la letra por el Cód. Proc. Civ. italiano de 1865, según el cual el magistrado respondía en casos de:

- dolo, fraude o concusión;
- denegación de justicia, entendiendo que esta existía si transcurrían dos meses sin que el juez proveyera algún asunto del proceso, después de haberle instado dos veces a hacerlo.<sup>113</sup>

Otras limitaciones a la demanda eran:

- la competencia por razón de la materia pertenecía al juez inmediato superior al juez demandado;
- se exigía una autorización para proceder, un filtro preventivo consistente en que el mismo tribunal competente debía autorizar o rechazar la demanda, tras una deliberación secreta y sin oír a las partes.

El sistema nunca tuvo aplicación práctica; Mortara decía: "es necesario rendir tributo a la verdad y admitir que esta institución es la más inútil e ilusoria de las contenidas en el Código".

112. *Cfr.* Díez PICAZO, L., *Poder Judicial y Responsabilidad*, Madrid, La Ley, 1990, pp. 185 y ss.

113. El problema de la lentitud de la Justicia es un mal que ataca todos los sistemas en todas las épocas; basta recordar el famoso monólogo de Hamlet. Los jueces debiéramos tener presente en todo momento el apremio camelottiano: "*Sbaglia, madecidi*" (citado por FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Presunción de inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de las sentencias", en *Segundas Jornadas de Derecho Judicial. Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985, p. 308).

Posteriormente, el llamado "Cód. Rocco" (1930) autorizó una indemnización a cargo del Estado, de carácter asistencial y no reparatorio, si se cumplían estos recaudos:

- 1) un error judicial nacido de una sentencia condenatoria firme, que había sido dejada sin efecto en virtud de un juicio de revisión;
- 2) privación de libertad de, al menos, tres meses.

El damnificado no tenía un verdadero derecho subjetivo a la reparación; simplemente, el Estado se auto-imponía el deber de socorrer a aquellas personas (y sus familias) que hubiesen quedado en un especial estado de pobreza, como consecuencia de una condena más tarde revisada.<sup>114</sup>

Esta solución parcial debió cambiar con la sanción de la nueva Constitución italiana, cuyo art. 24, última frase dispone: "La ley determina las condiciones y modos para la reparación de los errores judiciales".

Por su parte, el art. 28 del mismo cuerpo legal dice: "Los funcionarios y los dependientes del Estado y de los entes públicos son directamente responsables según la ley penal, civil y administrativa, de los actos realizados en violación del Derecho. En tales casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos".

En cumplimiento de estas disposiciones, se modificaron los códigos de procedimientos (penal y civil) que establecieron un verdadero derecho a ser indemnizado, aunque con importantes restricciones. En cuanto al ordenamiento procesal civil, el art. 55 decía: "El juez es civilmente responsable solo:

- 1) Cuando en el ejercicio de sus funciones se le imputa dolo, fraude o concusión;
- 2) Cuando sin justo motivo rehúsa, omite o retrasa proveer sobre demandas o peticiones de las partes, o, en general, de realizar un acto de su ministerio".

114. Para la evolución del tema en el derecho italiano, VANNI, R., *Nuovi Profili della Riparazione dell'Errore Giudiziario*, Padua, CEDAM, 1992, pp. 1 y ss.; CIRILLO, G. P. y SORRENTINO, F., *La Responsabilità del Giudice*, Nápoles, Jovene, 1988, pp. 5 y ss.

El art. 56 establecía un sistema de autorización previa del Ministerio de Justicia y luego la designación del juez competente por la Corte de Casación. En función de todos estos requisitos, Capelletti decía que para demandar al juez (y también al Ministerio Público) este Cód. exigía "ir dos veces a Roma" (para que el ministro diera la autorización y luego para que la Casación designara el juez); estas normas resultaban de dudosa constitucionalidad frente al art. 28 ya transcripto.<sup>115</sup>

Por eso, tres disposiciones del Cód.de Procedimientos (los arts. 55, 56 y 74) fueron sometidas a un referéndum abrogatorio; la intención era que la responsabilidad de los jueces se rigiera por la de los funcionarios públicos en general.

La Corte Constitucional declaró constitucional la convocatoria al referéndum.<sup>116</sup> La pregunta era: ¿quiere la abrogación de los arts. 55, 56 y 74 del Cód. de Procedimiento Civ. aprobado por decreto del 28 de octubre 1940, 1443? La respuesta fue "sí".

El referéndum generó una polémica altamente politizada desde que, lo que realmente se ventilaba, era el papel de la magistratura italiana; ciertos grupos políticos tenían –y tienen– desconfianza en una magistratura que devino "demasiado independiente".<sup>117</sup>

Como resultado de ese referéndum, el 13 de abril de 1988 se sancionó la ley 117 referida al "resarcimiento de los daños causados en el ejercicio de la función judicial y a la responsabilidad civil del magistrado", considerada reglamentaria del art. 24 de la Constitución.<sup>118</sup>

115. Citado por Díez Picazo, L., ob. cit., p. 204.

116. Sentencia nro. 26 del 16-01-1987; el tribunal fue presidido por Antonio La Pergola (transcripta en "I referendum: indipendenza e responsabilità del magistrato", FORTUNA, E. y PADOAN, A (dirs.), *Atti del Convegno Nazionale Promosso dall'Associazione Nazionale Magistrati, Sezione del Veneto e dalla Giunta Regionale del Veneto, Venezia, 05-07-1986*, Padua, CEDAM, 1987, p. 227).

117. Díez Picazo, L., ob. cit., p. 183, nota 4.

118. Antes de la sanción de la ley, la Corte Constitucional había resuelto, el 14-03-1968, en "Fazio c/ Min. di Grazia e Giustizia", que los arts. 55 a 74 del Cód. de Procedimiento Civ. que limitaban la responsabilidad del juez y del Ministerio Público solo a los casos de dolo, fraude y concusión e injustificada omisión o retardo, no excluían la extensión de la responsabilidad civil al Estado en los mismos casos (*Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIV, Padua, CEDAM, 1969, p. 123, con nota de SEGRÉ, T., "Responsabilità per denegata giustizia e rapporto processuale"). O sea, la Corte dijo que el art. 28 de la Constitución italiana también se aplica cuando el funcionario público es un magistrado.

La ley "nació de una profunda tensión y de un sufrido camino parlamentario".<sup>119</sup> Según el nuevo ordenamiento "quien ha sufrido un daño injusto por efecto de un comportamiento, un acto o un proceso judicial, desarrollado por el magistrado con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones o por denegación de justicia puede demandar al Estado para obtener el resarcimiento de los daños patrimoniales y también de los no patrimoniales que deriven de la privación de la libertad personal" (art. 2).

Para algunos, la ley violó la voluntad popular porque:

- Impide al particular interponer demanda contra los jueces, salvo el caso del delito criminal;<sup>120</sup> en efecto, la víctima tiene acción contra el Estado; no hay acción directa contra el juez, quien solo puede ser demandado por el Estado mediante una acción recurSORIA (*azione di rivalsa*), salvo que haya cometido un delito en el ejercicio de sus funciones, en cuyo caso, la víctima tiene acción contra el Estado y el magistrado (art. 13); aún más, según el criterio de la Corte de Casación la acción directa contra el juez requiere que el delito penal haya sido previamente declarado.<sup>121</sup> Aclaro que el magistrado cuyo comportamiento, acto o resolución causa el juicio, aunque no puede ser llamado a la causa, puede intervenir, a su propia iniciativa, en cualquier fase o grado. El articulado también dispone que la decisión pronunciada en el juicio promovido contra el Estado no hace cosa juzgada en el de repetición si el magistrado no intervino voluntariamente en el juicio.
- No extendió verdaderamente la responsabilidad, permaneciendo "arrinconados" los escasos supuestos en que procede.
- Consagró, de modo demasiado absoluto, la llamada "fórmula de salvaguardia" (art. 2.2) según la cual "no puede dar lugar a responsabilidad, la actividad de interpretación de las normas de derecho ni la actividad de evaluación de los hechos y de la prueba".

119. SCOTTI, L., ob. cit., p. 3.

120. NACCI, P. G., *La Responsabilità Risarcitoria del Magistrato Prima e Dopo la Riforma: Problema di Costituzionalità*, Studi in Onori di Vittorio Ottaviano, Vol. II, Milán, Giuffrè, 1993, p. 1370.

121. Cass. Civ., Sez. I, 19-08-1995, en *Danno e Responsabilità*, nro. 2, Assago, Wolters Kluwer Italia, 1996, p. 257. El tribunal declara válido este filtro, como lo hizo antes la Corte Constitucional al declarar la validez de los antiguos filtros.

Se advierte, sin embargo, que en el curso del debate parlamentario se registró acuerdo prácticamente unánime sobre esta cláusula.<sup>122</sup>

- Impuso nuevas barreras a la responsabilidad. Así por ejemplo, previó un proceso de procedibilidad aún para la acción contra el Estado: el tribunal, escuchadas las partes, delibera en la Cámara del Consejo sobre la admisibilidad de la demanda... Si la declara admisible, dispone la prosecución del proceso ante la Corte de Apelación o la Corte de Casación (art. 5); además, la demanda debe ser interpuesta, bajo sanción de caducidad, dentro de los dos años desde el momento en que la acción era ejercible (art. 4.2).

Cualquiera sean las críticas, lo cierto es que la Corte Constitucional de Italia resolvió, mediante sentencia del 19 de enero 1989 que el art. 2.1 de la ley 117, en cuanto exige dolo o culpa grave, no viola el art. 28 de la Constitución; los límites se fundan en la tutela a la independencia y a la imparcialidad del juez, y "la irresponsabilidad no se traduce en la deformación de los deberes fundamentales ni en la violación inexcusable de la ley o la ignorancia inexcusable de los hechos de la causa".<sup>123</sup> En cambio, el prestigioso tribunal declaró inconstitucional cierta parte del procedimiento establecido por la ley.<sup>124</sup>

c) La ley orgánica 6/1985 del Poder Judicial de España establece que los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando en el desempeño de sus funciones incurrieren en dolo o culpa; están legitimados para demandar los perjudicados o sus causahabientes.<sup>125</sup>

La doctrina discute si está o no vigente la Ley de Enjuiciamiento española, cuyo art. 903 exige para la procedencia de la acción, negligencia o ignorancia inexcusable; para algunos, la respuesta es negativa; consecuentemente, no se requiere que la culpa sea inexcusable; el Supremo Tribunal,

122. SCOTTI, L., ob. cit., 1988, p. 103.

123. Citado y transcripto por VISINTINI, G., "La responsabilità civile dei magistrati", en *Contratto e Impresa*, nro. 2, Padua, CEDAM, 1990, p. 441.

124. CIRILLO, G. P. y SORRENTINO, F., ob. cit., p. 5.

125. ESCUSOL BARRA, E., *Estudio sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial. Responsabilidad en la Función Judicial: Jueces, Tribunales y Estado. Posición del Ministerio Fiscal*, Madrid, Colex, 1989, p. 203.

en cambio, combina ambas normas y exige "dolo o negligencia o ignorancia inexcusables".<sup>126</sup>

La acción debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a que la sentencia se encuentre firme (art. 905, LEC). Estos inconvenientes interpretativos y otros<sup>127</sup> hacen que en los hechos, la acción personal contra el magistrado sea difícil y los dañados solo demanden al Estado.

d) En Alemania, el art. 34 de la Ley Fundamental (G.G.) dice: "Si alguno, en el ejercicio de una función pública a él confiada, comete una violación de un deber de su oficio en relación a un tercero, es responsable primariamente el Estado o el ente público a cuyo servicio se encuentra".

En el caso de dolo o culpa grave, es procedente el regreso. Para el resarcimiento del daño y para la acción de regreso no puede ser excluida la competencia del juez ordinario. Por su parte, el art. 839 del BGB dispone:

"(1) Si un funcionario público comete, con dolo o con culpa, una violación de un deber de su oficio en relación a un tercero, debe resarcir el daño así causado. Si el funcionario público ha actuado solo con culpa, es responsable solo si el damnificado no puede obtener el resarcimiento de otro modo;

(2) Si el funcionario público viola su deber al pronunciar una sentencia, responde del daño solo si configura un delito. Esta disposición no se aplica a la omisión o al retardo en el cumplimiento de los deberes de su oficio;

(3) El resarcimiento no se debe si el damnificado ha omitido, con dolo o con culpa, evitar el daño mediante una vía de impugnación".

Además de estas disposiciones, una ley del 8 de marzo de 1971 sobre indemnización por medidas de persecución penal (StrEG), modificada por leyes del 2 de marzo de 1974, 9 de diciembre de 1974 y 27 de enero de 1987, prevé, entre otras indemnizaciones, la que repara el haber estado en prisión provisional, si luego se decretó la absolución, el sobreseimiento o la denegación de la apertura del juicio oral.<sup>128</sup>

126. HERNÁNDEZ MARTÍN, V., *El Error Judicial*, Madrid, Civitas, 1994, p. 65.

127. MARTÍN GRANIZO FERNÁNDEZ, M., "Reflexiones sobre la responsabilidad de jueces y magistrados", en *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, pp. 1187 y ss.

128. Vid. estos datos en MONTERO AROCA, J., *Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la Actuación del Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 88.

## **V.D. Naturaleza de la responsabilidad**

La responsabilidad del magistrado es siempre extracontractual desde que no existen vínculos contractuales entre el magistrado y los litigantes y mucho menos con los terceros.<sup>129</sup>

## **V.E. Presupuestos de la responsabilidad**

### *V.E.1. La gran barrera: la cosa juzgada; comienzo del cómputo de la prescripción*

La responsabilidad en cuestión solo es viable si el acto jurisdiccional que origina el daño es declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento, el carácter de verdad legal que ostenta la decisión impide juzgar, en tanto se mantenga, que hay error.<sup>130</sup>

En suma, no es posible calificar como ilegítimo en un juicio civil por responsabilidad contra el juez lo que se ha tenido por válido y legal en otro juicio.<sup>131</sup>

Por eso, en tanto se mantenga la inmutabilidad de la cosa juzgada, no es posible admitir la acción indemnizatoria, la cual solo será viable implantándose el procedimiento previo de la revisión de la sentencia para comprobar su error manifiesto.<sup>132</sup>

Bien se ha expresado: "Si para obtener el resarcimiento de eventuales daños derivados de un pronunciamiento judicial firme por hallarse consentido, confirmado, ser irrecurrible o no haber sido atacado por los limitados medios que autorizan su revisión pudiesen otros jueces valorar nuevamente

129. TAWIL, G. S., ob. cit., p. 166.

130. CSJN, 14-06-1988, "Vignoni c/ Estado Nacional", Fallos 311:1008, LL 1988-E-225, ED 129-521; conf. CSJN, 19-10-1995, "Balda c/ Pcia. de Bs. As.", Doc. Jud. 1996-1-993, JA 1996-III-155 y LL 1996-B-311, con nota aprobatoria de BUSTAMANTE ALSINA, J., "Responsabilidad del Estado por error judicial"; voto mayoritario de la Cám. Apel. Civ. y Com. de Junín, 12-08-1993, en *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4 nro. 1, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1994. p. 29, ED 154-543 y JA 1994-I-297.

131. Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala 1, 21-10-1993, "Volpato y otros c/ Min. del Interior", JA 1994-III-109, LL 1994-C-553, ED 157-255, con nota laudatoria de BIDART CAMPOS, G., "¿Error judicial indemnizable, o qué?".

132. Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala 1, 12-11-1976, "Casanova c/ Gobierno Nacional", ED 71-329.

las circunstancias de la causa para determinar si hubo error en la anteriormente tramitada no se verían estos últimos exentos de la posibilidad de cometer un nuevo error.

Como bien ha dicho esta Corte en recordado fallo, si para escapar al peligro del error posible hubiera de concederse recurso de las decisiones de la Corte para escapar a idéntico peligro, habría que conceder recurso de las decisiones del tribunal que pudiera revocar las decisiones de la Corte y, de este a otro por igual razón, estableciendo una serie que jamás terminaría porque jamás podría hallarse un tribunal en que no fuera posible el error.

Habría que establecer por consiguiente, la eterna incertidumbre del derecho con la impotencia de los poderes sociales para poner fin a los pleitos; y por temor de un peligro posible se caería en un peligro cierto y sin duda alguna más grave, de una permanente anarquía (Fallos 12:134)".<sup>133</sup>

Es también el criterio del Supremo Tribunal de España que resuelve: "en las demandas de declaración de error judicial no puede desconocerse la santidad de la cosa juzgada, intentando reproducir las cuestiones ya debatidas y resueltas".<sup>134</sup>

Esta posición tiene importantes consecuencias en materia de prescripción. En efecto, si la acción no nace mientras no haya caído la decisión errónea, si se trata de daños y perjuicios reclamados por la prisión preventiva, el plazo no comienza a correr sino a partir del dictado de la absolución;<sup>135</sup> por la misma razón es también acertada la decisión que resuelve que: "corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la excepción de prescripción si la remisión que efectúa a la naturaleza declarativa de la resolución recaída en un habeas corpus constituye una afirmación dogmática, pues lo cierto es que la acción para reclamar los daños y perjuicios derivados de la detención no pudo comenzar a correr

133. CSJN, 18-10-1995, "Balda c/ Pcia. de Bs. As.", Doc. Jud. 1996-1-993, JA 1996-III-155 y LL 1996-B-311, con nota aprobatoria de BUSTAMANTE ALSINA, J., "Responsabilidad del Estado por error judicial".

134. Trib. Sup. España, Sala 1, 01-03-1996, en *Revista General de Derecho*, año LIII nro. 628/629, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1997, p. 242, con nota de ATIENZA NAVARRO, M. L.

135. CSJN, 19-10-1995, "Balda, M. c/ Pcia. de Bs. As.", Doc. Jud. 1996-1-993, JA 1996-III-155 y LL 1996-B-311, con nota aprobatoria de BUSTAMANTE ALSINA, J., "Responsabilidad del Estado por error judicial".

mientras no se hizo lugar al hábeas corpus que declaró la ilegitimidad de la detención".<sup>136</sup>

El Cód. Proc. Civ. de Perú, en cambio, parece no exigir este presupuesto. En efecto, el art. 517 dispone: "La sentencia que declara fundada la demanda solo tiene efectos patrimoniales. En ningún caso afecta la validez de la resolución que produjo el agravio".

Insisto en que esta solución genera problemas insuperables, desde que es ilógico afirmar que un juez ha actuado con dolo, culpa inexcusable (incluso presumida por la ley) y, al mismo tiempo, mantener vigente una decisión que el ordenamiento consagra como lo justo para el caso concreto. La ley ha sembrado inseguridad jurídica y la acción de responsabilidad civil contra el juez se ha convertido en un recurso contra una decisión firme.

#### *V.E.2. La existencia de recursos*

El remedio legal inmediato para el perjuicio que un juez causa con sus resoluciones está en los recursos procesales que la parte agraviada puede deducir en contra de ellas.

De allí que como principio, para que quede expedita la acción, es necesario que el damnificado haya hecho uso de los recursos legales;<sup>137</sup> esta es la jurisprudencia del Supremo Tribunal de España<sup>138</sup> que, en mi opinión, en algunos casos ha llevado demasiado lejos la exigencia al entender que dentro de los recursos previstos en el ordenamiento se encuentra el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, obligando al perjudicado a agotar también esta vía absolutamente extraordinaria.<sup>139</sup>

136. CSJN, 14-06-1988, "Vignoni c/ Estado Nacional", Fallos 311:1008, LL 1988-E-225, ED 129-521.

137. Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala 1, 12-11-1976, "Casanova c/ Gobierno Nacional", ED 71-329; conf. voto mayoritario Cám. Apel. Civ. y Com. de Junín, 12-08-1993, en *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año 4 nro. 1, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1994, p. 29, JA 1994-I-297 y ED 154-543, con nota de BIDART CAMPOS, G., "Responsabilidad del Estado por la sustanciación de los procesos penales (error judicial y privación de libertad)".

138. Trib. Sup. España, Sala 1, 01-03-1996, en *Revista General de Derecho*, año LIII nro. 628/629, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1997, p. 242, con nota de ATIENZA NAVARRO, M. L.

139. RIFA SOLER, J., "Responsabilidad patrimonial del Estado por el anormal funcionamien-

La solución española se funda en el art. 906 de la Ley de Enjuiciamiento que dice: "No podrá entablar el juicio de responsabilidad civil el que no haya utilizado a su tiempo los recursos legales contra la sentencia, auto o providencia en que se suponga causado el agravio, o no hubiere reclamado oportunamente durante el juicio, pudiendo hacerlo".

La finalidad del requisito es evidente: "Dado que el ordenamiento establece un sistema de impugnaciones de las resoluciones judiciales, es lógico que se imponga a quien se considere perjudicado, la obligación de intentar que se evite el daño mediante los procedimientos normales previstos al efecto. La falibilidad es inherente a toda empresa humana y, con mayor motivo, a algo tan complejo como administrar justicia".<sup>140</sup> Por eso, no cabe una interpretación rigurosa del artículo; lo que se requiere es la diligencia procesal, en el sentido de haber intentado evitar el daño durante el proceso; consecuentemente, no se exige interponer recursos que se sabe no serán procedentes o que dilatarán aún más el proceso.<sup>141</sup>

Aún más, a veces, las continuas peticiones de libertad provisional, unidas a otras (recusación de jueces, traslado de actuaciones, etc.) son las que provocan las dilaciones indebidas del proceso, configurando, ellas mismas, una eximente de la responsabilidad estatal. Es lo que resolvió el T.E.D.H. en el caso "Ringeisen".<sup>142</sup>

En la Argentina, también hay cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial en el sentido que, como regla, la acción es improcedente, si no se han agotado los recursos contra la decisión errónea.<sup>143</sup>

En estos casos, la causa adecuada del daño se encuentra en la culpa de la víctima. En igual sentido, el art. 513 del Cód. Proc. Civ. de Perú de 1993

to de la administración de justicia y por error judicial", en *Revista General de Derecho*, año LII nro. 613/614, Valencia, Augusto Vicente y Almela, 1995, p. 11239.

140. Díez PICAZO, L., ob. cit., p. 70. El recaudo ha sido exigido en la jurisprudencia nacional para otros supuestos de responsabilidad estatal por actos judiciales (Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala 1, 03-03-1992, "Pizzolato c/ Gobierno Nacional", JA 1992-III-297. Se reclamaban daños y perjuicios provenientes de una declaración quiebra fraudulenta); también para la responsabilidad por prisión preventiva y absolución ulterior (Cám. Nac. Cont. Adm., Sala 3, 11-08-1992, "Ferrán y otros c/ Estado Nacional", LL 1993-A-484).

141. *Cfr.* Díez PICAZO, L., ob. cit., p. 71.

142. Citado por Díez PICAZO, L., ob. cit., p. 109.

143. TSJ Córdoba, "Ramaciotti c/ R. V. de M.", resumen en *Foro de Córdoba*, año III nro. 13, Córdoba, Advocatus, 1992, p. 127.

dispone: "La demanda solo puede interponerse luego de agotados los medios impugnatorios previstos en la ley contra la resolución que causa daño".

*V.E.3. Revocación de la decisión errónea. Presupuesto necesario pero no exclusivo. Factor subjetivo de atribución*

La Corte Federal argentina ha resuelto que "la mera revocación o anulación de la resolución judicial no otorga derecho a la indemnización; es menester acreditar cuál es la falta de servicio imputado a los órganos estatales, individualizando las circunstancias del caso que indican que el ejercicio ha sido irregular. Con este argumento rechazó la demanda interpuesta por una persona que, en razón de la orden judicial dictada a petición de la Aduana en un proceso de contrabando, no había podido usar la maquinaria objeto de la cautela".<sup>144</sup>

Hay casos de responsabilidad del Estado que dejarán inmune al magistrado: por ejemplo, el retraso injustificado en la resolución de los expedientes debido a la falta de medios físicos o materiales, podrá ser imputado al Estado, pero no al magistrado competente para resolver la controversia, en tanto este haya hecho conocer la imposibilidad o dificultad a las autoridades competentes para solucionar en debida forma el impedimento.<sup>145</sup>

La responsabilidad del juez, como se ha visto para el derecho italiano y español, exige culpa y esta, como reiteradamente he dicho, debe ser valuada conforme a las circunstancias, entre las cuales debe necesariamente computarse, entre otras razones, que la ley ofrece un marco de posibilidades interpretativas, que la prueba de los hechos no siempre presenta la claridad deseable y que las facultades legalmente otorgadas a los jueces no siempre son suficientes para evitar errores de todo tipo.<sup>146</sup>

El art. 509 del Cód. Proc. Civ. de Perú de 1993 dispone que el juez responde cuando causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o

144. CSJN, 13-10-1994, "Román S. A. C. c/ Estado Nacional", JA 1995-I-263 y LL 1995-B-437, con nota aprobatoria de BUSTAMANTE ALSINA, J., "La responsabilidad del Estado en el ámbito de su actividad jurisdiccional".

145. TAWIL, G. S., ob. cit., p. 199.

146. El art. 2 del Cód. Proc. Civ. de Mendoza parece exigir un plus sobre la culpa, pues prevé la responsabilidad del juez por los daños que causare por mal desempeño de sus funciones cuando se demuestre falla de probidad en el uso de sus facultades, expresión que "se acerca" a la mala fe y, por ende, al dolo.

culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca. La conducta es dolosa si el juez "incurre en falsedad o fraude o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia".

El juez incurre en culpa inexcusable cuando "comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado".

La ley peruana no se detiene en estos conceptos de gran latitud; el artículo siguiente da varios pasos adelante sobre la legislación comparada y –llamativamente– establece presunciones de dolo o culpa inexcusable cuando:

"1. La resolución contraria su propio criterio sustentado anteriormente en causa similar, salvo que motive los fundamentos del cambio.

2. Resuelve en discrepancia con la Opinión del Ministerio Público o en discordia, según sea el caso, en temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme o sobre la base de fundamentos insostenibles".

No deja de sorprender que el juez esté obligado a seguir la opinión del Ministerio Público si no quiere correr el riesgo de que se afirme que sus fundamentos para apartarse del dictamen son insostenibles. Desconozco qué experiencias judiciales vividas en el pasado pueden dar base a esta solución; lo único cierto es su gran originalidad, que como es sabido, en materia legislativa no siempre es de signo positivo. Las demandas contra los jueces han sido, hasta ahora, muy escasas en la Argentina. Incluso, en los juicios por responsabilidad del Estado por los errores judiciales, una importante tendencia jurisprudencial afirma que no corresponde citar al juez interviniente, sin perjuicio de las acciones recursorias que el Estado pueda iniciar ulteriormente.<sup>147</sup>

Cabe mencionar, como *rara avis*, una demanda iniciada contra la jueza titular del juzgado, que luego se amplió contra el Estado Nacional; en la sentencia no está claro por qué la parte dispositiva condena solo al Estado, pues todos los razonamientos de los considerandos hacen mención a la actuación arbitraria de la jueza.

En el caso, la procedencia de la demanda se funda en que la magistrada actuó caprichosa y arbitrariamente. En efecto, la condenada en costas había depositado los honorarios regulados al perito. Cuando este solicitó se librara

147. Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala I, 12-04-1933, "Duhalde c/ Gobierno Nacional", LL 1983-C-497.

cheque a su orden, la magistrada denegó varias veces su petición, sin fundamentación; en determinado momento, el perito reiteró el pedido de cheque y pidió expresamente que la decisión denegatoria se motivara; al mismo tiempo, planteó revocatoria y apelación en subsidio. En esa etapa, el tribunal, sin decir por qué, cambió de opinión y ordenó librar el cheque.

Durante todo el tiempo en que, pese a los reiterados pedidos, se negó a liberar los fondos, la moneda depositada se depreció y el tribunal negó derecho a reajuste en contra de los condenados en costas pues ellos habían depositado en término. El perito inició entonces una acción para ser resarcido de los perjuicios producidos por la actuación arbitraria del tribunal. La demanda fue acogida: "cuando sin causa alguna, ni de hecho ni de derecho, se niega la entrega de un cheque a pesar de que el deudor ha depositado el dinero, y también sin dar explicación se modifica el criterio, y la demora ha producido un daño cierto, debe indemnizárselo".<sup>148</sup>

#### *V.E.4. Otros requisitos: remoción del juez de sus funciones; juicios previos de admisibilidad*

Algunos autores exigen que previamente se remueva al juez. No comparto esta posición; hay supuestos que justifican la responsabilidad civil pero no la remoción.<sup>149</sup> La ley peruana (art. 512 del Cód. Proc. Civ.), dispone que "Antes de proveerse la demanda el Ministerio Público emite dictamen sobre la procedibilidad de ésta dentro de diez días de recibida, bajo responsabilidad".

#### *V.E.5. Plazo para interponer la demanda*

Como se ha visto, algunas leyes que regulan la responsabilidad del juez fijan plazos para promover la acción (generalmente más breve que

148. Juzg. Nac. Ira Inst. Cont. Admin. Fed. Nro. 4, 12-08-1993, "Spagnoletti c/ Estado Nacional", ED 157-565.

149. *Cfr.* ARAZI, R., "Responsabilidad de los jueces, del Estado y de los abogados", ED 160-744. El llamado "antejuicio" ha dado lugar a críticas, algunas exageradas (vid. OLARIETA ALVERDI, J. M., *Antejuicio e Impunidad Judicial: El Caso de las Sentencias Bondadosas*, Madrid, Fuenlabrada, 1991). El art. 2 del Cód. Proc. Civ. de Mendoza dispone expresamente que "los perjudicados pueden exigir el resarcimiento sin necesidad de suspensión o remoción previa del inculpado".

los que rigen para otras acciones de responsabilidad civil). En la misma línea que el derecho italiano y el español, el art. 514 del Cód. Proc. Civ. de Perú de 1993 dispone que "la demanda debe interponerse dentro de tres meses contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó el daño".

El momento inicial guarda coherencia con el sistema general de la ley, que parece no exigir la caída de la cosa juzgada. Sin embargo, como he explicado, este modo de regular genera inconvenientes casi insuperables.

### **V.F. Un supuesto particular. Las decisiones de los tribunales colegiados**

Si la resolución dictada por culpa, dolo o error inexcusable emana de un tribunal colegiado, no responde el que votó en disidencia, desde que él no causó el daño, no fue autor del acto lesivo.

En el sistema argentino no hay problemas porque la sentencia deja constancia de los votos en disidencia.

En Italia, país donde la decisión minoritaria no figura en la sentencia, la disyuntiva era: o se los hacía responsables a todos o a ninguno. La solución fue permitir que se guarde, bajo secreto, el resultado de la votación y se la haga saber cuando se presentan problemas de este tipo. De este modo, la sentencia deja constancia si ha sido dictada por unanimidad o simplemente mayoría y los nombres de los disidentes se guarda bajo reserva.

El art. 516 del Cód. Proc. Civ. de Perú de 1993 parece no distinguir; dice simplemente que "la obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el juez o jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio". Sin embargo, son aplicables las razones antes expuestas: el juez que vota en disidencia no ha causado el daño; consecuentemente, no debe responder.

## LA RESPONSABILIDAD DEL ESCRIBANO EN LA JURISPRUDENCIA DEL SIGLO XXI\*

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI\*\*

### I. PRELIMINARES. METODOLOGÍA. PUNTOS DE PARTIDA Y SUS CONSECUENCIAS

En 1998, casi al final del siglo XX, la prestigiosa revista *Lecciones y Ensayos*, publicó un artículo de mi autoría titulado “Responsabilidad del abogado, del escribano y del juez”;<sup>1</sup> el trabajo tenía origen en una conferencia pronunciada en el II Congreso Internacional de Derecho de Daños, celebrado en Lima, Perú, poco tiempo antes. Una parte de ese artículo, la referida a la responsabilidad del notario, fue publicada con el título “Breves reflexiones sobre la responsabilidad del escribano”, por otra revista universitaria, la de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba,<sup>2</sup> en un número que se dedicó a la memoria del profesor Enrique Carlos Banchio.

\* Esta obra fue escrita en el marco del aniversario N° 60 de la revista, en homenaje al artículo de la autora “Responsabilidad del abogado, del escribano y del juez”, originalmente publicado en *Lecciones y Ensayos*, N° 72, 73 y 74, 1998/1999.

\*\* Doctora en Derecho (Universidad de Mendoza). Miembro de las Academias Nacionales de Derecho de Buenos Aires y Córdoba; Académica Honoraria de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y Academia Internacional de Derecho Comparado; Ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza; Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Cuyo; Profesora honoris causa de las Universidades de Paris Val de Marne, y Nacionales de Rosario, Córdoba, el Comahue y Mendoza; profesora honoraria de universidades argentinas y de otros países.

1. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Responsabilidad del abogado, del escribano y del juez”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 72, 73 y 74, Buenos Aires, Eudeba, 1998/1999, p. 37.

2. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Breves reflexiones sobre la responsabilidad del escribano”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 6, N° 1-2, 1999, p. 371.

Quienes hoy dirigen *Lecciones y Ensayos* me han pedido reflexionar sobre el mismo tema, para comprobar si todo sigue como entonces, pese a la sustitución del Código de Vélez, o si algo ha cambiado, si "nosotros, los de entonces, ya no somos los mismos".<sup>3</sup> Acepté el desafío,<sup>4</sup> entre otras razones, por haber entrado en vigencia el Código Civil y Comercial (de ahora en adelante CCyC), pero he limitado el campo a la responsabilidad civil<sup>5</sup> de uno de esos operadores jurídicos (el escribano), pues el tema original (que cubriría también abogados y jueces) requeriría una extensión superior a la que razonablemente admite una revista. Dado que este trabajo es una continuación de aquel, omito la doctrina allí citada.

Seguiré, aproximadamente, el mismo método que utilicé entonces, o sea, analizaré el tema desde la óptica de los grandes lineamientos de la jurisprudencia. Originariamente, justifiqué esa metodología en la carencia

3. Utilizo la poética expresión de Pablo Neruda en su inolvidable Poema n° 20, obviamente, con un sentido diferente.

4. Llamativamente, este tipo de trabajos para verificar si la jurisprudencia ha confirmado, modificado o "*aggiornado*" su posición en lo relativo a la responsabilidad notarial también ha acontecido en Italia. Ver LANZANI, C., "Responsabilità del notaio: tra orientamenti consolidati e nuove tendenze", en *Danno e responsabilità*, N° 1, Assago, Ipsoa, 2009, p. 67. En ese caso, la labor comprendía un período mucho menor (dos años).

5. Lamentablemente, la jurisprudencia publicada sigue mostrando numerosos procesos *penales* en los que participa algún escribano público que utiliza la profesión para la comisión de ilícitos. En alguno, ha sido procesado por asociación ilícita conjuntamente con funcionarios y empleados de reparticiones públicas (Ver, por ej., Cám. Nac. Crim. y Correccional, Sala II, 29/12/2010, LL 2011-B-133). En otro, se lo condenó, conjuntamente con el acreedor hipotecario, por el delito de usura, desde que se había demostrado que ambos conocían la situación de necesidad de los deudores, su ligereza e inexperiencia, existiendo una evidente desproporción pecuniaria en el acuerdo, al convenirse un 60% de interés anual y un 57% en concepto de honorarios (CSJ Salta, 20/9/2011-1099, AR/JUR/49919/2011, Publicado en *La Ley Noroeste*, con nota en p. 1189, de ZURUETA, F., "El delito de usura"). Un caso, muy interesante, llegó a la Corte Suprema de la Nación; por escasa mayoría, el Superior Tribunal del país declaró arbitraria la sentencia que había condenado, a los términos del art. 292 del CP, a un escribano que (i) había insertado falsamente en una escritura un reconocimiento de filiación; (ii) encargó a una colega el trámite de anotación marginal de ese instrumento en su acta de nacimiento a fin de que se presentara en la sucesión; (iii) indujo a engaño al juez y (iv) logró que la reconocida fuera declarada única heredera, permitiéndole vender parte de los bienes del acervo (CSN 12/4/2011, LL 2011-D-278; la sentencia fue comentada por CABULI, E., "Actuación notarial y falsedad ideológica", en LL 2011-E-155). El análisis de la responsabilidad penal excede en mucho los propósitos de estas líneas.

de normas específicas en el Código de Vélez sobre responsabilidad profesional, por lo que, esencialmente, estructuré el trabajo sobre las bases construidas por los jueces. El aserto no ignoraba alguna norma particular, por ej., el art. 3671 del Código de Vélez (hoy sustituido por el art. 2471 del CCyC, sin variantes significativas).<sup>6</sup>

El CCyC vigente cuenta con una norma específica para la responsabilidad del profesional liberal (art. 1768)<sup>7</sup> y en diversas ocasiones menciona expresamente obligaciones a cargo del escribano (ver, por ej., arts. 301 y ss.); no obstante, dos razones explican por qué me mantengo en la misma ruta: (i) el art. 1768 del CCyC regula la responsabilidad de los profesionales liberales en general, sin ingresar en las especificidades del deber de responder del notario, cuya naturaleza sigue siendo discutida, dada su función fedataria, aunque en los últimos tiempos las opiniones tienden a uniformarse alrededor de la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación;<sup>8</sup> (ii) el CCyC acepta un método de interpretación que abre las puertas al razonamiento judicial, poniéndole límites (art. 3), por

6. Art. 2471, CCyC, "Obligación de denunciar la existencia del testamento. Quien participa en el otorgamiento de un testamento o en cuyo poder se encuentra, está obligado a comunicarlo a las personas interesadas, una vez acaecida la muerte del testador".

7. Art. 1768, CCyC, "Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ma., de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757". Para una explicación sintética de la norma ver, entre otros, OSSOLA, F., *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 338.

8. CSJN, 10/5/2005, Badaro, M. c/Provincia de Santiago del Estero. B. 488. XL. ORI, disponible en <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>. La Corte se remite al dictamen del procurador que, para negar la competencia originaria afirma: "no es óbice a lo expuesto la pretensión de atribuirle a la Provincia la actuación del escribano público que intervino, puesto que es un profesional del derecho afectado a una actividad privada, con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, en tanto sus actos, vinculados al comercio jurídico privado dan fe de esas relaciones privadas, pero no expresan la voluntad del Estado como este normalmente la exterioriza a través de sus órganos. Esto es, no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan demandarla por las consecuencias de su desempeño, ya que no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración (Fallos: 306:2030)".

lo que la jurisprudencia sigue siendo una base importante en el análisis de cualquier tema.<sup>9</sup>

Dos puntos de partida del trabajo originario, que no eran demasiado difundidos en la doctrina que por entonces analizaba la responsabilidad profesional, hoy están recogidos por los arts. 1 y 2 del CCyC y aceptados por la doctrina mayoritaria. Me refiero concretamente a los siguientes:

- (a) la aplicación e interpretación de las normas y la valoración de la prueba de los hechos están guiadas por las garantías constitucionales implicadas (así, por ej., la responsabilidad médica debe analizarse a la luz del derecho a la salud; la del abogado, según el derecho a la tutela judicial efectiva; la del notario, conforme la garantía de seguridad jurídica, etc.);
- (b) el derecho de los consumidores también incide, pese a lo dispuesto por el art. 2 de la ley específica,<sup>10</sup> si se trata de servicios vinculados a "la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno" (art. 42 CN).

Este aserto tiene fuertes incidencias. Así, por ej., cabe preguntarse si el deber de información y asesoramiento del notario alcanza para imputarle responsabilidad por permitir la inclusión de cláusulas que la ley declara abusivas.<sup>11</sup>

Otro punto de partida, en cambio, había sido suficientemente desarrollado por entonces, y sigue vigente en el derecho actual, cual es que, aunque el notario no es un funcionario público,<sup>12</sup> es un profesional del derecho

9. Art. 3, CCyC, "Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada".

10. Art. 2 (redacción Ley 26.361): "No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación".

11. Ver ANGELONI, F., *Responsabilità del notaio e clausole abusive*, Milán, Giuffrè, 1999.

12. Ver jurisprudencia de la Corte citada en nota 8. La calificación tiene efectos en el ámbito penal. Así, por ej., en torno a la prescripción penal; la Convención Interamericana contra la

con atributos que, en parte, lo equiparan a la gestión pública, en tanto sus actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones civiles.<sup>13</sup>

Las consecuencias de estos tres puntos de partida son, entre otras: (i) una mayor severidad al juzgar la conducta profesional y (ii) un control más extendido de las decisiones de grado por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

## II. UNA MODIFICACIÓN RELEVANTE. LA UNIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

El CCyC ha unificado la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Los hechos dañosos posteriores al 01/08/2015 no plantearán, entonces, una serie de dificultades referidas, especialmente, a los plazos de prescripción y a la legitimación,<sup>14</sup> según quién sea el sujeto dañado.

---

Corrupción, ratificada por ley 24.779, suspende el curso de la prescripción respecto de los delitos cometidos por funcionarios públicos mientras estos permanecen en sus cargos; se ha entendido que esa norma no rige para los escribanos públicos, por lo que esa causal de suspensión no puede ser invocada (ver, por ej., Cámara de Acusación de Córdoba, 4/6/2012, en Foro de Córdoba, n° 156, agosto 2012, p. 285). También en lo referido a la posibilidad de aplicar o no la denominada *probation* (ver AGUIRRE, G. J., "El escribano público en la suspensión de juicio a prueba", RC D 297/2016). Deciden que la prohibición legal no se aplica al notario por no ser un funcionario público, entre otros, CFCP, Sala I, 22/12/2015, Rubinzal *online*, Cita: RC J 1929/2016; STJ Córdoba, 30/6/2015, Resolución N° 243, año 15 t. 7 folio N° 1861/1872 (la sentencia contiene extensas citas de doctrina nacional en uno y otro sentido).

13. CCC Mercedes, Sala II, 6/5/2015 (y sus citas de la jurisprudencia de la Corte Nacional), ED 264-109, con nota de GARCÍA ARNÓ, O., "El art. 1277 del CC. Omisión del consentimiento del cónyuge. Nulidad de la constitución del usufructo. Responsabilidad del escribano". Para las diferentes posiciones sobre la naturaleza jurídica de la función notarial ver, entre otros, COMPAGNUCCI DE CASO, R., "Responsabilidad de los escribanos", LL 1999-B-16, reproducido en ALTERINI, J. H. (dir.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. II, p. 1605, y sus eruditas citas; TRIGO REPRESAS, F. A., "Responsabilidad civil del escribano público", en *Revista del Notariado*, n° 871, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2003, p. 41, reproducido en la misma obra dirigida por Alterini, ya citada, p. 1615.

14. *Cfr.* TANZI, S. Y., "La responsabilidad profesional y el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista de Derecho Privado*, año 1 n° 3, Buenos Aires, Infojus, 2012, p. 169. Así, por ej. se decidió que "la cónyuge del propietario del inmueble puede

Los fundamentos que acompañaron al proyecto de CCyC dicen: “La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica)”.<sup>15</sup>

### III. OTRA MODIFICACIÓN SIGNIFICATIVA. LA FUNCIÓN PREVENTIVA

Todas las actividades desarrolladas por el notario son significativas, pero la doctrina coincide en que la más importante, o como mínimo, la que la hace peculiar respecto de otros profesionales, es su función fedataria.<sup>16</sup> En los últimos tiempos, el principio de buena fe y el derecho de los consumidores han extendido significativamente su obligación de información y de consejo. La función preventiva atribuida a la responsabilidad civil en forma expresa en los arts. 1708 y 1710/1713 también incide sobre estos y otros deberes.<sup>17</sup>

---

fundar en la esfera *extracontractual* la acción de daños y perjuicios intentada por un error en la consignación del estado civil de su esposo plasmado en la escritura, pues es ajena a la relación contractual habida entre su cónyuge, la entidad bancaria y el escribano” (Cám. Nac. Civ. Sala H, 13/8/2010, en *Rev. Resp. Civil y Seguros*, febrero 2011, año XIII, n° 2, p. 164, AR/JUR/51623/2010); “que la responsabilidad del escribano en un contrato de renta vitalicia declarado nulo por lesión es contractual, sea que hubiese sido propuesto por uno o por ambos contratantes, pues el no cliente, al aceptar que el notario sea el autorizante, se integra al negocio jurídico y, por lo tanto, a la locación de obra” (Cám. Nac. Civ. Sala M, 20/8/2010, JA 2011-1-244, con nota de MOISSET DE ESPANÉS, L., “Lesión en los contratos aleatorios”). Para los diferentes casos que se incluían en uno y otro ámbito, ver TRIGO REPRESAS, F. A., “Responsabilidad civil del escribano público”, en *Revista del Notariado*, n° 871, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2003, p. 41, reproducido en ALTERINI, J. H. (dir.) *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. II, p. 1626, y sus eruditas citas; SAUCEDO, R., “La responsabilidad notarial civil aplicada a las escrituras públicas que contienen negocios inmobiliarios”, JA 2013-IV-1515. 15. Para el tema de la unificación de ambas órbitas, ver diversos trabajos publicados en *Revista de Derecho de Daños* 2015-2, “Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015.

16. TRIGO REPRESAS, F. A. y LÓPEZ MESA, M. J., *Tratado de la responsabilidad civil*, 2° ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, t. IV, p. 358.

17. Compulsar, de mi autoría, “La función preventiva de la responsabilidad en el Código

## IV. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

### IV.A. Preliminares

La incorporación de una norma específica sobre la responsabilidad de los profesionales liberales no implica sostener que, para ellos, exista una responsabilidad a la que no se apliquen los presupuestos generales; se trata de un capítulo que, simplemente, puede estar teñido de algunas características particulares.<sup>18</sup>

Corresponde, pues, analizar la responsabilidad del notario a la luz de esos presupuestos.

### IV.B. Antijuridicidad

El concepto de antijuridicidad evolucionó profundamente durante todo el siglo XX; la antijuridicidad *formal* que parecía requerir el art. 1066 del Código de Vélez fue sustituida por la doctrina y la jurisprudencia por la llamada antijuridicidad *material*; los textos debían, pues, ser sustituidos para adecuarlos a los criterios prevalecientes.

Para cumplir esa tarea, el legislador de 2014 podía elegir entre dos posiciones:

(a) la que se inclina por la eliminación del requisito de la antijuridicidad como elemento autónomo de la responsabilidad.<sup>19</sup> Las razones invocadas son muy variadas<sup>20</sup> pero, en esencia, se mueven en torno al desplazamiento de la noción de sanción hacia la de daño. También incide la necesidad de ampliar el campo de los daños reparables, cada vez más importantes, en la

---

Civil y Comercial de la Nación”, en PEYRANO, J. W. y ESPERANZA, S., *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2016, p. 357 y sus citas.

18. Cfr. con esta posición PADILLA, R., “Responsabilidad civil profesional, con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año XVIII n° 1, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 19; SAUCEDO, R., “La responsabilidad notarial civil aplicada a las escrituras públicas que contienen negocios inmobiliarios”, JA 2013-IV-1508.

19. La obra más seria sobre el tema es, en nuestro país, la de DE LORENZO, M. F., *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

20. Ver AGOGLIA, M. M., *El daño jurídico. Enfoque actual*, Buenos Aires, La Ley, 1999, p. 43.

llamada "sociedad de riesgos".<sup>21</sup> Se afirma que para responder a esa nueva visión "los autores se ven forzados a dilatar a tal punto la noción de antijuridicidad que, en definitiva, se la hace coincidir con valoraciones axiológicas y metajurídicas que terminan por disolverla en un sistema de resultados ex post facto". En realidad, "la antijuridicidad está herida de muerte"; su existencia está limitada a su mención didáctica;<sup>22</sup>

(b) otra corriente, mayoritaria, que entiende que el presupuesto debe mantenerse, pero reformulado: la antijuridicidad es la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, incluyendo los principios generales del derecho, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad de la conducta del agente, o de la existencia de culpa (antijuridicidad objetiva), todo bajo el principio cardinal del ordenamiento que prohíbe dañar a otro. Por eso, es antijurídico todo hecho que daña, salvo que exista una causa de justificación y sin que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material).<sup>23</sup>

A esta posición responde el art. 1717 del CCyC, que mantiene la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil;<sup>24</sup> la norma compren-

21. GESUALDI, D. M., "La antijuridicidad: comentario comparativo entre el régimen vigente y el proyecto de reformas del 2012", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año XV n° 7, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 5; GESUALDI, D. M., "La antijuridicidad en el proyecto de reformas del Código Civil y Comercial de 2012", en *Revista de Derecho de Daños* 2012-3-229 y ss. Aclaro que la autora no comparte esta posición.

22. Para una crítica a estas posiciones ver BURGUEÑO IBARGUREN, M. G., "La vigencia de la antijuridicidad en el derecho de daños", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año XVII n° 6, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 29; TRIGO REPRESAS, F. A., "La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista del CCyC*, edición especial II Congreso Internacional de Derecho de Daños, 2015, p. 8 y en *Revista del CCyC*, año I n° 4, 2015, p. 135.

23. PICASSO, S., "La antijuridicidad en el proyecto de Código", LL 2013-E-667; Cfr. RUGNA, A., "Antijuridicidad y responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial", en *Revista ADLA*, n° 21, 2016, p. 119; OSSOLA, F., *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 59.

24. BUERES, A., *La responsabilidad por daños en el proyecto de código*, LL 2013-A-835; VÁZQUEZ FERREYRA, R., "La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial", en *Rev. Responsabilidad civil y seguros*, año XVII, n° 4, abril 2015, pp. 38 y ss; TRIGO REPRESAS, F. A., "Los presupuestos de la responsabilidad en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial unificado", en *Rev. Derecho de Daños* 2012-3-136 y ss; del mismo autor, "La antijuridicidad en el Código Civil y Código Civil y Comercial de la Nación", en *Rev. CCyC, edición especial, II Congreso Internacional de Derecho de Daños*, noviembre 2015, p. 3; CALVO COSTA, C., *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2016, t. 2, pp. 69

de las conductas positivas y negativas, o sea, las acciones y omisiones,<sup>25</sup> y a los actos voluntarios e involuntarios. Se consagra, pues, una antijuridicidad amplia o genérica, no específica, que comprende toda conducta (acción u omisión) contraria al ordenamiento jurídico íntegramente considerado.<sup>26</sup>

Coincido con esta posición que argumenta, entre otras, con las siguientes razones:

- (i) la exigencia de la antijuridicidad se adecua a la interpretación sistémica y dinámica del art. 19 de la CN que dispone en su última frase: “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”. O sea, la Constitución admite un amplio espacio a la libertad, que no puede ser coartado indicando, como regla, la indemnizabilidad de todo daño. Eliminar la antijuridicidad material implicaría, entonces, el aniquilamiento de la libertad personal del agente.<sup>27</sup> Por lo tanto, la discusión podría circular por el método de interpretación (si se exige tipicidad o no, mayor o menor flexibilidad, etc.) pero no respecto de la necesidad del requisito;<sup>28</sup>
- (ii) el hecho de que los daños se hayan multiplicado no implica que todo daño deba ser reparado. La vida cotidiana es una fuente incesante de daños: ocasiona daño quien se impone a sus competidores en un concurso determinado, quien consigue un puesto de

---

y ss; CERUTTI, M. del C., “Antijuridicidad. Eximentes”, en MÁRQUEZ, J. F. (dir.) *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavallía, 2015, p. 76; PIZARRO, R. D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2º ed., Buenos Aires, Astrea, 2016, t. 1, n° 35 y ss; RAMOS MARTÍNEZ, M. F., “La antijuridicidad en el derecho de daños: Reflexiones sobre el régimen del nuevo Código Civil y Comercial: consolidación del principio constitucional *alterum non laedere*”, en *Rev. Responsabilidad civil y seguros*, año XVIII, n° 6, junio 2016, p. 13; BANCOFF, P., “La responsabilidad civil médica y la carga de la prueba de la culpa en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RCyS 2016-VIII, p.16, cita *online*: AR/DOC/1727/2016.

25. GALDÓS, J. M., *La responsabilidad civil (parte general) en el anteproyecto*, LL 2012-C-1264.

26. CERUTTI, M. del C., “Antijuridicidad. Eximentes”, en MÁRQUEZ, J. F. (dir.) *Responsabilidad civil en el código civil y comercial*, Buenos Aires, Zavallía, 2015, p. 72.

27. IBARLUCÍA, E. A., *Antijuridicidad y responsabilidad civil. Fundamento constitucional*, LL 2012-A-561.

28. BURGUEÑO IBARGUREN, M. G., “La vigencia de la antijuridicidad en el derecho de daños”, en *Rev. Responsabilidad civil y seguros*, año XVII, n° 6, junio 2015, p. 30.

trabajo relegando a otras personas, quien obtiene las últimas entradas para ver un espectáculo determinado impidiendo que otras puedan conseguirlas, etc. La enumeración puede ser infinita, pero es evidente que estos perjuicios no resultan resarcibles.<sup>29</sup> No lo son, porque falta antijuridicidad. En este sentido la Corte Federal afirma que “para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil resulta insoslayable verificar la existencia de un daño *injustamente* causado por un comportamiento imputable al autor, porque no existe en nuestro ordenamiento –como tampoco en la experiencia del derecho comparado– un deber genérico de resarcir ante la sola materialización del perjuicio”;<sup>30</sup>

- (iii) no sería coherente que se exija antijuridicidad para la función preventiva y no para la función reparadora. En efecto, el art. 1711 dice que la acción preventiva procede cuando una acción u omisión *antijurídica* hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

En fin, el juez que resuelve un caso de responsabilidad profesional, en primer lugar, debe preguntarse si el demandado infringió alguna norma –genérica o específica– que establece pautas de conducta a su cargo. Si esa norma existe dentro del sistema, cualquiera sea su naturaleza (penal,<sup>31</sup> administrativa, deontológica,<sup>32</sup> etc.), tendrá por acreditado el primer requisito de la responsabilidad.

Así, por ej., por no darse el requisito de la antijuridicidad, se ha liberado al escribano: que no solicitó al registro el certificado de dominio

29. CALVO COSTA, C., “Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial”, en *Rev. Responsabilidad civil y seguros*, año XVII, n° 4, abril 2015, p. 81.

30. CSJN, “Rodríguez, M. B. c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 28/10/2014, voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda.

31. La lucha contra el lavado de dinero ha dado lugar, en muchos países, a leyes específicas. Para la normativa “*antiriciclaggio*”, en Italia, ver MUSOLINO, G., *La responsabilità dell’avvocato e del notaio*, Milán, Giuffrè, 2005, p. 285.

32. Para la situación en Italia, ver CELESTE, G., *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, Ed. Jovene, 2007, p. 11: “El rol de la deontología, como fuente integrativa del contrato de obra profesional es notoria si se considera la tendencia a extender el ámbito de las normas técnicas. La diferencia entre norma deontológica y reglas del arte se va atenuando progresivamente por la dificultad, cada vez mayor, de distinguir el plano técnico del deontológico”. “Frecuentemente, se recurre a la cláusula de buena fe para asumir preceptos deontológicos en la regulación de la relación”.

e inhibiciones de la vendedora al momento de la firma del *boleto*, “desde que las normas imponen ese deber cuando se va a escriturar, pero no en los actos previos, sea que el profesional resulte ser el autor del contrato o que se limite a certificar las firmas de las partes”;<sup>33</sup> que no verificó la falta de aprobación municipal de la vivienda construida en el inmueble vendido, que resultó carecer de calidad antisísmica prometida por el vendedor, “si las partes, todas capaces y en pleno ejercicio de sus derechos, celebraron el contrato sin mencionar la vivienda”, por lo que no estaba obligado a verificar esas circunstancias.<sup>34</sup>

#### **IV.C. El factor de atribución. Aceptación expresa de la clasificación de obligaciones de medio y de resultado. La carga de la prueba**

Más allá de las críticas formuladas por la doctrina, el CCyC acepta expresamente la distinción entre obligaciones de medio y de resultado (arts. 774, 1723 y 1768).

Esto incide sobre el factor de atribución, desde que, según el art. 1723 del CCyC “Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”. Si es objetiva, “la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario” (art. 1722).

Por eso, como señalaba el juez Sebastián Picasso antes de la sanción del nuevo Código, si la obligación a cargo del escribano puede ser calificada de resultado, no se responde por culpa, sino de manera objetiva, por lo tanto, no lo exime la ausencia de culpa sino la prueba del rompimiento del nexo causal.<sup>35</sup>

33. Cám. Nac. Civ. Sala F, 6/6/2007, Doc. Jud. Año 2007-3-1065 (voto del Dr. Eduardo Zannoni; se declara desierto el recurso en este punto por falta de agravios suficientes).

34. SC Mendoza, 1/9/2014 en *Rev. Resp. civil y Seguros*, noviembre 2014, año XVI, n° 11, p. 119, y en Doc. Jud. Año XXXI, n° 1, enero 2015, p. 35, AR/JUR AR/JUR/46357/2014.

35. Cám. Nac. Civ. Sala A, 1/6/2012, JA 2012-IV-382 y en elDial.com - AA7891, publicado el 14/08/2012. Cfr. COMPAGNUCCI DE CASO, R., “Responsabilidad de los escribanos”, LL 1999-B-16, reproducido en ALTERINI, J. H (dir.) *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. 2, p. 1613.

Ahora bien, según las reglas de las obligaciones de hacer (art. 774 y ss.) a las que remite el art. 1768 ya transcrito, la prestación de un servicio puede consistir: (a) en realizar cierta actividad, *con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito* (por ej., el médico se compromete a realizar sus mejores esfuerzos, actuar conforme las reglas del arte de la profesión, etc., pero no a curar al enfermo); (b) en procurar al acreedor *cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia* (por ej., el abogado se compromete a presentar un recurso en término, pero no a ganar el proceso); (c) en procurar al acreedor *el resultado eficaz prometido*.

A su vez, entre las disposiciones comunes al contrato de obras y servicios, el art. 1252 dispone que “...si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad *independiente de su eficacia*. Se considera que el contrato es de obra cuando *se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega*” y el art. 1256, en lo que aquí interesa, entre las obligaciones del prestador del servicio enumera: “...ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada; informar al comitente sobre los aspectos esenciales del cumplimiento de la obligación comprometida; ejecutar la obra o el servicio en el tiempo convenido o, en su defecto, en el que razonablemente corresponda según su índole”.

Conforme esta normativa, ¿cuándo ingresa la responsabilidad del escribano en el ámbito de la responsabilidad objetiva?

Dos prestigiosos juristas cordobeses aprueban una de las conclusiones de las Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, realizadas en 1982, según la cual “la obligación del escribano de autorizar una escritura *instrumentalmente* válida es de resultado”. La fórmula, dicen con razón, recoge la distinción entre el acto *instrumental* y el acto *instrumentado*; o sea, entre continente y contenido; la recomendación se refiere al acto instrumental, propio de la actividad del notario autorizante; la validez de ese acto es la que configura la obligación de resultado; si el instrumento padece defectos que lo tornen inválido el escribano es “objetivamente responsable”.<sup>36</sup>

36. MOISSET DE ESPANÉS, L., y MÁRQUEZ, J. F., “Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano y participación en el juicio”, JA 2009-I-909; de los mismos autores, “Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano”, en *Rev. del Notariado* n°

Con este criterio, se ha responsabilizado al notario que autorizó un testamento sin advertir que una testigo era madre de la beneficiaria, por lo que el título fue observado cuando posteriormente intentó vender el inmueble heredado; dijo el tribunal: "Es innegable que cuando una persona decide testar por acto público, el rol del escribano no se limita a la función mecánica de recibir la comunicación de la voluntad y volcarla en la escritura. Como profesional del derecho que es, debe analizar la declaración de voluntad, formular las preguntas necesarias, proporcionar las explicaciones a las dudas que se planteen y traducir jurídicamente todo aquello que la persona le indique, lo que quiere realizar, para que el acto represente en la medida más fiel posible su voluntad, pero sin errores o vicios. Fundamentalmente antes de redactar el testamento deberá informar al testador cuáles son aquellas formalidades que deben cumplirse de manera inexcusable, tratando de evitar que, por un mal asesoramiento, se frustre el acto o una parte de este". No es dudoso, agregó, que "un vicio en el testamento puede provocar que la transmisión *mortis causae* torne observable el título, cuanto menos hasta que este quede saneado por el paso del tiempo".<sup>37</sup>

Los supuestos de vicios en el *contenido* del acto son muy diversos. En algunos casos, median obligaciones de resultado eficaz; en otros, de mera diligencia.

La responsabilidad del notario es objetiva si autorizó un usufructo constituido por una persona casada sobre un inmueble ganancial sin requerir el asentimiento del cónyuge.<sup>38</sup>

En otros, el profesional puede ser totalmente ajeno al vicio del contenido del acto, por lo que debe entenderse que se había comprometido a sus mejores esfuerzos. Así, por ejemplo:

---

897, 2009, p. 289, reproducido en ALTERINI, J. H. (dir.) *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Bs. As., La Ley, 2012, t. II, p. 1643.

37. Cám. Nac. Civ. Sala M, 17/08/2016, en elDial.com - AA99FA. La sentencia confirma la de primera instancia, pero redujo el monto en razón de que las chances de que el título fuese observado eran muy escasas desde que la testadora había muerto sin herederos.

38. Cám. Apel. CC Mercedes, sala II, 6/5/2015, ED 264-109. Con nota de GARCÍA ARNÓ, O., *El art. 1277 del CC. Omisión del consentimiento de la cónyuge. Nulidad de la constitución del usufructo. Responsabilidad del escribano*. El tribunal argumentó que "la función del notario no se limita a la faz instrumental, sino que comprende el asesoramiento idóneo y actualizado a las partes orientado a la validez sustancial del negocio".

- si el acto se anula por lesión, la procedencia de la acción de responsabilidad civil contra el escribano implica que se pueda acreditar, como mínimo, su participación en una maniobra para captar la necesidad, inexperiencia o necesidad del sujeto perjudicado;<sup>39</sup>
- si la parte carece de discernimiento en el momento de realizar el acto, pero no ha sido declarada persona con capacidad restringida con anterioridad, puede acontecer que el escribano afirme que es persona capaz, pero que en realidad no lo sea; el acto puede adolecer de nulidad (art. 261, inc. a CCyC), pero la responsabilidad del notario que afirma que está frente a una persona capaz dependerá de si hubo o no culpa de su parte (art. 1724); en este sentido, se liberó a la escribana que afirmó que la persona era capaz, según su conocimiento, si pudo creer, según las circunstancias probadas de la causa, que se encontraba ante una persona que estaba en el pleno goce de sus facultades mentales;<sup>40</sup>
- hace muchos años, Isaac Halperín criticó con razón una sentencia que liberó a un notario que había informado, erróneamente, que la operación de adquisición de un sepulcro podía hacerse sin peligro, pero al pretender inscribir el instrumento, el municipio se opuso por cuanto la bóveda en cuestión había sido concedida gratuitamente con el fin de que en ella se guardaran los restos del concesionario y su familia;<sup>41</sup>
- sea de medios o de resultados, el notario se libera si acredita el rompimiento del nexo causal, por ej., la culpa de las partes o de

39. Cám. Nac. Civ. Sala M, 20/8/2010, JA 2011-1-244, con nota de MOISSET DE ESPANÉS, L., "Lesión en los contratos aleatorios". Para la distinción entre acto instrumental e instrumentado en las acciones de simulación ver Cám. Civ. y Com. de Junín, 01/11/2016, elDial AA9B4A, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales. El tribunal afirma que la falta de legitimación del notario puede ser verificada de oficio por el juez.

40. Cám. Nac. Civ. Sala E, 1/7/2009, *Rev. Derecho de Familia y de las personas*, Año 1, N° 3, noviembre 2009, p. 245, con nota de CROVI, L. D., "El discernimiento de los actos jurídicos y el juicio de capacidad notarial" (La nota no se refiere a la responsabilidad del notario, sino a la validez o nulidad del acto). Para el tema de la responsabilidad ver LLORENS, L. R., "El notario y el análisis del discernimiento de los otorgantes a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Rev. Notarial* n° 965, p. 375.

41. HALPERIN, I., "La responsabilidad civil de los escribanos", en *Rev. del Notariado* n° 444, 1938, p. 367, reproducido en ALTERINI, J. H. (dir.) *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Bs. As., La Ley, 2012, t. II, pp. 1573 y ss.

un tercero ajeno.<sup>42</sup> De cualquier modo, como siempre sucede con los temas relativos a la relación de causalidad, no siempre es fácil subsumir los hechos en el concepto jurídico. Según la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, no cabe responsabilizar al notario si su actuación "se limitó a instrumentar un contrato ya celebrado por las partes; el negocio estaba resuelto y él se limitó a acercar a las partes un instrumento idóneo para que el comprador pudiese otorgar, más adelante, la necesaria escritura traslativa de dominio".<sup>43</sup> La actora fundó la demanda en que "después de haber firmado el boleto de compraventa con firmas certificadas y de haberse expedido un mandato con poder especial irrevocable extendido por los vendedores a los compradores, el inmueble fue subastado por un tercero". El comentador aprueba la solución, pero aclara que el escribano, aunque no esté involucrado en la autoría material del documento, debe tener la íntima convicción de que las partes conocen los riesgos de los actos que están otorgando; así, si el comprador entrega la totalidad del precio, sin que se le haya escriturado ni entregado la posesión, el profesional tiene el deber de informar sobre tales riesgos.

Para decidir en los casos de responsabilidad subjetiva, el juez debe tener especialmente en cuenta los arts. 1734 y 1735.

Conforme el primero, "...excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega".

La "novedad" legislativa (aunque no jurisprudencial) aparece en el art. 1735 que dice: "No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa".

Quizás, esta norma sea la más analizada por la doctrina nacional que

42. SC Bs. As., 217/8/2011, *Rev. Resp. civil y Seguros*, mayo 2012, año XIV, n° 5, p. 35, AR/JUR/46357/2014, con nota de CABULLI, E., "La responsabilidad notarial de asesorar".

43. *Ibid.*

se dedica al llamado Derecho de Daños. El espectro de opiniones semeja a un péndulo que va de un extremo a otro, aunque la mayoría de las veces se detiene en opiniones equilibradas.

En una punta están quienes lo tildan de inconstitucional por violar el derecho de defensa en juicio, afirmando –erróneamente– que el artículo establece una inversión de la carga probatoria.<sup>44</sup>

En el otro, aparecen quienes defienden la constitucionalidad y, sin perjuicio de señalar algunas discrepancias, aprueban su incorporación.<sup>45</sup>

Así, se ha dicho: "...la doctrina de las cargas probatorias dinámicas ha desembarcado en el Código, el cual –en definitiva– no ha hecho más que receptar una acentuada tendencia doctrinal y jurisprudencial que había venido cobrando fuerza a lo largo de los años (...) Con criterio lógico el código establece que el juez si determina que hará uso de dicha facultad, tiene el *deber* de comunicarlo a las partes, y permitirles ofrecer y producir prueba, recogiendo los codificadores una de las principales críticas que se le realizaban a dicho instituto, ya que antes la aplicación de la referida teoría se hacía sorpresivamente en la sentencia y afectaba el derecho de defensa en juicio. No hace más que otorgar seguridad jurídica a los justiciables, y evitar la arbitrariedad que se consumaba en ciertos precedentes jurisprudenciales en los cuales, con su sola invocación, se producía un arbitrario y sorpresivo desplazamiento del *onus probandi*, vulnerando el derecho de defensa en juicio".<sup>46</sup>

44. BORAGINA, J. C. y MEZA, J. A., "Inconstitucionalidad del artículo 1735 del nuevo Código Civil y Comercial", SJA 2015/11/11-3 y en JA 2015-IV-995; BORAGINA, J. C. y MEZA, J. A., "Médicos y abogados. La inconstitucional inversión de la carga probatoria de la culpabilidad incorporada al art. 1735 del proyecto de unificación del año 2012", MJ-DOC-6494-AR, MJD6494; GONZÁLEZ DA SILVA, G., "Inconstitucionalidad de las disposiciones procesales contenidas en el proyecto de Código", La Ley 2013-C-911.

45. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. y GONZÁLEZ ZAVALA, R., "Las cargas dinámicas en el nuevo Código Civil", Semanario Jurídico, nro. 1995, 12/3/2015, C.8 T. 111, A. 2015-A, p. 341 y en MÁRQUEZ, J. F. (dir.) *Responsabilidad civil en el código civil y comercial*, Buenos Aires, Zavallía, 2015, t. I, p. 341; BARACAT, E., "La doctrina de la carga probatoria dinámica en el nuevo código", en *Rev. CCyC*, año I, n° 6, dic. 2015, p. 141; PICASSO, S., "Comentario al art. 1735", en LORENZETTI, R. L. (dir.) *CCyC de la Nación*, Buenos Aires, Rubinzal, 2015, t. VIII, p. 458; ALFERILLO, P., "Comentario al art. 1735" en ALTERINI, J. H. (dir.) *Código civil y comercial comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2015, t. VIII, p. 156.

46. QUADRI, G. H., "Daños en el contrato de tiempo compartido y cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial", en *RCCyC* 2016, p. 140 y en DJ 15/06/2016, p. 17; cita *Elonline* AR/DOC/584/2016; QUADRI, G. H., "Las cargas probatorias dinámicas en el

En el medio, los que hubiesen preferido su incorporación con una fórmula semejante a la del art. 710, o sea, sin necesidad de “avisos” por parte del juez.<sup>47</sup>

Las argumentaciones de quienes sostienen que el art. 1735 es inconstitucional son fácilmente rebatibles. Efectivamente, hay una inexacta comprensión del texto. Federico De Lorenzo enseña que quienes se oponen a la norma:

(i) No advierten que la carga dinámica es residual, es decir, rige en ciertos supuestos –como lo señalaba la jurisprudencia anterior, y lo sigue haciendo la actual– pues la regla es la del art. 1734.<sup>48</sup> Dicho en otros términos, el art. 1735 no se aplica de modo automático;

(ii) Confunden la solución legal vigente con la del proyecto del 87, que no solo invertía la carga de la prueba, sino que, por vía de interpretación, se podía llegar, incluso, a cambiar el factor de atribución.

No ocurre esto en el CCyC, por cuanto si la obligación no es de resultado, el deudor se libera del incumplimiento y de la mora con la prueba de la no culpa. Dicho en otras palabras, la norma no modifica el objeto de la obligación. Si el deudor se comprometió a una “actividad” (obligación de medios) la prestación no cambia por el hecho de que, por contar con una posición llamada dominante con relación a la producción de medios probatorios o conservación de pruebas, el juez le indique –oportunamente– que deberá activar la prueba. No por eso su prestación pasa a ser el remedio milagroso para ganar o perder el pleito. La deuda es la misma;

(iii) Cierran los ojos a la realidad. Hace casi dos décadas, en 1997, en el caso “Pinheiro”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación observó: “la alzada debió haber ponderado concretamente la eventual responsabilidad

---

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” (arts. 1734 y 1735), JA 2014-III-1212; “Incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación en materia probatoria (breves reflexiones a poco de su vigencia)”, RCCyC, nro. 2, agosto 2015, y “Las cargas probatorias dinámicas en el CCyC: primeras reacciones jurisprudenciales”, en LLBA 2015-11-1177; *Cfr.* VALLANIA, C., “El art. 1735 del Código Civil y Comercial y su aplicación en el marco de los procesos de Córdoba, LLC 2016 (mayo), p. 1, AR/DOC/1371/2016.”

47. DE LOS SANTOS, M., en PEYRANO, J. (dir.) *Nuevas herramientas procesales*, Bs. As., Rubinzal, 2013, p. 375. *Cfr.* ZALAZAR, C. E., “Implicancias procesales del nuevo CCyC de la Nación”, en *Rev. de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Rubinzal, 2015-2-581.

48. BANCOFF, P., “La responsabilidad civil médica y la carga de la prueba de la culpa en el código civil y comercial de la Nación”, en RCyS 2016-VIII, p.16, cita 18) *Elonline*: AR/DOC/1727/2016.

que le cabía a la demandada en el orden de las cargas probatorias por las deficiencias alegadas respecto de la confección de la historia clínica y por la pérdida de los elementos mencionados, ya que la desaparición de esas pruebas –cuya custodia incumbía al nosocomio demandado– no podía redundar en detrimento de la paciente debido a la situación de inferioridad en que esta se encontraba al efecto y la obligación de colaborar en la actividad esclarecedora de los hechos que le incumbía al policlínico demandado”;<sup>49</sup>

(iv) Incorporan a la norma supuestos que ella no contempla. No es cierto que en estos casos se prescinda de la autoría. Al acreedor le corresponde la *prueba prima facie de la autoría material*, para que luego se dispare una presunción causal que es destruible por la prueba en contrario.

Específicamente, con relación al escribano, los casos de responsabilidad (subjettiva y objetiva) más frecuentes que llegan a los tribunales están vinculados a las siguientes obligaciones:

#### 1) Identificar a los intervinientes del acto autorizado

El resultado de la demanda por la que se reclaman daños causados por comparecer al acto un impostor está en estrecha relación con el modo como la ley exige al escribano justificar la identidad de los comparecientes.

Como es sabido, el art. 1002 del Código de Vélez fue modificado por la ley 26.140 que incorporó el siguiente texto: “La identidad de los comparecientes deberá justificarse por cualquiera de los siguientes medios: a) Por afirmación del conocimiento por parte del escribano; b) Por declaración de dos testigos, que deberán ser de conocimiento del escribano y serán responsables de la identificación; c) Por exhibición que se hiciere al escribano de documento idóneo. En este caso, se deberá individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes”.

A partir del 01/08/2015, conforme el art. 306 del CCyC “La identidad

49. Fallos 320:2715. Compulsar también, especialmente, Fallos: 324:2689, considerando III del Dictamen del Procurador General al que se remite el Máximo Tribunal: “En materia de mala praxis, en los que se trata de situaciones complejas que no resultan de fácil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de “la carga dinámica de la prueba” o “prueba compartida”, que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo”. Para otros casos de responsabilidad médica ver BANCOFF, P., “La responsabilidad civil médica y la carga de la prueba de la culpa en el código civil y comercial de la Nación”, RCyS 2016-VIII, p.16, Cita 18) *Elonline*: AR/DOC/1727/2016.

de los comparecientes debe justificarse por cualquiera de los siguientes medios: a) por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo; en este caso, se debe individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes; b) por afirmación del conocimiento por parte del escribano”.

El 19/06/2003, cuando aún regía el texto originario del Código de Vélez,<sup>50</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por escaso margen (4 votos contra 3) revocó una sentencia que había condenado al escribano con el argumento que el escribano no había cumplido adecuadamente su deber de identificar porque se había conformado con la mera presentación de un documento de identidad. La mayoría de la Corte entendió que la sentencia era arbitraria porque había omitido datos relevantes, entre otros: (i) que ninguno de los asistentes al acto advirtió ninguna irregularidad; (ii) que el número del documento coincidía con el consignado en el título del inmueble que la escribana tenía a la vista; (iii) que la firma que estampó el impostor era semejante a la del auténtico propietario; (iv) que no existían indicios para dudar de la identidad; (v) en suma, que no se había basado en el DNI sino que tenía suficientes elementos de juicio para convencerse que quien estaba ante ella era el auténtico propietario.<sup>51</sup>

Un sector de la doctrina entiende que la ley 26.140 (y lo mismo podría afirmarse del CCyC) alivió la responsabilidad del escribano, pues la identidad de los comparecientes al acto se acredita suficientemente mediante la exhibición del documento idóneo (DNI para ciudadanos argentinos y pasaporte para los extranjeros, debiendo agregarse copia del instrumento).<sup>52</sup>

Algunos tribunales califican la obligación de resultado:<sup>53</sup> si así fuese, el notario no se liberaría con la prueba de que tomó todas las diligencias del caso, como fue aceptado por la Corte Federal en el caso antes reseñado. Por eso, como regla, puede afirmarse que la función principal del escribano es suministrar fe pública y velar porque las relaciones entre las partes se

50. El texto originario decía: “Si el escribano no conociere las partes, estas pueden justificar ante él su identidad personal con dos testigos que el escribano conozca, poniendo en la escritura sus nombres y residencia, y dando fe que los conoce”.

51. CSJN 19/6/2003, LL 2003-E-413.

52. MOISSET DE ESPANÉS, L., y MÁRQUEZ, J. F., “Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano y participación en el juicio”, JA 2009-I-912.

53. Cám 2° CC Mendoza, 23/4/2015, en *Rev. Resp. civil y Seguros*, mayo 2016, año XVIII, n° 5, p. 103, cita *Elonline* AR/JUR/38431/2015.

lleve a cabo en el marco de legalidad y de legitimación, *por lo que resulta responsable si no tomó las diligencias necesarias para la identificación de las personas.*

Por eso, se lo ha condenado si:

- (a) no estuvo presente personalmente y no respetó la unidad del acto;<sup>54</sup>
- (b) omitió confrontar la firma y la fotografía del DNI con la persona que lo presentaba, por lo que no existe caso fortuito, en tanto las señas particulares y firma del sujeto impostor y del substituido difieren notablemente;<sup>55</sup>
- (c) la maniobra fraudulenta vinculada a la errónea identidad de quienes comparecieron al acto es imputable a uno de sus dependientes del escribano;<sup>56</sup>

En cambio, no responde si:

- Frente a un supuesto de sustitución de persona, obró con el cuidado y diligencia propia de su función, "por lo que es tan víctima de la circunstancia como la parte perjudicada, y no el victimario".<sup>57</sup> En el caso, la mujer que se hizo pasar por la vendedora, no pudo ser ubicada, ni siquiera en el proceso penal, y se acreditaron las siguientes circunstancias fácticas: la impostora, antes de ponerse en contacto con el notario demandado, había engañado a otra escribana, de quien obtuvo su confianza para conseguir la certificación de la firma, utilizando un DNI falsificado y, de esa manera, logró un segundo testimonio del inmueble; los testigos declararon que su conducta en el acto de venta con garantía hipotecaria fue

54. Cám. Nac. Civ. Sala M, 16/5/2012, en *Rev. Resp. civil y Seguros*, febrero 2013, año XV, n° 2, p. 73, AR/JUR/26698/2012, con nota de CABULI, E., "La evolución de la fe de conocimiento y la responsabilidad del escriban" (el comentarista se enrola entre quienes sostienen que la obligación de notario de dar fe es de medios).

55. Cám. Civ. y Com. de San Martín, Sala I, 17/4/2012, en *Rev. Resp. civil y Seguros*, setiembre 2012, año XIV, n° 9, p. 69, AR/JUR/19922/2012.

56. Cám. Nac. Civ. Sala A, 18/11/2013, *Doc. Jud. Año XXX*, n° 23, junio 2014, p. 87 y en *Rev. Resp. civil y Seguros*, marzo 2014, año XVI, n° 3, p. 87; AR/JUR 97411/2013.

57. Cám. Nac. Civ. Sala H, 16/10/2012, *Rev. Resp. civil y Seguros*, marzo 2013, año XV, n° 3, p. 129, AR/JUR/59084/2012.

totalmente normal y parecía que todos los participantes se conocían con anterioridad.

El tribunal consideró irrelevantes: (A) la diferencia entre el precio pagado y el del mercado, porque "...los escribanos no son martilleros y no tienen por qué conocer con precisión los valores de los inmuebles"; (B) la diferencia de la firma de la vendedora en el acto de adquisición y en la venta realizada veintiún años después, porque la firma suele variar en tal amplio espacio de tiempo;

- el acreedor hipotecario fue estafado por un impostor que se presentó portando un documento de identidad apócrifo al del verdadero titular dominial del inmueble "pues se trató de una sustitución de persona que no pudo ser prevista, en tanto el notario no fue quien acercó el presunto deudor a los acreedores y tomó todos los recaudos necesarios al celebrar la escritura pública, comprobando los datos del documento de identidad y el consignado en el título del inmueble". En disidencia, el recordado camarista Dr. Mayo entendió que el escribano no había tomado los resguardos necesarios que requerían las circunstancias del caso, esto es, verificar las firmas y advertir las notorias diferencias evidentes para un profano.<sup>58</sup>

## 2) Controlar el estado civil de los intervinientes

Se ha decidido que el escribano que intervino en la escrituración de un inmueble no resulta responsable por el error en la consignación del estado civil del propietario (figuraba como soltero cuando en realidad era casado) pues dicho profesional debe dar fe de la identidad de las partes intervinientes en la operación, pero no de los datos de familia manifestados por aquellas.<sup>59</sup>

Es verdad que el documento nacional de identidad no menciona el estado civil; sin embargo, si de otra documentación obrante en manos del escribano (por ej., el título de adquisición del inmueble que se pretende

58. Cám. Nac. Civl Sala H, 5/5/2010, *Rev. Resp. civil y Seguros*, octubre 2010, año XII, n° 10, p. 211.

59. Cám. Nac. Civ. Sala H, 13/8/2010, *Rev. Resp. civil y Seguros*, febrero 2011, año XIII, n° 2, p. 164, AR/JUR/51623/2010, JA 2011-I-625. El daño invocado era sumamente confuso: la esposa invocó que la omisión le causó problemas en un juicio de cobro de expensas al no poder presentarse a defender sus derechos.

disponer) surge una discordancia con el estado que la parte invoca, el notario actúa diligentemente si realiza todos los actos necesarios para encontrar la justificación de la falta de coincidencia.

### 3) Controlar la representación de quien actúa por otro

El art. 307 del CCyC dispone: "Documentos habilitantes. Si el otorgante de la escritura es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite, el que ha de quedar agregado al protocolo, excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano. En caso de que los documentos habilitantes ya estén protocolizados en el registro del escribano interviniente, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año".

Se condenó al pago de los daños sufridos –incluso extrapatrimoniales<sup>60</sup> a la escribana interviniente que autorizó una escritura de cesión de derechos sobre un inmueble que ya se encontraba adjudicado a una tercera persona porque conforme el estatuto de la cooperativa cedente, este tipo de actos debía ser suscripto no por el presidente, sino también por el secretario y el tesorero, y en el caso actuó solo el primero.

### 4) Realizar estudio de títulos

Entre las obligaciones del notario, la mayoría de las regulaciones locales enumera realizar el estudio de títulos.

Los autores discrepan sobre si esta obligación implica comprometerse a un resultado eficaz. Para un sector, con el que coincido, se trata de una

60. Cám. 4° CC de Mendoza, 2/9/2011, en *La Ley Gran Cuyo* 2011-1080 y en *Rev. Resp. civil y Seguros*, enero 2012, año XIV, n° 1, p. 53, AR/JUR/57563/2011, con nota de VÁZQUEZ, F. y BERTERO, M. T. L., *Cesión de derechos*. En el caso, el tribunal condenó a pagar daño extrapatrimonial por cuando la cesión, finalmente nula, impidió el acceso a la vivienda de la actora. Llamativamente, los autores del comentario dudan sobre si puede atribuirse culpa a la conducta de la escribana dada las grandes complicaciones que presentaba la administración de la cooperativa. La sentencia también fue publicada en *Rev. de Derecho de Familia y de las personas*, año III, n° 11, diciembre 2011, p. 79, con comentario de BAROCELLI, S. S., "Convivir con los suegros. ¿Un supuesto de daño moral?" Este comentario no analiza los presupuestos de la responsabilidad del escribano, deteniéndose exclusivamente en el del daño extrapatrimonial contractual.

obligación de resultado;<sup>61</sup> por lo tanto, para liberarse, el escribano deberá acreditar el rompimiento del nexo causal.

En ocasiones, la culpa es clara, desde que el notario ha actuado en forma desaprensiva al hacerlo sin tener en cuenta los datos que surgían del certificado expedido por el registro.<sup>62</sup>

#### 5) Registrar en tiempo oportuno

El sistema registral argentino es declarativo; o sea, la inscripción no hace nacer el derecho, pero es el acto requerido para que el título sea oponible a terceros; por lo tanto, el incumplimiento o el cumplimiento tardío de la obligación de tramitar la inscripción de los instrumentos que él autoriza puede generar serios daños.

La obligación de inscribir tiene plazos legales, por lo que la mora se produce de pleno derecho, no siendo necesario interpelar previamente al responsable.<sup>63</sup>

En consecuencia, no debe extrañar que los tribunales condenen al escribano que:

- no inscribió en término la copia de la escritura, especialmente si, como en el caso, la conducta negligente perduró por más de 10 años, “lapso que sobrepasa los límites de lo aceptable y razonable, resultando su incumplimiento inexcusable, desde que el hecho de que debieran modificarse los planos y existieran deudas impositivas no puede considerarse inevitable”.<sup>64</sup> Es verdad, como afirma el

61. Para las diferentes posiciones ver, entre otros, SAUCEDO, R., *El estudio de títulos y las transmisiones a non domino en materia inmobiliaria en el derecho privado vigente y en el proyectado*, JA 2013-II-1584. Para la posición más restrictiva, ver CASTAGNO, J. C., “Estudio de títulos y responsabilidad notarial”, en *Rev. del Notariado*, n° 852, 1998, p. 27, reproducido en ALTERINI, J. H. (dir.) *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Bs. As., La Ley, 2012, t. II pp. 1597 y ss. Para este autor, el notario (i) está obligado a hacer el estudio de título si el negocio incluye la cláusula “títulos perfectos”; (ii) en cualquier caso, si hizo el estudio de títulos, responde si cobró los honorarios correspondientes y lo hizo mal; (iii) si debía hacerlo, incluido el caso en el que le fue encargado, responde si no lo hizo.

62. Cám. Nac. Civ. Sala E 2/10/2006, JA 2009-II-389, con nota de GASPAROTTI, V., *Responsabilidad civil del escribano*.

63. Cám. Nac. Civ. Sala K, 16/8/2011 JA 2012-I-546.

64. Cám. Nac. Civ. Sala G 10/11/2010, *Rev. Resp. civil y Seguros*, mayo 2011, año XIII, n°

tribunal, que la obligación del escribano “no cesa con la mera iniciación del trámite de inscripción, sino que debe ir sorteando todos los inconvenientes, obstáculos y observaciones que vaya indicando el registrador hasta lograr retirar el testimonio debidamente registrado; también que debe interponer todos los recursos previstos por el ordenamiento local”.<sup>65</sup> No obstante, en algunas oportunidades, el notario no puede superar esos inconvenientes sin el auxilio de las partes, porque son ellas quienes deben asumir los costos, no teniendo el notario obligación de adelantarlos sino solo informar sobre los riesgos que se corren frente al incumplimiento;

- inscribió tardíamente (ocho meses más tarde) la escritura aclaratoria que establecía el porcentaje de bien propio en el condominio, mora que permitió la toma de razón de un embargo por una deuda del condómino, encontrándose la actora, como consecuencia de la demora, ante el serio riesgo de ver rematada una importante porción indivisa de su propiedad.<sup>66</sup>

#### 6) Vinculadas al pago de impuestos y expensas comunes

El incumplimiento de la obligación impuesta a los notarios por la normativa fiscal de constatar la inexistencia de deuda o, en su caso, retener los importes respectivos, ha generado una gran cantidad de decisiones judiciales.

En primer lugar, la jurisprudencia se encarga de señalar que esa obligación se basa en una normativa propia, diferente a las obligaciones que comprador y vendedor contraen entre sí.<sup>67</sup>

Conforme la tendencia mayoritaria, que comparto, se trata de una obligación de resultado; por lo tanto, la constatación del incumplimiento patentiza presume la responsabilidad,<sup>68</sup> siendo a cargo del profesional la prueba de la causa extraña.

---

5, p. 67, AR/JUR/745999/2010, con nota de CABULLI, E., “La responsabilidad del escribano y la inscripción registral”.

65. *Ibid.*

66. Cám. Nac. Civ. Sala K, 16/08/2011, elDial.com - AA7048, publicado el 25/10/2011.

67. Cám. Nac. Civ. Sala F, 26/6/2009, ED 237-420.

68. Cám. Nac. Civ. Sala A, 1/6/2012, JA 2012-IV-382 y en elDial.com - AA7891, publicado el 14/08/2012. Voto del Dr. Picasso. Los jueces Li Rosi y Molteni, en cambio, estimaron que se trataba de una presunción de culpa.

Algunos casos no son dudosos; así, el escribano responde si retiene sumas para el pago de obligaciones que recaen sobre el comprador y no las paga;<sup>69</sup> más aún, si en la escritura manifiesta, falsamente, que según el certificado que ha tenido a la vista, no recaen deudas sobre el inmueble.<sup>70</sup>

También se lo ha condenado si, para acreditar el pago, se limitó a aceptar los recibos acompañados por la parte vendedora, pues "debió requerir una certificación emitida por la entidad fiscal en la que conste la inexistencia de deuda, o bien, retener las sumas correspondientes hasta tanto se corroboraran los pagos". En otros términos, la presentación de los recibos por la vendedora no constituye un hecho de un tercero por quien no debe responder si, finalmente, las sumas se debían y el comprador debió afrontarlas.<sup>71</sup>

#### 7) Restituir los títulos. Retención indebida

Se ha condenado a un escribano a pagar daño moral si la compraventa finalmente se frustró y el profesional retuvo injustificadamente el título entregado por la vendedora, que no estaba obligada al pago de los honorarios, ya pagados por la parte compradora.<sup>72</sup>

En cambio, con razón, se lo eximió, si el título, al parecer, se perdió en el banco acreedor, el escribano nunca tuvo el título a la vista y su participación fue posterior a la celebración del mutuo.<sup>73</sup>

### **IV.D. El daño**

El requisito del daño no presenta peculiaridades.

Como es sabido, la mera antijuridicidad no genera responsabilidad si no hay daño. Por eso, con razón, se ha decidido que el escribano no debe

69. Cám. Nac. Civ. Sala C, 26/11/2009, JA 2010-II-439 y ED 238-630. No obstante, en el caso, se considera que el daño no fue probado por la actora, desde que la deuda había sido pagada, al parecer por otra persona, que se había subrogado en los derechos del consorcio.

70. Cám. Nac. Civ. Sala F, 26/3/2013, Doc. Jud. Año XXIX, n° 31, julio 2013, p. 72, AR/JUR/10939/2013.

71. Cám. Nac. Civ. Sala A, 1/6/2012, JA 2012-IV-382.

72. Cám. Nac. Civ. Sala L, 8/11/2013, JA 2014-II-533. El juicio se inició por cobro de pesos; la frustrada vendedora reconvino por daños (materiales y extrapatrimoniales); el tribunal rechazó la demanda e hizo lugar parcialmente a la reconvenición (acogió el daño extrapatrimonial).

73. Cám. Nac. Civ. Sala M, 10/6/2011, JA 2011-IV-451.

ser condenado por la mera transcripción en un acta notarial de una llamada telefónica efectuada al domicilio del actor, pues si bien no cumplió con las formalidades legalmente establecidas, en tanto omitió identificarse ante la persona que atendió el teléfono, ni tampoco le mencionó su derecho a no responder, el contenido de la conversación transcrita tiene poco o nada de reservado y el único dato privado que surge de ella, en el caso, lugar en donde se encontraba el hijo del actor, no posee virtualidad nociva alguna en relación a su vida privada".<sup>74</sup>

La pérdida de la chance ha sido expresamente aceptada; así se ha entendido que el escribano es responsable por la pérdida de la chance de cobrar un crédito con garantía hipotecaria por no hacer un correcto estudio de títulos,<sup>75</sup> por no verificar la identidad de uno de los deudores,<sup>76</sup> etc.

## V. LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO POR EL HECHO DE LOS ADSCRIPTOS

La jurisprudencia ha seguido dando pasos firmes en el sentido de responsabilizar al escribano por los daños antijurídicos causados por los adscriptos, aun tratándose de actos dolosos, como por ej., extender un testimonio falso.<sup>77</sup>

74. Cám. Nac. Civ. Sala A, 18/4/2013, LL 2013-E-9, AR/JUR/15404/2013, con nota de COBAS, M., "Derecho a la intimidad y prueba de los daños".

75. Cám. Nac. Civ. Sala E 2/10/2006, JA 2009-II-389, con nota de GASPAROTTI, V., "Responsabilidad civil del escribano".

76. Cám 2° CC Mendoza, 23/4/2015, *Rev. Resp. civil y Seguros*, mayo 2016, año XVIII, n° 5, p. 103, cita 18) *Elonline* AR/JUR/38431/2015. En el caso, el tribunal entendió que el crédito cedido era litigioso, que no se había aún trabado embargo y que la deudora tenía un inmueble que se había inscripto como bien de familia con anterioridad, por lo que fijó la chance de percibir en el 50%.

77. Cám. Nac. Civ. Sala M, 6/4/2009, LL 2009-C-504, con nota de CALVO COSTA, C., "La responsabilidad del escribano titular de registro por el hecho de su adscripto" y en LL 2009-C-696 con nota de GIRALT FONT, J., "Límites de la responsabilidad del escribano titular por los actos de su adscripto", reproducido en ALTERINI, J. H. (dir.) *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Bs. As., La Ley, 2012, t. II p. 1657. En contra, CERÁVOLO, F., "Incorrecta extensión al titular del registro de la responsabilidad incumbente al adscrito por la escritura autorizada por este", *Rev. del Notariado* n° 860, 2000, p. 219, reproducido en ALTERINI, J. H. (dir.) *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Bs. As., La Ley, 2012, t. II p. 1626.

## VI. LOS SEGUROS CONTRA LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL. EL FONDO DE GARANTÍA NOTARIAL

Conforme la jurisprudencia predominante, el Colegio de Escribanos responde en su carácter de Administrador del Fondo Fiduciario de Garantía por los daños causados por el escribano a los damnificados,<sup>78</sup> incluso si el ardid fue realizado por los dependientes del profesional.<sup>79</sup>

Se insiste en que la responsabilidad es *subsidiaria*; de allí que numerosas sentencias dejan constancia de que el Fondo responde "*previa excusión de los bienes del deudor principal y de pagada la indemnización del seguro de responsabilidad civil, si lo hubiese*".<sup>80</sup>

El debate surge respecto a cuáles son los actos por los cuales el fondo debe responder.

Conforme la tendencia mayoritaria, esa responsabilidad subsidiaria opera respecto de los *actos notariales*, no pudiendo ser expandidos discrecionalmente por vía judicial a otras actividades que, aunque se han realizado en el ámbito de la escribanía, no configuran esos actos notariales; por eso, se libera de responsabilidad al fondo fiduciario del Colegio por los daños derivados del ejercicio de la *intermediación financiera*, pues esta actividad no constituye una función notarial.

Otros, por el contrario, entienden que el fondo responde, en tanto se trata de daños nacidos con motivo de la función notarial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación puso fin al debate; en un caso, la actora reclamaba a la notaria la restitución de las sumas de moneda extranjera que le había entregado en calidad de depósito para que la profesional las colocara en hipoteca, autorizando los correspondientes mutuos asegurados con garantía real. El más alto tribunal del país entendió que recibir dinero en depósito para aplicar a futuros mutuos constituye una actividad de intermediación financiera totalmente ajena e incompatible con la función notarial. La profesional no intervino en calidad de tal sino como

78. Cám. Nac. Civ. Sala E 2/10/2006, JA 2009-II-389, con nota de GASPARETTI, V., "Responsabilidad civil del escribano". Ídem sala A, 09/05/2016, Rubinzal, cita *online*: RC J 3992/16.

79. Cám. Nac. Civ. Sala A, 18/11/2013, *Rev. Resp. civil y Seguros*, marzo 2014, año XVI, n° 3, p. 87.

80. Cám. Nac. Civ. Sala A, 1/6/2012, JA 2012-IV-382 y en elDial.com - AA7891, publicado el 14/08/2012.

asesora financiera. Por lo tanto, respondía ella del daño causado, pero no el Fondo.<sup>81</sup>

Por otro lado, se constata que el seguro de responsabilidad notarial está muy difundido. No son pocos los procesos en los que intervienen compañías aseguradoras.<sup>82</sup>

## VII. CLÁUSULAS ABDICATIVAS

¿Son válidas las cláusulas por las que las partes liberan al escribano de algunas obligaciones o, incluso, las que liberan de responsabilidad por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso?

Según el art. 1743 “Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder”.

En mi opinión se adecua a esta normativa, la sentencia que rechazó la demanda contra un escribano por los daños derivados de la demora en el trámite de afectación de la vivienda por considerar válida una cláusula mediante la cual el actor declaró que lo liberaba de responsabilidad porque el tiempo transcurrido hasta la constitución de la afectación obedeció a que

81. CSN 2/10/2012, JA 2013-I-684, con nota de SAUCEDO, R., “La responsabilidad del Colegio Notarial por el mal desempeño de sus miembros” y en LL 2013-B-79, con nota de MIHURA DE ESTRADA, B., “Responsabilidad del escribano por actos realizados fuera de su función”; elDial.com - AA7A5F, Publicado el 30/10/2012. La Corte revoca una decisión de la Sala H que había extendido la responsabilidad al Fondo de Garantía. La misma posición había sido asumida por la Sala I (Ver Cám. Nac. Civ. Sala I, 19/4/2011, LL2011-E-1, con nota de CALVO COSTA, C., “Responsabilidad civil notarial y extensión de la condena al fondo de garantía del colegio de escribanos”. Por el contrario, la posición finalmente sostenida por la Corte había sido sostenida por la Cám. Nac. Civ. sala F, 5/10/2011, AR/JUR/81063/2011, LL 2012-C-438, con nota de CABULI, E., “Fondo de garantía del colegio de escribanos. Irresponsabilidad por actos del escribano ajenos a su función”.

82. Ver, por ej., Cám. Nac. Civ. Sala H, 16/10/2012, *Rev. Resp. civil y Seguros*, marzo 2013, año XV, n° 3, p. 129, AR/JUR/59084/2012; Cám. Nac. Civ. Sala C, 26/11/2009, JA 2010-II-439 y ED 238-630.

él había extraviado el original de la escritura.<sup>83</sup> Adviértase que, en caso, (1) la renuncia fue posterior a los hechos dañosos (demora en la inscripción); (2) no se acreditó vicio alguno de la voluntad; (3) no afectaba un derecho indisponible, desde que la afectación de la vivienda depende de la voluntad del propietario; (4) en tales circunstancias, la renuncia no se muestra como abusiva, contraria a la buena fe, las buenas costumbres y leyes imperativas; tampoco aparece el dolo del deudor ni de las personas por las cuales debe responder.

Si se aplicara la ley de protección de los consumidores, la cláusula sería ineficaz; para liberarse, al notario no le bastaría invocar la cláusula, sino que efectivamente, la mora obedeció a hechos de quien se dice damnificado.

## VIII. CONCLUSIONES PROVISORIAS

El CCyC ha recogido la jurisprudencia vigente al momento de su entrada en vigencia. Las normas incorporadas han servido para mejorar la posición del dañado por las conductas antijurídicas del notario; tales son las que: (i) califican expresamente como responsabilidad objetiva el incumplimiento de una obligación de resultado; (ii) en los supuestos de responsabilidad subjetiva, cuando existe especial dificultad de probar, las que distribuyen la carga de la prueba con quien está en mejores condiciones de aportarla; (iii) colocan los derechos fundamentales como faro iluminador de la problemática.

Así lo entiende la mayoría de los operadores jurídicos que, de buena fe, lo interpretan en forma sistemática y razonable.

83. Cám. Nac. Civ. Sala A, 29/8/2013, *Rev. Resp. civil y Seguros*, febrero 2014, año XVI, n° 2, p. 123.



## REPÚBLICA Y JUSTICIA CRIMINAL\*

JULIO B. J. MAIER

### I. EL SISTEMA VIGENTE

El sistema nacional de administración de justicia en materia penal conserva, sustancialmente, las formas del procedimiento de la época colonial. Rige la legislación procesal penal española anterior a la transformación con la que España acompañó el movimiento reformador del siglo XIX (Ley de Enjuiciamiento Penal de 1882). Esto equivale a señalar que predominan los caracteres formales inquisitivos: el procedimiento penal se resume en una investigación escrita, parcialmente secreta, que inicia el propio inquisidor y cuyo resultado determina, por intermedio de los registros que él deja (actas) sobre su actividad, la solución del caso.

Las escasas modificaciones que ya existían en la legislación española que tomó como modelo el Código federal e, incluso, las reformas parciales que este último sufrió, por imperio de las circunstancias, nunca alcanzaron, tan siquiera, para disfrazar los principales símbolos inquisitivos provenientes de *l'ancien régime*. En efecto, la encuesta, registrada en actas e, inclusive, secreta, que practica el juez de instrucción, a la manera del antiguo inquisidor, es la que gobierna el procedimiento, la que provee el material esencial para la sentencia y la que reemplaza al enjuiciamiento público, oral y continuo, propio del Estado de Derecho.

Desde el punto de vista de la organización judicial sucede otro tanto. El sistema vigente reproduce una organización de tribunales jerárquica al extremo, fundada en el control interno de las decisiones que emite, al punto de que sus tribunales superiores nunca pudieron distinguir claramente el control personal sobre el funcionario o el órgano, del control sobre la deci-

\* Originalmente publicada en *Lecciones y Ensayos*, N° 50, 1988, esta obra fue reeditada y publicada en el presente con motivo del aniversario N° 60 de la revista.

sión, estructura y actitud propias del absolutismo y del sistema judicial de la Inquisición. A ello se agrega una estructura administrativa absolutamente rígida y feudalizada, de un "burocratismo" casi enfermizo que trata a las partes que integran un tribunal (jueces o reunión de jueces para integrar un cuerpo de decisión) como un todo ("juzgados" o "salas" absolutamente autónomos), por la vía de la atomización administrativa, multiplicando así los problemas de comunicación y relación entre los diferentes cuerpos – unipersonales o colegiados– de decisión.

Todo ello sucede a pesar de la cláusula expresa de la Constitución Nacional (art. 24) que mandó reformar la legislación colonial, en sentido sustancial; tanto es así, que también mandó a implementar el juicio por jurados, institución propia del sistema republicano de gobierno (art. 1), recuperada por la república y el Estado de Derecho en el siglo XIX, que evoca, con claridad, un tipo de enjuiciamiento penal diametralmente distinto del de la inquisición: juicio público, oral, continuo y contradictorio, llevado a cabo en la presencia inmediata de todos aquellos legitimados a cumplir en él un papel determinado (acusado, defensor, acusador, juez, etcétera).

Por otra parte, la sola mención del juicio por jurados trae a escena una organización fundamentalmente horizontal de los tribunales y la preferencia por los controles externos, esto es, extraños a la propia organización autocrática y fundados en la soberanía popular, mejor adaptado a la necesaria independencia e imparcialidad del tribunal de juicio, en la teoría republicana, que el sistema jerárquico y burocrático.

No solo de esta regla emerge la contradicción del sistema vigente con la Constitución Nacional (se puede leer también todo su sistema de garantías, arts. 18 y 19, extraño a la encuesta inquisitiva), pero ella, que la ley fundamental repite insistentemente (tres veces: arts. 24, 67 inc. 11, y 102), representa algo más que un indicio acerca de la desvinculación que existe, en nuestro derecho, entre el discurso jurídico principista y los instrumentos legales que (no) pretenden realizarlo. Por si ello fuera poco, el sistema vigente se contrapone, también, con los pactos internacionales suscriptos y ratificados por la República Argentina: ver, por ejemplo, Declaración Universal de Derechos Humanos (votada afirmativamente por la Argentina), art. 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por la Argentina, ley 23313), art. 14; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Argentina signataria), art. 26; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por la Argentina, ley 23054), art. 8 n° 5.

Este desajuste entre las instituciones reales y el discurso principista no reside tan solo, como se puede suponer, en el ámbito meramente especulativo (normativo); todo lo contrario, se extiende al campo de las acciones concretas, de la praxis jurídica, de manera tal que provoca una verdadera parálisis judicial, pues la justicia penal no cumple ninguno de los fines posibles que le son asignados, ni todos ellos conjuntamente. En efecto, resulta evidente, pero se puede también verificar empíricamente, que el sistema de administración de justicia penal no sirve al Estado, pues no favorece la persecución de los delitos, ni al individuo, pues no garantiza realmente el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Que ello suceda así no es casual. La inquisición, el sistema de procedimiento por registros (escritura), el secreto de la encuesta, al menos para el público en general, van unidos al sistema de valoración legal de la prueba y, con ello, al tormento aplicado a imputados y testigos, a mujeres, varones y niños, al ingreso irrestricto a la morada y, en general, a la vida privada, esto es, a métodos crueles que privilegiaban la investigación de la verdad por sobre la dignidad humana (*salud publica suprema lex est*).

El sistema de prueba por registros y la valoración legal de la prueba solo puede funcionar con supresión de estos métodos crueles de inquisición, a costa de impedir la averiguación de la verdad, esto es, pagando con moneda de impunidad y con escasa productividad en la solución de conflictos sociales. Este es otro de los graves problemas que soporta el sistema actual. Sus estadísticas demuestran que el Sistema discrimina en el sentido de que se ocupa, en proporción enorme, de los casos más sencillos y de los habitantes menos favorecidos socialmente. En cambio, provoca cuotas altísimas de impunidad en los procedimientos complejos, principalmente en los delitos no tradicionales (económicos, contra el medio ambiente, drogas, etc.), en aquellos cuyos acusados pertenecen a la capa más favorecida de la población. Con ello, el sistema vigente funciona a contrapelo de la práctica universal: se muestra idóneo para resolver los casos de menor importancia e impotente para solucionar los conflictos sociales más graves.

Ello, además, trae aparejada una consecuencia siniestra, la impunidad en sentido material. Toda sociedad necesita corroborar, en la solución de los conflictos particulares, la vigencia de los valores que sustentan la convivencia pacífica; la impotencia para resolver aquellos conflictos que conmocionan los cimientos de nuestra convivencia y nuestro desarrollo genera el resultado advertido. No se podría terminar de describir el sistema judicial vigente si no se pusiera de manifiesto la delegación enorme de las

funciones que produce, desde los jueces y funcionarios que por ley tienen a su cargo una determinada tarea judicial, hacia otros funcionarios o empleados subalternos del sistema. Ello es propio del sistema de registro de los actos, en el cual, en realidad, el acta reemplaza al acto. Empero, ello solo se produce merced a una justicia encapsulada en los funcionarios y en los profesionales, ajena a la población y a su control; al contrario, el sistema vigente, en lugar de privilegiar el control público, externo, privilegia el control interno, por la misma burocracia.

Actualmente, el cuerpo social está alejado de la administración de justicia; la población, en general, no tiene posibilidades de comprender cómo se administra justicia, ni de controlar su eficiencia. Solo unos escasos juicios orales, realizados en el sistema federal según leyes de excepción, han demostrado cómo la población puede comprender y controlar la administración de justicia, base ineludible de un sistema republicano de gobierno. De allí también el desprestigio del Poder Judicial, sobre el cual el ciudadano, cualquiera que sea su ubicación social, económica y cultural, tiene representaciones totalmente apartadas de la realidad.

## II. EL PROYECTO DE REFORMA

En el ámbito de la reforma del Estado, que a todos parece tan imprescindible en estos momentos, es el Poder Judicial y la tarea que él realiza, administrar justicia, la institución y la labor que con más urgencia se debe adaptar al estilo de vida democrático y a las necesidades actuales. Un servicio de justicia eficiente es una herramienta central e imprescindible para la consolidación del sistema democrático y para asegurar la paz social dentro de él. Ello implica un cambio cualitativo, una nueva rutina en el tratamiento de los casos, un nuevo perfil de los funcionarios y magistrados, una nueva manera de capacitarlos, un nuevo enfoque en la administración de los tribunales y demás operadores estatales del sistema. La consecuencia es clara: solo mediante una reforma global del sistema se podrá alcanzar la meta de adecuar la administración de justicia a un Estado de Derecho y, al mismo tiempo, tornarla eficiente para responder, democráticamente, a su función específica, la solución de conflictos sociales.

Esta reforma global se ha encarado por el Poder Ejecutivo nacional en un área tan conflictiva como la penal. No se ha utilizado aquí el método de hacer "más de lo mismo", en el sentido de crear más cargos de jueces o más

auxiliares de ellos, multiplicando la burocracia ya existente, ni de reformar tan solo aparentemente el sistema, en el sentido de las múltiples leyes de "reforma" del actual sistema vigente, que nunca transformaron la forma de administrar justicia en materia penal, ni la rutina que seguían, y todavía siguen, quienes operaban y operan el sistema. La reforma propuesta transita ahora por otros caminos que, como dijimos, conducen a cambios cualitativos del sistema. No otra cosa significa incorporar el juicio oral y público a nuestras prácticas judiciales –incluso para resolver incidentes intermedios–, con la participación ininterrumpida de todas las personas y los funcionarios legitimados por la ley para intervenir en la solución del conflicto, institución que torna transparente la justicia penal, la hace accesible y comprensible para el público en general y, con ello, para la prensa, con su tarea multiplicadora de la información en la opinión pública. Del mismo modo, la supresión de la antigua manera de preparar la acción penal oficial –investigación penal para decidir acerca de la interposición de la acusación o el pedido de sobreseimiento– confiada a un juez de instrucción, inquisidor cuyo mantenimiento proviene del compromiso político entre la reforma del siglo XIX y su pasado inmediato, la Inquisición, para reemplazarla por una investigación ágil del caso penal, en manos del ministerio público –órgano encargado de la acción penal–, con control suficiente de parte de los jueces (sistema de garantías constitucionales), representa un avance en varios sentidos:

- a) en primer lugar, el de la eficiencia de la propia persecución penal estatal, hoy trabada por la rigidez de la asignación de los casos en relación con los recursos humanos y materiales existentes;
- b) en segundo lugar, el de la eficiencia del control sobre las acciones del Estado que pueden lesionar la seguridad individual, hoy trabado por el doble papel que se obliga a cumplir al juez de instrucción, inquisidor y juez de garantías, en lugar de preservar para los jueces la función de velar por las seguridades de los ciudadanos, evitando su transformación en persecutores penales oficiales;
- c) en tercer lugar, el tiempo de duración del procedimiento, sobre todo en los casos graves, que se abreviará considerablemente cuando, al ser asignados los casos, se destinen a ellos mayores recursos humanos y materiales, solución imposible de pensar con el sistema actual.

A esas ventajas esenciales del procedimiento se agrega un tratamiento innovador en el plano de la organización judicial, con el objetivo de desburocratizar la administración de justicia y personalizar el tratamiento del caso penal, lo que implica una lucha sin cuartel contra la "delegación" de funciones, institución práctica cuya hipocresía consiste en que el funcionario, que debe por ley tomar a su cargo el caso, delega sus funciones en empleados subalternos que se ocupan de ella y cumplen los actos para los cuales solo es competente el funcionario.

No le va en zaga a estos objetivos el de intentar la participación ciudadana en la tarea de administrar justicia. Este objetivo, tanpreciado para las democracias liberales del siglo XIX y, por ello, para nuestro movimiento constituyente (por tres veces mandado en la Constitución Nacional, arts. 24, 67 inc. 11, y 102), pero nunca alcanzado en nuestro país, recibe en la reforma de la organización judicial un tratamiento adecuado, sin exageraciones y conforme a la idea que sobre administrar justicia tiene el mundo cultural al que pertenecemos.

Sin embargo, el plano normativo, por sí mismo, sin aditamento alguno, no logrará la tan ansiada transformación. Él debe ir acompañado de una profunda reforma de los mecanismos de administración interna de los tribunales, para poder aprovechar al máximo los recursos humanos y materiales de que disponemos, de la incorporación de técnicas nuevas que mejoren la labor cotidiana y reduzcan los costos de administración, todo lo cual exige la incorporación de computadores de apoyo a la gestión judicial y la creación de sistemas electrónicos de transmisión de datos que faciliten la información necesaria a los operadores del sistema y posibiliten un sistema estadístico que permita conocer empíricamente los resultados de la aplicación del sistema de administración de justicia, sus aciertos y errores.

Por lo demás, la capacitación de jueces, funcionarios y auxiliares judiciales para el nuevo sistema, esto es, la preparación ineludible para una nueva forma de concebir la tarea de administrar justicia, es un requisito *sine qua non* para lograr el objetivo de modificar los patrones de conducta de aquellos que serán responsables de su buen funcionamiento.

La reforma no solo se ha preocupado por integrar el marco normativo, y este tan solo parcialmente (Código Procesal Penal), como ha sucedido en otras oportunidades, sino que, desde un primer momento, se tomó en cuenta los problemas que implica la puesta en marcha del nuevo sistema, y un equipo interdisciplinario trabaja en un plan que contempla, inclusive, la informatización de la gestión judicial y las tareas de capacitación necesarias.

Creo que se puede calificar hoy de "lugar común" el punto de partida que anima a la reforma procesal penal: ni el Código ni la organización judicial vigentes en la materia, en el orden federal, son compatibles con las ideas político-jurídicas generales y particulares –esto es, de este ámbito del derecho– que postula la Constitución y, además, carecen de eficiencia práctica cualquiera que sea el punto de vista político desde el cual se observe a la administración de justicia penal, al menos: desde el atalaya de la seguridad ciudadana, entendida como eficiencia para la persecución penal de los delitos, o desde el ángulo de la seguridad individual y la dignidad humana, comprendida como eficiencia para la protección de las garantías constitucionales de los ciudadanos.

Creo, también, que, actualmente, son escasas las personas –posibles de contar quizá con los dedos de una mano– que, como en otras ocasiones, expresan ideas contrarias a este punto de partida. De hecho solo recuerdo una carta de un lector, ex juez federal, de dudoso contenido crítico (*La Nación*, 24/12/87; más atacaba a una audición televisiva que a la reforma emprendida), los artículos de un conocido político conservador en el diario *La Prensa* (5 y 07/06/88), don Emilio Hardoy, plagados de errores teóricos y políticos acerca del sistema que se pretende, y, recientemente, el reportaje aparecido en *La Gaceta*, de la ciudad de Tucumán (27/08/88, p. 9), a un viejo luchador por las mismas ideas fundamentales a las que aspira el Proyecto, que duele más por el abandono de las ideas reformistas antes defendidas, que por la crítica en sí, insustancial: "Pero es preferible los males y daños que puede provocar el viejo Código que afrontar el nuevo que propicia la Secretaría de Justicia de la Nación". Estos conceptos pertenecen al doctor Ricardo Levene (h.), renombrado jurista argentino, quien visitó *La Gaceta* en compañía de los Doctores Jorge Víctor Miguel, titular de la cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNT, y Eduardo Sanjuán, juez federal de Tucumán (sic; dicho sea de paso, el doctor Levene aclaró en *La Nación*, 05/09/88, su opinión en forma parcial, señalando una "mala interpretación" de sus palabras que, sin embargo, para nada se refiere al párrafo transcripto).

Esta reforma sustancial transita hoy, también para su aprobación, por un camino esencialmente democrático. Por una parte, ha tenido amplia difusión y oportunidad de crítica, tanto antes de ser acogida por el Poder Ejecutivo, como en el área parlamentaria. Por otra parte, posee, con cierta evidencia, consenso popular, pues intervienen en ella representantes legislativos de los dos partidos políticos que concentran la opinión nacional. Por

fin, sus instrumentos normativos, que la definen políticamente, serán apreciados –aprobados o desaprobados– por el Congreso de la Nación, máximo depositario de la soberanía popular y responsable de la marcha política de la República.

Este camino, si bien no despeja urgencias y ansiedades, es, sin duda, más seguro y justo que el de la orden de un patriarca iluminado. El camino andado, por lo demás, permite avizorar que la respuesta no será la omisión, como sucedió con otros proyectos que, por múltiples razones, no tuvieron tratamiento legislativo: el Código ha conseguido dictamen favorable de la Comisión de legislación penal de la Cámara de Diputados y se prepara a comparecer ante ella.

## ANEXOS: PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. NECESIDAD DE LA REFORMA

### I. SÍNTESIS HISTÓRICO-CULTURAL DEL ENJUICIAMIENTO PENAL

#### **I.A. El desarrollo universal**

En la antigüedad, las disputas –y entre ellas, las relativas al ámbito de lo que hoy denominamos delitos y derecho penal– se resolvían, por regla general, en público, en presencia del acusador y del acusado y frente a un tribunal formado como asamblea popular de la respectiva comunidad.

Para no abarcar sino aquellos sistemas de enjuiciamiento que han dejado sus vestigios perennes en la historia de la civilización a la que pertenecemos, comenzaremos diciendo que esta fue la forma general del procedimiento griego (derecho ático).

En efecto, la Asamblea del pueblo o distintos tribunales populares que obraban por su delegación, entre los que se destaca el de los Heliastas, a cuyo cargo se colocó la jurisdicción común, presidían un juicio público llevado a cabo en la plaza pública, a cuyo término (después del debate); los integrantes del tribunal (gran número: de 500 a 6.000 personas, según los casos) decidían por votación.

Lo importante de destacar en el enjuiciamiento ático es la iniciación del sistema de acusación popular –cualquier ciudadano podía perseguir penalmente los delitos públicos–, según predicó Solón, para que se acos-

tumbraran a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo. Se trataba; así, de un sistema netamente acusatorio que lleva el nombre de popular por la legitimación para perseguir penalmente, en el cual, según se observa, la falta de constitución de –al menos– un acusador o el abandono del caso por el ya constituido dejaba impune el delito.

Históricamente, el procedimiento ático trascendió determinando las formas judiciales romanas e incluso algunas de las formas modernas del procedimiento (Inglaterra y España, p. ej., respecto de la acusación popular).

La labor de los juristas romanos consiguió plasmar durante la República y los primeros siglos del Imperio sobre aquella base, un procedimiento penal que, al decir de los historiadores, le daría gloria imperecedera. La *provocatio ad populum* de las sentencias de los magistrados como gracia pedida al pueblo para que evitara la pena o la reemplazara constituyó el germen del procedimiento público ante una asamblea popular.

Un reconocimiento expreso de este tipo de enjuiciamiento comenzó durante la República con las centurias, asambleas populares en las cuales recayó la jurisdicción penal común. Ya con el último siglo de la República termina de estructurarse el procedimiento y la organización judicial que le otorgaron brillo al derecho romano: la *quaestio*, *accusatio* o *iudicium publicum*. Con ellos se completó el desarrollo del sistema de acusación popular, como vía de persecución penal en los delitos públicos, el tribunal de jurados (*iudices iurati*) como órgano depositario del poder jurisdiccional –ante la imposibilidad de reunir, en cada caso, una asamblea popular, conforme a la complejidad creciente de la estructura social y estatal–, y el procedimiento oral, público y contradictorio, como método de enjuiciamiento penal, con una regulación precisa que pasó a la posteridad.

El antiguo proceso común de los germanos representa la forma de reacción de una sociedad más primitiva, carente de un poder político central. Empero, él puso también en funcionamiento un sistema acusatorio, de tipo privado –pues el propio ofendido o su parentela inmediata eran los legitimados para perseguir penalmente– cuyo eje central residía en un enfrentamiento entre el acusador y el acusado en un juicio público y oral, llevado a cabo frente a la asamblea popular que decidía el caso.

La Alta Edad Media, después de la caída del Imperio romano, estuvo presidida por estos principios sobre el enjuiciamiento penal. Con el advenimiento de la forma política del Estado nacional y absoluto y como uno de los instrumentos para su consolidación, se transforma radicalmente el enjuiciamiento penal.

El poder de persecución penal se transfiere de los individuos al poder político central, el procedimiento se resume en pura investigación acerca de una persona. La persona que sufre, de sujeto de una relación se convierte en objeto de ese procedimiento, la investigación se torna secreta –aun para quien sufre– y se protocoliza por escrito, el acusador y el tribunal desaparecen para dar lugar al inquisidor, quien no reconoce límites para su tarea de investigar en procura exclusiva de la verdad. Se trataba del apogeo de la Inquisición y de la Edad Moderna.

Al liberalismo político y al siglo XIX le correspondió la tarea de encontrar una solución de compromiso entre los dos grandes sistemas. A pesar de que el modelo inicial –el procedimiento anglosajón– representó el intento de regresar al sistema acusatorio popular, lo cierto es que el resultado legislativo final de este proceso en Europa continental –plasmado, por primera vez, en el Código de Instrucción Criminal francés de 1803– consistió en aceptar principios básicos de la Inquisición, persecución penal pública y averiguación de la verdad como meta del procedimiento con limitaciones importantes sobre los métodos para obtener esos fines, fundadas en el respeto para la dignidad humana.

Es por ello que corresponde conocer este procedimiento bajo el nombre de proceso inquisitivo reformado. En las formas, este compromiso dio por resultado un procedimiento integrado básicamente por una faz preliminar, en la cual predominaron los caracteres inquisitivos (la instrucción preparatoria: investigación escrita y parcialmente secreta) y una etapa final, con características acusatorias (el juicio oral, público, contradictorio y continuo) que otorgaba la base para la sentencia.

Ambas fases del procedimiento se unieron mediante una etapa intermedia que, al controlar la idoneidad de las conclusiones sobre la investigación, permitía el paso de una faz a otra. En la organización judicial, el cambio político generó, en primer lugar, tribunales independientes del poder político central con participación popular (juicio por jurados o escabinos); en segundo lugar, la necesidad de diferenciar el órgano encargado de la investigación preliminar (ministerio público o juez de la instrucción) del tribunal que presidía el juicio y dictaba la sentencia; por fin, la necesidad de separar el órgano estatal encargado de la persecución penal, del competente para decidir sobre ella, aun reconociendo que ambas funciones pertenecían a la soberanía estatal y estaban gobernadas por los mismos fines: averiguación de la verdad y realización de la ley penal, sin menoscabo de la dignidad humana.

## **I.B. La situación en la República Argentina**

La emancipación política de España dejó intacto el procedimiento inquisitivo que la metrópoli aplicó a sus colonias. La Constitución Nacional de 1853 y todo el proceso de organización política y constitucional que la precedió significaron la adecuación de nuestro sistema jurídico-político a la transformación institucional del siglo XIX.

Sin embargo, esta transformación, postulada con claridad por el texto constitucional (sistema republicano, garantías de seguridad individual, juicio público por jurados), no se reflejó en los instrumentos legislativos prácticos para poner en marcha estos ideales en la transformación de la administración de justicia penal y de las leyes según lo ordenaba la propia ley fundamental (art. 24).

Después de un primer intento del Congreso Nacional por cumplir el mandato constitucional (ley del 30/09-06/10/1871), instituyendo el juicio por jurados y un procedimiento acorde con él (Proyecto González - De la Plaza, que no obtuvo tratamiento legislativo), la decisión política se orientó definitivamente por la conservación, con ciertas modificaciones, de la legislación procesal penal española antigua, a pesar de la transformación operada en la propia España.

El Código nacional que aún nos rige y que este Proyecto intenta superar, representa la traducción de esa decisión política. Sancionado en 1883 y vigente desde 1889, cuando ya la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (1882) había transformado radicalmente la antigua legislación de España que tomó como fuente el legislador argentino, sumió al país, en esta materia, en un atraso que ya alcanza a un siglo.

Les correspondió a las provincias, también en esta materia, superar paulatinamente este atraso cultural y político y representar, mucho más fielmente que el Estado federal, el verdadero espíritu republicano que anima nuestra Constitución Nacional.

Un primer intento tímido se llevó a cabo por Tomás Jofré (Buenos Aires y San Luis, 1915), intento que, precisamente por su excesiva moderación, fracasó, aunque marca el primer peldaño del progreso institucional. A la provincia de Córdoba y a su Universidad les correspondió dar el paso decisivo para romper los moldes inquisitivos antiguos, en procura de la adaptación constitucional del sistema de enjuiciamiento penal. El Código de Córdoba de 1939 y las provincias que, en forma más o menos inmediata, siguieron su línea (Santiago del Estero, San Luis, La Rioja, Jujuy,

Mendoza, Salta, Catamarca, La Pampa, Corrientes, Chaco, Entre Ríos) introducen en nuestra República, un siglo después, el proceso renovador operado en el siglo XIX.

Este proceso mantuvo su vigor transformador hasta, aproximadamente, el año 1970. Dentro de él, incluso, existieron intentos definidos de modificar la administración de justicia penal de la Nación, todos frustrados: la base fue el Proyecto Antelo (1933), que influyó decisivamente en la legislación cordobesa de 1939 y que, si hubiera sido sancionado por el Congreso Nacional nos hubiera evitado medio siglo de atraso; lo siguieron, en la misma línea, los proyectos de 1942, 1948, 1960 y 1974.

El fracaso de todos estos proyectos fue el resultado del espíritu reaccionario que siempre ha imperado en la Capital de la República. Este mismo estilo fue el que inspiró las reformas parciales e insustanciales de nuestro Código vigente, caduco culturalmente, que solo lograron preservar la sustancia autoritaria y el sistema anticuado del régimen procesal penal. Se proclamó, incluso, la conveniencia de mantener el "secular sistema vigente", bajo el manto de un supuesto "realismo", que pretendía ahorrarle recursos al Estado, sin explicar en qué consistía el ahorro.

## **I.C. Conclusiones**

La reseña histórica demuestra la imposibilidad de proseguir con los intentos de conservar el sistema de administración de justicia penal vigente para los tribunales nacionales. El atraso, según se ha expuesto sintéticamente, es tan evidente cuanto insostenible. Resulta absolutamente imprescindible, si se cree verdaderamente en la forma republicana y en un Estado de Derecho –y no se bastardean estas palabras con su uso hipócrita e inoperante– retomar la línea de progreso que las provincias argentinas iniciaron desde el año 1939.

Este Proyecto se inscribe en ese camino y tiene como fundamento y meta un principio cardinal: rescatar el sistema republicano, una de las bases indiscutidas de nuestra unión nacional, en el ámbito de la administración de justicia penal.

## II. PROCESO PENAL Y PROGRAMA CONSTITUCIONAL

Es hoy un lugar común que nuestra Constitución Nacional contiene las bases de nuestro enjuiciamiento penal.<sup>1</sup> Sin embargo, el contenido de lo que se comprende como bases constitucionales del enjuiciamiento penal ha sido ordinariamente muy restringido limitándose, fundamentalmente, al análisis jurídico de las garantías de seguridad individual expresas o implícitas en el texto del art. 18 de nuestra ley básica (juicio previo, inocencia, defensa, juez natural, *ne bis in idem*). No es común que se crea y exponga, como programa constitucional, el imperativo de atender a una forma histórica concreta de enjuiciamiento penal; esto es, desde otro punto de vista, no se afirma que el modelo estructural básico del procedimiento ya se encuentra plasmado en la ley fundamental. Incluso cuando se ha hablado del "debido proceso" como garantía innominada (*due process of law - fair trial*), a la manera del derecho constitucional de procedencia anglosajona, no se siguió ese modelo, sino que su contenido, prácticamente, se agotó con la descripción analítica de aquellas garantías.

Lo que sucedió es que, salvo escasas excepciones, no se apuntó a la crítica extra-sistemática del enjuiciamiento penal heredado de la colonización, desde el atalaya de la nueva forma política que adoptábamos como sociedad nacional para gobernarnos, según nuestra Constitución Nacional, sino que tan solo se procedió a reformar el sistema en tópicos precisos, aceptándolo y adaptándolo mínimamente a las nuevas reglas de garantía.

El resultado no pudo ser otro que un fracaso (no solo en el ámbito del proceso penal), tanto desde el punto de vista de una persecución penal eficaz, a la que el sistema antiguo tendía, pues los injertos lo desfiguraban, como desde la óptica de las mismas garantías individuales, imposibilitadas de transformarse en una realidad práctica ordinaria y para todos, porque el mismo sistema lo impedía. He allí nuestra realidad.

A nuestro juicio, el atento observador de nuestra Constitución Nacional (y también el que atienda al derecho público provincial), debe plantearse el problema de otro modo. Se trata de observar en cuáles aspectos políticos del enjuiciamiento penal nuestra ley fundamental ha decidido algo

1. Ver VÉLEZ MARICONDE, A., *Derecho procesal penal*, T. II, Córdoba, Marcos Lerner, 1986 y CLARIÁ OLMEDO, J. A., *Tratado de derecho procesal penal*, T. I, Córdoba, Marcos Lerner, 1964.

por sí misma y cuáles ha dejado librados al legislador común; pero esta observación debe llevarse a cabo como un todo, componiendo así no solo la explicación dogmática de una garantía, sino, también, las formas procesales que permiten llevarla a cabo, actuarla en concreto.

A modo de ejemplo, es ostensible que la Constitución Nacional no ha decidido cuál debe ser el sistema de persecución penal o, si se quiere, en quién reside el poder de perseguir penalmente, dejándolo librado al legislador común.

Se hubiera podido así, lícitamente, encomendarle esa tarea al Estado, o a la víctima o sus parientes inmediatos o, también, como sucedió en el derecho ático y romano, y en el derecho anglosajón moderno, a cualquier ciudadano.

El Código Penal decidió este interrogante en sus arts. 71 y ss., fundando la persecución penal estatal (inquisición) por regla general y estableciendo ámbitos pequeños de excepción, librados a la voluntad privada. No ocurrió lo mismo, en cambio, con las formas del juicio penal. En este ámbito es claro que nuestra Constitución procede de un movimiento histórico transformador de la legislación inquisitiva que, como culminación del procedimiento penal, estableció un juicio público, oral, continuo y contradictorio, intentando un equilibrio de poderes entre el acusador y el acusado, frente a un tribunal imparcial encargado de fallar con fundamento en los actos del debate, llevado a cabo con la presencia ininterrumpida de todos los intervinientes en el procedimiento.

Tanto es así que todo el sistema de seguridad individual, que la Constitución remarca en su art. 18, procede de ese movimiento histórico-político y, en definitiva, solo es posible de cumplir mediante esas formas, hoy universales.

Resulta aún más claro el mandato de nuestro legislador constitucional al Congreso Nacional de promover "la reforma de la legislación vigente en todos sus ramos y el establecimiento del juicio por jurados" (art. 24), con el cual resulta evidente, al menos en esta materia, que nuestra Constitución renegaba de la legislación inquisitiva, heredada de la época colonial, y definía el nuevo enjuiciamiento penal, acorde con ella y su génesis político-cultural.

El mandato para establecer el juicio por jurados se repite en los arts. 67 inc. 11, y 102 de la Constitución; y es imposible concebir un juicio ante jurados sin la publicidad, oralidad y continuidad del enjuiciamiento, pilares básicos de la reforma que ahora se intenta. La publicidad del juicio,

como forma de control popular sobre la administración de justicia, es, por lo demás, una exigencia del sistema republicano de gobierno (art. 1) y resulta imposible lograr su vigencia práctica sin la oralidad y continuidad de la audiencia en la que se resume el procedimiento.

Todas estas formas son, según se observa, interdependientes. El derecho público provincial argentino ha reafirmado estas conclusiones tal como se puede observar en las siguientes constituciones: Misiones, art. 19; Río Negro, arts. 8 y 134; Santa Cruz, art. 19; San Luis, arts. 26 y 109; Santa Fe, art. 9; Santiago del Estero, art. 23; Formosa, art. 125; Chubut, art. 32; Mendoza, art. 146; Neuquén, arts. 50, 160 y 166; San Juan, arts. 18 y 120; Tucumán, art. 27; Buenos Aires, art. 157; Catamarca, art. 209; Córdoba, arts. 9 y 134; Corrientes, arts. 31 y 151; Entre Ríos, art. 28; Jujuy, art. 35; y La Rioja, arts. 25 y 26. Lo mismo sucede con los pactos y declaraciones internacionales para la protección de los derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos, art. II; Declaración Americana sobre Derechos del Hombre, art. 26; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, inc. 1 y 3, y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 3, n° 5.

Nuestro país ha reiterado recientemente su voluntad de cumplir este programa, al adherir a esta última Convención, llamada también el Pacto de San José de Costa Rica.

### III. EL COLAPSO DEL SISTEMA VIGENTE

Se ha señalado insistentemente la inadecuación del sistema nacional de enjuiciamiento penal a los mecanismos modernos de solución de los conflictos suscitados en el ámbito del control penal, sin embargo, se puede decir que hoy nos enfrentamos a una situación inédita: el sistema vigente se encuentra en colapso, esto es, en un estado de parálisis producto de una ineficacia imposible de superar con reformas parciales. Si un sistema procesal moderno debe cumplir la doble función de brindar al poder estatal medios idóneos para averiguar la verdad y asegurar la administración de justicia, garantizándole al individuo, al mismo tiempo, el respeto de su dignidad humana y la preservación de sus derechos fundamentales, se puede decir, sin temor a equivocarse que el orden procesal establecido por el Código vigente no cumple eficazmente alguna de estas dos funciones.

Reiteradamente hemos experimentado la poca ductilidad del ordenamiento nacional para adaptarse a las cambiantes –y siempre urgentes– orientaciones de la política criminal del Estado y su resistencia a seleccionar, de un modo conveniente, los conflictos que el cuerpo social necesita solucionar con prontitud y justicia. Por el contrario, en él la rutina reemplazó a la consideración del caso concreto, el formalismo a la verdad y el secreto a la publicidad republicana; todo ello sin ser siquiera un instrumento eficaz al servicio de la persecución penal pública. En este sentido, es evidente que el Código nacional funciona de un modo contrario a la práctica universal: se muestra idóneo para resolver aquellos casos de menor importancia y, al contrario, es impotente para resolver los conflictos sociales graves que, de ordinario, han conmocionado los cimientos de nuestra convivencia y de nuestro desarrollo.

Ejemplos recientes demuestran esta afirmación: toda persona honesta, que conozca el funcionamiento de las instituciones procesales de la Nación, sabe que algunos juicios actuales, de gran trascendencia pública, nunca hubieran concluido de haberse sustanciado por el trámite del Código vigente y se hubiera demorado indefinidamente una decisión que la sociedad argentina no podía postergar. Pero el sistema nacional de enjuiciamiento penal tampoco cumple acabadamente su función garantizadora. La utilización arbitraria del encarcelamiento preventivo, la falta de control sobre los actos judiciales –publicidad–, la enorme delegación de funciones, etc., son claros ejemplos de un sistema procesal que, más allá de declaraciones bien intencionadas, no respeta al hombre concreto y singular, que espera, muchas veces angustiosamente, la solución del conflicto en el cual se encuentra inmerso.

En fin, si el sistema vigente se encuentra en colapso, es porque él no sirve ni al Estado ni al individuo, no favorece la persecución de los delitos, ni garantiza realmente el respeto de los derechos fundamentales.

Toda sociedad necesita –y la nuestra aún más imperiosamente– corroborar, en la solución de los conflictos particulares, la vigencia de los valores que sustentan la convivencia pacífica. Se puede decir, entonces, que el sistema nacional de enjuiciamiento penal, en la medida de su doble ineficacia, desorienta al cuerpo social, desvirtúa las bases valorativas de nuestra convivencia y, favoreciendo la impunidad o logrando el castigo a costa de la renuncia de otros principios fundamentales, contribuye a fomentar muchos de aquellos males estructurales de nuestra sociedad, que impiden construir una democracia justa y acorde con las circunstancias

del mundo moderno. Esta parálisis del sistema vigente ya no puede recibir curas parciales.

Los intentos realizados en tal sentido no han logrado modificar el funcionamiento general de la administración de justicia en materia penal y, escaso tiempo después, ellos mismos han contribuido a alimentar un sistema que, inexorablemente, ha fagocitado todas las buenas intenciones.

La transformación total del sistema vigente y la modificación de sus bases fundamentales es el único camino idóneo para lograr un régimen de enjuiciamiento penal que asegure la convivencia social pacífica y contribuya a fomentar las relaciones de justicia.

## ESTRUCTURA DEL PROYECTO

El proyecto distribuye su contenido en seis libros, conforme al siguiente esquema:

### LIBRO PRIMERO: Disposiciones generales

Título I: Principios básicos

Título II: Sujetos y auxiliares

Cap. 1: El tribunal

Secc. 1: Disposiciones generales

Secc. 2: Conexión

Secc. 3: Cuestiones de competencia

Secc. 4: Apartamiento de jueces

Cap. 2: El imputado

Secc. 1: Generalidades

Secc. 2: Declaración del imputado

Secc. 3: Defensa técnica

Cap. 3: El acusador y órganos auxiliares

Secc. 1: El ministerio público

Secc. 2: La policía

Secc. 3: El querellante

Cap. 4: La reparación privada

Secc. 1: Acción civil

Secc. 2: Actor civil

Secc. 3: Tercero civilmente demandado

Cap. 5: Auxiliares de los intervinientes

### Título III: La actividad procesal

Cap. 1: Disposiciones generales

Cap. 2: Plazos

Cap. 3: Comunicación

Secc. 1: Entre autoridades

Secc. 2: Notificaciones, citaciones y vistas

Cap. 4: Actos y resoluciones jurisdiccionales

Cap. 5: Prueba

Secc. 1: Disposiciones generales

Secc. 2: Comprobación inmediata y medios auxiliares

Secc. 3: Testimonio

Secc. 4: Peritación

Secc. 5: Otros medios de prueba

Cap. 6: Medidas de coerción

Secc. 1: coerción personal del imputado

Secc. 2: Examen de las medidas de coerción personal

Secc. 3: Embargo y otras medidas de coerción

Cap. 7: Actividad procesal defectuosa

### LIBRO SEGUNDO: El procedimiento común

Título I: Preparación de la acción pública

Cap. 1: Persecución penal pública

Cap. 2: Obstáculos a la persecución penal y civil

Cap. 3: Actos introductorios

Cap. 4: Procedimiento preparatorio

Cap. 5: Conclusión

Título II: Procedimiento intermedio

Cap. 1: Desarrollo

Cap. 2: Sobreseimiento y clausura de la persecución penal

Título III: Juicio

Cap. 1: Preparación del debate

Cap. 2: Debate

Secc. 1: Caracteres y dirección

Secc. 2: Desarrollo

Secc. 3: Sentencia

### LIBRO TERCERO: Recursos

Título I: Disposiciones generales

Título II: Reposición

Título III: Casación

Cap. 1: Procedencia

Cap. 2: Trámite

Cap. 3: Sentencia

Cap. 4: Procedimiento abreviado

Título IV: Revisión

LIBRO CUARTO: Procedimientos especiales

Título I: Procedimiento monitorio

Título II: Juicio por delito de acción privada

Título III: Procedimiento con menores

Título IV: Juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección

LIBRO QUINTO: Ejecución

Título I: Ejecución penal

Cap. 1: Penas

Cap. 2: Medidas de seguridad y corrección

Título II: Ejecución civil

LIBRO SEXTO: Costas e indemnizaciones

Título I: Costas

Título II: Indemnización al imputado

Esta distribución responde, en general, a la estructura básica de nuestra legislación procesal más moderna, encabezada por el Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba (1939). A su vez, el Código cordobés siguió, en líneas generales, las bases sistemáticas del Código de Italia de 1930, sin perjuicio de modificar su contenido regulativo. Las principales modificaciones de esta estructura son las siguientes:

- a) se amplía la parte general, incluyendo materias que el Código cordobés reguló en el libro dedicado a la instrucción: la prueba y las reglas referidas a la coerción personal del imputado pertenecen ahora a la parte general, pues estas normas no se aplican solamente durante la instrucción, sino que extienden su influencia a lo largo de todo el procedimiento;

- b) al mismo tiempo, se suprime de la parte general las reglas relativas a las diferentes clases de acciones penales, ya contenidas en el Código Penal y cuya repercusión procesal es materia propia de cada uno de los procedimientos (común o especial para delitos de acción privada), por una parte, y, por la otra, se reserva para la Ley de Organización Judicial la distribución de competencia entre los tribunales, materia propia de la organización de los tribunales y no del procedimiento;
- c) se regula en un único libro (segundo) todo el procedimiento común para delitos de acción pública, que en los códigos modernos argentinos se encuentra dividido en dos libros. Siguiendo, en este caso, la estructura de la Ordenanza Procesal Penal de la República Federal de Alemania, más racional, pues agrupa todas las reglas que operan conjuntamente y conforman el procedimiento básico del Código;
- d) los procedimientos especiales han merecido, por su importancia y por la referencia de todos ellos al procedimiento común, un libro aparte;
- e) del mismo modo, se regula en libro aparte las incidencias económicas finales del proceso penal, las costas y la indemnización por la pena o por la privación procesal de la libertad injustas. En lo que sigue, intentaremos una breve explicación de las materias que el Código comprende, según la distribución señalada.

Prescindiremos de aclarar, sin embargo, aquellas reglas e instituciones aceptadas por las leyes procesales modernas de la República, que forman parte de modelos y decisiones políticas y científicas ya indiscutibles, incluso universalmente. Nos dedicaremos, así, a explicar las innovaciones que introdujimos respecto de esos modelos y aquellos puntos conflictivos en los que subyace una decisión valorativa de importancia.

## I. LA PARTE GENERAL (LIBRO PRIMERO)

Este libro distribuye su materia en tres títulos principales.

## **I.A. Principios básicos**

Como en los códigos argentinos, se comienza por enunciar las garantías de seguridad individual, porque se trata del marco ideológico-político en el cual se inserta todo el procedimiento y porque, como valores fundamentales de nuestro orden jurídico, estos principios influyen sobre todo el procedimiento y sobre la aplicación e interpretación de sus reglas. Se ha procurado desarrollar con precisión estos principios y, en especial, señalar sus repercusiones procesales.

## **I.B. Sujetos y auxiliares procesales**

El título se ocupa de los sujetos procesales básicos del procedimiento penal: tribunal, imputado y acusador (ministerio público o querellante). Coincidiendo con los códigos argentinos modernos, se permite el ingreso de la cuestión civil provocada por el delito al procedimiento penal, pues así se posibilita –sin obligar– que un conflicto social unitario se componga y solucione sobre la base de una sola actividad judicial, con aprovechamiento integral de la prueba común y ventaja temporal (economía y celeridad).

Se decidió mantener al querellante por delito de acción pública, pues, a más de constituir una institución definitivamente arraigada en la administración de justicia penal de la Nación, se inscribe en la tendencia de incorporar a quienes afecta el delito al procedimiento que se dispone para la solución del conflicto social en el que consiste una infracción penal; por otra parte, el interés directo del afectado produce, al menos, el efecto saludable de evitar, en los casos concretos, la tendencia a la rutina que caracteriza a los órganos estatales.

No obstante, se han recortado sus facultades, comparando as con las que posee actualmente en la legislación vigente, adecuándolas a su función de colaborar, en la persecución penal pública, con el órgano estatal específico. Se trata, entonces, de un querellante por adhesión, a la manera del tercero adherente simple o coadyuvante del derecho procesal civil, que colabora con un sujeto procesal pleno y no puede, por ejemplo, acusar o recurrir autónomamente.

Hemos tenido en cuenta, para ello, que el art. 71 del Cód. Penal atribuye, inequívocamente, la persecución penal de los delitos de acción pública al Estado, corrigiendo así anomalías de la legislación vigente respecto

de la ley sustantiva. Respecto del imputado son escasas las modificaciones en relación con la legislación argentina moderna. Corresponde observar:

- a) se aclara definitivamente (arts. 6 y 31) quién y desde cuándo ejerce los derechos que a él le corresponden, evitando los despropósitos a que condujo una discusión semántica, tan inútil cuanto descabellada, en el ámbito de la administración de justicia penal nacional;
- b) se regula con precisión la declaración del imputado –que aclararemos con mayores detalles al ocupamos del procedimiento preparatorio (instrucción preliminar)– destacándose, respecto de la práctica usual en nuestro medio, la facultad del imputado de consultar a su defensor antes de comenzar la declaración sobre el hecho (art. 41, párr. III);
- c) se disciplina con mayor atención el régimen de admisión y apartamiento del defensor (arts. 54 y ss.), introduciendo nuevos impedimentos para asumir la defensa, desconocidos para la legislación argentina.

El Código introduce también reglas específicas sobre la labor de los auxiliares del ministerio público (art. 73 y ss.) y, por primera vez, regula la actividad de los colaboradores de los demás intervinientes (arts. 108 y 109).

Cabe destacar aquí la inclusión de los consultores técnicos como auxiliares de los intervinientes en el procedimiento, en reemplazo de los llamados "peritos de parte" y con una labor sustancialmente diferente a aquella que, hasta el momento, se les reconocía a estos últimos. Se persigue con ello adecuar la institución de los llamados "peritos de parte" a su verdadera función, la de colaboradores de la defensa de un interés, y, por tanto, evitar la tarea discutible y penosa de intentar conciliar el interés de aquel a quien responden, con el dictamen pericial; ahora representan, inequívocamente, un interés y, por ello, obran solo asesorando al titular de ese interés sobre cuestiones referentes a su conocimiento específico, para la mejor defensa de ese interés.

### **I.C. La actividad procesal**

Es este título el que ha recibido material que, en la legislación argentina, se encuentra incluido, impropiamente, en diversos capítulos del

procedimiento, v. gr., en la instrucción preliminar, la prueba y las medidas de coerción.

Las distintas materias que integran el título no innovan demasiado sobre sus antecedentes, con la salvedad del capítulo referido a las medidas de coerción y el modo de encarar la inobservancia de las formas procesales o vicios del procedimiento.

La regla básica de las medidas de coerción consiste en la afirmación de que ellas son excepcionales, en especial el encarcelamiento preventivo (art. 196). Tal principio es sostenido universalmente, incluso por convenciones internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9 inc. 3); empero, su reflejo práctico resulta escasamente observable. Para lograr eficacia, en el sentido de que el encarcelamiento procesal sea el último de los recursos, se acudió a varios mecanismos: por una parte, ampliar el espectro de las medidas de coerción, superando la falsa antinomia entre encarcelamiento o libertad, dotando al tribunal que decide y a quien requiere su aplicación de una gama de medidas intermedias y alternativas, idóneas para garantizar los fines del procedimiento, sin afectar tan gravemente al imputado (arts. 202 y 209); por la otra, se describen claramente los presupuestos indispensables de las medidas coercitivas (art. 202); además, se establece un mecanismo de control obligatorio, en plazos determinados, sobre la subsistencia de los presupuestos que autorizan la medida (art. 219); por fin, se regula la cesación de la privación de la libertad y, entre sus casos, se destaca aquel que impone ciertos límites temporales para ella (art. 208).

El remedio tradicional de la "excarcelación", con su sistema de valoraciones concretas acerca de la proporcionalidad del encarcelamiento preventivo respecto del resultado del procedimiento, se sustituye por el pedido del imputado o su defensor que provoca el examen de la prisión, con amplitud, referido a todos sus presupuestos.

Por último, conviene destacar que el Código incluye una regla extensa sobre las bases del tratamiento de encarcelados preventivamente, a manera de norma fundamental de los reglamentos que se dicten. El anverso de la regulación de los actos procesales es la decisión acerca de lo que se debe hacer cuando ella no es observada. Lo que la legislación nacional vigente pretende (recurso de nulidad: arts. 509 y ss.), rectamente interpretada es que la nulidad opere solamente por vía de impugnación de las decisiones judiciales fundadas en actos viciados.

La práctica de nuestros tribunales, en cambio, ha tergiversado este sistema permitiendo el examen reiterado y continuo acerca de la forma en la

que son llevados a cabo los actos procesales y de sus presupuestos, con absoluta prescindencia del efecto y del agravio que produce la desviación formal.

El Código pretende rescatar el principio originario de la ley vigente, estableciendo con claridad que el vicio solo adquiere relevancia cuando opera como presupuesto o fundamento de una decisión perjudicial, caso en el cual lo impugnable es la decisión, y no el acto viciado en sí mismo. En lo demás, se distingue entre vicios subsanables e insubsanables y declarables de oficio, con la protesta previa y oportuna, que condiciona la impugnación fundada en los primeros, y se posibilita la renovación de los actos viciados, siguiendo las reglas establecidas en la legislación moderna.

Dos reglas particulares que, aunque pertenecientes a otros capítulos, tienen relación íntima con los temas tratados son la reposición del plazo (arts. 119 y ss.) y la medida de coerción aplicable genéricamente a quienes no obedecen a una orden de citación (art. 138). La primera regla permite solucionar aquellos casos que, en las leyes procesales vigentes, solo tienen remedio a través del incidente de nulidad de la comunicación que daba nacimiento al plazo, pero amplía –justamente el remedio a aquellos casos en los cuales el pedido de reposición no se funda en un vicio de la notificación, sino en otro acontecimiento extraordinario. La segunda regla permite ejercer la coerción sobre citados que no comparecen, con un límite preciso: el tiempo indispensable para cumplir la actividad ordenada, que no puede superar las doce horas. El régimen de la prueba no aporta mayores innovaciones frente a sus precedentes. Se incluye una sección de reglas generales sobre la prueba que determina los principios que la rigen, libertad de la prueba en materia penal y libre convicción o sana crítica racional como sistema de valoración de la prueba, y los presupuestos de admisibilidad de la prueba en concreto, pertinencia y utilidad.

En cuanto a los órganos de prueba se reemplaza el juramento promisorio por el asertorio, porque no se trata de expresar una buena intención sobre una acción futura sino de ratificar una acción concreta y correcta ya llevada a cabo; la fórmula, además, destaca el deber del órgano de prueba frente a la comunidad en la que vive, sin perjuicio de que él desee reafirmar aún más sus dichos invocando sus creencias religiosas. Por lo demás, se intenta que la ratificación solemne, que la ley prevé de esta manera, adquiera vigencia real y no quede reducida a las letras de imprenta de un formulario, como ocurre actualmente.

## II. PROCEDIMIENTO COMÚN (LIBRO SEGUNDO)

El procedimiento común se divide en tres períodos netamente diferenciados, que se encuentran regulados en particular en cada uno de los tres títulos que componen este libro. Las mayores innovaciones respecto de la legislación argentina moderna residen en el procedimiento preparatorio (instrucción preliminar) y en el procedimiento intermedio; el procedimiento principal o juicio, en cambio, sigue de cerca las reglas instrumentales de los códigos argentinos modernos, de juicio oral y público, y las modificaciones se refieren a reglas particulares.

### II.A. Procedimiento preparatorio

Toda la tarea que supone la investigación preliminar de un delito de acción pública, para buscar el fundamento de una acusación formal o, de otro modo, requerir un sobreseimiento, ha sido confiada al ministerio público, que así reemplaza la labor que actualmente llevan a cabo los jueces instructores. Con ello se pretende acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal –en combinación con otras reglas específicas posteriores–, por una parte, y, por la otra, simplificar y dinamizar la tarea de investigación, hoy encerrada en formalidades que no cumplen ninguna función –ni siquiera protectora de la seguridad individual– y que restan eficacia tanto a la averiguación de la verdad, cuanto a una decisión rápida acerca de la promoción del juicio o del sobreseimiento, incluso en beneficio del imputado.

La instrucción preparatoria es, a la vez, un problema propio del enjuiciamiento penal y uno de los más delicados a enfrentar a la hora de decidir políticamente su regulación. El Estado, a quien le está confiada la persecución penal, es un extraño al conflicto social en el que reside un caso penal. Desde que se atribuyó para sí no solo la tarea de decidir los conflictos jurídicos, sino que también asumió, en materia penal la labor de perseguir los llamados delitos de acción pública, tuvo necesidad, como extraño al conflicto por definición, de informarse acerca de él, para preparar su propia demanda de justicia, esto es, su decisión acerca de la promoción del juicio. Tal característica distancia al procedimiento penal de los procedimientos utilizados para resolver conflictos jurídicos privados, pues en ellos, de ordinario, quien persigue judicialmente es uno de los protagonistas del conflicto, por tanto lo conoce y ha tenido ocasión de precaverse de los elementos de convicción para fundar su demanda.

En síntesis, la noticia acerca de un comportamiento delictivo genera, por regla (excepción hecha, precisamente, de los delitos de acción privada, sin instrucción), la necesidad de una investigación. A la vez, la utilización del poder público en la investigación de los hechos provoca el temor fundado de su uso arbitrario, consistente en el avasallamiento de la persona y de sus derechos fundamentales. Por el contrario, la preparación de una demanda fundada en un conflicto jurídico privado, no genera ese temor, pues la persona privada carece de la posibilidad de utilizar directamente la fuerza del aparato estatal. Esta es, precisamente, la razón por la cual, en el procedimiento penal, se incluye, como periodo procesal y objeto de regulación, la preparación de la acción pública, pues tal regulación contiene, a la vez, el poder acordado y sus límites.

La resolución del juego de estas necesidades opuestas es, justamente, lo que toma delicada la solución jurídica del problema. Por un lado, la investigación debe ser eficaz y, por el otro, en aras de esa eficacia no puede avasallarse la seguridad individual.

Históricamente, el espíritu republicano resolvió con claridad este problema, pues, a pesar de tolerar la persecución penal estatal (inquisición), exigió, básicamente, la creación de un órgano del Estado encargado de perseguir penalmente (el ministerio público), diferente de aquel competente para decidir el conflicto (el tribunal). Pues a pesar de que ambas funciones pertenecían al Estado, no era posible confundirlas en un inquisidor, todo en aras del resguardo de la dignidad de la persona perseguida. No es consecuente con esta idea la entrega de ambas funciones –la de requerir y la de decidir–, durante el procedimiento preparatorio, a un inquisidor, a un solo órgano estatal encargado de cumplir las dos tareas, v. gr., el juez de instrucción. Su existencia solo se puede explicar como producto de las contradicciones y compromisos que todo movimiento histórico genera, esto es, de las marchas y contramarchas de un proceso cultural aún no terminado. En efecto, no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficaz y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual: el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor. Esto es, precisamente, lo que ha sucedido entre nosotros al colocar la instrucción en manos de jueces inquisidores, El buen propósito de garantizar más al perseguido, colocando la investigación preparatoria en manos de un juez, sucumbió necesariamente ante la idea simple de que nadie es buen guardián de sus propios actos, esto es, quien está comprometido con la eficacia de una in-

vestigación no puede ser, al mismo tiempo, quien controla el límite de sus poderes.

Precisamente, porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial, es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado, aún durante la instrucción preliminar (y no solo en el juicio), otorgando a un órgano estatal, el ministerio público, la investigación y el poder requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión.

Así se ha resuelto el problema en el Código que se presenta. El ministerio público es el responsable de la investigación preliminar y los jueces quienes controlan el ejercicio de ese poder cuando interesa a las seguridades individuales básicas. Esta fórmula, por lo demás, no es desconocida para el derecho argentino, pues, limitadamente y a la manera del derecho italiano, las provincias de Córdoba y Mendoza introdujeron y practican con éxito la llamada "citación directa", procedimiento preparatorio en manos del ministerio público, en casos de delitos leves o de investigación sencilla. Se trata ahora de universalizar y mejorar esta forma de proceder. Se ha colocado así, dentro de las atribuciones de los jueces, dos tipos de actividades de control. En primer lugar, los actos que implican una decisión y una autorización: entre ellos todas las decisiones acerca de las medidas de coerción, personales o referidas a la obtención de elementos de prueba (p. ej.: allanamiento de morada, interceptación y apertura de correspondencia o comunicaciones, etc.), los que habilitan la intervención de distintas personas en el procedimiento (actor civil, tercero civilmente demandado, querellante) y las decisiones que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal o civil. Por otra parte, están también a su cargo los actos definitivos e irreproducibles, que, por su naturaleza, no implican una actividad decisoria, sino el mero resguardo de las condiciones necesarias para su eventual incorporación posterior al debate (anticipo de prueba).

Mención especial merece la declaración del imputado durante este período del procedimiento. El principio básico que se ha intentado preservar consiste en que ella opere, fundamentalmente, como medio de defensa. De allí que ella sea el presupuesto de las medidas de coerción y del requerimiento de apertura del juicio (acusación). Cuando el imputado ha sido aprehendido y se pretende que prosiga encarcelado, su declaración se produce en presencia del juez que controla la investigación, ante el cual debe consignarlo el ministerio público o la policía, a más tardar dentro de las 24 horas. De este modo se preserva la libertad de defensa en la única situa-

ción que, por sí misma, implica coacción y disminución de la capacidad de defensa.

En cambio, cuando el imputado responde a una citación y, por tanto, se encuentra en libertad, la declaración puede ser llevada a cabo ante el ministerio público, siempre en presencia de su defensor; el resguardo suficientemente la libertad de defensa en una situación que no implica coacción (art. 47).

Por último, se ha permitido que, en los casos sencillos, en los cuales el ministerio público no precise escuchar directamente al imputado, puede otorgarle la oportunidad de pronunciarse por escrito sobre la investigación, antes de su clausura y de la decisión del ministerio público sobre ella (art. 264). Este periodo del procedimiento concluye cuando el ministerio público dictamina, requiriendo la apertura del juicio (art. 263) o, de manera inversa, el sobreseimiento o la clausura provisional (art. 265).

## **II.B. Procedimiento intermedio**

La transición entre el procedimiento preparatorio y el juicio (instrucción preliminar a definitiva) siempre ha generado trámites que, bien estructurados, se conocen con el nombre del epígrafe. Se trata de la etapa crítica sobre las conclusiones de la investigación preparatoria.

La legislación argentina, si bien no ha podido prescindir de este período procesal, ha tendido a desdibujarlo mediante dos herramientas principales. La primera consiste en otorgar al ministerio público un poder absoluto sobre la persecución penal, a la vez que una facultad de decisión: cuando el ministerio público concluye por el sobreseimiento, o bien determina directamente la obligación del juez de sobreseer, o bien su dictamen implica una revisión por el superior jerárquico que, si coincide con su inferior, determina el deber del juez de dictar el sobreseimiento, a pesar de su desacuerdo. Se renuncia así al control de la legalidad de los actos del ministerio público por los órganos jurisdiccionales, para privilegiar su decisión por sobre la de los tribunales. La segunda consiste en renunciar al control sobre la acusación (CPP Nacional) que provoca directamente el juicio, o, en el mejor de los casos, a posibilitar su control a instancia del imputado (legislación argentina moderna, solo parcialmente). No nos pareció conecta esta forma de proceder.

Por una parte, el juicio oral y público es de tal importancia, tanto para quien es perseguido en él, cuanto para la misma administración de justicia,

que no es posible actuarlo en concreto sin control previo sobre la validez formal y la seriedad material de la requisitoria fiscal. Desde este punto de vista, se tiende a racionalizar la administración de justicia, evitando juicios inútiles por defectos de la acusación.

En el Código, por ello, un tribunal controla el requerimiento de apertura del juicio, sin encontrarse vinculado a los dictámenes del ministerio público, por tanto, con facultades para sobreseer o modificar la acusación. Llevar a cabo este control solo a instancia del imputado, significa confiar el interés que la administración de justicia estatal tiene en la realización de juicios correctos a un interés particular, no siempre coincidente con aquel.

Por otra parte, tampoco se prescinde del control jurisdiccional sobre la legalidad de la conclusión del ministerio público en el sentido de clausurar anticipadamente la persecución penal. El Código, por ello, confía también al tribunal del procedimiento intermedio el control de esta conclusión del ministerio público sobre su investigación, con facultades para provocar la apertura del juicio, ordenando que el fiscal acuse o modifique el contenido de su acusación.

He aquí la base del procedimiento intermedio, y, por supuesto, la necesidad de que los jueces encargados de esta etapa no participen en la posterior: el juicio (debate y sentencia). Por lo demás, esta etapa del procedimiento resuelve definitivamente todos los problemas relativos a las pretensiones de intervenir en el juicio de otros sujetos accesorios. De este modo se ha evitado todo el sistema de apelación de decisiones judiciales durante la instrucción, que tanto dilatan y traban la investigación, mediante el simple mecanismo de otorgar la posibilidad de provocar la revisión de aquellas decisiones en esta etapa.

Con el nombre de clausura provisional se mantiene, con modificaciones, el sobreseimiento provisional de los códigos antiguos y su equivalente en los códigos modernos, la prórroga extraordinaria de la instrucción. Quienes han abogado por la supresión de esta decisión (CPP La Pampa, p. ej.), dejan un conjunto de casos sin ningún tipo de resolución. En efecto, cuando se exige la certeza de la inocencia para sobreseer y la probabilidad de condena para acusar, queda entre ambas una gran franja de casos que no permiten arribar al fundamento de una u otra decisión. La realidad indica que los procedimientos terminan en estos casos con un archivo de hecho, sin decisión alguna. La prórroga extraordinaria, en cambio, impone un plazo para acoplar más elementos de prueba, vencido el cual es obligatorio el sobreseimiento material, como absolucón anticipada. Esta solución, más

allá de su acierto, reniega de los plazos de prescripción que contiene el Código Penal y peca, por ello, de reformar un ámbito legislativo que no le es propio. Por todo ello, el Código conserva la clausura provisional, con una importante limitación, que alguna jurisprudencia progresista anticipó: corresponde el sobreseimiento material –y no la clausura provisional– cuando, a pesar de no haberse logrado la certeza acerca de la desestimación de la imputación, la investigación está agotada, sin que se pueda mencionar elementos de prueba que se espera incorporar en el futuro (art. 278, inc. 2).

## II.C. Juicio

La estructura, los principios y las reglas de esta etapa siguen de cerca lo ya conocido en la legislación argentina moderna. Su núcleo reside en un debate oral, público, contradictorio y continuo, con participación ininterrumpida de todos los intervinientes y del tribunal, que reconoce una etapa anterior de preparación y una posterior de obtención de la sentencia. Sobre ello existen muy pocas innovaciones. Por ejemplo, se modifica la forma del interrogatorio (art. 314), sin alcanzar el modo del derecho anglosajón (*cross examination*), pero acercándose a él; se permite la censura del debate, dividiéndolo, formal o informalmente, de modo facultativo, en un debate sobre la culpabilidad y otro posterior sobre la pena (art. 287); la deliberación y votación se inclina decisivamente al método de solución total, desechando el régimen escalonado, que, al prescribir que la minoría de opinión vencida vote sobre las cuestiones siguientes (fallo de culpabilidad), consagra sentencias absurdas; el pronunciamiento de la sentencia –en nombre del pueblo de la República–, si bien permite diferir excepcionalmente su forma escrita, prevé, para esos casos, la explicación oral de los fundamentos por un juez relator.

## III. LOS RECURSOS (LIBRO TERCERO)

Las novedades más importantes, respecto de la legislación moderna vigente en nuestro país, quedan descriptas mejor por lo que se omite regular, antes que por los recursos que se disciplinan. En este sentido, se ha seguido la tendencia de la legislación moderna: regular un juicio penal de única instancia sobre los hechos, que solo admite contra la sentencia un recurso limitado a las cuestiones jurídicas procesales y materiales que

la afectan: el de casación. La omisión de un recurso amplio, que abarque también los motivos de hecho, como el de apelación, obedece, en primer lugar, a razones técnicas: el juicio oral y público no concibe este tipo de recursos porque ello representaría, ineludiblemente, duplicar el juicio, al menos en relación con el aspecto del hecho sobre el que versa el recurso, si él solo ataca parcialmente la sentencia. Así es, porque una regla de principio del juicio oral y público impone que solo los jueces que presenciaron el debate están habilitados para deliberar y votar la sentencia; la regla de la inmediación así lo manda (arts. 291, párr. 1, y 319). También sin esa regla, cualquier neófito se daría cuenta de que un tribunal posterior, que no ha presenciado el debate, carece de base para el fallo, pues, aun apelando a métodos modernos de reproducción, la inasistencia de los jueces de fallo al debate que lo funda provocaría la pérdida de toda la sustancia y razón de ser del juicio oral, implicaría un regreso a la delegación. Precisamente, ante esta situación que comporta una petición de principio para el juicio penal que este Código regula, la reacción fue la siguiente: la existencia del recurso de apelación tiene su fundamento en la necesidad de que varios jueces –un tribunal colegiado– debatan la solución que un juez unipersonal ha dado al caso, por aquello de que, cuando intervienen varias personas, se reduce la posibilidad de errores. Es cuestión, entonces, de adelantar la intervención de varios jueces, con ahorro de procedimiento.

Se entiende que, después de instaurados los Estados republicanos o las monarquías constitucionales, la razón política de la apelación no subsistía: de la administración de justicia por delegación de la monarquía absoluta –el poder de juzgar residía en el monarca– que hacía necesario la devolución del poder jurisdiccional a aquel de quien procedía (el llamado efecto devolutivo de los recursos) y provocaba una organización judicial de tipo vertical, pasamos a un Estado representativo y, por tanto, a una organización judicial horizontal, en lo posible.

El recurso de apelación no solo ha desaparecido, así, del sistema de impugnación de la sentencia, sino que, además, tampoco se conserva en el Código, para etapas anteriores del procedimiento, específicamente para la instrucción preliminar

Varias son las razones:

- a) permitir una continua interrupción de la investigación, por la vía del recurso contra sus decisiones, resulta pernicioso para ella;

tanto es así que ya los códigos antiguos impedían, en general, el recurso;

- b) el juez de la instrucción no es más, en este Código, quien dirige la investigación y, por ello, quien está comprometido con su eficacia; al contrario, él es quien controla la investigación y a cuyo cargo están las decisiones judiciales que comprometen una garantía constitucional o los derechos de alguno de los intervinientes;
- c) se gana así en celeridad y es posible exigir que el ministerio público, órgano propio de la investigación preparatoria, cumpla con idoneidad su tarea.

La desaparición del recurso de apelación sobre decisiones instructorias que hoy son apelables no mengua las garantías que ofrece el procedimiento.

En lo relativo a las facultades de los sujetos procesales (constitución del querellante, actor civil y tercero civilmente demandado), las resoluciones del juez que controla la instrucción son meramente provisionales, pues la pretensión puede reproducirse durante el procedimiento intermedio (arts. 35, PB. 101, 104, 269, 270 y 271).

Las excepciones siguen un régimen idéntico cuando son rechazadas y, cuando son acogidas, siguen el mismo sistema de las medidas de coerción, que permite un recurso directo e inmediato (art. 262).

Precisamente, las medidas de coerción personal, por su importancia, constituyen la excepción al sistema, pues admiten un recurso inmediato (art. 221); estimamos que, si los jueces proceden conforme a la ley (art. 219 párr. 2) y con sentido común (el funcionario del ministerio público concurrirá a la audiencia con los antecedentes que invoca), la queja no significará la destrucción del sistema.

Por fuera de estas omisiones, las novedades son de escasa importancia política. En la casación, los motivos absolutos de la casación, cuyo fundamento son las formas del procedimiento, reemplazan a las llamadas "nulidades absolutas", declarables de oficio, sin necesidad de protesta previa; al mismo tiempo se incorporan otros vicios de la misma importancia para el sistema procesal que se eligió y los vicios de la sentencia, cuya protesta es, precisamente, el mismo recurso.

Se mejora la fórmula de la casación sin reenvío, que, en los códigos argentinos modernos, depende, equivocadamente, solo del motivo del recurso. Se incluyó un procedimiento más breve y sencillo para la casación

de sentencias en casos leves y de autos admitidos como objeto de casación (último capítulo): con ello quisimos atender a las críticas que intentan excluir a las sentencias menores –por así llamarlas– del remedio de la casación, pues no parece posible admitir que esos casos toleren los errores en la aplicación de la ley, ni que el tribunal de mérito impida a voluntad la procedencia del recurso mediante la simple herramienta de imponer una pena o una reparación menor, u obligar a los pretendientes a plantear demandas exageradas, solo para precaverse sobre la procedencia de la casación; tuvimos en cuenta, también, la exigencia de un recurso ante un tribunal superior que contiene el Pacto de San José de Costa Rica, art. 8 n° 2, h, hoy derecho interno para nosotros.

En la revisión las novedades son, también, de menor importancia. Ella es, lo mismo que la casación, un recurso limitado por sus motivos, pero, a contrario de este último recurso, procede por motivos cuyo contenido es, precisamente, inverso al de la casación: dejando de lado el caso atípico de la aplicación de la ley procesal más benigna, siempre procede por un –grueso– error en la fijación de los hechos, conforme a un descubrimiento posterior a la sentencia firme impugnada. Según esa posición se ha regulado sus motivos en forma amplia, mejorando de esta manera la regulación conocida en nuestro país.

La disciplina del recurso mejora también la separación del juicio *rescindens* respecto del *rescissorium* y establece la regla a partir de la cual el tribunal puede, sin reenvío, corregir la sentencia, dictando una nueva en su reemplazo. La discusión teórica acerca de si la revisión es un recurso o una acción contra la sentencia no nos ha preocupado: ella es estéril, a partir del hecho de que, sin dudas para nadie, se trata de una impugnación contra la sentencia, por lo que, hasta quienes niegan su clasificación entre los recursos precisan una regla que indica la vigencia supletoria de las normas aplicables a ellos; esta es la razón por la que no vacilamos al incluirla en el título de los recursos, conforme a nuestra tradición, sin perjuicio de las reglas especiales que la gobiernan (ataque a la sentencia firme y legitimación ampliada). En nuestro derecho, la revisión solo ha procedido –siempre– a favor del condenado, conforme a nuestra interpretación del principio *ne bis in idem*, conclusión que mantenemos y que se adecua al texto –no siempre claro– de las convenciones internacionales sobre derechos humanos.

#### IV. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES (LIBRO CUARTO)

En esta materia las novedades principales consisten en la regulación de un procedimiento abreviado (monitorio, arts. 371 y ss.) para delitos leves y en la aparición –por primera vez en la legislación argentina– de un proceso contradictorio para la aplicación de medidas de seguridad y corrección.

El primer procedimiento elimina el debate oral, público y contradictorio, cuando la pena que se espera, conforme a la importancia de la infracción, es muy leve (actualmente: inhabilitación, multa o pena privativa de libertad que no supere el año), pero siempre que estén de acuerdo todos los sujetos esenciales del procedimiento penal por delito de acción pública, esto es, el ministerio público, el imputado y su defensor, y también el tribunal. En este caso, el tribunal técnico que se encarga de sustanciar y decidir el procedimiento intermedio dicta directamente la sentencia, sin abrir el juicio.

La sentencia es impugnabile por casación, en los mismos casos en los que procede contra la sentencia obtenida después de un debate. El juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad y corrección intenta dar solución a un problema real de nuestra legislación que se traduce, actualmente, en una privación absoluta del derecho de defensa de los inimputables del art. 34 inc. 1 del Cód. Penal. En estos casos nuestra práctica común interna por tiempo indeterminado a quien se encuentra en la condición prevista por la regla citada, sin debate y, en la inmensa mayoría de ellos, sin oír al afectado y sin defensa técnica. Tal iniquidad sucede a partir del sobreseimiento por inimputabilidad, unido a la orden de internación en un establecimiento asistencial por tiempo indeterminado.

A pesar de que las reglas materiales sobre medidas de seguridad y corrección merecen muchas críticas desde varios puntos de vista, lo mínimo que se puede hacer en esta materia, desde la ley formal, es, precisamente, lo que el Código regula: un juicio contradictorio similar al común y con las mismas garantías, en el cual pueda defenderse el afectado –y cuando él está inhabilitado, su curador–, con la asistencia técnica de un defensor.

Las medidas de seguridad y corrección no dependen, únicamente de la comprobación de un estadio especial del afectado por ellas, sino también de una gran cantidad de condiciones, idénticas parcialmente a las que se requieren para imponer una pena al culpable (hecho típico, antijurídico y punible).

En la ejecución penal se incorporan otras reglas tendientes también a proteger a quien sufre una medida ya decidida.

El juicio de menores no contiene diferencias notables en comparación con la legislación actual y con el procedimiento común de este Código, pues respeta la legislación sustantiva sobre la materia, en especial, la cesura obligatoria del debate entre la cuestión de culpabilidad y la de la pena (un año después del tratamiento tutelar). Empero, la novedad reside en la creación de un Tribunal Tutelar único, cuya tarea consiste en llevar a cabo el procedimiento tutelar, en decidir acerca de la cuestión sobre la pena y en ejecutar su propia decisión, cuando aplica una pena o medida tutelar.

El juicio por delito de acción privada es idéntico al de la legislación argentina moderna. Aquí desaparece la instrucción preliminar, pues el procedimiento preparatorio queda a cargo de la persona privada, legítima para perseguir penalmente, quien, si precisa auxilio judicial en esa tarea, puede abrir una pequeña investigación previa ante el mismo tribunal de juicio (art. 376).

El juicio, sí que se reduce, prácticamente, todo el procedimiento, posee las mismas características del común (regla de remisión art. 380), ocupando el querellante exclusivo la posición que en este último ocupa el ministerio público, con pequeñas excepciones debidas a su naturaleza privada (p. ej.: limitación de la publicidad para el adulterio).

## V. LA EJECUCIÓN PENAL

La regulación que se propone tiene como límite el sistema concreto de penas del Código Penal argentino, que no ha variado fundamentalmente desde su origen (1921). Ese sistema de penas no se adecua al desarrollo propuesto por la política criminal actual. En especial, las alternativas a la pena privativa de libertad son más que escasas y las penas no privativas de libertad carecen de importancia práctica, según una apreciación generalizante. La multa, por ejemplo, acosada por, la desvalorización del signo monetario y por la falta de incorporación de sistemas modernos sobre la pena pecuniaria (días multa), padece como una pena menor e insustancial dentro del sistema; la inhabilitación es discutible como pena y mejor concebible como medida de seguridad y corrección; se carece de otros sustitutos de la pena privativa de libertad, etcétera.

De todos modos, la regulación que se propone se adapta al sistema de penas vigentes. La ley procesal actual, al contrario, se aparta de manera ostensible de ese sistema –por su antigüedad–, dedicando la mayoría de sus reglas a penas inexistentes y no acometiendo la disciplina del proceso ejecutivo de las vigentes. Esta situación, increíble pero real, se corrige totalmente en la ley proyectada.

La innovación más importante consiste en el control judicial efectivo sobre la ejecución de penas privativas de libertad y en la creación de un tribunal específico para ello, que quedará delineado definitivamente en la Ley de Organización Judicial. Procesalmente hablando, este tribunal comenzará su labor al quedar ejecutoriada la sentencia y se ocupará de todos los incidentes jurídicos que suscita la ejecución de la pena, en especial la pena privativa de libertad (cómputo, condena condicional: vigilancia y revocación; libertad condicional: vigilancia y revocación, etcétera). Pero, además, es importante destacar que el Tribunal de Ejecución tendrá también a su cargo, sin perjuicio de la función administrativa que supone la ejecución de esta pena, el control general sobre su realización práctica, según se regula en el art. 394, y la asistencia al liberado, incluso en el ámbito de las medidas de coerción procesales.

Debe destacarse también la obligatoriedad de la defensa técnica durante los trámites jurídicos que suscita la ejecución penal. Aunque no se impone al defensor la pesada carga de vigilar permanentemente la ejecución, se exige su intervención cada vez que se provoque un incidente judicial sobre ella y se regula su función específica en ellos.

La libertad condicional recibe un tratamiento ejecutivo más adecuado a la condición de aquel que la merece o la pretende (art. 392). Importante es también el someter las medidas de seguridad y corrección al régimen de control de la ejecución penal y las obligaciones temporales específicas para su control por el tribunal, sobre todo teniendo en cuenta el carácter indeterminado de la principal medida que conoce nuestra ley penal (art. 402).

La ejecución de las sentencias civiles que se obtienen por la vía del procedimiento penal corresponde a los tribunales competentes en esa materia y por la vía del procedimiento específico que determina el CPCyC (art. 403).

Ya no existe el fundamento –economía de procedimientos– en el cual reside la atribución de competencia para los tribunales penales.

## VI. COSTAS E INDEMNIZACIONES (LIBRO SEXTO)

Las costas del procedimiento penal no pueden ser resueltas con unas pocas reglas, tomadas del procedimiento civil. En efecto, la regla general, válida para ese procedimiento, "las costas serán a cargo de la parte vencida en el juicio o incidente", y la excepción ya habitual entre nosotros, "cuando... haya podido considerarse, razonablemente, con derecho a litigar" (CPP Nacional, art. 144), tiene enormes dificultades de aplicación en un procedimiento en el cual, por regla, la persecución está en manos de un órgano estatal, el ministerio público, que, para más, está exento naturalmente de cargar con las costas, en virtud del principio de obligatoriedad que rige su actividad.

El título, por esta razón, luego de mejorar el concepto y contenido de lo que se entiende por costas (art. 405), se ocupa casuísticamente de entregar los criterios sobre la base de los cuales los tribunales decidirán sobre las costas.

Otras novedades de importancia son:

- a) la imposición de costas al Tesoro estatal, en aquellos casos en los que resulta valorativamente injusto que cargue con ellas el imputado (arts. 407, 403 y 417 con excepciones, y 409 como excepción);
- b) la imposición de costas al denunciante, en caso de denuncia falsa o temeraria que provocó la persecución penal (art. 410);
- c) los criterios para distribuir porcentualmente las costas, cuando el caso lo requiere (art. 416); y
- d) el procedimiento de liquidación (art. 419).

Es usual, y no solo en la legislación argentina, que el Estado anticipe los gastos del imputado: la regla así enunciada se completa en el Proyecto con otras que, a más de ampliar los casos en los cuales el Estado anticipa los gastos (beneficios de litigar sin gastos, acción civil delegada), resuelve quién los anticipa, precisamente cuando no está obligado el Estado (art. 420).

El título II, a pesar de su brevedad, resulta de una importancia capital, pues regula la indemnización debida al imputado en los casos de error judicial (recurso de revisión) y en los de privación de libertad procesal sufrida injustamente.

Nos hemos decidido por un sistema tasado para no agravar la responsabilidad del Estado, pero con la importante aclaración de que el reo, que pretende haber sufrido daños mayores, puede reclamar una reparación mayor ante los tribunales competentes, renunciando al camino más simple de la reparación tasada (art. 423).

No solo el Estado responde por esta obligación, pero el responde en primer lugar y puede repetir de aquel interviniente determinado por el tribunal en la decisión (art. 424). Por supuesto, la reparación no procede cuando la injusticia deriva de la aplicación de una ley posterior más benigna (art. 425), durante el procedimiento o como consecuencia de una revisión.

## VII. PRESENTACIÓN

Al texto del Código le hemos adicionado notas aclaratorias de las fuentes legislativas de cada artículo. El criterio utilizado es el siguiente: la fuente principal del Proyecto es el Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba; ello se debe, fundamentalmente, a que su sanción inaugura la incorporación decisiva de nuestro país a la legislación procesal moderna, a que constituye una ley de enorme valor técnico y a que, incluso, ha extendido su influencia por fuera de las fronteras nacionales, al ser postulada como modelo de la transformación latinoamericana en la materia y haber presidido ya la transformación cierta de la administración de justicia penal de la hermana República de Costa Rica.

Se ha mencionado el Proyecto Antelo, a pesar de su mala fortuna legislativa, porque constituye, a nuestro juicio, el antecedente originario de la actual legislación moderna y una obra notable que procura superar el oscurantismo que, en nuestro país, aún gobierna parcialmente en esta materia.

Se ha prescindido de la mención de todos los demás códigos provinciales que siguieron la regla o el principio político a que alude la fuente, salvo cuando ellos introdujeron una solución novedosa que se recepta en la regla proyectada.

También ha sido fuente principal de inspiración las *Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación legislativa en materia procesal penal* (Bases LA), elaboradas por el profesor Jorge A. Clariá Olmedo, con el auspicio de la OEA.

Asimismo, se cita leyes procesales de España (Ley de Enjuiciamiento Criminal = LEC), Francia, Italia y Alemania Federal (Ordenanza Procesal

Penal = OPP; Ley de Organización Judicial = LOJ), principales fuentes extra-continenciales del Proyecto.

Por último, en materia relativa a los derechos fundamentales y a los principios políticos básicos se cita las principales declaraciones y pactos internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, ONU = DUDH; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OEA = DADyDH; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales = Convenio Europeo de Derechos Humanos = CEDH; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ONU = PIDCyP; Convención Americana sobre Derechos Humanos = Pacto San José de Costa Rica = CADH).

Se aclara que, cuando la regla proyectada sigue al antecedente, pero contiene alguna innovación importante, a la cita se la indica como modificada (mod.).

## VIII. LA EFICACIA DEL PROYECTO

Sería ilusorio pensar que la vigencia del Código Procesal Penal que se presenta constituye un remedio universal para los males de nuestra administración de justicia penal.

En nuestra situación, el Código representa el núcleo a partir del cual se pueden transformar prácticas obsoletas y viciadas sobre el ejercicio del poder penal del Estado. Es deseable una reforma general del sistema penal de nuestro país que abarque todas sus dimensiones (derecho penal sustantivo, sobre todo su sistema de reacciones penales, procesal penal y ejecución penal; desde el punto de vista institucional: policía, justicia y órganos de la ejecución penal), acorde con una política criminal coherente y moderna. Sin embargo, resultan suficientes –y necesarias–, para que el proyecto que se presenta rinda sus frutos iniciales y evidencie su eficacia, algunas reformas parciales indispensables que, a continuación, delineamos en sus principios fundamentales:

a) según se ha señalado reiteradamente, ningún sistema penal procesa todos los casos que se producen en una sociedad; por el contrario, las estadísticas universales y nacionales demuestran la escasa cantidad de casos que solucionan los diversos sistemas. Nuestro derecho se aferra todavía al llamado "principio de legalidad", que pretende perseguir todas las acciones punibles, según una regla general de obligación.

Pese a ello, en la práctica operan diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos, incluso dentro de los órganos de persecución penal y judiciales del Estado. De allí que sea necesario introducir criterios que permitan conducir esta selección de casos razonablemente y conforme a decisiones políticas convenientes. Ello significa modificar, en parte, el sistema de ejercicio de las acciones del Código Penal, tolerando excepciones a la "legalidad", con criterios de "oportunidad", legislativamente orientados.

Además, uno de los instrumentos probados como eficaz en el derecho comparado es la llamada *probation* o "suspensión del proceso a prueba", que permite prescindir de la persecución penal íntegra, en aquellos casos en los que no se vislumbra como aconsejable la aplicación final de una pena efectiva. Esta herramienta, a la par de constituir, junto con otras, la forma de diversificar los modos de solucionar ciertos conflictos sociales para los que hoy se receta una pena, constituye una de las piezas indispensables para descargar la administración de justicia de aquellos casos de menor importancia, prescindibles según las valoraciones sociales, con el fin de ingresar al sistema aquellos que, sin duda, deben ser procesados por él.

La realidad del Código Procesal Penal vigente, operando al revés de lo aquí propuesto, demuestra los efectos negativos del régimen actual;

b) el Proyecto supone una nueva organización judicial. Sus principios fundamentales tenderán a superar la burocratización de los órganos de administración de justicia y de persecución penal, a remover la rutina que hoy los paraliza y a apoyar los esfuerzos del Código por evitar la delegación de funciones judiciales en empleados administrativos, hipocresía que ha gobernado siempre nuestra administración de justicia, aspecto que, en definitiva, transforma en letra muerta los principios fundamentales de nuestra legislación penal.

En apretada síntesis, no solo se han expuesto los fundamentos de la legislación que se propone, sino, antes bien, las metas políticas que debemos alcanzar, no otras que las ya delineadas desde nuestra organización nacional.

No se debe ignorar que las normas por si solas no operan ningún cambio, aunque sean indispensables para ello; será la inteligencia y la buena voluntad de los hombres encargados de aplicarlas, las únicas armas que permitirán recuperar la República.

## **A TREINTA AÑOS DEL PROYECTO DE REFORMA DE 1986 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN\***

JULIO B. J. MAIER\*\*

¡Pasaron sesenta años desde el comienzo de una publicación ejemplar!, la de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, motivo más que suficiente para festejar y agradecer a varias generaciones. ¡Y pasaron treinta años desde aquel proyecto de 1986!, injustamente conocido con mi nombre, llevado a cabo por un grupo de juristas y alumnos de esta facultad, que hoy llamaríamos "progresistas", acontecimiento intelectual que pretendía, como denominó su libro básico, caminar hacia "una nueva justicia penal", en síntesis, poner al día los instrumentos que permiten desarrollar ese tipo de administración de justicia bajo un sistema republicano de gobierno, según el título hurtado de mi presentación en esta publicación hace ya casi tres décadas. Por ese entonces regresábamos políticamente de un gobierno militar "de facto", establecido por la fuerza de las armas, a las instituciones jurídico-constitucionales históricas, de la dictadura a la democracia, gobernaba el país un partido político por entonces conocido también como "progresista", con el auxilio de otro partido popular: políticos representantes de ambos partidos también incluyeron y tuvieron su papel en ese proyecto. Hoy algunos actores de ese proyecto han fallecido –por suerte los menos–, otros siguieron rumbos diversos cuyos caminos por entonces ni soñaban, otros, como yo, se convirtieron en ancianos venerables, y otros, por fin, cambiaron de bando académico y político y tornáronse especulativos y conservadores. No es, sin embargo, un momento para rendir cuentas, sino, antes bien, un tiempo

\* Esta obra fue escrita en el marco del aniversario N° 60 de la revista, en homenaje al artículo del autor "República y justicia criminal", originalmente publicado en *Lecciones y Ensayos*, N° 50, 1988.

\*\* Abogado y Doctor en Derecho (UNC). Profesor Titular Emérito de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (UBA-Derecho - 2016). Ex-Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1998-2009).

de festejo y encuentro en la memoria, tiempo para recapacitar entre todos acerca del destino de ese proyecto, en particular, tiempo de apreciar su desarrollo frente al optimismo y juventud de ese momento y de corregir algunos errores –al menos en la literatura jurídica– tanto de contenido como históricos, quizás inasibles en ese entonces. Yo me propongo, precisamente, hacer eso, de la mano de la antigua publicación de 1988 como agradecimiento a los productores de esta publicación señera. ¡No puedo volver a mi papel de entonces, menos aún volver a ser estudiante, pero me gustaría el regreso! ¡Tampoco pude lograr aquello que ellos logran, pero celebro que ellos lo logren!

Un primer paso consiste en reconocer el verdadero contenido de aquel proyecto. Es correcto afirmar que su núcleo –de contenido– se refería al derecho procesal penal, al procedimiento de administración de la justicia penal, según lo enseña la exposición de motivos del proyecto, publicada entonces en esta revista, pero se debe aclarar que también comprendía una pequeña reforma del derecho penal, sobre todo para posibilitar coincidencias y el cambio que se proponía en la administración de justicia penal, y un cambio real, todavía más notable que el CPP en sí mismo, en la organización judicial, aspecto siempre dejado de lado en las propuestas reformistas. Así, el proyecto 1986 también abarcaba una pequeña si bien sustancial reforma del Derecho penal y de su código: ella se refería, básicamente, al ejercicio y extinción de las acciones y trae a mi memoria a quien colaboró estrechamente conmigo en esa fase de la reforma, la jurista de esta facultad, amiga de varias excursiones académicas mías, Dra. Gladys Romero, fallecida hace escaso tiempo. Esa reforma introducía varias instituciones entonces desconocidas y hoy reconocidas por nuestro derecho penal teórico y, en menor proporción, legislativamente, tales como el principio de oportunidad para casos específicos, reglados por normas agregadas al CP y su principio de legalidad del art. 79 y 274 CP (bagatela, pena natural, delitos leves o de mediana criminalidad sin utilización de la violencia física, penas ya suficientes, impuestas o por imponer, extradición) y la suspensión del procedimiento penal a prueba, mediante mecanismos cercanos a los vigentes actualmente, que intentaban comenzar a desplazar la pena privativa de libertad. Cabe destacar que, sin perjuicio de la crítica de detalle, esas novedades no solo fueron adoptadas parcialmente por el CP, sino también por el último proyecto de modificación del CP presidido por el Dr. Zaffaroni, precisamente a contrario de aquello que hoy sucede con la reforma procesal, uno de cuyos peldaños falsos y riesgosos institucionalmente ha sido la

transformación de esas materias penales y de esos institutos en problemas procesales de libre regulación en cada una de las provincias argentinas por encargo del CP, que así capitula su competencia normativa universal en la materia.

Una segunda aclaración debe ser la estirpe europeo-continental que transpiraba el proyecto, que puede leerse en las notas al pie de su articulado, contenido que vale la pena también resaltar para su estudio. A contrario de lo que hoy sucede, el proyecto estaba a tono con lo que muy poco después fue el CPP de Italia actualmente vigente y reconocía su fuente extranjera principal –aun cuando no única–, al lado de los códigos procesales penales argentinos surgidos a partir de Córdoba 1939, en la Ordenanza Procesal Penal de la República Federal de Alemania, según su estado posterior a la llamada “pequeña reforma de 1964”. Esa síntesis descriptiva histórica puede también indicarse señalando su casi total prescindencia del derecho penal angloamericano, que yo por ese entonces desconocía casi totalmente y del cual con el tiempo solo rescaté el llamado “juicio por jurados”, por imperio de nuestra Constitución Nacional y de varias de las constituciones provinciales. Son por ello equivocadas aquellas opiniones que vinculan a este proyecto con el mundo jurídico anglosajón, sobre todo de los EE.UU., y con el llamado proceso penal “adversarial”, verdadero “proceso de partes” de origen norteamericano. Nuestra cultura jurídica nunca dependió de esa fuente y, llamativamente, comienza hoy a agruparse en torno a ella, con diferentes instituciones penales (“arrepentido”, “agente encubierto”, “testigo protegido, encubierto o de identidad desconocida”, “funcionarios y personas custodiadas”) a la par del arribo victorioso de esa fuente al derecho universal de la cultura occidental. Por lo contrario, nuestro proceso penal siempre representó y representa mayoritariamente hasta ahora, con ciertas debilidades, la manera con la que nosotros comprendemos el por qué del proceso penal: básicamente, un modo de arribar al conocimiento de la verdad de lo sucedido, para, sobre esa base, fundar la decisión penal, definición propia de la inquisición histórica. Se trató siempre de compatibilizar las formas “acusatorias” del procedimiento con este ideal inquisitivo, la adquisición de la verdad sobre aquello que había acontecido y se imputaba a alguien, ideal que rechaza toda forma de condena y castigo penal sobre la base de la voluntad particular de quien es perseguido penalmente y que intenta resguardar el ideal de la igualdad defensiva en el procedimiento penal, maguer las desigualdades socioeconómicas de los imputados. Se equivoca, entonces, quien titula como “adversarial” al proyecto de 1986,

quien comprende mal los límites que él poseía para el desarrollo del principio acusatorio, comprendido materialmente, también quien cree que él incorporaba un "proceso por audiencias" durante la primera de sus fases, la investigación preliminar a pesar del mejor desarrollo de los principios republicanos de garantía.

Vale la pena remarcar que, hasta ese momento y aún después de ese momento, los cambios procesales nunca trajeron aparejados cambios en la organización judicial. Desde Córdoba 1939, donde la relativa simpleza de la transformación de la organización judicial colaboró con el éxito de la reforma que condujo al debate público y oral, hasta nuestros días, sin excepción en la legislación positiva, el Poder Judicial tiene su base indestructible en la organización vertical, concebida para que los tribunales –incluso denominados con razón– "superiores" gobiernen a los –curiosamente– denominados "inferiores", cuyos jueces aceptan formas claras de este gobierno como la censura de sus opiniones por anticipado, al preferir la "jurisprudencia" –o sea la opinión– de los tribunales superiores a la suya propia sobre el caso para definirlo y solucionarlo, sin duda un modo encubierto de prevaricato. Adherida a esta característica de nuestra organización judicial, el sistema de recursos, que le concede a las decisiones judiciales vías procesales de corrección dirigidas claramente por el principio vertical, a mi juicio erróneo por definición y por efecto práctico, al menos en materia penal. El proyecto 1986, si bien no cambió radicalmente esta situación, introdujo grandes reformas en la Ley de Organización Judicial federal que pergeñó al lado de la reforma procesal: comenzó allí la tendencia –no consolidada– de horizontalización de la organización judicial, de autogestión de los tribunales, el final de la llamada "jurisdicción delegada". Se debe advertir, también, que este modelo nunca fue convalidado, ni siquiera en aquellos países en los cuales la reforma argentina tuvo repercusión: ninguna de las leyes de organización judicial que acompañaron los proyectos de CPP que tuvieron suerte legislativa, consiguió tan siquiera tratamiento. Y de la misma manera se debe advertir que hoy muchos hablan de organización horizontal del Poder Judicial sin entender demasiado bien aquello que mentan. Por de pronto, los recursos contra las decisiones de los tribunales, vía procesal de la afirmación del principio vertical en la organización judicial –al punto de que ellos significan el modo de control de esas decisiones por los tribunales denominados "superiores" al que juzga–, siguen existiendo cual si nada hubiera pasado y ello conduce directamente al sistema de jurisdicción delegada.

Con el tiempo, me aparté, quizás por esta razón principal y por la duración extrema de los procedimientos judiciales, desde cualquier punto de vista intolerable, del sistema de 1986 que yo mismo había contribuido a crear. La oportunidad para no trabajar solo académicamente me la dio la Provincia de Chubut, al encargarme su CPP que, incluso, tuvo su apoyo legislativo. También allí quedó pendiente la organización judicial, muy dificultosa porque la constitución provincial se introdujo sin necesidad en el tema tornándolo difícil de compatibilizar, según las características de la Provincia, con un sistema autogestionado y horizontal. Pero allí, en su CPP, despuntó la transformación de un procedimiento penal llevado a cabo íntegramente en audiencias orales y públicas, que decidían los entuertos incidentales o la sentencia con la integración de clase y número de jueces que se consideraba suficiente políticamente para evitar errores en la medida más razonable posible, el intento de evitar la "justicia delegada" mediante la organización horizontal de los tribunales y la desformalización de la investigación preparatoria.

Con el tiempo, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conducido en ese entonces por Aníbal Ibarra, me designó para construir sus instituciones procesales. Como en variadas ocasiones, una intromisión política tuvo más suerte que el trabajo y la meditación profundos y yo finalicé esa labor antes de tiempo; ese desplazamiento es aquel al que hoy pertenece el CPP de la C.A.B.A. El relato de aquel final se detalla en el comienzo de la Exposición de motivos del texto del CPP publicado como apéndice en el T. III de mi obra principal, que terminé con el auxilio de dos discípulas, Gabriela Jugo y Cecilia Naddeo, y que ahora aprovecho para publicar, a modo de remedo del artículo publicado hace treinta años, en esta revista cuando cumple sesenta años de vida y en su homenaje. Ése fue el final de mi obra legislativa en materia penal, el final también de mi acercamiento al principio republicano desde el atalaya de la administración de justicia penal y, seguramente, el final también de mi vida como jurista teórico y práctico.

## ANEXO

### ÍNDICE DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA LA NACIÓN

#### I. Historia y fundamentación del modelo normativo en materia procesal penal

#### II. La reforma procesal penal

##### A. El enjuiciamiento penal en la República Argentina

##### B. Síntesis de objetivos

##### C. Los defectos a superar

##### 1. Eficiencia de la persecución penal y del sistema de garantías

##### a) Duración excesiva de la persecución penal

##### b) El problema de la instrucción penal preparatoria

##### 2. El juicio público: base indiscutida de la sentencia penal

#### III. La estructura del procedimiento y sus particularidades

##### A. Libro I: Regulación del juicio penal

##### 1. El procedimiento: juicio penal

##### 2. Los antiguos procedimientos especiales de conocimiento

##### 3. La investigación preparatoria (instrucción penal)

##### B. Libro II: Facultades, deberes y garantías de los participantes en el procedimiento

##### 1. El imputado

##### 2. La víctima

##### 3. El acusador público

##### 4. Otros intervinientes

##### 5. Recursos y nulidades

##### C. Libro III: La ejecución penal

##### 1. Órgano ejecutor

##### 2. Control judicial de la ejecución

##### 3. Procedimiento

#### IV. La organización judicial que supone

##### A. El tribunal penal permanente

##### B. Participación ciudadana

##### C. Ministerio público y defensa oficial

## I. HISTORIA Y FUNDAMENTACIÓN DEL MODELO NORMATIVO EN MATERIA PROCESAL PENAL

El Sr. Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en ese momento el Sr. Aníbal Ibarra, dictó el Decreto n° 1092/2001 por el cual creaba, en el ámbito de la Secretaría de Justicia y Seguridad de la Ciudad, la Comisión para la redacción del Código de Procedimientos Penales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1 del decreto citado). En ese mismo decreto (art. 2) el Sr. Jefe de Gobierno facultaba al Sr. Secretario de Justicia y Seguridad de la Ciudad para emitir todos los actos administrativos necesarios para la constitución y funcionamiento de la Comisión creada y para el cumplimiento de sus objetivos. Quien fuera Secretario de Justicia y Seguridad, Sr. Julio De Giovanni, a la vez coordinador de la Comisión redactora de los anteproyectos de Código, me invitó a redactar el texto del anteproyecto del Código Procesal Penal para la Ciudad de Buenos Aires a finales del año 2001.

Comencé la tarea al año siguiente con un grupo de jóvenes, todos pertenecientes al Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, conocido por las siglas INECIP, a saber: la Srta. Ileana Arduino y los jóvenes Andrés Harfuch y Raúl Salinas. A poco andar, me visitó el Sr. Director Nacional de Política Criminal de la Secretaría de Justicia de la Nación, el Sr. Mariano Ciafardini, quien indagó sobre la posibilidad de que el anteproyecto de Código en construcción sirviera, también, como modelo para la Oficina de Política Criminal del Ministerio nacional con el fin de evacuar las consultas que le formulaban ocasionalmente las diferentes provincias del territorio nacional o autoridades extranjeras. Con ese preciso objetivo se incorporó el Dr. Daniel Pastor, a la sazón consultor de la Dirección Nacional de Política Criminal, al grupo redactor. La tarea se tornó compleja puesto que a una ley de enjuiciamiento penal para la Ciudad se le agregaba la redacción de una ley que sirviera para definir la persecución penal en cualquier Estado, cualquiera que fuera su territorio, las personas que abarcaba y el poder político definido por su Constitución; por lo demás, quiero dejar constancia de que la Srta. Gabriela Jugo, única colaboradora mía en la redacción del Código Procesal Penal para la Provincia del Chubut, se incorporó al grupo en el año 2003, incorporación que, según se verá en las circunstancias que relataré, permitieron la terminación de este modelo para una autoridad diferente a aquella que lo encargó originariamente. A finales del año 2003 desertó el Dr. Daniel Pastor, quien, por

entonces, viajaba a radicarse en Munich, República Federal de Alemania, en cumplimiento de una beca de investigación concedida por la Alexander von Humboldt Stiftung, a cumplir, básicamente, en la universidad de esa ciudad.

En los primeros meses del año 2004 los tres jóvenes colaboradores del INECIP, en compañía de Alberto M. Binder, me comunicaron que el Secretario de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Sr. Juan Carlos López, conducía otro grupo que proponía una adaptación del Código Procesal Penal vigente para el Estado federal con el objetivo de ser sancionado como ley de enjuiciamiento penal de la Ciudad de Buenos Aires, a la par de informarme que tal ley sería sancionada en un tiempo breve por la Legislatura. Más aún, me instaron a unirme a ese propósito. Recuerdo que en el primer momento de esta comunicación tomé de inmediato el teléfono para requerirle al mismo Sr. Juan Carlos López que me aclarara la situación. Él me confirmó de inmediato los trabajos por él encargados y sobre los cuales yo había sido informado por las personas mencionadas arriba. Me indicó, a la vez, que creía que yo había dejado de trabajar en el proyecto para el cual había sido designado. Y, a mi requerimiento, me precisó que, en una semana, una vez que conversara con el Sr. Jefe de Gobierno, me anoticiaría fehacientemente acerca de si subsistía el interés de la Ciudad por el proyecto que yo desarrollaba, o si los aires políticos conducían hacia otras personas y otros textos. El Sr. Juan Carlos López nunca contestó mi requerimiento, a pesar de que, de cuerpo presente y verbalmente, en ocasión de visitar al Tribunal Superior de Justicia –tribunal del cual yo era juez y, si mal no recuerdo, su presidente–, me reiteró que lo haría; y tampoco lo hizo el Sr. Jefe de Gobierno de la Ciudad, todavía el Sr. Aníbal Ibarra, quien también recibió mi requerimiento, por escrito, que tenía como único objeto evitar “trabajar de balde”. Ello determinó que, también por escrito (julio de 2004), le comunicara al Jefe de Gobierno que la redacción del Código Procesal Penal para la Ciudad de Buenos Aires, que su Gobierno me había encargado, cesaba en ese momento y que no podía contar más conmigo –mucho menos gratuitamente– para llevar a cabo ese propósito. A los jóvenes colaboradores del INECIP (Srta. Arduino, Sres. Harfuch y Salinas), a pesar de esperarlos en los días siguientes –nos reuníamos los viernes, utilizados semanalmente para desarrollar el Código– para proseguir hasta el final un trabajo ya elaborado en un ochenta por ciento, aproximadamente, no les vi nunca más la cara; no me comunicaron su interés por proseguir la obra, aunque más no fuera como “ejercicio académico” –posibilidad

que yo había expresado al enterarme de aquello que acabo de contar y que constituía la razón de ser que ellos me expresaron al comienzo, al ofrecer su ayuda—, ni su falta de interés en ello y ni siquiera se despidieron de mí. A raíz de este episodio, me he vuelto desconfiado, he aprendido, lamentablemente, a dudar de aquellos que se acercan para ofrecer auxilio; la desconfianza, a decir verdad, se acentuó unos años después: fue confirmada por la conducta que observó un representante político del gobierno nacional que presidía el Senado de la Nación.

El programa parecía haber concluido, y concluido en la nada, pues, para colmo de males, no conseguía los textos aprobados por intermedio de la Srtas. Gabriela Jugo y Cecilia Naddeo, esta última colaboradora mía en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad. Lentamente fue surgiendo la idea con estas dos colaboradoras de proseguir el trabajo, al menos como "ejercicio académico". A fines del año 2004, recordamos el antiguo encargo de la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Nación y yo tuve oportunidad de hablar con quien entonces era Subsecretario —actualmente, Secretario— de Política Criminal del Ministerio, Sr. Alejandro W. Slokar, quien me manifestó la permanencia del interés de su Subsecretaría en el programa desarrollado y su resultado. Así prosiguió la última etapa del trabajo, que hoy termina con la presentación de este modelo realizado con la colaboración de las abogadas Gabriela Jugo y Cecilia Naddeo, partícipes en la confección del Código y a quienes les agradezco su colaboración.

## II. LA REFORMA PROCESAL PENAL

### II.A. El enjuiciamiento penal en la República Argentina

La Provincia de Córdoba dio el primer paso para romper los moldes inquisitivos del procedimiento penal que España había dejado en el territorio de la República, como producto de la conquista y colonización de la América hispana. A ella y a su Universidad les corresponde el mérito de haber procurado la adaptación del sistema de enjuiciamiento penal a nuestros antecedentes constitucionales y, sobre todo, a la Constitución que había logrado nuestra unión nacional (1853). Gracias a un gobierno progresista y a la excelencia del cuerpo docente de la Facultad de Derecho de aquella Universidad (Dres. Alfredo Vélez Mariconde, Sebastián Soler y

Ricardo C. Núñez), la República Argentina comenzaba su proceso renovador en la materia, en el año 1939, operado durante el siglo anterior en los países de Europa continental. El CPP Córdoba, sancionado y con vigencia desde el siguiente año, significó, entonces, la recepción en nuestro país de las ideas que, respecto del procedimiento penal, había consolidado el Estado de Derecho en el siglo XIX y la primera parte del siglo XX. Ello se puede demostrar, incluso, de la mano de las fuentes en las cuales abrevó el legislador cordobés, citadas en el mismo Código. Básicamente, él sigue los lineamientos del Código Procesal Penal italiano, vigente en esa época, con la anotación de que, políticamente, responde más al Código Procesal Penal italiano de 1911 y, estructuralmente, sigue más los textos del Código de 1930 –llamado Código Rocco–, programado durante la época fascista italiana y razón por la cual el Código Procesal Penal de Córdoba se aparta de él cuando resulta necesario. Tuvieron influencia principal en los textos desarrollados a comienzos del siglo XX, también, la Ley de Enjuiciamiento Penal española de 1939 y la Ordenanza Procesal Penal alemana de 1875, conocidos por los proyectistas.

El proceso legislativo no se detuvo allí. En una reconstrucción de trazo grueso y simplificada, se puede decir que aquel Código extendió rápidamente su influencia por las provincias del noroeste argentino (salvo la provincia de Tucumán), luego se trasladó a las provincias cuyanas, después fue introducido en algunas provincias del Litoral (Entre Ríos, Corrientes, Chaco) y alcanzó también a alguna provincia del sur (La Pampa). El desarrollo del sistema se paraliza allí, incluso sufre algún retroceso, debido a diferencias teóricas o por influencia directa de la inestabilidad constitucional. Por lo demás, tal desarrollo no alcanza a triunfar en el Estado federal, ni en las provincias de mayor importancia, tanto en población, como en recursos económicos (Buenos Aires y Santa Fe): la ciudad de Buenos Aires y su universidad representaron, política y académicamente, el núcleo de la resistencia al cambio.

Uno puede describir, sintéticamente, el cambio propuesto por esas leyes procesales penales –que dieron en llamarse códigos procesales penales “modernos”– de la mano de dos institutos del procedimiento, que representaron, en lenguaje foral y a manera de “emblema distintivo”, a ese movimiento académico-legislativo: el “juicio oral” –mejor llamado juicio público– como forma de legitimación de la incorporación de conocimientos para decidir por sentencia condenatoria o absolutoria; y la concepción –aun parcial– de las reglas del procedimiento como desarrollo de las ga-

rantías de los derechos ciudadanos establecidos por la ley fundamental del Estado. La crítica política a ese movimiento, destinada a mantener la antigua forma de proceder, propia de una justicia de gabinete, por registros, se centraba, básicamente, en la ineptitud del sistema y de la organización judicial correlativa para dar respuesta a todos los casos ingresados a él. Vale la pena advertir que esa crítica, a pesar de responder a intereses políticos conservadores muy claros, se compadecía con la realidad, pero también señalar que ella era correcta aun para la organización judicial que procedía según el método de la justicia de gabinete, justicia que, como es natural en este tipo de procedimientos, toleraba una enorme delegación de las funciones típicas de los jueces en funcionarios y empleados subalternos. Por otra parte, la función de desarrollo de las garantías ciudadanas, que cumple el Derecho procesal penal, resultaba potenciada exponencialmente en esos códigos "modernos", respecto de los códigos antiguos, despreocupados en gran medida de esta tarea, según la entiende el Estado de Derecho.

El regreso a la normalidad institucional a fines de 1983 trae aparejado un nuevo impulso de recreación del Estado de Derecho en materia de procedimiento penal, según se había intentado en 1973, en una encrucijada política similar, aunque sin éxito, debido a la inestabilidad política del período. El movimiento resultaba esta vez acompañado por la tendencia universal hacia la democracia y la adecuación del sistema penal a esa forma de gobierno, que repercutió especialmente en América Latina. Fruto de ese nuevo impulso fue el proyecto nacional de 1986 que, aun sin éxito legislativo, influyó vigorosamente en el ámbito académico. Desde el punto de vista legislativo, ese proyecto se hizo notar una década después, en los nuevos códigos de la provincia de Córdoba y de la provincia de Tucumán (1991), hoy también en la provincia de Buenos Aires (1997), a la par que allanó el camino para la sanción del Código Procesal Penal de la Nación (1991, con vigencia desde 1993), que, algo más conservador, siguió los lineamientos del CPP Córdoba originario (1939), aunque recibió, por vía de excepción, algunas instituciones de aquel proyecto, tanto originariamente como en las sucesivas reformas parciales posteriores.

Con ello, la evolución legislativa de adecuación del procedimiento penal al Estado de Derecho decimonónico se puede considerar terminada y triunfante en todo el país: salvo la Provincia de Santa Fe, ninguna otra recuerda el procedimiento específico de la justicia de gabinete. Una vez aceptadas por el Estado federal las bases del CPP Nación que hoy rige, el desarrollo del procedimiento penal de las provincias que hasta ese mo-

mento eran tributarias de la legislación nacional, se aceleró de una manera antes inimaginable, por imitación.

El último exponente evolutivo de la tendencia legislativa llamada entre nosotros "moderna", el proyecto nacional de 1986, y los actuales códigos para las provincias de Córdoba y de Tucumán, realizaron un esfuerzo por poner al día el sistema cordobés originario con la evolución de los sistemas de enjuiciamiento europeo-continental acaecida en el siglo XX (Alemania, Italia, Portugal, como ejemplos, aun cuando el Proyecto 1986 es anterior a los nuevos códigos de las dos naciones mencionadas en último término).

Por su parte, el Código sancionado por la provincia del Chubut (diciembre de 1999) representa un nuevo paso para la adecuación del sistema de enjuiciamiento penal de un Estado democrático, a la vez que una simplificación deseada de las reglas que integran una ley de enjuiciamiento, cuyo centro neurálgico reside en el juicio público y cuyas decisiones interlocutorias responden también a ese modelo de audiencias, con vigencia de los principios de inmediatez y contradicción. Ese Código, sancionado por la provincia del Chubut representa el antecedente inmediato y directo de este modelo.

## II.B. Síntesis de objetivos

En síntesis, se puede decir que el texto del proyecto procura:

- a) adecuar la legislación procesal penal al texto actual de la Constitución nacional y a la ley penal;
- b) lograr cierta eficiencia en la persecución penal de los hechos punibles, sin descuidar las garantías individuales de sus habitantes frente a esa persecución, conforme a las leyes fundamentales;
- c) simplificar y agilizar los procedimientos y disminuir el tiempo de su duración para arribar a una decisión final; y
- d) corregir la organización judicial y la de todos los oficios que deben intervenir en el procedimiento penal, para lograr los dos objetivos anteriores y un mejor aprovechamiento de recursos humanos y materiales.

## **II.C. Los defectos a superar**

La llamada legislación procesal penal "moderna" significó, en términos histórico-políticos, un enorme avance en la tarea de "promover[á] la reforma de la actual legislación" en el ámbito de la justicia penal (Constitución Nacional, art. 24). Sin embargo, a pesar de su éxito, más de medio siglo de aplicación revela ciertos defectos del sistema, algunos originarios, propios o extraños a la legislación de recepción, otros debidos al progreso natural de las instituciones y hasta algunos extraños a la legislación procesal penal, sobre todo provenientes de la legislación penal.

En una rápida síntesis pueden ser resumidos los defectos detectables en la actualidad, algunos de ellos compartidos universalmente, en tres sectores básicos, mencionados ahora desde el más general hasta el más particular: la organización judicial, incluida allí el acusador público y la defensa pública, aspecto sobre el cual no discurriremos en esta exposición de motivos, sino solo al final y a modo de advertencia; la ineficiencia de la persecución penal y del sistema de garantías ciudadanas y la degradación del juicio público como pilar indiscutido de legitimación para la sentencia penal.

### *II.C.1. Eficiencia de la persecución penal y del sistema de garantías*

Se ha dicho alguna vez que no es posible lograr un sistema de persecución penal eficiente, en el sentido de la aplicación efectiva de la ley penal, si, además, se trata de ejecutar, al mismo tiempo, un sistema de garantías que proteja realmente los derechos fundamentales o básicos de la persona humana. En este sentido, un académico y legislador, el Prof. Dr. José Ignacio Cafferata Nores, acuñó la frase: "lo que se logra en eficiencia para la aplicación de la pena estatal, se paga en moneda de garantías, y viceversa". Precisamente, el gran desafío consiste en crear un sistema de enjuiciamiento penal que potencie la capacidad de decisión sobre los conflictos penales que ingresan al sistema, sin desconocimiento alguno para los derechos básicos de la dignidad del ser humano, incluido quien es perseguido penalmente, y con mayor eficacia para las garantías penales.

#### II.C.1.a. Duración excesiva de la persecución penal

El mayor problema que se aprecia en el procedimiento penal –compartido con los demás procedimientos judiciales e, incluso, de orden univer-

sal— consiste en su excesiva duración, en la distancia temporal que existe entre el suceso que provoca la intervención judicial y su decisión. Se puede indicar por títulos paradigmáticos los principales motivos que provocan este efecto: la instrucción penal preparatoria, el sistema de recursos y el sistema de nulidades.

Históricamente, la instrucción preparatoria escrita y formalizada (protocolizada por actas en un legajo), y a cargo de un juez, que reúne en sí mismo la calidad de inquisidor y portador del poder de decisión, aun sin plenitud, fue el resultado de un compromiso político entre *l'ancien régime* y las ideas innovadoras de la Ilustración, espejo de las instituciones inglesas. En efecto, el juez de instrucción representa al inquisidor y el legajo burocrático que reúne los diferentes protocolos representa a la justicia de gabinete, caracterizada por su organización vertical, que imponía al inquisidor rendir cuenta ante sus superiores de su labor y de la conformidad de ella con la ley que regulaba su función, precisamente para que ese superior jerárquico pudiera controlarla y valorarla. El sistema así creado —ni vale la pena indicarlo— reniega abiertamente del régimen acusatorio y de la distinción de funciones entre quien persigue y quien decide. Pero la complejidad instrumental de la averiguación preliminar y de la protocolización de sus actos condujo sin más, por una parte, a la prolongación innecesaria de este período y, por la otra, transformó el litigio en un verdadero “torneo” por la detección de vicios formales que pudieran conducir a la anulación de los actos cumplidos. Si se observa que esos actos pueden ser incorporados al debate, de manera sencilla, por su lectura, se extraerá como consecuencia el valor de la partida para los jugadores y el premio del vencedor. De la manera que luego se indicará, el texto del nuevo Código pretende —y ojalá lo logre— terminar con esta práctica, cambiar las reglas de juego y, con ello, el objetivo del litigio, con la esperanza de una disminución sustancial de la complejidad formal de este período del procedimiento, que conduzca a su marcada abreviación temporal. En ocasiones le bastará al acusador verificar informalmente los elementos brindados por el parte policial para poder acusar (requerir el juicio público) y ofrecer prueba para el debate. Y ello debe conducir, también, a cierta descarga de las obligaciones de los testigos, hoy condenados a asistir varias veces ante las autoridades policiales o judiciales, antes de rendir sus —verdaderos— testimonios en el debate público.

El sistema de recursos también colaboró en la tarea de tornar complejo el procedimiento y de extenderlo temporalmente. Los recursos son, en su

génesis, mecanismos para permitir el control jerárquico. A tal punto ello es así, que, originariamente (inquisición), existía una innumerable cantidad de casos en los que no era necesaria la voluntad de un perjudicado para poner en marcha el mecanismo de control (recurso de oficio - *justice retenue*). Según se verá, el texto del nuevo Código intenta suprimir la gran cantidad de recursos existentes, sobre todo durante la investigación preliminar, reemplazándolos, cuando resulta absolutamente necesario conceder un nuevo examen de la cuestión (sobreseimiento judicial - privación de libertad durante el procedimiento), por la facultad de los intervinientes de solicitar para el examen de algunas cuestiones la integración plural del tribunal. Con ello se pretende, también, evitar las interrupciones temporales del procedimiento de investigación. Párrafo aparte merecerá el sistema de recursos contra la sentencia, a estudiar en el lugar respectivo.

Como dijimos, la nulidad y su sistema dan origen a un torneo cuya meta final es eliminar la mayor cantidad de actos posibles para que no puedan influir en la sentencia, pero cuya meta intermedia consiste en, cada tanto, intentar que el procedimiento regrese hacia atrás para comenzar de nuevo. Incluso los jueces, de oficio, intervienen en este torneo y evitan con este mecanismo la necesidad de dirimir el caso. El nuevo texto del Código, sin excluir forma esencial alguna del procedimiento necesaria para proteger a alguno de los intervinientes, y, por ende, sin desconocer los vicios que él pudiera contener por la actividad de quienes lo dirigen, transforma a esos vicios en condiciones de validez de los actos regulados para que puedan cumplir su fin, de modo que, advertido quien lo desarrolla del efecto que puede tener la afirmación de su propia voluntad en contra de la regla procesal, sepa que ese vicio, eventualmente, no le permitirá utilizar el acto, conforme a su fin, para decidir en contra de la persona protegida por la regla que establece alguna de las formas esenciales. Para el texto del Código no existe el "incidente de nulidad", como juicio autónomo sobre el acto, ni la invocación del vicio cuando la resolución no le sea adversa a aquel en cuya protección existe la regla infringida. La "nulidad" no será más, así, una sanción al acto viciado, que provoque la necesidad de su recuperación, sino, antes bien, un motivo de aclaración de la invalidez de la resolución que utiliza ese acto en desfavor de la persona en cuyo interés existe la protección de la forma. Por lo demás, la simplificación deseada, determinante para la confección de un texto legal más sencillo de operar y mucho más reducido, que solo pone el acento en el juicio oral y público —y no lo pone en un procedimiento por actas o registros anterior a él—, contri-

buye sobremanera a evitar girar en torno a esta institución, que pierde toda su importancia pasada.

A pesar del esfuerzo por superar problemas reconocidos, es necesario confesar que existen otros problemas imposibles de superar por la legislación o cuya solución solo depende de la organización judicial y solo allí hallará tratamiento adecuado. Entre los primeros se debe ubicar el congestionamiento judicial por la enorme cantidad de casos que ingresan al sistema, que, a su vez, provoca la acumulación en exceso de trabajo de todas las agencias judiciales del Estado (policía, ministerio público, tribunales). El ejemplo más característico es el régimen del ejercicio y de la extinción de las acciones penales, que regula el Código Penal. En efecto, la competencia legislativa del Congreso de la Nación para establecer las reglas respectivas no parece discutible. Frente a la distribución rígida de acciones perseguibles "de oficio" (Código Penal, art. 71), dependientes de instancia (Código Penal, art. 72) y de ejercicio privado (Código Penal, arts. 73 y ss.), resulta imposible jurídicamente imaginar soluciones diferentes que reduzcan el ámbito de la persecución penal oficial o permitan sustituciones de esa reacción por la persecución penal privada, en miras a descongestionar la tarea de los oficios estatales, cargados con una enorme cantidad de casos que no alcanzan a procesar o que no alcanzan a procesar como corresponde. El llamado principio de legalidad, emanado de esas reglas y del mandato establecido en el art. 274 del Código Penal, resulta también imposible de reducir en sus consecuencias jurídicas llamando a auxilio a su opuesto contradictorio, la oportunidad, en algunos casos genéricos claros que posibilitarían la reducción de aquel caudal justificadamente. Soluciones sencillas para la extinción de la acción penal, en casos en los cuales disminuye el interés estatal en la persecución penal y, por lo contrario, aumenta el valor del interés particular –y, con ello, la influencia correcta del principio de la autonomía de la voluntad–, como la conciliación o el restablecimiento del equilibrio autor-víctima (delitos patrimoniales, por ej.), resultan imposibles de instrumentar por intermedio de la legislación procesal en cuyo ámbito legislativo no se halla la solución. Tampoco ella puede solucionar el problema que plantea la verdadera inflación de mandatos y prohibiciones penales, hoy extendidos a todos los ámbitos de la relación social, casi sin límites, causa real del congestionamiento judicial que reduce a cenizas aquel viejo principio de la subsidiariedad del derecho penal (*ultima ratio* del control social formal y duro).

Un mayor aprovechamiento de los recursos humanos y materiales solo se puede lograr a través de una organización judicial racional y ágil. En relación a la operatividad del procedimiento judicial es conveniente dejar para ese tramo de la reforma la discusión de problemas tales como la competencia de los tribunales y la integración ideal de un cuerpo de decisión para resolver casos genéricos. En este sentido, salvo el caso de la audiencia preliminar y, en principio, el de los incidentes de ejecución, en los cuales el Código ha establecido, por vía de ensayo, la integración unipersonal del tribunal para la decisión, el texto permite decidir con libertad la integración de los –en su caso– diferentes cuerpos de decisión, incluso la participación de ciudadanos en la integración de algunos de ellos, para lo cual contiene reglas especiales de procedimiento, agregadas al juicio común. Pero aun si se deseara una integración plural de los cuerpos de decisión que resuelven artículos anteriores al juicio –básicamente: audiencia preliminar e incidentes de ejecución–, los retoques al texto propuesto serían mínimos.

#### II.C.1.b. El problema de la instrucción preparatoria

Históricamente, el juez de instrucción y su procedimiento representan el rescate del inquisidor y de la Inquisición para el nuevo Derecho procesal Penal del Estado de Derecho, ambos respaldados por la conservación del poder político centralizado y, consecuentemente, por la persecución penal pública como regla de principio del sistema penal en la renovada organización social estatal napoleónica. A decir verdad, estas instituciones lograban un fin político superior: introducir al juicio público, a partir de las actas labradas por un juez que les concedía importancia –así como un notario se la concede a los contratos escritos–, actos de información básicamente no controlados, que pasaban a servir, a través de la lectura del acta, para fundar la sentencia. Así, el juicio público redujo su importancia y significó, como antaño, una coronación festiva del legajo inquisitivo; también, operó una sustitución del jurado por jueces profesionales, a la vez que los parámetros de observancia acerca de la imparcialidad del tribunal se debilitaron, en el sentido de exigencias de neutralidad. Hoy no vale la pena demorarse en la argumentación contraria a la existencia del "juez de instrucción", pues las principales leyes procesales penales argentinas, originariamente o por reformas posteriores, han trasladado a la fiscalía la función de investigar y preparar la demanda penal (acusación) para defenderla en juicio. Este

proyecto parte de esa base y de la base de que, cuando fuera necesaria una decisión judicial, sea el acusado quien la proponga y defienda. Asimismo, el proyecto, para evitar confusiones, define como prueba –elemento idóneo para fundar una decisión– solo al acto que ingresó en una audiencia judicial en presencia de los intervinientes en ella.

### *II.C.2. El juicio público: base indiscutida de la sentencia penal*

La introducción del juicio público ha sido, sin duda, el emblema que ha caracterizado la reforma del enjuiciamiento penal en nuestro país y en Latinoamérica. Toda la América hispana procede de un procedimiento burocrático, de gabinete, introducido por España (Siete Partidas) durante la colonización, que permaneció entre nosotros y los demás países de la región, maguer la decisión constitucional hacia la revolución decimonónica y el mandato de reformar la legislación vigente (Constitución Nacional, art. 24), e introducir el juicio público por jurados (sus arts. 24, 75, inc. 12, 118 y la incorporación constitucional de las declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos, art. 75, inc. 22). Frente a esta situación, el CPP Córdoba (1939) y la reforma general que le siguió reivindicaron al juicio público como necesidad ineludible del Estado de Derecho.

Ha llegado el momento de perfeccionar y potenciar esta institución para evitar errores propios de la legislación originaria y las de recepción, y para eliminar otros que, a través del tiempo, impusieron rutinas fundadas en una tradición burocrática inquisitiva. Con la misma advertencia anterior –la necesidad de sintetizar los problemas principales–, tres son las cuestiones básicas a reconocer para intentar un perfeccionamiento de la institución: la instrucción preparatoria formalizada en registros ha terminado por transformar el debate en una terminación festiva o pomposa de ella, desplazándolo del centro de gravedad del procedimiento penal; el tribunal de juicio, como cuerpo de decisión del debate, está lejos de garantizar los requerimientos mínimos del principio de imparcialidad del tribunal, tal como se lo entiende hoy en día, básico para la conformación de un Estado de Derecho; y el sistema de recursos contra la sentencia, conformado bilateralmente –tanto para el condenado como para el acusador–, desconoce máximas de garantía esenciales del Estado de Derecho (*ne bis in idem*; prohibición de la *reformatio in peius*) y, al mismo tiempo, traduce una concepción errónea del “derecho del condenado al recurso”, garantía procesal emergente de las convenciones universal y regional sobre derechos humanos.

Se ha observado que el debate que precede y legitima una sentencia penal ha sido literalmente "engullido" por la instrucción preliminar escrita, por dos razones principales: la lectura de sus actas en el debate, permitida ampliamente –incluso por reglas prácticamente abiertas– por la ley procesal (verificación que se compece con el compromiso político que dio nacimiento al sistema inquisitivo reformado del derecho francés, extendido en toda Europa continental durante el siglo XIX) y la rutina inquisitiva que ya pertenece a nuestra cultura, difícil de vencer en un tiempo breve. Hasta se puede sostener, con fundamento, que los tribunales han leído incorrectamente la autorización para introducir por lectura actos escritos, precisamente por devotos de la cultura inquisitiva, y extendido la autorización para casos y en relación a fines no previstos por la regla. Ello, sin embargo, no evita el suceso real que se comprueba, pues la instrucción preliminar, incluso desde el punto de vista temporal, prevalece sobre el juicio público. El texto del Código pretende corregir este defecto grave de varias maneras. En principio, él encomienda la averiguación preliminar al órgano propio de la persecución penal, el acusador (en el caso de la persecución penal oficial, la fiscalía y la policía), de modo tal de evitar la influencia perniciosa que sugiere la ideología de la práctica de esas diligencias mediante actos formales de un "juez", que le presta su título al propio acto para concederle seriedad y efecto obligante. De manera natural, nadie puede estar dispuesto a condenar por actas labradas por el propio acusador que propone la condena, razón por la cual sus actos y quienes los pueden utilizar respetarán naturalmente la idea básica de que ellos sirven tan solo para preparar el ejercicio de la acción pública. Correlativo a ello resulta ser la prohibición para el acusador de imponer la prestación de juramento a peritos y testigos, quienes, si son ofrecidos para la audiencia del debate, expresarán solo allí su información bajo admonición. Por lo demás, el texto define la palabra "prueba" solo como la información incorporada en una audiencia, según las reglas que la presiden (oralidad, publicidad, inmediación), y limita la influencia de ese concepto únicamente a la decisión a dictar a consecuencia de esa audiencia, por los jueces que la presenciaron. Por esta razón, cualquier interviniente puede solicitar a un juez, excepcionalmente, en caso de peligro por la demora o por imposibilidad de incorporar la información en la audiencia a la cual está destinada, que anticipe esa audiencia, reciba la información y la registre, conforme a las reglas propias de ella y por el medio más conveniente, para incorporar su contenido por reproducción en oportunidad de la audiencia respectiva (actos definitivos e irreproducibles);

solo de esa manera la información se podrá incorporar y valorar en la decisión que concluye la audiencia.

Con la instrucción jurisdiccional registrada, el tribunal del juicio conoce por anticipado el caso, esto es, aquello que se conoce de él según la investigación practicada para acusar, antes y por fuera de la audiencia del debate, destinada, precisamente, a incorporar esos conocimientos de un modo particular: con control de las partes y con posibilidad de contradicción para ellas. Ello lesiona el principio de imparcialidad del juzgador, pero también la razón natural a cuyo fin se establece el juicio público (publicidad, transmisión directa sin intermediario, contradicción previa). Hoy la imparcialidad o neutralidad del juzgador se define, precisamente, en relación con la ausencia de conocimientos previos sobre el caso, de manera que la audiencia del debate cumpla sus fines naturales; se observa que un juez que conozca el caso de antemano, es, al menos potencialmente, un juez con prejuicios, sospechoso de parcialidad, interpretación sostenida por varias sentencias de tribunales internacionales. Para aventar este peligro, el texto acude también a distintos mecanismos. El debate es precedido por una audiencia preliminar que dirige un juez con impedimento para integrar el tribunal del juicio, quien resuelve si se abre el juicio o se sobresee el procedimiento en favor del acusado, sobre la base del requerimiento del acusador; en el primer caso, también es él quien se ocupa de preparar el debate, actividad concedida por los códigos "modernos" al tribunal de juicio, de modo tal de evitar toda resolución de este último tribunal antes del debate, por una parte, y de lograr que sus jueces ingresen al debate sin conocimientos previos, por la otra. Por supuesto, si el juez lesionara informalmente este principio, sería susceptible de ser recusado por temor de parcialidad, estaría obligado a denunciar el defecto y, en su caso, la infracción a este deber constituiría una falta grave en el ejercicio de su función. Esta concepción de la imparcialidad o neutralidad de los integrantes del tribunal del juicio se observa con mayor naturalidad cuando los tribunales están integrados por ciudadanos (jurados o escabinos), pues es regla natural para ellos el desconocimiento de toda información sobre el caso, antes de la audiencia prevista para ese fin. Finalmente, resulta una consecuencia de esta idea, aquella de desformalizar la investigación preparatoria y, correlativa a ella, el mandato de resolver los incidentes que pueden ser llevados a cabo durante esa instrucción (autorizaciones de injerencia en derechos individuales: por ej., injerencias estatales en la libertad o intimidad del imputado) por audiencias que le sirvan de soporte y legitimación a la decisión.

Por último, contribuye a colocar al juicio como centro de gravedad del procedimiento la correcta regulación del sistema de recursos contra la sentencia. Por un lado, conceder recurso al acusador, significa concederle, en principio, la posibilidad de volver a perseguir penalmente después del fracaso de la acusación, con infracción del principio que prohíbe la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*), propio del Estado de Derecho y hoy exigencia universal: este principio ha sido traducido con razón –por el derecho anglosajón– como la interdicción de someter al acusado a un riesgo redoblado de condenación penal, esto es, a un doble o múltiple enjuiciamiento ante un tribunal. Pero, además, la concesión significa, también, reducir a pura formalidad el principio que prohíbe la *reformatio in peius* frente a la organización estatal, solo comprensible materialmente, en derecho penal, si, ante la sentencia del tribunal del juicio, el nuevo juzgamiento no procede de la actividad del órgano que persigue penalmente, sino de la voluntad del propio acusado en procura de una decisión más benigna. Por ello –y otras razones teóricas aquí no nombradas: *regressus in infinitum* cuando el recurso se concede bilateralmente–, el derecho al recurso del condenado, impuesto por las convenciones de derechos humanos, solo puede querer significar que el único autorizado a lograr un segundo juzgamiento, para hacer efectiva la garantía procesal de la doble conformidad, es el mismo condenado, salvo situaciones muy especiales.

La estructura del Código propuesto, por lo demás, resalta, según explicaremos, el papel central que debe cumplir el juicio en todo reglamento procesal.

### III. LA ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO Y SUS PARTICULARIDADES

#### III.A. Libro I: Regulación del juicio penal

##### III.A.1. El procedimiento: juicio penal

El Código está presidido por el propósito de abreviar la innumerable cantidad de reglas, incluso repetidas, que la manera tradicional de legislar en derecho procesal ha impuesto en nuestro país y universalmente. Tal propósito sirve al más general de evitar complicar de manera esotérica el procedimiento para aplicar la ley penal y para defenderse de una imputación penal, sin desmejorar la calidad de la protección de las garantías procesales

individuales, procedentes del respeto por la dignidad humana, reconocida a quien es perseguido penalmente. Una de esas garantías consiste, precisamente, en el juicio penal y sus características principales de procedimiento público (publicidad popular) y contradictorio o adversarial, cuyo eje central, los debates, son cumplidos en la presencia ininterrumpida de quienes están legitimados para intervenir en él y de los jueces que contribuirán a dictar sentencia (inmediación), sin solución de continuidad entre sus diversos actos (concentración o continuidad) y con utilización de la oralidad como modo de comunicación entre las diversas personas que en él intervienen. Tal caracterización del juicio no solo sirve para garantizar que la verdad se adquiera mediante un procedimiento dialéctico de crítica y confrontación de intereses, sino, además, para asegurar la transparencia pública de la manera de administrar justicia por parte de los jueces y de posibilitar su control ciudadano; más aún, también para evitar la delegación del poder de juzgar en extraños a esa tarea, fin propio del procedimiento por registros.

Según se puede observar, el Libro I se dedica, exclusivamente y en primer lugar, a establecer el juicio penal, único período de la persecución penal formalizado y secuenciado estrictamente. Él, básicamente, se resuelve en dos audiencias, la audiencia preliminar, llevada a cabo por un juez y establecida, en principio, para el control de la acusación como acto provocador del debate y, para preparar el debate, en caso de que el juez decida su apertura; y el debate, destinado a proveer el material sobre la base del cual los jueces que asisten a él dictarán sentencia absolutoria o condenatoria.

Se ha querido comenzar de esta manera, a contrario de lo que sucede en los demás códigos argentinos, para señalar claramente el lugar central que ocupa el juicio en el procedimiento penal, sin importar la clase o categoría del hecho punible –de persecución pública o privada, por ej.– objeto del procedimiento. En cierta manera, si se mira el procedimiento bajo el cristal de la estructura de los códigos “modernos”, se puede decir, groseramente, que el proceso se ha asimilado a la estructura del juicio por delitos de acción privada.

Según se verá en la próxima letra, se trata de una única manera de proceder en materia penal, de la proposición de un único juicio de conocimiento. Los procedimientos especiales tradicionales (juicio por delito de acción privada, juicio con jóvenes, juicio para la aplicación de una medida de seguridad) y los procedimientos que así resultan por diferentes composiciones del tribunal sentenciador (juicio con o por jurados), son resueltos mediante reglas de menor alcance, que establecen aquellos pormenores que cabe cumplir en el caso particular.

Por lo demás, los problemas relativos al ejercicio de la acción, porque ella no pudo proponerse válidamente o no puede proseguir (impedimento u obstáculo procesal como la cuestión prejudicial, la legitimación especial para acusar –acción privada– o para habilitar la instancia –instancia privada– o el privilegio constitucional para la imperseguibilidad temporal de ciertos funcionarios), son incidentes de la audiencia preliminar, en caso de no haber sido superado el impedimento o el obstáculo con anterioridad por el acusador, que provocan, de subsistir, la clausura provisional del procedimiento hasta tanto el impedimento o el obstáculo hayan desaparecido.

De la misma manera son resueltas ciertas vicisitudes del procedimiento que conducen a la suspensión del juicio (suspensión del juicio a prueba) o al reemplazo del debate por el apoderamiento al juez de la audiencia preliminar para dictar sentencia sobre su misma base (procedimiento abreviado).

### *III.A.2. Los antiguos procedimientos especiales de conocimiento*

Nuestros códigos siempre sintieron la necesidad de corregir las reglas relativas al juicio común u ordinario de conocimiento en un libro específico dedicado a los procedimientos especiales. Nunca se trató, sin embargo, de verdaderos procedimientos específicos, distintos al juicio común, sino del mismo proceso de conocimiento que, debido a la particularidad de su objeto o de la integración particular del tribunal respecto del juicio común, contenía reglas específicas de aplicación al caso. Esa es la razón principal para limitar toda intervención jurídica a señalar pequeñas reglas de adaptación al caso particular de que se trata: el ahorro de reglas y referencias, a más de la sencillez para su comprensión, la reducción de la complejidad y de los problemas que pueden presentarse conforme a ella.

Así, se da cabida en el Código al juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección, sentida necesidad de nuestro ordenamiento jurídico procesal penal para lograr que, quien sufre también la sanción penal, tenga posibilidad de resistirla, esto es, de cuestionar los extremos que tornan posible una medida de esa clase. El juicio, sin embargo, no altera los cánones básicos de aquel en el cual se discute la culpabilidad del acusado y una pena.

El juicio por delitos de acción privada no transforma el procedimiento principal. Solo en la audiencia preliminar se incorpora, previamente, la audiencia de conciliación, clásica en nuestro sistema, así como el auxilio

judicial para medidas previas a la acusación que no puede realizar el acusador privado por sí mismo y reglas propias para adaptar las reparaciones especiales (retractación y explicaciones satisfactorias) que concluyen o redefinen el conflicto en las lesiones al honor, según la ley penal.

El juicio con jóvenes tampoco representa mayor modificación respecto del juicio común: una sola regla soluciona las particularidades de este juicio.

Las mayores dificultades provienen de las reglas necesarias para una integración del tribunal con jueces accidentales. En ese sentido, es sencillo adaptar el procedimiento para la incorporación al tribunal de jurados "escabinados", porque ellos integran, con los jueces profesionales y permanentes, un único cuerpo de decisión y gozan de idénticos atributos y deberes que ellos. Las reglas relativas a la selección de los jueces accidentales y al compromiso solemne para administrar justicia son comunes a la integración del tribunal con jurados clásicos.

Pero el juicio por jurados, integrado por jueces accidentales a la manera clásica, en un cuerpo de decisión diferenciado del juez profesional que dirige la audiencia, necesitó de mayores esfuerzos de adaptación. En este sentido, hubo de regularse, en la audiencia preliminar y con posterioridad a la decisión de apertura del debate, la audiencia para la selección (derecho de recusación) de los jurados hasta dejar integrado el cuerpo de decisión que intervendrá en el debate y, en él, la prohibición de interrogar y el compromiso solemne de los jurados para administrar justicia, la forma de postulación y de deliberación del veredicto por los jurados, y la relación del veredicto con la sentencia penal del juez. Cabe agregar que el juez, frente a un veredicto de culpabilidad, todavía puede, por razones estrictamente jurídicas, absolver; el veredicto absolutorio de los jurados es, en cambio, soberano.

Resta aclarar, para terminar la explicación del título, que las previsiones acerca de la diferente integración de los cuerpos de decisión que se expresan por el tribunal, en los casos particulares que les toca decidir, establecen reglas que, de manera idéntica a las de competencia de los diferentes tribunales por circunscripción, corresponden a la ley de organización judicial propiamente dicha e integran su contenido.

### *III.A.3. La investigación preparatoria (instrucción penal)*

El Código no disciplina la investigación preparatoria, que en los delitos de acción pública cumplirá, fundamentalmente, la fiscalía, sin perjuicio

de la colaboración policial o de la que pueda realizar el acusador privado (víctima), y en los delitos de acción privada, solo el acusador privado. Respecto de la investigación que cumple la fiscalía para preparar la acción pública (acusación), la ley solo contiene un par de reglas (arts. 204 y ss.) que pretenden, según se verá, disciplinar la función de quienes persiguen penalmente (policía y fiscalía) por vía de principio y limitar el poder de los órganos estatales que se ocupan de esa tarea y son depositarios de la fuerza pública.

En el caso de los delitos de acción privada se regula solo el auxilio judicial para la investigación preliminar que cumple quien querella, tanto al disciplinar los pasos iniciales del procedimiento común (art. 8), como cuando se trata de proteger elementos de prueba que, verosímelmente, no podrán realizarse durante el debate (art. 150).

Es conveniente resaltar que la labor de acusador de la fiscalía y la de su auxiliar, la policía, están regidas, por una parte, por los principios de objetividad y lealtad (art. 204), y, por la otra, por el principio de legalidad (art. 205). El primero de esos principios importa el deber de destinar la investigación preliminar tanto a averiguar los datos que pudieran conducir a una acusación, como aquellos que pudieran determinar el sobreseimiento de la causa en favor de quien fue imputado. El segundo principio se relaciona con el deber de información de la fiscalía hacia quienes intervienen en el procedimiento, en especial, hacia el imputado y su defensor. El tercer principio mencionado se vincula a la decisión política del Código Penal (art. 71) acerca de la iniciación oficial de la persecución penal y al mandato que la misma ley penal contiene para los órganos de persecución penal de promover el enjuiciamiento de los culpables de un hecho punible (art. 274). Cualquier razón política acerca del ingreso de criterios de discrecionalidad (oportunidad) para evitar la persecución penal de algunos hechos punibles, por necesarios que ellos sean para gobernar el cúmulo de casos que ingresa al sistema penal, para mayor eficiencia de la persecución penal o por razones de justicia intrínseca del caso, colisiona con definiciones previamente determinadas por la ley penal nacional, para cuya sanción resulta competente, en principio, el Congreso de la Nación (facultades legislativas delegadas, Código Penal, arts. 71 y siguientes). Ello merece una discusión extraña al procedimiento en sí—relativa a la organización judicial posible—y es conveniente que las reglas que de ella resulten sean incluidas en el Código Penal, dadas las explicaciones anteriores, porque él rige en todo el país (Constitución Nacional, art. 75, inc. 12).

El procedimiento de investigación está excluido de la publicidad general: la regla disciplina los deberes de reserva de todos aquellos que intervienen en ella (art. 205). El funcionario de la fiscalía que dirige la investigación puede, incluso, determinar su secreto por un plazo breve, decisión que provoca la suspensión de su deber de lealtad en la información. Ese límite solo puede ser superado, en casos excepcionales, con la autorización de un juez y siempre por un plazo determinado. Por lo demás, con el fin de llevar a cabo un acto de investigación, el funcionario que dirige el procedimiento puede ordenar el secreto parcial por el tiempo absolutamente imprescindible para llevar a cabo el acto, que nunca puede superar las veinticuatro horas.

Importante también es señalar que, ya desde la definición de prueba (art. 148), quedan excluidas del concepto todas las diligencias llevadas a cabo por el acusador, que así asumen mero carácter preparatorio: el acusador deberá incorporar en el debate todo elemento de prueba que conduzca, según su criterio, a la condena del acusado. Como antes dijimos, la única excepción a este criterio se vincula con la necesidad de proteger elementos de prueba que, factiblemente, no podrán ser incorporados durante la audiencia, caso en el cual se prevé la intervención anticipada de los jueces, con un procedimiento contradictorio, de manera tal que su registro pueda ser incorporado a la audiencia (arts. 150 y 151).

Límites para la investigación penal y para el ejercicio de la fuerza pública por parte de sus portadores resultan ser, además, todas aquellas injerencias en derechos fundamentales de los habitantes que no están prohibidas absolutamente por la ley constitucional, pero que necesitan autorización y control de legalidad por parte de los jueces (libertad, intimidad hogareña, propiedad, etcétera). Dichos derechos han sido reglamentados específicamente en los demás capítulos del Libro II, reglamentación que la policía y la fiscalía deben observar rigurosamente (art. 206).

### **III.B. Libro II: Facultades, deberes y garantías de los participantes en el procedimiento**

Todo el Libro II está destinado, básicamente, a los intervinientes en el procedimiento.

### III.B.1. El imputado

Es básico para este Título la reglamentación de todas las garantías procesales de que goza el imputado conforme a las leyes fundamentales y el establecimiento de las facultades correlativas. Así, el derecho a ser oído durante el procedimiento, su defensa técnica y sus facultades defensivas, la protección de su libertad personal y su derecho a ser tratado como inocente, su derecho a la intimidad y a la propiedad privada, sus derechos en relación con la prueba, las limitaciones probatorias, la facultad de quien es condenado de cuestionar esa condena mediante un recurso, el derecho del imputado a un juicio imparcial y a una única persecución penal con relación a un hecho punible, y el derecho a que la persecución penal efectiva concluya en un plazo razonable.

Requieren tratamiento especial, por su novedad, los derechos del condenado al recurso y a la duración razonable de la persecución penal efectiva; por lo demás, ciertas innovaciones acerca de la protección del derecho a la libertad durante el procedimiento, resultan también de importancia. Por razones expositivas, de mejor comprensión, comentaremos aquí la resolución del problema del plazo de duración razonable de la persecución penal y reservaremos un lugar posterior para aclarar las otras dos cuestiones, al indicar el sistema de recursos.

Tanto la Convención regional (CADH, art. 7, n° 5) como la universal (PIDCyP, art. 9, n° 3) que nos rigen (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22) –y otras convenciones internacionales sobre derechos humanos o libertades fundamentales– conceden al imputado el derecho a ser juzgado en un “plazo razonable”.

Se ha optado por un sistema que conceda un año de plazo desde el *dies a quo*, la acusación, hasta el *dies ad quem*, la sentencia que emerge del debate. El comienzo del plazo (*dies a quo*) puede, sin embargo, ser modificado. Puesto que la protección se vincula a la exposición pública del imputado, quien una vez que sufre esa imputación penal tiene derecho a que en un plazo límite adquiera certidumbre su situación jurídica –en palabras de nuestra Corte Suprema–, el comienzo del plazo se anticipa por la detención del imputado, por su comparecencia forzada ante una citación para defenderse de la imputación o, incluso, ante un acto de la fiscalía que exponga al imputado a la difusión pública indeterminada sobre la sospecha que pesa sobre él. En el caso eventual de un recurso, de ser necesario el reenvío a un nuevo juicio, el tribunal que reenvía fija su plazo de duración

dentro del plazo máximo previsto para él. Excepcionalmente, los plazos pueden ser prorrogados por expreso pedido del acusador y por decisión de un tribunal, dentro de los límites ya expuestos, pero esta prolongación no autoriza la extensión de la privación de libertad del imputado que estuviera encarcelado preventivamente; única excepción: el condenado a pena privativa de la libertad aún no cumplida. El plazo, así regulado de manera general, provoca el efecto de culminar la persecución penal a su vencimiento, en el caso de que no haya sido dictada la sentencia (art. 187). Es importante señalar que este plazo se suspende –a más de otros motivos de suspensión con origen en la estructura del procedimiento (sobresimiento del fiscal y concesión de plazos extraordinarios) o en caso de un estrago– por la rebeldía del imputado y que, cuando su fuga se produce durante el debate, el plazo se interrumpe y vuelve a contarse totalmente desde su presentación o detención (art. 188).

### *III.B.2. La víctima*

El Código se define, también, por una consideración efectiva del papel de la víctima en el proceso penal de conocimiento. Primero regula los derechos, facultades y deberes de la víctima, en general, aunque ella no decida adoptar el papel de acusador en el procedimiento penal por delitos de acción pública, luego disciplina el papel de acusador –que la víctima asume voluntariamente– tanto en los hechos punibles perseguibles por acción pública como por acción privada, y, por último, intenta dar una solución novedosa, sin mayores complicaciones, al derecho reparatorio de la víctima conforme a la legislación civil. Previo a ello, sin embargo, ha sido necesario definir aquello que se comprende por víctima y la definición resulta considerablemente más amplia que aquella correspondiente al concepto tradicional (art. 189): por una parte, aclara ciertas situaciones conflictivas, como, por ejemplo, la del socio de una entidad colectiva frente a quien la dirige, la administra o la controla y, por la otra, admite como víctima a las asociaciones civiles cuyo objeto esté constituido por la defensa de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, o comprometida con la protección de derechos humanos respecto de hechos punibles reconocidos por el orden jurídico internacional como delitos contra la humanidad.

Entre los derechos genéricos del ofendido (arts. 190 y ss.) son importantes aquellos que se refieren al derecho de información (arts. 190,

incs. 1 y 6, 192 y 193) sobre el caso o sobre sus facultades jurídicas, a la protección personal (art. 190, incs. 3, 4, 7 y 8) y al derecho de intervención en el procedimiento (arts. 190, inc. 2, 5 y 9, 191 y 192, párr. 2), a más de aquellos concedidos para acusar (arts. 194 y ss.).

La forma más vigorosa de intervención de la víctima en el proceso de conocimiento es, sin duda, la asunción del papel de acusador. Por fuera de los delitos de acción privada (art. 195), en los cuales la persecución penal le pertenece con exclusividad, el Código no ha adoptado una posición ortodoxa, entre las varias posibles, sobre su papel en los hechos punibles de persecución penal pública. En primer lugar, acusa autónomamente, pero su acusación debe versar, aun con sus propias particularidades, sobre el mismo suceso histórico que relata la acusación pública (art. 194, párr. 2). En segundo lugar, no es necesario que acuse para intervenir en el procedimiento, pues puede adherirse voluntariamente a la acusación pública y defenderla en las audiencias que componen el procedimiento. Por lo demás, si decide acusar, tiene en el procedimiento las mismas facultades que le corresponden a cualquier acusador. Previsiones especiales regulan la concurrencia de varios acusadores privados (unificación de personería), el deber de prestar testimonio y la situación específica de quien acusa con domicilio en el extranjero (art. 196).

Por último, se ha adoptado una solución práctica para el problema de la reparación conforme a la ley civil, con el doble fin de evitar la complejidad excesiva que, para el proceso penal de conocimiento, comporta la acción civil y de procurar una solución rápida que dé respuesta inmediata a la condena para la víctima de un hecho punible. Se instrumentó un procedimiento monitorio (cuasi-ejecutivo, arts. 197 y ss.), que procede con posterioridad a una condena penal, a fin de que el tribunal que decidió la condena fije liminarmente la reparación que estime correcta, sin perjuicio del desarrollo de un procedimiento civil posterior, ante los tribunales competentes, ya para que el ofendido pretenda una reparación distinta o mayor a la atribuida por el tribunal penal, ya para que el obligado pretenda que no debe la reparación, o que debe una reparación distinta o inferior a la dispuesta por el tribunal penal y, eventualmente, repita de quien percibió la reparación. La reparación decidida por el tribunal penal es ejecutable por quien la pretendió.

### III.B.3. El acusador público

Este es el Título (arts. 204 y ss.) con el cual ubicamos a las pocas reglas que definen la persecución penal pública y la tarea de preparación de la acción penal pública, reglas de las que ya nos hemos ocupado con anterioridad o que no merecen mayor aclaración.

Merece aclaración, en cambio, la potestad fiscal de sobreseer el procedimiento (arts. 207 y concordantes). Ya se puede advertir que nos apartamos de la regulación rutinaria de los códigos de procedimiento argentinos: cuando sea evidente la inocencia del imputado, o cuando no pueda formularse la acusación pública por carecer de elementos suficientes para lograr una condena (causa probable), por falta de individualización del autor de un hecho punible o del partícipe en él, o por hallarse rebelde el imputado, o por la existencia de una cuestión prejudicial, de un privilegio constitucional, o de una condición para el ejercicio de la acción pública (instancia privada), la ley autoriza al funcionario que representa al ministerio público a sobreseer el procedimiento con relación a la persona de que se trate, liberándola, en su caso, de la persecución penal. El sobreseimiento fiscal no pone en juego el principio que impide la múltiple persecución penal (*ne bis in idem*), de manera tal que, en los casos correspondientes, allanado el obstáculo o el impedimento, o conseguidos los elementos de prueba que pueden fundar una acusación, la fiscalía puede retomar la persecución penal. En este sentido, este sobreseimiento se diferencia del acordado por un tribunal en la audiencia preliminar (arts. 15 y ss.), no solo por la extensión de los casos genéricos, sino, antes bien, por el carácter definitivo del sobreseimiento judicial, que coloca en juego al principio *ne bis in idem* (salvo en los casos de clausura provisional: art. 17). La razón de ser de esta diferencia es muy sencilla: una vez que existe una acusación propuesta por el acusador es necesario que el procedimiento termine con una decisión sobre el fondo (condena o absolución; el sobreseimiento representa una absolución anticipada al debate); solo en el caso de un obstáculo o impedimento procesal, que no permita la prosecución de la persecución penal, se autoriza, por excepción, la clausura provisional del procedimiento, hasta tanto se supere el obstáculo respectivo.

Respecto del sobreseimiento fiscal, debido a nuestra regulación rutinaria, se debe indicar aún la clase de control previsto, dado, por una parte, la necesidad de asegurar el principio de legalidad y, por la otra, la necesidad de responder al temor que provoca en nuestro país el posible manejo arbi-

trario de la acción penal pública, por parte de los funcionarios de la fiscalía (no se entiende la razón por la cual se confía en los jueces para el manejo de la misma cuestión). Nos ha parecido suficiente control la posibilidad, concedida a la víctima, de impugnar el sobreseimiento fiscal ante los superiores jerárquicos del funcionario que lo ordenó, esto es, en el ámbito del propio Ministerio Público hasta llegar al Fiscal General, con lo cual la situación se asemeja al llamado –por el foro– “sobreseimiento por acuerdo de fiscales”, tradicional entre nosotros. Por lo demás, la ley orgánica del Ministerio Público penal deberá contener reglas acerca de cuáles funcionarios de la fiscalía están autorizados para sobreseer el procedimiento de la manera indicada. Empero, si esto resultara insuficiente, se ha previsto –a semejanza del caso contencioso-administrativo– un recurso judicial de la víctima, a quien la última autoridad del ministerio público no dio satisfacción, ante el tribunal superior de la causa, por razones de estricta legalidad, a fin de que ese tribunal, eventualmente, disponga ordenar al jefe del Ministerio Público la promoción de la acción penal pública.

El fiscal, por principio, no puede recurrir las sentencias absolutorias o las de condena consideradas benignas con relación al requerimiento de la fiscalía (*ne bis in idem*). Solo por excepción, cuando esa sentencia hubiera sido conseguida por intermedio de amenazas graves, de coacción o de cohecho sobre uno de los integrantes del tribunal que determina la decisión o por prevaricato de uno de los jueces que integra el tribunal que haya contribuido en el dispositivo, la fiscalía está autorizada a recurrir.

#### *III.B.4. Otros intervinientes*

Con este Título quedan regulados los papeles, derechos y deberes de otras personas que intervienen circunstancialmente en el procedimiento, como el denunciante, el testigo, el perito, traductor o intérprete y los auxiliares de las partes que intervienen en el procedimiento (colaboradores y consultores técnicos). En general, las normas no se apartan del contenido que, de una u otra manera, es propio de las leyes y proyectos procesales penales del país, por lo que no resultan necesarias mayores aclaraciones.

#### *III.B.5. Recursos y nulidades*

Constituye un problema específico explicar la solución propuesta para estos dos problemas capitales del procedimiento, no siempre bien enten-

dados en nuestro país. Comenzaremos por afirmar que ha sido propósito inicial del desarrollo de este Código lograr, por una parte, un procedimiento acotado temporalmente, que finalice en el menor tiempo posible y que no regrese continuamente a situaciones procesales pasadas, y, por la otra, demoler la práctica inveterada de litigar formalmente (por "chicanas"), en lugar de ocuparse centralmente del objeto del procedimiento (el "fondo" del caso a discutir). Ello, en parte, se consigue con el procedimiento por audiencias, pero el error de las legislaciones que lo introdujeron fue, en primer lugar, dejar subsistentes los registros, con suma importancia para la decisión final y regular un juicio autónomo sobre la validez de actos procesales (incidente de nulidad) o comprender la invalidez de los actos por fuera de las decisiones judiciales que ellos fundan o provocan, y, por la otra, edificar un sistema de recursos que tiene por objeto, antes bien, el control jerárquico de tribunales "superiores" sobre los tribunales "inferiores", que decidir el caso conforme a la ley.

Se observará que, durante el procedimiento, se ha eliminado, prácticamente, el sistema de recursos tradicional entre nosotros, reemplazado, en los pocos casos en los que pareció necesario conceder una segunda oportunidad (por ej., sobreseimiento judicial, prisión preventiva) por el reclamo de una integración más amplia del tribunal decisor, que juzga el caso por segunda vez con su propia audiencia. Por lo demás, el recurso de reposición tradicional, durante las audiencias, se disciplina a manera de protesta sobre los actos cumplidos por el tribunal en la audiencia, sin sujeción a la ley procesal, y como admonición acerca de la invalidez de la decisión que los utilice en contra de quien protesta.

He aquí también el régimen de la llamada nulidad. El desarrollo de un acto o de una audiencia, con infracción a las reglas previstas para ellos, provoca, entonces, la posibilidad de requerir la invalidez de la decisión que perjudica –por tanto, la de aquella que favorece no genera reclamo alguno–, por medio de la repetición de la audiencia y de la decisión, cuando la facultad de repetición o provocación de una nueva audiencia está concedida al interviniente. A ello se limita aquello que, con mayor propiedad, se debe denominar: actividad procesal defectuosa.

Se ha procurado seguir a la letra la garantía procesal, contenida en las convenciones universal y regionales sobre derechos humanos, que concede al condenado una segunda posibilidad de ser juzgado, con el objeto de liberarse de una condena o pena estimada injusta. Este derecho se resume, en principio, en la facultad de determinar, con su voluntad, un segundo

juicio, que confirme, modifique o revoque la primera decisión. Para conseguirlo, el ya condenado debe tornar plausible ante el tribunal competente para el recurso el error –jurídico o fáctico– en el que se apoya la condena. Si lo logra, el tribunal del recurso autorizará un segundo juicio (reenvío: en realidad, una segunda primera instancia) o absolverá directamente (sin reenvío), cuando el error invocado y verificado determine esa solución.

Por razones de principio y prácticas, la concesión de un recurso al condenado contra la sentencia de condena impide el otorgamiento de una facultad idéntica al acusador. Entre las primeras razones se halla la imposibilidad de conceder al acusador una segunda oportunidad para lograr una sentencia condenatoria o una condena más grave o, si se quiere, la posibilidad de volver a poner en riesgo de condena al imputado por el mismo hecho punible (*double jeopardy*), posibilidad que lesiona directa y materialmente el principio que prohíbe la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*). Pero esa posibilidad también lesiona el principio de prohibición de la *reformatio in peius*, comprendido materialmente, esto es, como imposibilidad de que una segunda sentencia provoque para el condenado mayor perjuicio que la primera condena. Por último, resulta evidente que, dispuesto el juzgamiento por jurados, este tipo de procedimiento no conoce el recurso acusatorio (derecho anglosajón) o es resistente a ese recurso.

Existe también una razón práctica para no conceder el recurso acusatorio: es evidente que, recurrida eventualmente una sentencia por el acusador, y lograda su finalidad mediante el recurso (por ej., una condena frente a la primera absolución), ésta, la condena motivada por el recurso, es la primera condena que sufre el allí condenado, frente a la cual entra en juego su derecho al recurso. Es sencillo imaginar que el sistema de recursos bilaterales, en materia penal, conduce, por una parte, a un regreso al infinito y, por la otra, a condenas *in extremis* (ante el último tribunal posible en la organización judicial), que no permitirán el derecho al recurso del condenado y su revisión judicial.

Merece un párrafo especial la ampliación del objeto tradicional del recurso contra la sentencia, la casación, con inclusión en él de todos los motivos que permiten recurrir la sentencia por medio del otro recurso extraordinario contra ella, la revisión. En verdad, nadie debería asombrarse por ello, porque anticipar la fecha en la cual es posible impugnar una sentencia por revisión, por traslado del *dies a quo* del recurso hacia atrás, esto es, hacia momentos anteriores a que ella quede firme, resulta, a todas luces, factible y razonable, más aún, necesario. Tal como lo expresamos anteriormente

(este capítulo, punto C), hemos considerado necesario establecer solo una excepción que permita el recurso acusatorio: se trata de aquella absolución o condena benigna –según el requerimiento acusatorio– obtenida mediante un delito doloso que la determina (art. 213).

### **III.C. Libro III: La ejecución penal**

#### *III.C.1. Órgano ejecutor*

A contrario de aquello que sucede en los códigos argentinos, sobre todo en aquellos que introdujeron una autoridad de ejecución judicial –un juez especial para la ejecución–, el proyecto postula a la fiscalía como órgano ejecutor inmediato de las penas y medidas de seguridad ordenadas por sentencia firme. Es así que ella, por ej., practica el cómputo definitivo de las penas divisibles y controla directamente el cumplimiento de las condiciones relativas a la condenación condicional, efectúa el control general sobre la pena privativa de libertad y se encarga de ejecutar la pena de multa. Cualquier decisión del Ministerio Público que no fuera compartida por el condenado o por su defensor genera un incidente que debe decidir un juez del tribunal, por regla general, salvo cuando está prevista una integración plural del tribunal (por ej., libertad condicional).

Se ha querido, con ello, ser consecuente con el resto del procedimiento y con la función establecida para los jueces, al evitar, también en la ejecución penal, que ellos operen de oficio o, directamente, frente al imputado, como defensores del interés que representa la pena estatal (resguardo de su imparcialidad). Los jueces, de esta manera, conservan pura su función principal de decidir conflictos cuya titularidad o protagonismo pertenece a otros.

#### *III.C.2. Control judicial de la ejecución*

Tal como quedó expresado bajo la letra anterior, a los jueces no les corresponde inmiscuirse de oficio en la ejecución penal, sino que, antes bien, ellos intervendrán cuando entre el organismo ejecutor y el ejecutado emerjan conflictos que un tercero imparcial debe decidir. El condenado y su defensor pueden plantear estos incidentes directamente ante el tribunal (art. 244), quien, entonces, oirá al fiscal; pero lo habitual será que se arribe a la decisión del tribunal por desavenencia con el dictamen de la fiscalía

que fija el rumbo de la ejecución penal (por ej., art. 239). En general, la libertad anticipada requiere decisión judicial (art. 241), promovida por la fiscalía o por el condenado, lo mismo que la revocación de la libertad condicional o de la condenación condicional (arts. 242 y 243).

### *III.C.3. Procedimiento*

Se ha optado por proseguir el método de las audiencias orales y públicas para decidir los incidentes principales de la ejecución penal, como, por ejemplo, la libertad condicional y la rehabilitación, pero los demás incidentes pueden decidirse de la misma manera no bien el tribunal, por su importancia, lo estime necesario (arts. 241, párr. 4, y 244, párr. 2).

Contra la sentencia del tribunal se prevé un recurso de casación ortodoxo, fundado solo en el motivo de la inobservancia o la errónea aplicación de la ley penal.

## IV. LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL QUE SE SUPONE

Aunque la organización judicial necesaria para ejecutar un nuevo Código no está programada –depende, lógicamente, de la aceptación y sanción del Código–, conviene, sin embargo, adelantar unas pocas líneas acerca de una organización judicial apta para aplicar estas reglas, con ahorro de recursos humanos y materiales, que cumpla con el paradigma democrático de horizontalizar, en la mayor medida posible, el Poder Judicial en materia penal.

### **IV.A. El tribunal penal permanente**

En la organización de los jueces, ello significa abandonar la organización sobre la base de oficios rígidos, unipersonales o colegiados, para reunir a los jueces en audiencias judiciales o cortes de justicia delimitadas territorialmente. Los cuerpos de decisión fijos de antemano o rígidos, trasforman rápidamente las reglas de distribución del trabajo en reglas de competencia práctica.

Esta organización, de tipo "feudal", por la cual a cada cuerpo de decisión del tribunal le corresponde un "territorio" (juzgado o cámara) y unos "súbditos" (empleados auxiliares) determinados, que provoca incluso el

efecto de jueces que solo aplican unos pocos artículos de la ley procesal, conforme a su misión específica (tribunales que operan durante la investigación preliminar, tribunales de apelación de esas decisiones, tribunales que operan durante el juicio público, tribunales de ejecución), pretende variar hacia cortes de justicia conformadas por múltiples jueces permanentes, con una organización central que distribuya el trabajo, de manera tal que los jueces permanentes que la integran, alternativamente, desempeñen las variadas tareas que el Código propone para los jueces.

La organización horizontal de los jueces –junto a reglas ya contenidas en la ley procesal que se propone– contribuirá efectivamente a la consecución del ideal relativo a la independencia judicial (interna). A propósito de esta independencia, el próximo punto, previsto constitucionalmente, que obliga y permite la conformación de los cuerpos de decisión con participación de ciudadanos, completa el cuadro de los mecanismos posibles para lograr ese ideal.

Por lo demás, este tipo de organización puede contribuir eficazmente a seguir rutinas democráticas internas en cada tribunal o corte de justicia. Si los jueces de un tribunal se reúnen en asamblea anualmente, para recibir de los colegas que administraron la corte ese año un informe (memoria) sobre la labor anual desarrollada, y la aprueban o desaprueban, y, al mismo tiempo, eligen a aquellos que continuarán esa tarea en el año próximo, es probable que la tarea crítica, siempre necesaria en un tribunal de justicia desde el punto de vista de la política judicial, se acreciente y dé lugar a transformaciones de provecho en cada tribunal. Es probable, también, que los mismos jueces permanentes cuiden más que nadie una distribución de tareas equilibrada o equitativa. Por último, una organización como la esbozada procura suprimir para la mayoría de los integrantes del tribunal las tareas administrativas, que hoy cumple cada juez en "su tribunal", mayores en número y en valoración temporal a aquellas judiciales –decidir un caso–, únicas que debería cumplir un juez, en principio. Por fin, la carga de administrar el tribunal –con los auxiliares administrativos–, que pesaría sobre algunos jueces anualmente, se compensaría con una rebaja porcentual de sus tareas judiciales.

#### **IV.B. Participación ciudadana**

Es también propósito del Código cumplir con las reglas constitucionales que procuran la integración de los tribunales con jurados.

Se ha pensado, en general, juzgar por jurados los hechos punibles más graves de nuestro Código Penal y aquellos delitos también graves cometidos en ocasión del cumplimiento de la función pública y dejar para los tribunales compuestos por jurados y jueces permanentes (escabinados) para la delincuencia de gravedad inmediatamente inferior y, por último, como tribunales integrados solo por jueces profesionales –uno o varios– los delitos de menor gravedad. La integración del tribunal, esto es, el número de jueces convocados y el procedimiento para su convocatoria, así como la competencia territorial y las condiciones requeridas para ocupar un escaño en el tribunal, son materia de organización judicial, por tanto, tradicionalmente, de una ley especial que se refiera a la materia en aquel lugar donde este Código pretenda ser aplicado. Consecuentemente, la ley procesal carece de reglas sobre el particular.

#### **IV.C. Ministerio Público y defensa oficial**

Naturalmente, tampoco estos dos organismos pueden quedar al margen de la transformación. En general, ellos no deben quedar atados a la organización judicial respectiva, como sucede ahora, por remedo de la organización de los jueces, sino que, antes bien, deben desarrollarse separadamente, conforme convenga a su mayor eficiencia y según los principios básicos que rigen una u otra actividad procesal. Baste pensar, por ejemplo, que el Ministerio Público constituye, por definición (unidad e indivisibilidad), una organización jerárquica y vertical, distinta por principio (independencia y horizontalidad) a la de los jueces.



## DENUNCIA DE DAÑO TEMIDO. CONSIDERACIONES ACERCA DEL AGREGADO AL ART. 2499 DEL CÓDIGO CIVIL POR LA LEY 17711\*

MARINA MARIANI DE VIDAL

### I. DERECHO ROMANO

En Roma existía un remedio para garantizar a una persona contra un daño aún no causado, pero inminente: la *cautio damno infecti*.<sup>1</sup> Por ella, en el caso de que una casa o pared amenazara ruina, de modo tal que pudiera resultar un perjuicio al propietario del fundo vecino, el pretor le permitía –así como también a todo tenedor responsable de la custodia de la cosa en peligro– exigir al dueño del edificio ruinoso que se comprometiera, mediante estipulación, a pagarle, llegado el caso, los correspondientes daños y perjuicios, dentro de un plazo determinado.

Si no se suministraba la caución en dicho plazo decretado, el pretor otorgaba al reclamante la tenencia de la cosa como medida conservatoria. Y si se prolongaba la resistencia del daño intimado, el pretor podía transformar la tenencia en una verdadera posesión, que posibilitaba la usucapión y que traía como consecuencia la expulsión del propietario.

\* Originalmente publicada en *Lecciones y Ensayos*, N° 40 y 41, 1969, esta obra fue reeditada y publicada en el presente con motivo del aniversario N° 60 de la revista.

1. Según Gayo (IV- f 31) se podía también usar, en caso de daño temido de una acción de la ley, que parecería estar aun en vigor en la época clásica, pero de la que no se tiene ningún otro dato.

## II. DERECHO ESPAÑOL

La Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 1855, de conformidad con los arts. 389 y 390 del Código Civil, disponía, en sus arts. 748 a 758, sobre el "interdicto de obra vieja", al que se podría definir como el "juicio sumarísimo que tiene por objeto la adopción de medidas urgentes de precaución, a fin de evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de algún edificio, árbol, columna u otro objeto semejante cuya caída pueda causar daño a las personas o en las cosas, o la demolición total o parcial de una obra ruinosa que pueda ofrecer peligro para nuestras personas, propiedades, intereses o para el ejercicio de nuestros derechos".<sup>2</sup> Se otorgaba a todos aquellos que inmediatamente podían temer un daño en virtud del mal estado de una construcción<sup>3</sup> a fin de que se adoptaran las "medidas urgentes para evitar" esos riesgos o para obtener la demolición de esta (art. 748). Cualquiera que no se encontrara comprendido en los supuestos del art. 748, debía recurrir a las autoridades administrativas, ya que el interdicto se otorgaba solamente en el interés privado.

La ley establecía un distinto procedimiento según que la demanda persiguiera simplemente la adopción de medidas urgentes o la demolición del edificio. En el primer caso, el juez podía decretar las pertinentes medidas interinas de seguridad, previa una inspección ocular que debía realizar acompañado por perito que nombraba al efecto medidas a cuya ejecución podían ser "compelidos el dueño, su administrador o apoderado, el inquilino por cuenta de alquileres, y en defecto de todos estos, se ejecutarán a cosa del actor, reservándole su derecho para reclamar del dueño de la obra los gastos que se le ocasione" (art. 751).

Las resoluciones del juez decretando o denegando estas medidas cautelares eran inapelables (art. 752).

Para el supuesto de que el interdicto tuviera por objeto la demolición de la construcción, se debía convocar a las partes a un juicio verbal, y en él, el juez debía oír sus alegaciones y testigos y examinar los documentos que

2. REDACCIÓN DE LA REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA, *Ley de Enjuiciamiento Civil del 3 de febrero de 1851, concordada y anotada*, T. III, Madrid, Reus, 1882, p. 611.

3. Art. 749.- Solo podrán intentararlo: 1° Los que tengan una propiedad contigua o inmediata que pueda resentirse o padecer por la ruina; 2° Los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones o el edificio o construcción que amenazare ruina.

se le presentaban (art. 754).

En caso de considerarlo necesario, el juez tenía la facultad de practicar, acompañado de peritos, una inspección ocular, a la que podían concurrir los interesados.

Las resoluciones dictadas en estos casos eran apelables en ambos efectos –art. 757–, pero antes de remitirse los autos al Superior, si de la inspección ocular realizada surgiera la urgencia en procederse a la demolición, debía el juez hacer ejecutar las medidas de precaución necesarias, a fin de prevenir el daño. Los mayores recaudos y la citación del dueño de la obra peligrosa para este supuesto, estaban justificadas, aunque la demolición fuese urgente, teniendo en cuenta la trascendencia del punto.

La Ley de Enjuiciamiento Civil que comentamos, no hizo sino recoger disposiciones que ya se encontraban en Las Partidas.<sup>4</sup> Esta fue reformada por una ley del 3 de febrero de 1881. Con respecto a la figura que estudiamos, se mantuvieron, en líneas generales los dispositivos de la ley de 1855, salvo que se mudó el nombre de "interdicto de obra vieja" por el de "interdicto de obra ruinosa", considerándose que no solo las obras "viejas" podían traer peligro de daño inminente, que el interdicto tendía a conjurar, y también porque se amplió el ámbito de su aplicación, autorizándose su iniciación no solo en caso de edificios o construcciones en mal estado, sino también cuando árboles, columnas o cualquier otro objeto análogo en mal estado, pudiese caer y causar daño a las personas o a las cosas.<sup>5</sup>

Comentando la ley –en consideraciones que resultan aplicables a la de 1855– y especialmente en lo relativo a los fines que podía perseguir el interdicto –medidas precautorias o demolición– dice Manresa que "la mayoría de las veces no será posible al demandante precisar si bastará el aseguramiento del edificio o si será necesario la demolición, pues esto

4. Así, por ejemplo, en la Partida 39, Título 32, Ley 10, se consideraba "obra vieja" no solo a los "edificios antiguos que fallecen o quiérense derribar por vejez", sino a los edificios o "labore nuevas que se abren, porque se funden de los cimientos o porque fueron fechas falsamente, o por flaqueza de labor". Y en la Ley 12 del mismo Título se declara aplicable el interdicto también en caso de *paredes flacas e árboles grandes mal raigados son a las vegadas cerca de heredades o de casas ajenas que se temen los vecinos que si cayeren, que les harán daño*, ordenando que si con ese motivo se presentare querrela ante el Juez, este, asesorado por peritos, debía reconocer las paredes o árboles y resultante cierto, "que pueden ayna caer e facer dano... dévelos facer cortar e derribar". También contenían disposiciones al respecto las Leyes 11 y 21 y la Ley 15 del Título 30 de la misma Partida.

5. Art. 1676, inc. 19.

dependerá de reconocimientos periciales que no estará a su mano practicar previamente",<sup>6</sup> considerando que, en consecuencia, el actor podía demandar las medidas urgentes o la demolición en juicios separados, o bien intentar uno solo, solicitando las medidas de seguridad y, para el caso de resultar necesario conforme a las probanzas rendidas, la demolición.

Como en cualquier interdicto, y teniendo en cuenta el carácter provisorio de estos, podían los interesados iniciar posteriormente el correspondiente juicio declarativo de sus derechos o reclamar la indemnización del perjuicio en caso de haberse pedido y acordado la demolición sin derecho o sin ser urgente.<sup>7</sup>

### III. DERECHO PATRIO

Por Real Cédula del año 1530 se mandaron a aplicar en América las leyes de Castilla, las Indias fueron anexadas a la Corona de Castilla y León en 1519. En consecuencia, el denominado "derecho patrio" está constituido por la legislación castellana, con las modificaciones introducidas por los distintos gobiernos, nacionales o provinciales, desde 1810 hasta la organización definitiva del país, luego de dictada la Constitución Nacional.

El "derecho patrio" perduró, en materia civil, hasta la sanción del Código de Vélez, y en materia procesal, con respecto al fuero federal, hasta el 14 de septiembre de 1863, en que se dictó la Ley 50 y con respecto al fuero de la ciudad y provincia de Buenos Aires, hasta la sanción, en octubre de 1878, del Código de Procedimientos redactado por la Suprema Corte de la Provincia, sobre la base del proyecto de José L. Domínguez. Para conocerlo, en consecuencia, debemos tener en cuenta principalmente las Leyes de Partidas y las obras doctrinarias de Álvarez,<sup>8</sup> Gómez de la Serna

6. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada*, T. VII, Madrid, Reus, 1947, p. 488.

7. *Idem*. Sobre estos y otros aspectos del derecho patrio, puede consultarse el trabajo de MOLINARIO, A., "Interpretación de la protección posesoria actual en función de la historia interna", en *Anales*, T. XXI, La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, 1962, pp. 181 y ss.

8. ÁLVAREZ, J. M., *Instituciones de Derecho Real de España*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1834, que tiene, además, importancia, por haber sido adicionada por Vélez Sarsfield.

y Montalván,<sup>9</sup> Escriche<sup>10</sup> y en modo muy especial para nuestro tema, la de Esteves Saguí.<sup>11</sup> A fin de conjurar el peligro de daño –que podía ocasionar a los inmuebles la ruina de edificios contiguos o “de otras cosas afectadas al suelo”–, se otorgaba en el “derecho patrio” y de conformidad con las Leyes de Partidas, un remedio breve y sumario: la denuncia o interdicto de obra ruinosa, que tenía lugar “antes de suceder el daño y por la sola existencia del riesgo”.<sup>12</sup>

En este procedimiento, luego de formulada la denuncia del peligro, el juez, previa inspección ocular que debía realizar asesorado por peritos, podía “mandar –siendo cierto el peligro de ruina o daño– derribar la obra o cortar los árboles o cosa por ese estilo que lo cause”.<sup>13</sup> Si el dueño o intimado a proceder a la demolición no hacía efectiva la orden, o no diese fianzas de resarcir los daños eventuales, se debía poner al denunciante en posesión del fundo ruinoso.<sup>14</sup> Si el peligro no fuera tan inminente y se pudiera asegurar la obra ruinosa sin necesidad de demolerla, podía obligarse a su dueño a rendir fianza de responder por los daños que pudieran acontecer, “salvo caso fortuito y acaso de la Providencia”.<sup>15</sup> El interdicto de obra ruinosa –como los demás– era un procedimiento expedito, en el que se resolvía *in audita parte*, pudiéndose luego intentar el correspondiente juicio ordinario.<sup>16</sup>

### III.A. Ley 50

La primera Corte Suprema de Justicia Nacional, instalada el 15 de enero de 1863, tuvo como primera misión, por encargo del Poder Ejecutivo, la de redactar los proyectos de leyes necesarias para el funcionamiento de la justicia federal: ese fue el origen de la Ley 50, de procedimientos civi-

9. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALVÁN, J. M., *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, Madrid, Imprenta de Vicente de Lalama, 1843.

10. ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, Imprenta de Eduardo Cursta, 1855.

11. ESTEVES SAGUÍ, M., *Tratado Elemental de Procedimientos Civiles en el foro de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta Americana, 1850.

12. *Ibid.*, pp. 1466 y 1467.

13. *Ibid.*, pp. 1468 y 1469.

14. *Ibid.*, p. 1470.

15. *Ibid.*, p. 1471.

16. ESCRICHE, J., *ob. cit.*, p. 996.

les en el fuero federal, cuyas principales fuentes fueron las leyes españolas de enjuiciamiento civil de 1855 y la de enjuiciamiento comercial de 1830.

En su título XXIX –arts. 343 a 351– la Ley 50 trata “del interdicto de obra vieja”, siendo sus normas copia literal de los arts. 748 a 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, que ya comentamos.<sup>17</sup>

#### IV. OTROS CUERPOS LEGALES

Reseñaremos brevemente algunas legislaciones que contemplan el problema en cuestión.

##### IV.A. Código alemán

El art. 908 del Código Civil alemán<sup>18</sup> consagra el derecho de accionar judicialmente a fin de requerir del dueño las medidas de prevención necesarias en caso de temerse un derrumbamiento de un edificio u otra obra semejante. Dice la mencionada disposición: “Si amenaza a una finca el riesgo de ser dañada por el derrumbamiento de un edificio o de otra obra que está unida a otra finca vecina, o por el desprendimiento de partes del edificio o de la obra, el propietario puede exigir de aquel que sería responsable de los daños causados, según el art. 836, párrafo 1, o los arts. 837 y 838, que tome las previsiones necesarias para evitar el riesgo”.

A su vez, los arts. 836, 837 y 838 consagran la responsabilidad del poseedor a título de dueño –art. 836–, del poseedor en finca ajena en ejercicio de un derecho, –art. 837– y del que asume por el poseedor la conservación de la cosa (art. 838).

##### IV.B. Código Civil de la República portuguesa

Interesante, por ser el más moderno código civil, dado que fue aprobado por Decreto Ley N° 47344 del 25 de noviembre de 1966. Siguiendo

17. Ver concordancias entre la Ley 50 y la española de 1855 en SARTORIO, J., *La Ley 50*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1955, pp. 753-757.

18. Libro III, Derecho de cosas, Sección Tercera, Propiedad, Título I, Contenido de la propiedad.

las aguas del Código alemán, en su art. 1350, ubicado en el Libro III "Derecho de las cosas", Título II "Del derecho de propiedad", Capítulo III "Propiedad de inmuebles", en su Sección 1 "Disposiciones generales" leemos: "Si cualquier edificio u otra obra ofreciera peligro de ruina, en todo o en parte y del desmoronamiento pudieran resultar daños para el predio vecino, es lícito al dueño de este exigir de la persona responsable por los daños en los términos del art. 492, las providencias necesarias para eliminar el peligro".

Y los arts. 492 y 493 disponen que serán responsables por los daños causados por edificios u otras obras, el propietario o poseedor o la persona obligada por la ley o por contrato a conservar el edificio u obra que, en este supuesto, responde en lugar de propietario o poseedor.

#### **IV.C. Código Civil italiano de 1942**

En el Libro III "De la propiedad", Título IX "De la denuncia de obra nueva y daño temido", el art. 1172 dispone: "El propietario, el titular de otro derecho real de goce o el poseedor, que tiene razón para temer que de cualquier edificio, árbol u otra cosa se origine peligro de daño grave y próximo a la cosa que constituye el objeto de su derecho o de su posesión, puede denunciar el hecho a la autoridad judicial y obtener, según las circunstancias, que se provea para obviar el peligro. La autoridad judicial, cuando sea del caso dispondrá garantías idóneas por los daños eventuales".

Por su parte, los arts. 688 a 691 del Código de Procedimientos Civiles, fijan el procedimiento a seguir en caso de "denuncia de daño temido".

En él, el juez ante quien se formula la denuncia, puede tomar, sin dar intervención a la otra parte, las providencias inmediatas necesarias, debiendo luego citar a las partes, especialmente en caso de practicar una inspección ocular, en la que puede hacerse asistir por peritos.

Puede también oír las declaraciones de los testigos propuestos por las partes que encuentre en el lugar en ocasión de la inspección. Posteriormente, el juez fija una audiencia, a la que concurren las partes, y en la cual confirma, modifica o revoca la providencia dictada en el primer momento. Conforme al art. 691, si la parte a quien se ha prohibido cambiar el estado de los hechos, contraviene esa prohibición, el juez, a pedido de la otra, puede disponer que las cosas vuelvan al estado anterior, a costa del contraventor.

La "denuncia de daño temido", al decir de Messineo,<sup>19</sup> constituye una aplicación de la *cautio damno infecti* romana, siendo una medida de prevención de un daño, que debe ser grave e inminente, y que pueden sufrir los inmuebles. Debido a que se tiende simplemente a la obtención de medidas de naturaleza cautelar, no se considera a esta acción como posesoria. Lógicamente, las decisiones tomadas en ella son provisionales, pudiendo intentarse luego del pertinente juicio de mérito.

#### IV.D. Anteproyecto Bibiloni y Proyecto de 1936

Bibiloni tiene dos disposiciones referentes a la materia de que estamos tratando: una, la reforma al art. 1132 de nuestro Código Civil, la que redacta así:<sup>20</sup> "Los vecinos de una heredad contigua a un edificio que amenaza ruina no pueden pedir al dueño de este garantía alguna por el perjuicio eventual que causaría su ruina. El propietario vecino podrá erigir judicialmente las medidas que autoriza el art. 3 (restricciones al dominio)".

La otra, contenida en el art. 3 del título destinado a las restricciones y límites del dominio, y que dice: "En caso de que haya peligro de perjuicio para la propiedad vecina, su dueño podrá exigir las medidas de seguridad necesarias".

Y en las notas respectivas leemos: "No puede depender de la autoridad administrativa más o menos activa, el derecho del vecino para impedir el peligro inminente, que no solamente le amenaza, sino que también le perjudica actualmente por el hecho de sus locatarios que abandonan el bien ante la amenaza de un derrumbe, por ejemplo. Si la autoridad administrativa no procede, el particular amenazado, en la persona y en los bienes, tiene el derecho inviolable de defensa en juicio que le asegura el art. 18, Constitución Nacional".<sup>21</sup>

Igual solución a la de Bibiloni adopta el Proyecto de 1936, en sus arts. 868 y 1561.

19. MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. III, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1952, pp. 562 y 563.

20. Libro Segundo y Sección Segunda, Fuentes de las obligaciones, Parte I, Título III, De las obligaciones derivadas de los actos ilícitos.

21. BIBILONI, J. A., *Anteproyecto de reformas al Código Civil*, T. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1929, p. 562 y BIBILONI, J. A., *Anteproyecto de reformas al Código Civil*, T. III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1929, p. 236.

#### **IV.E. Anteproyecto de Código Civil de 1954**

Se elimina la disposición del art. 1132 del Código Civil y se dispone en el art. 1563, ubicado en la Sección 1° "De los derechos reales", Libro V "De los derechos reales e intelectuales", Título V "De las restricciones y límites al dominio": "Denuncia de obra nueva y de daño temido. Aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede en el ejercicio de su derecho de propiedad o no usa del mismo diligentemente, puede exigir que las cosas se restituyan al estado anterior o que se adopten las medidas de seguridad necesarias, sin perjuicio de la indemnización por el daño sufrido".<sup>22</sup>

#### **IV.F. Anteproyecto de De Gásperi<sup>23</sup>**

En el Anteproyecto de Código Civil paraguayo, redactado por Luis De Gásperi, encontramos dos disposiciones atinentes a nuestra materia: en el Título LIV "Del daño causado por cosas inanimadas", del Libro Segundo dedicado a los contratos en general, leemos en el art. 2507: "Los vecinos de un edificio que amenace ruina no pueden pedir al dueño de este garantía alguna por el perjuicio eventual que la ruina podría causarles".

Y a su vez dispone el art. 2576, ubicado en el capítulo destinado a dar normas generales sobre la propiedad: "Si un inmueble corriese peligro inminente de ser perjudicado por el derrumbamiento...de un edificio u obra levantada en el predio vecino, o por la caída de parte de este edificio u obra, podrá su propietario exigir de aquel que sería responsable del perjuicio, adopte las medidas necesarias para evitar el peligro o preste caución por el daño inminente".

No podemos dejar de hacer notar la contradicción entre la última parte del art. 2576 y el art. 2507. En las notas a las disposiciones transcritas, se expresa: "El presente artículo...contempla el peligro inminente como una turbación al derecho de propiedad...no va dirigida precisamente contra el propietario del inmueble en que se halla la construcción en ruina, sino contra el que resulte responsable del perjuicio que su desmoronamiento podría

22. EX-INSTITUTO DE DERECHO CIVIL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina*, S. M. de Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán-Facultad de Derecho, 1968.

23. DE GÁSPERI, L., *Anteproyecto de Código Civil paraguayo*, Asunción, El Gráfico, 1964.

causar (arts. 2508 y 2509)...Poco importa que el peligro provenga de un hecho del poseedor o de un caso de fuerza mayor...pero sí que el propietario produzca la prueba de la existencia del peligro, que reemplaza a la antigua *cautio damno infecti*.<sup>24</sup> Se denota claramente la filiación de estos artículos: Babiloni y el Código alemán.

#### IV.G. Esbozo de Freitas

Su art. 3695 dispone: "No será tomado en consideración el que solicitare en juicio caución del daño que teme a causa de derrumbamiento de edificios o construcciones en ruina o por otro peligro. El que quisiere evitarlo podrá únicamente solicitar medidas policiales para la demolición o reparación o para el fin que le conviniere según la naturaleza de los casos. Aunque no las solicite, aunque no formule protesta alguna, no queda inhibido de exigir la indemnización del daño que llegare a sufrir".

#### V. VÉLEZ SANSFIELD

Nuestro Código Civil contenía una sola disposición referente a nuestra figura, Capítulo II, Título IX, Sección 2° del Libro Segundo, al tratar sobre los daños causados por las cosas inanimadas: el art. 1132, inspirado en el art. 3695 del Esbozo de Freitas: "El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina no puede pedir al dueño de este garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio". Siendo la nota al artículo su mejor comentario:

La caución *damno infecti* del Derecho Romano (L. 6, Dig., De damni inf.), cuyo fin era procurar al vecino una caución para reparar el perjuicio que podría causarle la caída de un edificio, no tiene objeto desde que se le concede acción por las pérdidas e intereses del perjuicio, cuando lo sufriese. La admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía y por el poder generalmente

24. DE GÁSPERI, L., ob. cit., p. 784.

concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina.

Concordante con la solución del art. 1132, la disposición del art. 2616: "Todo propietario debe mantener sus edificios de manera que la caída o los materiales que de ellos se desprendan no puedan causar daño a los vecinos o transeúntes, bajo pena de satisfacer los daños e intereses que por su negligencia les causare". Pensamos que esta solución era coherente con la línea individualista de Vélez, pues al suprimir las acciones judiciales relativas a eventuales daños, trató de proteger al propietario de intromisiones que de lo contrario estaría expuesto a sufrir, todo en concordancia con el carácter exclusivo del dominio, establecido en el art. 2508. Debido, precisamente a la terminante solución del art. 1132, doctrina y jurisprudencia consideraron derogadas, luego de la sanción del Código Civil, las disposiciones de la Ley 50 relativas al interdicto de obra vieja.<sup>25</sup>

## VI. LEY 17711

La ley del epígrafe agregó un último párrafo al art. 2499, que ha quedado redactado así: "Habrá turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueran, la posesión de este sufriera un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva. *Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares*".

Evidentemente, se ha incorporado a nuestro derecho civil la acción de "denuncia de daño temido" (denominación que nos parece ajustada a la propia letra del artículo), que era el interdicto "de obra vieja" o "ruinosa" de la legislación española y de nuestra Ley 50. Consideraremos algunos de los problemas que trae aparejados, a nuestro juicio, esta innovación:

25. "El Código Civil ha derogado las disposiciones sobre interdicto de obra vieja contenidas en la ley 50: arts. 22, 1132, 2616 y concs." C. Fed. Cap., JA 11-974; Cfr. SARTORIO, J., ob. cit., p. 753; ALSINA, H., *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, T. III, Buenos Aires, Ediar, 1956, pp. 490 y 491; FERNÁNDEZ, R., *Código de Procedimientos Civiles y Comerciales Comentado*, T. II, Buenos Aires, Talleres Gráficos Limbardi y Cía., 1955, p. 112; CAMMARÓTA, A., *Responsabilidad extracontractual*, T. II, Buenos Aires, Depalma, 1947, pp. 675-677.

## VI.A. Finalidad de la acción

Como resulta de la simple lectura del artículo, la acción tiende a hacer saber al juez –“denunciar”– la existencia de un peligro proveniente de un edificio o de cualquier otra cosa, a fin de que se adopten las medidas necesarias para conjurarlo. Pensamos que, tal como lo consagra *in terminis* el Código italiano, el peligro debe ser grave e inminente, puesto que la ley autoriza a tomar las “oportunas medidas cautelares” y es presupuesto de ellas el *periculum in moram*.<sup>26</sup>

## VI.B. Legitimación activa

Pueden iniciarla todos aquellos que teman un daño a sus bienes, según los términos del art. 2499. Siendo el concepto de “bienes” genérico y comprensivo de todos los derechos –reales o personales– de contenido patrimonial –art. 2312 y su doctrina–, pensamos que tienen legitimación pasiva los titulares de derechos reales y aún personales que de cualquier forma podrían sufrir un detrimento en sus derechos si el daño temido llegara a concretarse.

Ello, repetimos, teniendo en cuenta la forma genérica de redacción de la disposición y no obstante estar formulada la modificación como agregado a un artículo en el que se legisla sobre acciones posesorias, específicamente, donde se define el concepto de turbación de la posesión causado por una obra nueva iniciada en terrenos que no fueran los del poseedor, y que autoriza la interposición de las pertinentes acciones posesorias de manutención (arts. 2487, 2495 y ss. y 2469). Es más, ello estaría de acuerdo con la extensión de la protección posesoria, por lo menos relativamente a las acciones policiales<sup>27</sup> a los tenedores, consagrada por la Ley 17711.

Considerado, pues, el daño temido, como un caso de turbación de la posesión, podrían “denunciarlo” los poseedores legítimos (art. 2355) o ilegítimos, aunque fueran viciosos y aún los tenedores (art. 2469 Cód. Civ. argentino).<sup>28</sup>

26. Ver ALSINA, H., ob. cit., última ed., T. V, p 4.

27. Ver MARIANI DE VIDAL, M., “Las defensas contra la turbación o exclusión de la posesión y la tenencia en el Código Civil y las leyes 17711 y 17454”, LL boletín del 12 de mayo de 1969.

28. El art. 2469 reformado dice: “La posesión, cualquiera sea su naturaleza, y la tenencia,

No podemos dejar de aclarar que en la legislación comparada, tal como resulta del somero análisis realizado *supra*, este remedio se otorga a los propietarios de las fincas vecinas, a los titulares de derechos de goce de cosas ajenas y a los poseedores de inmuebles amenazados. En este sentido es de aplaudir la disposición de la Ley 17711, porque si bien es cierto que podría el tenedor lograr la conjuración del peligro a través de la persona de quien obtuvo la tenencia,<sup>29</sup> la solución que da nuestra ley es mucho más ágil y dinámica, pues una más rápida protección de su derecho la obtendrá el tenedor accionando *iure proprio*, que debiendo requerirla a un tercero.

### VI.C. Legitimación pasiva. Procedimiento

Nada dice la ley acerca de los sujetos que pueden ser pasibles de esta acción, mas esto nos lleva a otro interrogante: ¿cuál es el procedimiento por el cual se ventila? Recordemos que en la legislación española y también en nuestro derecho, Ley 50, siempre que se trata de la obtención de medidas urgentes de precaución, ellas podían tomarse previa la pertinente inspección ocular e informe pericial, *in audita parte*, art. 751, Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y art. 345 de la Ley 50 y solo se disponía el "juicio verbal", para el caso de solicitarse la demolición de la cosa "ruinosa".

Para resolver nuestro problema, debemos tener en cuenta la ubicación del agregado de la Ley 17711: el art. 2499 comienza diciendo que "habrá turbación de la posesión..." y continúa refiriéndose al supuesto de obra nueva en terrenos que no fueran los del poseedor. Pensamos que, a pesar de lo que opina algún autor,<sup>30</sup> la segunda parte del art. 2499 es un supuesto completamente independiente de la acción de obra nueva y es, precisamente, otro supuesto de turbación de la posesión, tal como lo dice la primera frase del artículo.

En consecuencia, debemos buscar en los remedios contra la turbación de la posesión, el trámite procesal a seguir en esta acción de "denuncia de

---

no pueden ser turbada arbitrariamente. Si ello ocurriera, el afectado tendrá acción judicial para ser mantenido en ellas, la que tramitará sumariamente en la forma que determinen las leyes procesales".

29. Por ejemplo, para el caso de la locación, de acuerdo con lo que surge del art. 1515 y sus concordantes.

30. GARRIDO, R. y ANDORNO, L., *Reformas al Código Civil - Ley 17711 Comentada*, T. II, Buenos Aires, Zavalía, 1969, pp. 37-39.

daño temido". ¿Y cuál es este remedio? Pues, a nuestro juicio, el que surge del art. 2469, teniendo en cuenta la naturaleza policial de esta acción,<sup>31</sup> que muy bien se compadece con la naturaleza "cautelar" de las medidas que por la "denuncia del daño" se persiguen.

Por tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto por la Ley 17454 de procedimientos civiles y comerciales, relativamente al interdicto de retener arts. 610 a 613 que juzgamos la reglamentación procesal de la acción policía de manutención del art. 2469,<sup>32</sup> la vía procesal por la que deberá tramitarse la acción de denuncia de daño temido, es la del juicio sumarísimo (arts. 611 y 498, Ley 17454). Es, por otra parte, la que resulta apta, teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 321 de la Ley 17454.

Naturalmente que, siendo el presupuesto de la acción que estudiamos, justamente la obtención de medidas que neutralicen el peligro grave e inminente que padece el demandante, el juez, previa demostración, por vía de inspección ocular, informe pericial, declaraciones testimoniales, etc. podría tomar las medidas precautorias que considerara pertinentes, de acuerdo con las circunstancias del caso, las cuales medidas, naturalmente, estarían sujetas a las normas rituales pertinentes (arts. 613 y disposiciones del Cap. III del Tít. IV, del Libro 1° de la Ley 17454, especialmente los arts. 232 y 233).

Imprimiendo la citada tramitación a esta acción se obvia el peligro de que de otro modo pudiera alegar el demandado el hecho de no haber sido oído, art. 18 de la Constitución Nacional y en el mismo proceso podrían declararse a su cargo los gastos ocasionados por las medidas de precaución decretadas, sin tener que recurrir a un nuevo juicio, tal como lo preveía el art. 345, parte 2°, de la Ley 50 y sus fuentes.

¿Pero y en el caso de que fuera necesario, para la conjuración del peligro, proceder a la demolición de un edificio o de la cosa peligrosa?

No sino después de ciertas vacilaciones, llegamos a la conclusión de que, tal como lo disponían las sabias leyes españolas y nuestra Ley 50, esta resolución no puede tomarse sino después de ser oído el titular de la cosa a demoler, y no como medida cautelar.

Lo contrario atentaría contra la garantía del debido proceso y más aún, de la propiedad, arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, y si la urgencia

31. Ver trabajo cit. en nota 27.

32. Ver trabajo cit. en nota 27.

del caso así lo requiriera, podría disponer el juez incluso una abreviación de los plazos, echando mano de las facultades que le otorgan los arts. 34 inc. 59 y 36, especialmente inc. 2°, Ley 17454. Lógicamente que, teniendo en cuenta la naturaleza provisoria de los interdictos, sería posible iniciar luego el pertinente juicio de conocimiento, en reconocimiento de los derechos propios del vencido, o para lograr la correspondiente indemnización de daños y perjuicios para el caso de que las medidas precautorias o la demolición, hubieran sido solicitadas y acordadas en disconformidad con las exigencias legales.

Volviendo al tema de la legitimación pasiva, pensamos que podrían ser demandados aquellos que, en caso de producirse el daño, estarían obligados a su reparación, determinación que surge de los arts. 1113 (ref. por Ley 17711) y 1135 del Código Civil.

#### **VI.D. Juez competente**

Atento a que, según nuestra opinión, no se trataría en el caso sino de una extensión del interdicto de retener, sería juez competente el civil del lugar donde estuviera situada la cosa peligrosa art. 46 inc. c), Dec. Ley 1285/58 y art. 5 inc. 1° de la Ley 17454.

#### **VI.E. Contradicción con el art. 1132 del Código Civil**

Evidentemente, por lo menos según nuestro parecer, el agregado al art. 2499 está en contradicción palmaria con el art. 1132 del Código de Vélez, que no ha sido derogado. Recordemos que, por ejemplo, Bibiloni, al admitir la posibilidad que se ha incorporado ahora al art. 2499, reformaba el art. 1132 del Código, para su solución fuera armónica con la nueva posibilidad que autorizaba.

A este respecto, ha dicho el inspirador de la reforma: "Lo cierto es que deliberadamente el Código no fue expurgado de todos los textos contradictorios con la reforma. Se juzgó, con acierto o error, que ésa era tarea de la jurisprudencia. Pero de lo que no cabe dudar es de que cuando un texto de la Ley 17711 sea contradictorio con otro del Código, los jueces no vacilarán en aplicar el primero".<sup>33</sup>

33. BORDA, G., "La ley 17.711 de reformas al Código Civil", ED 14 de agosto de 1969, p. 3.

Pero repito, establecida la contradicción, la solución es inequívoca. Porque dígase lo que se diga, la realidad es que la ley 17711 es posterior al Código Civil y que, como toda ley, modifica o deroga cualquier disposición contraria anterior.<sup>34</sup>

Creemos, sin embargo, que en este sentido es acertada la posición de Llambías, quien expresa: "Esto habrá de suscitar grandes entorpecimientos en la interpretación legal, pues la innovación de referencia no ha sido sancionada como norma distinta que implique la derogación de todas las anteriores que se le opongan, sino como integrativa de un cuerpo único, en el que siguen rigiendo los preceptos no derogados expresamente por el legislador: es claro que mediando el empleo de esa técnica legislativa no juega la derogación tácita, porque todo el cuerpo de un Código tiene la misma virtualidad, siendo inconcebible que algunos preceptos puedan quedar derogados por otros, que, sin embargo, tienen la misma eficacia normativa".<sup>35</sup>

Es lamentable que se haya incurrido en semejante defecto de técnica legislativa, que una próxima reforma deberá, incuestionablemente, remediar.

34. Ver trabajo cit. en nota 27.

35. LLAMBÍAS, J. J., *Estudio de la reforma del Código Civil Ley 17711*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 1969, p. 429.

## LA "DENUNCIA DE DAÑO TEMIDO" A MÁS DE CUATRO DÉCADAS VISTA\*

MARINA MARIANI DE VIDAL\*\*

### I. LA DENOMINADA ACCIÓN DE DAÑO TEMIDO

#### I.A. Breve prefacio

Cabe dar aquí por reproducido cuanto dije al abordar el instituto en aquel lejano trabajo, publicado en esta misma revista a poco de aparecer la reforma de la Ley 17711 a nuestro benemérito Código Civil de Vélez, que en este número se me ha concedido el honor de recordar, lo cual suscita mi particular agradecimiento.

Muchos interrogantes generó el breve párrafo introducido por aquella reforma en el art. 2499, destinado a regular la acción posesoria de obra nueva en inmuebles que no fueran del poseedor demandante, agregado que introdujo un remedio que –partiendo de su fuente– denominé en aquella oportunidad "acción de denuncia de daño temido". Denominación que se generalizó y que inclusive aparece en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (y otras leyes de rito que siguieron sus aguas), Libro Cuarto, Procesos especiales, Título I, Capítulo 8 ("Denuncia de daño temido. Oposición a la ejecución de reparaciones urgentes").

Me dediqué con entusiasmo juvenil a plantearme distintos interrogantes y a tratar de contestarlos, en aras de su aplicación práctica. El resultado fue el estudio publicado por esta revista en su número 40/41 de 1969.

\* Esta obra fue escrita en el marco del aniversario N° 60 de la revista, en homenaje al artículo de la autora "Denuncia de daño temido. Consideraciones acerca del agregado al art. 2499 del Código Civil por la ley 17711", originalmente publicado en *Lecciones y Ensayos*, N° 40 y 41, 1969.

\*\* A mi inolvidable maestro Dr. Guillermo Allende, que siempre me apoyó –y me sigue apoyando desde algún lugar– en el camino del estudio y el esfuerzo.

A su turno, el art. 623 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –aunque sin referencia expresa a la norma del Código Civil– diseñó posteriormente los andariveles del proceso y tramitaciones a observar de la que denominó “denuncia de daño temido”, con lo cual facilitó que cobrara vida dicho remedio. Bien que incurriendo en una limitación poco feliz, que luego señalaré.

El profundo cambio introducido por la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación proyectó su influencia en esta figura, originando nuevas dudas que irán despejando la jurisprudencia y la doctrina.

### **I.B. A modo de resumen**

La acción posesoria de denuncia de daño temido fue introducida en el Código de Vélez –con clara inspiración en el Código Civil y Comercial italiano de 1942– por la Ley 17711, que agregó como segundo párrafo del art. 2499 la posibilidad de que “quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar este hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares”.<sup>1</sup>

Conocidos son los debates suscitados por la contradicción de este agregado con el art. 1132 del Código de Vélez<sup>2</sup> –digo desde ya que no existe norma similar en el Código Civil y Comercial de la Nación–, cabiendo advertir que se ha señalado que esta acción, por sus rasgos básicamente cautelares, desborda del marco de las acciones posesorias.<sup>3</sup>

La posibilidad aparecía ya reconocida a través del “interdicto de obra vieja” de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, de las Leyes de Partidas (que rigieron en el país como integrantes de nuestro derecho patrio que perduró hasta la sanción del Código de Vélez) y de la Ley 50 de Procedimientos Civiles aplicable en el fuero federal (arts. 343-351: “interdicto de obra vieja”).

Con un sentido amplio (comprensivo no solo de obras viejas o ruinosas), la consagran –aunque no incluida en el marco de las acciones posesorias– el Código Civil y Comercial italiano de 1942 (art. 1172; también

1. Sobre el tema ver MARIANI DE VIDAL, M., *Derechos Reales*, vol. 1, Buenos Aires, Zavalía, 8va. ed., 2009, pp. 249 y ss.

2. Al respecto ver LAFAILLE, H. y ALTERINI, J. H., *Tratado de los Derechos Reales*, Buenos Aires, La Ley-Ediar, T. I, N° 408 ter, 2010, pp. 575-577.

3. *Cfr.* Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1969 (dictamen mayoritario).

arts. 688 a 691 del Código de Procedimientos Civiles), el Código Civil portugués (art. 1350) y el Código alemán (art 908).<sup>4</sup> El Anteproyecto Biliboni (reforma al art. 1132), el Proyecto de 1936 (arts. 868 y 1561) y el Anteproyecto de 1954 (art. 1563) también la incorporan, pero ubicada a regular las "Restricciones y límites al dominio". El Proyecto de 1998 la declara comprendida en la acción de mantener "la turbación producida por el temor fundado de sufrir un daño en el objeto" (art. 2192, segundo párrafo).

El art. 623 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regla –en el mismo Título (I del Libro Cuarto),<sup>5</sup> pero en Capítulo distinto al dedicado a los "Interdictos y Acciones Posesorias"– la "Denuncia de daño temido", organizándola procesalmente, con algunos desaciertos,<sup>6</sup> como el que subordina su procedencia a la circunstancia de que no haya mediado anterior intervención de la autoridad administrativa por el mismo motivo y el que determina la clausura de la vía judicial y el archivo del expediente en caso de intervención simultánea o ulterior de la autoridad administrativa.

## II. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. SUERTE DE LA ACCIÓN DE DENUNCIA DE DAÑO TEMIDO

El nuevo Código no contiene disposición análoga al art. 1132 del Código de Vélez, con lo que un primer escollo aparece eliminado.

Pero, al regular la defensa de la posesión y la tenencia (Libro Cuarto, Título XIII– "Acciones posesorias y acciones reales"–, Capítulo 1 –"Defensas de la posesión y la tenencia"–), parece haber atestado un golpe mortal al instituto que nos ocupa.

En efecto, esta acción ha desaparecido de la constelación de las defensas de las relaciones de poder desenvueltas en el Código Civil y Comercial de la Nación,<sup>7</sup> al menos al regularse estas (arts. 2238 al 2246 inclusive) y el procedimiento abreviado que para ellas prevé el art. 2246.

4. Sobre estos antecedentes ver precisamente el estudio que aquí recuerdo.

5. También lo hacen en términos prácticamente idénticos otros códigos procesales, como por ejemplo el de la Provincia de Buenos Aires (art. 617 bis), de Mendoza (art. 219 bis) o de Entre Ríos (art. 604 bis).

6. *Cfr.* MARIANI DE VIDAL, M., *ob. cit.*, pp. 255-256.

7. Según el art. 1908 del nuevo Código, "las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia".

Pues no parece ser posible encuadrar el supuesto de "daño temido" entre los ataques generadores de las defensas que allí se contempla: a) no existen en él "actos materiales ejecutados con intención de tomar la posesión" (art. 2238); b) no media desapoderamiento en los términos de los arts. 2238 y 2241; c) no se trata de "obra que se comience a hacer en terrenos del poseedor" (art. 2241); d) no concurren "amenazas fundadas de sufrir un desapoderamiento" (art. 2242), en tanto el temor de sufrir un daño en el objeto de la relación de poder no tiene por qué implicar amenaza de desapoderamiento.<sup>8</sup>

Tampoco figura específicamente en la regulación de la responsabilidad derivada de la intervención de cosas (arts. 1757-1759 y 1760), ni en la de los límites del dominio (arts. 1970-1982).

Empero, en los arts. 1710 a 1715 podría encajar la situación descripta del daño temido.

En efecto, el art. 1710 impone a toda persona el deber de "adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud" (inc. b).

Y el art. 1711 autoriza la "acción preventiva", que procede "cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución".

Legitimados para promoverla son "quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño" (art. 1712).

La sentencia favorable ha de disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, debiendo ponderar los criterios de menor restricción posible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1713).

Y aquí cabría preguntarse: ¿qué vía procesal será apta para encarrilar esta acción?

Por empezar, no se halla regulada específicamente en las normas de rito, por lo que se desembocaría en el juicio ordinario (así, art. 319 CPCCN).

8. El Proyecto de Unificación de 1998 lo incluyó como una de las hipótesis de la acción de mantener, estableciendo que "Acción de mantener [...] Queda comprendida en esta acción la turbación producida por el temor fundado de sufrir un daño en el objeto..." (art. 2192, segundo párrafo).

Mas el trámite del juicio ordinario no parece compadecerse con situaciones de urgencia como son las que configuran el "daño temido".

Por tal motivo, la demanda debería acompañarse con el pedido de una cautelar adecuada (así, art. 232 CPCCN, que autoriza la adopción de "medidas cautelares genéricas"). Por ejemplo, apuntalamiento del edificio que amenaza derrumbarse.

Otra posibilidad, si el asunto cae en la órbita del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (independientemente de que podría optarse por el derrotero del art. 623 bis), y a fin de soslayar el inconveniente de la intervención de la autoridad administrativa, sería la de encuadrarla en el supuesto de juicio sumarísimo contemplado en el art. 321 inc. 2 ("cuando se reclame contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley...").

Otra, sería la de plantear una de las denominadas medidas autosatisfactivas, con sustento en los arts. 1710-1715 del Código Civil y Comercial de la Nación.<sup>9</sup>

### III. CONCLUSIONES

En las jurisdicciones regidas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –o por los ordenamientos que siguen sus aguas–, el supuesto se podrá canalizar a través de la "denuncia de daño temido" contemplada en el art. 623 bis y similares, respectivamente.

En las jurisdicciones que no la regulan, o al efecto de descartar el impedimento o la clausura que desencadena la intervención de la autoridad administrativa, podría encauzarse la protección inmediata a través de las medidas cautelares admitidas en cada una de ellas, con fundamento sustancial en los arts. 1710-1715 del Código Civil y Comercial de la Nación.

9. Sobre el tema ver PEYRANO, J. W., "Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva", ED 169-1345 y "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas", LL 1998-A-968; CARBONE, C. A., "Tutela judicial efectiva y el nuevo principio procesal: la razón del actor ante la urgencia y la evidencia", ED 245-1002; HERRERO, L. R., "Validez constitucional de las sentencias anticipatorias", LL 2007-B-1177.



## EFFECTOS DEL ILÍCITO CIVIL\*

CARLOS SANTIAGO NINO

### I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Los estudiosos del derecho civil señalan como una de las fuentes primigenias de las obligaciones al hecho ilícito, al *maleficium* romano.

Así aparece consagrado en las *Institutas* de Gayo, así también en las de Justiniano. De allí lo tomó Pothier que inspiró en esto al Código Francés.

Vélez Sarsfield en la nota a la sección primera del libro segundo de nuestro Código menciona también al delito y al cuasi delito como fuentes de vínculos creditorios y luego en el título VIII de la sección segunda legisla ampliamente sobre ambos institutos.

Con la evolución lógico-formal del vínculo obligacional y con el desarrollo histórico de las relaciones materiales que le dan contenido se fue modificando la enumeración clásica de las fuentes de las obligaciones, pero nunca se dudó de la necesidad de incluir entre ellas al antiguo *maleficium*.

Nos proponemos precisamente en estas líneas formular la tesis de que el hecho ilícito<sup>1</sup> debe ser excluido del conjunto de las fuentes de los derechos creditorios. Creemos que la concepción tradicional obedece a un equívoco y que él mismo está provocado por una confusión entre los conceptos de obligación y sanción.

Tenemos conciencia de que hay muchos siglos de tradición jurídica que pesan en favor de la concepción clásica; esto nos obliga a extremar

\* Originalmente publicada en *Lecciones y Ensayos*, N° 32, 1966, esta obra fue reeditada y publicada en el presente con motivo del aniversario N° 60 de la revista.

1. De aquí en adelante utilizaremos el vocablo hecho ilícito o ilícito civil comprendiendo tanto la faz delictual como la cuasi-delictual. Algunos autores, como WELZEL, H., *Derecho Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 58, prefieren hablar de "injusto", distinguiendo el injusto penal del civil.

nuestro análisis y a meditar cuidadosamente las conclusiones, pero no es suficiente para desalentar nuestro trabajo, pues creemos que es un imperativo para los que nos dedicamos al estudio del derecho revisar muchas nociones que desde Roma se vienen repitiendo sin detenerse a investigar su consistencia lógica y su validez jurídica.

En los párrafos siguientes enfocaremos el tema desde ángulos diversos, intentando demostrar que, desde todos ellos, la doctrina tradicional muestra definidos errores.

## II. OBLIGACIÓN Y SANCIÓN

Como ya lo dejamos dicho, estos son los términos de la confusión clásica.

Se impone, pues, determinar los alcances que asignamos a ambos conceptos.

Nuestra adhesión a la teoría pura del derecho hace que busquemos la ayuda de Hans Kelsen para tal fin.

El máximo exponente de la Escuela de Viena responde a nuestro requerimiento de modo muy claro:

"Existe obligación (jurídica) de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción".<sup>2</sup>

La conducta obligatoria es, pues, el proceder contrario al que es antecedente de la sanción.

A lo anterior debemos hacer una aclaración. El término obligación ("*obligatio*") es tomado por los civilistas en un sentido más restringido que el que Kelsen nos define.

Al respecto es clásica la definición de Justiniano: *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate astringimus alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitate iura*.<sup>3</sup>

Se usa el término como contrapartida de derecho creditorio, sin perjuicio de que a veces también se lo utilice comprendiendo la faz activa del crédito.

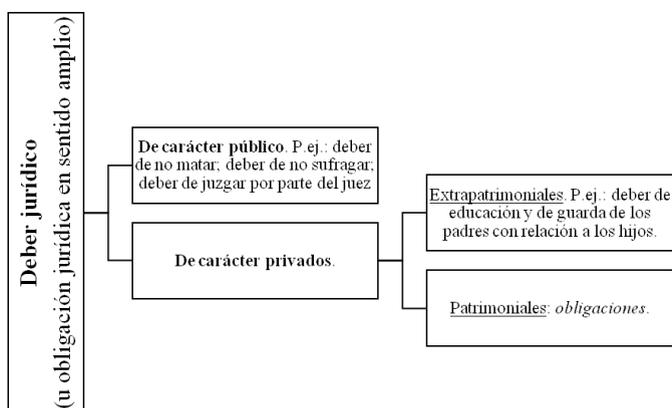
Es decir que el vocablo "*obligatio*" designa solamente una especie del género de los deberes jurídicos (obligación jurídica para Kelsen). Esta

2. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 4ta. ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009, p. 76.

3. Inst. Pr. De oblig., III 13.

especie se distingue por pertenecer al derecho privado (que se caracteriza porque los sujetos obligados participan en la creación de las normas que los obligan) y por su contenido patrimonial.

Nos permitimos desarrollar un cuadro demostrativo de la ubicación de las obligaciones en el ámbito general de los deberes jurídicos:



La obligación es, pues, un deber jurídico de carácter privado y de contenido patrimonial.

La definición de Kelsen referente al género es, por lo tanto, aplicable plenamente a la especie.

En cuanto a la sanción el iusfilósofo austríaco la define como “un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesaria, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico”.<sup>4</sup>

De esto se deduce que mientras la obligación jurídica consiste en la imposición de una determinada conducta bajo la amenaza de la privación de un determinado bien, la sanción consiste, precisamente, en tal privación, es decir en la efectivización de la coacción.

La confusión entre estos conceptos produce feas consecuencias.

En casi todas las obras que tratan este tema se observa que, si bien se estructura toda la sistemática en base a la consideración de la consecuencia del ilícito civil como una obligación, a menudo se escapa el término san-

4. KELSEN, H., ob. cit., p. 70.

ción para denominarla. Esto puede significar dos cosas: que se piense que ambos términos son sinónimos, lo que hemos visto que es completamente equivocado, o, lo cual es más probable, que se suponga que estamos frente a una sanción que consiste en la imposición de una obligación.

La última posición es aún más incorrecta. El creer que una sanción pueda consistir en la imposición de una obligación supone una falsedad conceptual.

Más tarde volveremos sobre este punto, pero aquí preguntarnos: ¿cuál sería entonces la sanción para el incumplimiento de esta nueva obligación? ¿Acaso el nacimiento de otro vínculo obligacional? Esto supondría un *re-gressum ad infinitum*.

Además, cabe formular este otro interrogante: dado el evidente paralelismo con lo que ocurre en el ámbito penal, ¿la sanción punitiva supone también la imposición de un nuevo deber jurídico? Ya veremos más adelante que no.

Por ahora queremos agregar para terminar estas líneas sobre los conceptos de obligación y sanción unas palabras de Hans Kelsen suficientemente demostrativas de la imposibilidad de confundirlos:

“Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica... La noción de Obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción”.<sup>5</sup>

### III. EL DERECHO ROMANO

Tal confusión surgió en Roma. Y es al empirismo de los romanos que debemos responsabilizar de ello. ¡Cuánto habría ganado el derecho si la ciencia jurídica hubiera tenido un desarrollo más amplio en Atenas! Seguramente Platón habría aliviado el trabajo de los iusfilósofos modernos.

Ante todo, en el derecho romano no se distinguía claramente el ilícito penal del civil.

Se hablaba de delitos públicos y privados.

Los primeros eran aquellos que atacaban directamente al orden públi-

5. *Ibid.*, p. 93.

co o a la organización política y por lo tanto la persecución criminal estaba a cargo de cualquiera y eran juzgados por tribunales especiales.

Los delitos privados eran los que no reunían esas condiciones y sus consecuencias estaban regladas por el derecho civil. Entre ellos se contaban hechos que hoy constituyen delitos típicos del derecho criminal, por ej.: lesiones, hurto, daños.

Pero si analizamos las consecuencias que producían esos hechos veremos que no siempre llevaban aparejados una sanción civil de indemnización, como una apresurada asimilación de los términos delito privado-delito civil haría presumir, sino que en la mayoría de los casos la sanción que seguía a la comisión de uno de estos hechos era una sanción penal, aunque de carácter privado.

Veamos algunos ejemplos:

Si el autor del *damnum injuria datum* confesaba su responsabilidad, debía pagar una indemnización estrictamente limitada al monto del perjuicio; pero si la negaba, el juez, luego de verificados los hechos debía condenarlo al pago del doble de los daños causados.<sup>6</sup>

En el caso de que hubiese cómplices, tanto ellos como el autor debían pagar el importe íntegro del perjuicio, sin que el pago de uno liberase a los demás.<sup>7</sup> O sea que la indemnización total que recibía la víctima superaba al perjuicio sufrido, tantas veces cuantas fueren las personas que interviniesen en el delito.<sup>8</sup>

Además, la sanción era estrictamente personal y no pasaba a los herederos sino por el provecho que hubieran sacado del delito.

Esta misma circunstancia se observa también en otros delitos como en el de injuria (ataque genérico a la persona).<sup>9</sup>

La acción *vi bonorum raptorum* (que tenía lugar en el robo y daño violento) también acarrea una sanción de carácter punitivo pues aparte de su finalidad recuperatoria de la cosa robada tenía por objeto el pago del triple de su valor.<sup>10</sup>

De estos ejemplos surge claro el carácter penal que tenían en Roma las sanciones por la comisión de los delitos privados.

6. ULPIANO, L. 25, §2, D. ad leg. Aquil.

7. ULPIANO, L. 11, §2 D. eod.

8. ULPIANO, L. 23, §8 D. eod.

9. I, §21 ht.

10. ULPIANO, L. 2, §13 D. eod.

Eran penas privadas, algunas de las cuales subsisten todavía.<sup>11</sup> Henoch Aguiar dice de ellas que "son las que no se pronuncian en interés de la colectividad sino en beneficio de personas individuales o colectivas que se benefician con ellas en cuanto sin otro motivo que el hecho que las determinan experimentan un aumento de su patrimonio económico".<sup>12</sup>

Agrega este civilista que tales penas tienen dos objetos: castigar al delincuente y beneficiar a la víctima.

Los hermanos Mazeaud<sup>13</sup> dicen refiriéndose al concepto que los romanos tenían de la sanción civil: "Nunca el derecho romano llegó a desprenderse totalmente de la idea de pena privada y a hacer de la condenación civil lo que es hoy: una indemnización". Y continúan citando a Girard: "La distinción entre la acción indemnizatoria y la penal '*est restée vacillante*' y jamás condujo a desprender a las acciones indemnizatorias de ciertas reglas que solamente se explican con la idea de la pena".<sup>14</sup>

De todo esto se deduce que en Roma no solamente la condenación que seguía a la comisión de un delito privado era una sanción, sino que en la mayoría de los casos constituía la más definida de todas las sanciones, es decir, una sanción penal.

Por lo tanto, la inclusión por Gayo y Justiniano del hecho ilícito entre las fuentes de las obligaciones era una opinión doctrinaria que no se adecuaba al derecho vigente en la misma Roma.

Por eso los juristas modernos que son consecuentes en esto con los clásicos romanos cometen un doble error: no advierten que no solamente en el derecho actual la indemnización de daños no constituye una obligación, sino que menos lo era en el derecho romano, que dio origen a la doctrina.

#### IV. DEUDA Y RESPONSABILIDAD

Espíritus tan esclarecidos como Demogue, Pacchioni, Rocco, Pugliatti, Enneccerus y Von Thur introdujeron en el derecho privado una distinción de indudable valor.

11. AGUIAR, H. D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, nueva ed. rev. y amp., Buenos Aires, TEA, 1950-1952, t. 4, p. 502.

12. *Ibid.*, p. 498.

13. MAZEAUD, H. y MAZEAUD, L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile : délictuelle et contractuelle*, 2da. ed., T. I, París, Libr. du Recueil Sirey, 1934, p. 30.

14. *Ibid.*

Ésta consiste en diferenciar en el vínculo creditorio dos momentos o períodos: el de la deuda que comprende desde el origen de la obligación hasta su cumplimiento o incumplimiento, el de la responsabilidad que va desde el incumplimiento hasta la ejecución del crédito.

No compartimos en todos sus alcances la doctrina precedente, pero la utilizaremos para demostrar la validez de nuestra tesis por dos razones: primero, porque casi todos los civilistas que afirman que la indemnización de daños es una obligación la aceptan y por lo tanto se impone demostrar que sostener ambas doctrinas implica una contradicción; segundo, porque la corrección de las fallas de esta teoría no cambia, como luego demostraremos, el fondo de ésta.

La consecuencia de admitir esta tesis como cierta es la de reconocer que el hecho ilícito no da origen a un vínculo obligacional en el cual se puedan advertir los dos períodos deuda y responsabilidad.

Y esto surge con evidencia si recordamos el significado de ambos momentos: en la deuda el deudor es activo, tiene la facultad de cumplir o no cumplir; el acreedor debe esperar, debe mantener una actitud pasiva; en el período responsabilidad los papeles se invierten y el que se mantenía pasivo actúa, "agrede"; mientras el deudor no tiene más remedio que dejar actuar.

La observación de la situación que sucede a la comisión de un hecho ilícito nos permite advertir solo una de estas manifestaciones: la que corresponde al período llamado de responsabilidad.

En efecto, notamos la actividad del acreedor y la pasividad del deudor que si bien puede pagar voluntariamente la indemnización, esta es facultad irrelevante jurídicamente, tan irrelevante como la misma facultad que tiene el deudor contractual luego del incumplimiento de su obligación.

Ahora bien, para esta teoría, que repetimos es aceptada por casi todos los civilistas, para constituir una obligación deben darse los dos períodos, uno solo es inidóneo para configurarla. Afirmar lo contrario llevaría a admitir que la responsabilidad que surge del incumplimiento contractual constituye una obligación por sí misma y no un período del vínculo precedente.

Algunos juristas como Meignié, Baudrie Lacantinerie, Barde, Colmet de Santerre y Hubert de la Hassue se adelantaron a esta objeción negando el paralelismo entre la responsabilidad contractual y la extra-contractual.

Para ellos la responsabilidad contractual consiste en una sanción que es el resultado de la violación de una obligación anterior, mientras que la responsabilidad delictual es por sí misma una obligación.

Los hermanos Mazeaud rechazaron tal concepción. Nos permitimos transcribir de su obra unos párrafos, quizá un poco extensos, pero llenos de interés:

"La obligación que nace de la responsabilidad contractual es tan obligación como la anterior...Con el incumplimiento nace una obligación que se substituye a la preexistente, sea enteramente, sea en parte. Tanto el contrato como su incumplimiento son fuente de obligaciones. La responsabilidad contractual es, con el mismo título que la delictual, fuente de obligaciones.

Con numerosos autores se puede establecer un paralelismo más amplio entre las dos situaciones. Si hay una obligación preexistente al nacimiento de la responsabilidad contractual lo hay también en la delictual; el que contrae una obligación delictual, contrae una obligación nacida de la ley.

En los dos casos la responsabilidad nace de la inejecución de una obligación preexistente.

Es exacto decir que la responsabilidad contractual y la delictual son dos institutos en algún sentido paralelos, ubicados en el mismo plano.

En el caso del delito no hay una obligación precisa, pero si una obligación indeterminada de conducirse con prudencia y diligencia".<sup>15</sup>

Cada una de las dos posiciones tiene de verdad lo que la otra tiene de falso. Es cierto como dice la doctrina sostenida entre otros por Baudrie Lacantinerie de que la responsabilidad contractual consiste en una sanción por el incumplimiento de una obligación preexistente y no es en sí misma una obligación; pero no es verdad que no haya un paralelismo con la responsabilidad delictual: aquí también hay una sanción por la inejecución de una obligación anterior.

Por su parte los hermanos Mazeaud vieron esta parte de la verdad: hay un paralelismo entre ambas situaciones. Pero mientras ellos pensaron que ese paralelismo se daba en el hecho de que en ambos casos nacen obligaciones lo cierto es que tiene lugar porque en ambas situaciones surgen sanciones como la otra doctrina lo había entrevisto para el caso de la responsabilidad contractual.

15. *Ibid.*, p. 97.

Además, los Mazeaud tuvieron el gran acierto de hablar de la obligación preexistente de la cual el delito constituye su inejecución. Esta obligación es un deber jurídico de prudencia y diligencia que tiene su origen en la ley.

Aquí surgen nuevamente los dos períodos de que hablábamos al comienzo de este párrafo. Deuda y responsabilidad.

En los casos delictuales el período deuda va desde el origen de la obligación (o sea la ley) hasta la comisión del delito. El período responsabilidad, desde tal comisión hasta la ejecución de la indemnización.

Presentaremos gráficamente estas conclusiones mostrando el paralelismo con las obligaciones contractuales:



El panorama queda así extraordinariamente simplificado con dos fuentes principales de obligaciones, el contrato y la ley, constituyendo la violación de ambas un hecho ilícito y dando origen en los dos casos a responsabilidad.

Pero hemos dicho que la doctrina que distingue la deuda y la responsabilidad tiene una falla que no hace al desarrollo de fondo. Expliquémosla, sin embargo, brevemente.

Es inexacto, como afirma esta doctrina, que es necesaria la existencia efectiva de los períodos deuda y responsabilidad como etapas temporales concatenadas indefectiblemente; pues es evidente que, en el caso de cumplimiento de la obligación, que es lo normal naturalmente, el segundo período no tiene lugar.

Pero también es evidente que no hay deber jurídico (deuda), sin la posibilidad de que se aplique una sanción (de que surja responsabilidad) para el caso de que no sea cumplido.

Deuda y responsabilidad no son, dos períodos que se deban suceder en forma necesaria, pero son nociones conceptualmente inseparables en el sentido de que es definitorio para la caracterización de la primera la posibilidad de que surja la segunda.

Obligación es solo deuda (deber jurídico) pero no hay obligación sino nos podemos representar a la responsabilidad como estado posible.

Esta corrección de la doctrina de la deuda y responsabilidad no cambia, repetimos, la validez del desarrollo precedente. Después de la comisión del hecho ilícito surge solo responsabilidad.

Pero aún hay más.

## V. EL DERECHO Y LA LIBERTAD

¿Para que haya un deber tiene que haber un poder? ¿Qué queremos significar con esto? Deseamos expresar que para que haya un deber jurídico tiene que haber la posibilidad de no cumplirlo de adoptar una conducta acorde o contraria a ese deber.

Al profesor Sebastián Soler le oímos cierta vez pronunciar una frase llena de sentido: "La ley puede efectivamente ser violada".

La libertad es un presupuesto de todo deber jurídico.

Esto no es privativo de los sistemas políticos democráticos. Piénsese en una norma tan totalitaria como esta: "Se impondrá la pena de muerte al que no salude viviendo al líder". Aún una norma semejante permite la posibilidad de ser violada. Hay por lo menos la libertad de elegir la muerte.

Es decir que hay un concepto de libertad jurídica ínsito en toda norma, que es distinto al concepto político de libertad.

Y esto es así porque el derecho es un procedimiento psicológico de coacción. "Es una técnica social que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada", como dice Kelsen.<sup>16</sup>

A su vez Soler afirma, tomando como ejemplo una norma que prohíbe matar: "Frente a la voluntad incoercible del hombre esta norma no puede suprimir el homicidio, solo puede tratar de evitarlo. Y para ello no le queda más camino que el influir sobre su psique poniendo motivos que alejen de su comisión.

Esta operación se cumple mediante otra valoración. El derecho escoge otro bien jurídico del cual todo sujeto disponga (vida, libertad, patrimonio, etc.) y mediante la privación de ese bien, constituye un sistema de amenazas".

16. KELSEN, H., ob. cit., p. 72.

Las normas jurídicas imponen, pues, motivaciones psíquicas y no constrictivos físicos. Ellas pueden, por lo tanto, no ser obedecidas.

Cuando no hay tal posibilidad no nos encontramos ante un deber jurídico (la auto-eximición no violenta no es delito –las rejas reemplazan al deber–) sino en presencia de una sanción, es decir de un acto de autoridad.

La norma que se refiere a la imposición de sanciones se dirige al juez, él tiene el deber jurídico de aplicarla y no el reo de sufrirla.

La sanción civil no es una excepción. El que comete un hecho ilícito no tiene la obligación de pagar daños y perjuicios, desde que no puede dejar de pagarlos, carece de la opción que brinda toda obligación y que niega cualquier sanción.

Ya insinuamos que se podría afirmar que la indemnización civil es una obligación porque se podría dejar de pagarla y atenerse a la ejecución forzada.

Kelsen parece sostener esta posición. Si este es su pensamiento el ilustre iusfilósofo se contradice.

En su definición de sanción incluye a la efectiva aplicación de la fuerza como una eventualidad pero no como una necesidad. Lo importante es que la fuerza esté latente y que hay un efectivo cumplimiento de la amenaza de privación del bien jurídico. Que esto se cumpla forzosamente o con intervención de la voluntad del sancionado, poco importa.

¿Cambia en algo el carácter sancionador de la pena carcelaria por el hecho de que el condenado se presente voluntariamente a cumplir ésta? ¿Por qué exigir, entonces, la ejecución forzada en el derecho civil y no en el penal?

Se podría afirmar que la ejecución forzada en el derecho civil representa un mal mayor –liquidación de bienes– que el pago voluntario de la indemnización y por lo tanto actúa psíquicamente como amenaza para inducir a que se cumpla voluntariamente con la reparación. Pero es que la ejecución forzada en el derecho penal también trae perjuicios mayores para el condenado –lesiones en su persona, daños en sus bienes– y a nadie se le ocurrió pensar que solo en este caso haya sanción.

La colaboración que pueda prestar el condenado para el cumplimiento de la sanción es tan irrelevante en el derecho civil como en el derecho penal. Los daños mayores que la ejecución forzada pueda producir son circunstancias eventuales, a veces necesarias, que el derecho no busca y que siempre se trata de impedir.

La ejecución forzada es, pues, solamente un procedimiento para lograr el cumplimiento de la sanción impuesta.

Al decir que la sanción es constreñimiento físico, a diferencia del deber jurídico que es coacción psicológica, queremos decir que la fuerza está por lo menos latente y presta a entrar en acción para suplir la colaboración del condenado.

Ahora bien, el hecho de que la sanción no tenga las características que hacen a lo jurídico no quiere decir que esté fuera del derecho.

El funcionario que la aplica tiene el deber jurídico de hacerlo. Hasta allí llega el derecho. La pirámide jurídica termina en un mero acto, en un acto coactivo.

Aquí queremos terminar este trabajo.

Puede ser que nuestra tesis sea errónea; si es así estamos listos para rectificarnos. Pero creemos que en lo que no podemos estar equivocados es en nuestro intento de aplicar las nociones de la filosofía jurídica al derecho civil. El derecho privado es el que más está necesitando de este aporte y pensamos que éste se debe hacer comenzando por la materia de las obligaciones, pues, como afirma Planiol: "esta es la más teórica de todas las partes del derecho y constituye el dominio principal de la lógica jurídica".<sup>17</sup>

17. PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, T. IV, París, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925.

## **EL TEMA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN ALF ROSS EJEMPLIFICADO EN DOS FALLOS ARGENTINOS\***

JORGE ANTONIO BACQUÉ Y CARLOS SANTIAGO NINO

El objeto de este comentario es solo glosar el pensamiento de Alf Ross, referente a la administración de justicia y a la interpretación de la ley presentada como un método y como una ideología e ilustrar algunos aspectos de ese pensamiento con un ejemplo jurisprudencial argentino.

### I.

El punto de partida de toda interpretación, es para Ross, una expresión lingüística. El primer problema que encuentra el intérprete es, por eso, semántico. Toda palabra tiene un significado vago, es decir, tiene un campo de referencia cuyos límites son imprecisos. Además, muchas palabras son ambiguas: denotan más de un campo de referencia. El análisis del contexto lingüístico en que las palabras aparecen, proporciona una ayuda para determinar su significado. Lo mismo ocurre con la situación fáctica en que la expresión es usada.

El segundo problema, es sintáctico. El significado de una expresión depende, a veces, del orden en que aparecen en ella las palabras, y de la manera en que están conectadas. De la misma manera que las palabras no tienen una referencia exacta, tampoco las conexiones sintácticas tienen una inequívoca función determinativa de significado.<sup>1</sup>

\* Originalmente publicada en *Lecciones y Ensayos*, N° 36, 1967, esta obra fue reeditada y publicada en el presente con motivo del aniversario N° 60 de la revista.

1. Ver ROSS, A. (CARRIÓ, G. (trad.)), *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, cap. IV.

El tercer problema es lógico en sentido estricto. Se refiere a la relación de una expresión con otras expresiones del mismo contexto. Los problemas lógicos principales son los siguientes: a) inconsistencia, que aparece cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas; b) redundancia, cuando una norma establece un efecto jurídico que, en las mismas circunstancias fácticas está establecido por otra norma, lo que puede sugerir la búsqueda de un sentido distinto allí en donde en realidad no existe; c) presuposición, cuando una norma presupone falsamente condiciones fácticas o jurídicas inexistentes. Hay principios de interpretación (*lex specialis*, *lex posterior*, *lex superior*, etc.) que tienden a resolver los problemas lógicos, pero tales principios no son axiomáticos sino que son pragmáticos, y pueden substituirse recíprocamente o por otros principios.

Los problemas enunciados por Ross que hemos mencionado, no pueden resolverse mecánicamente. El juez al enfrentarlos, se ve constreñido a tomar una decisión que no se halla motivada exclusivamente por el sentimiento de respeto a la ley.

La administración de justicia caracterizada, por lo menos en parte, como una decisión, permite hablar de distintos estilos —no de métodos— de interpretación. Un estilo subjetivo y otro objetivo. Uno relativamente libre y otro relativamente limitado. El estilo subjetivo tiende a descubrir el significado que intentó expresar el legislador, la idea que lo inspiró y que quiso comunicar. El estilo objetivo tiende a averiguar el sentido habitual de la expresión usada. Qué es lo que se dijo, con independencia de lo que se quiso decir. Pero estas investigaciones no pueden arrojar resultados rigurosamente verdaderos, ya que nunca se puede saber con precisión lo que se quiso decir, y, en la mayor parte de los casos es imposible hallar el significado unívoco de la expresión empleada.

La diferencia entre estos dos estilos radica solamente en los elementos tenidos en cuenta al interpretar. La interpretación subjetiva busca todos los datos que puedan esclarecer el significado, principalmente las circunstancias personales de quien emitió la expresión. La objetiva, en cambio, se limita a utilizar los datos que son discernibles para el destinatario. La interpretación objetiva puede resultar en una abstracción reñida con la intención del autor. Se apoya en un ideal de consistencia interna del sistema.

La relativa limitación de un estilo de interpretación depende del grado de libertad que el juez se atribuye. Puede, sin embargo, que la diferencia no se halle tanto en el grado de libertad, como en la franqueza con la que este es reconocido. Las decisiones del juez se originan —según Ross— en dos

componentes de su conciencia: a) motivos que dirigen su actividad hacia un determinado fin; b) elementos cognoscitivos que también fundamentan la dirección de su acción.

Para la teoría mecanicista el juez es un autómata cuya única motivación es la obediencia a la voluntad del legislador y los elementos cognoscitivos que utiliza se refieren únicamente a esa voluntad. Ross rechaza esta teoría. Por una parte, porque los problemas semánticos, sintácticos y lógicos no pueden ser resueltos mecánicamente y es necesario que el juez tome una decisión. Por otra porque el juez no tiene como única motivación la obediencia a la ley –conciencia jurídica formal– sino que también se halla influido por ideales y valoraciones que constituyen lo que Ross llama “conciencia jurídica material”.

Si su conciencia jurídica material discrepa con su conciencia jurídica formal, el juez tenderá a exceder las restricciones originadas en las palabras de la ley, haciendo una interpretación constructiva. Esta interpretación constructiva suele estar influida por lo que Ross llama “factores pragmáticos de la interpretación” que consisten en consideraciones basadas en valoraciones acerca de la razonabilidad práctica del resultado tomando como criterios ciertos *standards* axiológicos. Contraponen los factores pragmáticos a los semánticos, sintácticos y lógicos, aunque la decisión de los problemas que estos últimos crean se halla guiada, de manera importante, por consideraciones prácticas.

La interpretación pragmática puede ser, con relación al texto natural de una expresión: a) especificadora, cuando decide la elección de una posibilidad semántica entre varias razonables; b) restrictiva, cuando excluye una posibilidad que, según el texto, aparece razonable; c) extensiva, cuando amplía el significado de la norma a casos que no aparecen naturalmente en él comprendidos. Por último, afirma Ross que la administración de justicia oculta generalmente el carácter constructivo de su actividad, negando la influencia de los factores pragmáticos. Para ello emplea una técnica de argumentación que le permite hacer aparecer sus decisiones como deducidas del “verdadero sentido” del texto legal.

## II.

El ejemplo que vamos a presentar con respecto a lo expuesto al final del parágrafo anterior, constituye una excepción: aquí el juez en forma

explícita admite la introducción de los factores pragmáticos a los efectos de interpretar la ley en un sentido opuesto al que él mismo había adoptado en una ocasión anterior. A nuestro juicio (y pensamos que Ross estaría de acuerdo) este estilo es excepcional; la actitud del magistrado, compartida o no, es digna de ser meditada y el ejemplo muy ilustrativo.

### III.

Los textos que vamos a analizar, son los votos del Juez de Cámara Ernesto J. Ure en los plenarios del 28 de julio de 1944 y del 7 de junio de 1963<sup>2</sup> referentes a la cuestión de saber si la aplicación de los artículos 166 inciso 2, 167 inciso 2 y 184 inciso 4 del Código Penal requiere la concurrencia de los elementos constitutivos del delito definido por el artículo 210 del mismo Código.<sup>3</sup>

Aunque bien conocido, expondremos, brevemente, el problema dogmático. Los artículos 166 inciso 2 y 167 inciso 2, califican al delito de robo (tipo simple del artículo 164) cuando se comete "en banda".

El artículo 184 inciso 4, califica el tipo simple del artículo 183 (daño) cometido en iguales circunstancias. El artículo 210 pena a quien tome parte en una asociación o "banda" de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación (Título VIII, Capítulo II: De la Asociación Ilícita).

Si la definición de la palabra "banda" empleada al calificar los tipos de robo y daño incluye la característica de ser una asociación ilícita del tipo descripto en el artículo 210, entonces no podrá existir concurso real de

2. JA 1963-V-569. También varió de opinión el Juez Vera Ocampo. Los votos del Juez Ure sirven mejor para nuestro propósito. Porque mientras Vera Ocampo funda su nueva opinión en un error teórico de la anterior, Ure admite la plausibilidad de las dos interpretaciones, poniendo así de manifiesto su acto de elección.

3. Art. 166.- Se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años: ...2° Si el robo se cometiere en despoblado y en banda; Art. 167.- Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años: ...2° Si se cometiere en lugares poblados y en banda; Art. 184.- La pena será de tres meses a cuatro años de prisión si mediaren cualquiera de las circunstancias siguientes: ...4° Cometer el delito en despoblado y en banda; Art. 210.- Será reprimido con reclusión o prisión de un mes a cinco años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas, destinadas a cometer delitos por el solo hecho de ser miembros de la asociación.

delitos entre el robo o el daño calificados y la asociación ilícita so pena de castigar dos veces el mismo delito.

En caso contrario sí podrá existir. La primera interpretación, más benigna al infractor y por consiguiente más acorde con el principio liberal, fue adoptada por el plenario del 28 de julio de 1944, por la Cámara Criminal y Correccional de la Capital. Casi veinte años más tarde la misma Cámara rectifica esta posición y admite la posibilidad del concurso real, considerando que "banda" en los artículos 166, 167 y 184 no es definible en términos de "asociación ilícita" del artículo 210, criterio que fue sostenido con buenas razones<sup>4</sup> en primer término por el Dr. Cabral.

En 1944 el primer juez que votó a favor del criterio que sustentaría la mayoría del Tribunal fue el Dr. Ure. En 1963, el mismo juez, adhiriendo al voto del Dr. Cabral, explica los motivos que lo impulsaron a variar de opinión.<sup>5</sup>

#### IV.

Una característica, que nos interesa señalar, del voto mencionado en el último párrafo del parágrafo anterior es la admisión que sin circunloquios hace el juez de los "factores pragmáticos de interpretación": "El estudio de los numerosos casos sometidos a fallo del Tribunal [dice el Dr. Ure] me indicaba que ese criterio [el sostenido por él mismo en 1944] no respondía a las necesidades de la realidad social circundante...ni a las finalidades de las citadas normas",<sup>6</sup> y más adelante: "En verdad la concurrencia de tres o más personas en la ejecución de uno o varios delitos determinados de robo o daño, amengua la defensa privada, infunde mayor temor a las víctimas y el atentado se vuelve más odioso y fácil, siempre, claro está, que el concurso de personas sea simultáneo del hecho. La pluralidad de agentes, preordenada al delito...se ha considerado a justo título como un índice de mayor peligrosidad que la del que obra por sí solo, y porque al disminuir la posible defensa de la víctima impone que la protección social sea más enérgica a través de la pena acentuada".<sup>7</sup>

4. JA 1963-V-570 y ss.

5. *Ibid.*, 586 y ss.

6. *Ibid.*, 587.

7. *Idem.*

En otros términos, analizando la cuestión a la manera de Ross, las circunstancias sociales, valoraciones vigentes no jurídicas, etc., han transformado la "conciencia jurídica material" del magistrado, lo que hace necesaria la reelaboración de las normas aplicables a través de una interpretación que permita prever que sus efectos resulten adecuados a aquella.

El argumento semántico ("la 'asociación o banda' del artículo 210 cuya característica es la indeterminación de los delitos para cuya ejecución se constituye"),<sup>8</sup> apoyado en un estilo subjetivo histórico de interpretación (exégesis de los proyectos de 1891, 1906, 1907 y 1917 y sus exposiciones de motivos "a los que no se les puede negar valor interpretativo")<sup>9</sup> es relegado en el voto de 1963: "Mi repulsa al empirismo histórico que atribuye a la voluntad legislativa un carácter casi obligatorio para la interpretación judicial, la fundamenté en mis trabajos posteriores".<sup>10</sup>

Los elementos semánticos-sintácticos utilizados en 1944 son reelaborados para adecuarlos a la nueva situación. Antes el juez decía: "Pero no solo antecedentes históricos sino también los criterios sistemático y lógico de interpretación llevan de la mano a la respuesta rotundamente afirmativa. El artículo 210 del Código Penal prescribe un delito que, por los términos del propio precepto, se ha denominado 'asociación ilícita o banda'. La conjunción disyuntiva tiene aquí el sentido indudable de señalar la perfecta equivalencia de ambas designaciones, asociación y banda es la misma cosa, es un concepto unitario".<sup>11</sup>

Ahora afirma: "Tal es a mi entender, el verdadero significado que ha de atribuirse a la agravante; de no ser así no se explicaría la existencia de mayores requisitos que para otros supuestos del artículo 166 y 167 inciso 2, de pareja o menor gravedad (escalamiento, llave falsa, ganado). Como no se aperciban las razones para construir una figura compleja si esa conducta puede ser aceptada más sencillamente por disposiciones legales que, dentro de la interpretación ahora propiciada, no se excluyen ni eliminan entre sí. La regla del artículo 55<sup>12</sup> soluciona el caso si los tres o más intervi-

8. *Ibid.*, 580.

9. *Ibid.*, 570.

10. *Ibid.*, 571.

11. *Idem.*

12. Art. 55.- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos por una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como *mínimum*, el *mínimum* de la pena mayor, y como *máximum*, la suma resultante de la acumulación de las penas corres-

nientes en el robo o en el daño son, además, integrantes de una asociación ilícita del artículo 210. O sea que con este enfoque el concurso aparente de leyes deja paso al concurso de delitos".<sup>13</sup>

Finalmente se podría anotar para subrayar el cambio producido en la "conciencia jurídica material" del juez, la omisión, en su voto del año 1963 de toda consideración referida al argumento "a contrario" rechazado firmemente en el voto de 1944: "El argumento no pierde valor por la circunstancia de que por un defecto técnico del Código –que no puede ostentar el prestigio de ser único– la suma de los máximos de las penas del robo simple (art. 164)<sup>14</sup> y de la asociación ilícita o banda (art. 210) sea superior al máximo del artículo 167 inciso 2, robo en lugares poblados y en banda. No ocurre lo mismo en cambio en el artículo 166 inciso 2, ni con los mínimos. En el daño y solo en cuanto al máximo, la falla es más patente aún. Pero, de cualquier modo un defecto de técnica legislativa no puede desnaturalizar o torcer la verdadera voluntad de la ley ni impedir lo que ella quiere".<sup>15</sup>

En 1944, rechazaba en efecto, la tesis que sostenía que, si la asociación ilícita es un elemento del delito complejo "robo calificado", la pena de este delito debería ser igual a la suma de las correspondientes a los de "robo simple" y "asociación", siendo que la suma de los máximos es mayor, atribuyendo esta anomalía a un defecto de técnica legislativa. En síntesis: la "conciencia jurídica material" ha variado pero la actitud fundamental del juzgador no. En un trabajo anterior<sup>16</sup> hemos sostenido que la actividad del jurista es en buena parte valorativa, ideológica.

Con respecto a la actividad del juez, Ross,<sup>17</sup> como vimos, y antes

---

pondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del *máximum* legal de la especie de pena de que se trate.

13. JA 1963-V-587.

14. *Ibid.*, 571. Art. 164: Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, que sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo. en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

15. *Idem.*

16. BACQUÉ, J. A. y NINO, C. S., "Lesiones y retórica", LL 1967-126-966.

17. ROSS, A., ob. cit., p. 132: "...la administración de justicia, aun cuando su camino resulta preparado por procesos cognoscitivos, es por su naturaleza propia una decisión, un acto de voluntad..." y p. 135: "Podemos decir, en definitiva, que la administración del derecho no

Kelsen,<sup>18</sup> entre otros,<sup>19</sup> la había descripto con términos de voliciones. En aquel trabajo, además, mostrábamos que la actividad ideológica del jurista se oculta generalmente mediante su presentación bajo la forma de enunciados teóricos y finalmente justificábamos tal técnica bajo la condición de que se pusiese al servicio de la realización del valor justicia constituyente de la "conciencia jurídica material". Tal justificación, puede extenderse a la actividad de los magistrados, por razones que nos parecen más evidentes, en mérito a la específica función social que deben cumplir.

---

se reduce a una mera actividad intelectual...se trata de una interpretación constructiva que es a la vez conocimiento y valoración, pasividad y actividad".

18. KELSEN, H. (NILVE, M. (trad.)), *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1959, p. 166: "La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes desde el punto de vista político-moral".

19. Véase, por ejemplo, HOLMES, O. W., *The Common Law*, Buenos Aires, TEA, 1964, p. 44: "Cualquier principio importante que se descubre en los litigios tribunales es en los hechos y en el fondo el resultado de opiniones más o menos definidas de orden público, sin duda, y casi siempre de acuerdo con nuestras prácticas y tradiciones y el resultado inconsciente de preferencias y convicciones inarticuladas, pero en último análisis no menos atribuible a opiniones de orden público. Y como el derecho es administrado por hombres capaces y experimentados que saben demasiado para sacrificar el buen sentido en aras del silogismo, se comprobará que cuando las viejas reglas se mantienen de la manera que ha sido y será mostrado en este libro, se ha encontrado para ellas fundamentos nuevos más adaptados a la época y que gradualmente van recibiendo un nuevo contenido y por último una nueva forma proveniente del terreno en que se las ha trasplantado. Hasta aquí tal proceso ha sido en gran parte inconsciente. A ese respecto es importante tener en cuenta cual ha sido el verdadero curso de los hechos. Aunque solo fuera para insistir en un reconocimiento más consciente de la función legislativa de los tribunales como acaba de explicarse, tal empeño sería útil como veremos luego más claramente".

## **EL MUNDO HA VIVIDO EQUIVOCADO: ACERCA DE DOS TEMPRANOS ENSAYOS DE CARLOS NINO\***

MARCELO ALEGRE\*\*

### I. INTRODUCCIÓN

A medio siglo de estos breves ensayos de Carlos Nino (uno de ellos junto al gran jurista Jorge Bacqué) varios de sus presupuestos metodológicos y filosóficos merecen ser rescatados por su continua vitalidad y utilidad para encarar la tarea de la investigación jurídica de forma interesante y constructiva.

Estos ensayos son una muestra de la riqueza del pensamiento generado en el área de la filosofía jurídica en nuestra facultad. El impacto de la filosofía del derecho respecto del carácter general de la facultad ha sido decisivo, y también es visible su huella en la vida pública del país y la región, lo que queda en evidencia por el hecho que han sido filósofos del derecho de nuestra casa los ministros de la Corte Suprema Genaro Carrió (el primer presidente de la Corte en la última recuperación democrática), Jorge Bacqué y actualmente Carlos Rosenkrantz.

\* Esta obra fue escrita en el marco del aniversario N° 60 de la revista, en homenaje a los artículos "Efectos del ilícito civil", de Carlos Santiago Nino, originalmente publicado en *Lecciones y Ensayos*, N° 32, 1966 y "El tema de la interpretación de la ley en Alf Ross ejemplificado en dos fallos argentinos", de Jorge Antonio Bacqué y Carlos Santiago Nino, originalmente publicado en *Lecciones y Ensayos*, N° 36, 1967.

\*\* Profesor Titular de Teoría General y Filosofía del Derecho (UBA-Derecho).

## II. EL ROL DE LOS JURISTAS

En "Efectos..." Nino se propone dar por tierra con un supuesto que él mismo reconoce lleva siglos de aceptación, el de la asimilación de la sanción por hechos ilícitos a otras obligaciones. Me apresuro a declararme "*clueless*" respecto del fondo de la discusión, pero deseo reivindicar el espíritu provocador, desprejuiciado y hasta atrevido que caracteriza toda la obra de Nino y que está bien expresado en la primera página:

Tenemos conciencia de que hay muchos siglos de tradición jurídica que pesan en favor de la concepción clásica; esto nos obliga a extremar nuestro análisis y a meditar cuidadosamente las conclusiones, pero no es suficiente para desalentar nuestro trabajo, pues creemos que es un imperativo para los que nos dedicamos al estudio del derecho revisar muchas nociones que desde Roma se vienen repitiendo sin detenerse a investigar su consistencia lógica y su validez jurídica.<sup>1</sup>

Esta curiosidad radical, que deja abierta siempre la posibilidad de afirmar que el mundo ha vivido equivocado será el motor, junto a una sensibilidad y agudeza sin paralelos, que revolucionará la filosofía jurídica, moral y política, y el derecho constitucional de la región, y respecto de muchos temas, a escala global.

Su análisis de los antecedentes del problema que estudia en Roma ratifica este abordaje desprejuiciado. Comienza lamentando el escaso desarrollo jurídico de los griegos y continúa argumentando que Gayo y Justiniano fracasan en su reconstrucción de la mejor interpretación de la práctica jurídica...en la propia Roma.

## III. ANUNCIANDO LA REVOLUCIÓN INTERPRETATIVA

Junto a esta actitud de exploración sin preconceptos reluce también una convicción de irónica gengia: "...en lo que no podemos estar equivo-

1. NINO, C. S., "Efectos del ilícito civil", en *Lecciones y Ensayos*, N° 32, Buenos Aires, Eudeba, 1966, p. 157.

cados es en nuestro intento de aplicar las nociones de la filosofía jurídica al derecho civil".<sup>2</sup>

Se trata de liberar a los conceptos jurídicos de los prejuicios aceptados, las tradiciones sin fundamento y el automatismo interpretativo. El segundo ensayo, "El tema...", apunta sin ambages al intento de presentar la tarea judicial como una actividad neutral, puramente técnica. Para Nino y Bacqué "la actividad del jurista es en buena parte valorativa, ideológica".<sup>3</sup> La proactividad judicial no ofende a Nino y Bacqué, en la medida que "se pusiese al servicio de la realización del valor justicia...".<sup>4</sup>

Lo que nuestros jóvenes autores rechazan es el "contrabando" de valores y creencias políticas dentro de la valija de una dogmática descomprometida. El juez, con base en su "específica función social"<sup>5</sup> debe explicitar sus supuestos valorativos. Queda así delineado el futuro programa de investigación que intentaría articular la interpretación jurídica con una moralidad liberal-democrática de corte progresista.

#### IV. EL POSITIVISMO, ANTES DE LA RUPTURA

En este contexto, la adhesión a la "teoría pura" de Kelsen, en los 60, operaba como una declaración de identidad liberal, racionalista y reformadora. En esta época, Ronald Dworkin comenzaba su transición de ser un convencido defensor del positivismo, en su versión hartiana, hasta convertirse en el principal verdugo contemporáneo del positivismo.

En poco tiempo, Nino también comenzará a desarrollar su propia versión de positivismo, que, por incorporar de lleno consideraciones morales en la tarea interpretativa, será rechazado por los positivistas, que lo catalogarán como un ejemplar de iusnaturalismo moderno.

2. *Ibid.*, p. 168.

3. BACQUÉ, J. A. y NINO, C. S., "El tema de la interpretación de la ley en Alf Ross ejemplificado en dos fallos argentinos", en *Revista Lecciones y Ensayos*, N° 36, Buenos Aires, 1967, p. 37.

4. *Ibid.*, p. 38.

5. *Ibid.*.

## V. EL MUNDO HA VIVIDO EQUIVOCADO

A modo de conclusión, retomo la frescura y la pasión del jurista comprometido. Quizás sea cierto que el mundo que le tocó a Nino (que en buena parte es nuestro mundo todavía) ha vivido equivocado.

Tal vez la filosofía positivista ha vivido equivocada y debería seguir transformándose de manera acompasada con la importante evolución que han tenido los estudios laicistas y racionales de la ética y la moralidad política, el fenómeno de la juridización de los derechos humanos, y la constitucionalización de todos los ámbitos de la vida social.

Tal vez el derecho penal ha vivido equivocado, confinado a discusiones dogmáticas inconducentes y divorciado del análisis filosófico y sociológico que podría enriquecerlo y volverlo más relevante.

Tal vez nuestras Facultades de Derecho han vivido equivocadas, promoviendo una visión formalista, memorística y superficial del derecho, sin espacio suficiente para la investigación y la crítica desapasionada y rigurosa de las decisiones judiciales, la legislación y las políticas públicas.

Tal vez el control judicial de constitucionalidad ha vivido en el error, ya sea por su deferencia cobarde a las normas autoritarias o su falta de autorreflexión sobre los límites que el juez debe respetar en su contralor de la legislación democrática.

Tal vez América Latina ha vivido equivocada y debería abandonar el hiper-presidencialismo y la anomia y adoptar un liberalismo robusto, igualitario, federal y democrático.

Ojalá quienes tenemos el privilegio de dedicarnos a la docencia logremos transmitir una pizca de ese espíritu cuestionador, abierto, universalista y democratizador.

## LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DE LAS NACIONES UNIDAS\*

MÓNICA PINTO

Si la universalidad es una de las características que hacen a la diferencia entre los derechos humanos y las libertades públicas, la existencia de mecanismos de protección que puedan aplicarse en cualquier Estado con independencia de la existencia de tratados de derechos humanos en vigor confirma esa diferencia. La ruta de consagración de los derechos humanos se inicia con instrumentos programáticos como las Declaraciones Universal de Derechos Humanos, Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otras que se dotarán de carácter jurídico por la vía consuetudinaria; se continúa con tratados –que solo vinculan a las partes– que consagran derechos y mecanismos para protegerlos y sigue con la búsqueda y consagración de medios de protección que intenten consagrar la universalidad del sistema normativo en el sistema de protección.<sup>1</sup>

El momento en que estos mecanismos comienzan a contarse entre las efectividades conducentes responde a la convergencia de múltiples elementos que expresan, en mayor o menor medida, un avance en la madurez de la comunidad internacional respecto del tema. Así, en 1970, la Corte Internacional de Justicia reconoce el carácter de norma consuetudinaria de

\* Originalmente publicada en *Lecciones y Ensayos*, N° 69, 70 y 71, 1997/1998, esta obra fue reeditada y publicada en el presente con motivo del aniversario N° 60 de la revista.

1. Por sistemas normativos entendemos los instrumentos jurídicos que enuncian los derechos protegidos, establecen su contenido y alcance y las restricciones que legítimamente se les pueden aportar; y por sistemas de protección, las instancias internacionales de control, con competencia para evaluar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos humanos.

la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>2</sup> permitiendo así que sea el sistema normativo básico de los mecanismos de protección. En el mismo año, el Sistema Interamericano pone en vigor las reformas a la Carta de la OEA a través del Protocolo de Buenos Aires que incorpora a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como uno de los órganos principales de la organización regional y también se aprueba su nuevo Estatuto.

De esta suerte, la CIDH queda habilitada para tramitar peticiones en las que se alegue la violación por parte de algún Estado miembro de la OEA de los derechos protegidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, reconociendo, *inter alia*, carácter de reglamento interno –y, por lo tanto, obligatorio– a la mencionada Declaración.<sup>3</sup>

En 1970 ya se había adoptado el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este contexto, las normas de la Carta de las Naciones Unidas que postulan entre los propósitos de la organización realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos<sup>4</sup> brindan marco a la legitimación para obrar de la ONU. El escenario también lo provee la Carta cuando impone al Consejo Económico y Social contar con una comisión "para la promoción de los derechos humanos".<sup>5</sup> Trátase de la Comisión de Derechos Humanos, actualmente integrada por cincuenta y tres Estados miembros, y de su organismo subsidiario, la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, compuesta por veintiséis expertos de distinta nacionalidad elegidos a título personal.

Toda vez que los derechos protegidos son consagrados en la Declaración Universal, la norma cuyo cumplimiento genera reproche es una costumbre internacional, respecto de la cual no se predicen partes ni terceros. Finalmente, el compromiso de los Estados miembros de "tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización para la realización del respeto universal de los derechos humanos y las libertades fun-

2. *Affaire de la Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd.*, arrêt du 5 février 1970, CIJ Recueil 1970, pp. 33-34.

3. Estatuto de la CIDH, enmendado el 24-IV-1968, art. 9; Reglamento de la CIDH enmendado el 2-V-1967, art. 53.

4. Carta de las Naciones Unidas, arts. 1.3 y 55.c).

5. Carta de las Naciones Unidas, art. 68.

damentales de todos sin hacer distinción por motivos de sexo, raza, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos"<sup>6</sup> es el punto de partida del desarrollo jurídico del derecho de los derechos humanos.

La creación de mecanismos de protección, que solo reconocen como elemento común la figura del Experto, individuo elegido a título personal –con base en sus condiciones morales y conocimientos– y, por lo tanto, independiente, es una acabada muestra del procedimiento ensayo-error que ha conducido a superar en cada ocasión los yerros anteriores. En todos los casos resulta necesario definir un mandato. El consentimiento de los Estados miembros de la CDH, que luego debe ser endosado por el Consejo Económico y Social, y el hecho de que muchos de estos mecanismos presenten informes a la Asamblea General, convalida por la vía del derecho interno de la Organización las nuevas normas.

El 6 de junio de 1967, la resolución E/1235(XLII) autoriza a la Comisión a "examinar la información pertinente sobre violaciones notorias de los derechos humanos y las libertades fundamentales que ilustran la política de *apartheid* practicada en la República de Sudáfrica y en el Territorio del África Sudoccidental, y la discriminación racial que se practicaba especialmente en Rhodesia del Sur" y a efectuar "un estudio a fondo de las situaciones que revelen un cuadro persistente de violaciones de derechos humanos". Ese mismo año de 1967, la Comisión de Derechos Humanos establece el Grupo Especial de Expertos sobre el África Meridional, que funciona hasta la asunción del poder por el presidente Mandela. Esta decisión –que culmina con casi 22 años de silencios y renunciamientos de la ONU respecto de tomar acción en el tema– puede responder, *inter alia*, a una nueva conformación de la comunidad internacional.

Trátase del ingreso de nuevos Estados, principalmente africanos, portadores de reivindicaciones perentorias que hacen causa común frente al *apartheid*, entendido como una perversa manifestación del colonialismo.

Esta presión política no trasciende los límites expuestos ya que cuando ese mismo año la Subcomisión se refiere no solo al África Meridional, sino también a las situaciones imperantes en Grecia luego de la revuelta de los coroneles y en Haití bajo el régimen de Duvalier, la Comisión de Derechos Humanos reacciona negativamente y decide revisar la manera en que deben considerarse las comunicaciones particulares.

6. Carta de las Naciones Unidas, art. 56.

De ello resulta un procedimiento para examinar las comunicaciones que parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Este procedimiento, consagrado por la resolución E/1503 (XLVIII) de 1970, se aplica a todos los Estados, sin considerar su carácter de parte en un tratado de derechos humanos.

Las comunicaciones pueden ser presentadas por personas, grupos de personas u organizaciones no gubernamentales que afirmen tener conocimiento fidedigno directo o indirecto de situaciones que impliquen violación a los derechos protegidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. No se trata de solucionar casos específicos, sino de considerar situaciones globales. Recibida la comunicación, las partes pertinentes se trasladan al gobierno concernido solicitándole su informe al respecto y se acusa recibo al denunciante, en lo que es el único contacto que se mantiene con él.

En cuatro momentos distintos se acota la consideración de las denuncias presentadas a las que efectivamente satisfagan los requisitos del procedimiento 1503. En un primer momento, un Grupo de Expertos de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías –Grupo de Comunicaciones– efectúa un examen inicial de las presentaciones separando aquellas que caen en el procedimiento; luego, la Subcomisión estudia las comunicaciones que le fueron sometidas por el Grupo y, seleccionando nuevamente entre ellas, prepara un informe a la Comisión de Derechos Humanos. Desde 1974, el denominado “Grupo de Situaciones”, integrado por cinco Estados miembros de la Comisión, efectúa el examen preliminar de la Comisión de Derechos Humanos, la que, finalmente, en sesión privada, estudia los casos que le llegan. Ello debe desembocar en una decisión de la Comisión de Derechos Humanos que, tanto de acuerdo con la letra de los instrumentos cuanto con la práctica ulterior, puede caer en alguna de las siguientes: encargar el estudio de la situación planteada a un comité especial con la anuencia del Estado concernido; mantener la situación planteada en examen hasta el próximo período de sesiones; mantener la situación planteada en examen y designar a un Relator Especial para que presente informe en el próximo período de sesiones; dar por terminado el estudio de la situación por no justificarse su continuación; terminar el procedimiento confidencial y conocer de la situación por el procedimiento público de la resolución 1235.

El ingreso del caso al procedimiento público requiere de una decisión en este sentido de la CDH, lo que importa lograr la mayoría absoluta

de presentes y votantes respecto de los 53 Estados miembros. Como resultado del procedimiento 1503 se impuso una interpretación dinámica e integradora de la resolución E/1235 (XLII) que autoriza el tratamiento de "situaciones" en general, más allá del caso específico de las situaciones del África Meridional. Con el caso chileno se inician los procedimientos especiales geográficos o por países de la Comisión de Derechos Humanos.

La idea subyacente es la necesidad de encauzar los esfuerzos de las Naciones Unidas hacia una mayor efectividad en contextos en los cuales no cabe en principio reclamar la observancia de tratados y de soslayar la confidencialidad del procedimiento 1503. En efecto, la determinación de incluir un país en los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos tiene por virtud sustraer el examen de esa situación del ámbito de la 1503 y colocarlo en una instancia pública de principio a fin.

El costo internacional resultó ser que la determinación de las situaciones que podrían examinarse por revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas a los derechos humanos es una cuestión esencialmente política.

El gobierno *de facto* instalado en Chile el 11 de septiembre de 1973 brinda la ocasión de aplicar este enfoque. Así, por resolución 8 (XXXI) se establece un Grupo de Trabajo *Ad Hoc* para investigar esa situación que, en 1978 es reemplazado por un Relator Especial, que cesó en sus funciones en vísperas de la asunción al poder del presidente Aylwin.

El ejemplo de Chile tiene seguimiento en la década del 80, cuando la Comisión de Derechos Humanos decide con mayor vigor estudiar la situación de los derechos humanos en otros países. La cuestión medular es la determinación de los países a ser examinados. Los Estados ejercen al máximo el *lobby* para evitar su inclusión en la agenda de la Comisión. El gobierno militar del Proceso de Reorganización Nacional de la Argentina supo obviar la etapa pública del procedimiento 1503, así como cualquier intento de nombramiento de un Relator Especial para el país. Empero, la práctica sistemática de desapariciones forzadas obligó a exigir la creatividad. De resultas de ello se instauran los procedimientos temáticos, esto es, la investigación de fenómenos que producen graves violaciones a los derechos humanos en todo el mundo.

Así se constituye un Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias con el mandato de recibir denuncias de desapariciones forzadas o involuntarias y de solicitar a los gobiernos involucrados las explicaciones e informes pertinentes de modo de aclarar el destino de las

víctimas. Su objetivo principal es el de ayudar a las familias a determinar la suerte y el paradero de sus parientes que, por haber desaparecido, no tienen acceso al amparo de la ley. Para ello, el Grupo de Trabajo establece vías de comunicación entre las familias y los gobiernos concernidos para asegurar que se investiguen los casos particulares suficientemente documentados y claramente identificados que las familias, de modo directo o indirecto, hayan señalado a su atención y que se aclare el paradero de la persona desaparecida.

Su función solo termina cuando la suerte y el paradero del desaparecido se han determinado claramente como consecuencia de las investigaciones del gobierno o de la familia, prescindiendo de que la persona esté viva o muerta. Este mandato explica que el Grupo mantenga activos un sinnúmero de legajos relativos a desapariciones ocurridas en países en los que este fenómeno ha sido generalmente superado pero en los cuales por diversas razones no se ha podido establecer el paradero de las víctimas.

La inteligente redacción de su mandato, en cuanto requiere que la misión sea desempeñada "con eficacia y rapidez", permite la adopción de medidas como las acciones urgentes, las misiones *in loco*, entre otras.

En 1982, el establecimiento de un Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias continúa el avance en el enfoque temático, a ello se suma el Relator Especial sobre la Cuestión de la Tortura. En 1986 se abre el campo de los procedimientos temáticos a las libertades fundamentales, se designa un Relator Especial sobre la aplicación de la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones. En 1991, la creación del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria combina todos los elementos del mandato temático con una práctica de tratamiento de peticiones, proveniente del sistema de tratados. Su mandato consiste en investigar los casos de detención impuesta arbitrariamente, o que por alguna otra circunstancia sea incompatible con las normas internacionales pertinentes establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes aceptados por los Estados interesados.<sup>7</sup>

7. GARRETÓN, R. M., El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, trabajo preparado para el IV Curso-Taller organizado por la Comisión Andina de Juristas, Lima, 15/17-VI-1994.

A diferencia de lo que ocurre con otros órganos especiales de la Comisión de Derechos Humanos que están llamados a elaborar informes sobre las cuestiones comprendidas en su mandato, este Grupo de Trabajo debe realizar "investigaciones" con el objeto de esclarecer la verdad objetiva de los hechos ventilados en los "casos" que se le presentan, esto es, situaciones individuales y no fenómenos o cuestiones generales. Tales casos deben alegar "detenciones impuestas arbitrariamente" a la luz no solo del derecho consuetudinario internacional expresado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino también de todo otro instrumento internacional que vincule al Estado concernido en esta materia, y ello incluye primordialmente a los tratados.

De esta suerte, el Grupo de Trabajo ha diseñado tres categorías de detenciones impuestas arbitrariamente: 1) los casos en los que la privación de libertad es arbitraria porque no se puede invocar base legal alguna que la justifique; 2) los casos en los que la privación de libertad deriva de hechos objeto de diligencias judiciales o de una sentencia motivada por el ejercicio de derechos o libertades proclamados en los artículos 7, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o en los artículos 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3) casos en que es tan grave el desacato a las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial que confiere a la privación de libertad el carácter de arbitraria.

El tratamiento de los casos conoce de una etapa de admisibilidad, de un trámite contradictorio y de una decisión. De alguna manera ello aproxima la tarea de este órgano especial a la que desarrollan los órganos de control previstos en los tratados con facultad para tramitar peticiones. La creación de los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos ha acotado sensiblemente el margen de acción del procedimiento 1503 que se ha transformado en el residual, todo lo que no se considera en los procedimientos especiales y que reúne los requisitos fijados cae en el ámbito de la 1503. Este panorama ha permitido afirmar la evolución fragmentaria de los procedimientos que se dan en el seno de la ONU, lo que da prueba de un enfoque gradual, coherente con el carácter evolutivo y no revolucionario de las instituciones intergubernamentales.<sup>8</sup>

8. RODLEY, N., *Mayor Eficacia e Integración del Sistema de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos Humanos*, Doc. ONU A/Conf. 157/PC/60/Add. 6.

En la actualidad, los procedimientos especiales geográficos de la Comisión de Derechos Humanos incluyen: a) Relatores Especiales sobre la violación de los derechos humanos en los territorios árabes ocupados, incluida Palestina (1993), sobre la situación de los derechos humanos en: Guinea Ecuatorial (1993), Afganistán (1984), Cuba (1992), Iraq (1991), Myanmar (1992), Sudán (1993), Zaire (1994), Ruanda (1994), territorio de la antigua Yugoslavia, en particular Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia y Montenegro (1992), Burundi (1996); b) Representantes Especiales de la Comisión sobre la situación de los derechos humanos en la República Islámica de Irán (1984). Además, por cuenta de los servicios de asesoramiento, el Secretario General ha designado Expertos Independientes sobre la situación de los derechos humanos en Somalia (1994), en Camboya (1993) y en Haití (1995).

Los procedimientos temáticos conocen de: a) Grupos de Trabajo, como el creado en 1980 sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, el de la Cuestión de la detención arbitraria (1991) y sobre el Derecho al Desarrollo (1993); y b) Relatores Especiales sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias (1982), la Cuestión de la Tortura (1985), la Intolerancia Religiosa (1986), los Mercenarios (1987), la Venta de Niños (1990), sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión (1993), sobre las Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia (1993), sobre la Independencia e Imparcialidad del Poder Judicial y la Independencia de los Abogados (1994), sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1994), sobre los Efectos Nocivos sobre el Disfrute de los Derechos Humanos del Traslado y Vertimiento Ilícito de Productos y Desechos Tóxicos y Peligrosos (1995).

La práctica onusiana ha dado en denominar "Experto" a toda persona que integra un mecanismo de protección con base en un tratado de derechos humanos específicos. A su vez, en mandatos unipersonales la gravedad del fenómeno o de la situación de derechos humanos a examinar han impuesto la figura del Relator Especial. Tal calificación no es un dato menor en el contexto de los procedimientos geográficos, ya que el establecimiento del mandato es el resultado de una decisión política que presume la ocurrencia de actos que comportan violación de los derechos humanos y que es adoptada bajo el tema de la agenda de la CDH intitulado "Cuestión de la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier parte del mundo, y en particular en los países y territorios coloniales".

Para neutralizar la resistencia gubernamental a la designación del Relator Especial o para volver a considerar en ese contexto la situación de los derechos humanos en un país que ya "salió" de este tema, se ha innovado a través del Programa de Asesoramiento y Cooperación Técnica. En estos casos, el Secretario General designa un Experto Independiente para determinar las necesidades del gobierno en materia de asesoramiento. Como regla general, el mandato de los Expertos incluye la función de informar sobre la situación de los derechos humanos en el país de que se trata.

El desempeño de estos mandatos se ha traducido en informes que sugieren con bastante claridad que las situaciones informadas requieren de la vigilancia u observación internacional. De esta suerte, un híbrido colma la función del Relator Especial y provee de asistencia y cooperación técnica.

El mandato de cada uno de estos órganos especiales se define teniendo en cuenta el contexto que motiva su creación y los objetivos que con ella se persiguen. En este sentido, en general, todos ellos reciben información de toda fuente fidedigna, celebran audiencias con testigos y, en muchos casos, llevan a cabo visitas *in loco*. Además, algunos de estos órganos especiales tramitan comunicaciones individuales y están facultados para emprender acciones urgentes de protección.

Más allá de la coyuntura que se intentara superar con la creación de procedimientos especiales de carácter temático, su función y alcance son distintos de los previstos para los procedimientos especiales geográficos.

El Relator Especial designado para estudiar la situación de los derechos humanos en un país determina hechos, produce informes, emite juicios. Por el contrario, el Relator Especial en los procedimientos temáticos no está, en principio, llamado a emitir opinión sino a actuar y, en ocasiones, en forma urgente. Hay un ingrediente humanitario en su tarea que, si bien no debe ser extraño al mandato del Relator por país, adquiere aquí un peso fundamental.

En los procedimientos temáticos se generaron las denominadas acciones urgentes. Ellas permiten intentar una protección inmediata por razones humanitarias en casos en los cuales la acción internacional puede evitar daños irreparables. Una resolución de la Comisión de Derechos Humanos, 1992/59, ha habilitado a todos los representantes de sus órganos especiales a adoptar medidas urgentes que impidan que de cualquier forma se obstaculice el acceso a los procedimientos de derechos humanos de las Naciones Unidas. En este orden de ideas, el mecanismo de las acciones urgentes es aplicado por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas

o Involuntarias cuando existe una notificación dentro de los tres meses de la ocurrencia de los hechos; por el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de la Detención Arbitraria cuando la prolongación de la detención constituya una amenaza grave para la salud o la vida de la víctima.<sup>9</sup>

El Relator Especial sobre la Cuestión de la Tortura efectúa un llamamiento urgente cada vez que recibe información de que una persona ha sido detenida y se teme que pueda ser sometida a tortura; temor que podría basarse, entre otras cosas, en relaciones hechas por familiares o por otros visitantes del estado físico del detenido en el hecho de que este se hallare incomunicado. Este llamamiento urgente tiene un carácter puramente humanitario.<sup>10</sup>

El Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias utiliza las comunicaciones urgentes para casos de amenazas de muerte, temor de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias inminentes, o incidentes particularmente graves de violaciones del derecho a la vida, en especial el abuso de fuerza.<sup>11</sup> También ha recurrido a este mecanismo el Relator Especial sobre la Venta de Niños.

La realización de misiones para la determinación de los hechos, lo que se conoce como *factfinding*, requiere del consentimiento del Estado involucrado. A su vez, el gobierno debe brindar facilidades y garantías tanto al Relator Especial, Representante de la Comisión, Experto Independiente o Presidente de Grupo de Trabajo como al personal de Naciones Unidas que los acompañe. Se trata de reconocer y garantizar la libertad de circulación en todo el país, incluidas facilidades de transporte, en particular, a las zonas de acceso restringido; el acceso a todas las cárceles, centros de detención y lugares de interrogatorio; los contactos con las autoridades centrales y locales de todos los sectores del gobierno, representantes de organizaciones no gubernamentales, otras instituciones de carácter privado y medios de información, con testigos y otros particulares que se estimen necesarios para el cumplimiento del mandato, el pleno acceso a toda la documentación que guarde relación con el mandato.

Asimismo, el gobierno deberá garantizar que ninguna persona, oficial o particular, que haya estado en contacto con el órgano especial de que se

9. E/CN.4/1993/24, párr. 11.

10. E/CN.4/1992/17, párr. 14.

11. E/CN.4/1994/7, párrs. 23-26.

trate en relación con su mandato, será objeto, por esa razón, de amenazas, hostigamiento, castigo o enjuiciamiento y deberá adoptar disposiciones de seguridad adecuadas, aunque sin restringir la libertad de circulación, ni las investigaciones a que se hace referencia más arriba.

Este contacto directo que se busca y, en general, se obtiene durante las misiones *in situ* tanto con el gobierno cuanto con la sociedad civil resulta una herramienta invalorable para la consecución del trabajo de quienes tienen a cargo los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos.

Resulta imposible analizar este punto prescindiendo de la labor desarrollada por las organizaciones no gubernamentales. Además de su tarea esencial en la formación de una cultura de respeto a los derechos humanos, las ONGs son una fuente insoslayable de información para los procedimientos especiales. Ellas acercan la víctima al sistema de protección y la asisten en la presentación de su caso. Sus opiniones durante el debate de la Comisión de Derechos Humanos abren el espacio a la cuestión sustancial. Su óptica permite el contradictorio con los Estados y genera corrientes de opinión que, en más de una ocasión, han sido decisivas para dilucidar las decisiones a adoptar.

La década de los 90 aporta dos novedades importantes a los mecanismos existentes en el seno de la ONU: la creación del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y los componentes de derechos humanos de las Operaciones para el Mantenimiento de la Paz. El 20 de diciembre de 1993, por resolución 48/141, la Asamblea General decidió crear el puesto de Alto Comisionado para los Derechos Humanos, nombrado por el Secretario General con la aprobación del órgano plenario, teniendo debidamente en cuenta la rotación geográfica, con mandato por cuatro años renovable por otro período igual.

La descripción de las cualidades para el cargo permiten suponer que se lo concibió como un Experto más que como un órgano en el sentido tradicional: será una persona de intachable reputación moral e integridad personal que tenga la experiencia, incluso en la esfera de los derechos humanos, y el conocimiento general y la comprensión de diversas culturas necesarios para el desempeño imparcial, objetivo, no selectivo y eficaz de las funciones de Alto Comisionado.

El mandato sustancial confiado al Alto Comisionado consiste en la responsabilidad primordial respecto de las actividades de la Organización en materia de derechos humanos. Ejerce sus funciones bajo la dirección y

la autoridad del Secretario General en el marco general de la competencia, la autoridad y las decisiones de la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y la Comisión de Derechos Humanos. Sus competencias específicas consisten en promover el disfrute efectivo de todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales por todos, especialmente el derecho al desarrollo y desempeñar un papel activo en la tarea de eliminar los actuales obstáculos y de hacer frente a los desafíos para la plena realización de todos los derechos humanos y de prevenir la persistencia de violaciones de los derechos humanos en todo el mundo. Para ello se le encomienda entablar un diálogo con todos los gobiernos.

En materia de coordinación, sus competencias alcanzan a los programas de educación e información pública de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, a las actividades de promoción y protección y, especialmente, debe racionalizar, adaptar, fortalecer y simplificar el mecanismo de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos con miras a aumentar su eficiencia y eficacia.

El Alto Comisionado debe proporcionar servicios de asesoramiento y asistencia técnica y financiera, a petición del Estado interesado y, cuando proceda, de las organizaciones regionales de derechos humanos, con miras a apoyar medidas y programas en la esfera de su competencia.

Ello debe vehiculizarse a través del Centro de Derechos Humanos, cuya supervisión general le es confiada. Debe asimismo ampliar la cooperación internacional. Residualmente, el Alto Comisionado debe desempeñar las tareas que le asignen los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos y formular recomendaciones con miras a mejorar la promoción y la protección de todos los derechos humanos.

En 1991, el establecimiento de la Misión de Observación de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL) constituye el inicio de una nueva generación de Operaciones para el Mantenimiento de la Paz.

Las Naciones Unidas remodelan las Operaciones creadas en los años 50 de modo de hacerlas útiles en los conflictos internos en los que, además, la ONU asume la verificación de todos los compromisos contraídos por las partes, incluido el seguimiento de la situación de los derechos humanos.

El Acuerdo de San José sobre Derechos Humanos, del 26 de julio de 1990, confirió a ONUSAL el mandato de imponerse sobre el estado de los derechos humanos en El Salvador, respecto de hechos o situaciones existentes a partir de su instalación, así como la adopción de toda iniciativa que

estime apropiada para la promoción y defensa de tales derechos; de prestar especial atención a la observancia de los derechos a la vida, a la integridad y a la seguridad de la persona, al debido proceso legal, a la libertad personal, a la libertad de expresión y a la libertad de asociación; de esclarecer cualquier situación que pueda revelar una práctica sistemática de violación de los derechos humanos y recomendar a la parte a la que el asunto concierna, las medidas apropiadas para erradicar esa práctica.

Para el cumplimiento del mandato, la ONUSAL goza de las competencias de constatar activamente la observancia de los derechos humanos; recibir comunicaciones emanadas de cualquier persona, grupo de personas u ONG que contengan denuncias de violaciones a los derechos humanos; visitar libremente cualquier lugar o establecimiento sin aviso previo; asentarse libremente en cualquier lugar del territorio nacional; entrevistar libremente a cualquier persona o grupo de personas; formular recomendaciones a las partes; informar regularmente al secretario general y por su intermedio a la Asamblea General.

Trátase, pues, de un mecanismo de verificación activa en el terreno que exige no solo del respaldo de la comunidad internacional sino también de la decisión política interna necesaria para su eficacia. El Acuerdo Global sobre Derechos Humanos, celebrado entre el gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca en mayo de 1994, determina que tanto su entrada en vigor cuanto su verificación son inmediatas.

De esta suerte, por resolución 48/267, del 19 de septiembre de 1994, la Asamblea General estableció la Misión de Verificación de Derechos Humanos y del cumplimiento de los compromisos del Acuerdo Global (MINUGUA), que se instaló el 21 de noviembre de 1994. A la firma del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas se requirió a MINUGUA que verificara los aspectos del acuerdo relativos a derechos humanos considerados de aplicación inmediata. A casi un año de la firma del Tratado de Paz Firme y Duradera, la MINUGUA continúa en Guatemala.

Luego de poco más de cincuenta años de ruta en la senda de la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, es posible afirmar que se ha logrado la universalidad del discurso de los derechos humanos. Este ideal al que aspiraba la Declaración Universal ya se ha concretado al nivel de las palabras. Y es, justamente, la amplia difusión del discurso lo que conduce inexorablemente a volcarse al terreno de los hechos. A ello están enderezados los mecanismos internacionales de protección.



## **UNA NUEVA MIRADA SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS\***

MÓNICA PINTO\*\*

Los derechos humanos ingresan a la Carta de las Naciones como uno de los criterios fundantes del orden jurídico político de la segunda posguerra. La Carta no solo colabora a su definición –ya que refiere a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin discriminación y con validez universal– sino que también genera el primer espacio político de debate y creación de derechos que es la Comisión de Derechos Humanos (CDH) prevista en el artículo 68 como una de las comisiones sociales del Consejo Económico y Social.

La CDH va a ser un órgano de delegados gubernamentales, en lo que resultó ser la definición de una opción entre expertos y representantes de gobiernos, que puede recurrir a los expertos para más de una cosa.

Desde su instalación en 1946, la CDH deviene un grupo de trabajo para redactar el instrumento de derechos humanos, ése que va a incluir los derechos a los que se refiere la Carta. De composición abierta a estos fines, la CDH transita hasta el 10 de diciembre de 1948 en lo que será la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, A/RES/217

\* Esta obra fue escrita en el marco del aniversario N° 60 de la revista, en homenaje al artículo de la autora “Los mecanismos de protección de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas”, originalmente publicado en *Lecciones y Ensayos*, N° 69, 70 y 71, 1997/1998.

\*\* Profesora Titular de Derechos Humanos y Garantías y de Derecho Internacional Público (UBA-Derecho). Relatora Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados (2015-16), Experta Independiente para el estudio de la situación de los derechos humanos en Guatemala (1993-97) y en Chad (2004-05). Miembro y Presidenta del Grupo de Síndicos del Fondo Voluntario para la Cooperación Técnica en Derechos Humanos (2006-11).

(III). Un documento claramente inteligente, completo y ubicado en tiempo y espacio.

En efecto, la Declaración enuncia el listado de los derechos que la comunidad internacional incipiente de la época consideró que debían protegerse. No incluye lo que no parece relevante o lo que tiene cuestionamiento suficiente como para sustraerse al consenso.

La conciencia de que la Declaración no es derecho positivo es clara para sus redactores y adoptantes. Por ello, la Declaración se presenta a sí misma como "el ideal común" a lograr a través de la educación y del derecho, para los que viven en Estados independientes y quienes viven en territorios coloniales, fideicometidos o bajo mandato.

Resulta, pues, que la Declaración adelanta un deber ser, una *opinio juris* –conciencia de obligatoriedad– a la que la práctica internacional debe adecuarse con miras a la cristalización, en algún momento posterior, de una costumbre internacional.

El impacto político y legal de la Declaración es de tal magnitud que no solo se ha adoptado legislación, sino que se han modificado constituciones y elaborado normas internacionales.

La Conferencia Internacional de Derechos Humanos, celebrada en Teherán, el 13 de mayo de 1968 proclama que "la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional".

Hacia 1970, en el caso de la *Barcelona Traction, Light & Power Co.*, la Corte Internacional de Justicia reconoce el carácter vinculante de la Declaración, determinando así la existencia de una norma jurídica internacional. Desde entonces, la Carta y la Declaración constituyen un tándem que sirve de fundamento a la obligación de respetar los derechos humanos, dentro y fuera del ámbito de los Estados miembros.

Vendrán luego los tratados de derechos humanos que, además, aportarán un mecanismo específico de control de las obligaciones asumidas por los Estados de acuerdo con cada texto.

Mientras la Declaración era diseñada, los reclamos del mundo por violaciones a los derechos humanos comenzaron a llegar al *Palais des Nations* en Ginebra. La CDH no tenía nada previsto al respecto.

Como sucede muchas veces con las burocracias, la ausencia de un procedimiento conduce a rechazar la pretensión. Así, el 5 de agosto de 1947, la resolución 75 (V) del Consejo Económico y Social suscribió una declara-

ción de la Comisión de Derechos Humanos por la cual esta "reconoce que no está facultada para tomar ninguna medida respecto a las reclamaciones relativas a los derechos del hombre".

Sin embargo, la ausencia de previsión normativa no implica que los problemas no se planteen y mucho menos que no deba dárseles solución. Los reclamos, entonces, siguieron llegando al *Palais des Nations*. En 1959 la resolución E/728 F (XXVIII) del 30 de junio permitía a la Secretaría General compilar una lista confidencial con una breve indicación del contenido de las comunicaciones particulares relativas a violaciones de los derechos humanos y de las respuestas de los gobiernos.

Fue necesario un drástico cambio en la sociedad internacional para que las cosas se movieran en este ámbito. Ese cambio vino de la mano con los nuevos Estados surgidos del proceso de descolonización.

En 1960, la adopción de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, Declaración sobre la concesión de la independencia a los pueblos y países coloniales, vehiculizó una de las más intensas experiencias políticas del siglo XX, el proceso de descolonización. Una increíble cantidad de colonias devinieron Estados independientes y accedieron a las Naciones Unidas en una suerte de pasaporte a la condición de Estado. Esos nuevos Estados, como se denominaron en la época, eran portadores de reivindicaciones perentorias, una de ellas, el fin del *apartheid*.

Así propusieron y lograron que la CDH examinara la información pertinente sobre violaciones notorias de los derechos humanos y las libertades fundamentales que ilustran la política de *apartheid* practicada en la República de Sudáfrica y en el territorio del África Sudoccidental, y la discriminación racial que se practicaba especialmente en Rhodesia del Sur y efectuara un estudio a fondo de las situaciones que revelen un cuadro persistente de violaciones de derechos humanos; tal el texto de la resolución E/1235(XLII) del 6 de junio de 1967. Ese mismo año, la Comisión de Derechos Humanos estableció el Grupo Especial de Expertos sobre el África Meridional, que se mantuvo hasta 1994 en que asumió Nelson Mandela como presidente de Sudáfrica.

Sin embargo, no es claro que el aporte de los nuevos Estados haya sido el de revertir el abstencionismo imperante. En todo caso, cuando ese mismo año la Subcomisión de Derechos Humanos –el órgano de expertos que secundaba a la CDH– se refiere también a las situaciones en Grecia, luego del golpe de Estado de los coroneles, y en Haití bajo el régimen duvalierista, la Comisión de Derechos Humanos reacciona negativamente

y decide revisar la manera en que deben considerarse las comunicaciones particulares. Evidentemente, si las normas debían aplicarse a todos, ello requería revisar las reglas de juego.

Paradójicamente, no son los dos grandes bloques los que determinan el carácter político de la decisión de investigar las violaciones sistemáticas a los derechos humanos sino los países que surgen del proceso de descolonización, los que luego serán el Tercer Mundo.

El fruto de esa revisión es la resolución E/1503 (XLVIII), del 27 de mayo de 1970, que faculta a la Subcomisión a designar un Grupo de Trabajo para que examine las comunicaciones que "parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y las libertades fundamentales".

Este procedimiento se aplica a todos los Estados, con prescindencia de su carácter de parte en un tratado de derechos humanos. Las comunicaciones pueden ser presentadas por personas, grupos de personas u organizaciones no gubernamentales que afirmen tener conocimiento fidedigno directo o indirecto de situaciones que impliquen violación a los derechos protegidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. A estos fines fue funcional la decisión de la Corte Internacional de Justicia de reconocer el carácter consuetudinario de los derechos humanos.

El procedimiento es inicialmente de carácter confidencial; eventualmente, una segunda etapa de carácter público puede suceder a la primera. Recibida la comunicación, las partes pertinentes se trasladan al gobierno concernido solicitándole su informe al respecto y se acusa recibo al denunciante, en lo que es el único contacto que se mantiene con él.

El trámite se desarrolla en cuatro etapas que están destinadas a acotar la consideración a las denuncias que efectivamente satisfagan los requisitos del procedimiento 1503, esto es, que queden comprendidas en su ámbito de validez material. Esta larga ruta debe desembocar en una decisión de la Comisión de Derechos Humanos que, tanto de acuerdo con la letra de los instrumentos cuanto con la práctica ulterior, puede caer en alguna de las siguientes: (a) encargar el estudio de la situación planteada a un comité especial con la anuencia del Estado concernido; (b) mantener la situación planteada en examen hasta el próximo período de sesiones; (c) mantener en examen la situación planteada y designar a un relator especial para que presente informe en el próximo período de sesiones; (d) dar por terminado el estudio de la situación por no justificarse su continuación; (e) terminar el procedimiento confidencial y conocer de la situación por el procedimiento público de la resolución 1235.

Esta última opción –que es, sin duda, la que mayor transparencia otorga al procedimiento y la que brinda mayores garantías a las víctimas– no es frecuente ni sencilla. La complejidad obvia se deriva de la necesaria votación en la Comisión de Derechos Humanos para el pase de una fase a la otra.

Las críticas a este procedimiento han sido muchas y muy intensas. Sin perjuicio de coincidir con el fondo de ellas, creo necesario rescatar que se trató del primer procedimiento amplio, en el horizonte vacío de los derechos humanos en la ONU. Nada había, las relaciones internacionales no solían ocuparse de las personas y mucho menos de ellas en crisis. Los redactores de la 1503 usaron los métodos, las técnicas diplomáticas del momento. Ningún Estado estaba preparado para votar en contra de sus socios regionales, de sus vecinos, de sus proveedores, etc. Todos los diplomáticos de la época sabían que no hay peor negociación que la que no tiene lugar, todos estaban habituados a correr el límite dos segundos en el paralelo tal o el meridiano equis, a reemplazar la palabra tal por la palabra cual, pero ninguno estaba adiestrado para pelearse con otros por un puñado de hombres, mujeres y niños. Lo habían intentado durante la Segunda Guerra Mundial y muchos de ellos, incluidos los más grandes y poderosos, habían tenido comportamientos ominosos. Las víctimas del paquebote Saint Louis lo atestiguan. Así las cosas, la 1503 tuvo el buen gusto de ser el primer procedimiento que les dijera a los Estados que estaban haciendo mal las cosas con las personas bajo su jurisdicción. No lo hacía de la mejor manera, pero lo decía.

Como resultado del procedimiento 1503 se impuso una interpretación dinámica e integradora de la resolución E/1235 (XLII) que autoriza el tratamiento de "situaciones" en general, más allá del caso específico de las situaciones del África Meridional. Ello dio origen a los procedimientos especiales geográficos o por países de la Comisión de Derechos Humanos. La idea subyacente era la necesidad de encauzar los esfuerzos de las Naciones Unidas hacia una mayor efectividad en contextos en los cuales no cabía en principio reclamar la observancia de tratados.

Si el pase de la fase confidencial a la pública en el procedimiento 1503 se verificaba muy difícil, la determinación de incluir un país en los procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos tuvo por virtud sustraer el examen de esa situación del ámbito de la 1503 y colocarlo en una instancia pública de principio a fin. El costo internacional resultó ser que la determinación de las situaciones que podrían examinarse por revelar

un cuadro persistente de violaciones manifiestas a los derechos humanos es una cuestión esencialmente política.

La caída del régimen de Salvador Allende en Chile por el golpe de Estado dirigido por el general Augusto Pinochet el 11 de septiembre de 1973 conmociona al mundo onusiano que se aprestaba a iniciar una nueva Asamblea General. Las víctimas del estadio de fútbol obligaron a la diplomacia mundial a repensar estos mecanismos. El 27 de febrero de 1975, la CDH adopta la resolución 8 (XXXI) estableciendo un Grupo de Trabajo *Ad Hoc* para investigar esa situación. Ello progresó en 1978 con el establecimiento de un Relator Especial que solo cesó en sus funciones en vísperas de la asunción al poder del presidente Patricio Aylwin en 1990. Los procedimientos especiales por país o geográficos habían sido creados.

Al principio América Latina parecía el gran consumidor: Chile en 1975, El Salvador y Bolivia en 1981, Guatemala en 1982, Cuba en 1988. La dictadura argentina de 1976-1983 logró esquivar estos procedimientos a partir de un puntilloso estudio del caso chileno y de una política exterior militar sumamente agresiva. Los militares argentinos pidieron la cabeza del Director del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el holandés Theo van Boven y lo lograron. Antes de partir, van Boven dejó instalados los procedimientos temáticos, esto es, la investigación de fenómenos que producen graves violaciones a los derechos humanos en todo el mundo.

En efecto, van Boven ideó un procedimiento para los casos de desapariciones forzadas que permitía tratarlos a todos, aun cuando tuvieran lugar en distintos países, y consultar a los gobiernos concernidos sobre la suerte de las víctimas. Como no era un procedimiento especialmente previsto para tratar los casos de la Argentina, la diplomacia militar perdió apoyo y el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias fue creado por resolución E/20 (XXXVI) de 1980. Su mandato es recibir denuncias de desapariciones forzadas o involuntarias y solicitar a los gobiernos involucrados las explicaciones e informes pertinentes de modo de aclarar el destino de las víctimas. Ello requiere que la misión sea desempeñada "con eficacia y rapidez", lo que permitió el establecimiento de medidas como las acciones urgentes, las misiones en el terreno, entre otras. Las vueltas de la historia permitieron que un argentino, Ariel Dulitzky, lo integrara e incluso presidiera en este siglo XXI.

En 1982, el establecimiento de un Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias fue el primer avance en el enfoque temático, tra-

ducción de la preocupación creciente de la comunidad internacional ante la constatación de la frecuencia con que se aplica la pena de muerte sin resguardo de salvaguardias mínimas.

Luego continuó el Relator Especial sobre la Cuestión de la Tortura, nueva expresión de la persistencia de prácticas inmemoriales e incivilizadas no obstante el avance de la civilización.

En 1986, se abre el campo de los procedimientos temáticos a las libertades fundamentales, se designa un Relator Especial sobre la aplicación de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones.

En 1991, el eclecticismo se hace espacio con el establecimiento del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria –resolución E/1991/42– cuya mecánica de trabajo combina un sistema de peticiones muy cercano al de los órganos de tratado con el procedimiento temático.

En 1993, luego de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena, la Asamblea General crea la figura del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, resolución A/48/141. Se trata del funcionario de más alto rango luego del Secretario General. Esta creación hará que las Naciones Unidas sean bicéfalas en materia de derechos humanos por un tiempo, ya que el Alto Comisionado cohabitará con un Secretario General Adjunto a cargo del Centro de Derechos Humanos, pero luego esto se definirá con una reorganización completa del área durante la gestión del Secretario General Kofi Annan.

Desfilan en ese puesto José Ayala Lasso, antiguo embajador de Ecuador y activo participante en la conferencia de Viena de 1993; Mary Robinson, ex presidenta de Irlanda; Sergio Vieira de Mello, funcionario de nacionalidad brasileña de alto rango en las Naciones Unidas, un hombre "de la casa" que va a encontrar la muerte en el ataque a la sede de la ONU en Bagdad en agosto de 2003, y cuyo mandato será completado por Bertrand Ramcharam, de Suriname; Louise Arbour, de Canadá, ex fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y ex jueza de la Corte Suprema de Canadá; Navy Pillay, sudafricana, ex jueza del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y de la Corte Penal Internacional y Zeid Ra'ad Zeid Al-Husseini de Jordania, actualmente en funciones.

Entre tanto, en los 80 y 90 creció el número de mandatos temáticos y comienzan a insinuarse los derechos económicos sociales y culturales que verán mejores desarrollos en los primeros años del nuevo siglo en paralelo con el emergente de la Conferencia Mundial de Durban sobre el Racismo

y la Xenofobia. Desde el 2005 aproximadamente hay una vuelta a los derechos civiles y políticos y se crean algunos mandatos contextuales.

En 2006, la Asamblea General decidió crear el Consejo de Derechos Humanos (HRC), resolución A/60/151, para reemplazar a la antigua CDH. Un proceso de fuerte crítica de todos los rincones había colocado a la CDH en situación comprometida. El plan de reforma de las Naciones Unidas propiciado por el Secretario General Kofi Annan previó su modificación.

El HRC está integrado por cuarenta y siete Estados –en la CDH eran cincuenta y tres y la crítica apuntaba a su dimensión– distribuidos de acuerdo con un criterio predefinido: trece por África, trece por Asia, ocho por América Latina y el Caribe, siete por Europa Occidental y otros Estados y seis por Europa Oriental.

La Subcomisión de veintiséis miembros fue reemplazada por un Consejo Consultivo de dieciocho expertos. Se adoptó además un Procedimiento de Queja que reemplazó definitivamente a la resolución 1503.

El HRC aportó dos novedades: el Examen Periódico Universal y las Sesiones Especiales para las situaciones urgentes.

El EPU fue concebido para reemplazar los procedimientos especiales geográficos pero no logró desplazarlos. Se trata de un informe de la política de derechos humanos de todos los Estados miembros de la ONU ante el HRC, una vez cada cuatro años. En octubre de 2011 terminó el primer segmento del EPU; la segunda ronda se desarrolló desde 2012 y culmina en noviembre de este año. Los Estados presentan un informe; la ONU elabora otro con *inputs* de los organismos especializados, los sistemas regionales, los procedimientos especiales y los órganos de tratado, así como de las oficinas de la ONU en el terreno si las hubiera. Ese material se coloca también en una página web donde pueden consultarse las contribuciones en original. Luego de la presentación del informe, el HRC formula preguntas y se redactan recomendaciones.

El ejercicio resulta interesante porque permite tener un mapa de la política de los derechos humanos en todo el mundo actualizado cada cuatro años. Permite también visibilizar a los pequeños Estados y también escuchar a los más grandes, los que siempre están en el reclamo pero que no son objeto de investigación frecuente.

Por su parte, las sesiones especiales permiten convocar al HRC para considerar cuestiones urgentes. A 30 de junio de 2016 se han celebrado veinticuatro sesiones especiales que versaron sobre la situación de los derechos humanos en Líbano (2006), Territorios Palestinos Ocupados

(dos sesiones en 2006, 2008, dos sesiones en 2009, 2014), Darfur (2006), Myanmar (2007), Congo Oriental (2008), Sri Lanka (2009), Costa de Marfil (2010), Libia (dos sesiones en 2011, 2012), Siria (dos sesiones en 2011), República Centroafricana (2014), ISIS en Iraq (2014), Boko Haram (2015), Burundi (2015). También llevó a cabo sesiones especiales temáticas sobre Derecho a la alimentación (2008), Impacto de la crisis económica global en los derechos humanos (2009), Enfoque de derechos humanos para el proceso de recuperación de Haití (2010).

Muchas de estas sesiones permitieron ordenar misiones de investigación de los hechos, *fact finding*, que luego presentaron informe, como sucedió con la misión sobre Líbano en 2006 presidida por Baena Soares, los informes de Desmond Tutu, Christine Chinkin, Richard Goldstone y Christian Tomuschat sobre los TPO, el de Jody Williams sobre Darfur, entre otros.

En ocasiones, las sesiones capitalizaron los procedimientos existentes, como sucedió en caso de Corea, Myanmar, o crearon nuevos como el caso de República Centroafricana.

Hoy –esto es, a 30 de junio de 2016– las Naciones Unidas cuentan con catorce mandatos geográficos y cuarenta y un mandatos temáticos. Los procedimientos geográficos son los relativos a Myanmar (1992), Camboya, Territorios Palestinos Ocupados, Somalia, Sudán (1993), Haití (1995), República Popular Democrática de Corea (2004), República Islámica de Irán, República Árabe Siria (2011), Belarús, Eritrea (2012), República Centroafricana, Mali (2013), Costa de Marfil (2014).

Los mandatos temáticos versan sobre los siguientes temas: desapariciones forzadas o involuntarias, ejecuciones sumarias o arbitrarias, tortura, libertad religiosa o de creencias, detención arbitraria, venta de niños, libertad de opinión y expresión, violencia contra la mujer, racismo, independencia de magistrados y abogados, desechos peligrosos, pueblos indígenas, educación, extrema pobreza, migrantes, vivienda, alimentación, defensores de derechos humanos, consecuencias de la deuda, afrodescendientes, salud, trata de personas, desplazados internos, terrorismo, mercenarios, solidaridad internacional, minorías, formas contemporáneas de esclavitud, derechos culturales, agua potable y saneamiento, discriminación contra la mujer, libertad de reunión, orden internacional justo y equitativo, empresas transnacionales, verdad, justicia y reparación, medio ambiente, personas de mayor edad, personas con discapacidad, medidas coercitivas, privacidad, personas con albinismo.

Con los años varias notas de los procedimientos especiales han cambiado: los procesos de selección y nominación son más transparentes, es mayor el acceso a la información en estos temas, pero también, a causa del crecimiento en el número de los mandatos, se ha complejizado la administración de los mandatos y a veces se ha perdido algún porcentaje de eficacia.

Los titulares de los mandatos se designan ahora por el Consejo de Derechos Humanos luego de un proceso de selección que comienza con una posibilidad de postulación universal. En efecto, los mandatos a cubrir se publicitan en la web del Consejo de Derechos Humanos y se reciben candidaturas. La lista de quienes se postularon se publica igualmente. Luego de un primer examen de los candidatos en cuanto a aptitudes, se conforma una lista más corta de candidatos a ser entrevistados por el Comité Consultivo de Embajadores. Generalmente es una conferencia telefónica que se desarrolla en inglés –ya consagrado como el idioma de trabajo y redacción de la OHCHR– y en los otros idiomas de trabajo de los candidatos y que versa sobre aspectos del mandato. Luego, los cinco embajadores –uno por cada grupo geográfico– redactan un documento detallando las entrevistas y proponiendo los candidatos para cada una de las vacantes en orden de mérito. Este informe se dirige al Presidente del HRC que lo circula a los Estados miembros del Consejo. El Presidente conviene con ellos los candidatos a proponer, los que son aprobados generalmente por aclamación. Desde hace unos años se intenta que a la equitativa distribución geográfica –criterio onusiano clásico– se le sume una equitativa distribución de género.

Los titulares de los mandatos deben ahora acomodar su actuación a un código de conducta escrito que en muchas de sus normas recoge una práctica usual previa a su existencia. Sustancialmente generaliza buenas prácticas en relación con el trato a los Estados.

Cada uno de los mandatos es definido en la resolución que le da origen o en la que renueva su existencia eventualmente. Sin perjuicio de ello, la mayoría de los mandatos prevén dar cuenta del estado de la situación de que se trata en el mundo, o en el Estado de que se trata, tramitar comunicaciones en las que se alegue violación de derechos protegidos cubiertos en el mandato y proponer nuevas lecturas de las normas existentes o la adopción de nuevas normas.

En todo caso, el confronte de las conductas examinadas se lleva a cabo a la luz de la DUDH y de toda otra norma internacional –universal– en vi-

gor en el país de que se trata; sin perjuicio de la posibilidad de recrear las obligaciones contraídas por los Estados en los sistemas regionales.

Todos los mandatos están facultados para llevar a cabo misiones en el terreno. Para ello, los Estados pueden formular invitaciones abiertas a todos los mandatos o pueden ser solicitados por un mandato en particular. Cada titular de mandato tiene libertad de elegir los criterios que considere más oportunos para solicitar estas misiones o para aceptarlas. Sustancialmente, hay una agenda oficial que se conviene con las autoridades nacionales y una agenda privada, en la que los relatores se reúnen con víctimas y con miembros de la sociedad civil. Antes de terminar la misión, se debe dar un informe a las autoridades para poder convocar luego a una conferencia de prensa. En muchos casos, los relatores presentamos una declaración final escrita que se distribuye y que adelanta algunas de las conclusiones y recomendaciones.

Los términos de referencia de las misiones constan en el código de conducta e incluyen las facilidades necesarias de desplazamiento, confidencialidad y ausencia de represalias o retorsiones a las personas que colaboran con el mandato.

Luego de la Conferencia de Viena de 1993, se celebra una reunión anual de los titulares de los procedimientos especiales. La idea es promover la interrelación entre los titulares de los mandatos, efectuar consultas conjuntas a la sociedad civil y a los Estados para buscar mayor efectividad y eficiencia, incluso mayor visibilidad y accesibilidad a las víctimas. En 2005, la reunión solicita el establecimiento de un Comité de Coordinación integrado por cinco miembros y *ex officio* por el Presidente saliente. Sus tareas se han adecuado con el paso del tiempo, pero sustancialmente lleva la agenda de la reunión todo el año y elabora el informe anual.

Los procedimientos especiales han crecido ciertamente y hoy son más de cincuenta. Todos tienen aproximadamente los mismos métodos de trabajo. Ello exige una gran coordinación que no necesariamente se cumple en todos los casos.

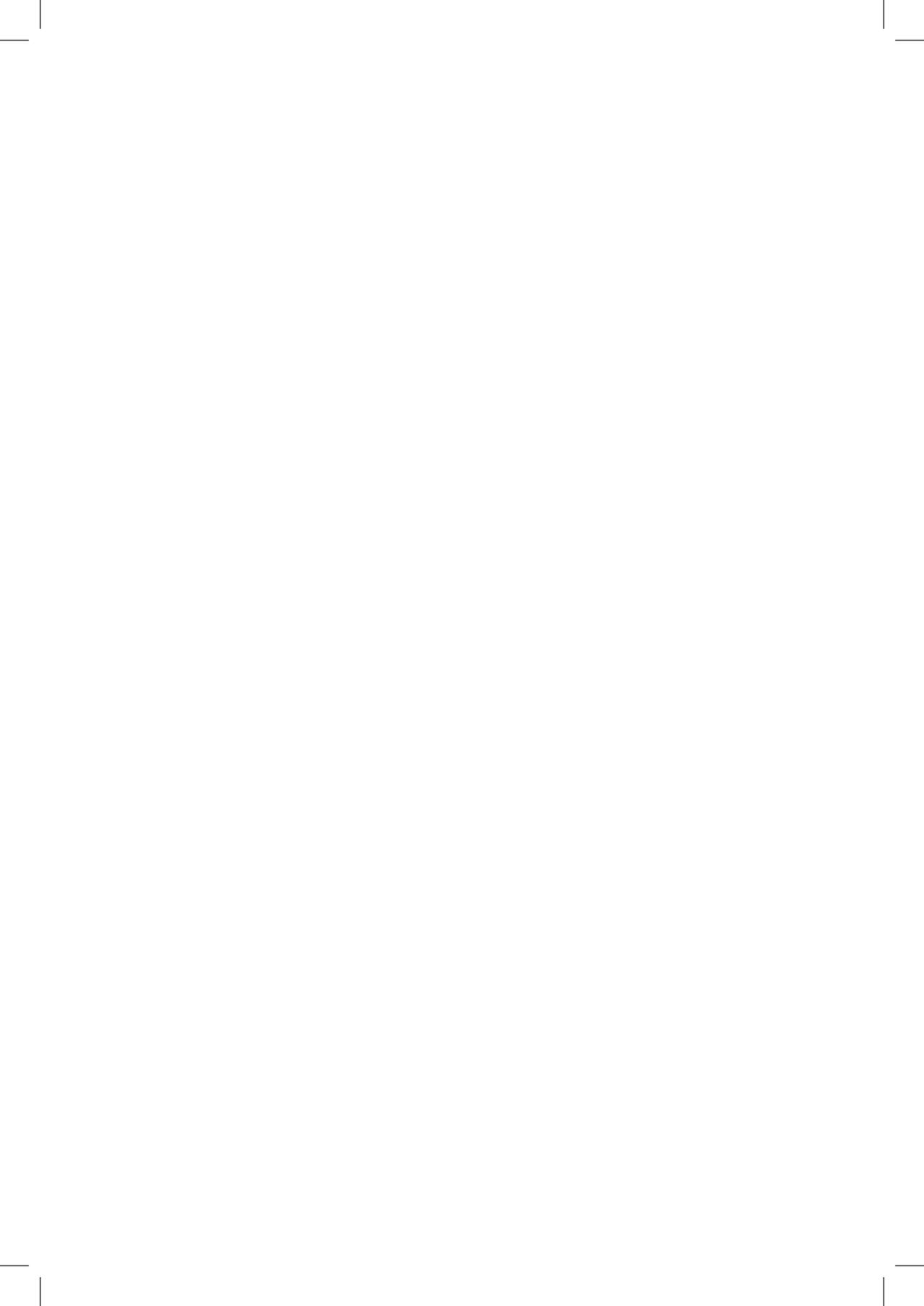
Los expertos son mujeres y hombres que llevan a cabo la tarea *ad honorem* y desempeñan, en realidad, un trabajo a tiempo completo: dos misiones de terreno por año, dos sesiones de la ONU (HRC y Asamblea General), lo que exige cuatro informes, además de las comunicaciones y otras actividades, incluida la sesión anual de los procedimientos especiales. La gran libertad que, en principio, asegura que los titulares de los mandatos no sean personal de las Naciones Unidas, condiciona las agendas por fechas y otras cuestiones.

Lo mismo se replica en la conducción de misiones. En ocasiones, son varios los mandatos que visitan un país y esto complica el adecuado seguimiento.

Probablemente en algún futuro deban reverse estas cuestiones y organizarse los mandatos que tienen mayor carga de desarrollo progresivo de derecho internacional con un formato y los que deben hacer mayor atención "clínica" con otro. Generar dinámicas de trabajo propias permitiría también evitar las hoy inevitables superposiciones en los *dicta* y también las visitas al terreno.

Entre tanto, el desempeño leal de las funciones relativas a los procedimientos especiales permite que las Naciones Unidas estén presentes en la mayoría de las cuestiones conflictivas que cotidianamente se dan en el mundo de los derechos humanos.

## ENTREVISTAS



En el marco del sexagésimo aniversario de *Lecciones y Ensayos* convocamos a algunos/as ex integrantes del Consejo de Redacción para que nos cuenten acerca de su paso por la revista. El objetivo de esta sección radica en conocer un poco más nuestro pasado y reflexionar acerca del rol que tuvimos a lo largo de la historia, como así también el que tenemos hoy en día.

Para facilitar su lectura, estructuramos las entrevistas alrededor de cuatro tópicos principales.



## ENTREVISTAS A EX INTEGRANTES DE LOS CONSEJOS DE REDACCIÓN DE LECCIONES Y ENSAYOS (1956-2016)

### I. PRIMEROS ACERCAMIENTOS A LYÉ Y APRECIACIONES PERSONALES

**Tulio Ortiz:** —Para mí fue una sorpresa, porque yo tenía entendido, por versiones —porque en esta Facultad uno se entera más por versiones de las cosas— que después de cierto promedio no solo teníamos derecho al llamado Diploma de Honor, lo cual efectivamente ocurrió, sino también a integrar una revista, una cosa medio nebulosa... ¿qué será eso? ¿Lecciones qué? (*risas*). Y un día me llegó un papel, vamos a decir así, era una resolución desde luego, donde figuraba mi nombre, convocándome. Después me llamó Beatriz Arean. Beatriz, que era la presidenta del Consejo porque era la que tenía más promedio, era brillante, sacó Medalla de Oro, un montón de cosas. Llegué, y como les decía recién, la impresión... un lugar con ese olor a cera, todo perfecto, todo brillante, todo bien ordenado, sentarse y compartir con los amigos... porque fue al mismo tiempo encontrarme con amigos con los que había hecho varios cursos; en ese momento no había muchos cursos, eran muy reducidos y se entraba por promedio o por cantidad materias. Es una experiencia maravillosa, un mundo de ideas. Eso es lo bueno de la universidad pública que yo defiendo a capa y espada; yo hice la primaria, luego la secundaria y la universidad, todo en la educación pública.

Integré efectivamente el Consejo Asesor (creo que se llamaba así) en el año 1965... ¡mirá vos! (*risas*) cómo será de antiguo esto que por ejemplo en ese año era presidente Arturo Illia, no se había producido el golpe de Estado todavía, estaba en su plenitud la Guerra Fría, hacía apenas dos años que lo habían asesinado a John F. Kennedy, son cosas... recuerdos de una época. Tuve el honor de integrar el Consejo Asesor de LyE con grandes amigos e inolvidables colegas. En el momento no lo valoré (porque es una cuestión cuando uno es joven, muchas cosas que uno tiene no las valora), lo valoré mucho después, cuando lo ponía en mi *currículum*, por ejemplo, cuando me decían “che, así que vos estuviste en LyE” o cuando varias dé-

cadav después personas como ustedes me convocaron, ahí valoré esto. La impresión fue *a posteriori*, y el orgullo se acrecienta.

**Elisa Díaz de Vivar:** —El Dr. Ignacio Winizky, Director del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, me convocó para colaborar con la publicación que él había ideado y fundado para ayudar a los estudiantes en el enfoque de las materias curriculares. Se trataba de interesar a los profesores para que publicaran artículos sobre aspectos dudosos, de difícil comprensión o temas novedosos difíciles de encontrar en doctrina de la asignatura a su cargo, de modo que el alumno contara con la opinión autorizada del titular de cátedra ("Lecciones").

Como algunos miembros del Consejo ya habían pasado por la experiencia de la búsqueda de este tipo de material por haber cursado la materia o haber trabajado en alguna monografía, también se insertaban "Ensayos", que es la sección del alumnado. Así se completaban las lagunas o déficits bibliográficos dando contenido a puntos de los programas de enseñanza y examen. Su permanente apoyo y fe en las posibilidades de los estudiantes dirigidos a lograr la concreción del ideario de Publicaciones fue un enorme incentivo para llevar a cabo la misión.

Fue una experiencia movilizadora tanto por el armado de cada número, como por la alegría que nos producía el logro de lecciones de profesores más distantes o con los que teníamos mayores dificultades de comunicación. Formábamos un equipo que tenía asignadas diferentes tareas, autores de ensayos, prólogos y homenajes, buscadores de artículos –lecciones–, correctores de las pruebas de galera, en fin... nos llenaba de orgullo pertenecer a la revista, aunque tuviéramos que ir a la facultad a trabajar los sábados temprano hasta el mediodía.

**Ariel Dulitzky:** —Creo que me acerqué a través de una compañera mía de Administrativo, que ya estaba en LyE. Me preguntó qué promedio tenía para ver si podía entrar o no, porque en esa época era solo con ocho. La primera impresión fue "qué buen grupo de estudiantes, qué interesantes las discusiones"; me dieron ganas de hacer lo que sea para estar ahí. A mí me marcó en un montón de cosas. Primero, era quizás el único espacio que había en ese momento para que los estudiantes podamos discutir sobre temas de derecho y tomarnos seriamente la discusión académica e intelectual. Ahora yo esto lo veo en la academia argentina... el trabajo intelectual es más cooperativo, pero en esa época no era así, no había debate en otros

espacios. Eso fue, entonces, lo que me marcó toda la vida. Acá en Estados Unidos el trabajo cooperativo es muy común.

En LyE nosotros éramos los que decidíamos si se publicaba o no un artículo, cosa que me ayudó a crecer intelectualmente. Además, pensar que uno como estudiante podía también publicar, que no era solo para profesores y que podía hacer trabajos académicos de calidad y publicables era muy bueno, más allá de que en lo personal decidí no publicar nada mientras estuve en LyE porque no quería que nadie creyera que tenía algún privilegio por estar ahí. Otra cosa muy importante fue el grupo de amigos que hicimos ahí, veinticinco años después de LyE hay muchos que nos seguimos viendo, que trabajamos en lo mismo... todo a partir de la amistad que cultivamos en la revista.

**Marcelo Ferrante:** —Nuestro acercamiento tuvo que ver con que los que estaban antes se estaban quedando sin gente. Entonces fuimos convocados por el que era el director... Adrogué, Manuel Adrogué, que había empezado a convocar a gente que cumpliera con los requisitos... Para mí fue muy importante encontrar un lugar de pertenencia y de acción en la universidad... porque hasta ese momento no lo había encontrado. El efecto era ese, tener un lugar donde estar en la facultad, donde encontrarse con los otros. LyE era un sitio que sentías propio en una facultad que era un lugar de tránsito para todos: para las autoridades, los profesores y, sobre todo, los estudiantes.

Me acuerdo que yo venía a estudiar a la biblioteca parlante y a "hacer amigos"; allí había gente que pasaba mucho tiempo en la facultad y eso era poco habitual... pero nunca me identifiqué con ellos. En cambio, con los de LyE sí. LyE me dio eso. Otra cosa que me fascinó en ese momento era que, si bien yo tenía la noticia de que existía LyE, era como una cosa remota, inaccesible y, en todo caso, no era para mí. Llegar y ver que muchos nos conocíamos ya de la facultad, encontrar aquí otros con los que rápidamente tuve afinidad (como el caso de Paola Bergallo, a quién conocí acá) me permitió entender que LyE éramos nosotros, con todo lo que encarábamos... no había "otra LyE". Éramos nosotros. Ahí me di cuenta de que no era cierto que LyE no era para mí, que era una cosa ajena, que era solo un cartón en donde habían publicado la traducción de *Marbury versus Madison*.

**Paola Bergallo:** —Llegué a la revista por una carta que mandaron a mi casa. Habían visto el listado de alumnos y mandaron cartas; nos mandaron

a varios que vinimos el mismo día, Diego Parise también, me acuerdo. No sabíamos mucho a qué veníamos y ahí nos conocimos. Creo que había una sensación de comunidad en una facultad masiva, que se volvió masiva en la época en que nosotros estudiábamos. Fue un *shock* cuando dejó de haber examen de ingreso... la facultad se llenó de gente y de profesores de mala calidad. Fue una experiencia pésima. Se abrieron entonces distintas posibilidades: un proyecto de élite de los estudiantes que contaban con más información, porque eran "hijos de", porque conocían gente, porque habían llegado alguna vez a algún circuito que les dio acceso a ella, porque les había llegado la carta o porque habían visto el cartel de LyE. Gente que traía capital social o lo generaba acá y después... gente sin acceso a la información, con un proyecto educativo pero de otra calidad. Se educaba a todos al mismo tiempo. La masividad genera muchos grupos muy distintos. En ese contexto, faltan lugares de pertenencia. En ese entonces no había comunidades etarias o de compartir cosas, ni comunidades donde no estuviera mal visto ser buen alumno. Pero de repente tuvimos la llave de este cuartito y fue... increíble.

**Ivana Bloch:** —A mí lo que me dio la revista, claramente, fue todo el tema de compartir compañeros y recursos. Empecé a encontrar un grupo de pertenencia... de hecho, muchos nos conocimos acá o muy poco antes y seguimos siendo amigos. Por primera vez me pasó que venía a la facultad a un lugar donde me interesaban las conversaciones que se daban, algo totalmente distinto a lo que vivía en el aula. Si tengo que decir qué significó LyE para mí... fue eso, empezar a encontrar gente con quien tenía intereses en común.

**Leonardo Filippini:** —En mi caso, fue por invitación de algunos miembros de años anteriores, un poco más grandes; me acuerdo que estaban Maxi Langer, Marcelo Ferrante... esa camada de gente que ya se estaba yendo y que uno conocía de las ayudantías, de las conferencias, de los congresos de penal y demás, un grupo heterogéneo que más o menos uno repetía o con el que uno coincidía en distintas cosas, y que fue contando qué se hacía en LyE, el espacio que era esto; me invitaron a venir y así arranqué; creo que tuvo un poco que ver con la salida de algunos de ellos.

Era un espacio interesante en cuanto a la oportunidad que te brindaba —o que te brinda todavía— para generar ciertos proyectos con algún grado de autonomía; esa posibilidad de tener una micro responsabilidad entre

manos, asumir parte de un trabajo que viene hecho por otros desde antes, tratar de hacer algo que engarce con esa historia pero sabiendo que tenés una salida (que es cuando egresás); esta idea de tener un par de años la ocasión de ensayar lo que es trabajar en equipo, cómo conducir colectivamente un proyecto hacia algún lugar, discutir con franqueza. Esa frescura del espacio más informal. Gente discutiendo derecho un viernes a la tarde; una facultad con otro formato, la facultad que se desplegaba de una forma diferente, una conexión que era novedosa, trabajo pero con un clima distendido. No tenía el cartón de las aulas, esos rituales... y al mismo tiempo se daban discusiones profundas, mezcladas con un clima cuasi festivo de pre salida de viernes a la noche. Se trataba de manejar, siendo todavía estudiante, las frustraciones del que no lograba escribir su artículo, la tensión de cerrar un número, el diálogo con el mundo "adulto" de la editorial que tenía quizás reglas más duras, y creo que todo eso nos fue forjando.

**Martín Sigal:** —Lo mío fue más aleatorio; yo estaba buscando un lugar en la facultad donde insertarme y encontrar gente con algunas inquietudes similares con la que pudiera interactuar y no estaba teniendo mucho éxito, probablemente porque estaba siguiendo la orientación en Derecho Privado, donde había menos gente parecida a mí en definitiva. En un par de materias, unos compañeros me sugirieron que viniera a LyE y bueno, acá encontré un montón de personas que hacían otro tipo de orientaciones pero con las cuales tenía mucha más afinidad. Me generó ilusión ver cinco o seis personas un viernes a las siete de la tarde, cuando no había ninguna razón para estar en la facultad más que el entusiasmo, discutiendo.

Me acuerdo que en ese momento estaban discutiendo sobre cómo hacer para que los dictámenes tuvieran un cauce un poco más ordenado, sacar el laburo. Ver ese clima de trabajo, mezcla de trabajo con entusiasmo, fue muy lindo, como "bueno, acá hay un espacio para probar". Rompía con la lógica que uno como estudiante de derecho veía asociada a la discusión, solemne o con cierta postura de autoridad; acá era una discusión linda y comprometida pero sin todo eso. Y pensar que ocurría en un recoveco de la facultad... A mí creo que lo que más me dejó es haber encontrado personas con las que mantengo un vínculo afectivo intenso hasta hoy, amigos, y además fue un camino importante para reajustar mi idea de carrera. Yo tenía por ciertas notas biográficas una imagen de lo que era ser abogado y acá vi lo que no había visto en ninguna materia, personas que tenían otra perspectiva que me fueron contagiando a medi-

da que fue pasando el tiempo, cosa que influyó mucho en el arreglo de mis objetivos y horizontes.

**Denise Bloch:** —Mi hermana estaba en la revista... ella es más grande que yo así que coincidimos poco tiempo; cuando yo ingresé ella ya estaba yéndose. También tenía amigos y conocidos que participaban. No recuerdo bien cómo fue mi primera reunión pero sí que era un ambiente que no me resultó tan desconocido, justamente porque muchos de los que integraban el Consejo eran ya amigos de mi hermana. Y después yo me encargué de incorporar a algunos amigos. Algunos sabían que la revista existía, otros no tenían ni idea.

LyE es un gran recuerdo. Fue un momento que acompañó mis últimos años de carrera. En ese entonces era un espacio que todos disfrutábamos, de hecho no nos anotábamos en materias en horario de reunión... Particularmente, disfruté mucho publicar (aun cuando no fuera parte de la dinámica del estudiante de derecho hacer este tipo de actividades), tanto que seguí en ese rubro una vez recibida. Con lo cual, sin querer, inconscientemente, LyE marcó un poco mi rumbo. Además, fue el lugar donde yo me encontraba con mis amigos, los cuales conservo hasta el día de hoy. Nuestro grupo de Whatsapp se llama "Lecciones y Ensayos", un poco en broma, un poco en serio, porque algunos están y otros no, pero los que estamos en el grupo alguna vez pasamos por este espacio. Todos le tenemos mucho cariño a la revista.

**Diego Freedman:** —Yo vine por Alejandro Gordano, que fue director de LyE y que marcó todo un estilo de conducción de la revista, apuntando a mucha prolijidad, mucho orden, dedicación personal, profesionalidad, y que hoy está en el exterior. A Alejandro lo conocí en una materia, Sistemas Jurídicos, una materia de teoría del derecho. En realidad, como ocurre en la facultad, a la mayoría de los estudiantes la filosofía del derecho no les gusta. A mí me apasiona, y yo creo que a Alejandro le llamó la atención ver a alguien con las mismas preocupaciones o preguntas sobre el derecho, alguien que no solo describía lo que decían los libros sino también que se preguntaba qué es el derecho, para qué sirve el derecho, y digo, eso es bastante elogiabile... porque desde el punto de vista ideológico, no quiero entrar en cuestiones más finas, soy notablemente la antípoda de Alejandro. Le pareció interesante sumar gente que tuviera estas inquietudes y por eso me convocó a la revista en el año 1999 (yo estuve hasta el año 2003); allí

comencé a integrarme y la verdad me pareció un ámbito de trabajo muy bueno.

Para mí, tuvo muchos aspectos positivos en cuanto a mi formación porque despertó mi espíritu crítico. Generalmente, en la facultad a uno le dan textos que no puede cuestionar, que debe repetir para aprobar la materia y la revista permite tener un espacio donde recibir artículos de profesores y estudiantes y discutir sobre ellos. Por otro lado, también abre muchas puertas de contacto, por ejemplo con docentes. Yo tuve la suerte de poder entrevistar al Dr. Maier con Ana Aliverti, y la verdad es que en tres horas conversando con Maier aprendés más que en dos años estudiando en la facultad. Estando en LyE uno tiene un privilegio que no tienen otros estudiantes, sería deseable que lo aprovecharan todos, porque siempre fue un espacio abierto... uno empieza a relacionarse con ciertas cuestiones que luego va a ver en su vida futura con otros grupos de trabajo.

**Romina Pezzot:** —A mí me invitó Alejandro Turyn. Éramos compañeros de cátedra de Derecho Internacional Público... habíamos concursado y entramos como ayudantes. Yo había pasado varias veces por el pasillo y nunca había reparado en la revista, ni tampoco supe de ella hasta que él me comentó y entonces dije, bueno, listo. Fui un viernes y no entendí nada. Pero había muy buena onda y enseguida me enganché; no sé... me resultó agradable esto de que me recibieran bien, me sentí cómoda inmediatamente. Descubrí un espacio que no tenía ni idea que existía y descubrí que uno podía —y puede— como alumno tener una actividad académica y aportar a la facultad de algún modo desde ese pequeño lugar que yo antes concebía como “bueno, curso, obtengo mi título y me voy”. Tuve mucha suerte con el grupo, era un grupo muy variado, cada uno con su propia pasión en cuanto a la manera en que pensaba pero teníamos en común que casi todos éramos ayudantes alumnos, por lo cual también teníamos un interés extra por el derecho y por la docencia. Estaba presente esto de la preocupación por la enseñanza del derecho, de hecho, después organizamos una jornada de profesores y alumnos. Había una preocupación por cómo mejorar la enseñanza, cómo hacerla más atractiva para los alumnos.

Para mí LyE fue un antes y un después. Fue un lugar de pertenencia, me cambió totalmente la conexión que yo tenía con la facultad, con la carrera... Además, allí encontré un grupo de amigos con el que me sigo viendo. Tuvo una presencia muy importante, conectado con esto que mencionaba antes de brindar algo a la facultad como alumno, con intercambiar

experiencias con compañeros que tienen las mismas preocupaciones o cosas en común. LyE significó encontrar un grupo de afinidad, grupo que en los tres años anteriores de mi carrera no había encontrado. Fueron justo los dos últimos años de mi carrera... me sentí sumamente a gusto, pude realizar actividades académicas aparte de la docencia como ayudante alumna... fue vivir la facultad de otra manera.

**Cecilia Hopp:** —Yo llegué a LyE a mitad del año 2004. Cuando me vine a anotar a la carrera, no sabía qué elegir de la oferta. Mi mamá, que es profesora de la facultad, entonces me presentó algunos profesores. Una jefa de trabajos prácticos de Teoría del Estado me sugirió preguntarles a los chicos de LyE qué cátedras eran buenas y cuáles no. Efectivamente, en esa época LyE hacía un seguimiento de cursos "buenos". En oposición a los foros en donde se recomendaban cátedras fáciles de aprobar, LyE te sugería aquellas en donde realmente se aprendía. Ahí me quedó la idea y terminé yendo a una reunión para ver de qué se trataba. Tenía dieciocho años, nadie me conocía. Para mí fue un buen espacio porque me permitió conocer gente de la facultad pero de otra manera. Porque una de las necesidades que tenía yo era la de socializar con compañeros de la facultad. Por lo general, uno iba a la facultad y se volvía a su casa; sin conocer ni hablar con nadie. Me quedé en LyE porque me parecía una oportunidad increíble la de poder dirigir una revista siendo un grupo de estudiantes. Durante mi paso por LyE, siempre intenté abrir el espacio, para que más gente supiera que está esta oportunidad, que es muy buena. Lo vi siempre desde la oportunidad para el estudiante. Para mí, como estudiante, fue una experiencia muy enriquecedora, desde el punto de vista académico y también incluso personal. Nosotros poníamos nuestras propias reglas internas, diseñábamos estándares para mejorar la publicación y el funcionamiento de la revista. Esto nos permitió aprender cómo se trabaja en grupo (que es algo que, por cierto, esta facultad no enseña). Participar en LyE te hace entender también que publicar no es nada inalcanzable sino que es posible para los estudiantes.

**Mishkila Rojas:** —Yo fui en mi primer año y al principio no entendía nada. Hablaban del derecho civil y yo no sabía ni qué era el derecho. En ese momento no iba muy seguido. En mi segundo o tercer año me sumé más activamente, cuando éramos cuatro o cinco personas en la revista. Más adelante empezamos a convocar y se volvió más populoso, se empezaron a

sumar más personas, en general de mi mismo año. Pasábamos al principio de los cursos para contarles a los estudiantes qué era LyE, y cada tanto venía alguno. Hacíamos charlas para atraer gente. Recuerdo que una vez hicimos un evento muy importante en el Aula Magna, que se llenó tanto de gente que las personas estaban sentadas en el piso.

Es algo único. Revistas hay muchas. Pero LyE nos sirvió para aprender a los veintidós o veintitrés años que ocupar un espacio institucional, dentro de la facultad, acarrea una responsabilidad muy grande. En ese sentido, te hace madurar de una manera que no se consigue simplemente viniendo a cursar. Yo creo que esos aprendizajes fueron lo más valioso de mi paso por la revista, y la gente, el grupo humano. En las reuniones discutíamos mucho, pero al mismo tiempo íbamos creciendo y aprendiendo. De hecho, mi grupo de amigos se consolidó ahí, en la revista, porque en las materias no tenés esa continuidad que sí encontrás en LyE.

**Carlos Garaventa:** —Yo me acerqué a la revista porque siempre, desde chico, me gustó escribir. Yo quería escribir. De hecho, en la primera reunión, cuando me preguntaron por qué había venido dije “porque quiero escribir acá” y luego me explicaron que en LyE, en realidad, se hacía otra cosa. Me ayudó mucho como estudiante a darme cuenta del camino que quería seguir, o sea... fue como descubrirme a mí mismo a partir de LyE, descubrir que yo no quería estudiar para ser un abogado litigante que tiene un estudio en el que lleva causas de accidentes de tránsito. Yo decía “eso no es para mí”. Quería investigar, seguir escribiendo, ser docente. Yo empecé a ser docente a partir de LyE; acá entendí que para hacer investigación no alcanza con saber sino que hay que saber cómo escribir. Para mí fue una herramienta académica fundamental. Finalmente me terminé dedicando a eso. En lo personal, te digo que en LyE conocí a mi esposa e hice muchos amigos, que siguen hasta hoy, y también algunos enemigos; porque, a veces, en el calor de las discusiones que se daban en este espacio surgían fuertes desacuerdos también. LyE tuvo un lugar central en mi vida, no solo en lo académico sino también en lo personal; fue como una especie de adolescencia tardía.

**Patricio Enrique Kenny:** —Trabajaba en la facultad, en la Oficina de Comunicaciones y al lado estaban los chicos de la Secretaría de Investigación. Tanto los que trabajaban en la Oficina de Comunicaciones como los que trabajaban en la Secretaría de Investigación, venían a LyE. Y me

invitaron... me comentaron sobre la existencia de la revista y me sumé, empecé a participar.

Para mí, estar en LyE fue determinante. Es de lo más importante que me pasó en la facultad porque me permitió después conocer otras opciones que dentro del ámbito de la facultad no conocía. Fue una puerta de entrada. Además, conocí mucha gente que también estaba interesada en discutir y profundizar sobre algunos temas.

**María de los Ángeles Ramallo:** —A mí me invitaron a la revista. En su momento, un chico que trabajaba conmigo me comentó más o menos cuál era la dinámica. Yo estaba aproximadamente en mi segundo año de la carrera o sea, haciendo el CPC, era bastante chica; desde ese momento nunca dejé de venir.

LyE seguro fue de las cosas que más resaltaría de la facultad a modo personal. También creo que es de los espacios más ricos que tiene esta como institución. En ese sentido, me alegra haber formado parte de esto... hay gente que no sabe que existe; siento que es un espacio para explotar y aprovechar mucho más. Desde el punto de vista académico también me sirvió porque aprendí mucho de la lectura de trabajos de gente que estaba más especializada en ciertos temas. Además (y creo que hay muchos que pueden decir lo mismo), en LyE me hice amigos que hasta el día de hoy conservo.

**Lautaro Furfaro:** —Me acerqué a la revista en 2008 porque había escrito un trabajo y tenía intenciones de publicarlo. Mi primer acercamiento fue por este motivo pero decidí quedarme a escuchar todos los temas previstos para aquella reunión. Además, había leído un trabajo [publicado en LyE] de Mónica Pinto sobre la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia.

Durante esa primera reunión hubo una charla interesante sobre el aborto y me pareció increíble encontrar un espacio en donde estudiantes como yo discutieran derecho y debatieran los temas... ¡con una pasión!, todo lo contrario a lo que veía generalmente en las clases: una apatía muy grande hasta por los temas elementales de cada materia. Eso me generó mucho interés en la revista como espacio deliberativo para argumentar en derecho y sublimar aquellos intereses que no lograba canalizar en las aulas.

LyE es una isla académica dentro de la facultad donde los estudiantes son protagonistas de la política editorial de la revista y evaluadores de artículos que envían otros alumnos y profesores.

Durante los cinco años que participé encontré un espacio educativo donde se defendían enunciados normativos con argumentos durante largas horas. Estas discusiones modelaron mi forma de ver el derecho.

LyE me demostró que los estudiantes podíamos tener un rol más activo en nuestra formación jurídica y ser agentes decisivos en la evolución del pensamiento jurídico. No sé si efectivamente los estudiantes y profesores leían asiduamente la revista, nuestro producto final, pero más allá de los resultados de cada año en cuanto al material publicado, todo el proceso que implicaba la decisión de aprobar o rechazar un *paper* era una experiencia enriquecedora... tal vez la mejor dentro de la facultad.

Otro dato, que no es menor, es que la revista me ha dejado grandes amigos, seguramente los que más estimo en la actualidad.

## II. EL ROL DE LYE EN LA ACADEMIA Y EN LA SOCIEDAD

**Tulio Ortiz:** —LyE es una experiencia de la cogestión estudiantil en la universidad con nivel académico, que es distinta a la otra intervención... distinta no significa que la otra sea menos o más valiosa... es diferente, ya que demuestra que los estudiantes (porque vamos a salir de nuestro pequeño frasco que es la Universidad de Buenos Aires, la Facultad de Derecho), que siempre han sido mirados como los que vienen a ver qué pasa (se dice que en nuestra facultad mucha gente viene a darse una vuelta), cuando son buenos, son de primer nivel y tienen abiertas las puertas de cualquier lugar en el que quieran estar. LyE permite demostrar que la participación estudiantil en el plano universitario no se limita a lo meramente político sino que también está íntimamente consustanciada con lo académico, y que, además, va creando un ámbito que es caldo de cultivo de futuros investigadores, docentes, etc.

**Ariel Dulitzky:** —En Estados Unidos todas las revistas son dirigidas por estudiantes. Para mí, eso deja una enseñanza fundamental acerca de qué trabajos son publicables, cómo se edita y se prepara una publicación y cómo mejorar lo que uno piensa y escribe. Lo más importante es que los estudiantes quizás mientras estudian no tienen una agenda "profesional" en el sentido de "tengo que publicarle a este porque es mi colega o porque va a ser titular de cátedra y necesitamos que gane el concurso", el tipo de consideración que tienen no es la misma que tiene una editorial.

Como revista académica con estas características, LyE sirve para que pensamientos críticos, pensamientos nuevos, se publiquen y se lean. Además, es un lugar donde los estudiantes pueden publicar por primera vez, lugar donde profesores también publican. Y como espacio de reflexión sirve a la sociedad, sin dudas, aunque no sea masivo.

**Marcelo Ferrante:** —La revista tiene una dimensión educativa. La Facultad de Derecho ofrece un espacio en el que los alumnos pueden aprender, entre otras cosas, la actividad editorial de una revista académica. Uno aprende algo que de otro modo no aprendería. Otro aspecto de esta función formativa es el de estar cerca de quienes producen el conocimiento.

**Paola Bergallo:** —LyE da la posibilidad de insertarse como estudiante en la vida académica. Además, es importante que exista un espacio que fomente el debate porque este no es la regla en las clases.

**Leonardo Filippini:** —LyE es un instrumento de varios que la universidad o la vida te van ofreciendo para crecer, formarte. Es un espacio muy enriquecedor porque —como cualquier otro que genere posibilidades y herramientas genuinas para desplegar la autonomía de quienes estudian— potencia. Es una de las experiencias comprobadas de algo genuino, un campo fértil para que aparezcan cosas interesantes. Y es importante que exista porque en cualquier proceso pedagógico el centro de la atención debe estar puesto en el objeto de la intervención colectiva. Se supone que uno está cinco, seis años transitando estos pasillos para incrementar su pensamiento crítico y su responsabilidad, para construir su personalidad.

En la universidad pública hay determinadas ideas de cogobierno, participación... la universidad pública es una apuesta a un espacio comunitario. Y cualquier apuesta sería a un espacio comunitario requiere que se fomente la autonomía de cada uno de sus integrantes. LyE es otra apuesta que va en sintonía con estas ideas, con una universidad pública que quiere que los estudiantes tengan voz y capacidad de acción.

**Martín Sigal:** —Que los estudiantes sean los conductores del proyecto, los decisores de para dónde va la nave, hace que LyE se diferencie del resto de las actividades y se transforme en un espacio único. Desde el punto de vista pedagógico es formativo... es muy trascendente y deja marca; desde lo institucional, si bien es un engranaje más en una gran máquina, le

agrega un plus a la facultad. Una publicación dirigida por estudiantes que tiene un filtro de calidad y que está hace sesenta años tiene un claro provecho, para quienes transitan el espacio ni hablar, para quienes no lo transitan pero la leen y/o van a las charlas que desde allí se organizan probablemente también. Y posiblemente haya efectos indirectos que ni estamos evaluando.

En términos de lógica pedagógica, LyE rompe con la dinámica tradicional del estudiante como sujeto pasivo de grandes clases magistrales. Acá tenés el rol absolutamente contrario: los estudiantes evalúan los trabajos de sus pares pero también de sus propios docentes... se invierte un poco esa relación más clásica o tradicional entre alumno y profesor.

**Denise Bloch:** —LyE brinda un espacio para aquellos que tienen alguna inquietud y abre puertas. Que los alumnos tengan la posibilidad de participar y/o publicar en una revista prestigiosa, de nivel, con buen contenido, con el apoyo de la facultad y de una editorial es algo valioso.

**Diego Freedman:** —Tiene una función formativa de los estudiantes de la facultad, aunque sería presuntuoso hablar de un gran impacto tratándose de un grupo tan chico. Creo que el mayor impacto que puede generar es a través de las actividades que realiza, los temas que instala. Hoy en día, la mayoría de la gente puede publicar en formato digital sin ningún tipo de filtro; se publican cosas que hasta están mal escritas, más allá de lo científico, y encima se reproducen. El problema de la noción de publicar es que se ha depreciado. En este contexto, LyE publica pero realizando un control.

**Romina Pezzot:** —Cuando se creó la revista y en otras décadas no había tantos ámbitos donde un alumno pudiese publicar. En este sentido, LyE fue determinante.

Además, el control que hace el Consejo de Redacción está bueno, porque si a uno como autor le rechazan el trabajo, el dictamen sirve para mejorarlo; ya sea desde el punto de vista de las citas o de la lectura del artículo, el tener un *feedback* es interesante.

**María Luisa Piqué:** —Por un lado, en un sistema tan jerarquizado como el de la facultad, donde tenés titular de cátedra, adjunto o adjunta, jefe o jefa de trabajos prácticos, estructura escalonada que se repite en la justicia y en un montón de ambientes, cumple una función democratizadora. Estamos en una facultad pública donde está bueno que los y las

estudiantes demanden, exijan, y también vayan influyendo en la información que se trata. Si bien la revista es un espacio chico que no creo que represente a todos los alumnos y alumnas de la facultad, me parece que es un espacio desde donde ellos y ellas pueden incidir a través de la publicación y la organización de actividades, ir marcando una agenda, prioridades. Y los y las que somos docentes tenemos que hacernos un poco eco de esto y ver hoy en día cuáles son los temas que a los y las estudiantes más les importan, sobre los que más quieren saber, que más demandan. Creo que el que ustedes estudiantes estén al mando de la revista va demostrando esa tendencia para que los profesores y profesoras nos hagamos cargo.

Por otro lado, LyE, como revista universitaria, está en una posición privilegiada por la cercanía con las publicaciones académicas, y además, el hecho de enmarcarse en una universidad pública le permite ser una usina de ideas, porque tal vez el resto de las revistas jurídicas está preocupado por otros temas como, por ejemplo, la última interpretación que hizo la Cámara de Casación sobre robo con armas... Un problema estructural de la academia argentina es que somos abogados y abogadas *part time*, docentes *part time*... el día tiene 24 horas y terminamos escribiendo sobre algo relacionado con la práctica, para que sirva para el litigio concreto. Me parece que LyE está en una posición ideal para ir más allá de eso y establecer una diferencia con las demás revistas que están marcadas por la coyuntura o por el último fallo de la Corte.

**Cecilia Hopp:** —En LyE siempre se le dio lugar a los estudiantes que no tenían “nombre” —justamente porque eran estudiantes— para que publicaran, ya que en otros sitios les hubiera sido imposible. Además, como espacio autogestivo permite llevar adelante iniciativas de todo tipo (con el apoyo de la facultad para poder concretarlas) que enriquecen a la propia revista y a la comunidad académica.

**Mauro Benente:** —Tener un espacio institucional que pueda ser ocupado por estudiantes rompe la dicotomía de que uno es un estudiante y la facultad es otra cosa, planteada como una suerte de ajenidad, es decir, yo vengo a recibir algo que me da el Estado, pero soy un individuo completamente aislado. Crear espacios de construcción colectiva permite establecer una especie de esfera pública que no se confunde ni con los estudiantes ni con el propio Estado como entidades separadas. Creo que tener espacios

donde puedan confluír estudiantes y que esos espacios sean colectivos, tiene sentido pensarlo en términos de una universidad pública.

La universidad debería intervenir en los debates públicos, pero creo que el contexto institucional y el formato de la revista no ayudan mucho a eso. El contexto institucional, porque por lo general esta no es una facultad que se involucre en lo público, que se entrometa en las discusiones de la sociedad (lo cual también es una forma de hacer política). El formato de la revista, porque, en primer lugar, el formato académico es poco democrático, poco accesible a las discusiones públicas y, en segundo lugar, hay una cuestión de periodicidad, porque cuando los debates están en la cresta de la ola, LyE está recibiendo artículos que se van a publicar dentro de años. Entonces ahí hay una cuestión que se puede subsanar articulando otros espacios académicos que no sean en concreto la revista jurídica. Es decir, hay otras herramientas si la pretensión es intervenir en el debate público; la revista es un poco más refractaria por su estructura y por el desfase en el tiempo.

**María Alejandra Etchegorry:** —Todo rol educativo es un rol social. Y esta revista tiene un rol educativo; es la forma que tienen los estudiantes de expresar sus ideas y los profesores de dirigirse a ellos de manera didáctica, exponiendo material de manera gratuita.

**Ezequiel Monti:** —Las instituciones académicas en general tienen un rol muy importante en la sociedad que tiene que ver con el desarrollo del conocimiento. Para mí es tan relevante una Facultad de Física como una de Ciencias Sociales o de Derecho. Desde ese punto de vista LyE tiene impacto: contribuye al desarrollo académico y la academia tiene un rol que cumplir en el "progreso moral" de la sociedad.

**Sebastián Green Martínez:** —El formato de la revista no sé qué tanto vínculo permite con la gente, ni cuánto puede aportar. Sin embargo, la educación sí, sobre todo en un ámbito tan reducido, que ni siquiera es la Facultad de Derecho, sino los que conocen que existe la revista. Pero creo que se puede buscar, se puede pensar algo que sí tenga algún tipo de efecto concreto: armar el debate desde LyE, promoverlo.

**Magdalena Bulit Goñi:** —Es excepcional que exista una revista llevada adelante por estudiantes. Los distintos sucesos que vive la revista y las dificultades que atraviesa porque justamente está dirigida por estu-  
dia-

ntes hacen que sea más abierta y le dan otras ventajas. Es una experiencia importantísima para los estudiantes. LyE sirve para destruir el prejuicio de que los estudiantes no pueden producir calidad académica.

**Carlos Garaventa:** —Si se piensa en una revista dirigida por estudiantes cuya principal finalidad es publicar trabajos de investigación como lecciones o como ensayos diría que sí tiene un rol social. La parte más importante de la investigación es la transferencia, si un investigador no publica lo que investiga queda en sus informes o en algún archivo enorme de una institución. Así que las publicaciones académicas tienen ese gran valor. Pero la principal función de LyE no es la difusión popular sino —al menos como está planteada la línea editorial— la divulgación científica.

**Jonathan Brodsky:** —Es un gran privilegio para la facultad contar con su propia publicación académica para estudiantes de grado. Uno advierte que las grandes editoriales normalmente reservan a los graduados o a los profesores los espacios de edición y de publicación, y esto es una lástima porque cuando uno es estudiante es cuando más fresca y libre de prejuicios tiene la mente. Todavía no se está imbuido de toda la experiencia, de todas esas prácticas ya admitidas tan mayoritariamente que hacen que uno —quiera o no— se termine amoldando poco a poco y pase a ser parte del *statu quo*. Esa mentalidad de querer “comerse el mundo” uno la encuentra más en el estudiante de grado: cursa Laboral y le encanta, cursa Penal y le encanta, y así sucesivamente... no digo con todas las materias pero sí con muchas. Es muy difícil encontrar eso en alguien ya graduado y con cierta experiencia. Por eso creo que LyE, para los estudiantes de grado, es decir, para quienes la revista fue creada, es muy importante. Permite empezar a ver las cosas desde otro lugar, no solamente tomar un libro, estudiarlo, rendir un examen y aprobar una materia, sino también saber qué se publica, cómo se publica, qué significa la transferencia de conocimientos y la divulgación científica.

LyE está pensada como una revista académica y, por ende, dirigida a un público específico: aquel formado e interesado en el derecho. Es una revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, consultada mayormente por abogados o estudiantes de Abogacía, por lo que uno la encuentra citada en fallos o artículos de doctrina que obviamente apuntan a un público acotado. Creo que las revistas científicas o académicas tienen esa característica, a diferencia de los trabajos de divulgación y vocación masivas, con un lenguaje más bajado al llano. Ahora bien, por

supuesto, eso no quiere decir que no haya una relación entre las revistas académicas y la sociedad; la hay, aunque quizás no es tan directa. La sociedad se beneficia de un modo más remoto o, si se quiere, más mediato, de la labor científica por los resultados que ella produce a la postre.

**María de los Ángeles Ramallo:** —En primer lugar, creo que es sumamente importante que todas las universidades, facultades e institutos, en especial las instituciones públicas, tengan sus revistas en las que se publiquen artículos de las mismas comunidades y también del extranjero. Con respecto a LyE, me parece especialmente relevante que el espacio esté enmarcado en la Universidad de Buenos Aires, en la Facultad de Derecho, justamente porque al ser una revista dirigida íntegramente por estudiantes, le da quizás una importancia mayor a nivel institucional. Por otro lado, por supuesto que es significativo el rol que tienen las revistas científicas en la comunidad académica, del derecho y de otras ciencias. Está bueno que se publiquen cosas que resultan novedosas, controversiales, que no se trate simplemente de una repetición de conocimientos.

**Lautaro Furfaro:** —La revista ayuda al desarrollo del conocimiento en la facultad. Además, es un espacio que, junto con otros factores, propicia cambios. Por ejemplo, LyE fue partícipe de la reforma del plan de estudios de la carrera de Abogacía en 2004. También, cuando en la facultad no se hablaba del tema, llevó adelante actividades académicas en defensa del matrimonio igualitario, que en 2010 se convirtió en ley.

**Federico Eduardo Olivera:** —Es un espacio potencial muy interesante para todos los alumnos de la facultad, incluso para aquellos que no pueden ir a las reuniones, sentarse a participar... ellos pueden enviar sus trabajos y, digamos, iniciar su vida académica como ensayistas en una revista de estudiantes que además tiene sesenta años de trayectoria.

### III. RECOMENDACIONES A LOS/AS FUTUROS/AS CONSEJEROS/AS DE REDACCIÓN DE LYE

**Tulio Ortiz:** —Organicen algún tipo de evento, no gigantesco, que haga a su propia historia, un trabajo introspectivo, de autorreflexión... y no esperen diez años... el último fue en 2006, ahora en 2016... ¡no esperen

hasta el 2026, por favor! Hagan un *mailing* de veteranos con todos los que estamos circulando todavía, ¡que los veteranos les podemos aportar algo! Mail o teléfono. Manténgannos informados. Es muy importante eso, porque así la tradición se consolida. Lo que viene del pasado se reafirma en ustedes y a su vez se proyecta para más adelante.

En todo lo que pueda ayudarlos, no duden en consultarme. No aflojen... yo sé que a veces la Universidad de Buenos Aires y la misma Facultad de Derecho presentan dificultades y que dan ganas de bajar los brazos... vamos a decir la verdad, a mí me ha pasado, nos ha pasado a todos, pero es ahí donde aparece el temple... sean cabezas duras, sean insistentes... ¡perseveren y triunfarán! Es un refrán muy viejo pero es así. Si superan todas las dificultades de acá van a estar muy preparados, además de la parte académica, para avanzar en la vida. Esto es una experiencia, vital, existencial, invaluable para ustedes, aprovéchenla. Nada más. ¡Muchas gracias por acordarse de mí!

**Ariel Dulitzky:** —Seguir lo que son las ideas esenciales de LyE como espacio de publicación serio, avanzado y riguroso de profesores y estudiantes. Seguir subiendo el nivel de la discusión intelectual, ir adaptándose a las nuevas épocas, ir avanzando con nuevos modelos de publicaciones según las necesidades que hay hoy. Siempre proponer debates de avanzada, tener artículos que provoquen discusiones fuertes y no perder el espacio social que crea LyE. Tratar de ver cómo eso se podía transformar después en una comunidad de aquellos que han pasado por la revista. Creo que otra apuesta muy buena es tratar de que la revista esté indexada, reconocida internacionalmente. Sería muy bueno para darle más prestigio.

Con las facilidades tecnológicas que hay hoy, LyE podría cumplir otros roles... podría generar discusiones sobre los artículos que publica, invitando a cuatro o cinco personas para que comenten en la versión online. Una suerte de *blog*... eso sería una posibilidad.

**Paola Bergallo:** —Hoy, la facultad tiene “pequeños privilegios” como los concursos de alegatos y los intercambios. Esos son otros ejes donde se generan comunidades. No sé hasta qué punto están vinculados pero sé que también generan élites. A los estudiantes que critican la pasividad muchas veces lo que les digo es que, en realidad, los estudiantes de derecho se han organizado poco —más allá de los partidos políticos— para reclamar por sus derechos como estudiantes.

Nosotros estábamos contentos porque acá en LyE teníamos lo que no habíamos conseguido hasta entonces, pero nunca se nos ocurrió organizarnos para pedir lo que no teníamos. A mí se me había ocurrido que si tenía que pedir algo era haciendo política, pero nunca pude penetrar las estructuras políticas (que en ese momento eran Franja Morada, que era muy "familiarista" y hacía muy difícil el ingreso a las mujeres o UPAU, que era una unión de derecha con la que no me identificaba). Entonces, yo quería quejarme, quería hacer política, pero la política de los primeros años de democracia en la facultad, y en general, no era una política de participación abierta. Hoy lo es mucho más, hay muchos más partidos, pero el estudiante de élite sigue teniendo problemas para ingresar en la política partidaria.

Entonces, hay un estudiante que ocupa todos estos beneficios, que se queja porque no le dan más o porque no le reconocen que es el mejor pero, en esta facultad, no tiene presión de abajo hacia arriba. Hay una forma de democracia rara.

Creo que las élites educadas sabemos quejarnos pero no sabemos participar, reclamar. Es como que estamos hechos para criticar pero no para pasar a una acción más sofisticada. Muchas de las cosas que nos pasaban a nosotros y que siguen pasando hoy son por falta de cuidados con la organización. Con "cuidados" hablo más como feminista en el sentido del trato igualitario. Las élites deberían reivindicar los derechos de los estudiantes más pobres porque –en parte– están dificultando su acceso con los beneficios que se llevan.

He recibido llamados de alumnos que quieren aplicar a universidades y saben que tengo ciertos contactos que ellos no tienen... eso implica que tienen que acercarse para que les firme la carta. Allí la institución no responde universalmente a pesar de que manda el mensaje de que es pública, igualitaria. Y cada uno... "sálvese quien pueda", y los que pueden se salvan mucho y no representan al resto.

Hay algo que es muy típico de las élites nuestras que tiene que ver con formas de movilización. Hace un par de años hubo una estructura de movilización pero demasiado vinculada a una polarización. Tiene que haber algo, para mí, en el medio de formas de cooperación y movilización que no están exploradas. Yo no creo que toda la estructura de participación que tienen, vía los partidos o vía situaciones de polarización, sea lo que hay. En ninguna de estas estructuras entiendo hay lugar para las élites que reivindicaban la demanda de calidad.

No sé si a la edad en la que están ustedes, pero yo les sugeriría que incorporen un test de “cuánto me quejo, cuánto hago y cuánto me llevo de privilegio mientras me sigo quejando”. Hay algo de ese empoderamiento que a muchas personas les hace creerse la narrativa de que se lo merecen, y creo que las élites ponen poco en cuestión cuánto es su acumulación y apropiación de privilegios. Entonces, no es verdad que si llegamos acá viniendo de ciertos colegios o con familiares de cierto tipo podemos quejarnos de que no nos dan las cosas porque estamos en una situación de hiperprivilegio de la que perdemos vista. Y nos quejamos como si fuéramos el alumno pobre sin información. Creo que es un rasgo cultural. Escucho a muchos estudiantes de la Universidad de Buenos Aires que se quejan pero... ¿cuánto hacen por ese estudiante al que defienden como igual? Me parece que como estudiantes también tienen responsabilidad por el otro. Son formas de autocomplacencia que hemos tenido. Y quizás cuando uno es más grande dice: “yo llamaría la atención sobre esto”. Pero me hubiera gustado tener más percepción cuando yo era parte del problema.

**Marcelo Ferrante:** —Manden muchas cartas (*risas*), que haya mucho boca a boca.

**Leonardo Filippini:** —Tengan una imagen de en dónde quieren estar en unos años, como personas sobre todo, disfruten y mantengan el legado, no choquen la Ferrari (*risas*).

**Martín Sigal:** —Hay algo en la carrera de los abogados que es que con el paso del tiempo se va individualizando más el trabajo cotidiano. Esta lógica de colaboración, estar en un mismo barco en un mismo momento histórico, orientados a objetivos comunes no es tan frecuente. Es otro privilegio que da LyE y que tienen que aprovechar.

**Denise Bloch:** —¡Que la pasen bien! Que lo disfruten... Es que sí, a la distancia uno tiene un recuerdo tan lindo de esa época. A nuestro grupo de amigos más querido, más cercano, siempre lo identificamos con este espacio. Sin darnos cuenta, “LyE” nos aportó mucho más de lo que pensábamos, nos formó en ciertas cosas, nos dio un lugar, nos brindó información y vínculos con otros sectores de la facultad que como estudiantes ni sabíamos que existían. Sepan valorar este espacio.

**Romina Pezzot:** —Que ante cualquier decisión que tengan que tomar, si otros piensan distinto no lo tomen como algo personal. Son posturas respecto de lo que es la revista y no está bueno distanciarse por una cuestión de votación que no tiene sentido. Está bueno que tengan este ámbito en común y que lo puedan compartir después a nivel actividad. Esto de organizar conferencias, seminarios, charlas, es una manera de difundir la revista y acercarse a los alumnos, más que a través de la publicación. Me parece que es algo para capitalizar, para posicionar LyE desde la difusión y la participación. Justo estoy viendo ahí el afiche de “Publicá tu trabajo final de investigación de CPO”. Eso me parece buenísimo porque hay toda una tendencia a fomentar la investigación en los alumnos y que esté la posibilidad de publicar sus resultados acá es un incentivo.

Y después, obviamente, mantener la publicación online porque el alcance que tiene es mucho más amplio. Además, la libertad que tiene LyE para publicar temáticas es única... no hay bajada de línea, y esa libertad hay que aprovecharla para introducir temas que son novedosos o que despiertan discusión o que tal vez por cuestiones políticas otros ámbitos no se animan a tratar.

**Diego Freedman:** —Me parece que estaría bueno que la revista se proyecte a otras universidades.

**Mishkila Rojas:** —Disfruten y aprovechen el tiempo porque se pasa muy rápido. No se peleen, salgan, den discusiones para crecer como grupo humano, que es lo más valioso. Son muchas las generaciones de LyE que se han formado como grupo. Con los demás van escuchando y aprendiendo mucho sobre otras visiones de las cosas y eso los desconstruye, ir conociendo otras experiencias, otras vidas, otros desarrollos... ese es el mayor crecimiento que se puede sacar. Y cuando termine el período, sepan cerrarlo.

**Sebastián Green Martínez:** —Alguien alguna vez dijo que si un libro lo empezás y lo dejás por la mitad, ese libro no es para vos. Creo que si vas por segunda vez a LyE es porque definitivamente es para vos.

**Carlos Garaventa:** —Aprovechen las nuevas tecnologías, hagan un canal de *YouTube*, por ejemplo. Acá tienen el equipo. Nosotros en su momento teníamos una única computadora que no funcionaba. Hablando en

serio de lo que yo ahora pienso desde *En Letra...* algo a lo que estuvimos poniéndole mucha pila es a asociarse con otras publicaciones... piénsenlo, porque LyE creció muy rápido cuando nació pero en los últimos años quedó diluida entre un montón de otras publicaciones, comerciales y no comerciales.

**Magdalena Bulit Goñi:** —Aprovechen el aprendizaje de la actividad editorial. En LyE se aprende mucho, no solo a editar, a perseguir a la editorial, a preocuparse por la calidad y hasta por la cerradura de la oficina. Todo eso tiene un trasfondo de política en el sentido más cotidiano que también es un buen aprendizaje.

**Jonathan Brodsky:** —Les recomiendo que aprovechen todo lo que la revista tiene para ofrecerles, que aprovechen el privilegio que significa poder participar libre y gratuitamente de un espacio democrático, orientado a la divulgación de conocimiento relevante y a la formación académica de manera libre y abierta. Además de contar con el respaldo de una facultad como esta y de sesenta años de existencia. Algunos miembros que egresamos o nos fuimos de la revista comenzamos a desarrollar la actividad editorial independiente, sin ese prestigio, sin esa historia y sin esa institución detrás. Y es una tarea extremadamente difícil. Entonces, creo que el hecho de que LyE exista y de que sea abierta y cualquiera que esté interesado pueda participar en ella es un verdadero privilegio. A los estudiantes les diría que lo concienticen y sean agradecidos por ello, que traten de trabajar lo más y mejor posible en pos de seguir mejorando el espacio. Algo muy particular y característico de LyE es que es un espacio en el cual nadie puede perpetuarse, aún cuando sea el que más sepa, el que mejor edite o pueda encabezar el grupo y llevar adelante las relaciones de la revista con el exterior. Llega un punto en el cual todos se reciben y dejan de ser parte de la revista. Así, desde que uno entra, sabe que lo poco o mucho que haga resultará ser un aporte a una institución que lo trasciende, porque existe desde antes y seguirá existiendo después. Eso es algo también muy valioso. Mi consejo es que traten de aportar “de verdad”, no solamente con horas de trabajo si hay que corregir o evaluar –lo que ya igualmente es valioso de por sí–, sino también opinando con espíritu crítico, con espíritu democrático, con buenas ideas y creatividad, haciendo lo mejor posible aun cuando a veces cueste venir a las reuniones porque uno tiene exámenes o se quiera anotar en una materia en el mismo día y horario. A pesar de los

avatares cotidianos, es bueno que traten de venir y de seguir trabajando, porque luego la satisfacción que dejan el recuerdo del paso por LyE y estas anécdotas es enorme.

**María de los Ángeles Ramallo:** —Siempre hay que conservar la humildad. Siempre tenemos (me incluyo) que ser conscientes de que somos estudiantes, de la manera en que nos relacionamos entre nosotros y hacia afuera. En muchos casos pareciera que el espacio es algo soberbio. No es bueno que haya soberbia, no le hace bien a la revista. Por otro lado, no sé cómo es la composición del Consejo hoy, pero me parece importante que haya mujeres. Recuerdo que hace unos años vi una foto de otros anteriores, había más cantidad de hombres que mujeres. Habría que tomar cartas en el asunto.

Y hay una cuestión que es un poco estructurada... pero es que la revista es para estudiantes. Y los estudiantes lo son durante seis años. Entonces, el recambio de gente es algo que siempre va a ocurrir. Hubo un momento de la revista donde todas las personas que ingresaban estaban a punto de graduarse, por ende, estaban unos meses o un año en la revista y después se iban. Me parece que una buena manera de sortear un poco esto sería que apuntaran a estudiantes que están empezando la carrera, a aquellos que pueden quedarse bastantes años, para poder ir pasando la información. Que se dirijan a un público joven me parece una buena estrategia.

**Patricio Enrique Kenny:** —Una cosa que nos pasaba es que a veces éramos algo soberbios... creíamos que sabíamos mucho. Quizás nos faltó memoria colectiva. Por momentos éramos muy impulsivos y estábamos convencidos de que la respuesta correcta era la nuestra... perdíamos un poco el eje. Hoy me doy cuenta de que podríamos haber hecho ciertas cosas de otra manera. Por eso creo que es importante tener en cuenta la opinión de otros actores.

#### IV. MISCELÁNEAS

**Tulio Ortiz:** —El año en que entré a LyE para mí fue bastante complicado, porque estaba haciendo el servicio militar (era la época de la colimba), entonces mi colaboración con la revista —a mi pesar— fue muy reducida. No deje los estudios, seguí acá, me fue bastante bien en los cursos

que hice, y a veces venía a las reuniones, que creo que se hacían en esa época en el segundo piso, porque ahora Publicaciones está en el primer piso, efectivamente, pero me parece que en esa época era en el segundo, en algún departamento que el Dr. Winizky (me refiero a departamentos académicos claro) había conseguido, y que por supuesto era muy lindo, muy confortable... había una mesa, una mesa larga, y ahí nos sentábamos. No estábamos acostumbrados a eso porque ninguno de nosotros había tenido experiencia previa de integrar –siguiendo la brillante idea del fundador de la revista– una cosa tan importante. Y al mismo tiempo que nos sentíamos importantes, nos sentíamos minúsculos, porque era todo monstruoso, además esta facultad ha tenido siempre la característica de ser un edificio colosal, que a todos, no digo que nos abrumba, pero nos impone un cierto respeto, distancia, no es como estos lugares o espacios (haciendo referencia a nuestra actual oficina). Además, en aquel momento, tantos años atrás, aunque fuese el mismo edificio... era otro el estilo de la facultad, el estilo “saco y corbata” era muy común, era el uniforme, que yo sigo usando, el uniforme de la época (*risas*)... es que los sacos son extraordinarios por la cantidad de bolsillos que tienen... La facultad era mucho más silenciosa, había lugares inaccesibles. Yo por ejemplo únicamente conocí la Sala de Profesores por dentro circunstancialmente al año siguiente, en 1966, el año en que me recibí, casualmente fueron 50 años el otro día... mi entrega de diploma fue el día anterior a la “Noche de los Bastones Largos”. La cuestión es que quedé maravillado con lo que era la Sala de Profesores... era como si brillara y salieran campanitas, como en las películas de Disney... una cosa extraordinaria... y el lugar de la redacción era también una cosa a tono con eso.

Mi modesta colaboración por falta de tiempo –como ustedes se habrán percatado– fue comentar en el número 30 un libro que estaba de moda, que había aparecido hace poco y era un furor (no podía estar uno sin leer ese libro): *Los que mandan*, de Jorge Luis Imaz... Imaz era un sociólogo que con este libro –que creo que está editado por Eudeba– tuvo un éxito notable. De ese libro aprendí un montón de cosas de permanente vigencia y que cito en algunas colaboraciones. Después les voy a mandar (aunque el departamento debería haberles hecho llegar) nuestro libro de investigación del Instituto Gioja sobre la historia de la facultad, en el que cito a Imaz cuando dice, refiriéndose a la antigua facultad, que la Sala de Profesores era como la antesala de los ministerios; era muy importante ser profesor de la Facultad de Derecho porque daba una serie de proyec-

ciones políticas, sociales, académicas... ni hablemos como abogados o jueces... Bueno, Imaz me había fascinado, y lo leí y comenté, con mucho atrevimiento... yo en ese momento tenía veinte y pico de años... si uno no es atrevido cuando es joven... ¿cuándo lo va a ser? Está bueno que sea así, y por eso es muy buena la idea de Winizky, y de todos lo que impulsaron la idea de esta revista con su Consejo de Redacción de jóvenes que se manejan autónomamente. Esto es una cuestión que hace incluso a la integración del claustro estudiantil a otro nivel, no ya político como sería en un consejo, si no en un nivel académico. No saben el tesoro que les ha dado la facultad, es extraordinario.

**Elisa Díaz de Vivar:** —Nos divertíamos mucho, había gran camaradería entre todos y yo, en lo personal, armé lazos de amistad que aún perduran. Menciono —entre los varios que mantengo— a mis amigos Raúl Vinuesa y Sergio Alvarado, quienes además de ser excelentes alumnos tenían muy buen carácter, eran descontracturados y bromistas. Eso nos hizo muy compinches frente a situaciones que los más formales o pacatos censuraban. Recuerdo un sábado en el que estábamos alrededor de la mesa de trabajo del Departamento de Publicaciones deliberando y ellos me cubrían mientras me pintaba las uñas cuando un indignado de los “solemnes” en el rol de Sherlock Holmes denunciaba que allí había olor a esmalte. Claro que esto ocurrió en el siglo pasado.

**Ariel Dulitzky:** —Uno de los recuerdos más profundos que tengo era una gran división ideológica que había en el Consejo de Redacción: un grupo más conservador, liberal más en términos argentinos, de derecha, más tradicional y los otros, más progresistas, de izquierda. Esa división se veía tanto al momento de elegir a las autoridades como a la hora de elegir qué artículos se publicaban... había discusiones muy fuertes respecto a eso.

Eso me marcó por varios motivos: primero, porque fue una muestra más de que el derecho “neutral”, sin ideología, como se enseña en la facultad, no existe; segundo, porque a partir de esto surgieron distintas concepciones sobre cómo debía ser la revista (¿un espacio solo para los mejores estudiantes con una actitud de élite o privilegio o un espacio para intercambiar ideas y debatir?); y en tercer lugar, porque significó que un grupo decidiera crear una nueva revista, *No hay derecho*, con menos formalidades, otra dinámica, otro tipo de formato, más de provocar debate.

Cuando estaba esta pelea entre "derecha" e "izquierda" (o como quieran llamarla), dos escribieron un artículo al que llamaron "El derecho real de la estatua"; era una discusión acerca de quién era el titular de una estatua de San Martín y un caballo: la familia de San Martín, el escultor, etc. Hablaba de cómo estaba regulada la cuestión en el derecho romano, en el Código de Napoleón... y lo sometieron al Consejo de Redacción de LyE. Lo hicieron circular los que eran del otro grupo ideológico –los de "derecha"– y dictaminaron a favor de su publicación, pero era todo falso... era un artículo típico de derecho solo que ni las notas al pie, ni el derecho real de la estatua, ni los libros o los casos que se citaban existían. Todo para demostrar su posición y poner en evidencia y en ridículo a los otros. La pelea era tan fuerte que querían hacerse quedar en ridículo entre todos. ¿Cómo terminó? No me acuerdo.

**Marcelo Ferrante:** —A mí LyE me permitió ver que ser buen estudiante no era ser un *nerd* en el mal sentido y que ser un buen estudiante en derecho no era ser un acartonado de corbata. Yo, que no era de la comunidad del Nacional Buenos Aires, sí traía la idea de que el "buen alumno" era alguien con quien quizás no me quería identificar... Siempre fui buen alumno, pero muy a mi pesar; en el secundario no contestaba bien el examen para que no me pongan otra vez un diez, me decía "voy a contestar solo siete preguntas". El "traga" era lo que yo no quería ser.

En el grupo que armamos en LyE –que era bastante diverso, o tan diverso como podía ser– ser buen alumno, "el abanderado", no era un estigma.

Un día llegamos a la oficina y había una cruz colgada... algunos de nosotros –que nos sentimos ofendidos– la sacamos y la guardamos en un cajón y se armó un lío, que terminó con el director de Publicaciones, Héctor Sandler, sentado en el trono, diciendo que no teníamos la autonomía que creíamos tener. Nos sentíamos como en el caso del crucifijo de la Corte; sentíamos que teníamos "EL" caso. Finalmente el crucifijo desapareció.

**Paola Bergallo:** —En todas las universidades lo que se trata de dar a la gente para que se creen comunidades son lugares donde estar, y buscando esa comunidad yo también había ido alguna vez a la biblioteca parlante... pero no era amigable. LyE... la llave de un lugar donde había gente para la cual ser buen alumno no estaba mal visto. Además, acá, el tema del género no era un *issue*. Distinto fue luego el ejercicio de la profesión, en esa épo-

ca, donde arriba no había una mujer ni por casualidad. LyE era un espacio de igualdad; se apreciaba el ser buen alumno, uno se sentía liberado de ser *nerd*... de hecho, había como una competencia por ser el más *nerd*.

Acá circulaba también mucha información profesional que una estando aislada no tenía. Desde LyE teníamos acceso a datos importantes que nos igualaban más a gente que tenía más privilegios. Y eso nos benefició enormemente. De hecho, entre todos nos hemos conseguido trabajo durante toda la vida. Siempre me jacto de haberle conseguido el primer trabajo a Diego Parise y Chelo (Ferrante) me consiguió un trabajo recientemente. A los chicos del interior todo eso también los ayudó mucho, les permitió atravesar circuitos de capital social que de no tener un familiar eran complicados de atravesar.

Es que hay poca conversación sobre las loterías sociales que nos pusieron acá. Celebramos todo lo que LyE nos dio, que nos lo pudo dar por todos los privilegios que teníamos antes. La capacidad para esforzarse y ser buen alumno es parte de esas loterías sociales... nosotros tuvimos la suerte de tener familias que se esforzaron mucho y a las que eso les rindió. Porque uno puede esforzarse mucho y que no le rinda y creer que justamente no tiene sentido esforzarse. Creo que eso es algo que está poco elaborado.

**Ivana Bloch:** —Me acuerdo de un librito de Bacigalupo en el que contaba que el lugar donde están los profesores es en la Sala de Profesores. Como estudiantes, encontrar un lugar fijo acá en la facultad (ni hablar tener su llave), sentir que uno tiene dónde estar y gente con quien transitar, es difícil. Esto lo siento también ahora como profesora, que todos venimos a las corridas desde nuestros trabajos (los más responsables preparando la clase) y nos cuesta encontrar nuestro lugar.

**Martín Sigal:** —Yo recuerdo de este espacio cierta mirada crítica sobre lo que se brindaba en las aulas. Una de las actividades que tuvimos la ambición de llevar a cabo fue un ciclo de charlas —que terminaron siendo no más de una o dos— que reflejaron bien nuestras inquietudes al respecto. Recuerdo que fue invitado Martín Böhmer, que en ese entonces era muy joven y para quien el encuentro constituyó una de sus primeras charlas, y expuso sobre por qué debía estudiarse filosofía, una cuestión que creo que cruzaba bien las preocupaciones que teníamos como grupo de siete u ocho personas que estaban especializándose en ramas diferentes. Fue una linda forma de hacer una planteo propositivo hacia el interior de la facultad.

En cuanto a los cambios en la revista... empecé a percibir mayores y diferentes intentos de llegar a otros públicos. Un concurso que hicieron hace unos pocos años sobre igualdad, charlas... intentos de desbordar la actividad editorial. En los últimos años, observé que esporádicamente LyE está saliendo del cuartito y –si bien no siento que se haya transformado en un actor omnipresente en la facultad– me sorprenden gratamente estas iniciativas.

**Leonardo Filippini:** —Yo recuerdo con cariño uno de los primeros trabajos que me tocó hacer para la revista: editar un artículo de Luis María Bunge Campos. Si bien uno tenía una mirada de por qué estudiar y cómo estudiar yo creo que siempre se encontraba algún docente distinto. Algo para rescatar de LyE era que tendía ciertos puentes con mucha gente que muy desinteresadamente acompañaba las inquietudes que a uno le iban surgiendo. Por ahí estabas buscando algo y... siempre había algún profesor, ayudante graduado o estudiante más avanzado dispuesto a ayudar, a acompañar una idea.

Se están disculpando vía chat los que no pudieron venir y les pregunté qué fue lo mejor de haber estado en LyE. Todos respondieron: “habernos conocido”.

**Diego Freedman:** —Muchas veces la agenda de las publicaciones jurídicas está alejada de la realidad. Por ejemplo, uno de los temas que poco se discutió en la Argentina es el de la deuda pública: la Argentina estaba siendo demandada en Estados Unidos y casi no había producción jurídica sobre ese punto central que estuvo en los diarios durante dos años; no había casi artículos serios al respecto. El problema que tiene LyE es que depende de la oferta de artículos y si son buenos, independientemente de que estén en la agenda de ese año, se publican igual. Lo que en su momento habíamos promovido era lo que llamábamos publicaciones conjuntas, que consistía en elegir un tema y hacer una especie de editorial. Nosotros elegimos “pobreza” y escribimos Juan Lucas Finkelstein Nappi sobre criminalización de la pobreza y yo sobre capacidad contributiva y pobreza. Tratábamos de gestionar los artículos, con estudiantes y profesores, de forma de responder a las temáticas actuales. Es que cuando no llega un artículo sobre temas de la agenda hay un deber de los integrantes del Consejo de escribir sobre ellos.

**Carlos Garaventa:** —Hay una dinámica en el sentido de debatir, compartir... si uno ya era ñoño, se hacía más ñoño acá. Creo que LyE es importante para cualquier persona que quiera tomarse su carrera en serio, es un grupo de gente que te incentiva a ser mejor; sacando esta cuestión de la élite, dejando de lado ese prejuicio.

Había materias en la facultad en las que uno decía "aprendo más quedándome en casa jugando a la *play*"; con LyE no pasaba eso... veníamos los jueves a las ocho y nos quedábamos hasta las once, siempre con ganas.

**Patricio Enrique Kenny:** —Si bien era un lugar fantástico, por distintas características que son propias de la revista, había un interés muy profundo de la gran mayoría de nosotros de convertirlo en un espacio aun mejor, de generar cambios que pudiesen revertir aquellas cosas que no nos gustaban. Al mismo tiempo, del período en el que estuve en la revista me acuerdo que había muchísimas discusiones que, en algunos casos, terminaban dándose de la peor manera... así que tampoco es que LyE era un paraíso, para nada.

Pero siempre me pareció que la revista era un espacio comunal que tendía a la horizontalidad o tenía la pretensión de ser horizontal, que había una deliberación directa e inmediata entre sus distintos miembros en pie de igualdad, algo que no se da, por lo general, en los trabajos, las familias o las facultades. Y es algo a lo que nosotros no solemos estar tan acostumbrados. La revista es especial y, en parte, única porque tiene la potencialidad de que suceda esto que en otros lugares no sucede.

**Federico Eduardo Olivera:** —Antes del Digesto, LyE era una asamblea constituyente permanente. Cada vez que nos reuníamos decidíamos una cuestión y si queríamos podíamos modificar todo, salvo lo que estaba en las resoluciones de la facultad; toda la organización interna de la revista podía modificarse en cada reunión. Entonces nosotros hicimos el Digesto con la intención de tratar de escribir nuestras reglas no en tiza ni en lápiz sino con una birome más difícil de borrar.



## CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

### PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior– en fuente Times New Roman tamaño 12 pts., interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (21 x 29,7 cm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm). La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de veinte (20) a treinta (30) páginas.  
Por carácter inédito se entiende que el texto no debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye aunque no se limita a: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.
2. Deberá seguirse el siguiente orden en la presentación:
  - a. Título del trabajo en español;
  - b. Pseudónimo escogido por el autor, que no deberá dar lugar a la inducción de su identidad;
  - c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas);
  - d. Palabras clave en español;
  - e. *Abstract* del trabajo en inglés (de ser posible);
  - f. *Key words* en inglés (de ser posible);
  - g. Cuerpo del trabajo;
  - h. Referencias bibliográficas.
3. Las notas a pie de página se consignarán sucesivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento. Deberán utilizarse tanto para los comentarios que el autor considere ilustrativos o secundarios como para las citas bibliográficas (sin perjuicio de consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo).

4. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:

- a. **Libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

De haber cuatro autores o más, deberá consignarse el que primero aparezca en la publicación seguido de la fórmula "*et al.*".

De tratarse de una compilación, deberá indicarse el nombre del compilador, seguido de la fórmula "(comp.)". Lo mismo en el caso del director y/o coordinador, con las fórmulas "(dir.)" y "(coord.)".

Ejemplo: PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 49-50.

- b. **Capítulos de libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del capítulo, título del capítulo (entre comillas), "en", apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del libro, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

Se aplican las pautas del punto (a), segundo y tercer párrafo.

Ejemplo: JELONCHE, Edgar I., "Gobierno societario y mercado de capitales", en ETCHEVERRY, Raúl A., CHOMER, Héctor O. y GENOVESI, Luis M., *Derecho Comercial y de los Negocios*, t. 1, Buenos Aires, Eudeba, 2007, p. 81.

- c. **Artículos publicados en revistas.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (entre comillas), "en", apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del/de los director/es de la revista –de corresponder–, nombre de la revista (en itálicas), número de la revista, ciudad de edición, editorial, año de publicación, número/s de página.

Ejemplo: IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO\_D'ANDRÉ, Ignacio M., "De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo", en ALTERINI, Atilio A. (dir.),

*Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n° 5, Buenos Aires, La Ley, mayo de 2009, p. 32.

Ejemplo: BENENTE, Mauro, "‘Fuera de la Corte Suprema’. Breves notas sobre las protestas frente al máximo tribunal", en *Lecciones y Ensayos*, N° 88, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 235.

Para revistas ampliamente conocidas, podrá utilizarse el sistema simplificado tradicional (LL 1990-A-324, JA 1999-II-230, etcétera).

- d. **Artículos publicados en Internet.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (en itálicas), "consultado en", dirección completa del vínculo entre corchetes, "en fecha", fecha de consulta.

Ejemplo: BEADE, Gustavo A., *El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino*, consultado en [[http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia35/Isono\\_356.pdf](http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia35/Isono_356.pdf)] el 11/12/2012].

5. Para consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo, deberán seguirse las pautas para citar, salvo los siguientes puntos:
  - a. En el caso de libros, no deberá consignarse número de página alguno.
  - b. En el caso de capítulos de libros, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el capítulo (no la/s página/s citada/s)
  - c. En el caso de artículos publicados en revistas, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el artículo (no la/s página/s citada/s).
  - d. El listado de las referencias deberá hacerse en orden alfabético según apellido del autor.
6. Junto con el trabajo, deberá enviarse un documento por separado donde se asocie el pseudónimo escogido por el autor con su nombre y apellido, y en el cual se consignen además los siguientes datos: tipo

y número de documento, domicilio, número de teléfono, dirección de correo electrónico actual, condición de estudiante o graduado. También podrá incluirse cualquier breve reseña curricular, dedicatoria y/o agradecimientos que el autor deseara formular para el caso de que el trabajo sea publicado, con tal que no superen los 350 caracteres con espacios en total.

7. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico, a la dirección lye@derecho.uba.ar. Dentro de las 24 horas se contestará con un acuse de recibo.
8. El envío de trabajos para su publicación en *Lecciones y Ensayos* implica la autorización para su publicación en la Revista y en cualquier soporte físico o digital que determine la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los autores asumen exclusiva responsabilidad por los reclamos de cualquier naturaleza que pudieran efectuar terceros respecto de la originalidad del ensayo o por cualquier otra causa sobre el texto presentado.

## PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estos miembros se expiden a través un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor –dos (2) en la presente edición– bajo seudónimo. Estos miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de los dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor recibe los votos fundamentados de los dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, sin manifestación al autor de los fundamentos.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etc.– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el

pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital. Todo escrito restante –es decir, no incluidos– es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.

## CÓMO PARTICIPAR

*Lecciones y Ensayos* es una Revista Jurídica semestral dirigida por estudiantes dependiente del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y desde entonces ha cumplido el papel de foro editorial de profesores y alumnos, sin más requisito que la excelencia académica.

La Revista *Lecciones y Ensayos* se caracteriza por estar gestionada a partir de un diseño institucional basado en procedimientos democráticos de toma de decisiones que involucran a todos los miembros del Consejo de Redacción de la revista que una vez por semana se reúnen para deliberar en torno a las tareas editoriales. Si querés participar de la revista, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 hs.

Las reuniones tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (+54 11) 4809-5668 o enviándonos un e-mail a [lye@derecho.uba.ar](mailto:lye@derecho.uba.ar) o [direccionlye@derecho.uba.ar](mailto:direccionlye@derecho.uba.ar).

El único requisito para formar parte de *Lecciones y Ensayos* es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

